



**DERECHOS HUMANOS DE LOS
PUEBLOS INDIGENAS
EN LOS TRIBUNALES NACIONALES**

**INDIGENOUS PEOPLES'
HUMAN RIGHTS
IN DOMESTIC COURTS**

www.almaciga.org

editoras

Loreto Ferrer

Patricia Borraz



Editoras: Patricia Borraz y Loreto Ferrer

Autores: Mattias Åhrén, Patricia Borraz, Maia. S. Campbell, Loreto Ferrer, Binota Moi Dhamai, Juan Manuel Salgado, Carlos Zapata.

Diseño y Maquetación: Diego Jiménez Mirayo

Traductores: Juan Aristi, Patricia Borraz, Loreto Ferrer, Lazian Ibrahim y Sebastián Vuinovich.

Editors: Patricia Borraz and Loreto Ferrer

Authors: Mattias Åhrén, Patricia Borraz, Maia. S. Campbell, Loreto Ferrer, Binota Moi Dhamai, Juan Manuel Salgado, Carlos Zapata.

Design and typesetting: Diego Jiménez Mirayo.

Translators: Juan Aristi, Patricia Borraz, Loreto Ferrer, Lazian Ibrahim and Sebastián Vuinovich.



Reconocimiento *NoComercial *CompartirIgual (by-nc-sa): No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Este libro se ha elaborado con financiación de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

**

This book has been produced with financial support from the Human Rights Office of the Spanish Ministry of Foreign Affairs and Cooperation.





**DERECHOS HUMANOS DE LOS
PUEBLOS INDIGENAS
EN LOS TRIBUNALES NACIONALES**



VERSIÓN EN CASTELLANO

(ENGLISH VERSION * p.203)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
ÁFRICA	10
•El caso Endorois: Derechos de los pueblos indígenas en el sistema regional africano de derechos humanos	11
<u>Sentencia</u> de la Comisión Africana de Derechos Humanos en el caso Endorois.	18
ASIA	66
•Los pueblos indígenas de Asia y los tribunales	67
<u>Sentencia</u> de la Corte Suprema de la India en el caso Kailash y otros contra el Estado de Maharastra	76
<u>Sentencia</u> de la Corte Suprema de Sabah & Sarawak en el caso Rambli contra el Estado de Sarawak y otros	81
AMÉRICA LATINA	98
•La aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina	99
•Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina	105
•El Caso de las Comunidades Maya de Belice	111
<u>Sentencia</u> de la Corte Superma de Belice en el caso de las Comunidades Maya.	118
•La consulta previa y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana.	143
<u>Sentencia</u> de la Corte Constitucional Colombiana en el caso de las comunidades Chidima*Tolo y Pescadito	151
EUROPA	180
•Europa y los derechos de los pueblos indígenas	181
•El caso Nordmaling	187
<u>Sentencia</u> del Tribunal Supremo de Suecia en el caso Nordmaling	194

Presentación

El presente trabajo surgió de un doble objetivo. En primer lugar, como tanteo sobre la situación de la reiterada 'brecha en la aplicación' de los derechos de los pueblos indígenas internacionalmente reconocidos¹ a través de un examen del grado de aplicación, por parte de los tribunales nacionales, de los estándares internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Por otro lado, se quiso elaborar una herramienta práctica para los defensores y defensoras de derechos humanos, indígenas y no indígenas, que están accediendo a los tribunales para reclamar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en diferentes lugares del mundo. Pensamos que los ejemplos de sentencias positivas de diferentes jurisdicciones y tradiciones legales pueden ayudarles en este trabajo. Habitualmente la difusión de las sentencias emitidas por tribunales nacionales es limitada, quedando relegada al ámbito regional o incluso al mismo país. Por ello se ha identificado la necesidad de hacer accesibles estos materiales, superando la barrera lingüística y de difusión. A pesar de que las sentencias seleccionadas pertenecen a culturas jurídicas diferentes, es interesante observar cómo los tribunales elaboran progresivamente una jurisprudencia que contribuye a la interpretación aplicada de unos derechos que tienen dimensión universal.

En relación con el primer objetivo, se decidió que se intentaría detectar, como indicador de los posibles avances, el nivel de impacto que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración) ha tenido en el ámbito de la administración de justicia en los tribunales nacionales en las diferentes regiones del mundo. Se seleccionó este instrumento porque entendemos que la Declaración, que cumple en 2012 el quinto aniversario de su adopción en la Asamblea General, constituye un "entendimiento común fehaciente, en el plano global, del contenido mínimo de los derechos de los pueblos indígenas".² A la hora de identificar las sentencias se buscaron referencias explícitas a la Declaración o a su articulado en las argumentaciones sobre el fondo en casos que afectan a los derechos de los pueblos indígenas.

Las editoras son conscientes de que la referencia a la Declaración per se no implica el respeto y aplicación de la misma y que las diferentes tradiciones jurisprudenciales de los países pueden suponer una mayor o menor tendencia a la consideración del marco internacional de derechos humanos, lo que no necesariamente significa una menor consideración de los derechos de los pueblos indígenas. Con todo, este primer acercamiento, necesariamente limitado, nos permite extraer algunas conclusiones preliminares sobre la incorporación de la Declaración en las jurisprudencias nacionales.

En primer lugar, son evidentes las diferencias regionales. En América Latina es posible

1 Véase Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas presentado ante la Comisión de Derechos Humanos en 2006. Doc. ONU E/CN.4/2006/78.

2 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. 11 de agosto de 2008. Doc. ONU A/HRC/9/9.

hablar de un cierto corpus de jurisprudencia que apoya sus razonamientos en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas y que, en los últimos años, ha incorporado la Declaración en sus argumentaciones. Esto, además, varía enormemente entre países dentro de la propia región. El recurso al derecho internacional, incluida la Declaración, y a la jurisprudencia interamericana es habitual en Colombia bajo la dirección de su Corte Constitucional. Además, no hay que olvidar que fue la Corte Suprema de Belice la primera en referirse a la Declaración en el caso Comunidades Mayas de Belice, tan solo unas semanas después de su adopción. Novedoso ha sido también el reciente caso Tres Islas en Perú, donde la Corte Constitucional interpreta los artículos de la Constitución no sólo en base al Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia interamericana sino, en última instancia, a los Artículos 3 y 4 de la Declaración. Es indudable que los avances jurisprudenciales en el marco del sistema interamericano de derechos humanos han en esta andadura, como sin duda lo tienen los reconocimientos constitucionales y legislativos en los países de la región. Sin embargo, la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y, en concreto a la Declaración, en las argumentaciones de los tribunales nacionales es inexistente en muchos de los países de la región. En otros, como en Argentina, el derecho internacional se va abriendo paso lentamente en los contextos federal y provinciales.

La importancia del camino abierto por el sistema interamericano se hace más patente al compararlo con las regiones en las que el reconocimiento de los pueblos indígenas queda aún lejano. El caso de África es un ejemplo en este sentido. La jurisprudencia de reconocimiento de derechos indígenas se ha ido construyendo muy lentamente y tras el análisis realizado en este trabajo no se ha podido encontrar ninguna sentencia en los tribunales nacionales que tenga en cuenta la Declaración o avance más allá de lo establecido en los ejemplos de Sudáfrica o Botswana. La falta de un marco legislativo de reconocimiento de existencia y derechos de los pueblos indígenas es un factor importante en esta situación. Posiblemente el sistema regional jugará un papel importante en este sentido y pensamos que la sentencia Endorois, presentada en esta recopilación en ausencia de un ejemplo nacional reciente, tendrá un impacto que, unido al trabajo de las organizaciones y expertos indígenas del Continente, sin duda conducirá a nuevos avances en este sentido.

El caso de Asia resulta aún más complejo, dada las enormes diferencias entre países en el reconocimiento de los pueblos indígenas, bajo diversas denominaciones, y sus derechos. La jurisprudencia de Malasia es muy rica en este sentido, alimentada por el marco constitucional y legal y el recurso al derecho común y al derecho consuetudinario. Sin embargo, la región es, en términos generales, poco permeable al derecho internacional de derechos humanos y los estándares internacionales sobre los pueblos indígenas no son la excepción. A diferencia de África, no existe una estructura regional que promueva los derechos humanos y pueda sentar jurisprudencia al respecto. El desarrollo de la ASEAN en este sentido aún no parece muy prometedor. Pese a ello, dentro de las diversidades nacionales, los derechos de los pueblos indígenas se van abriendo paso gracias al impulso cada vez mayor de activistas y defensores de los derechos humanos indígenas y no indígenas. El papel de los tribunales está siendo muy importante en algunos países.



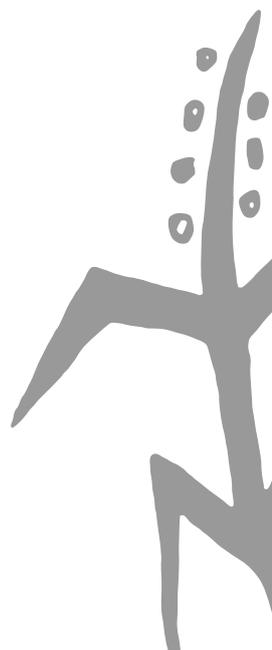
Un aspecto común que puede observarse en la información recibida es la falta de aplicación de las sentencias, procedan estas del sistema nacional de justicia o de los ámbitos regionales. Aunque este aspecto queda fuera del ámbito de este trabajo, es relevante considerarlo al analizar esa 'brecha en la aplicación' a la que nos referíamos. Muy a menudo, una sentencia positiva no es el final de un proceso sino el inicio de una nueva lucha: la de su ejecución efectiva.

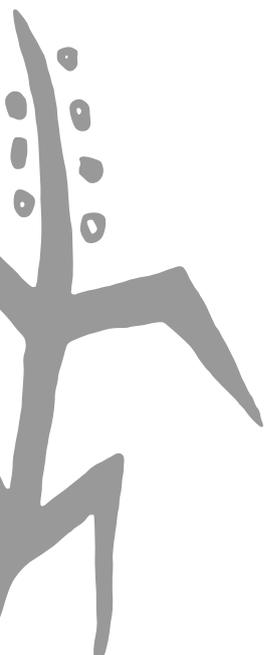
Otra de las conclusiones a la que se llegó al poco de iniciar el trabajo, fue la de la magnitud del mismo. Gracias a la desinteresada e invaluable colaboración de abogados, juristas y defensores de derechos humanos indígenas y no indígenas, el volumen de información recopilada en relación con la propuesta ha sido ingente. Era imposible intentar reflejar lo recibido en una simple publicación que quería, en su calidad de herramienta útil, recoger y traducir algunas sentencias de interés. Fue necesario afinar los criterios para la inclusión, lo que sin duda ha podido llevar a omitir casos más interesantes o paradigmáticos a cambio, por ejemplo, de que fueran lo más recientes posible. Por diferentes razones, no se han podido incluir sentencias de Rusia, América del Norte y el Pacífico y tampoco casos surgidos en los últimos meses, de gran interés, pero que ya era imposible comentar y traducir. Las editoras son conscientes de estas carencias y posibles errores. Solo añadir que esta primera incursión en el tema nos ha demostrado que existe un gran interés por parte de las organizaciones indígenas y otras instancias relacionadas en un trabajo de este tipo y que esperamos poder continuarlo en el futuro con mayor solidez y coherencia.

Queremos dar las gracias por su colaboración, en primer lugar, a los autores de los comentarios: el doctor Mattias Åhren de la Universidad de Tromsø y del Consejo Sami, el doctor Juan Manuel Salgado, del Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Neuquén, Argentina; la señora Maia Campbell, de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, el señor Carlos Zapata de Corporación Ensayos para la Cultura Política de Colombia y el señor Binota Moy Dhamai, del Adivasi Forum de Bangladesh.

Hemos contado con el apoyo en la traducción de Sebastián Vuinovich, Juan Aristi y Lazian Ibrahim. Durante el largo proceso de recopilación y selección, tuvimos el inestimable y desinteresado apoyo y sugerencias del equipo de derechos humanos de Asian Indigenous Peoples' Pact, especialmente de la señora Bernice See, de Maurizio Ferrari y Fergus Mackay, de la organización Forest Peoples' Program, del doctor Luis Rodríguez Piñero de la Universidad de Sevilla, de Pedro García Hierro de Perú Equidad, de Lola García Álix del Grupo de Trabajo Internacional sobre asuntos Indígenas (IWGIA) de Dinamarca y de Juan Houghton de la Corporación Ensayos de Colombia, además de otros colegas y colaboradores. Esperamos que el resultado no les decepcione.

Loreto Ferrer
Patricia Borraz





ÁFRICA



El Caso endorois: los derechos de los pueblos indígenas en el sistema regional africano de derechos humanos

Por Patricia Borraz

Durante muchos años, los gobiernos africanos han considerado la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas en la región como un tema 'sensible' e incluso, 'intocable'¹. Esta especial 'sensibilidad' jugó un papel importante en las últimas etapas de las negociaciones de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ('la Declaración'), en Nueva York. El recién establecido Consejo de Derechos Humanos de la ONU había adoptado la declaración en su primera sesión, el 29 de junio de 2006. En la votación, solo tres de los miembros africanos del Consejo votaron a favor (Camerún, Sudáfrica y Zambia), seis se abstuvieron (Argelia, Ghana, Marruecos, Nigeria, Senegal y Túnez) y tres estaban ausentes de la sala. Cuando la Declaración se trasladó a la Tercera Comisión de la Asamblea General en Nueva York, Namibia presentó una enmienda a la resolución de adopción pidiendo que la votación sobre la Declaración se pospusiera para permitir a los países africanos disponer de más tiempo para considerar el texto y sus preocupaciones al respecto. Todos los estados africanos presentes votaron a favor de la resolución de Namibia, y la adopción de la Declaración se pospuso, por tanto, hasta el siguiente periodo de sesiones de la Asamblea General. Entre las razones aportadas, estaba la de falta de conocimiento, entre los países africanos, sobre las verdaderas implicaciones de la Declaración. La solicitud de aplazamiento pudo ser debida a presiones externas de otros países contrarios a la Declaración, en particular Canadá, o resultado de la revisión del texto en profundidad por primera vez. El caso es que el periodo de reflexión hasta la votación en septiembre de 2007, tuvo el efecto positivo de hacer que los gobiernos africanos tuvieran que explicar sus argumentos o preocupaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas y dialogar con expertos indígenas y representantes de los países patrocinadores.

El sistema africano de derechos humanos jugó un papel importante en estas discusiones, enviando cartas de preocupación a los gobiernos africanos sobre la resolución de posposición² y proporcionándoles un dictamen³ que respondía a algunas de las

1 Korir Sing'Oei, (2011) The Endorois legal case and its impacts on state and corporate conduct in Africa, disponible en: www.natureandpoverty.net

2 Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta del Presidente del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones /Comunidades Indígenas de la Comisión Africana, Banjul, Gambia, 20 de noviembre de 2006, en ACHPR/STC/C/EM.

3 Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Dictamen sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Banjul – Gambia, 2007. Véase:

preocupaciones expresadas por dichos gobiernos.⁴ Cuando finalmente se votó la adopción de la Declaración en la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007, ningún país africano votó en contra de la misma, aunque Burundi, Kenia y Nigeria se abstuvieron y otros quince países estaban ausentes de la sala.

Desde la adopción de la Declaración se han producido algunos avances en el Continente. En agosto de 2010, la República Centroafricana ratificó el Convenio 169 de la OIT, convirtiéndose así en el primer país africano en hacerlo. En 2011, la República del Congo promulgó la ley número 5 de 25 de febrero sobre la protección y promoción de los derechos de las poblaciones indígenas en la República del Congo, la primera ley sobre el tema en África.⁵ Aunque queda mucho por hacer, como demuestran los informes de países del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas de la Comisión Africana o el informe realizado en 2009 por la OIT sobre la promoción legal y constitucional de los derechos de los pueblos indígenas,⁶ estos pasos y el compromiso mostrado por la Comisión Africana pueden ser indicación de futuros avances en otros países.

En relación con el ámbito judicial, la defensa de los derechos indígenas en los tribunales ha sido, en palabras del abogado experto Albert Kwokwo Barume, 'un batalla legal cuesta arriba con pocos éxitos ya que, incluso cuando un tribunal ha fallado a su favor, [estos] derechos no siempre se han restaurado.'⁷

“Durante muchos años, los gobiernos africanos han considerado la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas en la región como un tema ‘sensible’ e incluso, intocable”

http://www.achpr.org/english/Special%20Mechanisms/Indegenous/Advisory%20opinion_eng.pdf

Véase también Unión Africana, Decisión sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Asamblea de la Unión Africana, octava sesión, Addis Ababa, 29-30 de enero de 2007, DOC. ASSEMBLY/AU/9 (VIII) ADD.6,

4 Sobre el impacto del Dictamen y los acontecimientos en Nueva York en relación con el Grupo Africano, véase BARUME, Albert, 'Respondiendo a las preocupaciones de los Estados africanos' en CHARTERS, C. and STAVENHAGEN, R. (2009) El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. IWGIA. Copenhague. También, en ídem, KIPURI, Naomi, 'Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto africano.'

5 En 2011, el Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas realizó una misión a la República del Congo. Informe en: <http://unsr.jamesanaya.org/list/country-reports>. El Profesor James Anaya ha realizado también misiones a Namibia y Bostwana en la región africana. El anterior RE, Profesor Stavenhagen, visitó Kenia y la Sudáfrica. Informes disponibles en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/CountryReports.aspx>

6 Organización Internacional del Trabajo y Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, (2009) Overview report of the research project by the ILO and the ACHPR on the constitutional rights of indigenous peoples in 24 African countries, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en: http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/

7 En su libro Land Rights of Indigenous Peoples in Africa, (2010), A. Barume comenta algunos procesos y sentencias de los tribunales de Kenia, Tanzania y África del Sur para ilustrar esta opinión. Todos los casos

Las sentencias más destacables en los tribunales nacionales africanos en relación con los derechos de los pueblos indígenas son anteriores a la adopción de la Declaración. Por ello, las editoras han decidido incluir en esta recopilación, un caso y sentencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en enero de 2010 por la Unión Africana, y que puede considerarse un precedente legal esencial en términos de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos, a la cultura y al desarrollo. Es de esperar que la sentencia endoreis mejore las posibilidades de los pueblos indígenas en África de acceso a la justicia y la reparación en los sistemas judiciales nacionales.

El sistema regional africano de derechos humanos⁸

El sistema regional africano de derechos humanos se basa en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana o Carta de Banjul), que entró en vigor el 21 de octubre de 1986 tras su ratificación por la mayoría simple de los estados miembros de la Organización de la Unidad Africana (OUA). La Carta decide la creación de una Comisión sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 30 a 61) que se estableció en 1987, un año después de la entrada en vigor de la Carta Africana.

La Carta señala las siguientes funciones para la Comisión (artículo 45):

1. Promover los derechos humanos y de los pueblos y, en particular:
 - a) Recopilar documentación, llevar a cabo estudios e investigaciones sobre problemas africanos en el ámbito de los derechos humanos, organizar seminarios, simposios y conferencias, diseminar información, alentar a las instituciones nacionales y locales relativas a los derechos humanos y de los pueblos y, si es el caso, dar su opinión y hacer recomendaciones a los Gobiernos.
 - b) Formular y establecer principios y reglas encaminadas a resolver problemas legales relativos a los derechos humanos y libertades fundamentales en los que los Gobiernos africanos puedan basar su legislación.
 - c) Cooperar con otras instituciones africanas e internacionales relativas a la promoción y protección de los derechos humanos y de los pueblos.
2. Garantizar la protección de los derechos humanos y de los pueblos bajo las condiciones establecidas en la presente Carta.
3. Interpretar todas las disposiciones de la presente Carta a solicitud de un Estado Parte, una institución de la OAU o una Organización Africana reconocida por la OUA.
4. Llevar a cabo cualquier otra tarea que le pueda confiar la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno.

Por lo tanto, la Comisión tiene una doble función de promoción y protección. La Comisión está formada por once Comisionados de diferentes países elegidos por votación secreta por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la UA, a partir de una lista de candidatos nominados por los Estados Parte. Los Comisionados sirven en su capacidad

examinados son anteriores a la adopción de la Declaración.

⁸ Sobre el sistema regional africano y los derechos de los pueblos indígenas, véase también: <http://www.forestpeoples.org/topics/legal%20human%20rights/human%20rights%20mechanisms/african%20human%20rights>*

personal, son elegidos por un periodo de seis años y pueden ser reelegidos. Un miembro de la Comisión puede ser expulsado de su cargo por no cumplir con su deber solo con el acuerdo unánime de todos los demás miembros. La Comisión considera casos presentados por los Estados Parte o por partes no estatales, de acuerdo con las condiciones estipuladas en la Carta, y emite sentencias y recomendaciones. Los Estados Parte de la Carta tienen la obligación de presentar un informe sobre las medidas adoptadas para implementar los derechos y libertades reconocidos en la Carta.

En junio de 1998, la OUA adoptó el Protocolo de la Carta Africana sobre el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁹ La Corte se estableció en 2004, después de las necesarias ratificaciones del Protocolo.¹⁰ Su sede está en Arusha (Tanzania) y tiene jurisdicción sobre todos los casos y disputas que se le presentan sobre la interpretación y aplicación de la Carta Africana, el Protocolo y cualquier instrumento relevante de derechos humanos ratificado por los Estados en cuestión. La Corte adoptó sus reglas de procedimiento en 2010, teniendo en cuenta la armonización y complementariedad con la Comisión Africana. La Corte puede recibir denuncias o solicitudes de la Comisión Africana, los Estados Partes del Protocolo o de organizaciones intergubernamental africanas. Los actores no gubernamentales solo pueden presentar demandas ante la Corte si el país implicado ha realizado una declaración aceptando la jurisdicción de la Corte en tales casos. La Corte emitió su primer veredicto en 2009. No ha tratado ningún caso sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En 2001, la Comisión Africana estableció un Grupo de Trabajo sobre los Derechos de las Poblaciones / Comunidades Indígenas,¹¹ en el que participan miembros de la Comisión, expertos de las comunidades indígenas y otros expertos independientes. El Grupo de Trabajo elaboró un completo informe, adoptado por la Comisión Africana en noviembre de 2003, que trataba de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en África, incluyendo un análisis del concepto de 'pueblos' en la Carta Africana y su jurisprudencia y los posibles criterios para la identificación de los pueblos indígenas.¹² El Grupo de Trabajo ha publicado otros informes e investigaciones, celebrado talleres de capacitación y sensibilización y llevado a cabo misiones a países, jugando un papel de

system

⁹ <http://www.african-court.org/en/>

¹⁰ Protocolo de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de una Corte Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, disponible en: <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/african-court-humanrights.pdf>. El Protocolo solo ha sido ratificado hasta la fecha por 26 Estados Partes.

¹¹ <http://www.achpr.org/mechanisms/indigenous-populations/>

¹² Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, (2005) Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations / Communities. Submitted in accordance with the "Resolution on the Rights of Indigenous Populations / Communities in Africa". Adopted by the African

“(el caso) puede considerarse un precedente legal esencial en términos de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos, a la cultura y al desarrollo”

liderazgo sobre las cuestiones indígenas en el ámbito del sistema regional.

El caso endorois

La sentencia endorois ha sido la primera sentencia de la Comisión Africana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Trata de algunos de los principales problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas en los países en los que viven: reconocimiento de su identidad como pueblos, derecho a la propiedad de sus tierras y recursos naturales, compensación justa, derecho a la cultura o derecho al desarrollo. En un contexto de falta de reconocimiento legal y constitucional, los tribunales nacionales en África han ignorado los derechos indígenas, lo que 'ha reducido la utilidad y relevancia de los tribunales como mecanismos para arbitrar complejas reclamaciones históricas de derechos.'¹³ El desarrollo de una jurisprudencia regional sobre estas cuestiones vitales puede ayudar a revertir esta situación.

La demanda endorois fue presentada ante la Comisión Africana por el Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) y el Minority Rights Group International (MRG), en nombre de la comunidad endorois, en 2003, después de que la Corte Suprema de Kenia desestimara su demanda de 2002 sobre la pérdida de sus tierras tradicionales a causa de la creación, en 1973, de una reserva de caza. La Corte Suprema sentenció que 'los endorois habían perdido efectivamente cualquier derecho a una reclamación legal como resultado de la designación de la tierra como reserva de caza en 1973 y en 1974. Concluyó que el dinero entregado en 1986 a 170 familias por el coste del realojo suponía el cumplimiento de cualquier deber de las autoridades hacia los endorois por la pérdida de sus tierras ancestrales',¹⁴ afirmando además que no podía considerar la cuestión del derecho colectivo a la propiedad y que no se había demostrado ante la Corte que los afectados por la separación de sus tierras tuvieran una identidad propia'.¹⁵

Las tierras tradicionales de los endorois eran parte de un Fideicomiso de Tierras gestionado, de acuerdo con la legislación keniana, por los Consejos de los Condados. La ley provee que pueden "separarse" parte de dichas tierras en fideicomiso con diferentes propósitos. Las tierras tradicionales de los endorois se "separaron" en los años 70 para la creación de la mencionada reserva de caza, y los endorois fueron posteriormente desplazados de sus tierras sin una compensación pronta y apropiada. Además, se prohibió a los endorois que ingresaran a sus tierras alrededor del lago Bogoria, aunque fuera por motivos culturales o religiosos.

Debido a esta situación, la demanda presentada ante la Comisión alegaba violaciones de los derechos a la propiedad, a disponer libremente de los recursos naturales, a la religión y la cultura y al derecho al desarrollo, según recoge la Carta Africana. En la argumentación para elucidar estas demandas, la Comisión Africana tuvo que tratar varios

Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th ordinary session. CADHP e IWGIA. Copenhagen.

13 Véase Korir Sing'Oei, nota 1 supra. Sobre la cuestión del impacto de este caso particular en Kenia, el autor señala que 'el explícito reconocimiento de los derechos a la tierras de las minorías en la nueva Constitución de Kenia, adoptada en agosto de 2012, es un indicador del impacto de la sentencia endorois.'

14 Sentencia sobre el caso endorois, párrafo 11.

temas cruciales, incluida la autoidentificación o los derechos colectivos sobre tierras y recursos, que están en el fondo de cualquier debate sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Comisión Africana sentenció que el Gobierno de Kenia había violado los artículos 1, 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana y, en consecuencia, recomendó que el Estado de Kenia:

- a) Reconociera los derechos a la propiedad de los endorois y restituyera la tierra ancestral endorois.
- b) Garantizase el acceso irrestricto de la comunidad endorois al lago Bogoria y lugares circundantes para los ritos religiosos y culturales y para el pastoreo de su ganado.
- c) Pagase una compensación adecuada a la comunidad por todas las pérdidas sufridas.
- d) Pagase regalías a los endorois por las actuales actividades económicas y garantizase que se benefician de las posibilidades de empleo dentro de la reserva.
- e) Registrase al Comité para el Bienestar Endorois.
- f) Dialogase con los demandantes para la aplicación eficaz de estas recomendaciones.
- g) Informase sobre la aplicación de estas recomendaciones en el plazo de tres meses desde la recepción de su notificación.

Los razonamientos de la Comisión Africana descansan en gran medida en los casos y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los casos de Saramaka, Yakya Axa, Sawhoyamaya y Awas Tigni. Al enmarcar las decisiones sobre estos casos en la interpretación de la Carta Africana, la Comisión abre el camino para incorporar los derechos de los pueblos indígenas en el contexto legal africano. La Comisión tiene también en cuenta la jurisprudencia relevante de los órganos de los tratados de la ONU, los informes de los mecanismos de derechos humanos de la ONU y, lo que es más importante, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁶

En marzo de 2012, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones / Minorías Indígenas llevó cabo una misión informativa y de investigación a Kenia.¹⁷ El Grupo de Trabajo informó lo siguiente: 'Durante esta misión de investigación, el estado, a través del Ministro de Justicia, indicó que quería implementar las recomendaciones de la CADHP, y es de esperar que Kenia honrará sus obligaciones internacionales y será un ejemplo que el resto del continente podrá seguir a este respecto. El Ministro de Tierras, James Orengo, informó también a la comunidad, durante su celebración por el veredicto positivo de la Comisión

“El desarrollo de una jurisprudencia regional sobre estas cuestiones vitales puede ayudar a revertir esta situación”

15 Ibid. párrafo 12.

16 La Comisión considera y cita el texto del Proyecto de Declaración contenido en el documento E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 Proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (1994).

17 Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities. Research and Information visit to Kenya. 19 March 2010. Adopted by the African Commission at its 50th ordinary



en abril de 2010, que su ministerio estaba decidido a garantizar que se remediaban las injusticias históricas cometidas contra la comunidad a través de la aplicación de las recomendaciones de la CADHP.¹⁸ El Grupo de Trabajo concluye que 'en noviembre de 2011, el gobierno de Kenia aún no ha aplicado la sentencia de la CADHP.'¹⁹

A pesar de esto, la sentencia de la Comisión Africana es un primer paso esencial, y ya ha tenido algunos efectos colaterales positivos.²⁰ Queda, sin embargo, mucho por hacer, a través del trabajo combinado de los pueblos indígenas y sus aliados, los organismos internacionales y otros para alcanzar el pleno respeto y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en África, entre otras cosas en el desarrollo de un marco constitucional y legal apropiado y en las sentencias de los tribunales nacionales y locales.



Patricia Borraz es una consultora en el campo de los derechos humanos de los pueblos indígenas y la participación indígena en el ámbito internacional, especialmente el sistema de la ONU. Es también profesora en varios programas de capacitación sobre cuestiones indígenas, incluido el Programa de Becarios Indígenas de la OACDH en la Universidad de Deusto, Bilbao. Es autora de varios artículos sobre participación de los pueblos indígenas en la ONU, en particular en las negociaciones ambientales multilaterales, y está a cargo del área de participación internacional y comunicaciones de la ONG Almaciga.

sesion, 24 October –5 November. Publicado por la CADHP e IWGIA en 2012.

18 Op. cit., p. 45

19 Ibíd, nota al pie número 5.

20 Véase nota 13 supra.

276 / 2003 - CENTRE FOR MINORITY RIGHTS DEVELOPMENT (KENIA) Y MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL EN NOMBRE DEL CONSEJO PARA EL BIENESTAR ENDOROIS (ENDOROIS WELFARE COUNCIL) CONTRA KENYA

RESUMEN DE LOS PRESUNTOS HECHOS

1. La demanda ha sido presentada por Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) con el apoyo de Minority Rights Group International (MRG) y Centre on Housing Rights and Evictions (CORE, que presentó un informe de *amicus curiae*) en nombre de la comunidad endorois. Los demandantes alegan violaciones de derechos como resultado del desplazamiento de la comunidad endorois, una comunidad indígena, de sus tierras ancestrales, de la falta de compensación adecuada por la pérdida de su propiedad, la interrupción de las actividades de pastoreo de la comunidad y violaciones del derecho a practicar su religión y cultura, y también de todo el proceso de desarrollo de los endorois.

2. Los demandantes alegan que el Gobierno de Kenia, violando la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (a partir de ahora, la Carta Africana), la Constitución de Kenia y el derecho internacional, desalojó forzosamente a los endorois de sus tierras ancestrales alrededor de la zona del lago Bogoria en los distritos administrativos de Baringo y Koibatek, y también de los distritos administrativos de Nakuru y Laikipia, en la provincia del valle del Rift en Kenia, sin consultas previas apropiadas y sin compensación adecuada y efectiva.

3. Los demandantes declaran que los endorois son una comunidad de aproximadamente 60.000 personas que han vivido, desde hace siglos, en el área del lago Bogoria. Declaran que antes de la desposesión de la tierra endorois para la creación de la reserva de caza del lago Hannington en 1973, y una subsiguiente declaración como reserva de caza del lago Bogoria en 1978 por el Gobierno de Kenia, los endorois habían desarrollado y practicado, durante siglos, un modo de vida sostenible que estaba íntimamente vinculado a sus tierras ancestrales. Los demandantes alegan que, desde 1978, a los endorois se les ha negado el acceso a sus tierras.

4. Los demandantes afirman que, aparte de una confrontación con los masai sobre la región del lago Bogoria hace unos trescientos años, los endorois han sido aceptados por todas las tribus vecinas como los propietarios *bona fide* de las tierras que siguieron ocupando y disfrutando sin interrupción bajo administración colonial británica, aunque los británicos reclamaron título sobre la tierra en nombre de la Corona Británica.

5. Los demandantes declaran que, con la

independencia en 1963, la demanda de la Corona Británica sobre la tierra endorois se traspasó a los respectivos Consejos de los Condados. Sin embargo, según la Sección 115 de la Constitución de Kenia, los Consejos Provinciales tenían estas tierras en fideicomiso, en nombre de la comunidad endorois, que continuó en las tierras y siguió utilizándolas y disfrutándolas. Los derechos consuetudinarios de los endorois sobre la región del lago Bogoria no se discutieron hasta que el Gobierno de Kenia registró las tierras en 1973. Los demandantes declaran que el acto de registro y, por tanto, desposesión de la tierra, es un hecho fundamental para la presente comunicación.

6. Los demandantes declaran que el área alrededor del lago Bogoria es tierra fértil, que proporciona pastos verdes y sal mineral medicinal que ayudan en la cría de un ganado sano. Los demandantes señalan que el lago Bogoria tiene un papel central en las prácticas religiosas y tradicionales endorois. Afirman que los lugares de oración históricos de la comunidad, los lugares para los rituales de circuncisión y para otras ceremonias culturales, se encuentran en el lago Bogoria. Estos lugares se utilizaban semanal o mensualmente para ceremonias locales menores y, anualmente, para festividades culturales en las que participaban endorois de toda la región. Los demandantes señalan que los endorois creen que los espíritus de todos los endorois, independientemente de dónde estén enterrados, viven en el lago, en el que se realizan festivales anuales. Los demandantes afirman también que los endorois consideran que el bosque de Mochongoi es el lugar de origen de los endorois y el asentamiento de la primera comunidad endorois.

7. Los demandantes declaran que, a pesar de que la comunidad endorois no comprendió lo que había decidido el Estado demandado, el Servicio Keniata de Vida Silvestre (a partir de aquí, KWS) informó a algunos ancianos endorois, poco después de la creación de la reserva de caza, de que 400 familias endorois serían compensadas con parcelas de "tierras fértiles". Los gestores también especificaron, según los demandantes, que la comunidad recibiría el 25% de los ingresos por turismo de la reserva de caza y el 85% de los puestos de trabajo generados, y que el Estado demandado construiría balsas desinfectantes para el ganado y represas de agua potable.

8. Los demandantes alegan que, después de varias reuniones para determinar la compensación financiera por el realojo de las 400 familias, el KWS señaló que entregarían 3.150 chelines keniatas por familia. Los demandantes alegan que no se cumplido con ninguno de estos términos y que solo a 170 de las 400 familias se les entregó eventualmente algún dinero en 1986, años después de que se llegara al acuerdo. Los demandantes declaran que el dinero entregado a las 170 familias fue siempre entendido como un medio para facilitar el realojo y no como una



compensación por las pérdidas de los endorois.

9. Los demandantes declaran que, para reclamar sus tierras ancestrales y salvaguardar su modo de vida de pastoreo, los endorois solicitaron una reunión con el Presidente Daniel Arap Moi, que era su representante local en el Parlamento. Se celebró una reunión el 28 de diciembre de 1994 en su Hotel Lago Bogoria.

10. Los demandantes declaran que, como resultado de esta reunión, el Presidente ordenó a la autoridad local que respetara el acuerdo de 1973 sobre compensaciones y que se entregase a los endorois el 25% de los ingresos anuales para proyectos comunitarios. En noviembre del año siguiente, después de que la comunidad endorois le notificara que no se había cumplido nada, los demandantes señalan que el Presidente Moi ordenó otra vez que se siguieran sus directivas.

11. Los demandantes declaran que, después del incumplimiento de las directivas del Presidente Moi, los endorois iniciaron acciones legales contra los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek. En sentencia de 19 de abril de 2002 se rechazó su solicitud.² Aunque el Tribunal Superior reconoció que el lago Bogoria había sido tierra de fideicomiso para los endorois, afirmó que los endorois habían perdido efectivamente cualquier derecho de reclamación como resultado de la designación de las tierras como reserva de caza en 1973 y 1974. Concluyó que el dinero entregado en 1986 a 170 familias para los gastos de realojo representaba el cumplimiento de cualquier deber de las autoridades hacia los endorois por la pérdida de sus tierras ancestrales.

12. Los demandantes declaran que el Tribunal Superior también señaló claramente que no podía tratar de la cuestión del derecho de propiedad colectivo de una comunidad, refiriéndose en todo momento a los "individuos" afectados y declarando que "no se ha presentado ante el Tribunal ninguna identificación apropiada de los afectados por la recalificación de las tierras". Los demandantes señalan también que el Tribunal Superior señaló que no creía que la ley keniana debiera prestar ninguna especial protección a las tierras de un pueblo basándose en la ocupación histórica o en los derechos culturales.

13. Los demandantes alegan que desde el caso del Tribunal Superior de Kenia en 2000, la comunidad endorois ha sabido que partes de sus tierras ancestrales han sido demarcadas y vendidas a terceros por el Estado demandado³.

14. Los demandantes alegan también que, en 2002, se concedieron licencias a una compañía privada para minería de rubíes en tierras tradicionales endorois. Esto incluía la construcción de una carretera para facilitar el acceso a maquinaria pesada para la minería. Los demandantes señalan que estas actividades

suponen un alto riesgo de contaminación de las aguas utilizadas por la comunidad endorois, tanto para su consumo personal como para el del ganado. Tanto las operaciones mineras como la demarcación y venta de las tierras han continuado a pesar de la solicitud de la Comisión Africana al Presidente de Kenia de suspensión de estas actividades hasta que se conociera el resultado de la presente comunicación.

15. Los demandantes declaran que, tras el comienzo de las acciones legales en nombre de la comunidad, se han conseguido algunas mejoras en el acceso de los miembros de la comunidad al lago. Por ejemplo, ya no se les exige pagar las tasas de entrada a la reserva de caza. Sin embargo, los demandantes alegan que este acceso está sujeto a la discreción de la autoridad de la reserva de caza. Denuncian que los endorois siguen teniendo un acceso limitado al lago Bogoria para el pastoreo de su ganado, para ceremonias religiosas o para la recolección de hierbas tradicionales. También señalan que la falta de claridad legal sobre los derechos de acceso y los derechos de uso deja a los endorois totalmente a expensas de la discreción de la autoridad de la reserva de caza para que conceda dichos derechos de manera *ad hoc*.

16. Los demandantes declaran que los endorois aprecian mucho sus tierras, ya que las tierras tribales, además de asegurar la subsistencia y los medios de vida, se consideran sagradas, y están inseparablemente unidas a la integridad cultural de la comunidad y a su modo de vida tradicional. La tierra, afirman, pertenece a la comunidad y no a los individuos y es esencial para su preservación y supervivencia como pueblo tradicional. Los demandantes declaran que la salud, los medios de vida, la religión y la cultura endorois están íntimamente conectados con sus tierras tradicionales, ya que los pastos, los lugares religiosos sagrados y las plantas que se utilizan en la medicina tradicional se encuentran todos alrededor de las orillas del lago Bogoria.

17. Los demandantes declaran que, actualmente, los endorois viven en varias localidades en la periferia de la reserva; que los endorois no solo han sido trasladados forzosamente de tierras fértiles a tierras semi áridas sino que también han sido divididos como comunidad y desplazados de sus tierras tradicionales y ancestrales. Los demandantes afirman que, para los endorois, el acceso a la región del lago Bogoria es un derecho de la comunidad y que el Gobierno de Kenia sigue negando la participación efectiva de la comunidad en las decisiones que afectan a sus propias tierras, violando así su derecho al desarrollo.

18. Los demandantes alegan también que el derecho a representación legal de los endorois se ha limitado porque Juma Kiplenge, el abogado y defensor de los derechos humanos que representaba a los 20.000 pastores nómadas endorois, fue arrestado en agosto de 1996 y

acusado de "pertenencia a asociación ilegal". Afirman que también ha recibido amenazas de muerte.

19. Los demandantes alegan que la decisión del Gobierno de registrar las tierras tradicionales endorois como reserva de caza, lo que a su vez niega el acceso de los endorois a la zona, amenaza las actividades de pastoreo de la comunidad y ha puesto en peligro su integridad cultural. Los demandantes también alegan que, treinta años después de que comenzaron los desalojos, los endorois aún no han recibido una compensación plena y justa por las pérdidas de sus tierras y de sus derechos sobre ellas. Alegan además que el proceso de desalojarlos de sus tierras tradicionales no sólo es una violación de los derechos de propiedad de la comunidad endorois, sino que ha destruido sus vínculos espirituales, culturales y económicos con sus tierras.

20. Los demandantes alegan que los endorois no tienen voz en la gestión de sus tierras ancestrales. Al Comité para el Bienestar Endorois (Endorois Welfare Committee), que es el organismo de representación de la comunidad endorois, se le ha negado el registro, negándose así el derecho de los endorois a una consulta justa y legítima. La imposibilidad de registrar al Comité para el Bienestar Endorois, según los demandantes, ha hecho que a menudo se lleven a cabo consultas ilegítimas, en las que las autoridades seleccionan a individuos particulares para que den su consentimiento 'en nombre' de la comunidad. Los demandantes señalan además que la denegación de un título legal nacional sobre sus tierras tradicionales, el desalojo de la comunidad de su hogar ancestral y las severas restricciones para el acceso a la región del lago Bogoria actualmente, junto con la falta de compensación adecuada, suponen una grave violación de la Carta Africana. Los demandantes afirman que la comunidad endorois denuncia estas violaciones como pueblo y en nombre de todos los individuos afectados.

21. Los demandantes alegan que, en la creación de la reserva de caza, el Estado demandado ignoró la legislación nacional, las disposiciones de la Constitución de Kenia y, lo que es más importante, numerosos artículos de la Carta Africana, incluido el derecho a la propiedad, el derecho de libre disposición de los recursos naturales, el derecho a la religión, el derecho a la vida cultural y el derecho al desarrollo.

ARTÍCULOS SUPUESTAMENTE VIOLADOS

22. Los demandantes piden que se declare que la República de Kenia ha violado los Artículos 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana. Los demandantes también piden:

* **Restitución** de sus tierras, con títulos legales y una clara demarcación.

* **Compensación** a la comunidad por todas las pérdidas que han sufrido debido a la pérdida de su propiedad, desarrollo y recursos naturales, pero también libertad de practicar su propia religión y cultura.

PROCEDIMIENTO

23. El 22 de mayo de 2003, el Centre for Minority Rights and Development (CÉMIRIDE) hizo llegar a la Secretaría de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (la Secretaría) una carta formal de intención en relación con la futura presentación de una comunicación en nombre de la comunidad endorois.

24. El 9 de junio de 2003, la Secretaría escribió una carta al Centre for Minority Rights and Development, acusando recibo de la misma.

25. El 23 de junio de 2003, la Secretaría escribió una carta a Cynthia Morel, de Minority Rights Group International, que está asistiendo al Centre for Minority Rights and Development, acusando recibo de su comunicación y le informó de que la demanda se presentaría en la 34ª Sesión Ordinaria de la Comisión Africana.

26. El 29 de agosto de 2003 se envió a la Secretaría una copia de la demanda fechada el 28 de agosto de 2003.

27. En su 34ª Sesión Ordinaria celebrada en Banjul, Gambia, del 6 al 20 de noviembre de 2003, la Comisión Africana examinó la demanda y decidió considerarla.

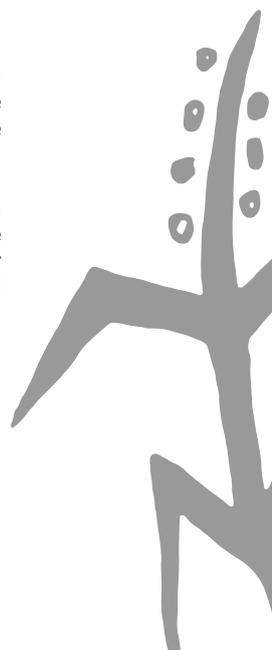
28. El 10 de diciembre de 2003, la Secretaría escribió a las partes para informarles de esta decisión y solicitarles además que enviaran sus alegaciones por escrito sobre admisibilidad antes de la 35ª Sesión Ordinaria.

29. Dado que los demandantes ya habían enviado sus alegaciones, cuando la comunicación se estaba enviando a la Secretaría, la Secretaría recordó por escrito al Estado demandado que le hiciera llegar sus alegaciones sobre admisibilidad por escrito.

30. En carta de fecha 14 de abril de 2004, los demandantes solicitaron a la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (la Comisión Africana) que se les permitiera presentar sus alegaciones orales sobre la cuestión en la Sesión.

31. El 29 de abril de 2004, la Secretaría envió un recordatorio al Estado demandado para que hiciera llegar por escritos sus alegaciones sobre admisibilidad de la comunicación.

32. En su 35ª Sesión Ordinaria celebrada en Banjul, Gambia, del 21 de mayo al 4 de junio de 2004, la Comisión Africana examinó la demanda y decidió diferir su decisión sobre admisibilidad



hasta la siguiente sesión. La Comisión Africana decidió también hacer un Llamamiento Urgente al Gobierno de la República de Kenia solicitando la suspensión de cualquier acción o medida por parte del Estado en relación con el tema de esta Comunicación hasta que la Comisión Africana hubiera decidido sobre la misma, que fue enviado el 9 de agosto de 2004.

33. En la misma Sesión, se entregó una copia de la demanda a la delegación del Estado demandado.

34. El 17 de junio de 2004, la Secretaría escribió a ambas partes para informarles de su decisión y solicitando al Estado demandado que enviase sus alegaciones sobre admisibilidad antes de la 36ª Sesión Ordinaria.

35. Una copia de la misma comunicación se hizo llegar a la Alta Comisión del Estado demandado en Addis Ababa, Etiopía, el 22 de junio de 2004.

36. El 24 de junio de 2004, la Alta Comisión de Kenia en Addis Ababa, Etiopía, informó a la Secretaría de que había hecho llegar la comunicación de la Comisión Africana al Ministerio de Asuntos Exteriores de Kenia.

37. La Secretaría envió un recordatorio similar al Estado demandado el 7 de septiembre de 2004, solicitando que enviara sus alegaciones sobre admisibilidad de la comunicación por escrito antes de la 36ª Sesión Ordinaria.

38. Durante la 36ª Sesión Ordinaria, celebrada en Dakar, Senegal, del 23 de noviembre al 7 de diciembre de 2004, la Secretaría recibió una solicitud, escrita a mano, del Estado demandado pidiendo un aplazamiento de la cuestión hasta la siguiente sesión. En la misma Sesión, la Comisión Africana pospuso el caso hasta la siguiente sesión para conceder más tiempo al Estado demandado para que presentase sus alegaciones sobre admisibilidad.

39. El 23 de diciembre de 2004, la Secretaría escribió al Estado demandado informándole de su decisión y solicitándole que presentase sus alegaciones sobre admisibilidad a la mayor brevedad.

40. Se enviaron recordatorios similares al Estado demandado el 2 de febrero y el 4 de abril de 2005.

41. En su 37ª Sesión Ordinaria celebrada en Banjul, Gambia, del 27 de abril al 11 de mayo de 2005, la Comisión Africana consideró esta comunicación y la declaró admisible, tras la falta de cooperación del Estado demandado con la Comisión Africana en el procedimiento de admisibilidad, a pesar de las numerosas cartas y recordatorios de sus obligaciones de acuerdo con la Carta.

42. El 7 de mayo de 2005, la Secretaría escribió a las partes para informarles de su decisión y solicitó que enviaran sus argumentaciones sobre el fondo.

43. El 21 de mayo de 2005, el Presidente de la Comisión Africana envió un llamamiento urgente al Presidente de la República de Kenia en relación a los informes que se habían recibido sobre presuntos hostigamientos al Presidente del Consejo de Asistencia Endorois que está implicado en esta Comunicación.

44. El 11 y el 19 de julio, la Secretaría recibió los escritos de los demandantes sobre el fondo, que fueron enviados al Estado demandado.

45. El 12 de septiembre de 2005, la Secretaría envió un recordatorio al Estado demandado.

46. El 10 de noviembre de 2005, la Secretaría recibió de COHRE un informe de *amicus curiae* sobre el caso.

47. En su 38ª Sesión Ordinaria, celebrada del 21 de noviembre al 5 de diciembre de 2005 en Banjul, Gambia, la Comisión Africana consideró la comunicación y pospuso su decisión sobre el fondo hasta la 39ª Sesión Ordinaria.

48. El 30 de enero de 2006, la Secretaría informó a los demandantes de esta decisión.

49. En una nota verbal de 5 de febrero de 2006, entregada en mano al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Kenia a través de un miembro del personal de la Secretaría que viajó al país en marzo de 2006, la Secretaría informó al Estado demandado de esta decisión de la Comisión Africana. Se entregaron también copias de todos los escritos presentados por los demandantes desde la apertura de este expediente.

50. En correo electrónico de 4 de mayo de 2006, el Consejero Nacional Principal Senior de la Oficina del Fiscal General del Estado demandado solicitó a la Comisión Africana que pospusiera la consideración de esta comunicación debido a que el Estado demandado estaba aún preparando su respuesta sobre la cuestión, señalando que era muy extensa y que implicaba a muchos departamentos.

51. Por nota verbal de 4 de mayo de 2006, recibida por la Secretaría el mismo día, el Procurador General del Estado demandado solicitó formalmente a la Comisión Africana la posposición de la cuestión hasta la siguiente sesión señalando, principalmente, que debido a la gran cantidad de temas contenidos en la comunicación, no podría presentar su respuesta antes de la 39ª Sesión Ordinaria.

52. En su 39ª Sesión Ordinaria, celebrada del 11 al 25 de mayo de 2006 en Banjul, Gambia, la Comisión Africana consideró la comunicación y pospuso la consideración de la misma hasta su 40ª

Sesión Ordinaria, en espera del resultado de las negociaciones de resolución amistosa que se llevaban a cabo entre los demandantes y el Estado demandado.

53. La Secretaría de la Comisión Africana procedió a notificar a las partes esta decisión.

54. El 31 de octubre de 2006, la Secretaría de la Comisión Africana recibió una carta de los demandantes informando de que las partes habían mantenido un intercambio constructivo sobre el tema y que la Comisión Africana debería escuchar los argumentos sobre el fondo en noviembre de 2006. Los demandantes solicitaban también licencia para que se escuchase a un testigo experto durante la 40ª Sesión Ordinaria.

55. En la 40ª Sesión Ordinaria, la Comisión Africana pospuso su decisión sobre el fondo de la comunicación después de escuchar al testigo experto de los demandantes. El Estado demandado realizó también intervenciones. Se presentó más documentación durante la sesión y más adelante, en el periodo entre sesiones; se recibió más documentación de ambas partes antes de la 41ª Sesión Ordinaria.

56. Durante la 41ª Sesión Ordinaria, los demandantes presentaron sus comentarios finales sobre las últimas alegaciones del Estado demandado.

DECISIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD

57. Al Estado demandado se le ha concedido tiempo suficiente para presentar sus alegaciones sobre admisibilidad en relación con el asunto. En las dos sesiones ordinarias anteriores de la Comisión Africana, se proporcionó a sus delegados copia en papel de la demanda. No hubo respuesta del Estado demandado. La Comisión Africana no tiene más opción que proceder con la consideración de la admisibilidad de la comunicación basándose en la información a su disposición.

58. La admisibilidad de comunicaciones presentadas según el Artículo 55 de la Carta Africana está regida por las condiciones estipuladas en el Artículo 56 de la Carta Africana. Este Artículo establece siete (7) condiciones, que un demandante debe satisfacer, en general, para que la comunicación sea admisible.

59. En la presente comunicación, la demanda indica sus autores (Artículo 56(1)), es compatible con las Cartas de la Organización para la Unidad Africana / Unión Africana y con la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Artículo 56(2)), y no está escrita en un lenguaje despectivo (Artículo 56(3)). Debido a la falta de información, que debería haber sido proporcionada por el Estado demandado, si fuera el caso, la Comisión Africana no está en posición

de saber si la demanda se basa únicamente en información difundida por de los medios de comunicación (Artículo 56(4)), si se han agotado las instancias locales (Artículo 56(5)) o si ha sido solucionada en otra instancia, como señala el Artículo 56(7) de la Carta Africana. En relación al requisito de agotar las instancias locales, en particular, los demandantes se dirigieron al Corte Suprema en Nakuru, Kenia, en noviembre de 1998. La causa fue desestimada por razones de procedimiento. Se hizo una demanda similar ante el mismo Tribunal en 2000, como dictámen constitucional, en el que se pedía iniciar las acciones correspondientes, como en el caso anterior. La cuestión fue, sin embargo, desestimada, por falta de mérito y se sostuvo que los demandados habían sido adecuadamente consultados y compensados por sus pérdidas. Por tanto, los demandantes declaran que como un caso de referencia constitucional no puede apelarse, todas las instancias nacionales se han agotado.

60. La Comisión Africana advierte que ha habido falta de cooperación del Estado demandado, que no ha presentado argumentos sobre la admisibilidad de la comunicación a pesar de numerosos recordatorios. En ausencia de estos argumentos, dado el valor aparente de la argumentación de los demandantes, la Comisión Africana es de la opinión de que la demanda cumple con el Artículo 56 de la Carta Africana y, por tanto, declara la comunicación admisible.

61. En su presentación sobre el fondo, el Estado demandado solicitó que la Comisión Africana revisase su decisión de admisibilidad. Argumentó que aunque la Comisión Africana había proseguido y admitido la comunicación, de todos modos presentaría argumentos de por qué la Comisión Africana no debería descartar reexaminar la admisibilidad de la comunicación después del testimonio oral del Estado demandado, y desestimarla.

62. Argumentando que la Comisión Africana no debería ser un tribunal de primera instancia, el Estado demandado argumenta que la reparación que buscaron los demandantes ante la Corte Suprema de Kenia no podía ser la misma que la que buscan en la Comisión Africana.

63. Para información de la Comisión Africana, el Estado demandado resumió las cuestiones presentadas ante la Corte en la demanda civil número 183 de 2002:

(a) Una declaración de que las tierras alrededor del Lago Baringo son propiedad de la comunidad endorois, depositadas en fideicomiso para su beneficio en el Consejo del Condado de Baringo y el Consejo del Condado de Koibatek, de acuerdo con las secciones 114 y 115 de la Constitución de Kenia.

(b) Una declaración de que el Consejo del



Condado de Baringo y el Consejo del Condado de Koibatek han incumplido su deber fiduciario respecto a la comunidad endorois, al no haber utilizado los beneficios derivados de la reserva de caza para el beneficio de la comunidad, contraviniendo las secciones 114 y 115 de la Constitución de Kenia.

(c) Una declaración de que los demandantes y la comunidad endorois tienen derecho a todos los beneficios generados a través de la reserva de caza en exclusiva y / en alternativa las tierras en la reserva de caza deberían devolverse a la comunidad bajo la gestión de fideicomisarios nombrados por la comunidad para recibir e invertir los beneficios en interés de la misma, de acuerdo con la sección 117 de la Constitución de Kenia.

(d) una indemnización ejemplar por los daños derivados del incumplimiento de los derechos constitucionales de los demandantes de acuerdo con la sección 115 de la Constitución de Kenia.

64. El Estado demandado informa a la Comisión Africana de que el Tribunal sostuvo que se siguieron los procedimientos existentes para la separación de la reserva de caza. El Estado demandado además señala que fue más allá al advertir a los demandantes que deberían haber ejercido su derecho a apelar según las secciones 10, 11 y 12 de la Ley sobre Tierras en Fideicomiso, Capítulo 288, Leyes de Kenia, en el caso en que les pareciera que la concesión de la compensación no se gestionó de manera apropiada. Ninguno de los demandantes había apelado, y la Corte Suprema sostuvo la opinión de que ya era demasiado tarde para presentar una demanda.

65. El Estado demandado también afirma que la Corte fue de la opinión de que la solicitud no se enmarcaba en la sección 84 (Aplicación de los Derechos Constitucionales) ya que la solicitud no denunciaba ninguna violación o posibilidad de violación de derechos según las secciones 70*83 de la Constitución.

66. Argumenta además que la comunicación se presentó ante la Comisión Africana de forma irregular, ya que los demandantes no agotaron las instancias locales en relación con las presuntas violaciones. Esto es porque:

1. Los demandantes no declararon que sus derechos se hubieran visto afectados o que pudieran verse afectados por la demanda civil 183 de 2002 ante la Corte Suprema. Afirma que la cuestión de las supuestas violaciones de cualquiera de los derechos denunciadas en la presente comunicación no ha sido, por tanto, considerada en los tribunales locales. Esto significa que la Comisión Africana estaría actuando como un tribunal del primera instancia. El Estado demandado argumenta que, por tanto, debería pedirse a los demandantes que agotaran las instancias locales antes de dirigirse a la Comisión Africana.

2. Los demandantes no utilizaron otros recursos administrativos disponibles. El Estado demandado argumenta que las alegaciones de que el sistema legal de Kenia no tiene remedios adecuados para tratar el caso de los endorois no son ciertos y carecen de fundamento. Defiende que, en cuestiones de derechos humanos, la Corte Suprema de Kenia ha estado dispuesta a aplicar instrumentos internacionales de derechos humanos para proteger los derechos de los individuos.

67. El Estado demandado dice además que el sistema legal de Kenia contiene una descripción exhaustiva de los derechos a la propiedad y proporciona protección para todas las formas de propiedad en la Constitución. Argumenta que, mientras que diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, incluida la Carta Africana, reconocen el derecho a la propiedad, estos instrumentos adoptan un enfoque minimalista que no satisface el tipo de propiedad protegida. El Estado demandado afirma que el sistema legal keniano va más allá de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

68. El Estado demandado afirma además que la tierra como propiedad se encuentra reconocida en el sistema legal keniano y que se reconocen y protegen diversos métodos de propiedad. Entre ellos se incluyen la propiedad privada (para personas físicas y jurídicas), la propiedad comunal, bien a través de la Ley de Tierras (Representantes de Grupos) para tierras adjudicadas, también llamados Ranchos de Grupo, o como Tierras en Fideicomiso gestionadas por el Consejo del Condado bajo cuya jurisdicción están situadas a beneficio de las personas habitualmente residentes en esas tierras. El Estado asevera que la Ley de Tierras de Grupos da efecto a dicho derecho de propiedad, interés u otros beneficios de las tierras que pudieran existir, según derecho consuetudinario africano.

69. El Estado demandado concluye que las Tierras en Fideicomiso se establecen en la Constitución de Kenia y se administran por una ley del Parlamento, y que la Constitución dispone que la Tierra en Fideicomiso puede alienarse por:

* Registro a nombre de otra persona que no sea el Consejo del Condado;

* Una ley parlamentaria que disponga que el Consejo del Condado separe un área de la Tierra en Fideicomiso.

70. La regla 118(2) de las Reglas de Procedimiento de la Comisión Africana señala que:

Si la Comisión ha declarado una Comunicación no admisible según la Carta, puede reconsiderar su decisión en fecha posterior si recibe una solicitud en este sentido.

La Comisión Africana toma nota de los argumentos presentados por el Estado demandado para reconsiderar su decisión sobre admisibilidad. Sin embargo, después de una cuidadosa consideración de estos argumentos, la Comisión Africana no está

convencida de que debiera reconsiderar nuevos argumentos sobre la admisibilidad de la comunicación. Por tanto, declina la solicitud del Estado demandado.

ARGUMENTACIÓN SOBRE EL FONDO

Argumentación de los demandantes sobre el fondo

71. La argumentación que sigue es la presentado por los demandantes, tomando también en consideración su testimonio oral en la 40ª Sesión Ordinaria, todas sus presentaciones escritas, incluidas cartas, y los correspondientes *affidávit*.

72. Los demandantes argumentan que los endorois han sido siempre propietarios *bona fide* de la tierras alrededor del lago Bogoria.⁴ Argumentan que la concepción endorois de la tierra no concibe la pérdida de la misma salvo por conquista. Argumentan que, como comunidad de pastores, el concepto endorois de "propiedad" de su tierra no ha sido el de la propiedad con títulos. Los demandantes afirman que la comunidad endorois siempre ha entendido que la tierra en cuestión era tierra "endorois", perteneciente a la comunidad en su conjunto y utilizada por ella para habitación, ganadería, apicultura y prácticas religiosas y culturales. Por ejemplo, otras comunidades les piden permiso para introducir a sus animales en el área.⁵

73. También argumentan que los endorois siempre se han considerado una comunidad diferente. Argumentan que, históricamente, los endorois son una comunidad ganadera, dependiente casi por completo del ganado. Su práctica ha consistido en el pastoreo de sus animales (bovinos, cabras, ovejas) en las tierras bajas alrededor del lago Bogoria durante la estación de lluvias, retornando al bosque de Mochongoi durante la estación seca. Declaran que los endorois, tradicionalmente, se han ocupado de la apicultura para obtener miel y que el área alrededor del lago Bogoria es tierra fértil, que proporciona pastos verdes y sal medicinal que ayudan a criar un ganado sano. Argumentan que el lago Bogoria es también el centro de las prácticas religiosas y tradicionales de la comunidad: alrededor del lago Bogoria se encuentran los lugares históricos de oración de la comunidad, los lugares para los rituales de circuncisión y otras ceremonias culturales. Estos lugares se usaban semanal o mensualmente para ceremonias locales menores y anualmente para las festividades culturales en las que participan endorois de toda la región.

74. Los demandantes argumentan que los endorois creen que los espíritus de todos los anteriores endorois, independientemente de dónde estén

enterrados, viven en el lago. Las festivales anuales en el lago tenían lugar con la participación de endorois de toda la región. Dicen que el bosque de Mochongoi se considera el lugar de origen del pueblo endorois y el asentamiento de la primera comunidad endorois. Afirman también que el liderazgo tradicional de la comunidad endorois se basa en los ancianos. Aunque bajo la administración colonial británica se nombraban jefes, esto se interrumpió tras la independencia de Kenia. Afirman que, más recientemente, la comunidad formó el Comité de Bienestar Endorois [Endorois Welfare Committee (EWC)] para representar sus intereses. Sin embargo, las autoridades locales se han negado a registrar al EWC a pesar de que lo han intentado dos veces desde su creación en 1996.

75. Los demandantes argumentan que los Endorois son un 'pueblo', un estatus que les da derecho a beneficiarse de las disposiciones de la Carta Africana que protegen los derechos colectivos. Los demandantes argumentan que la Comisión Africana ha afirmado los derechos de los "pueblos a presentar demandas bajo la Carta Africana en el caso 'Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights contra Nigeria' (el caso Ogoni) al señalar: "La Carta Africana, en los Artículos 20 al 24, claramente permite a los pueblos retener derechos como pueblos, es decir, como colectivos. La importancia de la identidad comunitaria y colectiva en la cultura africana se reconoce en toda la Carta Africana."⁶ Argumentan además que la Comisión Africana señaló que cuando hay un gran número de víctimas individuales, pudiera ser impracticable que cada uno de los demandantes individuales acuda ante los tribunales nacionales. En tales situaciones, como en el caso *Ogoni*, la Comisión Africana puede decidir sobre los derechos de un pueblo como un colectivo. Por ello, argumentan que los endorois, como pueblo, tienen derecho a presentar sus demandas colectivamente según estas disposiciones relevantes de la Carta Africana.

Presunta violación del Artículo 8 - derecho a la práctica de la religión

El Artículo 8 de la Carta Africana afirma:

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.

76. Los demandantes alegan violación de la práctica de su religión. Denuncian que la reiterada negación del Gobierno de Kenia a conceder a la comunidad derecho de acceso a los lugares religiosos de culto supone una violación del artículo 8.

77. Los demandantes argumentan que la Comisión Africana ha adoptado la amplia discreción requerida por el derecho internacional en la definición y protección de la religión. Argumentan



que, en el caso de *Free Legal Assistance Group y otros contra Zaire*, la Comisión Africana sostuvo que las prácticas de los testigos de Jehová estaban protegidas por el artículo 8.⁷ En la presente comunicación, los demandantes afirman que la religión y creencias de los endorois están protegidas por el artículo 8 de la Carta Africana y constituyen una religión según el derecho internacional. Los endorois creen que el Gran Ancestro, *Dorios*, bajó de los cielos y se estableció en el bosque de Mochongoi. Después de una época de excesos y lujo, los endorois creen que el Dios se enfadó y, como castigo, hundió la tierra una noche, formando el lago Bogoria. Los endorois creen ser descendientes de las familias que sobrevivieron a este acontecimiento.

78. Afirman que, cada estación, las aguas del lago se vuelven rojas y los surtidores calientes emiten un extraño olor. En esa época, la comunidad lleva a cabo ceremonias tradicionales para apaciguar a los ancestros que se ahogaron cuando se formó el lago. Los endorois consideran tanto el bosque Mochongoi como el lago Bogoria como lugares sagrados y siempre han utilizado estos lugares para importantes ceremonias culturales y religiosas como bodas, funerales, circuncisiones e iniciaciones tradicionales.⁸

79. Los demandantes argumentan que los endorois, como grupo indígena cuya religión está íntimamente vinculada con la tierra, necesitan especial protección. El lago Bogoria, defienden, tiene una significación religiosa fundamental para todos los endorois. Los lugares sagrados del pueblo endorois están situados alrededor del lago, donde los endorois rezan, y las ceremonias religiosas están habitualmente conectadas con el lago. Los ancestros están enterrados cerca del lago y, como se ha señalado anteriormente, defienden que el lago Bogoria se considera el hogar espiritual de todos los endorois, vivos y muertos. El lago, argumentan los demandantes, es por tanto esencial para las prácticas religiosas y las creencias de los endorois.

80. Los demandantes argumentan que, al desalojar a los endorois de sus tierras, y al negar a la comunidad endorois acceso al lago y a otros lugares sagrados circundantes, las autoridades keniatas ha interferido en las prácticas y culto que dicta su fe. Los demandantes arguyen que los lugares religiosos dentro de la reserva de caza no se han demarcado y protegido adecuadamente, lo que es una violación del artículo 8 de la Carta Africana. Argumentan también que, desde su desalojo del área del lago Bogoria, los endorois no han podido practicar libremente su religión. Se ha negado a la comunidad el derecho de acceso para rituales religiosos, como circuncisiones, rituales nupciales y derechos de iniciación. Igualmente, los endorois no han podido celebrar o participar en el más significativo ritual religioso anual, que se produce cuando el lago Bogoria sufre los cambios estacionales.

81. Citando la jurisprudencia de la Comisión Africana en *Amnistía Internacional contra Sudán*, los demandantes argumentan que la Comisión Africana reconoció la importancia de la práctica para la libertad religiosa, señalando que el Estado Parte violaba el derecho de los autores a practicar su religión porque los no musulmanes no tenían el derecho de predicar, ni de construir sus iglesias y sufrían hostigamiento, detenciones arbitrarias y expulsiones.⁹ Además, señalan, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas da a los pueblos indígenas el derecho "mantener, y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente..."¹⁰ Afirman que solo con un acceso irrestricto los endorois podrán proteger, mantener y utilizar sus lugares sagrados de acuerdo con sus creencias religiosas.

82. Citando el caso de *Loren Laroye Riebe Star*,¹¹ los demandantes argumentan que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado que la expulsión de tierras centrales para la práctica de la religión constituye una violación de la libertad religiosa. En el caso anterior, los demandantes arguyen que la CIDH sostuvo que la expulsión de sacerdotes del área de Chiapas era una violación del derecho de asociarse libremente con propósitos religiosos. Afirman además que la CIDH llegó a una conclusión similar en el caso *Dianna Ortiz contra Guatemala*. Este era el caso de una monja católica que huyó de Guatemala después de que las acciones del estado le impidieran ejercer libremente su religión.¹² En este caso, la CIDH decidió que su derecho a practicar libremente su religión había sido violado porque se le negaba el acceso a las tierras más significativas para ella.¹³

83. Los demandantes arguyen que los actuales gestores de la reserva de caza no han demarcado plenamente los lugares sagrados dentro de la reserva y tampoco han mantenido los lugares conocidos como sagrados para los endorois.¹⁴ Argumentan que la no demarcación y protección de los lugares religiosos dentro de la reserva de caza por parte de las autoridades keniatas constituye una grave y permanente interferencia en el derecho de los endorois a practicar su religión. Sin un cuidado apropiado, lugares de inmensa significación religiosa y cultural se han visto dañados, degradados o destruidos. Citan la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas que señala en parte que: "Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas interesados, para asegurar que se mantengan, respeten y protejan los lugares sagrados de los pueblos indígenas, en particular sus cementerios."¹⁵

84. Los demandantes también acusan a las autoridades de Kenia de interferir con el derecho endorois de practicar libremente su religión al desalojarlos de sus tierras y negarse luego a garantizarles libre acceso a sus lugares sagrados.

Esta separación de sus tierras, argumentan, impide a los endorois llevar a cabo prácticas sagradas esenciales para su religión.

85. Argumentan que, aunque el artículo 8 señala que los estados pueden intervenir en las prácticas religiosas para mantener la ley y el orden, las prácticas religiosas de los endorois no son una amenaza para los mismos y, por tanto, no hay justificación para la interferencia. Argumentan que las limitaciones establecidas en los deberes del estado de proteger los derechos deben ser consideradas a la luz del espíritu subyacente en la Carta Africana. En *Amnistía Internacional versus Zambia*, los demandantes arguyen que la Comisión Africana señaló que "era de la opinión de que las "cláusulas de recuperación"(claw*back cluses) no deben interpretarse contra los principios de la Carta ...El recurso a las mismas no debería utilizarse como un medio de justificar violaciones de las disposiciones expresas de la Carta."¹⁶

Presunta violación del Artículo 14 - derecho a la propiedad.

El Artículo 14 de la Carta Africana señala:
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.

86. Los demandantes argumentan que la comunidad endorois tiene derecho a la propiedad sobre sus tierras ancestrales, las posesiones adjuntas y su ganado. Argumentan que estos derechos de propiedad derivan tanto de la legislación keniata como de la Carta Africana, que reconoce los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Los demandantes arguyen que los derechos de propiedad de los endorois han sido violados por la continuada desposesión del área terrestre del lago Bogoria. Argumentan que el impacto sobre la comunidad ha sido desproporcionado frente a cualquier interés público o general de la comunidad.

87. Para argumentar que el Artículo 14 de la Carta ha sido violado, los demandantes arguyen que, durante siglos, los endorois han construido sus casas, cultivado la tierra, disfrutado de derechos incontestados al pastoreo, pastos y bosques y han dependido de la tierra para sostener sus medios de vida alrededor del lago. Argumentan que, al hacer esto, los endorois ejercían una forma indígena de tenencia, conservando la tierra a través de una forma colectiva de propiedad. Tal comportamiento indicaba propiedad africana tradicional de la tierra, que raramente se reflejaba por escrito como codificación de derechos o título, pero era, de todos modos, entendida a través del mutuo reconocimiento y respeto entre los dueños de las tierras. Las 'transacciones de tierras' se llevaban a cabo tan solo a través de la conquista.

88. Los demandantes argumentan que incluso bajo

dominio colonial, cuando los británicos reclamaron posesión formal de tierra endorois, las autoridades coloniales reconocieron el derecho endorois a ocupar y utilizar la tierra y sus recursos. Argumentan que, según la ley, la tierra era reconocida como "localidad endorois" y en la práctica se dejó a los endorois bastante tranquilos bajo dominio colonial. Afirman que la comunidad endorois continuó manteniendo tales derechos, intereses y beneficios tradicionales sobre las tierras alrededor del lago Bogoria incluso tras la creación de la República independiente de Kenia en 1963. Afirman que el 1 de mayo de 1963, la tierra de los endorois se convirtió en 'tierra en fideicomiso' bajo la Sección 115(2) de la Constitución de Kenia, que señala:

Cada Consejo de Condado mantendrá Tierras en Fideicomiso concedidas al mismo en beneficio de las personas habitualmente residentes en esas tierras y hará efectivos dichos derechos, intereses u otros beneficios respecto a las tierras que pudieran corresponder, según el derecho consuetudinario africano por el momento en vigor y aplicable al caso, a cualquier tribu, grupo, familia o individuo.

89. Argumentan que, al haber vivido y trabajado en esta tierra durante siglos, los endorois eran los residentes habituales en esa tierra, y que su forma tradicional de propiedad colectiva puede calificarse como un derecho, interés u otro beneficio según el derecho consuetudinario africano, que corresponde correspondiente a "cualquier tribu, grupo [o] familia" para los propósitos de la Sección 115(2). Argumentan, por lo tanto, que según la ley keniata, los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek estaban y, sin duda, siguen estando, obligados a dar efecto a los derechos e intereses de los endorois en lo que se refiere a las tierras.

Derechos de propiedad y comunidades indígenas

90. Los demandantes alegan que los tribunales tanto internacionales como nacionales han reconocido que los grupos indígenas tienen una forma específica de tenencia de la tierra que plantea una serie de problemas específicos, que incluyen la falta de un reconocimiento de título "formal" de sus territorios históricos, el no reconocimiento en los sistemas legales nacionales de los derechos de propiedad comunitaria y la demanda de títulos legales formales sobre las tierras indígenas de las autoridades coloniales. Señalan que esta situación ha llevado a muchos casos de desalojo del territorio histórico de un pueblo, tanto por parte de las autoridades coloniales como por los estados postcoloniales, que han esgrimido los títulos legales heredados de las autoridades coloniales.

91. Siguiendo este razonamiento, los demandantes argumentan que la propia Comisión Africana ha reconocido los problemas a los que se enfrentan las comunidades tradicionales en el caso de



desposesión de sus tierras en un Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones / comunidades indígenas en el que señala:

*[...] sus leyes y regulaciones consuetudinarias no son reconocidas ni respetadas y como legislación nacional, en muchos casos, no contempla la titulación colectiva de las tierras. La tenencia colectiva es fundamental para la mayoría de las comunidades indígenas pastoralistas y de cazadores(recolectores y, por ello, una de las principales peticiones de las comunidades indígenas es el reconocimiento y protección de las formas colectivas de tenencia de la tierra.*¹⁷

92. Argumentan que la jurisprudencia de la Comisión Africana señala que el Artículo 14 incluye el derecho a la propiedad tanto individual como colectivamente.

93. Citando el caso de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*,¹⁸ argumentan que los derechos de propiedad indígena han sido reconocidos legalmente como derechos a la propiedad comunitarios, al reconocer la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que la Convención Interamericana protegía derechos a la propiedad "en un sentido que incluye, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas dentro del marco de la propiedad comunitaria."¹⁹

94. Los demandantes argumentan además que los tribunales han tratado de las violaciones de los derechos de propiedad indígena derivadas de la ocupación colonial de la tierra, como cuando los estados modernos esgrimen títulos nacionales legales heredados de las autoridades coloniales. Afirman que los tribunales nacionales han reconocido ese derecho. Sentencias de ese tipo fueron ya adoptadas por el United Kingdom Privy Council en fecha tan temprana como 1921,²⁰ por el Tribunal Supremo de Canadá²¹ y por el Tribunal Supremo de Australia.²² Citando el caso *Richtersveld*, argumentan que el Tribunal Constitucional de Sudáfrica sostuvo que los derechos de una comunidad particular sobreviven a la anexión de la tierra por la Corona Británica y podrían sostenerse frente a los actuales ocupantes de sus tierras.²³

95. Alegan que la protección proporcionada por el Artículo 14 de la Carta Africana incluye derechos a la propiedad indígenas, en particular sobre sus tierras ancestrales. El derecho endorois, arguyen, a las tierras históricas alrededor del lago Bogoria está, por tanto, protegido por el Artículo 14. Afirman que los derechos de propiedad protegidos van más allá de aquellos previstos en la legislación keniana e incluyen un derecho colectivo a la propiedad.

96. Argumentan que, como resultado de las acciones de las autoridades kenianas, la propiedad endorois ha sido usurpada, en particular por

expropiación, y, a su vez, por la negación efectiva de la propiedad de sus tierras. Afirman también que el sistema de justicia de Kenia no ha proporcionado ninguna protección a los derechos de propiedad endorois. En relación con la Corte Suprema de Kenia, argumentan que dijo que no podía tratar la cuestión del derecho de propiedad de una comunidad.²⁴

97. Los demandantes argumentan que la sentencia de la Corte Suprema de Kenia también afirmaba en efecto que los endorois habían perdido cualquier derecho bajo el fideicomiso, sin que hubiera necesidad de compensación más allá de los mínimos importes de hecho concedidos como costes de realojo para 170 familias. Argumentan que la sentencia también niega que los endorois tengan derechos bajo el fideicomiso, a pesar de ser los "residentes habituales" de las tierras. La Corte, señalaron, afirmó:

Lo que está en cuestión es un recurso natural nacional. La ley no permite que los individuos se beneficien de tal recurso simplemente porque casualmente han nacido cerca del recurso natural.

98. Argumentan que, al hacer esta afirmación, la Corte Suprema desestimó aquellos argumentos basados no solo en el fideicomiso sino también en los derechos de los endorois a las tierras como un 'pueblo' y como resultado de su ocupación histórica del lago Bogoria.

99. Los demandantes citan una serie de usurpaciones que, según denuncian, afectan al corazón de la identidad de la comunidad como un 'pueblo', incluyendo:

3. el no reconocimiento y protección adecuados en la legislación nacional de los derechos de la comunidad sobre las tierras, en particular el no reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra en la legislación keniana;

4. la declaración de la reserva de caza en 1973/74, que supuso la eliminación de los derechos de propiedad restantes de la comunidad sobre las tierras, incluido su derecho como beneficiarios de un fideicomiso según la ley keniana;

5. la falta de una compensación plena a la comunidad endorois por la pérdida de su capacidad de utilizar y beneficiarse de su propiedad en los años posteriores a 1974;

6. el desalojo de los endorois de sus tierras, tanto el desplazamiento físico de las familias endorois que vivían en las tierras como la negación de las tierras al resto de la comunidad endorois, y la pérdida resultante de sus posesiones inmobiliarias en las tierras, incluidas viviendas, lugares religiosos y culturales y panales de abejas;

7. la pérdida significativa de ganado de los endorois como resultado del desalojo;

8. la denegación de beneficios, uso e intereses en sus tierras tradicionales desde el desalojo, incluida la denegación de cualquier beneficio financiero de los recursos de las tierras, como los generados por el turismo;

9. la concesión de tierras para titular a privados individuales y la concesión de explotaciones mineras en las tierras en disputa.

100. Los demandantes argumentan que una usurpación de la propiedad constituye una violación del Artículo 14, a menos que se demuestre que es de interés público o general de la comunidad y en consonancia con las disposiciones de las leyes apropiadas al caso. Argumentan además que la condición establecida en el Artículo 14 es *conjuntiva*, es decir, para que una trasgresión no sea una violación del Artículo 14 debe probarse que tal trasgresión era en interés del bien público, en el interés general de la comunidad y que se llevó a cabo de acuerdo con las leyes apropiadas y debe ser proporcional. Citando la propia jurisprudencia de la Comisión, los demandantes alegan que; *'La justificación de limitaciones debe ser estrictamente proporcionada y absolutamente necesaria para los fines que se persiguen con ellas.'*²⁵ Argumentan que tanto la Corte Europea de Derechos Humanos ²⁶ como la CIDH han sostenido que las limitaciones a los derechos deben ser "proporcionadas y razonables."²⁷

101. Argumentan que en la presente comunicación, en nombre de la creación de una reserva de caza, las autoridades keniatas han desplazado a los endorois de sus tierras y destruido sus bienes, incluidas casas, construcciones religiosas y panales. Argumentan que la disrupción y desplazamiento de toda una comunidad y la denegación de sus derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales son desproporcionadas frente a cualquier interés público al que pudiera servir la reserva de caza. Afirman que incluso asumiendo que la creación de la reserva de caza fuera un fin legítimo y sirviera a una necesidad pública, podría haberse conseguido por medios alternativos proporcionados a la necesidad.

102. Argumentan también que la usurpación de los derechos de propiedad endorois debe llevarse a cabo de acuerdo con las "leyes apropiadas" para evitar una violación del Artículo 14, y que esta disposición debe, como mínimo, significar que se respetaron tanto la legislación de Kenia como las disposiciones pertinentes del derecho internacional. Argumentan que la violación de los derechos de los endorois no respetó la legislación keniata en, al menos, tres niveles: (i) no había poder para expulsarlos de las tierras, (ii) el fideicomiso a su favor no se había extinguido legalmente, sino que fue simplemente ignorado y (iii) nunca se pagó una compensación adecuada.

103. Los demandantes afirman que las tierras tradicionales de los endorois están clasificadas como tierras en fideicomiso según la Sección 115 de la Constitución, y esto obliga al Consejo del Condado a dar efecto a "dichos derechos, intereses u otros beneficios respecto a las tierras que pudieran corresponder según el derecho consuetudinario africano por el momento en vigor."

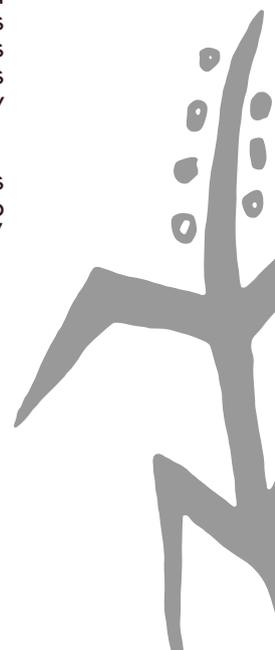
Argumentan que estableció un derecho de beneficiarios para los endorois sobre sus tierras ancestrales.

104. Argumentan además que las autoridades keniatas crearon la reserva de caza del lago Hannington, que incluía tierras indígenas endorois, el 9 de noviembre de 1973, pero cambiaron el nombre al de reserva de caza del lago Bogoria en una segunda notificación en 1974.²⁸ La notificación de 1974 fue emitida por el Ministerio de Turismo y Vida Silvestre de Kenia bajo la Ley de Protección de Animales Salvajes (WAPA).²⁹ Dicha ley, según informan los demandantes a la Comisión Africana, se aplicaba a las tierras en fideicomiso del mismo modo que a cualquiera otras tierras, y no exigía que la tierras se retirasen del fideicomiso antes de poder declarar sobre ellas una reserva de caza. Argumentan que la legislación pertinente no autorizaba el desplazamiento de ninguna persona o grupo que ocupase las tierras en una reserva de caza. En su lugar, la WAPA se limitaba a prohibir la caza, muerte o captura de animales dentro de la reserva de caza.³⁰ Sin embargo, arguyen los demandantes, a pesar de la falta de justificación legal, la comunidad endorois fue informada a partir de 1973 de que tendría que abandonar sus tierras ancestrales.

105. Más aún, argumentan, la declaración de la reserva de caza del lago Bogoria por medio de la notificación de 1974 no afecta al estatus de las tierras endorois como tierras en fideicomiso. La obligación de los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek de dar efecto a los derechos e intereses de la comunidad endorois seguía existiendo. Afirman que la única forma, de acuerdo con la ley keniata, para poder extinguir los beneficios de los endorois derivados del fideicomiso es que el Consejo del Condado o el Presidente de Kenia "separen" esas tierras. Sin embargo, la Ley de tierras en fideicomiso exige que, para ser legal, tal separación de tierras debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado [*Kenyan Gazette*].³¹

106. Los demandantes afirman que, por lo que sabe la comunidad, esta notificación no fue publicada. Hasta que esto se haga, argumentan, las tierras en fideicomiso que abarcan el lago Bogoria no han sido separadas, y los derechos africanos consuetudinarios del pueblo endorois siguen estando en vigor según la ley keniata.³² Afirman que la Corte Suprema de Kenia no protegió los derechos de propiedad de los endorois según el fideicomiso, y las instrucciones dadas a los endorois de que abandonaran sus tierras tampoco estaban autorizadas según la ley nacional.

107. Concluyen que, por el expuesto, las autoridades de Kenia han actuado de mala fe y no "de acuerdo con las disposiciones de las leyes" para los propósitos del Artículo 14 de la Carta.



108. Argumentan además que, incluso si se hubieran separado las tierras endorois, la legislación de Kenia exige la compensación de los residentes de las tierras que se separan; que la Constitución de Kenia afirma que siempre que se separan tierras de las Tierras en Fideicomiso, el Gobierno debe garantizar:

*[E]l pronto pago de una plena compensación a cualquier residente de las tierras separadas que (a) bajo derecho consuetudinario africano por el momento en vigor y aplicable a las tierras, tenga derecho a ocupar cualquier parte de dichas tierras.*³³

109. Citando la legislación keniana, los demandantes argumentan que la Ley de Kenia de Adquisición de Tierras apunta factores que deben considerarse para determinar las compensaciones a pagar,³⁴ comenzando por el principio fundamental de que la compensación debe basarse en el valor de mercado de la tierra en el momento de la adquisición. Otras consideraciones incluyen: daños a la persona interesada causados por el traslado de sus tierras y otros daños, incluidas ganancias perdidas, gastos de realojo y cualquier disminución de los beneficios de la tierra. La Ley de Adquisición de Tierras dispone que debe sumarse un 15% adicional al valor de mercado para compensar por los inconvenientes. Según la ley keniana, si un tribunal decide que la cantidad de la compensación es insuficiente, debe pagarse un interés del 6% anual sobre la diferencia debida a las partes interesadas.³⁵

110. Señalan que solo 170 familias de las, al menos, 400 familias que fueron obligadas a abandonar las tierras tradicionales endorois por las autoridades de Kenia, han recibido alguna forma de ayuda monetaria. En 1986, 170 familias expulsadas a finales de 1973 de sus casas dentro de la reserva de caza del lago Bogoria recibieron, cada una, unos 3.150 chelines keniatas. En aquel tiempo, esta cantidad equivalía aproximadamente a 30 libras esterlinas.

111. Afirman que las autoridades de Kenia prometieron más compensaciones por el valor de las tierras perdidas, junto con oportunidades de ingresos y empleo en la reserva de caza, pero la comunidad nunca las ha recibido.

112. Alegan que el Estado demandado ha reconocido que el pago de 3.150 chelines keniatas por familia cubría solo la "ayuda al realojo" y no constituía la plena compensación por la pérdida de las tierras. Los demandantes argumentan que el derecho internacional establece además requisitos estrictos de compensación en el caso de expropiación de propiedad.³⁶ Argumentan que el hecho de que este pago se hiciera unos 13 años después de la primera expulsión y de que no representase el valor de mercado de la tierra calificada como reserva de caza del lago Bogoria, supone que el Estado demandado no habría pagado la "pronta y total compensación" como

exige la Constitución cuando se separan tierras de fideicomiso. Por lo tanto, no se ha cumplido con la legislación nacional. Además, los demandantes argumentan que el hecho de que miembros de la comunidad endorois aceptaran la muy limitada compensación monetaria no significa que la aceptaran como la compensación total, ni que hayan aceptado la pérdida de sus tierras. Afirman que, incluso si el estado demandado hubiera formalmente separado las tierras en fideicomiso a través de la notificación en el Boletín Oficial, la condición de "acuerdo con las disposiciones de la ley" exigida por el artículo 14 de la Carta tampoco se hubiera visto satisfecha, debido a que la compensación pagada era inadecuada.

113. Los demandantes argumentan que el requisito de que cualquier usurpación de los derechos a la propiedad debe ser consonante con las "leyes apropiadas" debe también incluir el derecho internacional relevante. Alegan que el Estado demandado, incluidos los tribunales, no ha aplicado el derecho internacional sobre la protección de los derechos territoriales indígenas, que incluye la necesidad de reconocer la naturaleza colectiva de los derechos territoriales, reconocer la asociación histórica y dar prioridad a los vínculos culturales y espirituales y de otro tipo de un pueblo con un territorio en particular. Por el contrario, la legislación de Kenia solo reconoce de forma limitada el derecho consuetudinario africano. El sistema de tierras en fideicomiso en Kenia supone, en realidad, derechos mínimos, ya que un fideicomiso (y, por tanto, los derechos del derecho consuetudinario africano, como los de los endorois) puede extinguirse por una simple decisión del ejecutivo. Arguyen que la cuestión crucial del reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra por los endorois no se reconoce en absoluto en la legislación de Kenia, como demuestra claramente la sentencia de la Corte Suprema. La invasión de la propiedad endorois, por tanto, no respeta el derecho internacional adecuado sobre los derechos de los pueblos indígenas. Señala que los endorois han sufrido también significativas pérdidas de propiedades como resultado de su desplazamiento, como se ha detallado anteriormente, incluidas pérdidas de ganado, y que la única "compensación" recibida fue la eventual cesión de dos balsas desinfectantes para el ganado que no compensan por las pérdidas de la sal mineral de las orillas del lago o la sustancial pérdida de las tierras tradicionales.

114. Concluyen que, el hecho de que no se cumpliera con los estándares internacionales sobre los derechos territoriales indígenas y sobre compensación, y de que se ignorase la legislación nacional, significa que la usurpación de la propiedad de la comunidad endorois no estaba en consonancia con las "leyes apropiadas" según lo dispuesto en el Artículo 14 de la Carta.

Presuntas violaciones del artículo 17(2) y

(3) - el derecho a la cultura.

El artículo 17(2) y (3) señala que:

(2) *Todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad.*

(3) *La promoción y protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad serán deberes del Estado.*

115. Los demandantes argumentan que se han violado los derechos culturales de la comunidad endorois como resultado de la creación de la reserva de caza. Al restringir el acceso al lago Bogoria, las autoridades de Kenia han denegado a la comunidad el acceso a un elemento central de la práctica cultural endorois. Después de definir la cultura como la suma de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social determinado que les distingue de otros grupos similares,³⁷ arguyen que cualquier grupo que se identifique con una cultura particular dentro de un estado puede invocar la protección del artículo 17. Pero argumentan que significa más que eso. Argumentan que el Artículo 17 se extiende a la protección de las culturas y modos de vida indígenas.

116. Alegan que los endorois han sufrido la violación de sus derechos culturales en dos sentidos. En primer lugar, la comunidad se ha enfrentado a restricciones sistemáticas del acceso a los lugares, como las orillas del lago Bogoria, que son de especial significación para los ritos y celebraciones culturales. Los intentos de la comunidad para acceder a sus tierras históricas para estos propósitos fueron considerados "allanamiento" y respondidos con intimidaciones y detenciones. En segundo lugar, de forma separada, los derechos culturales de la comunidad han sido violados por el grave daño causado por las autoridades de Kenia a su modo de vida pastoralista.

117. Los demandantes argumentan que las concesiones mineras ahora en marcha en las proximidades del lago Bogoria amenazan más aún la integridad cultural y espiritual de las tierras ancestrales de los endorois.

118. También argumentan que, a diferencia de los Artículos 8 y 14 de la Carta Africana, el Artículo 17 no tiene ninguna disposición expresa que permita restricciones al derecho bajo ciertas circunstancias. Señalan que la ausencia de dicha cláusula es una firme indicación de que sus redactores no preveían casi ninguna circunstancia en la que pudiera ser apropiado limitar el derecho de un pueblo a la cultura. Sin embargo, si hay una restricción, esta debe ser proporcionada a su legítimo fin y estar alineada con los principios del derecho internacional sobre los derechos humanos y de los pueblos. Los demandantes arguyen que el principio de proporcionalidad exige que las limitaciones sean lo menos restrictivas posible para alcanzar el legítimo fin.

119. Los demandantes, por tanto, alegan que, incluso si la creación de la reserva de caza constituye un legítimo fin, el que el Estado demandando no haya asegurado el acceso por derecho para la celebración del festival anual y de los rituales no puede considerarse como algo proporcionado a dicho fin.

Presunta violación del artículo 21 - derechos a la libre disposición de los recursos naturales

El artículo 21 de la Carta señala que:

10. *Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en exclusivo interés del pueblo. En ningún caso será pueblo alguno privado de él.*

11. *En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada.*

120. Los demandantes argumentan que la comunidad endorois no puede acceder a los recursos vitales en la región del lago Bogoria desde su expulsión de la reserva de caza. La sal medicinal y los suelos fértiles que mantenían sano el ganado de la comunidad están ahora fuera del alcance de la comunidad. Se han concedido licencias mineras en tierras endorois sin dar participación a los endorois en estos recursos. En consecuencia, los endorois sufren una violación del artículo 21: derecho a los recursos naturales.

121. Alegan que en el caso *Ogoni*, se reconoció que el pueblo indígena tenía el derecho a los recursos naturales contenidos en sus tierras tradicionales, y que un pueblo que habite una región específica dentro de un estado puede reclamar la protección del artículo 21.³⁸ Alegan que el derecho a disponer libremente de los recursos naturales es de crucial importancia para los pueblos indígenas y su modo de vida. Citan el informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre Poblaciones / comunidades Indígenas que señala:

La desposesión de la tierra y de los recursos naturales es un grave problema de derechos humanos para los pueblos indígenas.... El establecimiento de áreas protegidas y parques nacionales ha empobrecido a las comunidades indígenas de pastores y cazadores (recolectores, las ha hecho vulnerables e incapaces de enfrentarse a la incertidumbre ambiental y, en muchos casos, incluso las ha desplazado... Esta [la pérdida de los recursos naturales] es una grave violación de la Carta Africana (Artículo 21(1) y 21 (2), que señala claramente que todos los pueblos tienen el derecho a los bienes naturales, la riqueza y la propiedad.³⁹

122. Citando la Carta Africana, los demandantes argumentan que la Carta crea dos derechos distintos tanto a la propiedad (Artículo 14) como a la libre disposición de la riqueza y de los recursos naturales (Artículo 21). Argumentan que en el contexto de las tierras tradicionales, los dos



derechos están íntimamente ligados y se violan de forma similar. Afirman que el Artículo 21 de la Carta Africana, sin embargo, tiene un ámbito mayor que el Artículo 14 y exige el respeto del derecho de un pueblo a utilizar los recursos naturales, incluso cuando el pueblo no tiene título sobre las tierras.

123. Los demandantes señalan que la Directiva Operativa 4.10 del Banco Mundial afirma que "Debe prestarse especial atención a los derechos de los pueblos indígenas a la utilización y desarrollo de las tierras que ocupan, a estar protegidos contra intrusos ilegales y a tener acceso a los recursos naturales (como bosques, vida silvestre y aguas) vitales para su subsistencia y reproducción."⁴⁰

124. Afirman que los endorois, como pueblo, gozan de la protección del Artículo 21 en relación al lago Bogoria y a la riqueza y recursos naturales derivados del mismo. Argumentan que, para los endorois, los recursos naturales incluyen las medicinas tradicionales hechas de hierbas que se encuentran alrededor del lago, y los recursos, como la sal y los suelos fértiles, que proporcionan el sustento de su ganado y, por tanto, de su modo de vida pastoril. Estos, según los demandantes, son recursos naturales de los que la comunidad se beneficiaba antes de su expulsión de sus tierras tradicionales. Además, el artículo 21 también protege el derecho de la comunidad a la riqueza potencial de sus tierras, incluido el turismo, los rubíes, y otros posibles recursos. Afirman que desde su expulsión del lago Bogoria, los endorois, en violación del Artículo 21, han visto negado su acceso irrestricto a sus tierras y recursos naturales, ya que no pueden beneficiarse de los recursos naturales y su potencial riqueza, incluida la generada por la explotación reciente de las tierras, como los ingresos y empleo creados por la reserva de caza o producto de las operaciones mineras.

Presunta violación del Artículo 22 - el derecho al desarrollo

El artículo 22 de la Carta Africana señala que:
Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad.

125. Sobre la cuestión del derecho al desarrollo, los demandantes alegan que el derecho de los endorois al desarrollo ha sido violado como resultado de que el Estado demandado no ha implicado adecuadamente a los endorois en el proceso de desarrollo, ni ha garantizado una continua mejora del bienestar de la comunidad endorois.

126. Los demandantes alegan que los endorois han visto como disminuían sus opciones y sus potencialidades desde su expulsión de la reserva de caza. Argumentan que debido a la falta de

acceso al lago, a la sal y a sus pastos habituales, el ganado de los endorois murió en gran cantidad. En consecuencia, no pudieron pagar sus impuestos y, como resultado, las autoridades de Kenia les quitaron más ganado.

127. Subrayan el extremo de que los endorois no tuvieron más opción que abandonar el lago. Arguyen que esta falta de opción de la comunidad contradice directamente las garantías del derecho al desarrollo. Afirman que si las autoridades keniatas hubieran cumplido el derecho al desarrollo tal como promete la Carta Africana, el establecimiento de la reserva de caza debería haber aumentado las posibilidades de los endorois.

128. Citando el caso *Ogoni*, los demandantes alegan que la Comisión Africana ha señalado la importancia de la posibilidad de elección en el bienestar. Afirman que la Comisión Africana señaló que el estado debe respetar a los titulares de derechos y su "libertad de acción"⁴¹. Alegan que la libertad reconocida por la Comisión equivale a la libertad que incorpora el derecho al desarrollo. Al reconocer tal libertad, argumentan, la Comisión Africana ha comenzado a admitir el derecho al desarrollo como una elección. Profundizando más en el derecho al desarrollo, argumentan que el mismo principio de "libertad de acción" puede aplicarse a la comunidad endorois en la presente comunicación.

129. Alegan que la posibilidad de elección y la libre determinación también incluyen la posibilidad de disponer de los recursos naturales según desee la comunidad, requiriendo por tanto cierto grado de control sobre las tierras. Argumentan además que para los endorois, se ha suprimido opción de utilizar la sal, el agua y el suelo del lago Bogoria, minándose la libre determinación de esta parte (la comunidad endorois). En este sentido, argumentan los demandantes, está claro que el desarrollo debería ser entendido como un aumento del bienestar de la gente, medido por las capacidades y opciones disponibles. La realización del derecho al desarrollo, señalan, requiere la mejora y el aumento de las capacidades y de las opciones. Argumentan que los endorois han sufrido una pérdida de bienestar debido a la limitación de sus opciones y capacidades, incluida la participación efectiva y significativa en proyectos que les afectarán.

130. Citando al Comité de Derechos Humanos (CDH), argumentan que el Comité trató de la efectividad de los procedimientos de consulta en *Mazurka contra Nueva Zelanda*.⁴² Los demandantes argumentan que el CDH concluyó que el amplio proceso de consulta llevado a cabo por Nueva Zelanda, servía de forma efectiva a la participación de representantes maoríes. Las autoridades de Nueva Zelanda había negociado con representantes maoríes y, posteriormente, permitieron que el memorando de entendimiento

resultante fuera debatido en profundidad por los maoríes en todo el país.⁴³ Los demandantes alegan que el Comité señaló específicamente que el procedimiento de consulta consideraba la significación cultural y religiosa de la pesca para el pueblo maorí y que los representantes maoríes tuvieron la posibilidad de alterar los términos del acuerdo final.

131. La inadecuación de las consultas llevadas a cabo por las autoridades de Kenia, argumentan los demandantes, se ve subrayada por las acciones de los endorois después de la creación de la reserva de caza. Los demandantes informan a la Comisión Africana de que los endorois creían, y siguen creyendo incluso después de su expulsión, que la reserva de caza y su modo de vida pastoril no serían mutuamente excluyentes y que tendrían el derecho de volver a entrar en sus tierras. Afirman que, al no entender las razones de su expulsión permanente, muchas familias no abandonaron el lugar hasta 1986.

132. Alegan que este curso de acción hizo que los endorois se sintieran excluidos de un proceso de la mayor importancia para su vida como pueblo. El resentimiento por la injusta manera en que fueron tratados fue el motivo por el que algunos miembros de la comunidad intentaron reclamar el bosque de Mochongoi en 1974 y 1984, se reunieron con el Presidente a discutir la cuestión en 1994 y 1995 y protestaron por esas actuaciones con manifestaciones pacíficas. Afirman que si las consultas se hubieran llevado a cabo de forma que implicasen efectivamente a los endorois, no hubiera tenido como resultado la confusión sobre sus derechos o el resentimiento porque su consentimiento se obtuvo torticeramente.

133. Señalan también que el requisito de consentimiento previo e informado ha sido también delineado en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana. Refiriendo a la Comisión Africana al caso de *Mary y Carrie Dann contra EE.UU.*, argumentan que la CIDH señaló que convocar reuniones con la comunidad 14 años después de que comenzaran los procedimientos de extinción del título, no constituía participación ni previa ni efectiva.⁴⁴ Afirman que, para que haya un proceso de consentimiento que sea plenamente informado, "se exige, como mínimo que todos los miembros de la comunidad sean plena y correctamente informados de la naturaleza y consecuencias del proceso y se les proporcione una oportunidad efectiva de participar, individualmente o como colectivos."⁴⁵

134. Los demandantes también opinan que el Estado demandado violó el derecho al desarrollo endorois al iniciar acciones coercitivas e intimidatorias que han abolido el derecho de la comunidad a la participación significativa y al consentimiento libremente otorgado. Afirman que tal coerción ha continuado hasta el día de hoy. Los demandantes dicen que el señor Charles Kamuren,

Presidente del Consejo para el Bienestar Endorois, ha informado a la Comisión Africana sobre los detalles de las amenazas y hostigamientos que él, su familia y otros miembros de la comunidad han sufrido, especialmente cuando objetaron al otorgamiento de concesiones mineras.

135. Los demandantes alegan además que los endorois han sido excluidos de la participación en los beneficios del desarrollo. Argumentan que el Estado demandado no adoptó un enfoque del crecimiento económico basado en los derechos, que insiste en el desarrollo de forma que sea coherente e instrumental para la realización de los derechos humanos y en el derecho al desarrollo a través de una consulta adecuada y previa. Afirman que el desarrollo de los endorois como un pueblo ha sufrido económica, social y culturalmente. Concluyen además que la comunidad endorois sufrió una violación del Artículo 22 de la Carta.

Alegaciones del Estado demandado sobre el fondo

136. En respuesta al informe presentado por los demandantes en relación al fondo, incluido el *Informe de Amicus Curiae* de COHRE, el Estado demandado, la República de Kenia, presentó su respuesta sobre el fondo de la comunicación a la Comisión Africana.

137. Los argumentos que siguen son los presentados por el Estado demandado, tomando en consideración sus testimonios orales en la 40ª Sesión Ordinaria de la Comisión Africana, todas sus presentaciones escritas, incluidas cartas, *affidavit*, evidencia en video y la "Presentación de los demandados y clarificaciones añadidas derivadas de las preguntas del Comisionado durante la audiencia sobre el fondo de la comunicación."

138. El Estado demandado argumenta que la mayoría de las tribus no residen en sus tierras ancestrales debido a desplazamientos producto de una serie de factores, que incluyen la búsqueda de pastos para su ganado, búsqueda de tierras cultivables para desarrollar la agricultura, realojos por el Gobierno para facilitar el desarrollo, creación de planes de riego, parques nacionales, reservas de caza, bosques y extracción de recursos naturales, como los minerales.

139. El Estado demandado argumenta que ha instituido un programa para la educación primaria universal y un programa de recuperación agrícola, que pretende aumentar los ingresos familiares de los pobres rurales, incluidos los endorois. Afirma que no solo ha emprendido programas para la distribución equitativa de recursos presupuestarios sino que también ha formulado una estrategia de recuperación económica para la creación de riqueza y la creación de empleo que busca erradicar la pobreza y garantizar los derechos económicos y sociales de los pobres y los



marginados, incluidos los endorois.

140. El Estado demandado argumenta que las tierras alrededor del área del lago Bogoria están ocupadas por la tribu **tugen**, que comprende cuatro clanes:

141. Los **endorois** – que se han asentado alrededor de **Mangot**, **Mochongoi** y **Tangulmbei**; **los lebus** – que se han asentado alrededor del distrito de Koibatek; **los somor** – que viven junto a Maringati, Sacho, Tenges y Kakarnet; y, **los alor** – que viven alrededor de Kaborchayo, Paratapwa, Kipsalalar y Buluwesa.

142. El Estado demandado arguye que todos los clanes coexisten en una única área geográfica. Afirma que es importante señalar que todos comparten la misma lengua y nombres, lo que significa que tienen mucho en común. El Estado demandado refuta que los endorois sean de hecho una comunidad, subtribu o clan separado, y argumenta que es incumbente que los demandantes prueben que los endorois se diferencian de otra subtribu **tugen** o, de hecho, de la más extensa tribu kalenjín, antes de presentar un caso ante la Comisión Africana.

143. El Estado demandado mantiene que, tras la declaración de la reserva de caza del lago Bogoria, el gobierno emprendió una actuación de realojo que culminó en el reasentamiento de la mayoría de los endorois en el plan de asentamiento de Mochongoi. Argumenta que esto estaba concluido y que la compensación pagada a los endorois por su tierra ancestral alrededor del lago se había hecho pública. Afirma además que no existe ningún bosque Mochongoi en Kenia, y que el único bosque en la zona es el bosque de Ol Arabel.

Decisión sobre el fondo

144. La presente comunicación alega que el Estado demandado ha violado los derechos humanos de la comunidad endorois, un pueblo indígena, al desalojarlos forzosamente de sus tierras ancestrales, al no compensarles adecuadamente por la pérdida de sus propiedades, los trastornos causados a las actividades ganaderas de la comunidad, y por violaciones de su derecho a practicar su religión y cultura, además de al proceso de desarrollo general de los endorois.

145. Antes de tratar de los artículos presuntamente violados, el Estado demandado ha pedido a la Comisión Africana que determine si los endorois pueden ser reconocidos como una 'comunidad' / subtribu o clan diferenciado. El Estado demandado refuta que los endorois sean una comunidad diferente que necesite una especial protección. El Estado demandado arguye que los demandantes deben probar esta diferenciación con la subtribu **tungen** o con la más extensa tribu kalenjín. Las preguntas inmediatas que la Comisión Africana

debe tratar son:

146. ¿Son los endorois una comunidad diferenciada? ¿Son indígenas y, por tanto, merecedores de una especial protección? Si son una comunidad diferenciada, ¿qué los hace distintos de la subtribu **tugen** o de la más extensa tribu kalenjín?

147. Antes de responder a estas preguntas, la Comisión Africana señala que los conceptos de "pueblos" y de "pueblos/comunidades indígenas" son términos polémicos.⁴⁶ En lo que se refiere a "pueblos indígenas", no hay una definición universal y unívoca del concepto, ya que ninguna única definición captura la diversidad de las culturas, historias y situaciones actuales indígenas. Las relaciones entre los pueblos indígenas y los grupos dominantes o mayoritarios en la sociedad varía de país a país. Lo mismo sucede con el concepto de "pueblos". La Comisión Africana es, por tanto, consciente de que las connotaciones políticas que tienen estos conceptos. Estas controversias llevaron a los redactores de la Carta Africana a deliberadamente evitar proponer una definición de la noción de "pueblo(s)".⁴⁷ En su Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Comunidades / poblaciones Indígenas,⁴⁸ la Comisión Africana describe su dilema de definir el concepto de "pueblos" en los siguientes términos:

A pesar de su mandato de interpretar todas las disposiciones de la Carta Africana según indica el Artículo 45(3), la Comisión Africana inicialmente se retrajo de interpretar el concepto de "pueblos". La propia Carta Africana no define el concepto. Inicialmente, la Comisión Africana no se sintió cómoda desarrollando derechos sobre los que había poca jurisprudencia internacional específica. El PIDCP y el PIDESC no definen "pueblos". Es evidente que los redactores de la Carta Africana quisieron distinguir entre los derechos individuales tradicionales cuando en las secciones al Artículo 17 se refieren a "cada individuo". El Artículo 18 supone un corte, al referirse a la familia. Los artículos 19 al 24 hacen referencia específica a "todos los pueblos."

148. La Comisión Africana, sin embargo, señala que, mientras los términos "pueblos" y "pueblos indígenas" originan debates acalorados, algunos grupos marginados y vulnerables en África están sufriendo problemas específicos. Es consciente de que muchos de estos grupos no se han incluido en los paradigmas dominantes de desarrollo y, en muchos casos, son víctimas de las políticas y modos de pensar mayoritarios sobre el desarrollo y se violan sus derechos humanos fundamentales. La Comisión Africana también es consciente de que los pueblos indígenas, debido a procesos pasados y presentes, se han visto marginados en sus propios países y necesitan reconocimiento y protección de sus derechos humanos básicos y de sus libertades fundamentales.

149. La Comisión Africana también advierte que,

desde el punto de vista normativo, la Carta Africana es un documento de derechos humanos único e innovador, en comparación con otros instrumentos regionales de derechos humanos, al dar especial énfasis a los derechos de los "pueblos".⁴⁹ Se aleja sustancialmente de las estrechas formulaciones de otros instrumentos regionales y universales al tejer un tapiz que incluye tres "generaciones" de derechos: derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos de grupos y de pueblos. En este sentido, la Comisión Africana señala su propia observación de que el término "indígena" tampoco tiene la intención de crear una clase especial de ciudadanos, sino de responder a injusticias y desigualdades históricas y presentes. Este es el sentido en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas de la Comisión Africana⁵⁰ ha aplicado el término en el contexto africano. En el contexto de la Carta Africana, el Grupo de Trabajo señala que la noción de "pueblos" está profundamente relacionada con los derechos colectivos.⁵¹

150. La Comisión Africana también advierte que la Carta Africana, en los Artículos 20 al 24, reconoce que los pueblos tienen derechos como tales, es decir, como colectivos.⁵² La Comisión Africana, a través de su Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas ha establecido criterios para identificar a los pueblos indígenas.⁵³ Estos son: la ocupación y utilización de un territorio específico; la perpetuación voluntaria de su diferencia cultural; la autoidentificación como una colectividad diferente, además del reconocimiento por otros grupos; una experiencia de subyugación, marginación, desposesión, exclusión o discriminación. El Grupo de Trabajo también ha definido algunas de las características compartidas por los grupos indígenas africanos:

... en primer lugar y sobre todo (aunque no exclusivamente) diferentes grupos de cazadores/recolectores y ciertos grupos de pastores...

*... Una característica esencial para la mayoría de ellos es que la supervivencia de su modo de vida particular depende de los derechos sobre sus tierras tradicionales y los recursos existentes en ellas y del acceso a los mismos.*⁵⁴

151. La Comisión Africana es pues consciente de que hay un consenso emergente sobre algunos rasgos objetivos que un colectivo de individuos debería manifestar para ser considerado como un "pueblo", es decir: una tradición histórica común, identidad racial o étnica, homogeneidad cultural, unidad lingüística, afinidades religiosas e ideológicas, conexión territorial y una vida económica común u otros vínculos, identidades y afinidades que disfrutan colectivamente, especialmente los derechos enumerados en los Artículos 19 al 24 de la Carta Africana, o de cuya privación sufren de manera colectiva. Lo que está claro es que todos los intentos de definir el concepto de pueblos indígenas reconocen los vínculos entre los pueblos, sus tierras y la cultura y

que tales grupos expresan su deseo de ser identificados como un pueblo o tienen conciencia de ser un pueblo.⁵⁵

152. En lo que se refiere al tema en discusión, la Comisión Africana es alentada, según el Artículo 61 de la Carta Africana, a inspirarse en otras fuentes subsidiarias del derecho internacional o en principios generales para determinar los derechos de la Carta Africana.⁵⁶ Toma nota de la definición de trabajo propuesta por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas:

*... que los pueblos indígenas son... aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades que se desarrollaron en sus tierras antes de las invasiones y sociedades coloniales, se consideran a sí mismos diferentes de otros sectores de las sociedades ahora dominantes en esos territorios o partes de ellos. Forman en el presente sectores no dominantes de la sociedad y están decididos a preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su continuada existencia como pueblos, de acuerdo con sus propios modelos culturales, instituciones sociales y sistemas legales.*⁵⁷

153. Pero esta definición de trabajo debe leerse en conjunto con el Informe de 2003 del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas de la Comisión Africana, que es la base de su 'definición' de poblaciones indígenas.⁵⁸ De manera similar, señala que la Organización Internacional del Trabajo ha emitido una definición de pueblos indígenas en el Convenio 169 relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes:⁵⁹

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

154. La Comisión Africana es también consciente de que aunque algunas poblaciones indígenas pueden ser los primeros habitantes, la validación de derechos no sigue automáticamente a tales declaraciones de anterioridad a la invasión y la colonia. En términos del Convenio 169 de la OIT, aunque muchos países africanos no lo hayan firmado y ratificado, y tal como conceptualizan el término los Grupos de Trabajo de la ONU, la Comisión Africana advierte que hay un hilo conductor que atraviesa los distintos criterios que intentan describir a los pueblos indígenas: que los pueblos indígenas tienen una clara relación con un territorio particular y que todos los intentos de definir el concepto reconocen los vínculos entre el pueblo, sus tierras y la cultura. En ese sentido, la Comisión Africana toma nota de la observación del



Relator Especial de la ONU cuando afirma que en Kenia las poblaciones / comunidades indígenas incluyen a comunidades pastoralistas, como los endorois,⁶¹ borana, gabra, maasai, pokot, samburu, turkana, y somali, y comunidades de cazadores*recolectores cuyos medios de vida siguen estando conectados con el bosque, como los awer (boni), ogiek, sengwer, o yaaku. El Relator Especial de la ONU observó además que la comunidad endorois ha vivido durante siglos en su territorio tradicional alrededor del lago Bogoria, que fue declarado un santuario de vida salvaje en 1973⁶²

155. En la presente comunicación, la Comisión Africana quiere remarcar que la Carta reconoce los derechos de pueblos.⁶³ Los demandantes alegan que los endorois son un pueblo, un estatus que les da derecho a beneficiarse de las disposiciones de la Carta Africana que protegen derechos colectivos. El Estado demandado está en desacuerdo.⁶⁴ La Comisión Africana advierte que la Constitución de Kenia, aunque incorpora el principio de no discriminación y garantiza los derechos civiles y políticos, no reconoce derechos económicos, sociales y culturales como tales, ni derechos de grupos. Advierte también que los derechos de las comunidades indígenas pastoras o cazadoras*recolectoras no están reconocidos como tales en el marco constitucional y legal de Kenia, y no hay políticas o instituciones gubernamentales que se dediquen directamente a las cuestiones indígenas. También advierte que aunque Kenia ha ratificado la mayoría de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y no ha dado su apoyo a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Asamblea General.

156. Tras estudiar todas las alegaciones de los demandantes y del Estado demandado, la Comisión Africana opina que la cultura, religión y modo de vida tradicional de los endorois están íntimamente ligados a sus tierras ancestrales: el lago Bogoria y su área circundante. Está de acuerdo en que el lago Bogoria y el bosque de Mochongoi son esenciales para el modo de vida de los endorois y, sin acceso a sus tierras ancestrales, los endorois no pueden ejercer plenamente sus derechos culturales y religiosos y se sienten desconectados de sus tierras y sus ancestros.

157. Además de la relación sagrada con su tierra, la autoidentificación es otro criterio importante para definir a los pueblos indígenas.⁶⁵ El Relator Especial de la ONU sobre los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, también apoya la autoidentificación como un criterio clave para determinar quién es indígena.⁶⁶ La Comisión Africana es consciente de que, actualmente, muchos pueblos indígenas están aún excluidos de la sociedad y, a menudo, se ven incluso privados de sus derechos como ciudadanos iguales de un

estado. Pese a ello, muchas de estas comunidades están decididas a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica. Acepta los argumentos de que la continuada existencia de las comunidades indígenas como "pueblos" están íntimamente conectada a su posibilidad de influir en su propio destino y de vivir de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas religiosos.⁶⁷ La Comisión Africana toma además de que el informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas de la Comisión Africana (GTPI), enfatiza que la autoidentificación es un ingrediente importante en el concepto de los derechos de los pueblos tal como se establecen en la Carta. Está de acuerdo en que las presuntas violaciones de la Carta Africana por parte del Estado demandado son aquellas que afectan al corazón de los derechos indígenas: el derecho a preservar la propia identidad a través de la identificación con las tierras ancestrales, los patrones culturales, las instituciones sociales y los sistemas religiosos. La Comisión Africana, por tanto, acepta que la autoidentificación de los endorois como individuos indígenas y su aceptación como tal por el grupo es un componente esencial de su sentido de la identidad.⁶⁸

158. Además, al buscar inspiración en el derecho internacional de derechos humanos y de los pueblos, la Comisión Africana advierte que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado de casos de autoidentificación de comunidades afrodescendientes que estaban viviendo de forma colectiva y que habían desarrollado, durante dos o tres siglos, un vínculo ancestral con la tierra. Más aún, el modo de vida de estas comunidades dependía en gran medida de la utilización tradicional de sus tierras, al igual que su supervivencia cultural, debido a la existencia de enterramientos ancestrales en estas tierras.⁶⁹

159. La Comisión Africana advierte que, aunque ha aceptado ya la existencia de pueblos indígenas en África en los informes de su GTPI, y a través de la adopción de su Opinión de Asesoría sobre la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, toma nota del hecho de que la Corte Interamericana no ha dudado en otorgar protección de derechos colectivos a grupos más allá de la interpretación "restringida aborígen/precolombina" de los pueblos indígenas tradicionalmente adoptada en las Américas. En ese sentido, la Comisión Africana señala dos sentencias relevantes de la CIDH: *Moiwana contra Surinam*⁷⁰ y *Saramaka contra Surinam*. El caso saramaka es de especial relevancia para el caso endorois, dada la opinión expresada por el Estado demandado durante las audiencias orales sobre el fondo.⁷¹

160. En el caso Saramaka, según la evidencia aportada por los demandantes, el pueblo saramaka es uno de los seis diferentes grupos cimarrones de Surinam, cuyos ancestros era

esclavos africanos llevados forzosamente a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII. La CIDH consideró que el pueblo saramaka constituía una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de las de otros sectores de la comunidad nacional, particularmente debido a su especial relación con sus territorios ancestrales, y porque se regulan a sí mismos, al menos parcialmente, a través de sus propias normas, costumbres y/o tradiciones.

161. Como el Estado de Surinam, el Estado demandado (Kenia) en la presente comunicación argumenta que la inclusión de los endorois en la "sociedad moderna" ha afectado a su diferencia cultural, de modo que sería difícil definirlos como un grupo distinto, muy diferente de la subtribu tugen o de la más extensa tribu kalenjin. Es decir, el Estado demandado está cuestionando que los endorois puedan definirse de tal modo que tenga en cuenta los diferentes grados en los que diferentes miembros de la comunidad endorois cumplen con las leyes, costumbres y economía tradicionales, especialmente aquellos que viven en el área del lago Bogoria. En el caso saramaka, la CIDH no estuvo de acuerdo con el Estado de Surinam en que los saramaka no podían considerarse un grupo de personas diferente solo porque unos pocos miembros no se identificaban con el grupo mayor. En el caso actual, la Comisión Africana, a partir de las evidencias presentadas, concluye que los endorois pueden ser definidos como un grupo tribal distintivo, cuyos miembros disfrutan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, de una forma colectiva diferente de la subtribu **tugen** o de la más extensa tribu kalenjin.

162. La CIDH también advirtió que el hecho de que algunos miembros individuales de la comunidad saramaka pueden vivir fuera del territorio tradicional saramaka y de un modo que podría diferir de otros saramaka que viven dentro del territorio tradicional y de acuerdo con las costumbres saramaka, no afectaba a la especificidad de este grupo tribal, ni a su utilización y disfrute comunitarios de sus propiedades. En el caso de los endorois, la Comisión Africana es de la opinión de que la cuestión de si ciertos miembros de la comunidad pueden reclamar ciertos derechos comunales en nombre del grupo es una cuestión que deben resolver los propios endorois de acuerdo con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no el Estado. Los endorois no pueden ver negado su derecho a la personalidad jurídica solo porque algunos miembros de la comunidad no se identifican con las tradiciones y leyes de los endorois.

A partir de toda la evidencia presentada a la Comisión Africana, tanto oral como escrita y en video, la Comisión Africana está de acuerdo en que los endorois son una comunidad indígena y

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

Presuntas violaciones del Artículo 8

163. Los demandantes alegan que el derecho endorois a practicar libremente su religión ha sido violado por la acción del Estado demandado de expulsar a los endorois de sus tierras y negarles el acceso al lago Bogoria y otros lugares religiosos vecinos. Alegan además que el Estado demandante ha interferido con la capacidad de los endorois de practicar y adorar según dicta su fe; que los lugares religiosos dentro de la reserva de caza no han sido adecuadamente demarcados y protegidos y que desde la expulsión del área del lago Bogoria, los endorois no han podido practicar libremente su religión. Señalan que se ha negado a la comunidad el derecho de acceso para los rituales religiosos –como circuncisiones, rituales nupciales, y derechos de iniciación. Igualmente afirman que los endorois no han podido celebrar ni participar en su ritual religioso anual más importante, que se produce cuando el lago sufre cambios estacionales.

164. Los demandantes argumentan además que los endorois no han podido practicar las oraciones y ceremonias que están íntimamente vinculadas con el lago, ni han podido visitar libremente el hogar espiritual de todos los endorois, vivos y muertos. Argumentan que las creencias espirituales y prácticas ceremoniales de los endorois constituyen una religión según el derecho internacional. Señalan que el término "religión" en los instrumentos internacionales de derechos humanos, abarca diversas creencias religiosas y espirituales y debería dársele una interpretación amplia. Argumentan que el CDH afirma que el derecho a la libertad religiosa en el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCC):

protege las creencias teístas, no teístas y ateas, además del derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencia" y "religión" deben interpretarse ampliamente. El Artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas análogas a las de las religiones tradicionales.⁷²

Respondiendo a la alegación de violación del Artículo 8 de la Carta Africana, el Estado demandado argumenta que los demandantes no han demostrado que la acción del Gobierno de



declarar la reserva de caza con propósitos de conservación del medio ambiente y la vida silvestre y que, en gran medida, los argumentos culturales de los demandantes no cumplen la condición de ser razonables y justificados. Argumenta que por medio de la declaración de diversas áreas como áreas protegidas, parques nacionales o reservas de caza, o incluyéndolas bajo los museos nacionales, ha sido posible conservar algunas de las áreas que se ven amenazadas por las presiones debidas a la modernización. El Estado demandado argumenta que algunas de estas áreas incluyen "kayas" (bosques utilizados como lugares de rituales religiosos por comunidades de la provincia costera de Kenia), que han sido muy efectivas ya que las comunidades han seguido accediendo a esas tierras sin miedo de cometer allanamiento.

165. Antes de decidir si el Estado demandado ha violado efectivamente el Artículo 8 de la Carta, la Comisión desea establecer si las creencias espirituales y las prácticas culturales constituyen una religión según la Carta Africana y el derecho internacional. En ese sentido, la Comisión Africana toma nota de la observación del CDH en su párrafo 164 (*supra*). Es de la opinión de que la libertad de conciencia y religión debería, entre otras cosas, significar el derecho de culto, a la participación en rituales, a observar días festivos y a vestir ropas religiosas.⁷³ La Comisión Africana señala su propia observación en *Free Legal Assistance Group versus Zaire*, que sostiene que el derecho a la libertad de conciencia permite a los individuos o grupos celebrar culto o reunirse en conexión con una religión o creencia y establecer y mantener lugares para esos propósitos, además de celebrar ceremonias de acuerdo con los preceptos de la propia religión o creencia.⁷⁴

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

167. Advierte además que una de las creencias de los endorois es que el Gran Ancestro, *Dorios*, bajó de los Cielos y se estableció en el bosque de Mochongoi.⁷⁵ Toma nota de los argumentos de los demandantes, que no han sido respondidos por el Estado demandado, de que los endorois creen

que cada estación el agua del lago se vuelve roja y los surtidores calientes emiten un fuerte olor, señalando el momento en el que la comunidad realiza sus ceremonias tradicionales para apaciguar a los ancestros que se ahogaron cuando se formó el lago.

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

169. La Comisión Africana determinará ahora si el Estado demandado, por acción u omisión, ha interferido con el derecho a la libertad religiosa de los endorois.

170. El Estado demandado no ha negado que los endorois hayan sido desalojados de las tierras ancestrales que consideran su hogar. El Estado demandado se ha limitado a presentar razones por las que los endorois no pueden permanecer en el área del lago Bogoria. Los demandantes alegan que la imposibilidad de practicar su religión es un resultado directo de su expulsión de sus tierras y que, desde su expulsión, los endorois no han podido practicar libremente su religión, ya que se ha negado a la comunidad el acceso para los rituales religiosos.

171. Es importante señalar que, en *Amnistía Internacional contra Sudán*, la Comisión Africana reconoció la importancia la práctica en la libertad religiosa.⁷⁶ La Comisión Africana señaló que el Estado Parte violó el derecho de los demandantes a practicar su religión porque los no musulmanes no tenían derecho a predicar o construir sus iglesias y estaban sometidos a hostigamiento, detenciones arbitrarias y expulsiones. La Comisión Africana toma nota también del caso de *Loren Laroye Riebe Star* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que determinó que la expulsión de tierras que son centrales para la práctica de la religión constituye una violación de la libertad religiosa. Toma nota de que la Corte sostuvo que la expulsión de los sacerdotes del área de Chiapas era una violación del derecho de reunirse libremente con propósitos religiosos.⁷⁷

172. La Comisión Africana está de acuerdo en que, en algunas situaciones, puede ser necesario imponer alguna forma limitada de restricción a un derecho protegido por la Carta Africana. Pero tal restricción debe estar establecida por la ley y no debe aplicarse de tal modo que menoscabaría totalmente el derecho. Toma nota de la recomendación del CDH de que las restricciones deben únicamente aplicarse para aquellos propósitos para los que fueron prescritas, y deben estar directamente relacionadas y ser proporcionadas a la necesidad específica con la que se justifican.⁷⁸ La razón de ser de una limitación particularmente severa del derecho a la práctica religiosa como la experimentada por los endorois, debe estar basada en razones excepcionalmente

sólidas y es el Estado demandado el que debe probar que esa interferencia no solo es proporcionada a la necesidad específica con la que se justifica sino también razonable. En el caso de *Amnistía Internacional contra Sudán*, la Comisión Africana afirmó que una prohibición general de las asociaciones cristianas era “desproporcionada para las medidas requeridas por el Gobierno para mantener el orden público, la seguridad y la integridad física.” La Comisión Africana añadió además que cualquier restricción impuesta sobre los derechos a practicar la propia religión debería ser insignificante. En el caso mencionado, la Comisión Africana sentenció que la completa y total expulsión de las tierras para ceremonias religiosas no es mínima.⁷⁹

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

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

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

Presuntas violaciones del Artículo 14

174. Los demandantes argumentan que la comunidad endorois tiene un derecho a la propiedad sobre sus tierras ancestrales, las posesiones adjuntas a las mismas y su ganado. El Estado demandado niega esta alegación.

175. El Estado demandado alega además que las

tierras en cuestión están bajo la categoría de tierras en fideicomiso y eran administradas por el Consejo del Condado de Baringo a beneficio de todas las personas que eran residentes habituales en su jurisdicción, que comprendía, principalmente, las cuatro tribus tungen. Alega que las tierras en fideicomiso no solo están establecidas según la Constitución de Kenia y administradas según una Ley parlamentaria, sino que además la Constitución de Kenia señala que las tierras en fideicomiso pueden ser alienadas por medio del registro a nombre de otra persona que no sea el Consejo del Condado; por una Ley del Parlamento (que pida al Consejo del Condado que separe un área de las tierras en fideicomiso bajo su administración para uso y ocupación de organismo o autoridad pública con propósitos públicos; persona o personas que, en opinión del Consejo, podrían beneficiar a las personas que son residentes habituales en ese área); y por el Presidente, en consulta con el Consejo. Alega que las tierras en fideicomiso pueden separarse como tierras gubernamentales para propósitos del gobierno o como tierras privadas.

176. El Estado demandado alega que, cuando se separan tierras en fideicomiso para cualquier propósito, el interés u otros beneficios en relación con esas tierras que anteriormente eran conferidos a alguna tribu, grupo, familia o individuo según derecho consuetudinario africano, quedan extinguidos. Sin embargo, señala que la Constitución y la Ley de Tierras en Fideicomiso establecen adecuadas y prontas compensaciones para todos los residentes. El Estado demandado, tanto en sus presentaciones orales como escritas, alega que la Ley de Tierras en Fideicomiso proporciona un procedimiento exhaustivo para la estimación de las compensaciones, por que los endorois deberían haber reclamado ante el Comisionado del Distrito y haber presentado una apelación si no estaban satisfechos. El Estado demandado alega además que los endorois tienen el derecho constitucional a acceder a la Corte Suprema de Kenia para que determine si sus derechos han sido violados.

177. De acuerdo con el Estado demandado, con la creación de más autoridades locales, las tierras en cuestión comprenden ahora partes de los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek, y por medio de un anuncio en el Boletín Oficial n° 239 de 1973, las tierras fueron separadas en primera instancia como reserva de caza del lago Hannington, lo que más tarde fue revocado en el Boletín Oficial n° 270 de 1974, en el que se cambiaba el nombre de la reserva de caza a reserva de caza del lago Baringo; los límites y propósitos de separar este área se especificaban en los anuncios del Boletín Oficial según exige la Ley de Tierras en Fideicomiso. Alega que el Gobierno ofreció una compensación pronta y adecuada a los afectados, “un hecho con el que están de acuerdo los demandantes.”⁸¹



178. En sus testimonios orales y escritos, el Estado demandado alega que la calificación de una reserva de caza según las leyes de vida silvestre de Kenia se realiza con el objetivo de garantizar que la vida silvestre se gestiona y conserva para prestar a la nación en general, y a ciertas áreas en particular, beneficios óptimos en términos de ganancias culturales, estéticas y científicas, además de beneficios económicos que suelen derivarse de la adecuada gestión y conservación de la vida silvestre. El Estado demandado también alega que las reservas nacionales, a diferencia de los parques nacionales, en los que la ley expresamente excluye la interferencia humana salvo en los casos autorizados, están sujetas a acuerdos sobre las restricciones o condiciones relativas a las provisiones del área incluida en la reserva. Afirma también que, a las comunidades que viven alrededor de las reservas nacionales, se les ha permitido en algunos casos introducir su ganado en la reserva para pastorear, siempre que no causen daño al medio ambiente y a los hábitats naturales de los animales salvajes. Señala que con el establecimiento de una reserva nacional, particularmente en tierras en fideicomiso, es obvio que el derecho de acceso de la comunidad no queda extinguido, sino que es el derecho de propiedad según lo reconoce la ley (es decir, el derecho de hacer con su propiedad lo que desee) el que se ve restringido, y de ahí el requisito de compensar a las personas afectadas.

179. Rechazando la reclamación de los demandantes de que las autoridades keniatas les impidieron ocupar sus otras tierras ancestrales, el bosque de Muchongoi, el Estado demandado alegó que la tierra en cuestión fue registrada como bosque en 1941, con el nombre de bosque de Ol Arabel, lo que significa que las tierras dejaron de ser comunitarias en virtud del registro. Declara que se han escindido algunas zonas del bosque del Ol Arabel para crear el Proyecto de Asentamiento Muchongoi, para asentar a miembros de las cuatro tribus tungen del distrito de Baringo, una de las cuales es la endorois.

180. El Estado demandado también alega que ha ido un paso más allá al formular "reglas", en especial las "las reglas del bosque (Tugen* Kamasia)" para permitir a los habitantes del distrito de Baringo, incluidos los endorois, disfrutar de algunos privilegios como el acceso al bosque de Ol Arabel con ciertos propósitos. Las reglas, señala, permiten a la comunidad recolectar madera seca para leña, recolectar frutos silvestres, tomar o recolectar la corteza de árboles muertos para techar los panales, cortar y llevarse plantas trepadoras y lianas para la construcción, llevar al ganado, incluidas las cabras, a los abrevaderos dentro de los bosques centrales que hayan sido aprobados por el Comisionado del Distrito en consulta con el Oficial Forestal, entrar en el bosque para llevar a cabo ceremonias y ritos consuetudinarios, aunque sin dañar ningún árbol, pastorear ovejas en el bosque, pastorear ganado

durante periodos específicos de la estación seca con el permiso escrito del Comisionado del Distrito o del Oficial Forestal, y que los agricultores con permiso mantengan o construyan cabañas dentro del bosque, entre otras cosas.

181. El Estado demandado alega además que las reglas citadas garantizan que los medios de vida de la comunidad no se ven comprometidos por el registro del bosque, en el sentido de que la gente podía obtener comida y materiales de construcción, además de desarrollar algunas actividades económicas como la apicultura y el pastoreo de ganado en el bosque. Afirma también que tenían libertad para practicar su religión y cultura. Además, afirma que, en el momento de la calificación, se siguió el debido proceso legal en relación con la compensación.

182. Sobre la cuestión de la desposesión de las tierras ancestrales en el supuesto bosque de Mochongoi, el Estado demandado no respondió, ya que alega que no era parte de las cuestiones tratadas en el caso ante la Corte Suprema y, por tanto, la Comisión Africana estaría actuando como un tribunal de primera instancia si lo hiciera.

183. El Estado demandado no disputa que el área del lago Bogoria de los distritos de Baringo y Koibatek sea la tierra ancestral de los endorois. Una de las cuestiones que el Estado demandado disputa es si los endorois son de hecho una comunidad diferente. La cuestión ya ha sido respondida anteriormente. En el párrafo 1.1.6 del informe sobre el fondo del Estado demandado, el Estado señalaba: "Tras la declaración de la reserva de caza del lago Bogoria, el gobierno emprendió un ejercicio de reasentamiento, que culminó con el reasentamiento de la mayoría de los endorois en el plan de asentamiento de Mochongoi. Este es un caso concluido y la compensación pagada a los endorois por sus tierras ancestrales alrededor del lago fue registrada."⁸²

184. Queda así claro que las tierras alrededor del lago Bogoria son las tierras tradicionales del pueblo endorois. En el párrafo 1 del informe sobre el fondo presentado por los demandantes, se señala: "Los endorois son una comunidad de unas 60.000 personas que, desde tiempos inmemoriales, ha vivido en el área del lago Bogoriade los distritos administrativos de Baringo y Koibatek."⁸³ En el párrafo 47, los demandantes también afirman que: "Durante siglos, los endorois han construido hogares en las tierras, cultivado, disfrutado de derechos incontestados al pastoreo, pastos y bosques, y dependido de la tierra para mantener sus medios de vida." Los demandantes alegan que, aparte de una confrontación con los masai sobre la zona del lago Bogoria hace trescientos años, los endorois han sido aceptados por todas las tribus vecinas, incluida la Corona Británica, como propietarios de *bona fide* de sus tierras. El Estado demandado no niega estas afirmaciones de los demandantes. La única conclusión a la que se

puede llegar es que la comunidad endorois tiene derecho a la propiedad de sus tierras ancestrales, las posesiones adjuntas a las mismas y sus animales.

185. Dos cuestiones que habría que aclarar antes de proceder a las cuestiones más sustantivas de si el Estado demandado ha violado el Artículo 14, son: determinar qué es un "derecho a la propiedad" (en el contexto de las poblaciones indígenas) que esté de acuerdo con el derecho africano e internacional, y si son necesarias medidas especiales para proteger tales derechos, si existen, y si las tierras de los endorois han sido invadidas por el Estado demandado. Los demandantes alegan que "derechos de propiedad" tiene un significado autónomo en el derecho internacional de derechos humanos que está por encima de las definiciones legales nacionales. Afirman que tanto la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) como la CIDH han examinado los hechos específicos de situaciones individuales para determinar qué debe calificarse como "derechos de propiedad", en particular para personas desplazadas, en lugar de limitarse a los requisitos formales de la legislación nacional.⁸⁴

186. Para determinar esta cuestión, la Comisión Africana examinará, en primer lugar, sus propia jurisprudencia y después la jurisprudencia internacional. En *Malawi African Association y otros contra Mauritania*, la tierra fue considerada "propiedad" para los propósitos del Artículo 14 de la Carta.⁸⁵ La Comisión Africana, en el caso *Ogoni* también concluyó que el "derecho a la propiedad" incluye no solo el derecho a tener acceso a la propiedad propia y a que la propiedad propia no sea invadida o usurpada,⁸⁶ sino también el derecho a la posesión ininterrumpida, al uso y al control de dicha propiedad según el propietario considere apropiado.⁸⁷ La Comisión Africana también toma nota de que la CEDH ha reconocido que "los derechos a la propiedad" podrían también incluir los recursos económicos y los derechos sobre la tierra común de los demandantes.⁸⁸

187. Los demandantes alegan que los tribunales, tanto internacionales como nacionales, han reconocido que los grupos indígenas tienen una forma específica de tenencia de la tierra que crea una serie de problemas particulares. Entre los problemas comunes a los que se enfrentan los grupos indígenas se incluye la falta de un reconocimiento "formal" titulado de sus territorios históricos, el no reconocimiento en los sistemas legales domésticos de los derechos de propiedad comunitaria, y la reclamación de título formal legal sobre las tierras indígenas por parte de las autoridades coloniales. Esto, arguyen, ha llevado a muchos casos de desplazamiento del territorio histórico de un pueblo, tanto por parte de las autoridades coloniales y como por los estados poscoloniales que esgrimieron los títulos legales heredados de las autoridades coloniales. La Comisión Africana toma nota de que su Grupo de

Trabajo sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas ha reconocido que algunas minorías africanas se enfrentan a la desposesión de sus tierras y que son necesarias medidas especiales para garantizar su supervivencia de acuerdo con sus tradiciones y costumbres.⁸⁹ La Comisión Africana es de la opinión de que el primer paso para la protección de las comunidades tradicionales africanas es el reconocimiento de que los derechos, intereses y beneficios de tales comunidades sobre sus tierras tradicionales constituyen "propiedad" según la Carta y que puede que haya que adoptar medidas especiales para garantizar tales "derechos a la propiedad".

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

[L]a noción de "posesiones" del Artículo 1 tiene un significado autónomo que, ciertamente, no está limitado a la posesión de bienes físicos: ciertos otros derechos e intereses constituyen bienes que pueden ser considerados como "derechos de propiedad" y, por tanto, como "posesiones" para los propósitos de esta disposición.⁹¹

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

190. La Comisión Africana también toma nota de la observación de la CIDH, en el fundamental caso de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*,⁹² de que la Convención Interamericana protege los derechos de propiedad en un sentido que incluye los derechos de miembros de las comunidades indígenas dentro del marco de la propiedad comunal y de que argumentó que la posesión de la tierra debería ser suficiente para que las comunidades indígenas que carecen de título real obtengan reconocimiento oficial de esa propiedad.

191. En opinión de la Comisión Africana, el Estado demandado tiene una obligación, según el Artículo 14 de la Carta de Africana, no solo de respetar el "derecho a la propiedad" sino también de proteger ese derecho. En los casos de *Mauritania*,⁹³ la Comisión Africana concluyó que la confiscación y pillaje de la propiedad de los mauritanos negros y la expropiación o destrucción de sus tierras y casas antes de obligarles a emigrar constituía una violación del derecho a la propiedad según lo garantiza el Artículo 14. De igual modo, en el caso *Ogoni 2001*,⁹⁴ la Comisión Africana



trató de situaciones en las que se produjo desalojo de personas de sus casas. La Comisión Africana sostuvo que el desalojo de las personas de sus casas violaba el Artículo 14 de la Carta Africana, además del derecho a una vivienda adecuada que, aunque no se recoge explícitamente en la Carta Africana, está también garantizado por el Artículo 14.⁹⁵

192. El caso Saramaka también establece cómo el no reconocimiento de un grupo indígena/tribal se convierte en una violación del "derecho a la propiedad".⁹⁶ En su análisis de si el Estado de Surinam había adoptado un marco apropiado para dar efecto legal, en el ámbito nacional, al "derecho a la propiedad", la CIDH consideró las siguientes cuestiones:

*Esta controversia sobre quién representa realmente al pueblo Saramaka es precisamente consecuencia natural de la falta de reconocimiento de su personería jurídica.*⁹⁷

193. En el caso de Saramaka, el Estado de Surinam no reconocía que el pueblo saramaka puede disfrutar y ejercer derechos de propiedad como comunidad. La Corte observó que a otras comunidades en Surinam se les había negado el derecho a gozar de protección legal frente a presuntas violaciones de sus derechos de propiedad colectivos precisamente porque un juez consideró que no tenían la necesaria capacidad legal para solicitar dicha protección. Esto, opinó la Corte, colocaba a los saramaka en una situación de indefensión, en la que los "derechos a la propiedad" individuales se superponían a sus derechos sobre la propiedad comunal y en la que los saramaka no podían tener, como persona jurídica, protección judicial frente a las violaciones de sus "derechos a la propiedad" reconocidos en el Artículo 21 de la Convención.

194. Como en el presente caso ante la Comisión Africana, el Estado de Surinam reconoció que su marco legal doméstico no reconocía el derecho de los miembros del pueblo saramaka al uso y disfrute de la propiedad de acuerdo con su sistema de propiedad colectiva, sino que les otorgaba un privilegio al uso de la tierra. También proporcionó razones sobre por qué no debería ser responsable de atender a las demandas saramaka de derecho a la propiedad, por ejemplo porque el sistema de tenencia de la tierra de los saramaka, en especial en relación con quién posee la tierra, presenta un problema práctico para el reconocimiento estatal de su derecho a la propiedad comunal. La CIDH rechazó todas las alegaciones del Estado. En la presente comunicación, la Corte Suprema de Kenia rechazó igualmente cualquier reclamación basada en la ocupación histórica y los derechos culturales.⁹⁸

195. La CIDH fue más allá al señalar que, en cualquier caso, el Estado no debería presentar la presunta falta de claridad sobre el sistema de tenencia de la tierra de los saramaka como un

obstáculo insalvable, ya que tiene el deber de consultar con los miembros del pueblo saramaka y pedir la clarificación de esta cuestión para cumplir con sus obligaciones según el Artículo 21 de la Convención.

196. En la presente comunicación, el estado demandado (el Gobierno de Kenia) durante las audiencias orales argumentó que la legislación o trato especial a favor de los endorois podría percibirse como discriminatorio. La Comisión Africana rechaza esa opinión. La Comisión Africana opina que el Estado demandado no puede abstenerse de cumplir con sus obligaciones internacionales según la Carta Africana simplemente porque hacerlo pudiera ser percibido como discriminatorio. Es de la opinión de que, en ciertos casos, la discriminación positiva o la acción afirmativa ayudan a compensar los desequilibrios. La Comisión Africana comparte la preocupación del Estado demandado sobre las dificultades del caso. Pero, pese a ellas, el Estado sigue teniendo el deber de reconocer el derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad endorois, dentro del marco de un sistema de propiedad comunal, y de establecer los mecanismos necesarios para dar efecto legal doméstico a tal derecho reconocido en la Carta y en el derecho internacional. Además, es un principio bien establecido en el derecho internacional que el trato desigual de personas en condiciones de desigualdad no supone necesariamente una discriminación no permisible.⁹⁹ La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por tanto, necesariamente discriminatoria.

197. Refiriéndonos de nuevo al caso *Saramaka contra Surinam* (que confirma la jurisprudencia anterior de *Moiwana contra Surinam*, *Yakye Axa contra Paraguay*,¹⁰⁰ *Sawhoyamaxa contra Paraguay*,¹⁰¹ y *Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua*¹⁰²), allí se sostuvo que 'los miembros de la comunidad tribal deben contar con medidas especiales de protección para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos'. La CIDH afirmó que, basándose en el Artículo 1(1) de la Convención, los miembros de las comunidades indígenas y tribales requieren medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos, en particular en relación con su disfrute de "derechos a la propiedad", para salvaguardar su supervivencia física y cultural.

198. Otras fuentes del derecho internacional han declarado igualmente que tales medidas especiales son necesarias. En el caso *Moiwana*, la CIDH determinó que otra comunidad cimarrona que vive en Surinam tampoco era indígena de la zona, pero que constituía una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII y que esta comunidad tribal tenía "una relación profunda y global con sus tierras ancestrales" que se centraba, no "en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto." Esta especial relación con la tierra, además de su concepción comunitaria de la

propiedad, llevó a la Corte a aplicar a la comunidad tribal moiwana su jurisprudencia relativa a los pueblos indígenas y su derecho a la propiedad comunitaria según el Artículo 21 de la Convención.

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

200. La Comisión Africana también toma nota de las opiniones expresadas por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha proporcionado un test legal para el desalojo forzoso de las tierras que un grupo de personas reclama tradicionalmente como su propiedad. En su Observación General número 4, afirma que "las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las *circunstancias más excepcionales* y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional."¹⁰³ Esta opinión ha sido igualmente reafirmada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que señala que los desalojos forzados son graves violaciones de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda digna.¹⁰⁴ La Comisión Africana también toma nota de la Observación General número 7 que exige a los Estados Parte que, antes de llevar a cabo cualquier desalojo, explore todas las alternativas viables, en consulta con las personas afectadas, con vistas a evitar o, al menos, minimizar, la necesidad de utilizar la fuerza.¹⁰⁵

201. La Comisión Africana también se inspira en la Comisión Europea de Derechos Humanos. El Artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea señala:
*Toda persona física o legal tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Nadie podrá ser privado de sus bienes sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional.*¹⁰⁶

202. La Comisión Africana se refiere también a *Akdivar y otros contra Turquía*. La Corte Europea mantuvo que los desalojos forzados constituyen una

violación del Artículo 1 del Protocolo de la Convención Europea. En *Akdivar y otros* se daba la destrucción de viviendas en el contexto del actual conflicto entre el Gobierno de Turquía y fuerzas kurdas separatistas. Los peticionarios fueron desalojados forzosamente de sus propiedades, que fueron luego incendiadas y destruidas. No estaba claro qué parte del conflicto era responsable. De todos modos, la Corte Europea sostuvo que el Gobierno de Turquía violó tanto el Artículo 8 de la Convención Europea como el Artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención porque tiene el deber *tanto de respetar como de proteger* los derechos consagrados en la Convención Europea y sus Protocolos.

203. En el presente caso, el Estado demandado establece las condiciones cuando las tierras en fideicomiso se separan para cualquier propósito.¹⁰⁷

204. La Comisión Africana señala que la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, oficialmente sancionada por la Comisión Africana en su Opinión de Asesoría de 2007, trata extensivamente de los derechos territoriales. La jurisprudencia en el derecho internacional concede el derecho a la propiedad más que el del mero acceso. La Comisión Africana advierte que si el derecho internacional solo concediera el acceso, los pueblos indígenas seguirían estando indefensos frente a más violaciones y desposesión por parte del Estado o de terceras partes. La propiedad garantiza que los pueblos indígenas puedan relacionarse con el estado y con terceras partes como interesados activos y no como beneficiarios pasivos.¹⁰⁸

205. La jurisprudencia de la Corte Interamericana también deja claro que el simple acceso o la posesión *de facto* de la tierra no es compatible con los principios del derecho internacional. Solo la propiedad *de jure* puede garantizar la protección efectiva de los pueblos indígenas.¹⁰⁹

206. En el caso *Saramaka*, la Corte sostuvo que el marco legal del Estado solo garantiza a los miembros del pueblo saramaka un privilegio de uso de la tierra, lo que no garantiza el derecho al control efectivo de su territorio sin interferencias externas. La Corte sostuvo que, más que un privilegio de uso de la tierra, que puede ser retirado por el Estado o anulado por derechos de propiedad verdaderos, los miembros de los pueblos indígenas y tribales deben obtener títulos sobre sus territorios para poder garantizar su uso y disfrute permanentes. Este título debe ser reconocido y respetado no solo en la práctica sino también en la ley para poder garantizar la certeza legal. Para poder obtener dicho título, el territorio tradicionalmente utilizado y ocupado por los miembros del pueblo saramaka debe primero ser delimitado y demarcado, en consulta con dicho pueblo y otros pueblos vecinos. La situación de los endorois no es diferente. El Estado demandando solo quiere concederles privilegios, como un acceso



restringido a los lugares ceremoniales. Esto, en opinión de la Comisión, está por debajo de las normas internacionalmente reconocidas. El Estado demandado debe concederles títulos sobre su territorio para asegurar su permanente uso y disfrute.

207. La Comisión Africana advierte que los Artículos 26 y 27 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas usan la expresión "ocupado o utilizado de otra forma." Esto es para subrayar que se reconoce que los pueblos indígenas pueden reivindicar la propiedad de tierras ancestrales según el derecho internacional, incluso en ausencia de títulos oficiales de propiedad. Esto quedó claro en la sentencia de *Awas Tingni contra Nicaragua*. En el caso internacional más relevante sobre esta cuestión, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*,¹¹⁰ la CIDH reconoció que la Convención Interamericana protegía derechos de propiedad "en un sentido que incluye, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunitaria."¹¹¹ Afirmó que la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas carentes de verdadero título obtuvieran el reconocimiento oficial de esa propiedad.¹¹²

208. La Comisión Africana también advierte que en el caso *Sawhoyamaxa contra Paraguay*, la CIDH, actuando en el ámbito de su jurisdicción, sentenció sobre la posesión de las tierras indígenas en tres situaciones diferentes: en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, la Corte señaló que la posesión debería bastar para que las comunidades indígenas que carecen de un verdadero título de propiedad de la tierra obtengan reconocimiento oficial de tal propiedad y para que, en consecuencia, se registre;¹¹³ en el caso de la *comunidad Moiwana*, la Corte consideró que los miembros del pueblo n'djuka era los "legítimos propietarios de sus tierras tradicionales", aunque no tenían la posesión debido a que las abandonaron como resultado de los actos violentos perpetrados contra ellos, aunque en este caso las tierras tradicionales no estaban ocupadas por terceras partes.¹¹⁴ Por último, en el caso de la *comunidad indígena Yakyé Axa*, la Corte consideró que los miembros de la comunidad tenían el poder, incluso en la legislación nacional, para presentar demandas por sus tierras tradicionales y ordenó al Estado, como medida de reparación, que individualizase esas tierras y se las transfiriera sin coste alguno.¹¹⁵

209. En opinión de la Comisión Africana, pueden deducirse las siguientes conclusiones: (1) la posesión tradicional de la tierra por los indígenas tiene un efecto equivalente al de un pleno título de propiedad otorgado por el estado; (2) la posesión tradicional da derecho a los indígenas a demandar reconocimiento oficial y registro de la titularidad de la propiedad; (3) los miembros de los pueblos indígenas que, en contra de su voluntad, han

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

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

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

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

Promoción y Protección de los Derechos Humanos que publicó la siguiente declaración:

*Si hubiera alguna limitación del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, esta solo podría derivarse del interés estatal más urgente e imperioso. Pocas limitaciones de los derechos indígenas sobre los recursos son apropiadas, porque la propiedad indígena de los recursos está asociada con los derechos humanos más importantes y fundamentales, incluidos el derecho a la vida, a la alimentación, el derecho de libre determinación, a la vivienda y el derecho a existir como pueblo.*¹¹⁶

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

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

215. Es también de la opinión de que incluso si la reserva de caza fuera un objetivo legítimo y sirviera al bien público, se podría haber conseguido por medios alternativos, proporcionados a la necesidad. A partir de la evidencia presentada, tanto oralmente como por escrito, está claro que la comunidad quería trabajar con el Gobierno de manera que se respetasen sus derechos de propiedad, incluso si se creaba una reserva de caza. En ese sentido, la Comisión Africana recuerda su propia conclusión en el caso del *Proyecto de Derechos Constitucionales*, donde señala que "una limitación no puede erosionar un derecho hasta el punto de convertirlo en ilusorio."¹¹⁹ En el momento en que ese derecho se convierte en ilusorio, la limitación no puede considerarse proporcional, sino que se convierte en una violación del derecho. La Comisión Africana está de acuerdo en que el Estado demandando no solo ha negado a la comunidad endorois todo derecho legal en sus

tierras ancestrales, convirtiendo sus derechos de propiedad en esencialmente ilusorios, sino que, en nombre de la creación de una reserva de caza y la subsiguiente expulsión de la comunidad endorois de sus propias tierras, el Estado demandado ha violado la esencia misma del propio derecho, y no puede justificar tal interferencia con una referencia al "interés general de la comunidad" o a la "necesidad pública".

216. La Comisión Africana advierte que el vínculo con el derecho a la vida, en párrafo 219 *supra*, es particularmente notable, ya que es un derecho no derogable según el derecho internacional. La incorporación del derecho a la vida como parte del umbral de condiciones del "interés público" queda además confirmada por la jurisprudencia de la CIDH. En *Yakye Axa contra Paraguay*, la Corte concluyó que los resultados de desposeer por la fuerza a los pueblos indígenas de sus tierras ancestrales podría considerarse una violación del Artículo 4 (derecho a la vida) si las condiciones de vida de la comunidad son incompatibles con los principios de la dignidad humana.

217. La CIDH sostuvo que una de las obligaciones que el Estado debe ineludiblemente asumir, como garante de la protección y garantía del derecho a la vida, es la de generar unas mínimas condiciones de vida que sean compatibles con la dignidad de la persona humana y no crear condiciones que la obstruyan o impidan. En este sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas concretas y positivas encaminadas a la realización del derecho a una vida digna, especialmente en el caso de personas que son vulnerables y están en riesgo, cuyo cuidado se convierte en una alta prioridad.

218. La Comisión Africana también señala que la naturaleza "desproporcionada" de una usurpación en tierras indígenas que, por tanto, no cumple las condiciones establecidas en las disposiciones del Artículo 14 de la Carta Africana, debe considerarse una violación aún mayor del Artículo 14 cuando el desplazamiento en cuestión fue realizado por la fuerza. Los desalojos forzados, por su propia definición, no pueden satisfacer las condiciones del Artículo 14 de la Carta de haber sido hechos "de acuerdo con la ley". Esta disposición debe significar que, como mínimo, tanto la ley de Kenia como las disposiciones pertinentes del derecho internacional fueron respetadas. La grave naturaleza de los desalojos forzados podría equivaler a una grave violación de los derechos humanos. De hecho, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en sus resoluciones 1993/77 y 2004/28, ha reafirmado que los desalojos forzados suponen una grave violación de los derechos humanos y, en particular, del derecho a una vivienda adecuada.¹²⁰ Siempre que el desplazamiento sea forzoso, esto sugeriría *per se* que no se ha satisfecho la condición de "proporcionalidad".

219. En relación con la condición "de acuerdo con



la ley”, el Estado demandado debería también poder demostrar que el desalojo de los endorois no solo fue en el interés público sino que satisfizo la legislación nacional e internacional. Si queda establecido que había un fideicomiso a favor de los endorois, ¿se extinguió legalmente?. Si así fue, ¿cómo se satisfizo? ¿se compensó adecuadamente a la comunidad?. También: ¿exigía expresamente la legislación pertinente de creación de la reserva de caza el desalojo de los endorois de sus tierras?

220. La Comisión Africana advierte que el Estado demandado no rechaza la reclamación de que las tierras tradicionales de los endorois están calificadas como tierras en fideicomiso. De hecho, la Constitución de Kenia (S.115) da efecto a esa reclamación. En opinión de la Comisión Africana, creaba un derecho de beneficiarios de los endorois sobre sus tierras ancestrales. Esto suponía que el Consejo del Condado debería haber hecho efectivos esos derechos, intereses u otros beneficios en relación a las tierras.

221. Los demandantes alegan que el Estado demandado creó la reserva de caza del lago Hannington, incluyendo las tierras indígenas endorois, el 9 de noviembre de 1973. El nombre se cambió al de reserva de caza del lago Bogoria en una segunda notificación en 1974.¹²¹El anuncio de 1974 lo realizó el Ministro de Kenia para el Turismo y la Vida Silvestre de acuerdo con la Ley para la protección de animales salvajes (WAPA).¹²²Los demandantes alegan que la WAPA se aplicaba a las tierras en fideicomiso del mismo modo que a cualquier otra tierra, y no exigía que las tierras se separasen del fideicomiso antes de que se pudiera declarar una reserva de caza sobre las mismas.

222. Argumentan además que la legislación pertinente no concedía autoridad para el desalojo de ninguna persona o grupo que ocupara la tierra en una reserva de caza. Por el contrario, la WAPA se limitaba a prohibir la caza, muerte o captura de animales dentro de la reserva de caza.¹²³Los demandantes alegan que, a pesar de que no había una clara orden legal pidiendo que se desplazaran a otras tierras, la comunidad endorois fue informada desde 1973 de que tendría que abandonar sus tierras ancestrales.

223. En respuesta, el Estado demandado alega que la Constitución de Kenia señala que la tierra en fideicomiso puede ser alienada. También afirma que el “Gobierno ofreció una compensación pronta y adecuada a los afectados...”¹²⁴En lo que se refiere a la reclamación de los demandantes de que el Estado demandado prohibió a la comunidad endorois el acceso a sus otras tierras ancestrales, el bosque de Muchongoi, el Estado demandado alega que la tierra en cuestión fue registrada en 1941 como bosque de Ol Arabel, lo que implica de que la tierra deja de ser comunitaria en virtud de la declaración.

224. La Comisión Africana está de acuerdo en que la WAPA solo prohíbe la caza, muerte y captura de animales dentro de la reserva de caza.¹²⁵Adicionalmente, el Estado demandado no ha sido capaz de probar sin lugar a dudas que el desalojo de la comunidad endorois fuera conforme al derecho nacional e internacional. La Comisión Africana no está convencida de que todo el proceso de desalojo de los endorois de sus tierras ancestrales fuera conforme con las muy estrictas disposiciones del derecho internacional. Además, la simple recalificación de las tierras en fideicomiso no es suficiente para extinguir legalmente el fideicomiso. La WAPA debería haber exigido que la tierra se separase del fideicomiso antes de que se pudiera declarar una reserva de caza sobre esa tierra. Esto significa que la declaración de la reserva de caza del lago Bogoria por medio de la notificación de 1974 no afectó al estatus de las tierras de los endorois como tierras en fideicomiso. La obligación de los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek de hacer efectivos los derechos e intereses de los endorois seguía vigente. Esto tiene que considerarse, además, junto con el concepto de compensación adecuada. La Comisión Africana está de acuerdo con los demandantes en que la única forma, según la legislación keniana, en que los beneficios de los endorois bajo el fideicomiso podrían haberse extinguido era si el Consejo del Condado o el Presidente de Kenia hubieran “separado” la tierra. Pero la Ley de Tierras en Fideicomiso exige que, para que esto sea legal, esta separación debe hacerse pública en el boletín oficial.¹²⁶

225. Otros dos elementos de la condición “de acuerdo con la ley” se refieren a los requisitos de **consulta y compensación**.

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

227. En el caso *Saramaka*, para garantizar que las restricciones a los derechos de propiedad de los miembros del pueblo saramaka por la concesión de licencias dentro de su territorio no suponen la negación de su supervivencia como un pueblo tribal, la Corte afirmó que el Estado debe cumplir tres salvaguardas: primero, asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo saramaka, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, en relación con cualquier desarrollo, inversión, exploración o plan de extracción dentro del territorio saramaka; segundo, garantizar que los saramaka recibirán un beneficio razonable de cualquier plan similar dentro de su territorio; tercero, garantizar que no se otorgará ninguna concesión dentro del territorio saramaka hasta que entidades independientes y técnicamente solventes,

con la supervisión del Estado, lleven a cabo estudios previos de impacto ambiental y social. Estas salvaguardas están destinadas a preservar, proteger y garantizar la especial relación que los miembros de la comunidad saramaka tienen con su territorio, lo que a su vez garantiza su supervivencia como pueblo tribal.

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

229. Sobre la cuestión de la compensación, el Estado demandado rechaza las alegaciones de los demandantes de que se pagó una compensación inadecuada, argumenta que los demandantes no niegan que hubo una suerte de compensación, sino que sólo declaran que unas 170 familias fueran compensadas. Alega además que, si las compensaciones pagadas no fueron adecuadas, la Ley de Tierras en Fideicomiso proporciona un procedimiento para la reclamación de las cantidades y las personas que consideren que se les negó compensación por sus intereses.

230. El Estado demandado no niega las alegaciones de los demandantes de que en 1986, de las 170 familias expulsadas a finales de 1973 de sus casas en la reserva de caza del lago Bogoria, cada una recibió unos 3.150 chelines keniatas (que, en su momento, equivalían a unas 30 libras esterlinas). Este pago se hizo unos 13 años después del primer desalojo. No niega tampoco la alegación de que 30 libras esterlinas no representan el valor de mercado de las tierras declaradas como reserva de caza del lago Bogoria. Tampoco niega que las autoridades de Kenia mismas reconocieran que el pago de 3.150 chelines por familia equivalía tan solo a una "ayuda al realojo" y no constituía toda la compensación por la pérdida de las tierras.

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

232. La Comisión Africana advierte las observaciones de la Declaración de las Naciones

Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que, entre otras disposiciones sobre restitución y compensación, señala:

*Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica.*¹²⁷

233. En el caso de *Yakye Axa v Paraguay* la Corte estableció que cualquier violación de una obligación internacional que haya causado daños implica el deber de proporcionar reparaciones adecuadas.¹²⁸ Con este fin, el Artículo 63(1) de la Convención Americana establece que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

234. La Corte dijo que una vez que se ha probado que los derechos a la restitución de las tierras aún vigentes, los Estados deben emprender las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclaman. Pero, como ha señalado la Corte, cuando un Estado no puede, **con una justificación razonable**, adoptar medidas encaminadas a devolver las tierras tradicionales y los recursos comunitarios a las poblaciones indígenas, debe entregar tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán elegidas en acuerdo con los miembros de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus propios procedimientos de consulta y decisión.¹²⁹ Este no fue el caso en relación con los endorois. La tierra que se les entregó no es de la misma calidad.

235. Las razones del Gobierno en la presente Comunicación son cuestionables por diversos motivos, incluidos: (a) la tierra en disputa es el lugar de un área de conservación y los endorois, guardianes ancestrales de esa tierra, son quienes están mejor equipados para mantener sus delicados ecosistemas; (b) los endorois están preparados para continuar el trabajo de conservación iniciado por el Gobierno; (c) ninguna otra comunidad se ha establecido en la tierra en cuestión e, incluso si este es el caso, el Estado demandado está obligado a corregir esa situación,¹³⁰ (d) la tierra no ha sido expoliada y es, por tanto, inhabitable; (e) la continuada desposesión y alienación de sus tierras ancestrales



continúa amenazando la supervivencia cultural del modo de vida de los endorois, una consecuencia que claramente inclina la balanza del argumento de la proporcionalidad a favor de los pueblos indígenas según el derecho internacional.

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

237. La Comisión Africana advierte las detalladas recomendaciones relativas a la compensación a pagar a las personas desplazadas o desalojadas que desarrolló la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías de las Naciones Unidas.¹³¹ Estas recomendaciones, que han sido consideradas y aplicadas por la Corte Europea de Derechos Humanos,¹³² establecen los siguientes principios para la compensación por pérdida de tierras: las personas desplazadas deberían ser (i) compensadas por sus pérdidas al coste total equivalente antes del desplazamiento mismo; (ii) asistidas en el desplazamiento y apoyadas durante el periodo de transición en el lugar de realojo; y (iii) asistidas en sus iniciativas para mejorar su anterior nivel de vida, su capacidad de generación de ingresos y sus niveles de producción, o para, como mínimo, recuperarlos. Si el Estado demandado tiene interés en dar a los endorois una compensación justa podría seguir estas recomendaciones.

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

Presunta violación del Artículo 17 (2) y (3)

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

240. El Estado demandado niega la alegación, declarando que el acceso a las áreas de bosques estuvo siempre permitido, sujeto a procedimientos administrativos. El Estado demandado también señala que, en algunos casos, algunas comunidades han permitido que cuestiones políticas se disfrazasen de prácticas culturales y, en el proceso, ponen en peligro la coexistencia pacífica con otras comunidades. El Estado demandando no

sustancia quiénes son estas “comunidades” ni cuáles son estas “cuestiones políticas disfrazadas de prácticas culturales.”

241. La Comisión Africana es de la opinión de que la protección de los derechos humanos va más allá del deber de no destruir o debilitar deliberadamente a grupos minoritarios, sino que exige el respeto y la protección de su patrimonio religioso y cultural, esencial para la identidad del grupo, incluidos edificios y lugares como bibliotecas, iglesias, mezquitas, templos y sinagogas. Tanto los demandantes como el Estado demandando parecen estar de acuerdo en eso. Señala que Artículo 17 de la Carta tiene una dimensión dual, en su naturaleza tanto individual como colectiva, protegiendo, por un lado, la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por otro, obligando al Estado a promover y proteger los valores tradicionales reconocidos por una comunidad. Así, entiende que la cultura significa una compleja totalidad que incluye una asociación espiritual y física con las tierras ancestrales propias, conocimientos, creencias, artes, leyes, moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos por los seres humanos como miembros de una sociedad – la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social dado que lo distinguen de otros grupos similares. También entiende que la identidad cultural abarca la religión, la lengua y otras características definitorias.¹³³

242. La Comisión Africana advierte que el preámbulo de la Carta Africana reconoce que “los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales ... los [derechos] sociales y culturales constituyen[n] una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”, ideas que influyeron en la Carta Cultural Africana de 1976 que, en su preámbulo subraya “el derecho inalienable [de todos los pueblos] a organizar su vida cultural en plena armonía con sus ideas políticas, económicas, sociales, filosóficas y espirituales”.¹³⁴ El Artículo 3 de dicha Carta declara que la cultura es una fuente de enriquecimiento mutuo para las diversas comunidades.¹³⁵

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

protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.”¹³⁶

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

245. En el caso de las comunidades indígenas de Kenia, la Comisión Africana toma nota del crítico “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas en Kenia” de que “sus modos de vida y culturas han sido tradicionalmente discriminados y la falta de reconocimiento legal y empoderamiento son reflejo de su marginación social, política y económica.”¹³⁹ El también señaló que los principales problemas de derechos humanos a los que se enfrentan “se relacionan con la pérdida y degradación ambiental de sus tierras, bosques tradicionales y recursos naturales, como resultado de la desposesión de tiempos coloniales y en el periodo posterior a la independencia. En las últimas décadas, las inadecuadas políticas de desarrollo y conservación han agravado la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales.”¹⁴⁰

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

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

Las comunidades indígenas han sido desplazadas en muchos casos de sus áreas tradicionales para hacer sitio a los intereses económicos de otros grupos más poderosos y para iniciativas de

*desarrollo a gran escala que tienden a destruir sus vidas y culturas más que a mejorar su situación.*¹⁴²

248. La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado tiene un deber mayor en términos de adoptar medidas positivas para proteger grupos y comunidades como los endorois,¹⁴³ y también de promover los derechos culturales, incluida la creación de oportunidades, políticas, instituciones u otros mecanismos que permitan que diferentes culturas y modos de vida existan y se desarrollen, en vista de los desafíos a los que se enfrentan las comunidades indígenas. Estos desafíos incluyen la exclusión, la explotación, la discriminación y la extrema pobreza; el desplazamiento de sus territorios tradicionales y la privación de sus medios de subsistencia; la falta de participación en las decisiones que afectan a las vidas de las comunidades; la asimilación forzosa y los datos sociales negativos, entre otras cuestiones y, a veces, las comunidades indígenas sufren violencia directa y persecución, y algunas incluso se enfrentan al peligro de extinción.¹⁴⁴

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

250. Es la opinión de la Comisión Africana que el Estado demandado ha ignorado que el atractivo universal de la gran cultura se encuentra en sus detalles, y que imponer leyes o reglas onerosas sobre la cultura mina sus aspectos imperecederos. El Estado demandado no ha tomado en consideración el hecho de que, al restringir el acceso al lago Bogoria, ha negado a la comunidad el acceso a un sistema integrado de creencias, valores, normas, costumbres, tradiciones y artefactos íntimamente vinculados con el acceso al lago.

251. Al forzar a la comunidad a vivir en tierras



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

Presunta violación del Artículo 21

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

253. El Estado demandado niega la alegación. Argumenta que es de la opinión de que los demandantes se han beneficiado enormemente del turismo y de las actividades de prospección minera, señalando, por ejemplo, que

12. Los ingresos de la reserva de caza se han utilizado para financiar una serie de proyectos en la zona, como escuelas, centros de salud, pozos y carreteras.

13. Desde el descubrimiento de rubíes en el área de Weseges, cerca del lago Bogoria, tres compañías han recibido licencias de prospección, señalando que dos de las tres compañías pertenecen a la comunidad, incluidos los endorois. Además, la compañía que no está formada por población local, es decir, Corby Ltd., llegó a un acuerdo con la comunidad, comprometiéndose a entregar algunos beneficios a la misma en términos de apoyo a proyectos comunitarios. Afirma que es evidente (según las actas de una reunión de la comunidad y la compañía) que la compañía está dispuesta a desarrollar un proyecto en forma de una carretera de acceso al lugar de prospección para uso de la comunidad y de la compañía.

14. El Estado demandado también alega que las actividades de prospección minera se llevan a cabo fuera de la reserva de caza del lago Bogoria, lo que significa que esas tierras no son objeto de la reclamación de los demandantes.

254. El Estado demandado también alega que la comunidad ha celebrado consultas con Corby Ltd., como evidencia el acuerdo entre ellos, que es una clara manifestación de que participaron en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales y la participación en los beneficios derivados de la misma.

255. La Comisión Africana advierte que, en el caso *Ogoni*, el derecho a los recursos naturales situados dentro de sus tierras tradicionales también se reconoce a los pueblos indígenas, dejando claro que un pueblo que habita una región específica dentro de un estado puede reclamar ese derecho según el Artículo 21 de la Carta Africana.¹⁴⁵ El Estado demandado no ha proporcionado suficientes evidencias para sustanciar su afirmación

de que los demandantes se han beneficiado enormemente del turismo y de las actividades de prospección minera.

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

257. En el caso *Saramaka* y en la jurisprudencia interamericana, una cuestión que se deriva de la afirmación de la CIDH de que los miembros del pueblo saramaka tienen derecho al uso y disfrute de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, es la cuestión del derecho al uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en y bajo la tierra, incluidos los recursos naturales del subsuelo. En el caso *Saramaka*, tanto el estado como los miembros del pueblo saramaka reclaman el derecho a esos recursos naturales. Los saramaka alegan que su derecho al uso y disfrute de todos esos recursos naturales es un condición necesaria para el disfrute de su derecho a la propiedad según el Artículo 21 de la Convención. El Estado argumenta que todos los derechos a las tierras, en especial a los recursos naturales del subsuelo, pertenecen al Estado, que puede disponer libremente de estos recursos a través de concesiones a terceras partes.

258. La CIDH trató esta compleja cuestión en el siguiente orden: primero, el derecho de los miembros del pueblo saramaka al uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en su territorio tradicionalmente poseído, segundo, la concesión de licencias por el Estado para la exploración y extracción de los recursos naturales, incluidos los recursos del subsuelo que se encuentran en territorio saramaka y, por último, el cumplimiento con las salvaguardas del derecho internacional en relación con las licencias de exploración y extracción ya concedidas por el Estado.

259. En primer lugar, la CIDH analizó si los miembros del pueblo saramaka tienen derecho al uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en su territorio de posesión tradicional y hasta que punto. El Estado no negó que los saramaka ha utilizado y ocupado tradicionalmente

ciertas tierras durante siglos, ni que los saramaka tienen un "interés" en el territorio que han utilizado tradicionalmente de acuerdo a su costumbre. La controversia era la naturaleza y ámbito de dicho interés. Según el marco legal y constitucional de Surinam, los saramaka no tienen derechos de propiedad *per se*, sino un mero privilegio o permiso para el uso y ocupación de las tierras en cuestión. Según el Artículo 41 de la Constitución de Surinam y el Artículo 2 de su Decreto Minero de 1986, los derechos de propiedad de todos los recursos naturales pertenecen al Estado. Por esta razón, el Estado alegó que tiene un derecho inalienable a la exploración y explotación de esos recursos. Por otro lado, el derecho consuetudinario del pueblo saramaka les da derecho sobre todos los recursos naturales dentro de su territorio tradicional.

260. La CIDH sostuvo que la supervivencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros depende de su acceso y uso de los recursos naturales en sus territorios, que están relacionados con su cultura y se encuentran en ellos, y que el Artículo 21 de la Convención Interamericana protege su derecho sobre tales recursos naturales. La Corte afirmó además que, de acuerdo con su anterior jurisprudencia, como señaló en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, los miembros de las comunidades tribales e indígenas tienen el derecho a poseer los recursos naturales que han utilizado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las que tienen derecho a poseer la tierra que tradicionalmente han usado y ocupado durante siglos. Sin ellos, la propia supervivencia física y cultural de dichos pueblos está en peligro;¹⁴⁶ de ahí, opinó la Corte, la necesidad de proteger las tierras y recursos que han utilizado tradicionalmente para evitar su extinción como pueblos. Dijo que el fin y el propósito de las medidas exigidas a beneficio de los miembros de las comunidades indígenas y tribales son los de garantizar que puedan seguir viviendo su modo de vida tradicional y que los estados respeten, garanticen y protejan su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.

261. Pero la Corte también afirmó que los recursos naturales encontrados en territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidas según el Artículo 21 (de la Convención Americana) son aquellos tradicionalmente utilizados y necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del modo de vida de dicho pueblo.¹⁴⁷

262. En el caso *Saramaka*, la Corte tuvo que determinar qué recursos naturales encontrados en el territorio del pueblo saramaka son esenciales para la supervivencia de su modo de vida y están, por tanto, protegidos por el Artículo 21 de la Convención. Esto tiene una relevancia directa para la cuestión ante la Comisión Africana, dadas las concesiones de minería de rubíes que estaban

teniendo lugar en tierras ancestrales endorois y en tierras adyacentes a las mismas y que, según los demandantes, envenenan la única fuente de agua restante a la que los endorois tienen acceso.

263. La Comisión Africana toma nota de la opinión de la CIDH en el caso *Saramaka* en relación con la cuestión de las limitaciones permisibles. El Estado de Surinam había alegado que si la Corte reconocía un derecho a los miembros del pueblo saramaka sobre los recursos tradicionales que se encuentran en sus tierras tradicionalmente poseídas, este derecho debe limitarse a aquellos recursos tradicionalmente utilizados para sus actividades culturales, religiosas y de subsistencia. Según el Estado, los pretendidos derechos territoriales de los saramaka no incluirían ningún interés en los bosques o minerales más allá de los que la tribu posee y utiliza tradicionalmente para su subsistencia (agricultura, caza, pesca, etc.) y para las necesidades religiosas y culturales de su población.

264. La Corte opinó que aunque es cierto que toda actividad de exploración y extracción en el territorio saramaka podía afectar, en mayor o menor medida, el uso y disfrute de algún recurso natural tradicionalmente utilizado para la subsistencia de los saramaka, es también cierto que el Artículo 21 de la Convención no debería interpretarse en un sentido que no permita al Estado la concesión de ningún tipo de licencia para la exploración y extracción de recursos naturales en el territorio saramaka. La Corte observó que este recurso natural se verá posiblemente afectado por actividades de extracción de otros recursos naturales que no son tradicionalmente usados o esenciales para la supervivencia de la comunidad saramaka y, en consecuencia, de sus miembros. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy posible que afecte el uso y disfrute de otros recursos naturales que son necesarios para la supervivencia de los saramaka.

265. En cualquier caso, la Corte señaló que la protección del derecho a la propiedad según el Artículo 21 de la Convención no es absoluto y, por tanto, no permite una interpretación tan estricta. La Corte también reconoció la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y disfrute de sus tierras y su derecho sobre aquellos recursos necesarios para su supervivencia, pero que estos derechos de propiedad, como otros derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertas limitaciones y restricciones. En este sentido, el Artículo 21 de la Convención afirma que la "ley puede subordinar tal uso y goce al interés social." *Pero la Corte también señala que ya había sostenido anteriormente que, de acuerdo con el Artículo 21 de la Convención, un Estado puede restringir el uso y disfrute del derecho a la propiedad siempre y cuando las restricciones:* a) *estén previamente establecidas en la ley;* b) *sean necesarias;* c) *sean proporcionadas,* y d) *tengan el fin de alcanzar un objetivo legítimo en una*



sociedad democrática.¹⁴⁸

266. El caso *Saramaka* es similar al presente en lo que se refiere a la minería de rubíes. La CIDH analizó si las concesiones de minería de oro dentro del territorio tradicional saramaka han afectado a los recursos naturales que han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para la supervivencia de los miembros de la comunidad saramaka. Según la evidencia presentada ante la Corte, la comunidad saramaka, tradicionalmente, no utilizaba el oro como parte de su identidad cultural o de su sistema económico. A pesar de posibles excepciones individuales, la comunidad saramaka no se identifica con el oro ni ha demostrado ninguna relación particular con este recurso natural, fuera de reclamar un derecho general a "la propiedad de todo, desde las copas de los árboles hasta el lugar más profundo que pueda alcanzarse bajo el suelo." Sin embargo, la Corte afirmó que, dado que cualquier actividad de minería de oro en territorio saramaka afectaría necesariamente a otros recursos necesarios para la supervivencia de los saramaka, como los cursos de agua, el Estado tenía el deber de consultar con ellos, de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, en relación con cualquier propuesta de licencia minera dentro del territorio saramaka, además de permitir que los miembros de la comunidad participen razonablemente en los beneficios derivados de las posibles concesiones y llevar a cabo o supervisar una evaluación de los impactos ambientales y sociales antes del inicio del proyecto. El mismo análisis se aplicaría en relación con las concesiones en el presente caso de los endorois.

267. En el presente caso de los endorois, el estado demandando tiene el deber de evaluar si es necesaria una restricción de estos derechos de propiedad privada para preservar la supervivencia de la comunidad endorois. La Comisión Africana es consciente de que los endorois no tienen una relación con los rubíes. Pero, de todos modos, es instructivo señalar que la Comisión Africana decidió en el caso *Ogoni* que el derecho a los recursos naturales contenidos en su tierras tradicionales pertenece a los indígenas. Esta sentencia dejaba claro que un pueblo que habita una región específica dentro de un estado puede reclamar la protección del Artículo 21.¹⁴⁹ El Artículo 14 de la Carta Africana indica que la doble condición de "el interés público o general de la comunidad" y "de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas" deberían satisfacerse.

268. Por lo que sabe la Comisión Africana, el Estado demandando no lo ha hecho. La Comisión Africana es de la opinión de que los endorois tienen el derecho a disponer libremente de su riqueza y recursos naturales en consulta con el Estado demandado. El Artículo 21(2) también se refiere a las obligaciones de un Estado Parte de la Carta Africana en caso de una violación por despojo, a través de la disposición sobre restitución

y compensación. Los endorois no han recibido nunca una compensación adecuada ni se han restituido sus tierras. Por lo tanto, el Estado demandando ha violado el Artículo 21 de la Carta.

Presunta violación del Artículo 22

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

270. Rechazando las alegaciones de los demandantes, el Estado demandando argumenta que la tarea de las comunidades, en el contexto de una democracia participativa, es la de contribuir al bienestar de la sociedad en su conjunto y no solo preocuparse, egoístamente, por la propia comunidad a costa de otras. Argumenta que los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek no solo representan a los endorois, sino a otros clanes de la tribu tugen, de la que los endorois son solo un clan. Sin embargo, para evitar la tentación de que una comunidad domine a la otra, el sistema político de Kenia abraza el principio de un modelo participativo de comunidad a través de las habituales elecciones competitivas a representantes en esos consejos. Afirma que las elecciones son por sufragio de los adultos y que son libres y limpias.

271. El Estado demandado también argumenta que ha creado un ambicioso programa de educación primaria universal y gratuita y un programa de recuperación agrícola con el fin de incrementar los ingresos familiares de los pobres rurales, incluidos los endorois, y que ha iniciado programas para la distribución equitativa de los recursos presupuestarios a través del los Fondos de Desarrollo Local, los Fondos Financieros Locales, los Comités de Ayuda Local y las Juntas de Distrito de Carreteras.

272. Añade que, desde hace muchos años, el turismo en Kenia ha estado en declive. Esto, argumenta, ha sido ocasionado principalmente por los disturbios étnicos en las provincias de la costa y el valle del Rift, que son los principales circuitos turísticos en Kenia y en donde se encuentra la tierra de los demandantes y, por tanto, era de esperar que los Consejos de los Condados de Baringo y Koibatek se vieran afectados por la recesión económica.

273. Para responder a las alegaciones de los demandantes, el Estado demandado argumenta además que lo que los demandantes señalan, en el párrafo 239 de su informe sobre el fondo (que, debido a la falta de acceso a la sal mineral y a sus pastos habituales, su ganado murió en gran número, imposibilitándoles el pago de impuestos y que, en consecuencia, el gobierno se llevó más ganado como impuestos y que tampoco podían pagar la educación primaria y secundaria de sus

hijos) es totalmente erróneo, porque los impuestos se cargan sobre los ingresos. Según el Estado demandado, si los endorois no tuvieron ingresos por su actividad ganadera que llegasen a los mínimos obligados a declarar, obviamente no se les cobraron impuestos. El Estado demandado añade que esta alegación es falsa y tiene la intención de dar una mala imagen del Gobierno.

274. El Estado demandado argumenta que los demandantes alegan que las consultas que tuvieron lugar no fueron de "buena fe" o con el objetivo de alcanzar un acuerdo o el consentimiento, y, más aún, que el Estado demandado no honró las promesas hechas a la comunidad endorois en relación a la participación en los ingresos de la reserva de caza, a través de un cierto porcentaje de empleos, realojo en tierras fértiles y compensaciones. El Estado demandado acusa a los demandantes de intentar engañar a la Comisión Africana porque el Consejo del Condado ingresa todos los beneficios en el caso de las reservas de caza y dichos ingresos retornan a las comunidades que están dentro de sus jurisdicciones en forma de los proyectos de desarrollo que llevan a cabo.

275. En respuesta a la alegación de que la reserva de caza dificultó especialmente a los endorois el acceso a plantas medicinales básicas, necesarias para mantener una vida sana, el Estado demandado argumenta que el principal propósito de declarar una reserva nacional es la conservación. También en respuesta a la denuncia de que el Estado demandado había concedido varias licencias mineras y madereras a terceras partes, y de las que los endorois no se han beneficiado, el Estado demandado afirma que la comunidad ha sido bien informada sobre estas prospecciones mineras en la zona. Afirma además que el comité de minería de la comunidad estableció un acuerdo con la compañía keniata que realizaba las prospecciones, lo que implica que los endorois participan plenamente en todas las decisiones de la comunidad.

276. El Estado demandado argumenta que la comunidad está representada en el Consejo del Condado por sus consejeros electos, lo cual da a la comunidad la oportunidad de estar siempre representada en el foro en el que se toman las decisiones relativas al desarrollo. El Estado demandado alega que todas las decisiones sobre las que están reclamando han tenido que ser adoptadas en una sesión plenaria del consejo.

277. La Comisión Africana es de la opinión de que el derecho al desarrollo tiene una doble condición, a la vez *constitutivae instrumental*, o útil como medio y también como fin. Una violación de su elemento procedimental o de su elemento sustantivo, constituye una violación del derecho al desarrollo. Satisfacer una de las condiciones no satisface el derecho al desarrollo. La Comisión Africana toma nota de los argumentos de los demandantes de que el reconocimiento del derecho

al desarrollo exige cumplir con cinco criterios básicos: debe ser equitativo, no discriminatorio, participativo, con rendición de cuentas y transparente, con la equidad y la posibilidad de elección como cuestiones importantes, abarcadoras, en el derecho al desarrollo.¹⁵⁰

278. En este sentido, toma nota del informe del Experto Independiente de la ONU que señaló que el desarrollo no se limita a que el estado proporcione, por ejemplo, vivienda para personas o grupos particulares. El desarrollo es, por el contrario, proporcionar a la gente la capacidad de elegir dónde vivir. El Experto Independiente afirma que "...el estado o cualquier otra autoridad no pueden decidir arbitrariamente dónde debe vivir una persona simplemente porque hay disponibles viviendas". La libertad de elección debe estar presente como un componente del derecho al desarrollo.¹⁵¹

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

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

281. La Comisión Africana señala que sus propios estándares afirman que un Gobierno debe consultar en relación a los pueblos indígenas, especialmente cuando se trate de cuestiones



sensibles como las tierras.¹⁵³ La Comisión Africana está de acuerdo con los demandantes en que las consultas que el Estado demandado llevó a cabo con la comunidad fueron inadecuadas y no pueden considerarse como una participación efectiva. Las condiciones de la consulta no cumplieron con el estándar de la Comisión Africana sobre consultas de manera apropiada a las circunstancias. Está convencida de que los miembros de la comunidad fueron informados del inminente proyecto como *fait accompli* y que no se les dio la oportunidad de influir en las políticas o en su papel en la reserva de caza.

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

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

284. El caso *Yakye Axa* es instructivo. La Corte Interamericana supo que los miembros de la comunidad Yakye Axa viven en condiciones de extrema pobreza como consecuencia de la falta de tierras y de acceso a los recursos naturales, causados por los hechos que fueron objeto de la causa ante la Corte, y por la precariedad del asentamiento temporal en el que habían tenido que permanecer, en espera de una solución a su reclamación territorial.

285. La CIDH advirtió que, de acuerdo a las declaraciones de los miembros de la comunidad

Yakye Axa durante la audiencia pública, los miembros de esa comunidad podrían haber obtenido parte de los medios necesarios para su subsistencia si hubieran estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la comunidad de dichas tierras ha sido causa de especiales y serias dificultades para la obtención de comida, sobre todo porque el área en que se sitúa su asentamiento provisional no tiene condiciones adecuadas para el cultivo ni para practicar las actividades tradicionales de subsistencia, como la caza, la pesca o la recolección. Además, en este asentamiento los miembros de la comunidad Yakye Axa no tienen acceso a una vivienda adecuada con los servicios mínimos básicos, como agua potable o saneamientos.

286. La precariedad del asentamiento de los endorois tras su desposesión ha tenido efectos similares. No hubo nunca un acuerdo sobre tierras colectivas de igual valor, no cumpliéndose, por tanto, la condición de "de conformidad con las leyes", ya que la ley exige compensación adecuada. Los endorois fueron relegados a tierras semi áridas, que demostraron ser insostenible para el pastoreo, especialmente teniendo en cuenta la estricta prohibición de acceso a la sal mineral del área del lago o a las fuentes tradicionales de agua. Unos pocos endorois consiguieron títulos individuales en el bosque de Mochongoi, aunque la mayoría vive en las tierras áridas en las afueras de la reserva.¹⁵⁵

287. En el caso de la comunidad Yakye Axa, la Corte estableció que el Estado no garantizó el derecho de los miembros de la comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte entendió que esto había tenido un efecto negativo en el derecho de los miembros de la comunidad a una vida digna, porque les privó de la posibilidad de acceder a sus medios tradicionales de subsistencia, además de al uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para obtener agua potable y practicar la medicina tradicional para prevenir y curar enfermedades.

288. En la presente comunicación ante la Comisión Africana, la evidencia en video de los demandantes muestra que el acceso al agua potable se vio severamente restringido como resultado de la pérdida de sus tierras ancestrales (lago Bogoria), que tiene muchas fuentes de agua corriente. De igual modo, los medios tradicionales de subsistencia —el pastoreo de animales* se han visto reducidos debido a la falta de acceso a los verdes pastos de sus tierras tradicionales. Los ancianos repiten que han perdido más de la mitad de su ganado desde el desplazamiento.¹⁵⁶ La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado ha hecho muy poco para proporcionar la necesaria asistencia a este respecto.

289. Íntimamente ligada al derecho al desarrollo está la cuestión de la participación. La CIDH ha

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

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

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

292. Por el testimonio oral e incluso el informe escrito presentado por los demandantes, la Comisión Africana ha sido informada de que los representantes endorois que representaban a la comunidad en las discusiones con el Estado demandado eran analfabetos, lo que imposibilitaba que entendieran los documentos presentados por el Estado demandado. El Estado demandado no ha negado tal declaración. La Comisión Africana está de acuerdo con los demandantes en que el Estado demandado no garantizó que los endorois fueran informados con exactitud de la naturaleza y consecuencias del proceso, un requisito mínimo establecido por la Comisión Interamericana en el *caso Dann*.¹⁵⁷

293. En este sentido, es importante señalar que el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas observó que: [c]uando [los grandes proyectos de desarrollo][...] tienen lugar en zonas ocupadas por pueblos indígenas es posible que sus comunidades sufran profundos cambios sociales y económicos que a menudo las

autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever. [...] Las principales repercusiones de estos proyectos en los derechos humanos de los pueblos indígenas están relacionados con la pérdida de la tierra y los territorios tradicionales, el desalojo, la migración y el reasentamiento, el agotamiento de los recursos necesarios para la supervivencia física y cultural, la destrucción y contaminación del medio ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los efectos negativos a largo plazo en la salud y la nutrición así como, en algunos casos, el hostigamiento y la violencia."¹⁵⁸ Por lo tanto, el Relator Especial de la ONU determinó que "el consentimiento libre, previo e informado es esencial para [la protección de] los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con los grandes proyectos de desarrollo"¹⁵⁹

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

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

296. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no solo que se obtenga el consentimiento informado previo de las comunidades cuando se planea realizar actividades de explotación a gran escala dentro de los territorios indígenas, sino también que se garantice la participación equitativa en los beneficios derivados de tal explotación. En el presente caso, el Estado demandado debería garantizar una participación en los beneficios mutuamente aceptable. En este contexto, de acuerdo con el espíritu de la Carta Africana, la participación en los beneficios puede entenderse como una forma de razonable compensación equitativa resultante de la explotación de tierras



tradicionalmente ocupadas y de aquellos recursos naturales necesarios para la supervivencia de la comunidad endorois.

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

298. La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado tiene la responsabilidad de crear condiciones favorables para el desarrollo de un pueblo.¹⁶⁰ No es ciertamente responsabilidad de los propios endorois encontrar lugares alternativos en que pastorear su ganado o llevar a cabo sus ceremonias religiosas. Por el contrario, el Estado demandado está obligado a garantizar que los endorois no son olvidados en el proceso de desarrollo o en los beneficios. La Comisión Africana está de acuerdo en que al no proporcionar una compensación adecuada y beneficios, o proporcionar tierras apropiadas para pastos, el Estado demandado no tuvo debidamente en cuenta a los endorois en el proceso de desarrollo. *Falla en contra del Estado demandado que la comunidad endorois ha sufrido una violación del Artículo 22 de la Carta.*

Recomendaciones

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

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

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

c. Pague **compensaciones** adecuadas a

la comunidad por todas las pérdidas sufridas.

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

e. Registre al Comité para el Bienestar Endorois.

f. Establezca un diálogo con los demandantes para la aplicación efectiva de estas recomendaciones.

g. Informe sobre la aplicación de estas recomendaciones en el plazo de tres meses desde la fecha de su notificación.

2) La Comisión Africana ofrece sus buenos oficios para asistir a las partes en la aplicación de estas recomendaciones.

NOTAS

¹ Los endorois han sido a veces clasificados como una subtribu de la tribu tugen del grupo kalenjin. En el censo de 1999, los endorois fueron contabilizados como parte del grupo Kalenjin, formado por los nandi, kipsigis, keiro, tugen y marakwet entre otros.

² *William Yatich Sitetalia, William Arap Ngasia et al contra Consejo del Condado de Baringo*, Sentencia de la Corte Suprema de 19 de abril de 2002, caso civil número 183 de 2000, p. 6.

³ Según el contexto, las expresiones 'autoridades de Kenia' y 'Estado demandado' se utilizan de manera equivalente en este texto para referirse al Gobierno de Kenia.

⁴ Op. cit., párrafos 3, 4 y 5 de esta comunicación, en los que los demandantes presentan argumentos para probar su propiedad sobre las tierras.

⁵ Op. cit., párrafos 3, 4 y 5.

⁶ *The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights contra Nigeria*, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación número 155/96, (2001), párrafo 40.

⁷ *Free Legal Assistance Group y otros contra Zaire*, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación número 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), párrafo 45.

⁸ Véase World Wildlife Federation Report, p. 18, párrafo 2.2.7.

⁹ *Amnistía Internacional y otros contra Sudán*, (1999) Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación número 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (a partir de aquí, *Amnistía Internacional contra Sudán*).

¹⁰ Véase Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994), Artículo 13.

¹¹ *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz/México*, (1999) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 49/99, caso 11.610.

¹² *Dianna Ortiz contra Guatemala*, (1997) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 31/96, caso 10.526.

¹³ Ibid.

¹⁴ World Wildlife Federation, Lake Bogoria National Reserve Draft Management Plan, julio de 2004.

¹⁵ Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994), Artículo 13.

¹⁶ Amnistía Internacional contra. Zambia, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación número 212/98 (1999).

¹⁷ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana, presentado de acuerdo con la "Resolución sobre los derechos de las poblaciones / comunidades indígenas en África", adoptado por la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en su 28ª Sesión Ordinaria (2003).

¹⁸ *Caso Awas Tingni* (2001), párrafos 140(b) y 151

¹⁹ Ibid en párrafo 148

²⁰ Véase *Amodu Tijani contra Nigeria del Sur*, United Kingdom Privy Council, 2 AC 399, (1921).

²¹ *Calder et al contra Procurador General de la Columbia Británica*, Corte Suprema de Canadá, 34 D.L.R. (3d) 145 (1973).

²² *Mabo contra Queensland*, Corte Suprema de Australia, 107 A.L.R. 1, (1992).

²³ *Alexkor Ltd contra comunidad de Richtersveld*, Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 19/03, (2003).

²⁴ Op. cit., párrafo 12.

²⁵ *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation y Media Rights Agenda contra Nigeria*, (1999), Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicaciones número 140/94, 141/94, 145/95, párrafo. 42 (*Constitutional Rights Project Case*).

²⁶ *Handyside contra el Reino Unido*, número 5493/72 (1976) Series A.24 (7 diciembre), párrafo 49.

²⁷ *X & Y contra Argentina*, (1996) Informe número 38/96, caso 10.506 (15 de octubre), párrafo 60.

²⁸ Afirman que, de acuerdo con la legislación keniana, las autoridades publicaron la notificación 239/1973 en el Kenya Reserve para declarar la creación de la "reserva de caza del lago Hannington". En el boletín oficial 270/1974 se publicó una notificación para revocar la anterior y cambiar el nombre de la reserva de caza el 12 de octubre de 1974: "el área separada en el plan antedicho para ser una Reserva de caza con el nombre de Reserva de Caza del Lago Bogoria."

²⁹ Los demandantes afirman que la sección 3(2) de la WAPA fue posteriormente revocada el 13 de febrero de 1976 por la s. 68 de la Ley de Conservación y Gestión de la Vida Silvestre.

³⁰ Los demandantes alegan que la sección 3(20) de la WAPA no permitía al Ministro de Turismo y Vida Silvestre de Kenia desalojar a los ocupantes.

³¹ Los demandantes alegan que el proceso de "separar tierras en fideicomiso según las secciones 117 o 118 de la Constitución se establece en la Ley de tierras en fideicomiso. Afirman que la publicación en exigida en la sección 13(3) y (4) de la Ley de tierras en fideicomiso en relación con la sección 117 de la Constitución y, por la sección 7(1) f (4) de la Ley de tierras en fideicomiso en relación con la sección 118 de la Constitución.

³² También alegan que recientemente al área se le ha dado el nombre de reserva nacional del lago Bogoria. Aunque se haya producido un cambio legal en el título, esto no significa de todos modos que se haya terminado el fideicomiso de los endorosis, según la ley de Kenia, si no ha habido "separación".

³³ Constitución del Estado de Kenia, sección 117(4).

³⁴ Ley de adquisición de tierras, "Principios para determinar la compensación"

³⁵ Véase Ley de adquisición de tierras de Kenia, Parte IV, párrafo 29(3).

³⁶ Los demandantes arguyen que para la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, la compensación debe ser una compensación justa, y las cantidades y el momento del pago son de importancia material para determinar si ha existido una violación del derecho a la propiedad. Citan el caso de *Katikaridis y otros contra Grecia*, Corte Europea de Derechos Humanos, caso número 72/1995/578/664, (1996). Los demandantes también citan el Artículo 23(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley."

³⁷ Los demandantes citan a Rodolfo Stavenhagen et al. eds, (2001), "Cultural Rights: A Social Science, Perspective," en *Economic, Social and Cultural Rights*, (Asbjørn Eide) 2^a ed., p. 85, 86*88. Véase también Rachel Murray y Steven Wheatley (2003), "Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, p. 222. 26.

³⁸ Caso Ogoni (2001), párrafos 56*58.

³⁹ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la

Comisión Africana, p. 20.

⁴⁰ Directiva Operativa 4.10 del Banco Mundial.

⁴¹ *Caso Ogoni*, (2001), párrafo 46.

⁴² *Apirana Mahuika et al contra Nueva Zelanda*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación número 547/1993, Doc. ONU CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), párrafos 5.7*5.9.

⁴³ *Apirana Mahuika et al contra Nueva Zelanda* (2000) Comité de Derechos Humanos, Comunicación número 547/1993, Doc. ONU CCPR/C/70/D/547/1993, párrafos 5.7*5.9

⁴⁴ *Mary y Carrie Dann contra los EE.UU.*, (2002), párrafo 136

⁴⁵ *Ibid* en párrafo 140. *Documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales, que sirva como marco para la redacción de un comentario jurídico sobre este concepto por parte del Grupo de Trabajo, presentado por la señora Antoanella (Iulia) Motoc y la Fundación Tebtebba.* Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 (2004), párrafo 14 (a).

⁴⁶ Véase Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Rodolfo Stavenhagen) en aplicación de la resolución de la Asamblea General 60/251 de 15 de marzo de 2006, A/HRC/4/32/Add.3, 26 de febrero de 2007: "Misión a Kenia" del 4 al 14 de diciembre de 2006, en ¶ 9.

⁴⁷ Véase Informe del Relator de la reunión ministerial de la OUA sobre el proyecto de Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, celebrada en Banjul, Gambia, del 9 al 15 de junio de 1980 (CAB/LEG/67/3/Draft Rapt. Rpt (II)), p.4.

⁴⁸ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas, publicado conjuntamente con ACHPR/IWGIA, 2005.

⁴⁹ La Carta Africana no es un accidente histórico. Su elaboración por la OUA se produjo en un momento de creciente escrutinio de las prácticas de los estados respecto a los derechos humanos y del ascenso de los derechos humanos como un tema legítimo del discurso internacional. Para los estados africanos, la retórica de los derechos humanos tiene un resonancia especial por diversas razones, incluido el hecho de que los estados africanos poscoloniales nacieron de la lucha de derechos humanos anticolonial, una lucha por la libre

determinación política y económica y de la necesidad de reclamar la legitimidad internacional y salvar su imagen.

⁵⁰ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Rodolfo Stavenhagen), *supra* n. 47

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Véase *The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights contra Nigeria*. (SERAC y CESR) o caso *Ogoni*, 2001. Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 155/96, *The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights – Nigeria* (27 de mayo de 2002), 50^o informe anual de actividades de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 2001*2002

⁵³ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas (adoptado en la 28^a Sesión, 2003).

⁵⁴ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas (adoptado en la 28^a Sesión, 2003).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Véase Artículo 60 de la Carta Africana.

⁵⁷ José Martínez Cobo (1986), Relator Especial, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

⁵⁸ El Grupo de Trabajo de la ONU hace un análisis más amplio, más allá de la experiencia histórica de África, y plantea además el algo polémico asunto de "primeros ocupantes u ocupantes originarios" del territorio, que no siempre es pertinente en África.

⁵⁹ Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 72 Bol. Oficial de la OIT, 59, *entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991*, Artículo 1(1)(b).

⁶⁰ Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 72 Bol. Oficial de la OIT, 59, *entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991*, Artículo 1(1)(b).

⁶¹ Véase Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Rodolfo Stavenhagen), *op. cit.*, *Supra* n. 47 – cursiva añadida.

⁶² Informe del Relator Especial sobre la situación

de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Rodolfo Stavenhagen), *supra* n. 47.

⁶³ La Comisión ha afirmado el derecho de los pueblos a presentar demandas bajo la Carta Africana. Véase el caso *The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights contra Nigeria*. Allí la Comisión afirmó: "La Carta Africana, en sus Artículos 20 al 24, claramente dispone que los pueblos refieren derechos como pueblos, es decir, como colectivos."

⁶⁴ La Comisión ha advertido también que, cuando hay un gran número de víctimas, puede no ser practicable que cada demandante individual acuda a los tribunales nacionales. En dichas situaciones, como en el caso *Ogoni*, la Comisión puede juzgar los derechos de un pueblo como un colectivo. Por tanto, los endorois, como un pueblo, tienen el derecho de presentar sus demandas colectivamente de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta Africana.

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

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

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

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

⁶⁹ *Op. cit.*, *infra* n. 71.

⁷⁰ Véase *Aldea Moiwana contra Surinam*, Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C número 124, párrafos 85 y 134*135. El 29 de noviembre de 1986, el ejército de Surinam atacó la aldea de los cimarrones ndjuka de Moiwana y masacró a más de 40 hombres, mujeres y niños, y destruyó la aldea hasta sus cimientos. Los que escaparon del ataque huyeron al bosque circundante y luego se



exilaron o desplazaron dentro del país. El 12 de noviembre de 1987, casi un año después, Surinam ratificó simultáneamente la Convención Americana de Derechos Humanos y reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casi diez años después, el 27 de junio de 1997, se presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego transmitida a la Corte. La Comisión afirmó que, aunque el ataque era anterior a la ratificación por Surinam de la Convención Americana de Derechos Humanos, a pesar de tratarse de una comunidad afrodescendiente, es decir, no una interpretación precolombina / autóctona de la indigeneidad en las Américas).

⁷¹ El Estado demandado durante la vista oral en la 40ª Sesión Ordinaria en Banjul, Gambia, afirmó que:

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

⁷² Comité de Derechos Humanos, Observación General 22, Artículo 18 (48ª Sesión, 1993), Recopilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por los Organos de los Tratados, Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), 35.

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

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

⁷⁵ Véase párrafos 73 y 74.

⁷⁶ *Amnistía Internacional y otros contra Sudán*, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación número 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999) (a partir de ahora, *Amnistía Internacional contra Sudán*).

⁷⁷ *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz/Mexico*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 49/99, caso 11.610, (1999). *Dianna Ortiz contra Guatemala*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 31/96, caso 10.526, (1997).

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

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

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

⁸¹ Véase párrafo 3.3.3 del informe sobre fondo del demandando.

⁸² Énfasis añadido.

⁸³ Énfasis añadido.

⁸⁴ Véase *Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2001), párrafo 146 (desde ahora, *caso Awas Tingni 2001*). Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen un significado autónomo, por lo que no pueden hacerse equivalentes al sentido que se les da en la legislación nacional.

⁸⁵ *Malawi African Association y otros contra Mauritania*, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicaciones números 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97 y 210/98 (2000), párrafo 128. Véase también *Comunicaciones 54/91 y otros contra Mauritania*, 13º Informe de Actividades, párrafo 128.

⁸⁶ *Caso Ogoni (2001)*, párrafo 54.

⁸⁷ Comunicación número 225/98 contra Nigeria, 14º Informe Anual, párrafo 52.

⁸⁸ Véase *Doğan y otros contra Turquía*, Corte Europea de Derechos Humanos, solicitudes 8803*8811/02, 8813/02 y 8815*8819/02 (2004), párrafos 138*139.

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

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

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

⁹² *Caso Awas Tingni* (2001), párrafos 140(b) y 151

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

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

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

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka contra Surinam* (sentencia de 28 de noviembre de 2007).

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka contra Surinam* (sentencia de 28 de noviembre de 2007).

⁹⁸ Op. cit, párrafos 11 y 12.

⁹⁹ Véase CEDH, *Connors contra el Reino Unido*, (donde se declara que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para

acomodar y proteger los diferentes modos de vida de las minorías como modo de proporcionar igualdad ante la ley). Véase también Comisión IDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (donde se señala que, en el derecho internacional en general y en el derecho interamericano en particular, puede exigirse una protección especial para los pueblos indígenas de modo que puedan ejercer sus derechos plenamente y en igualdad con el resto de la población. Además, puede requerirse una protección especial para los pueblos indígenas para garantizar su supervivencia física y cultural, un derecho protegido en una serie de instrumentos y convenios internacionales). Véase también Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Artículo 1.4 (que afirma que "[l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objetivo de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial") y CEDR, Recomendación General número 23, Derechos de los pueblos indígenas, párrafo 4 (pidiendo a los Estados que adopten ciertas medidas para reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas).

¹⁰⁰ *Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay* 17 de junio 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

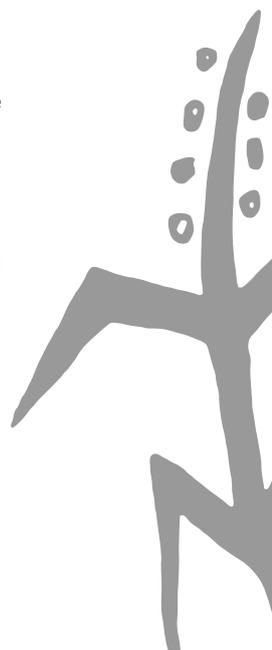
¹⁰¹ Caso de la *Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰² Véase *Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2001) (a partir de ahora, *caso Awas Tingni 2001*).

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

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

¹⁰⁵ Véase Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 7, Desalojos forzosos y el derecho a una vivienda adecuada (16ª sesión, 1997), párrafo 14, Doc.



ONU E/1998/22, anexo IV en 113 (1998), reeditado en Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por los Organos de los Tratados, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6 en 45 (2003).

¹⁰⁶ Protocolo de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Art. 1, 213 U.N.T.S. 262, entrada en vigor 18 de mayo de 1954.

¹⁰⁷ Véase 3.2.0 del informe del Estado demandado sobre el fondo. Véase también párrafo 178 de esta sentencia en el que el Estado demandado argumenta que los derechos de acceso de la comunidad no se han extinguido

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

¹⁰⁹ Párrafo 110 del caso *Saramaka*.

¹¹⁰ *Caso Awas Tingni* (2001), párrafos 140(b) y 151.

¹¹¹ *Ibid*, párrafo 148.

¹¹² *Ibid*, párrafo 151

¹¹³ Véase caso comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 184, para.

¹¹⁴ Véase caso comunidad *Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C número 124, párrafo 134.

¹¹⁵ Véase caso comunidad indígena *Yakye Axa*, supra nota 1, párrafos 124*131.

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

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

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

¹¹⁹ *Caso The Constitutional Rights Project*, párrafo 42.

¹²⁰ Véase Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, resolución 1993/77, Doc. ONU E/CN.4/1993/RES/77 y Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos,

resolución 2004/28, Doc. ONU E/CN.4/2004/RES/28. Ambas resoluciones reafirman que la práctica de los desalojos forzados es una grave violación de los derechos humanos y, en particular, del derecho a una vivienda adecuada.

¹²¹ De acuerdo con la legislación de Kenia, las autoridades publicaron la notificación 239/1973 en Kenya Reserve para declarar la creación de la "reserva de caza del lago Hannington". La notificación en el boletín oficial (*Gazette* 270/1974) se publicó, para revocar la notificación anterior y cambiar el nombre de la reserva de caza, el 12 de octubre de 1974: "el área seleccionada en el plan anterior para ser una reserva de caza llamada reserva de caza del lago Bogoria."

¹²² Véase sección 3(2) para las secciones pertinentes de la WAPA. La sección 3(2) fue posteriormente revocada el 13 de febrero de 1976 por la S.68 de la Ley sobre la conservación y gestión de la vida silvestre.

¹²³ Véase sección 3(20) de la WAPA, que no permitía al Ministro de Kenia para el Turismo y la Vida Silvestre desalojar a los ocupantes.

¹²⁴ Véase párrafo 3.3.3 del informe del Estado demandado sobre el fondo.

¹²⁵ Véase nota 125.

¹²⁶ El proceso de esta "separación" de tierras en fideicomiso bajo la sección 117 o 118 de la Constitución se recoge en la Ley de tierras en fideicomiso. Las secciones 13(3) y (4) de la Ley exigen la publicación en relación con la s.117 de la Constitución, y las secciones 7(1) y (4) lo hacen en relación con la sección 118 de la Constitución.

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

¹²⁸ Véase caso de *Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C número 121, párrafo 86 y *Caso de las hermanas Serrano Cruz*, párrafo 133.

¹²⁹ Véase caso de la comunidad indígena *Yakye Axa*, párrafo 149.

¹³⁰ De hecho, en el párrafo 140 del caso *Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa contra Paraguay*, la Corte Interamericana recalca que: "Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado firmado entre Alemania y Paraguay, pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes "por causa de utilidad o interés público", lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte

considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.”

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

¹³² *Dogan contra Turquía* (2004), párrafo 154.

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

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

¹³⁵ *Ibid.* Artículo 3.

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

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

¹³⁸ *Ibid.* p.20.

¹³⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, supra n. 47.

¹⁴⁰ *Ibid.* énfasis añadido.

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

¹⁴² Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Africana sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas (2005), p. 20. [énfasis añadido]

¹⁴³ Véase Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, Artículo 4(2): Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres; CEDR,

Recomendación General XXIII, Artículo 4(e): Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma; Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 15(3).

¹⁴⁴ Véase declaración del Sr. Sha Zukang Vicesecretario General para Asuntos Económicos y Sociales y Coordinador del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo ante la Tercera Comisión de la Asamblea General sobre el tema “Cuestiones indígenas”, Nueva York, 20 de octubre de 2008.

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

¹⁴⁶ Véase caso de la comunidad indígena *Yakye Axa*, y caso de la comunidad indígena *Sawhoyamaxa*.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Véase caso de la comunidad indígena *Yakye Axa*, párrafos 144*145 citando (*mutatis mutandi*) caso de *Ricardo Canese contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C número 111, párrafo 96; *Caso de Herrera Ulloa contra Costa Rica. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C número 107, párrafo 127, y *Caso Ivcher Bronstein contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C número 74, párrafo 155. Véase también, caso de la comunidad indígena *Sawhoyamaxa*, párrafo 137

¹⁴⁹ Caso Ogoni (2001), párrafos 56*58.

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

¹⁵¹ Arjun Sengupta, “The Right to Development as a Human Right,” Francois*Xavier Bagnoud Centre Working Paper No. 8, (2000), página 8, disponible en http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/working_papers.htm 2000.

¹⁵² Antoanella*Iulia Motoc y la Fundación Tebetbba, Documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales, que sirva de marco para la redacción de



un comentario jurídico sobre este concepto por parte del Grupo de Trabajo, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 (2004), para. 14 (a).

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

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

¹⁵⁵ Véase Doc. ONU E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11), (20^a sesión, 1999), párrafo 13, y Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.7 en 117. El derecho al agua (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (29^a sesión 2002), párrafo 16. En estos documentos se argumenta que en el caso de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y el uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en ellas están estrechamente vinculados con la obtención de alimentos y el acceso al agua potable. En este sentido, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales se ve amenazado y, así, sus posibilidad de acceder a los medios para obtener alimentos y agua limpia.

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

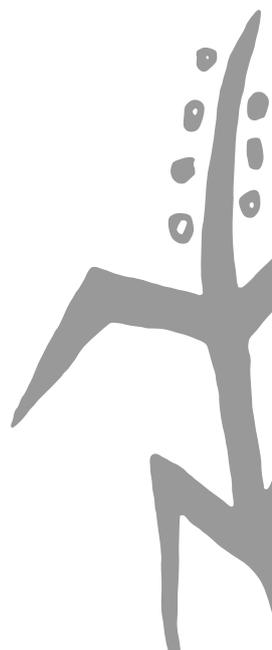
¹⁵⁷ En *Mary y Carrie Dann contra EE.UU.* La Comisión IDH señaló que convocar reuniones con la comunidad después de 14 años de que hubieran comenzado los procedimientos para la extinción del título no era participación ni previa ni efectiva. Un proceso de consentimiento plenamente informado "requiere como mínimo que todos los miembros de la comunidad estén plena y correctamente informados de la naturaleza y consecuencias del proceso y se les proporcione una oportunidad eficaz de participar individualmente o como colectivos." *Mary y Carrie Dann contra EE.UU.* (2002).

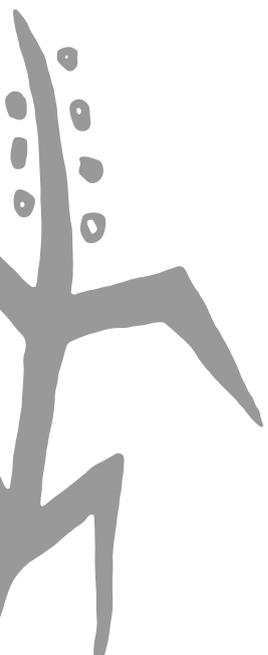
¹⁵⁸ [Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. Doc ONU E/CN.4/2003/90].

¹⁵⁹ El CEDR ha observado que "[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los

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

¹⁶⁰ Declaración sobre el derecho al desarrollo, Artículo 3.





ASIA



Los pueblos indígenas de Asia y los tribunales

Por Binota Moy Dhamai y Patricia Borraz

Unos 260 millones de indígenas, de una población total estimada de 370 millones, viven en Asia, lo que supone unos dos tercios de los pueblos indígenas del mundo. Esta inmensa región presenta una enorme diversidad en términos de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y también en la percepción de esta cuestión.

Durante el largo proceso de elaboración y negociación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ('la Declaración'), los países asiáticos no se mostraron especialmente activos o participativos,¹ pero en las sucesivas votaciones del proceso, apoyaron masivamente la adopción de la Declaración: nueve países de Asia votaron a favor en el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006 y cuatro se abstuvieron, y solo Bangladesh y Bután se abstuvieron en la votación en la Asamblea General². Sin embargo, muchos países asiáticos niegan la existencia de pueblos indígenas dentro de sus fronteras nacionales, argumentando, por tanto, que la Declaración no es aplicable. En relación con otros instrumentos internacionales pertinentes, solo un país ha ratificado el Convenio número 169 de la OIT (Nepal en 2007), mientras que tres son partes del Convenio número 107 (India, Pakistán y Bangladesh). No es de extrañar que el derecho internacional de derechos humanos no juegue un papel particularmente importante en el marco legal o judicial de los países de Asia, teniendo además en cuenta el escaso número de ratificaciones de las convenciones y tratados internacionales de derechos humanos en la región.

El reconocimiento legal y el estatus reconocido a los pueblos indígenas en la región varían

1 Alexandra XANTHAKI. (2003). 'Land rights of Indigenous Peoples in South East Asia'. Melbourne Journal of International Law, Vol. 4. Melbourne.

2 Votación en el CDH: a favor: Asia (9): China, Indonesia, India, Japón, Malasia, Pakistán, Sri Lanka y Corea del Sur. Abstenciones: Bangladesh, Filipinas. 21 países de Asia votaron a favor de la resolución de posposición de Namibia en la Tercera Comisión. En la Asamblea General, todos los países asiáticos votaron por la adopción salvo por las dos abstenciones mencionadas. Victoria TAULI CORPUZ. 'How the UN Declaration on Indigenous Peoples got adopted' in (2007) UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Tebtebba, Baguio City y Mattias AHRÉN. 'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – how was it adopted and why is it significant?' in H. MINDE; A. EIDE; AHRÉN, M. (2007) The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. What made it possible? The work and process beyond the final adoption. Gáldu Cála No.4/2007. Kautokeino.

de país a país³. En algunos países, se les concedió un estatus legal especial en tiempos coloniales, como en Bangladesh, India, Indonesia, Malasia o Myanmar y esto se reflejó después en algunas constituciones y legislación. Por ejemplo, la Constitución de la India (1950) reconoce a las Tribus Registradas y la Constitución de Malasia (1957) incorpora disposiciones especiales para los nativos de Sabah y Sarawak, incluido el reconocimiento del derecho nativo consuetudinario⁴. La Constitución de Pakistán (1973) reconoce áreas tribales de administración federal y provincial. La Constitución de Filipinas (1987) reconoce a los pueblos indígenas y la Constitución provisional de Nepal (2006) se refería a las nacionalidades indígenas.

El reconocimiento del estatus de los pueblos indígenas como tales es todavía una cuestión compleja en la región. En muchos países se les considera minorías étnicas y se les da un tratamiento legal similar al de otros grupos minoritarios, como en China, Vietnam, la República Popular Democrática de Laos o Tailandia. En otros países, aunque no se reconoce a los pueblos indígenas como tales explícitamente, se les concede un estatus legal diferente, como en Malasia. En Nepal se les denomina nacionalidades indígenas, mientras que en la India son tribus registradas y también se les llama *adivasi* (primeros pobladores). Japón ha reconocido recientemente a los *ainu* como un pueblo indígena. Algunos de los términos locales utilizados para referirse a los pueblos indígenas tienen connotaciones denigrantes, como bárbaros, primitivos, incivilizados o atrasados⁵.

En algunos casos, existe legislación especial, como la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas (1997)⁶, o la Ley de la Fundación Nacional de Nepal para el desarrollo de las nacionalidades indígenas (NFDIN, 2002)⁷. Algunas leyes

“El reconocimiento del estatus de los pueblos indígenas como tales es todavía una cuestión compleja en la región. En muchos países se les considera minorías étnicas”

3 Véase General considerations on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples in Asia. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15/Add.3. El Relator Stavenhagen visitó Filipinas en 2002 (E/CN.4/2003/90/Add.3). El Relator Anaya visitó Nepal (A/HRC/12/34/Add.3) en 2008. Un comentario sobre los marcos legales y constitucionales sobre pueblos indígenas en algunos países de Asia en Raja Devashis ROY; John HERNRIKSEN. (2010). Inclusion of Indigenous Peoples' rights in the new Constitution of Nepal y Addendum: Relevant Constitutional provisions in other countries and safeguards on indigenous peoples' rights in other laws. Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en http://ca.archives.ncf.org.np/files/CFRDP_Committee.pdf

4 Sobre el derecho nativo consuetudinario y el pluralismo legal en la región, véase en general Marcus COLCHESTER; Sophie CHAO (Eds.) (2011) *Divers Paths to Justice. Legal pluralism and the rights of indigenous peoples in Southeast Asia*. FPP y AIPP. Chiang Mai. Also *Development and Customary Law, Asuntos Indígenas* 1 2/10. IWGIA, Copenhagen. Raja Devashis ROY (2005) *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*. Minority Rights Group International. Londres.

5 (2010) *Who are we. Indigenous Peoples in Asia*. AIPP / IWGIA. Chiang Mai.

6 Véase XANTHAKI (2003).

7 Otras leyes nepalíes contienen disposiciones sobre los Adivasi Janajati. Véase A/HRC/12/34/Add.3, párrafo 2.



nacionales incorporan disposiciones especiales en relación con los derechos de los pueblos indígenas, como la Ley de tierras de Camboya (2001), sobre los derechos comunitarios a la tierra⁸. La Ley de tierras de 2003 de Vietnam incluye la categoría de tierras comunitarias, lo que da a los pueblos indígenas la posibilidad de solicitar títulos sobre sus tierras ancestrales y derechos forestales, aunque restan algunas dificultades de interpretación de ciertas disposiciones de la ley. En 2006, tras masivas protestas de los *adivasi* y de habitantes de los bosques, India adoptó la Ley sobre tribus registradas y otros habitantes tradicionales de los bosques (reconocimiento de derechos forestales), garantizando derechos a los habitantes de los bosques, incluido el derecho a poseer tierras en los bosques para vivienda y cultivos de autoconsumo y el derecho de acceso a los recursos forestales y a participar en las actividades de conservación.⁹ La aplicación de los aspectos positivos de estas leyes sigue siendo un desafío. En términos generales, la protección de los derechos indígenas a sus tierras y recursos ha sido ignorada frente a los duros programas de 'desarrollo' de los estados asiáticos.¹⁰

Además de la falta de reconocimiento como pueblos, las graves violaciones de los derechos humanos individuales y colectivos fundamentales de los indígenas son habituales en la región. La pérdida de tierras y recursos se produce a una escala masiva,¹¹ junto con las restricciones de los usos y actividades tradicionales, como en el conocido caso de la agricultura de roza. El racismo y la discriminación son una seria preocupación.¹² El realojo forzoso, desplazamientos y programas de trasmigración siguen produciéndose. La

8 Véase (2006) Perspectives from communities in Bolivia, Cambodia, Cameroon, Guatemala and Nepal. Indigenous Peoples and the Millenium Development Goals. Pro ILO 169. Ginebra. (2012) The rights of Indigenous peoples in Cambodia. Report to the UNCERD submitted by Indigenous People NGO Network, NGO Forum on Cambodia y AIPP (2012) Indigenous Peoples and Corporate Accountability in the ASEAN. AIPP, IWGIA Chiang Mai. En Camboya, el sub decreto para la aplicación de la ley establece un proceso tan largo y burocrático que prácticamente inutiliza la ley. Una situación similar se da en Filipinas, donde 'the Indigenous Peoples Rights Act (1997), recognizes indigenous peoples' rights over their ancestral lands and territories, and incorporates a process of demarcation and titling through the granting of Certificates of Ancestral Domain Titles (CADT). In the last six years, more than 670 CADT applications have been submitted. With an average of 4.5 titles issued per year, it has been estimated that the National Commission on Indigenous Peoples will take almost 25 years to issue titles in response to existing applications. Among the reasons of the slowness of the titling process, the existence of overlap between ancestral domain areas and existing leases for mining, agroforest, logging activities and pasture lands has been noted'. (STAVENHAGEN, E/CN.4/2003/90/Add.3, para 14).

9 Un comentario crítico de la Ley de Bosques de la India de 2006 en: 'Illusion or solution?' en Indigenous Rights Quarterly. Vol 23, Julio-Diciembre 2006. Asian Indigenous and Tribal Peoples Network. New Delhi. (2012) India and the Rights of Indigenous Peoples. AIPP. Chiang Mai. Véanse también los capítulos 6, 7 y 8 de Jayantha PERERA (Ed.).(2009) Land and Cultural Survival. The communal land rights of indigenous peoples in Asia. Asian Development Bank. Manila.

10 El RE Stavenhagen investigó esta cuestión en su visita a las Filipinas (véase E/CN.4/2003/90/Add.3). Para una perspectiva general, AIPP (2012) y PERERA (2009), entre otros. También acontecimientos anuales por país en El Mundo Indígena, IWGIA, Copenhague.

11 XANTHAKI (2003); PERERA (2009); Christian ERNI (Ed.) (1996) Vines that won't bind. Indigenous Peoples in Asia. IWGIA. Copenhague.

12 Véase Suhas CHAKMA. 'Behind the bamboo curtain: racism in Asia', en Suhas CHAKMA; Marianne JENSEN (2001) Racism against indigenous peoples. IWGIA Documento número 105. IWGIA.

violencia contra personas indígenas y defensores de derechos humanos es también común. La situación especialmente difícil de las mujeres indígenas ha sido subrayada por muchas agencias y organismos de la ONU, incluido el Relator Especial, y por las organizaciones indígenas.

La falta de una estructura regional de derechos humanos, como la que existe en otras regiones, ha sido identificada como un obstáculo para avanzar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Asia. Actualmente se está consolidando, en parte de la región, una estructura regional con el lanzamiento de la Comunidad ASEAN dentro de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.¹³ Bajo su pilar de política y seguridad, en 2009 se estableció la Comisión Intergubernamental sobre Derechos Humanos de la ASEAN. En la 21ª Cumbre de ASEAN, en noviembre de 2012, se ha adoptado una polémica Declaración de los Derechos Humanos de ASEAN.¹⁴ Los pueblos indígenas de la región están preocupados por cómo se han ignorado sus derechos en todo el proceso y en sus resultados.¹⁵

En ausencia de una legislación adecuada y debido también a la falta de aplicación de las regulaciones positivas existentes, los tribunales nacionales han tenido, en algunos países de Asia, un papel importante en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sobre sus tierras y bosques tradicionales y otros derechos humanos fundamentales.

Sin embargo, al examinar los razonamientos de los tribunales, es obvio que el derecho internacional de derechos humanos referido a los derechos de los pueblos indígenas no están jugando un rol muy destacado en el ámbito judicial. Las editoras no consiguieron encontrar un solo ejemplo en el que se mencionase la Declaración en el razonamiento de las sentencias, aunque, por supuesto, la búsqueda no fue exhaustiva. La referencia al marco internacional general de derechos humanos es también muy débil. Finalmente, decidimos incluir dos sentencias teniendo en cuenta su fecha (lo más recientes posible y posteriores a la Declaración), el tema y la fundamentación del juez. El lector puede extraer sus propias conclusiones.

Copenhague. Victoria TAULI CORPUZ. (2010). 'The Resistance of the Indigenous Peoples in Asia against Racism and Racial Discrimination' Asuntos Indígenas 43. IWGIA. Copenhague.

13 <http://www.asean.org/> Los Estados Miembros de ASEAN son: Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, RPD de Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Viet Nam.

14 <http://www.asean.org/news/asean%20statement%20communiques/item/asean-human-rights-declaration>. En relación con el derecho internacional de derechos humanos, la Declaración afirma: All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds. (Artículo 7)

15 Véase <http://www.aippnet.org/home/statement/1075%20indigenous-peoples-statement-on-the-asean>*

“En términos generales, la protección de los derechos indígenas a sus tierras y recursos ha sido ignorada frente a los duros programas de ‘desarrollo’ de los estados asiáticos”

Los casos: adivasi en la India

El caso *Kailash y otros contra el Estado de Maharashtra* (2010) refleja algunos de los problemas mencionados anteriormente: el racismo y la discriminación y la situación de las mujeres indígenas. En el contexto de la publicación, muestra también el marco legal y mental del estamento judicial cuando se refiere a las cuestiones indígenas, aún muy lejos del marco legal internacional de derechos humanos.

La sentencia nos fue sugerida y enviada por Binota Moy Dhamai, que contribuyó con el siguiente comentario:

La sentencia de la Corte Suprema de la India del caso Kailash y otros contra el Estado de Maharashtra, número 10367 de 2010 y apelación criminal número 62 de 1998,¹⁶ puede considerarse como una sentencia significativa contra la discriminación de los adivasi (pueblos indígenas) en India. Este juicio y sentencia no menciona ni se refiere a las disposiciones de la Declaración relativas a derechos humanos, no discriminación, igualdad y respeto a las normas y valores, pero supone un avance en la promoción, respeto y reconocimiento de los adivasi.

La víctima de este caso es una mujer joven de nombre Nandabai, de 25 años, perteneciente a la tribu bhil, que es una tribu registrada en el Estado de Maharashtra, India. Los acusados le golpearon con pies y puños y la desnudaron, rasgando su blusa y ropa interior, y luego la exhibieron desnuda en la carretera de la población mientras la golpeaban e insultaban.

El caso de la acusación señala que la víctima Nandabai residía con su padre, hermano discapacitado y hermana demente. Mantenía relaciones ilícitas con Vikram, había dado a luz a su hija y estaba embarazada de él por segunda vez. Vikram pertenece a una casta superior y su familia estaba acordando su boda con una mujer de su misma casta. El 13 de mayo de 1994, sobre las 5 pm., cuando la víctima Nandabai estaba en su casa, los cuatro acusados se presentaron en la misma, le preguntaron por qué mantenía relaciones ilícitas con Vikram y comenzaron a golpearla a puñetazos y patadas. Los acusados Kailas y Balu le sujetaron los brazos y el acusado Subabai le quitó el sari. El acusado Subash le quitó las enaguas y el acusado Subabai le rasgó la blusa y ropa interior. Después, los acusados Subabai y Balu la pasearon por la carretera de la población, mientras los cuatro acusados golpeaban e insultaban a la víctima.

El aspecto positivo de esta sentencia es que los jueces del Tribunal Supremo han subrayado la injusticia, discriminación, marginación y privación históricas sufridas por las comunidades indígenas, señalando que "los bhil son probablemente los descendientes de algunos de los habitantes originarios de la India, que vivían en diferentes áreas del país, en particular en el sur de Rajastán, Maharashtra, Madhya Pradesh etc. Son, sobre todo, tribales que han conseguido preservar muchas de sus costumbres tribales a pesar de sufrir opresión y atrocidades de otras comunidades".

humanrightsdeclaration sobre la posición del Pacto de los Pueblos Indígenas de Asia (AIPP) sobre la Declaración. También, (2010) ASEAN's Indigenous Peoples. AIPP, IWGIA, Asia Forum. Chiang Mai.

¹⁶ Corte Suprema de la India, Jurisdicción de apelaciones de lo criminal, apelación número 11/2012, de la petición especial número 10367 de 2010. La apelación se presenta contra el veredicto y sentencia de

Esta sentencia también señala la ignorancia existente entre la mayoría de la población sobre los pueblos indígenas, ya que el caso se describe en la sentencia como "... un típico ejemplo de cómo mucha de nuestra población en India ha tratado a los tribales (tribus registradas o adivasi), que son probablemente los descendientes de los habitantes originarios de la India, pero ahora constituyen solo aproximadamente el 8% de la población total y son una de las comunidades más marginadas y vulnerables de la India, caracterizada por altos niveles de pobreza, analfabetismo, desempleo, enfermedades y falta de tierras".

Por otro lado, la Constitución de la India otorga igual respeto a todas las comunidades y garantiza a todos los ciudadanos la igualdad (artículos 14 a 17), la libertad de expresión (artículo 19), la libertad (artículo 21), la libertad de credo (artículo 25), entre otras cosas. La misma legislación nacional recoge derechos fundamentales como ciudadanos para todos, sin que pueda haber discriminación.

India votó a favor de la adopción de la Declaración. Aunque esta sentencia no se refiere explícitamente a las disposiciones de la Declaración, podría utilizarse como uno de los ejemplos positivos al considerar el reconocimiento de la injusticia, discriminación, falta de reconocimiento y marginación históricas contra los pueblos indígenas en la India. Esta sentencia trata de las disposiciones de la Declaración y de otros derechos fundamentales en el marco constitucional nacional. Se desestimó el caso al reconocer la presencia de esta comunidad indígena como habitantes originarios que deben ser respetados y que habitualmente no estafan, mienten y cometen otras faltas como lo hacen los no indígenas.

Con este contexto, la sentencia puede considerarse ejemplar para el movimiento de los pueblos indígenas en la India y para su promoción, protección, respeto y reconocimiento.

Los casos: Sarawak, Malasia

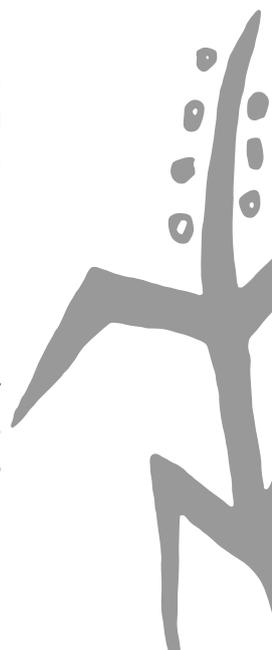
Malasia es un estado federal con una población total de unos 28,6 millones de habitantes, de los que el 12% son indígenas, y compuesto de tres regiones: la Península Malaya y los Estados de Sabah y Sarawak, en la isla de Borneo.

Malasia solo ha ratificado dos de los tratados internacionales de derechos humanos fundamentales: la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de los Derechos del Niño, con reservas.¹⁷ Malasia es Parte del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

10.03.2010 de la apelación número 62 de 1998 emitidos por el juzgado de Aurangabad del Tribunal Superior de Bombay.

17 Véase Comisión de Derechos Humanos de Malasia, SUHAKAM Report for the Universal Periodic Review on Malaysia, 4th session, February 2009. La situación de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas varía entre la Malasia continental y los estados de Sabah y Sarawak. Sobre los oran asli, o

“Este juicio y sentencia supone un avance en la promoción, respeto y reconocimiento de los adivasi”



La Constitución Federal de Malasia de 1957 (y sus enmiendas)¹⁸ afirma que es responsabilidad del Rey de Malasia salvaguardar la especial posición de los malayos y de los nativos de Sabah y Sarawak (artículo 153(1)) y recoge disposiciones de acciones afirmativas con la reserva de cuotas en el servicio público, la educación y en los permisos y licencias para actividades comerciales y empresariales. El artículo 161A se refiere a la especial protección de los nativos de Sabah y Sarawak, dándoles un trato preferente frente a la confiscación de tierras por el Estado. Las costumbres nativas se reconocen como parte de las leyes de Malasia (artículo 160(2)). Los Estados de la Federación tienen jurisdicción sobre las tierras, bosques, pesca, agricultura, minerales, recursos hídricos y las autoridades locales.

El pluralismo legal es un rasgo importante del sistema legal malayo, que reconoce el derecho positivo, el derecho común y el derecho consuetudinario (adat). Sin embargo, hay muchas limitaciones en el reconocimiento del derecho consuetudinario, ya que se le suele atribuir una jerarquía inferior a la legislación estatal y federal (por ejemplo, los derechos nativos consuetudinarios sobre la tierra pueden extinguirse a través de un acto administrativo, siempre que haya una compensación) y también debido a la naturaleza compleja y holística del adat, que se ha visto limitada y dañada al ser codificado e incorporado en estructuras administrativas.¹⁹

A pesar de una legislación positiva, la situación de los pueblos indígenas en Malasia es muy preocupante, en particular en relación con la pérdida de sus tierras y recursos. La Comisión Nacional de Derechos Humanos de Malasia (SUHAKAM) ha emprendido una encuesta nacional sobre los derechos a las tierras de los pueblos indígenas en el país que se hará pública en breve.²⁰

En el Estado de Sarawak,²¹ se utilizan los nombres orang ulu o dayak como términos colectivos para referirse a los aproximadamente 28 grupos étnicos distintos en el Estado, aproximadamente la mitad de una población de 2,3 millones de personas.²² El Gobierno estatal tiene el deber de salvaguardar la especial posición de los nativos (artículo 39 de la

indígenas de la península, véase Colin NICHOLAS (2000) *The Orang Asli and the contest for resources. Indigenous politics, development and identity in Peninsular Malaysia*. IWGIA Documento número 95. IWGIA / Center for Orang Asli Concerns. Copenhagen. Colin NICHOLAS; Tjah YOK CHOPIL; Tiah SABAK (2003) *Orang Asli Women and the Forest*. Center for Orang Asli Concerns. Subang Jaya.

18 La Constitución Federal de Malasia divide la autoridad constitucional entre la federal y las legislaturas y gobiernos de los 13 estados. La Constitución incorporó disposiciones especiales de protección para los nativos de los Estados de Sabah y Sarawak cuando estos Estados se unieron a la Confederación en 1971. Pero los orang asli de la península no han tenido una protección constitucional positiva más allá que la protección general de los derechos de propiedad del artículo 13, el reconocimiento del adat y el derecho de igualdad/no discriminación. (XANTHAKI, 2003).

19 Jannie LASIMBANG. (2010) 'Indigenous Peoples and Customary Law in Sabah' *Indigenous Affairs*, 1* 2/10. IWGIA. Copenhagen; SUARAM (2009) *Human Rights Report 2008, 'Adat and Human Rights in Sarawak'* www.suaram.net. Véase también ROY (2005) and COLCHESTER (2011).

20 Portal Oficial de la Encuesta Nacional en <http://www.suhakam.org.my/web/682315/1>. Véase también el documento de antecedentes preparado por la Doctora Ramy Boulan sobre la situación general.

21 La SUHAKAM ha publicado un exhaustivo estudio de la doctora Bulan sobre los derechos de los nativos de Sarawak: Ramy BULAN; Amy LOCKLEAR (2009) *Legal perspectives on native customary land rights in*

Constitución de Sarawak). El Código de Tierras de Sarawak (1958) es la principal ley sobre tierras de Sarawak. Su sección 2(a) define 'título consuetudinario nativo' como 'tierra en la que se han creado legítimamente derechos nativos consuetudinarios, sean comunitarios o de otro tipo y que todavía subsisten como tales, antes del 1 de enero de 1958.' La sección 5 reconoce que las tribus, grupos, familias o individuos indígenas pueden generar derechos nativos consuetudinarios. Las secciones 5(3), (4) y 15 se refieren a las compensaciones por la adquisición de tierras sujetas a derechos nativos consuetudinarios, aunque sea por causa de bien público, y señala que los nativos pueden pedir mediación y acceso a los tribunales para la protección de sus tierras nativas consuetudinarias (artículos 5, 15, 18, 18A). Sarawak tiene un sistema de tribunales nativos estipulado en la Ordenanza sobre Tribunales Nativos de 1992.

A pesar de este marco legal, la pérdida de las tierras consuetudinarias nativas se está produciendo a gran velocidad, especialmente debido a concesiones madereras y para grandes proyectos de infraestructuras que suponen la desposesión de tierras y recursos además de realojos y desplazamientos forzosos.²³ Las plantaciones de palma africana y similares mega proyectos están en expansión sobre las tierras de los indígenas dayak.²⁴ Sus derechos sobre tierras y recursos no son los únicos que se ven afectados en Sarawak. Por ejemplo, las violaciones de derechos humanos de mujeres y niñas penan vinculadas a las empresas madereras son una grave preocupación desde hace años.

En este contexto, los tribunales han jugado un papel muy relevante para hacer avanzar los derechos de los pueblos indígenas. A la vez que el Gobierno hace todo lo posible para debilitar los derechos nativos consuetudinarios sobre las tierras, los tribunales han ido reafirmando estos derechos. Aunque los procesos judiciales suelen ser costosos y lentos, las comunidades indígenas de Sarawak están acudiendo cada vez más a los tribunales para demandar al Gobierno y a sus agencias y a las compañías privadas por la violación de sus derechos nativos consuetudinarios.

Los tribunales de Malasia han sentenciado y afirmado explícitamente que los derechos nativos consuetudinarios sobre las tierras de los pueblos indígenas en Sarawak han sobrevivido a todas las ordenanzas y leyes sobre tierras. Han apoyado la existencia de derechos nativos incluso cuando no hay un reconocimiento legal formal.²⁵ Han afirmado

Sarawak. SUHAKAM, Doc. SHM.NCLR/2/08. Kuala Lumpur. La doctora Bulan comenta los principales procesos en los tribunales sobre el tema.

22 Annie LASIMBANG (2010) 'Transmitting indigenous knowledge on traditional livelihoods to younger generations in Malaysia', en (2010) Traditional Livelihoods and Indigenous Peoples, AIPP, Chiang Mai

23 Sobre el impacto de la industria maderera, véase Carol YONG. (2010) Logging in Sarawak and the rights of Sarawak's indigenous communities. JOANGO HUTAN, IDEAL. También el capítulo 5 en PERERA (2009) 'Land development policies and the impoverishment of indigenous peoples in Sarawak, Malaysia.'

24 M. COLCHESTER; T. JAOLG; W. MENG CHUO. (2012) Sarawak: IOI Pelita and the community of Long Teran Kanan. Publicación previa para distribución pública. Septiembre de 2012.

“A pesar de una legislación positiva, la situación de los pueblos indígenas en Malasia es muy preocupante, en particular en relación con la pérdida de sus tierras y recursos”



también los derechos indígenas de propiedad sobre tierras y recursos²⁶ y su derecho a ejercer el derecho nativo consuetudinario sobre sus tierras por encima de cualquier otro interesado.²⁷

Las sentencias de los tribunales se han basado en las disposiciones constitucionales y legislativas y en el derecho común, considerando el reconocimiento de los derechos nativos como derecho común en los países de la Commonwealth. Han tomado también en consideración el derecho consuetudinario, aprovechando su reconocimiento constitucional. Han sido muy progresistas en relación con la evidencia para demostrar derechos nativos consuetudinarios, permitiendo que la historia oral pueda considerarse como prueba y no exigiendo los mismos niveles de evidencia que se exigen en otras jurisdicciones.²⁸ También han demostrado flexibilidad en términos de no vincular el estatus nativo con el mantenimiento de las prácticas 'tradicionales'.²⁹

El caso que incluimos en esta sección es uno de los más recientes fallados por la Corte Suprema de Sabah y Sarawak afirmando los derechos nativos consuetudinarios. Reitera muchos de los argumentos utilizados en los casos antes mencionados e incluye el marco de referencia legal que prefieren los tribunales malayos en su argumentación a favor de demandantes de derechos nativos consuetudinarios, es decir, la tradición legal británica del Privy Council desde Amoudu y las sentencias sobre derechos nativos de los tribunales de Australia, los Estados Unidos o Canadá. Un dato interesante en el contexto de esta publicación es que el juez David Wong cita al Juez Mokthar Sidin y el caso Adong³⁰ cuando señala el 'creciente reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los derechos humanos internacionales', pero no se menciona ningún tratado concreto de derechos humanos ni instrumento alguno sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hay todavía un largo camino por recorrer para que estos instrumentos se incorporen a la jurisprudencia sobre derechos indígenas en Malasia.

Binota Moy Dhamai es tripura (jumma) de las Colinas de Chittagong, en Bangladesh. Actualmente es Vicesecretario General y Representante Internacional del Foro de los Pueblos Indígenas de Bangladesh, conocido como el Adivasi Forum, una organización de base de los pueblos indígenas de Bangladesh. Es también miembro del Consejo Ejecutivo del Pacto de los Pueblos Indígenas de Asia (AIPP) con sede en Chiang Mai, Tailandia.

25 Sagong Tasi contra Negeri Kerajaan Sela Gor (2002)

26 Tribunal Supremo de Malaysia en Adong bin Kuwau contra Karajaan Negri Johor (1996)

27 Nor Anak Nyawai contra Borneo Pulp Plantation, Tribunal Supremo.

28 Paul G. MCHUGH. (2011) *Aboriginal title: the modern jurisprudence of tribal land rights*. Oxford University Press. Oxford, en especial el Capítulo 4: 'Aboriginal title in the new century and new contexts: fraternal impact, international influence'.

29 Un comentario completo de los juicios en Sarawak en BULAN (2009).

30 Véase nota 26.

CORTE SUPREMA DE LA INDIA. JURISDICCIÓN DE APELACIÓN PENAL.

**Apelación en lo Penal número 11/2011
(derivada de la petición de recurso
extraordinario número 10367 of 2010)¹**

**Demandantes: Kailas y otros
Demandado: Estado de Maharashtra TR.
Taluka P.S.**

SENTENCIA

1. Recurso concedido

2. Esta apelación se ha presentado contra la sentencia firme de 10/03/2010 en la demanda criminal número 62 de 1998 emitida por el juzgado de Aurangabad del Tribunal Supremo de Bombay.

3. Se ha escuchado a los abogados de los demandantes.

4. Esta apelación proporciona un típico ejemplo de cómo muchos de nuestros compatriotas en la India tratan a las personas tribales (tribus registradas o adivasis), que son posiblemente descendientes de los habitantes originarios de la India, aunque ahora constituyen solo alrededor del 8% de nuestra población total, y como grupo, son una de las comunidades más marginadas y vulnerables de la India, caracterizados por los altos niveles de pobreza, analfabetismo, desempleo, enfermedad y falta de tierras.

5. La víctima en el presente caso es una mujer joven Nandabai de 25 años de edad, perteneciente a la tribu bhil, que es un tribu registrada en Maharashtra, a la que las personas acusadas en el caso golpearon a puñetazos y patadas, desnudaron, después de rasgarle la blusa y ropa interior, y exhibieron desnuda en la carretera de una población, mientras la golpeaban e insultaban.

6. Los cuatro acusados fueron juzgados por el juez Ahmednagar el 5 de febrero de 1998 según las secciones 452, 354, 323, 506(2), junto con la sección 34, del Código Penal y sentenciados a seis meses de prisión y al pago de una multa de 100 rupias. Se les sentenció también a un año de prisión y a pagar una multa de 100 rupias por la ofensa punible según las secciones 354/34 del Código Penal. También se les juzgó por la sección 323/34 IPC y fueron sentenciados a tres meses de prisión y a pagar una multa de 100 rupias. Los acusados fueron también juzgados por la sección 3 de la Ley de Castas Registradas y Tribus Registradas (prevención de atrocidades) de 1989 y sentenciados a prisión por un año y a pagar una multa de 100 rupias.

6. Tras apelación ante el Tribunal Supremo, los acusados fueron declarados inocentes de la ofensa según la sección 3 de la Ley de Castas Registradas

y Tribus Registradas, pero se confirmaron las condenas según las disposiciones del Código Penal. Sin embargo, la parte de la sentencia relativa a las multas fue anulada y cada uno de los apelantes fue condenado a pagar una multa de solo 5.000 rupias a la víctima Nandabai.

7. El caso de la acusación es que la víctima Nandabai, que pertenece a la comunidad bhil, residía con su padre, un hermano discapacitado y una hermana deficiente. Tenía relaciones ilícitas con el testigo de la acusación Vikram y había dado a luz a su hija, y estaba también embarazada de él por segunda vez. Vikram pertenece a una casta superior y su familia había acordado su matrimonio con una mujer de su propia casta. El 13 de mayo de 1994, a las 5,00 pm aproximadamente, cuando la víctima Nandabai estaba en su casa, los cuatro acusados se presentaron allí y le preguntaron por qué mantenía relaciones ilícitas con Vikram, y comenzaron a golpearla con puñetazos y patadas. Entonces, los acusados Kailas y Balu le sujetaron las manos mientras el acusado Subabai @ Subhadra la despojaba del sari. El acusado Subhash le quitó sus enaguas y el acusado Subabai rasgó la blusa y ropa interior de la víctima Nandabai. Después, los acusados Subabai y Balu exhibieron a la víctima Nandabai por la carretera de la población mientras los cuatro acusados mencionados golpeaban e insultaban a la víctima Nandabai.

8. Alrededor de las 8,40 pm se presentó una denuncia en la Comisaría de Taluka y, tras investigación, se cumplimentó un informe de denuncia. Después de tomar testimonio, el juez sentenció a los acusados.

9. Como se ha mencionado anteriormente, la condena según las disposiciones del Código Penal se ha confirmado, pero la referida a la Ley de Castas Registradas y Tribus Registradas (prevención de atrocidades) de 1989 se ha desestimado.

10. Nos sorprende que la condena de los acusados bajo la Ley de Castas Registradas y Tribus Registradas (prevención de atrocidades) de 1989 se desestimara por las razones muy técnicas de que no se presentó el certificado de casta y no se realizó una investigación por un oficial de policía con el rango de vicesuperintendente de la Policía. Estas parecen ser las únicas razones técnicas, y no constituyen motivo para la declaración de inocencia, pero como esta parte de la sentencia del Tribunal Supremo no ha sido apelada, no entraremos en ella.

11. Sin embargo, no vemos motivo para oponernos a la sentencia del Tribunal Supremo que condena a los apelantes según diversas disposiciones del Código Penal y les impone una multa. De hecho, creemos que la sentencia fue muy leve considerando la gravedad de la ofensa.

12. Está el testimonio de la propia víctima

1 En la versión en inglés *Special Leave Petition*. Término específico del ordenamiento jurídico de la India. Se trata de la solicitud de un permiso especial al Tribunal Supremo para que acepte a trámite la apelación de la decisión de un órgano inferior.

Nandabai, y no vemos razón para no creerlo. Aunque muchos de los testigos se han vuelto hostiles, no vemos razón para no creer el testimonio de la víctima Nandabai. De hecho, el testigo Vikram apoyó el caso de la acusación en cierto modo. Ha aceptado su relación ilícita con la víctima Nandabai y ha admitido que tenía una hija con ella y que estaba embarazada de él por segunda vez. Aunque no apoyó el incidente, opinamos que la evidencia de Vikram, al menos en los puntos que admitió, corrobora la evidencia de la víctima Nandabai.

13. El testigo de la acusación Narendra Kalamkar ha probado la localización panchanama² (prueba 12). Declaró que la panchanama se hizo delante de la casa de la víctima, Nandabai. En el momento de la panchanama, Nandabai estaba acompañada por la policía y les había mostrado toda la zona, desde su casa hasta el lugar frente a la tienda del testigo Shankar Pawar. La Policía recogió las ropas desgarradas, entregadas por la testigo Nandabai. Había fragmentos de brazaletes en el suelo frente a la casa. No hay razón para no creer al testigo Narendra Kalamkar.

14. Parece que los acusados son personas poderosas en el aldea, dado que todos los testigos oculares se han vuelto hostiles, por miedo o por algún incentivo. Pero el testigo doctor Ashok Ingale, reconoció el certificado médico (prueba 26) y declaró que el cuerpo de la víctima presentaba dos contusiones.

15. Obligar a una mujer tribal a exhibirse en la carretera de la población en plena luz del día es una conducta vergonzosa, escandalosa y atroz. La deshonra de la víctima Nandabai exigía un castigo más duro, y nos sorprende que el Gobierno del Estado no presentara una apelación para aumentar la pena sentenciada por el juez.

16. Los apelantes alegan que las personas que pertenecen a la comunidad bhil van con las ropas rasgadas porque no tienen vestidos adecuados que ponerse. Esto demuestra, por sí mismo, la mentalidad de los acusados, que consideran a las personas tribales como inferiores o infrahumanas. Esto es totalmente inaceptable en la India moderna.

17. Los bhil son posiblemente los descendientes de algunos de los habitantes originarios de la India, que viven en distintas partes del país, especialmente en el sur de Rajastán, Maharashtra, Madhya Pradesh, etc. En su mayoría son tribales, y han conseguido mantener muchas de sus costumbres tribales a pesar de la opresión y las atrocidades que han sufrido por parte de otras comunidades.

18. Se afirma en el artículo *'World Directory of Minorities and Indigenous Peoples - India: Adivasis'*, que los bhil de Maharashtra fueron

perseguidos sin compasión durante el siglo XVII. Si se capturaba a un criminal y resultaba ser bhil, se le solía matar allí mismo. Los relatos históricos nos hablan de comunidades bhil enteras asesinadas y borradas del mapa. Por eso, los bhils se refugiaron en montañas y bosques.

19. Así que los bhil son seguramente descendientes de algunos de los habitantes originarios de la India, conocidos como 'aborígenes' o tribus registradas (adivasis), que actualmente suponen tan solo aproximadamente el 8% de la población de la India. El 92% restante de la población de la India consiste en descendientes de inmigrantes. Por tanto, India es en gran medida un país de inmigrantes, como Norteamérica. Consideremos este aspecto en mayor profundidad.

India es en gran medida un país de inmigrantes

20. Mientras que Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) es un lugar de nuevos inmigrantes, que llegaron sobre todo de Europa en los últimos cuatro o cinco siglos, India es un país de antiguos inmigrantes, donde la gente ha ido estableciéndose a lo largo de los últimos diez mil años aproximadamente. Probablemente, un 92% de los actuales habitantes de la India son descendientes de inmigrantes, que llegaron sobre todo del noroeste y, en menor medida, del noreste. Dado que este es un extremo de gran importancia para entender nuestro país, es necesario examinarlo con cierto detalle.

21. Las personas emigran desde lugares incómodos a lugares cómodos. Esto es natural, porque todos queremos vivir cómodamente. Antes de la llegada de la industria moderna había sociedades agrícolas por doquier, y la India era un paraíso para ellas porque la agricultura exige tierras llanas, suelos fértiles, mucha agua para el riego, etc., que eran abundantes en la India. ¿Por qué alguien que vive en la India emigraría a, digamos, Afganistán, que tiene un terreno abrupto, rocoso y montañoso y cubierto de nieve varios meses al año, durante los que no se puede cultivar nada? Así que casi todas las inmigraciones e invasiones vinieron del exterior hacia la India (salvo aquellos indios que fueron enviados al exterior bajo gobierno británico como trabajadores contratados y la reciente emigración de unos pocos millones de indios a los países desarrollados en busca de oportunidades de trabajo). No hay posiblemente ni un solo ejemplo de una invasión desde la India hacia el exterior.

22. India era un verdadero paraíso para las sociedades ganaderas y agricultoras porque tiene tierras llanas y fértiles, cientos de ríos, bosques, etc., y es rica en recursos naturales. Así que, durante cientos de años, siguió llegando gente a la India porque aquí encontraban una vida cómoda, en un país bendecido por la naturaleza.

23. Como escribió el gran poeta urdu Firaq Gorakhpuri:

2 Not. eds.: Panchanama: declaración de las personas presentes en el momento del arresto, búsqueda y captura.

"Sar Zamin*e—hind par
aqwaam*e*alam ke firaq
Kafile guzarte gae
Hindustan banta gaya"

que significa:

"A la tierra de Hind,
siguieron llegando
caravanas de pueblos del
mundo y la India iba
tomando forma".

24. ¿Quiénes fueron los habitantes originarios de la India? Hubo una época en que se pensó que los drávidas eran los habitantes originarios. Pero esta interpretación se ha visto considerable modificada posteriormente, y ahora la creencia generalmente aceptada es que los habitantes originarios de la India fueron los aborígenes pre*dravídicos, es decir, los antepasados de los actuales tribales o adivasis (tribus registradas). En este sentido, se dice en la *Historia de la India de Cambridge (Vol. I) India Antigua*, lo siguiente: "Debe recordarse, sin embargo, que cuando se utiliza el término 'drávida' en el sentido etnográfico, no es más que un término que resulta útil. No debe asumirse que los hablantes de lenguas dravídicas son aborígenes. Tanto en el sur de la India como en el norte, existe la misma distinción entre las tribus más primitivas de las montañas y junglas y los habitantes civilizados de las zonas fértiles, y algunos etnólogos sostienen que la diferencia es racial, y no el mero resultado de factores culturales. El señor Thirston, por ejemplo, señala: "son los aborígenes predrávidas, y no los posteriores y más cultos drávidas, quienes deben considerarse como la raza existente primitiva... Estos predrávidas ... se diferencian de las clases drávidas por su baja estatura y nariz ancha (platirrina). Hay razones sólidas para creer que los predrávidas están étnicamente relacionados con los vedda de Ceilán, los tala de las Célebes, los batin de Sumatra y, posiblemente, los australianos (*The Madras Presidency*, pp. 124*5)." Por tanto, parece probable que los hablantes originarios de las lenguas dravídicas fueran extranjeros, y que los drávidas desde un punto de vista etnográfico, sean una raza mixta. En las regiones más habitables, los dos elementos se han fusionado, mientras que los representantes de los aborígenes están todavía en los refugios (en montañas y bosques) a los que se retiraron frente a la invasión de los recién llegados. Si esta interpretación es correcta, debemos suponer que estos aborígenes, a lo largo de muchos años, han perdido sus antiguas lenguas y adoptado las de los conquistadores. El proceso de transformación lingüística, que aún puede observarse en otros lugares de la India, parece que se llevó a cabo más completamente en el sur que en otros lugares. La teoría de que el elemento dravídico es el más antiguo que podemos descubrir en la población del norte de la India debe también modificarse por lo que ahora sabemos de las lenguas munda, los representantes indios de la

familia de habla austroasiática, y las lenguas mixtas en las que se puede trazar su influencia (p.43). En este caso, según la información actualmente disponible, pareciera que el elemento austroasiático es el más antiguo, y que ha quedado sumergido, en las diferentes regiones, por oleadas drávidas e indoeuropeas sucesivas, por un lado, y por tibetano*chinas, por el otro. La mayoría de los etnólogos sostiene que no hay diferencias físicas entre los actuales hablantes de lenguas munda y dravídicas. Esta afirmación ha sido cuestionada pero, si es cierta, demuestra que las condiciones raciales se han vuelto tan complejas que ya no es posible analizar sus componentes. Solo la lengua ha preservado un registro que, de otro modo, se habría perdido. Al mismo tiempo, hay pocas dudas de que las lenguas dravídicas florecían en las regiones occidentales del norte de la India en la época en que las lenguas de tipo indoeuropeo se introducían, con las invasiones arias, desde el noroeste. Pueden encontrarse rasgos dravídicos tanto en el védico como en el sánscrito clásico, en los 'prakrits', o dialectos populares tempranos, y en las lenguas vernáculas modernas derivadas de ellos. Los estratos lingüísticos parece que tendrían, pues, este orden: austroasiático, drávida, indoeuropeo. Hay buenas razones, pues, para suponer que, antes de la llegada de los hablantes indoarios, predominaban las lenguas drávidas tanto en el norte como en el sur de la India; pero, como hemos visto, pueden descubrirse elementos más antiguos en las poblaciones de ambas regiones y, por tanto, la suposición de que los drávidas son los aborígenes no es ya sostenible. ¿Hay alguna evidencia que muestre de dónde vinieron hasta la India? No puede sostenerse ninguna teoría sobre su origen que no explique la existencia de Brahui, la gran isla de lengua dravídica en la región montañosa del lejano Beluchistán, cercana a las rutas occidentales de acceso a la India. ¿Es Brahui un resto superviviente de la inmigración de los pueblos de habla drávida a la India desde el oeste? ¿O marca los límites de una expansión desde la India hasta Beluchistán? Se han defendido ambas teorías. Pero, dado que todos los grandes movimientos humanos han sido hacia la India y no desde la India, y como parece probable que un remoto distrito montañoso retenga a los supervivientes de razas antiguas mientras que no parece probable que haya sido colonizado, a priori, la última teoría parecería, con mucho, la más probable." (véase 'Brahui' en Google).

25. En Google, en '*Los habitantes originarios de la India*', se menciona: "Algunos de los primeros antropólogos opinaban que los pueblos drávidas conformaban una raza distinta. Sin embargo, completos estudios genéticos han probado que ese no es el caso. Los habitantes originarios de la India pueden identificarse con los hablantes de las lenguas munda, que no está relacionadas ni con las lenguas indoarias ni con las drávidas."

26. Por tanto, la opinión hoy mayoritariamente aceptada es que los habitantes originarios de la



India no eran los drávidas sino los aborígenes munda predrávidas, cuyos descendientes viven actualmente en zonas de Chotanagpur (Jharkhand), Chattisgarh, Orissa, Bengala Occidental, etc., los toda de los Nilgiris en Tamil Nadu, los tribales de las islas de Andamán, los adivasi de diversas zonas de la India (especialmente bosques y montañas), como los gond, shantal, bhil, etc.

27. No es necesario que entremos en mayor detalle sobre esta cuestión, pero los hechos mencionados más arriba apoyan sin duda la opinión de que un 92% aproximadamente de las personas que viven en la India son descendientes de inmigrantes (aunque es necesaria más investigación).

28. Es por esta razón por la que existe tan tremenda diversidad en la India. Esta diversidad es un rasgo significativo de nuestro país y el único modo de explicarla es aceptar que la India es, en gran medida, un país de inmigrantes.

29. Hay muchas religiones, castas, lenguas, grupos étnicos, culturas, etc. en nuestro país, lo que se debe al hecho de que la India es un país de inmigrantes. Hay gente alta, baja, de compleción oscura o clara, con todo tipo de matices entre ellas, hay quienes tienen rasgos caucásicos, quien los tiene mongoloides, o negroides, etc. Hay diferencias en el vestido, en los hábitos de alimentación y en otras muchas cuestiones.

30. Podemos comparar la India con China, que es mayor tanto en población como en superficie terrestre. China tiene una población de unos 1.300 millones, mientras que nuestra población es de aproximadamente de 1.100 millones. Además, China es más del doble en extensión territorial. Pero todos los chinos tienen rasgos mongoloides, tienen una escritura común (chino mandarín) y el 95% de ellos pertenecen al mismo grupo étnico, llamado chino han. Por tanto, hay una gran homogeneidad, aunque no total, en China.

31. Por otro lado, como se ha dicho antes, la India tiene una tremenda diversidad, debida a las migraciones e invasiones a gran escala durante miles de años. Los diferentes inmigrantes / invasores que llegaron a la India trajeron consigo sus diversas culturas, lenguas, religiones, etc. lo que explica la tremenda diversidad de la India.

32. Dado que la India es un país de gran diversidad, es absolutamente esencial, si queremos mantener unido a nuestro país, que mantengamos la tolerancia y el mismo respeto hacia todas las comunidades y sectas. Gracias a la sabiduría de nuestros padres fundadores, tenemos una Constitución que es de carácter secular y que tiene en cuenta la tremenda diversidad de nuestro país.

33. Así que es la Constitución de la India la que nos mantiene unidos a pesar de toda nuestra tremenda diversidad, porque la Constitución concede igual respeto a todas las comunidades,

sectas, grupos lingüísticos y étnicos, etc. del país. La Constitución garantiza a todos los ciudadanos libertad de expresión (artículo 19), libertad religiosa (artículo 25), igualdad (artículos 14 al 17), libertad (artículo 21), etc.

34. Sin embargo, el reconocer la igualdad formal de todos los grupos y comunidades en la India no tendría como resultado una igualdad genuina. Los grupos históricamente marginados deben recibir una especial protección y ayuda, para que puedan salir de la pobreza y bajo estatus social. Es por esta razón por la que se han establecido disposiciones especiales en nuestra Constitución en los artículos 15(4), 15(5), 16(4), 16(4A), 46, etc. para la mejora de estos grupos. Entre estos grupos marginados, los que sufren mayores desventajas y marginación en la India son los adivasis (TR) que, como ya se ha mencionado, son los descendientes de los habitantes originarios de la India y son los más marginados y los que viven en la más terrible pobreza, con altas tasas de analfabetismo, enfermedad, mortalidad temprana, etc. Su tragedia ha sido descrita por esta Corte en **Samatha contra el Estado de Andhra Pradesh y otros** AIR 1997 SC 3297 (véanse párrafos 12 al 15). Por tanto, es el deber de todos los que aman a nuestro país asegurarse de que no se hace ningún daño a las tribus registradas y que se les brinda toda la ayuda para que mejoren en su situación económica y social, ya que han sido víctimas durante miles de años de terrible opresión y atrocidades. La mentalidad de nuestros compatriotas hacia los tribales debe cambiar, y deben respetarlos como merecen como habitantes originarios de la India.

35. La valentía de los bhil fue reconocida por el gran guerrero indio Rana Pratap, que tenía una gran opinión de los bhil que formaban parte de su ejército.

36. La injusticia que se ha hecho a los tribales de la India es un capítulo vergonzoso de la historia de nuestro país. A los tribales se les llamaba 'rakshas', demonios, 'asuras', y otras cosas. Muchos fueron masacrados, y los supervivientes y sus descendientes han sido degradados, humillados y víctimas de todo tipo de atrocidades durante siglos. Se les privó de sus tierras, y se les empujó hacia los bosques y las montañas, donde malviven en la pobreza, el analfabetismo, la enfermedad, etc. Y ahora hay personas que incluso quieren privarles de los bosques y montañas en los que viven y de los productos del bosque con los que sobreviven.

37. El ejemplo mejor conocido de la injusticia contra los tribales es la historia de Eklavya en el Adiparva del Mahabharata. Eklavya quería aprender a disparar con el arco, pero Dronacharya se negó a enseñarle, porque era de baja cuna. Eklavya entonces construyó una estatua de Dronacharya y practicó con el arco ante la estatua. Podría quizá haberse convertido en un arquero mejor que Arjun, pero como Arjun era el discípulo

favorito de Dronacharya, este le dijo a Eklavya que se cortase el pulgar derecho y se lo entregase como 'guru dalshina' (un regalo que tradicionalmente el estudiante entrega al maestro al completar sus estudios). En su simpleza, Ekalvya hizo lo que se pidió.

38. Este fue un acto vergonzoso de Dronacharya. Ni siquiera había enseñado a Eklavya, así que, ¿qué derecho tenía a pedir un 'guru dakshina', y encima el pulgar derecho de Eklavya, para que así nunca se pudiera convertir en un arquero mejor que su alumno favorito, Arjun?

39. A pesar de la horrible opresión sufrida, los tribales de la India han conservado (aunque no sea en todos los casos) un más alto nivel ético que los no tribales de nuestro país. Normalmente no timan, no mienten, ni cometen otras faltas que sí cometen los no tribales. Su carácter es normalmente superior al de los no tribales. Ya es hora de remediar la histórica injusticia contra ellos.

40. Ejemplos como el que nos ocupa en este caso merecen una total condena y un duro castigo.

41. Con estas observaciones, se desestima la apelación.

Juez Markandey Katju
Juez Gyan Sudha Misra
Nueva Delhi
5 de enero de 2011

MALASIA, CORTE SUPREMA DE SABAH & SARAWAK EN KUCHING

Partes:

Demandante: Mohamad Rambli Bin Kawi
Primer demandado: Superintendente de Tierras, Kuching
Segundo demandado: Gobierno del Estado de Sarawak

Cuestiones:

(1) Si la sección 5(3) y (4) del Código de Tierras es inconstitucional;

(2) Si el demandante había adquirido derechos nativos consuetudinarios (DNC) sobre las 5 parcelas de tierras o sobre parte de ellas;

(3) Si, dadas las circunstancias, el primer demandado actuó legalmente al rechazar la reclamación de DNC sobre dichas tierras o parte de ellas;

(4) Si el demandante tiene derecho a daños y perjuicios ejemplares.

Fecha de la sentencia: 30 diciembre de 2009

Juez: Su Señoría Juez David Wong Dak Wah

Representantes del demandante: Sr. See Chee How, Messrs Baru Bian & Co. Advocates, Kuching. **Representantes del demandado:** Sra. Kezia Norella Daim, Sra. Fam Boon Kim, Sra. Sabwati Balia, Sr. Joseph Chioh, Representante de la Oficina Legal del Estado, Kuching

JUICIO

Proceso:

El demandante solicita las siguiente medidas:

- i Una declaración de que el demandante ha adquirido derechos nativos consuetudinarios (DNC) sobre 51 parcelas de tierra;
- ii Una declaración de que este derecho prohíbe que los demandados puedan perjudicar o reducir los derechos del demandante;
- iii Una declaración de que las secciones 5(3) y (4) del Código de Tierras (Cap. 81) de Sarawak es inconstitucional;
- iv Además, o como alternativa, una declaración de que la carta de fecha 24 de abril de 2002 (llamada carta de rechazo) refiriendo las demandas del demandante a un mediador queda sin efecto;
- v Daños y perjuicios generales y ejemplares contra los demandados, que deberán estimarse;
- vi Pago de una tasa del 8% anual de intereses sobre la cifra de los daños y perjuicios desde la

fecha de la 'nota de extinción' hasta la fecha de la sentencia y su ejecución;
vii Cualquier otra orden o medida de desagravio que el juez considere justa y apropiada; y
viii La costas de este proceso.

Los demandados rechazan la demanda con el argumento de que el demandante no ha probado, más allá de toda duda, que hubiera adquirido derechos nativos consuetudinarios sobre las 51 parcelas de tierra.

Cuestiones:

Tras oír las evidencias y leer las alegaciones de los abogados, estoy de acuerdo en que las cuestiones en este caso, tal como señala el abogado de los demandados, son las siguientes:

(1) Si la sección 5(3) y (4) del Código de Tierras es inconstitucional;

(2) Si el demandante había adquirido derechos nativos consuetudinarios (DNC) sobre las 5 parcelas de tierras o sobre parte de ellas;

(3) Si, dadas las circunstancias, el primer demandado actuó legalmente al rechazar la reclamación de DNC sobre dichas tierras o parte de ellas;

(4) Si el demandante tiene derecho a daños y perjuicios ejemplares.

Antecedentes:

El demandante había adquirido derechos nativos consuetudinarios sobre 51 parcelas de tierras, por un total aproximado de 547,49 acres, en Loba Rambungan, Kuching, en virtud de "cuarenta y siete (47) Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (DNC) o cartas de cesión de tierra nativa consuetudinaria" firmadas por el demandante y los "respectivos propietarios originales" a cambio de "ciertas sumas de dinero". No se disputa que el demandante no adquirió las 51 parcelas de tierras de los poseedores originales de DNC sino de sus descendientes. No se habían emitido títulos para las 51 parcelas de tierra. Por la Directiva de Tierras (de Extinción de Derechos Nativos Consuetudinarios) (Área de Loba Rambungan) (número 105), 1999 ("la Directiva"), de fecha 18 de septiembre de 1999, emitida por el Ministro de Planificación y Gestión de los Recursos según la Sección 5(3) y (4) del Código de Tierras (Capítulo 81), a la entrada en vigor de dicha Directiva: "todos los derechos nativos consuetudinarios que pudieran reclamarse o que hayan subsistido sobre las tierras situadas a lo largo de Loba Rambungan y Sungai Selang Rambungan, Kuching, y la tierra que se posee en virtud de dichos derechos, revertirán al Gobierno de Sarawak". Las 51 parcelas de tierra estaban afectadas por dicha Directiva. Por tanto, todos los DNC sobre ellas

habían quedado extinguidos por la misma. El demandante había presentado una reclamación dentro del plazo prescrito de 60 días, pero fue rechazada por el primer demandado en una carta de fecha 24 de abril de 2002.

Cuestión número 1:
Si la sección 5 (3) y (4) del Código de Tierras es inconstitucional

He tratado este tema en el caso de *Jalang anak Paran y otros contra el Gobierno de Sarawak y otros* [2007] 1 MLJ 412 donde sostuve (p. 423):

“[12] Por tanto, la explicación es que, si existe legislación para extinguir los derechos nativos consuetudinarios, siempre que se produzca el pago de una compensación adecuada, tal legislación no es contraria a la Constitución. Por las razones anteriormente expuestas, sostengo que las secciones 5(3) y (4) del Código de Tierras de Sarawak no violan el artículo 5 de la Constitución Federal y, por tanto, son legalmente válidas.”

No encuentro razón para cambiar mi posición anterior. De hecho, el juez Dato Abdul Aziz en un caso posterior de *Bato Bagi & otros contra el Gobierno de Sarawak* (Suit No. 22(74) 2000—II) (sin informe), estuvo de acuerdo con mi opinión cuando afirmó que: “aunque el derecho común respeta la preexistencia de derechos según las leyes y costumbres nativas, tales derechos pueden conculcarse con un pronunciamiento claro y sin ambigüedades.”

Por lo tanto, rechazo el argumento de inconstitucionalidad.

Cuestión número 2:
Si el demandante había adquirido derechos nativos consuetudinarios (DNC) sobre las 5 parcelas de tierras o sobre parte de ellas

Aquí hay dos temas separados, a saber:

- a. Si el demandante había probado que los vendedores que le habían cedido su tierra vía “Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda” al demandante tenían derechos nativos consuetudinarios sobre las 51 parcelas de tierra
- b. Si la respuesta a la pregunta (a) es afirmativa, si el demandante podría haber adquirido DNC sobre las 51 parcelas de tierra por ‘serah’

Argumentación del demandante:

La esencia de la argumentación del demandante puede verse en su testimonio reflejado en sus declaraciones [...]¹. En breve, es como sigue. El demandante es de raza malaya y, por ley, considerado un nativo de Sarawak. En 1987

después de que sus parcelas de tierra fueran adquiridas por el Gobierno Estatal, hizo averiguaciones entre los habitantes de Kampung Loba sobre la situación de las tierras en Loba Rambungan con la intención de cultivarlas. Se le informó de que esas tierras eran propiedad de algunas familias de Kampung Loba en virtud de sus derechos nativos consuetudinarios sobre ellas. Se le informó también de que algunos habitantes estaban interesados en cederle sus tierras nativas consuetudinarias (TNC) a cambio de algo. El demandante estaba muy interesado en esas TNC ya que sabía que habría acceso por carretera a las mismas porque sus

parcelas de tierra, que estaban cerca de Loba Rambungan, habían sido adquiridas por el Gobierno Estatal para la construcción de una carretera. Encargó entonces a un tal Mustapha bin Lemam (ahora difunto) que demarcase las 51 parcelas de tierra [...]². Entre 1987 y 1989, el demandante hizo varios viajes a Kampung Loba para ver quién quería traspasarle sus TNC. A finales de 1990, el demandante había conseguido obtener 47 “Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (DNC)”, junto con el plan de la localidad lo que, en opinión del demandante, le hacía en efecto propietario de las 51 parcelas de tierra.

Para asegurarse de que las 47 “Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (DNC)” estaban en orden, el demandante se había dirigido al difunto Penghulu Sadam bin Hashim, quien tenía jurisdicción sobre la tierra en Loba Rambungan, para comprobar que las 51 parcelas de tierra eran realmente TNC y propiedad de los habitantes. El Penghulu Sadam le dijo que los habitantes de Kampung Loba tienen derechos nativos consuetudinarios sobre la tierra de Loba Rambungan y que fuera a ver al difunto Ketua Kaum Bujang bin Hassan, acompañado por su hijo, Mahlee @ Mahli bin Sadam (segundo testigo del demandante) para comprobar quiénes eran los propietarios de las tierras correspondientes. Mahlee era entonces Consejero del Consejo Rural de Distrito de Padawan. El demandante, junto con él, consultó al Ketua Kaum Bujang quiénes eran los verdaderos propietarios de las TNC. Tras las consultas, se firmaron las 47 “Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (DNC)” por parte del demandante y los correspondientes propietarios ante el difunto Ketua Kaum Bujang. El demandante también testificó que los impresos de “Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (DNC)” se obtuvieron en el Departamento de Tierras y Agrimensura y se le dijo también que aquellos eran los impresos adecuados para la cesión y transferencia de DNC entre los nativos de Sarawak.

El demandante también testimonia que es una práctica consuetudinaria malaya que la primera persona que ocupa un área para habitarla, cultivarla o, en general, para ‘cari makan’, tendría derechos nativos consuetudinarios sobre la tierra, y esos derechos pueden ser heredados por sus hijos o



parientes y pueden ser cedidos a otra persona nativa. También afirma que la raza malaya reconoce la práctica de la 'serah' como cesión de tierras. Esta afirmación la hace basándose en su propia experiencia y en el reconocimiento por el Penghulu o Ketua Adat de la comunidad malaya. Produjo además en el tribunal numerosos ejemplares de "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (DNC)" de sus tierras, de lo que se deducía que el Gobierno Estatal había aceptado la práctica al pagarle a él su compensación. También se apoyó en el documento escrito por el difunto James Jabing titulado *'Un estudio del concepto de Serah sobre las tierras nativas consuetudinarias en el contexto de la legislación y el adat'*.

La evidencia del demandante es sustancialmente corroborada por el testigo 2. Como su padre y abuelo, este testigo fue nombrado Penghulu por el Residente de la División de Kuching para el periodo 1995*2002, con jurisdicción sobre numerosas aldeas, incluidas Kampung Telaga Air, Kampung Trombol, Kampung Loba, Kampung Selang Kandong, Kampung Sibulaut y Kampung Loba Cermin, sucediendo a su padre, Sadam bin Hashim, que falleció en 1991. El testigo sirvió como Penghulu en funciones después del fallecimiento de su padre en espera de su nombramiento oficial por el Residente.

Como Penghulu, los deberes del testigo incluían, entre otros:

- (i) Representar a los pobladores bajo su jurisdicción en cualquier reunión o evento oficial organizado por el Gobierno de turno;
- (ii) Administrar y ejecutar los proyectos y políticas del Gobierno en el área de su jurisdicción; y
- (iii) Presidir en las disputas o casos presentados ante la Corte Nativa relativos a la comunidad malaya.

El testimonio del testigo confirmó básicamente las prácticas malayas de 'cari makan' y 'serah' en la reivindicación de derechos nativos consuetudinarios y en la transferencia de los mismos a otros nativos. Basó sus declaraciones sobre las costumbres malayas en su amplia experiencia y conocimientos, adquiridos de su padre y en su desempeño como Penghulu. También había asistido a numerosos seminarios organizados por la Oficina del Residente y por el Departamento de Tierras y Agrimensura sobre cuestiones de tierras y TNC entre los nativos, incluidos los malayos. También tenía muchos parientes que vivían en Kampung Loba, de ahí su conocimiento personal del Kampung. En lo que se refiere a Kampung Loba, hay muchos árboles 'bako' que se talan y venden para los hornos de carbón vegetal.

También confirmó que el demandante había empleado al difunto Mustapha bin Leman para demarcar las 51 parcelas de tierra y que visitó a su padre muchas veces en relación con esas tierras.

El demandante también llamó a declarar a dos de los 'vendedores', Awang Jamain bin Awang Sharom (testigo 3 del demandante) y Hazmi @ Muhaili bin Hassan, agricultor y pescador, (testigo 4 del demandante) para testificar sobre sus TNC. Ambos testigos eran nacidos y residentes en Kampung Loba y habían heredado las TNC de sus parientes. Ambos testificaron también que los derechos territoriales para los malayos se adquieren y crean por práctica consuetudinaria de 'cari makan' y 'serah'.

Como corroboración independiente de esta evidencia, el demandante llamó a un tal Sebi bin Masran (testigo 5 del demandante) para testificar sobre la práctica consuetudinaria de los malayos. El testigo 5 fue nombrado Penghulu por el periodo desde el 15 de junio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 2008, y no tiene interés o conexión con este caso dado que su jurisdicción era sobre las comunidades malayas de Kampung Sejingkat, Tg Bako y Kampung Muhibbah, Seberang Pending, Sepakat Jaya y Pingan Jaya. Testimonia que está muy familiarizado con la práctica tradicional de las comunidades en el área de Kuching. Este conocimiento procede de su propia experiencia personal como malayo, de haber asistido a muchas reuniones informativas organizadas por los diferentes departamentos gubernamentales, y por su trabajo como Penghulu, en el que se le ha pedido que resolviera disputas sobre cuestiones de tierras entre malayos. Es su testimonio que, según las costumbres malayas o adat, el pionero o la primera persona que ocupa un área para cultivar o plantar cosechas o árboles frutales o, en general, para "cari makan" (uso general para recolectar alimentos u obtener de medios de vida) tendría un derecho a dicha tierra. Después de su muerte, cualquiera de sus hijos puede heredar el derecho sobre dicha parcela de tierra, que comúnmente se conoce como TNC. Esto es debido a que la tierra se adquirió por virtud de la costumbre nativa malaya. Estos derechos creados o adquiridos sobre TNC pueden ser "serah" (cedidos o transferidos) a otra persona u otro nativo que puede no ser de raza malaya pero que sea nativo de Sarawak.

Por tanto, las TNC malayas, que incluyen las áreas pantanosas y las orillas de los ríos en los que se haya plantado y se recolecte comida, no son solo fuentes de sustento sino que constituyen la vida misma, porque la tierra es también fundamental para los aspectos sociales, culturales y espirituales de los nativos de Sarawak.

Los ríos y arroyos vecinos a las poblaciones malayas también son importantes para los habitantes, porque la pesca es muy común en muchas localidades, como Sejingkat y Tanjung Bako, los ríos, arroyos y el mar eran las únicas vías para acceder al mundo exterior.

En el interrogatorio, el testigo 5 testificó que, aunque no es un experto, conoce las costumbres y

las prácticas consuetudinarias de su comunidad. Después de ser nombrado Penghulu en 1980, ha tenido que juzgar y resolver en materias relativas a la comunidad malaya, particularmente entre miembros de la comunidad malaya en el área de su jurisdicción.

El testigo 5 testificó también que conoce "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda", que se utiliza cuando una parte cede o transfiere sus derechos consuetudinarios sobre su tierra nativa consuetudinaria a otra persona nativa. Declaró que es un requisito del Departamento de Tierras y Agrimensura que tal "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" lo firme el Penghulu, como Keua Adat de la zona, para verificar y confirmar la existencia de derechos consuetudinarios de quien los transfiere ("penyerah").

El testigo 5 señaló en su evidencia que hacia 1993, el Gobierno del Estado había adquirido tierras en Sungai Tapang, Sejingkat y sus alrededores, para el establecimiento y creación de la zona industrial de libre comercio de Sejingkat. En su capacidad como Penghulu, se le pidió que ayudase al departamento de Tierras y Agrimensura a determinar los propietarios y dueños de la tierra nativa consuetudinaria para asegurar que se pagaba el importe de las compensaciones a los legítimos propietarios, y prestó ese servicio.

El testigo 5 confirmó y verificó que el "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" era uno de los documentos que utilizó para dilucidar a los legítimos propietarios de la tierra nativa consuetudinaria. Por lo que él sabe, los impresos de "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" han sido aceptados por el Departamento de Tierras y Agrimensura.

El caso de los demandados:

Para refutar los argumentos de los demandantes, la defensa citó a dos testigos. El primer testigo (Charles Arthur Bateman, funcionario retirado del gobierno) era el Superintendente de Tierras de la División de Kuching que rechazó la reivindicación de derechos nativos consuetudinarios del demandante. Sus razones para rechazarla aparecen en el párrafo 8 de su declaración como testigo, y las cito literalmente:

1. El área cultivada en 1948 y 1976 es de solo 17.818 hectáreas, lo que no coincidía con la reclamación del demandante de una extensión de 600 acres de tierra;

2. El Penghulu Mahli Sadam, con documento de identidad 500203*13*5409, señaló que nació en 1950, pero supuestamente conocía al demandante desde hace 20 años. En ese caso, tengo dudas razonables de que el Penghulu supiera algo sobre la creación de derechos nativos consuetudinarios antes de su fecha de nacimiento;

3. Además de esa evidencia, el testigo no proporcionó ninguna otra para mostrar que aquellos de los que supuestamente adquirió tales derechos los tenían legítimamente. El demandante no me mostró evidencia que probase que las personas fallecidas habían cedido o traspasado los supuestos derechos a los 'vendedores' y que estos tuvieran la autoridad o capacidad legal de quienes habían supuestamente creado estos derechos para vendérselos al demandante.

Se apoyó también en la evidencia proporcionada por su departamento para rechazar la reivindicación del demandante. La persona que había proporcionado la evidencia del departamento es David Laeng, funcionario de tierras, división de Miri. En el momento de los hechos, era el Oficial Ayudante de Asentamientos en el Departamento de Tierras, División de Kuching. Su opinión es que el demandante no había probado que tenía derechos nativos consuetudinarios sobre las 51 parcelas de tierra. Basa su opinión en su estudio de las fotografías aéreas de 1948 y 1976 que, opina, muestran que en la zona reclamada por el demandante había una mínima agricultura de rotación, y esto se debía a la naturaleza ecológica de la zona que consiste, sobre todo, en bosque tropical y manglares, es decir, suelos arenosos con poco valor nutritivo.

La ley

Hay pocas dudas de que el caso de los demandantes se basa en la sección 2(a) del Código de Tierras (capítulo 81) de 1958 que define 'tierra nativa consuetudinaria' como:

(a) tierra sobre la que se han creado legítimamente derechos nativos consuetudinarios, colectivos o de otro tipo, antes del 1 de enero de 1958, y que siguen subsistiendo como tales;

En vista de la reciente sentencia de la Corte Federal en *Superintendente de Tierras de la División de Miri y Gobierno de Sarawak contra Madeli bin Salleh (2007) 6 CLJ 509*, ha quedado establecido que el derecho común de Malasia reconoce el derecho nativo consuetudinario. Esto es lo que señaló la Corte Federal, a través de la sentencia del entonces juez de la Corte Federal Arifin Zakaria:

[21] El honorable Fiscal General del Estado ha defendido con vehemencia que no deberían seguirse las sentencias de *Adong ni de Nor Anak Nyawai* porque fueron sentencias fundamentadas en el caso australiano de *Mabo* (nº 2), una autoridad para la afirmación de que el derecho común de Australia reconoce una forma de "derechos nativos", y en el caso canadiense de *Calder contra Columbia Británica*, que sostuvo que "el derecho común reconocía categóricamente derechos nativos sobre las tierras".



[22] Con todo respeto, somos de la opinión de que la propuesta de derecho que se enuncia en estos dos casos refleja la posición del derecho común en relación con los títulos nativos en toda la Commonwealth. Y los jueces Brennan, Mason y McHugh concurren en *Mabo (No. 2)* en que, según el derecho común, la Corona puede adquirir un derecho radical o final sobre la tierra, pero que la Corona no adquiere beneficios de propiedad absoluta sobre la tierra. El derecho o el interés de la Corona está sujeto a los derechos nativos sobre tales tierras. Adoptaron la opinión del Privy Council en *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria* [1921] 2 AC 399, cuando el Privy Council, en una apelación de la Corte Suprema de Nigeria, sostuvo que el derecho radical a la tierra de los Jefes White Cap de Lagos es de la Corona, pero el pleno usufructo descansa en un jefe en nombre de la comunidad que encabeza. Ese derecho de usufructo no se veía afectado por la cesión a la Corona Británica en 1861; el sistema de concesiones de la Corona debe considerarse como introducido principalmente, si no exclusivamente, con fines de transferencia. En la p. 407 el vizconde Haldane observó:

En vista de la información aportada por la narración de los hechos, no es admisible concluir que la Corona, en términos generales, tenga derecho a los beneficios de propiedad de la tierra que se le ha traspasado en el sentido de que desplacen cualquier presunto derecho de los nativos. En el caso de *Oduntan Onisiwo contra el Fiscal General de Nigeria del Sur (2)*, juzgado por la Corte Suprema de la colonia en 1912, el juez Osbourne estableció, en relación con el efecto de la cesión de 1861, que era de la opinión de que "los derechos a la propiedad de los terratenientes privados, incluidas las familias de los ldejos, no se veían en absoluto afectados, y podían ejercerse tan libremente después de la Cesión como antes de ella." Con esta opinión concurren sus Señorías. No puede presumirse que un simple cambio en la soberanía afecte a derechos de los propietarios privados; y los términos generales de una cesión deben interpretarse prima facie en tal sentido. La introducción del sistema de concesiones de la Corona que se

hizo posteriormente debe considerarse como introducido principalmente, si no exclusivamente, con fines de transferencia y no con el objetivo de alterar derechos sustantivos ya existentes. Sin duda, pueden surgir dificultades en casos individuales sobre el efecto legal de los términos de documentos particulares. Pero cuando se plantea, de forma genérica, la cuestión de qué significan las disposiciones en la Ordenanza de Tierras Públicas de 1903 de que cuando las tierras a tomar sean propiedad de una comunidad nativa, el jefe principal puede vender y ceder, la respuesta debe ser que puede ceder un derecho nativo pleno de usufructo, y que debe darse una compensación adecuada por lo así cedido, para su distribución entre los miembros de la comunidad que tiene el derecho, a repartir según determine el Consejo Nativo del Distrito con la sanción del Gobernador. El jefe es solo el agente a través del cual tiene lugar la transacción y debe tratarse con él como representante no solo de sí mismo, sino de todos los intereses afectados.

[23] Somos conscientes del hecho de que en este caso estamos tratando con un derecho individual, no colectivo, pero en nuestra opinión el principio aplicable es el mismo.

Lo que ahora ocupa a la corte es si el demandante habría probado que tiene DNC en las 51 parcelas de tierra. Antes de referirme a las evidencias, debería establecer cual es, en mi opinión, el enfoque correcto para tratar la cuestión de la prueba de TNC. El entonces Presidente Kirby de la Corte de Apelación del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur, en el caso *Mason contra Tritton (1994)* 34 NSWLR 572 (p. 588) observó que:

'Por la naturaleza de la sociedad aborígen, sus muchas privaciones y desventajas a partir de la colonización europea de Australia, y por lo limitado de la documentación de las primeras etapas, es casi imposible esperar que los australianos aborígenes puedan nunca probar, a través de documentación, su presencia genealógica antes de 1788. En estas circunstancias, sería poco razonable y realista que el derecho común en Australia demande tal prueba para decidir la existencia de derecho nativo. El derecho común, por ser creación de la razón,

típicamente rechaza los principios poco realistas y poco razonables

En *Delgamuukw contra la Columbia Británica (1997)* 3 SCR 1010, el juez Lamer tenía esto que decir sobre el enfoque apropiado para tratar la cuestión de la prueba de demandas aborígenes, y cito:

En los casos que supongan la determinación de derechos aborígenes, se concederá también la apelación si la corte no ha valorado, en su decisión sobre las demandas aborígenes, las dificultades inherentes a la presentación de pruebas al aplicar las reglas sobre evidencias y, segundo, al interpretar las evidencias presentadas.

68: Como dije en Van der Peet en el párrafo

‘Para determinar si un demandante aborígen ha producido las evidencias suficientes para demostrar que su actividad es parte de una práctica, costumbre o tradición integral de una cultura aborígen distintiva, un tribunal debe enfocar la regla sobre evidencias, para interpretar las pruebas existentes, siendo consciente de la especial naturaleza de las demandas aborígenes y de las evidentes dificultades para probar un derecho que se origina en unos tiempos en que no había registro escrito de las prácticas, costumbres y tradiciones practicadas. Los tribunales no deben infravalorar las evidencias presentadas por los querellantes aborígenes simplemente porque las pruebas no se conformen exactamente con los estándares de evidencia que serían aplicables, por ejemplo, en una demanda privada’.

La justificación para adoptar este enfoque especial puede encontrarse en la naturaleza de los propios derechos aborígenes. Expliqué en Van der Peet que esos derechos quieren reconciliar la anterior ocupación de Norte América por sociedades aborígenes distintivas, con la afirmación de la soberanía de la Corona sobre territorio canadiense. Se intenta conseguir esta reconciliación tendiendo puentes entre las culturas aborígenes y no aborígenes (párrafo 42). Por lo tanto, ‘la acción debe tener en cuenta la perspectiva de los aborígenes que reclaman el derecho.. mientras que, a la vez, se toma en cuenta la perspectiva del derecho

común” tal que “la verdadera reconciliación concederá a ambos el mismo peso” (párrafos 49 y 50).

En otras palabras, aunque la doctrina de los derechos aborígenes es una doctrina del derecho común, los derechos aborígenes son verdaderamente sui generis, y demandan un enfoque especial en el tratamiento de la evidencia que de la importancia debida a la perspectiva de los aborígenes. Sin embargo, este acomodo debe hacerse de manera que no fuerce “la estructura legal y constitucional canadiense” (párrafo 49). Ambos principios, establecidos en Van der Peet (primero, que los tribunales deben enfocar las reglas sobre evidencias considerando las dificultades de prueba inherentes en la adjudicación de demandas aborígenes y, segundo, que los tribunales debe interpretar las pruebas en el mismo sentido) deben ser entendidos en este contexto.”

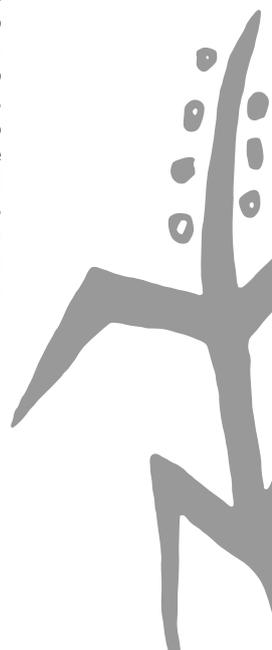
Sentimientos parecidos se expresan en el caso local de *Hamit B Matussin & otros 6 contra el Superintendente de Tierras y Agrimensura & otros (1991)* 2 CLJ 1524, cuando el entonces juez Haidar Bin Mohd Nor dijo (p. 1526, párrafo G derecha):

“En relación con la costumbre nativa, la sección 48 de la Ley sobre evidencias de 1950 señala:

48. Cuando un tribunal tiene que emitir un dictamen sobre la existencia de alguna costumbre o derecho general, las opiniones sobre la existencia de dicha costumbre o derecho de personas que deberían conocerlos, si existieran, son pertinentes.

Cross sobre evidencias (Third Australia Edn.) listó cuatro modos en que puede probarse la existencia de usos o costumbres. Uno de esos cuatro métodos, pertinente en el presente proceso, se describe como sigue:

El primer método consiste en el testimonio de un testigo que testifica, por su propio conocimiento personal, sobre la existencia real de una costumbre o uso. Afirma que sabe bien que los locatarios de un lugar determinado han tenido la costumbre de llevarse las “cosechas para el camino”, es decir, las cosechas cultivadas antes de que acabase su arriendo, o cualquier otra costumbre o uso. La evidencia



puede basarse en la frecuente observación del hecho o, a veces, en la reputación o por referencias.”

Teniendo en cuenta los principios citados, examinaré ahora las evidencias. Para determinar si los propietarios originales tienen DNC sobre las 51 parcelas, me veo obligado a examinar las costumbres y prácticas de los malayos en el área de Kampung Loba. El punto de partida de mi examen debe ser el Acuerdo de Transferencia de 1841 entre el Pangeran Muda Hassim de Brunei y James Brooke, que en su párrafo II señala:

“Además, el señor James Brooke se compromete a que las leyes y costumbres de los malayos de Sarawak serán por siempre respetadas, ya que el país de Sarawak ha estado hasta ahora sujeto al gobierno del Sultán de Brunei, el Pangeran Muda y los rajás malayos”

En vista de lo anterior, no cabe duda de que las costumbres malayas en Sarawak deben ser reconocidas, y esto no lo refutan los demandados. Sin embargo, estos afirman que se ha presentado evidencia ante el tribunal de que las supuestas prácticas consuetudinarias malayas de ‘cari makan’ y ‘serah’ tengan validez legal según las leyes de Sarawak. En apoyo de esta afirmación, el abogado de los demandantes se refiere a la sección 2 del Código de Tierras que señala que “derecho consuetudinario significa una costumbre o conjunto de costumbres hechas efectivas por la ley de Sarawak”. Esto se deduce de la línea de interrogatorio de los abogados de la defensa del testigo 5 del demandante, que cito:

“P12. ¿Puede explicar qué son “los derechos nativos consuetudinarios de los malayos a la tierra”, especialmente cómo pueden crearse o cederse estos derechos, identificando la fuente o base de su explicación o respuesta?”

R12: Son la tierra que conservan los malayos según práctica consuetudinaria. Se crean a través de práctica consuetudinaria malaya y pueden cederse igualmente según nuestra práctica consuetudinaria malaya.

P13. ¿Hay alguna autoridad en Sarawak que haya reglamentado o codificado por escrito los derechos nativos consuetudinarios malayos sobre la tierra?; ¿Qué diferencia hay entre ellos y los “derechos nativos consuetudinarios” reconocidos en la sección 66 de la Ordenanza sobre Tierras y / o la sección 5 del Código de Tierras (capítulo 81) de Sarawak?.

R13: Estoy seguro de que existen reglas y leyes que salvaguardan los derechos

consuetudinarios nativos malayos sobre la tierra. Me han hablado de la sección 66 de la Ordenanza sobre Ocupación de la Tierra y la sección 5 del Código de Tierras, creo que las secciones no son concluyentes sobre cómo pueden adquirirse derechos nativos consuetudinarios.

P14. Me refiero a los párrafos 7 y 8 del testimonio del testigo 5. ¿Puede confirmar si esa costumbre malaya está registrada en algún libro o publicación como reconocida y, si es así, identificar el libro o la publicación?

A14: Estoy seguro de que están por escrito, como en la sección 66 de la Ordenanza de Ocupación de la Tierra y en la sección 5 del Código de Tierras al que me he referido antes. Pero no sé leer y no tengo tales libros o publicaciones.

P15. ¿Se considera un experto en adat malayo? Si es así, ¿puede informar al tribunal de sus cualificaciones o con qué base se declara experto?.

R15: No soy un experto, pero ciertamente conozco las costumbres y la práctica consuetudinaria de mi comunidad. Tras haber sido nombrado Penghulu en 1989, he estado juzgando y resolviendo cuestiones que afectan a la comunidad malaya, y entre los miembros de la comunidad malaya, es especial en el área de mi jurisdicción.”

Dado que el testigo no pudo demostrar al tribunal que hubiera tal ley escrita, los demandados argumentaron que la práctica consuetudinaria mencionada no puede ser reconocida por la corte. Con todo respeto a los abogados de los demandados, la frase ‘ley de Sarawak’ no puede significar únicamente ley escrita. En mi opinión, significa también derecho común tal como lo desarrollan a veces los tribunales. Esto es lo que sucedió en la revolucionaria sentencia de *Nor anak Nyawoi & otros contra Borneo Pulp Plantation Sdn Bhd & otros* (2001) 6 MLJ 24 en la que el juez Ian Chin reconoció la validez legal de la práctica consuetudinaria iban de ‘pemakai menoa’, lo que sostuvo la Corte de Apelación. Lo que reconoce el derecho común lo expone sucintamente el juez Mohd Noor Ahmad en *Sagong Tasi & otros contra Kerajaan Negeri Selangor & otros* (2002) 2 CLJ 543 (p. 565):

El Privy Council había precavido contra la interpretación del título nativo refiriéndose a los principios de la ley de tierras inglesa (p. 403) y en Mabo número 2, el juez Brennan reiteró la misma precaución. Por ello, el Privy Council se apoyó en un informe sobre el carácter de la tenencia de la tierra entre las comunidades nativas en

África Occidental que señalaba que todos los miembros de la comunidad nativa tenían el mismo derecho a la tierra, aunque el jefe o el cabeza de familia estaban a cargo de la tierra y, aunque hablando en términos generales, a veces se llama propietario a quien tiene la tierra para uso de la comunidad o la familia, la tierra sigue siendo la propiedad de la comunidad o la familia. Lo mismo puede decirse del carácter de la tenencia y uso de la tierra entre los temunan, basada en los hechos averiguados. Además, el carácter de los intereses de propiedad de los aborígenes en su tierra es un interés en la tierra y no simplemente un derecho de usufructo, como puede deducirse de las siguientes características del derecho nativo según las sentencias de los tribunales:

(a) es un derecho adquirido legalmente y no basado en ningún documento o título (véase el caso *Calder*, seguido en el caso *Adong*, p. 428F),

(b) no exige ninguna acción de nadie para completarse y no depende de ninguna declaración legislativa, ejecutiva o judicial (véase Juez Brennan en *Pueblos Wik contra el Estado de Queensland & otros* [1996] 187 CLR 1 (a partir de aquí, 'el caso Wik') en p.84, seguido en el caso malayo de *Nor Anak Nyawai & otros contra Borneo Pulp Plantation Sdn. Bhd. & otros* [2001] 2 CLJ 769 (p. 780),

(c) el derecho nativo es un derecho exigible en los tribunales (véase juez Brennan en el caso *Wik*, p. 84),

(d) el derecho e intereses a las tierras aborígenes no se pierden por la colonización, por el contrario, el título radical que descansa en el Soberano lleva incorporados los derechos nativos en relación con las tierras aborígenes (véase *Mabo 2*, notas p.2)

(e) el título nativo puede extinguirse a través de legislación clara y explícita o por un acto ejecutivo autorizado por dicha legislación, pero debe pagarse compensación (véase *Mabo 2*, notas p.3), y

(f) los aborígenes no se convierten

en ocupantes ilegales en sus propias tierras por el establecimiento de una colonia o soberanía (véase *Ward & otros (en nombre del pueblo Miriuwung y Gajerrong) & otros contra el Estado de Australia Occidental y otros* [1998] 159 ALR483 (p. 498 líneas 43*45).

Los mencionados principios del derecho nativo se adoptaron en los que actualmente son los casos más importantes sobre el tema en Australia y Canadá, es decir, *Mabo No. 2*, el caso de los *Wik y Delgamuukw contra la Reina / Columbia Británica, et al.; First Nations Summit et al., Interveners* [1997] 153 DLR (4th) 193 (a partir de aquí, caso *Delgamuukw*) que sostienen que los derechos de los aborígenes, incluidos sus intereses sobre la tierra, no son un mero derecho de usufructo. La posición es la misma en los Estados Unidos de América desde el caso de *Johnson and Graham's Lessee v. William M'Intosh* [1823] 21 US 681 (p. 688), cuando el juez Marshall dijo:

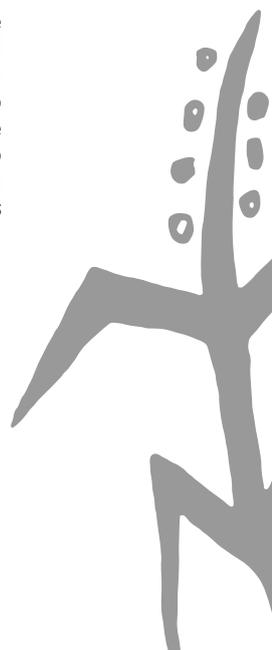
Se admitió que ellos (las tribus o naciones indias) son los legítimos ocupantes del suelo, con el derecho legal y en justicia de retener posesión del mismo y de utilizarlo a su discreción.

Además del derecho común, la Constitución Federal reconoce el DNC cuando, en el Artículo 160 (2), define que la ley incluye 'costumbre o uso que tiene fuerza de ley en la Federación o en parte de la misma'.

Volvamos al tema que nos ocupa, es decir, si el demandante ha probado, teniendo en cuenta su evidencia, que los propietarios originales tenían DNC en las 51 parcelas de tierra.

Ya he explicado anteriormente los argumentos del demandante y de los diversos testigos que llamó a testificar para corroborar su testimonio sobre la práctica malaya de 'cari makan'. Por supuesto, no hay registro formal de esta práctica y lo que la corte tiene ante sí es el testimonio oral de los testigos. El testimonio del testigo 1, antes expuesto, puede decirse que es parcial, dado que es el querellante en este caso. Lo mismo podría decirse de los testigos 3, 4 y 5, ya que cedieron sus TNC al demandante y esa cesión es el sujeto de esta querrela. El valor de su testimonio como corroboración es, por supuesto, limitado. Qué significa un buen testimonio de corroboración lo definió el entonces juez federal Raja Azlan Shah en *Karthiyaj/ani y otros contra Lee Leong Sin y otros* [1975] 1 MLJ 119 de esta forma (p. 120):

[...] Si un testigo es independiente, es decir,



si no tiene interés personal en el éxito o fracaso de un proceso y su evidencia inspira confianza a la corte, tal testimonio puede tomarse en consideración. Un testigo suele considerarse independiente a menos que proceda de fuentes que puedan estar comprometidas. Si hubiera circunstancias que pudieran afectar a su imparcialidad, tales circunstancias deberán tenerse en cuenta y el tribunal tendrá que llegar a un veredicto considerando dichas circunstancias. El tribunal debe examinar el testimonio de tales testigos con cuidado y escudriñar todas las debilidades del mismo antes de decidir si lo considera.[...]³

En mi opinión, encontramos un testimonio independiente en los testigos 2 y 5. El testigo 2 no ha mostrado ningún interés en el resultado del caso. Tampoco se ha demostrado que pudiera tener algún motivo para inclinarse del lado del demandante. Más aún, fue designado Penghulu de Loba Rambungan por el Residente de la División de Kuching desde 1995 a 2002, sucediendo a su padre. Además de tener tal cargo, fue también consejero del Majlis Perbandaran Padawan a cargo del área de Loba Rambungan. Su testimonio, en sustancia, confirma el testimonio del testigo 1 y es importante su afirmación de que el demandante había ejecutado "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Termuda" con los propietarios de la TNC después de que el demandante hubiera confirmado la propiedad con el difunto Penghulu Sadam bin Hashim y el difunto Ketua Kaum Bujang bin Hassan. Los demandados no presentaron ninguna prueba que refute dicha afirmación. Es también importante su confirmación de que la práctica malaya de 'cari makan' es una costumbre malaya.

Esto es lo que dijo en el párrafo 10 de su deposición, y cito:

"Según nuestra costumbre malaya o adat, el pionero o la primera persona que ocupa un área para cultivar o plantar cosechas o árboles frutales o, en general, para "cari makan" (uso general para recolectar alimentos u obtención de medios de vida) tendría un derecho sobre dicha tierra. Después de su muerte, cualquiera de sus hijos puede heredar el derecho sobre dicha parcela de tierra, que comúnmente se conoce como tierra nativa consuetudinaria (TNC). Esto es debido a que la tierra se adquirió en virtud de la costumbre nativa malaya. Esa TNC pueden ser vendida y/o los derechos sobre ella, normalmente llamados derechos nativos consuetudinarios (DNC), pueden ser transferidos a otra persona u otro nativo que puede no ser de raza malaya pero sí nativo de Sarawak."

Su testimonio, claramente, se deriva de su conocimiento, adquirido por su experiencia y en

diversos cursos organizados por el Gobierno del Estado. Su experiencia se debe a que vive como un malayo, a los conocimientos transmitidos por su padre y, por supuesto, a su propio trabajo como Penghulu.

Aunque el testigo 2 no ha sido citado por el demandante como testigo experto, su llamado 'presunto conocimiento' no ha sido discutido por la defensa. Por tanto, podría decirse que su evidencia no ha sido contestada. El testigo 5 que, como he señalado antes, puede considerarse un testigo imparcial, declaró en su momento que es el Penghulu que lleva más años en el cargo en la División de Kuching, desde que fuera nombrado el 15 de junio de 1980. Como Penghulu, tenía jurisdicción sobre las comunidades malayas en la División de Kuching. La parte pertinente de su declaración señala:

1. Estoy familiarizado con las tradiciones, costumbres y prácticas consuetudinarias de las comunidades malayas en la división de Kuching. Conozco los derechos consuetudinarios malayos, incluidas las costumbres y prácticas consuetudinarias relativas a la tierra, sobre todo por sesiones informativas organizadas por departamentos gubernamentales, incluido el Departamento de Tierras y Agrimensura, la Oficina del Distrito y el Residente.

2. En general, los malayos de Kuching y sus alrededores están, en su mayoría, asentados o viven en áreas costeras y/o a lo largo de las riberas, normalmente en las partes bajas de los ríos, cerca del mar. Esto es debido a que, tradicionalmente, hemos pescado en el mar y en las desembocaduras de los ríos para conseguir nuestro sustento. Además de la pesca, también somos agricultores, y plantamos arroz de tierra húmeda y seca, pokok bandong o ubi kayu (tapioca) si la tierra es la apropiada.

3. Para las comunidades malayas, las tierras que rodean los kampongs, incluidas las riberas de los ríos y las zonas pantanosas, son nuestra principal fuente de medios de vida. Se rastrean las zonas pantanosas y las riberas para buscar alimentos como lokan, camarones, cangrejos, pescado, tekoyong o siput (un tipo de caracoles comestibles) y similares. De la palma nipah, que crece silvestre en las riberas, extraemos el néctar, llamado localmente "gula apung" como azúcar, "cuka apong" (vinagre), "garam apong" (sal). Las hojas de nipah se tejen para techar las casas y cabañas y también como alfombras. Durante generaciones, las comunidades malayas hemos obtenido beneficios de la palma nipah, como alimento y para obtener ingresos en efectivo. Desde que tenía 13 años, seguía a mi padre a trabajar en nuestra tierra para recolectar "gula apung", "cuka apong", "garam apong" y utilizar otras partes de la palma nipah que son para nosotros útiles y valiosas. Otros árboles útiles para las comunidades malayas, de los que se obtienen alimentos e ingresos, son los

nibung, que se utilizan como postes y para los suelos de las casas, porque la madera es dura y duradera, y el bako, útil para apilar.

4. Conozco la "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda". "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" se utiliza cuando una parte cede o transfiere sus derechos consuetudinarios sobre sus tierras nativas consuetudinarias a otra persona nativa. Es un requisito del Departamento de Tierras y Agrimensura que esta "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" esté firmada por el Penghulu, como Ketua Adat de la zona, para verificar y confirmar la existencia de los derechos consuetudinarios del "penyerah" (quien transfiere).

5. Sobre 1993, el gobierno estatal había adquirido tierras en Sungai Tapang, Sejingkat y alrededores para establecer o crear la Zona Industrial de Libre Comercio de Sejingkat. Se me pidió que prestase mis servicios para ayudar al Departamento de Tierras y Agrimensura a determinar los propietarios de tierras nativas consuetudinarias para garantizar que el dinero de las compensaciones se entregaba a quien correspondía.

6. La "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" era uno de los documentos en los que me basé para clarificar los propietarios y dueños de las tierras nativas consuetudinarias. Estas "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" se presentaron al Departamento de Tierras y Agrimensura, que las aceptó.

Sin embargo, el abogado de la defensa declaró que ninguno de los "vendedores" eran las personas que habían creado los derechos a las tierras y que, como no había evidencias directas de los vendedores de cómo y cuándo se había talado la selva antes del 1 de enero de 1958, el demandante no había probado su caso. El abogado de la defensa atacó también la evidencia del demandante diciendo que era 'de oídas' y no debería ser considerada por esta corte. Con todo respeto, la evidencia por referencias y los testimonios de opinión son pertinentes en una querrela por derechos consuetudinarios, como sostuvo el juez Haidar en *Hamit B Matussin & otros 6 contra Superintendente de Tierras y Agrimensura y otros (supra)*. En este caso, la reivindicación de DNC del demandante se basa, en sustancia, en la verificación del difunto Penghulu Sadam bin Hashim, del difunto Ketua Kaum Bujang bin Hassan y del testigo 2. El testigo 2 es el único superviviente de los tres, pero no se discute que el testigo 2 tiene un conocimiento personal de la certificación de las 51 parcelas de tierra. Durante la enfermedad de su padre, el testigo 2 acompañó al demandante a ver al difunto Ketua Kaum Bujang bin Hassan para determinar si los vendedores tenían DNC. En mi opinión, no se me ocurre ninguna otra persona cualificada que esté en mejor posición para hacer tal certificación que el difunto Penghulu Sadam, el Ketua Kaum Bujang y el testigo 2, ya que estaban profundamente implicados en la zona y se les

habían confiado los asuntos de las comunidades malayas en la misma. Como he dicho antes, sus conocimientos no han sido rebatidos, lo que se podía haber hecho fácilmente llamando a otro Penghulu, o a alguien que conozca la costumbre malaya, para rebatir sus testimonios. Por qué no se hizo así sorprende al tribunal, ya que la evidencia de los testigos 2 y 5 era un testimonio de enorme valor como corroboración si no se refutaba. El testigo 5 testificó que él es el Penghulu y, seguramente, como persona nombrada por el gobierno, no tendría interés en testificar contra el mismo, lo que hace su testimonio más creíble. Lo mismo digo del testigo 2, que también era Penghulu y Consejero del Majlis Perbandaran Padawan por nombramiento del gobierno. La reivindicación de DNC sobre las 51 parcelas de tierra se ve corroborada también por la emisión de una Notificación de Extinción de DNC por el demandado. No es lógico que el demandado hiciera tal cosa si no reconoce que había DNC existentes en las 51 parcelas de tierra. Además, no hay ninguna otra reivindicación de DNC aparte de la del demandante. En relación con las fotografías aéreas utilizadas por los demandados para refutar la solicitud del demandante, no son muy útiles, ya que no se hizo una inspección del terreno, teniendo en cuenta que el testigo 2 de la defensa testimonia que hay elementos de DNC en la zona reclamada. La fotografía aérea era para demostrar que no había agricultura rotativa, pero eso no sirve de gran cosa, ya que el demandante ha señalado en su declaración que la práctica malaya de 'cari makan' no incluye agricultura rotativa. En cualquier caso, los demandados no han establecido la autenticidad de la fotografía aérea, ya que no han citado al testigo o testigos pertinentes para testificar cómo y cuándo se tomó la fotografía aérea. El primer paso que hay que dar para establecer la autenticidad de cualquier documento presentado ante un tribunal debe ser el de citar a quien lo elaboró y, si él o ella no está disponible debido a la época del documento, deben establecerse e incluirse en la evidencia los hechos relativos a cómo se produjo dicho documento. Este es un principio básico en relación con la regla contra el testimonio por referencias. Por tanto, como los demandados no cumplieron con ese primer paso en relación con la fotografía aérea, cualquier conclusión basada en ella o cualquier interpretación de la misma son, como poco, sospechosas.

Además, al tratar con reivindicaciones nativas de DNC, uno debe partir de la premisa de que los nativos no son solo los propietarios de la tierra, sino que son parte de ella. Son los ocupantes originarios de la tierra, y así es como han utilizado la tierra para vivir y alimentarse de ella desde tiempos inmemoriales. Este derecho, por supuesto, es anterior a cualquier legislación.

Por las razones anteriormente señaladas, soy de la opinión de que el querellante, teniendo en cuenta las evidencias, ha probado que las 51 parcelas de tierra son TNC adquiridas por "Surat Perjanjian



Menyerah Tanah Temuda”.

Esto me lleva al siguiente tema de si la costumbre malaya reconoce la práctica de ‘serah’. Sobre este asunto, el abogado de la defensa señaló que la cuestión de la ‘serah’ debe decidirse refiriéndose al Código de Tierras, específicamente a sus secciones 5(1) y (2), que prescriben los métodos por los que se pueden adquirir DNC después del 1 de enero de 1958. El abogado de la defensa ha referido al tribunal a dos casos, *Bisi Jingga @ Hilarion Bisi ak Jenggut contra Superintendente de Tierras y Agrimensura, División de Kuching y otros 3* (2008) LNS 245 y *Sapiah Binti Mahmud contra Superintendente de Tierras y Agrimensura de Samarahan y otros 2* (22*82*2003*). En el caso *Bisi*, el Comisionado Judicial dijo:

“(ii) En este caso, el querellante no alega que sus ancestros ocuparan de forma continua la tierra. Por el contrario, dice que compró los DNC por un acuerdo ordinario de compra venta. No creo que los DNC puedan transferirse por un instrumento de transferencia moderno, ya que eso no podría ser, prima facie, parte del derecho o práctica nativos consuetudinarios. Estoy de acuerdo con los testimonios del primer y segundo demandados de que el DNC en Sarawak solo puede transferirse de forma limitada, por ejemplo, por regalo o herencia, etc., entre los miembros de la comunidad de nativos antes de que se puedan ceder a cualquiera los privilegios exclusivos. Esto significa, entre otras cosas, que un nativo de una comunidad que vive en el sur de Sarawak no puede comprar DNC de otro nativo de una comunidad que vive en el norte de Sarawak. El nexo debe ser interno en la comunidad y no por la raza. Para que los tribunales reconozcan dichas transferencias, deben estar legisladas. No es suficiente con que el demandante alegue que tales transferencias se hacen y se reconocen en la práctica, sin proporcionar evidencias satisfactorias ante el tribunal. La carga de la prueba la tiene el demandante, y no ha sido satisfecha en este caso según la ley.

(iii) También concluyo que el demandante no ha adquirido DNC tras el CTA y, en este contexto, estoy de acuerdo con las declaraciones de los demandados en esta cuestión.”

El caso *Bisi* sigue el dictamen de *Hamit B Matusin y otros 6 contra Superintendente y otros* (1991) 2 CLJ 1524, que sostuvo que las transferencias de tierra con DNC dentro de la misma comunidad son permisibles si así lo permitía la costumbre de los nativos. En *Sapiah Binti Mahmud*, el juez Linton Albert adoptó la sentencia de *Sumbang Anak Sekam contra Engkarong Anak Ajah* (1958) SCR

95, en la que el juez Lascelles dijo:

Los derechos consuetudinarios individuales no son transferibles por compra o de ningún otro modo por un precio

Se me refirió también al caso de *Haji Khalid bin Abdullah contra Khalid b. Abg. Haji Marzuki y otros*, (Kuching O.M N0. KG.3 of 1983) (informe en pp. 177 a 198 de *Casos sobre Tierras 1969* (1987, publicado por el Departamento de Tierras y Agrimensura), en el que las partes eran evidentemente malayos y que trataba de la transferencia de tierras de DNC. El juez Tan Chiaw Thong sostuvo lo siguiente:

“Esto plantea la cuestión de si en la fecha de ejecución del memorando de transferencia de 1981, el propietario registrado estaba en posición de transferir sus derechos consuetudinarios al solicitante. Teniendo en cuenta lo señalado en el Código de Tierras, me parece claro que la respuesta es negativa. Por un lado, no hay ninguna disposición en ese Código para la transferencia de tales derechos de un nativo a otro con el que no tenga una relación y, por otro, el proviso a la sección 5(2) y las disposiciones de la sección 18 de ese Código, en mi opinión, presuponen que solo por medio de la ocupación y uso personales de cualquier área de tierra alienada de acuerdo con los derechos adquiridos por tenencia consuetudinaria equivalentes a propiedad, podrían esos derechos ser reconocidos para los propósitos de esa sección. En mi opinión, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Código de Tierras, para que fuera legítimo la transferencia de derechos consuetudinarios de la forma y hasta el punto indicado en el memorando de transferencia de 1981, tendría que haber una disposición en el Código de Tierras que permitiera hacer esto, y tal disposición no existe en dicho Código.”

En la discusión de esta cuestión, el punto de partida debe ser el de determinar qué tipo de derechos supone el derecho nativo. El juez de la CA Mokhtar Sidin en *Adong Bin Kuwau y otros contra Kerajaan Negeri Johor y otros* (1997) 1 MLJ 418 trató de esta cuestión en el contexto de la Constitución Federal y esto es lo que dijo:

Los abogados del querellante dijeron que los derechos concedidos a los aborígenes en el derecho común y en la legislación son derechos a la propiedad dentro del ámbito del artículo 13(1) de la Constitución Federal, y no pueden conculcarse sin la debida compensación. Los abogados del querellante afirmaron además que el acto de los demandados de retirar los fondos tradicionales y ancestrales de los

querellantes sin compensación es contrario a la ley.

Sin embargo, no necesitamos recurrir al derecho común sobre la compensación, porque nuestra Constitución Federal, en su artículo 13, trata de dicha situación.

El Artículo 13 señala:

13. Derechos a la propiedad

(1) Nadie podrá ser privado de la propiedad salvo de acuerdo con la ley

(2) Ninguna ley reconocerá la adquisición o uso confiscatorios de la propiedad sin la compensación adecuada.

El abogado de los querellantes señaló que los derechos otorgados a los aborígenes por el derecho común y la legislación son derechos de propiedad en el ámbito del artículo 13(1) de la Constitución Federal, y que cuando esos derechos son conculcados por los demandados, los querellantes deberían ser compensados de acuerdo con el artículo 13(2).

Para responder a esta cuestión, debemos determinar si los derechos otorgados a los demandantes en el derecho común y en la legislación, como se describe anteriormente, son derechos de propiedad protegidos por el artículo 13(1) o, en otras palabras, si los derechos acordados a los querellantes están dentro del ámbito del artículo 13(1) y se les debe compensar de manera adecuada según el art 13(2) en caso de que se adquieran o usen por confiscación

La palabra 'propiedad' que aparece en el artículo 13(1) es un término legal y debería dársele su significado legal. Hay una disposición similar a nuestro artículo 13 en la Constitución de la India, artículos 19(1)(f) y 31. Hay muchas demandas constitucionales que han definido la palabra 'propiedad' y yo me guiaré por el caso de *Rabindra Kumar contra Funcionario de Bosques* AIR 1955 Manipur 49 (p. 53*54) que establece, de modo elocuente, el significado de la palabra 'propiedad' tal como se utiliza en un contexto constitucional. [...]⁴

En la Corte Federal, en el caso de *Selangor Pilot Association (1946) contra el Gobierno de Malasia y otros* [1975] 2 MLJ 66 (p 69), Suffian dijo:

El texto de nuestro artículo 13 no es idéntico pero, ciertamente, se aproxima al texto del artículo 31

de la Constitución india, antes de la enmienda de 1955, que añadió la nueva cláusula (2A). La ausencia de una cláusula similar en nuestro artículo 13 me convence para adoptar la interpretación hecha por la Corte Suprema de la India sobre el artículo 31 sin enmendar.

Por lo tanto, estoy de acuerdo con la amplia interpretación dada a los derechos a la propiedad según el artículo 13 y sostengo que los derechos de los demandantes, de acuerdo tanto con el derecho común como con la legislación, son derechos a la propiedad protegidos por el artículo 13 de la Constitución Federal.

Procederé ahora a examinar si los demandantes fueron privados de sus derechos a la propiedad protegidos por el artículo 13(1) de la Constitución Federal.

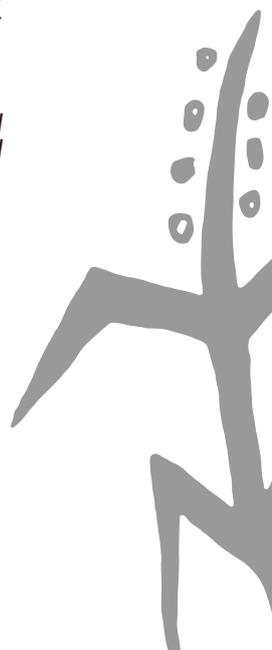
En la época en que los demandados hicieron un acuerdo con el Gobierno de Singapur y construyeron una presa en el valle de Linggiu, los derechos de los demandantes de libre acceso al valle de Linggiu y de recolección de frutos de la jungla no se habían discutido y estaban reconocidos por la ley. Fue la construcción de la presa la que terminó con la libertad de movimiento de los demandantes dentro del valle del Linggiu, garantizado por la Constitución Federal art 9(2), y, subsecuentemente, extinguió los derechos de los demandantes a recolectar productos del bosque, que están reconocidos en el derecho común y en la legislación.

La declaración de los demandantes de que el bosque era una fuente de medios de vida no fue refutado por los demandados y tampoco se presentó evidencia de que se hubiera interrumpido la ocupación continuada y la conexión tradicional con la tierra para obtener su sustento.

Hace mucho que se reconoce en nuestras leyes que, cuando a una persona se le priva de cualquier derecho a la propiedad por un acto ejecutivo con poderes dados por estatuto, esa persona debe ser compensada.

El entonces juez Hashim Yeop Sani, en el caso *S Kulasingam & otros contra el Comisionado de Tierras, Territorio Federal y otros* [1982] 1 MLJ 204 (p 206) dijo:

El artículo 13(1), en mi opinión, asegura la santidad de la propiedad privada. Esta cláusula



garantiza el derecho de toda persona a no ser privada de su propiedad salvo de acuerdo con la ley, lo que simplemente significa que nadie puede ser privado de su propiedad meramente por órdenes del ejecutivo, sino que puede ser privado de su propiedad solo de acuerdo con la ley.

Estoy de acuerdo con su señoría.

Los demandantes han establecido que tienen derechos de propiedad sobre el valle de Linggiu y que los demandados les han privado de esos derechos. Era entonces tarea de los demandados demostrar que tenían el derecho a privar a los demandantes de sus derechos. Los demandados no lo han demostrado.

Ya que los demandados no han conseguido establecer su derecho de privar a los demandantes de sus derechos, sostengo que esta privación sin compensación fue contraria a la ley. Por lo tanto, sostengo que los demandantes tienen derecho a la compensación de acuerdo con el artículo 13(2).

El artículo 13 de la Constitución Federal tiene una jerarquía superior a la legislación y al derecho común, y exige que toda adquisición de derechos de propiedad sea compensada y que cualquier ley que se elabore para la adquisición o uso confiscatorio de la propiedad sin compensación sea nula, de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución Federal. Asumo que la alienación de las tierras del valle de Linggiu en cuatro títulos se hizo según el Código Nacional de Tierras de 1965, pero dicho Código debe entenderse como subordinado al artículo 13 de la Constitución Nacional y, cuando no haya una disposición sobre compensación en la ley, el artículo 13(2) debe incorporarse en la interpretación de esa ley.

La ley de Sarawak incorpora la compensación a ser pagada cuando hay una extinción de DNC y, por tanto, en *Jalang Ak Paran & otros contra el Gobierno del Estado de Sarawak* (2007) 1 AMR 39, yo sostuve que la sección 5(3) del Código de Tierras no contraviene la protección que otorga la sección 13(2) de la Constitución Federal. La sección 5(3) del Código de Tierras señala:

“Cualquier derecho nativo consuetudinario puede extinguirse por una directiva emitida por el Ministro que será :

(i) publicada en la Gaceta y en un periódico que tenga circulación en

Sarawak; y

(ii) exhibida en el tablón de anuncios de la Oficina del Distrito del área en la que se encuentra la tierra sobre la cual los derechos van a extinguirse y, en la fecha señalada en la directiva, los derechos nativos consuetudinarios quedarán extinguidos y la tierra en propiedad bajo esos derechos revertirá al Gobierno.

Siempre que cuando se extingan tales derechos, en aplicación de esta sección, se pague una compensación a toda persona que pueda demostrar que posee dichos derechos de acuerdo con los párrafos (b) y (c); o que se le provea de otra tierra sobre la que pueda ejercer dichos derechos con o sin el pago de compensación adicional por las molestias, o por los gastos del traslado u otros.”

Puede decirse que el Gobierno del Estado de Sarawak se ajustó a la Constitución Federal al incorporar la sección 5(3) en su estatuto. Puede igualmente decirse que ha reconocido también que los nativos de Sarawak que tienen DNC, tienen derechos a la propiedad sobre la tierra, y esos derechos, por implicación, caen bajo el ámbito de lo que el artículo 13 de la Constitución Federal entiende por ‘propiedad’. ¿Qué significan esos derechos de propiedad?. El juez Mokhtar Sidin en *Adong Bin Kuwau* los detalló como sigue:

Antes de la introducción del sistema Torrens de registro de tierras, estas tierras eran tierras no reclamadas en el sentido actual, pero eran ‘kawasan saka’ para los aborígenes. Con la introducción del sistema Torrens, todas las ‘kawasan saka’ pasaron a ser tierras estatales, pero se dio la libertad a los aborígenes para que recorrieran estas tierras y recolectaran los frutos de los bosques. Algunas de estas tierras han sido declaradas reservas forestales. Los demandantes, sin embargo, continúan viviendo y/o dependiendo de estas tierras no alienadas. No se negó que algunos de ellos habían vivido en estas tierras, y todos ellos consideran aún la jungla como su dominio para cazar y extraer productos de la misma, como hacían sus antepasados.

Mi opinión, apoyada por las sentencias en los casos de *Calder* y *Mabo*, es que los derechos de los aborígenes a la tierra incluyen el derecho a moverse libremente por ella, sin molestia o interferencia, y también a vivir de los productos de la tierra, pero no el derecho a la tierra misma en el sentido moderno de que los aborígenes puedan traspasar, ceder,

arrendar la tierra o sus productos ya que han ejercido una ocupación continua e interrumpida y/o disfrutado de los derechos de la tierra desde tiempo inmemorial. Creo que este es un derecho del derecho común que los nativos tienen y que los tribunales canadienses y australianos han descrito como derecho nativo, y particularmente, en la sentencia del juez Judson en el caso de Calder (p.156) en el que su señoría afirmó estos derechos y que los derechos incluyen '...el derecho a vivir en sus tierras como habían vivido sus antepasados y ese derecho no se ha extinguido legalmente...'. Estoy de acuerdo con este razonamiento y digo que en Malasia los derechos de los aborígenes en el derecho común incluyen, entre otros, el derecho a vivir en sus tierras como lo hicieron sus antepasados y esto significaría que incluso las futuras generaciones de aborígenes deberían tener este derecho de sus antepasados.

La cuestión de si los nativos de Sarawak tienen el derecho a disponer de las tierras bajo TNC, en mi opinión, debe considerarse en el contexto de sus costumbres y tradiciones y de la Constitución Federal. La razón es simple: la Constitución Federal otorga protección al TNC. La primera de esas protecciones es el artículo 160(2) que señala que la ley incluye 'costumbres o usos que tengan fuerza de ley en la Federación o en cualquier parte de ella'. Lo que esto significa es que si, como en este caso, la costumbre de las comunidades malayas permite la disposición de tierras con TNC entre ellas, el tribunal está obligado por la Constitución a proteger dicha costumbre. Así es como lo explica la doctora Ramy Bulan en su artículo '*Legal Perspectives On Native Customary Land Rights in Sarawak*' (p.151):

"Negar las costumbres que apoyan los derechos nativos a la propiedad con el argumento de que son diferentes de los modelos no nativos de propiedad, no solo viola el artículo 160(2), al no reconocer la costumbre como parte del derecho de Malasia, sino que también viola el derecho de los nativos a la igualdad ante la ley garantizado por el artículo 8(1) de la Constitución Federal. El no registrar los derechos nativos y declarar nulos los intereses registrados puede igualmente violar el artículo 8(1)"

Lo que la doctora Bulan señala tiene mucho valor y adopto su opinión. Otro artículo de la Constitución Federal que debe tomarse en cuenta es el Artículo 153, que concede un estatus especial a los malayos y a los nativos de Sabah y Sarawak. Dice lo siguiente:

Reserva de cuotas en servicios, permisos, etc. para los malayos y los nativos de los

Estados de Sabah y Sarawak

153. (1) Será responsabilidad del Yang di*Pertuan Agong salvaguardar la especial posición de los malayos y de los nativos de cualquiera de los Estados de Sabah y Sarawak y los legítimos intereses de otras comunidades de acuerdo con las disposiciones de este Artículo.

(2) No obstante lo dispuesto en esta Constitución, pero sujeto a las disposiciones del Artículo 40 y de este Artículo, el Yang di*Pertuan Agong ejercerá sus funciones según esta Constitución y la ley federal, haciendo lo que fuera necesario para garantizar la especial posición de los malayos y nativos de los estados de Sabah y Sarawak, reservando una proporción razonable de puestos en el servicio público (además del servicio público del Estado) y de becas, exposiciones y otros privilegios educativos o de capacitación similares, o de facilidades especiales dadas o acordadas por el Gobierno Federal y, cuando se exija en la legislación federal cualquier permiso o licencia para operar cualquier comercio o negocio, entonces, sujeto a las disposiciones de esa ley y de este Artículo, una cuota de tales permisos y licencias.

(3) El Yang di*Pertuan Agong puede, para garantizar de acuerdo con la cláusula (2) la reserva a malayos y nativos de los Estados de Sabah y Sarawak de puestos en el servicio público y de becas, exhibiciones y otros privilegios educativos o de capacitación o facilidades especiales, dar las directrices generales que sean necesarias para tal propósito a cualquier Comisión a la que sea aplicable la Parte X o a cualquier autoridad que tenga la responsabilidad de conceder tales becas, exhibiciones y otros privilegios educativos o de capacitación o facilidades especiales; y la Comisión o autoridad cumplirá debidamente esas directrices. [...] ⁵

Nuestros antepasados, en su sabiduría, pensaron que era apropiado reconocer ese estatus especial a los indígenas del país, y una de las razones para tal reconocimiento es la de mantener y promover los medios económicos de estos grupos especiales. Por tanto, incumbe a los tribunales garantizar que estos privilegios y derechos se respetan. En el caso presente, la cuestión es si los miembros de las comunidades malayas pueden transferir sus DNC sobre sus tierras a miembros de las mismas comunidades. Es de sentido común que, si los nativos pudieran disponer de sus TNC dentro de sus comunidades, aumentaría automáticamente su valor y mejorarían los medios económicos de los nativos. Esto promovería los ideales a los que aspira el estatus constitucional especial de los



nativos. No encuentro ninguna razón por la que los nativos no puedan tener esos derechos de disposición de sus TNC, tal como los tienen los no nativos para tierras tituladas. Además, esto no afectaría a los derechos de los no nativos, ya que legalmente no pueden tener TCN. No permitir que los nativos puedan disponer de sus tierras ni entre sus propias comunidades, quitaría todo valor a sus TNC, lo que no promovería el bienestar de los nativos en el país, cuando se les ha concedido un estatus especial en la Constitución Federal.

El abogado de los demandados había afirmado que la intención de 'adquirir la tierra para utilizar una amplia extensión de tierra para el cultivo y la agricultura' es contraria a la Circular de la Secretaría número 12 de 1939, que señala, en lo que es pertinente:

'Es el objetivo del gobierno registrar y proteger estos derechos consuetudinarios y evitar que las diversas comunidades se empobrezcan a sí mismas al ceder, con ligereza, sus derechos a otros, sean foráneos o nativos'

'Ninguna comunidad o individuo puede poseer más tierra de la que requiera'

Con todo respeto, la circular emitida en 1939 no tiene relevancia alguna actualmente, por la simple razón de que es una circular emitida antes de la Merdeka. En cualquier caso, la sociedad tal como era en Sarawak en 1939 es diferente a la sociedad actual. La mentalidad de los profesionales de la ley, que incluye a los magistrados, ha cambiado también para reflejar los cambios en la sociedad. Este cambio se ha visto en los tribunales de este país, que han reconocido la relevancia de la protección internacional de los derechos humanos para los derechos nativos en Malasia. En el caso *Adong (supra)* el Juez Mokhtar Sidin reconoce este extremo, y señala:

'Últimamente, los derechos territoriales de los pueblos aborígenes, o, como se llama internacionalmente, los derechos de los pueblos nativos, han ganado mucho reconocimiento después de la Segunda Guerra Mundial, con el establecimiento de las Naciones Unidas, en las que la Carta de la ONU garantiza ciertos derechos fundamentales. Los derechos nativos han sido profundamente analizados por los tribunales de Canadá, Nueva Zelanda y Australia, que han reformulado las leyes coloniales impuestas sobre los derechos nativos a sus tierras. Es interesante señalar que los derechos sobre las tierras tradicionales de estos pueblos nativos están ahora firmemente establecidos en países que aplicaron o siguen aplicando la ley Torrens, es decir, Canadá, Nueva Zelanda y Australia, donde se han reconocido estatus especiales o se han establecido

tribunales para que los nativos puedan reclamar sus derechos sobre sus tierras tradicionales'

También la Corte Federal, como se señaló anteriormente, ha reconocido en el caso *Madeli (supra)* la regla de que la adquisición de soberanía por parte de la Corona no afectó a los derechos indígenas basados en la costumbre, ya que la Corona no adquirió un beneficio de propiedad absoluta sobre las tierras sino, más bien, el derecho radical, sujeto a cualquier derecho indígena sobre la tierra.

Igualmente y por la misma razón, el principio del juez Lascelles en *Sumbang Anak Sekam v Engkarong Anak Ajah (supra)* no puede considerarse acorde a derecho. De hecho, la intención del demandante de adquirir 'una amplia extensión de tierra' debería alabarse, ya que si tuviera éxito en este emprendimiento, mejoraría su bienestar económico con lo que, a su vez, mejoraría el bienestar económico de la comunidad malaya en esa zona. Por qué la ley debe detener esta propuesta supera mi capacidad de comprensión. Los no nativos, en su celo para triunfar en el mundo de los negocios, buscan oportunidades similares todos los días y no se les pone impedimento. Repito que no puedo entender el valor o la lógica de tal discriminación.

Por las razones citadas, es mi opinión que los nativos de Sarawak pueden disponer de sus TNC entre los propios nativos por un precio, siempre que no haya ninguna prohibición de que así lo hagan en la costumbre de esa comunidad nativa. En el caso presente, no se ha probado tal prohibición. De hecho, por el contrario, hay muchas evidencias que apoyan que la práctica consuetudinaria de 'serah' es parte de la cultura malaya. Tal evidencia puede verse en esta parte del interrogatorio:

P14: [...] Usted alegó que ha sido siempre una práctica de la costumbre malaya ceder y serah la tierra a otro. ¿Hay algún registro que pruebe que existe tal práctica?

R14: Sí. Puede ver mis respuestas en el interrogatorio [...] mis respuestas a la pregunta 11 y las pruebas a las que allí me refiero. [...]⁶

P15: Usted mencionó que era una "práctica". ¿Sabe si esta práctica está reconocida en el Código de Tierras como modo de adquirir derechos nativos consuetudinarios a la tierra?

R15: Se que la práctica es parte de nuestra 'malay adat' y también que está reconocida por Tierras y Agrimensura, especialmente en la adquisición o 'serah' de tierras de DNC. Incluso el documento de adquisición de tierras de DNC de Tierras & Agrimensura también mencionaba el

término "CESIÓN DE DERECHO NATIVO CONSUETUDINARIO" y 'cesión' es "SERAH". Así que ambas partes reconocen la práctica de "serah". Las pruebas [...] son evidencias de que la práctica está reconocida por el Gobierno. Tengo otras evidencias. El 03.01.1993, Ismail B Saeli "serah" su tierra bajo DNC en Ulu Sg. Jernang, Binyu, Kuching (ahora Samarahan) a mí. Yo, más adelante, el 17.10.1995, "serah" la tierra al gobierno del estado. Las transacciones fueron totalmente legales y reconocidas por Tierras y Agrimensura y por el gobierno estatal. Incluyo copias de los documentos relevantes con el formulario de pago [...]. También tengo una copia de la recopilación "Un estudio sobre el concepto de 'serah' sobre las tierras nativas consuetudinarias en el contexto de la legislación y el *adat*" por el difunto James Jabing, Funcionario Ayudante de Asentamientos, División de Kuching. Mi copia no es muy clara, pero querría hacer copias y que se incluya como prueba [...]. En el estudio, dirigentes comunitarios, incluidos renombrados dirigentes malayos, hablaron del concepto de 'serah' y de que es parte de nuestra práctica consuetudinaria. Estoy seguro que el Departamento de Tierras y Agrimensura de Kuching tiene una copia más legible de este estudio. [...]

Como señaló correctamente el abogado del demandante, los demandados tampoco refutaron la evidencia documental, lo que me lleva a una única conclusión, que es que 'serah' es parte de la práctica consuetudinaria de los malayos. Como he dicho antes, el deber de esta corte es proteger dicha costumbre.

Cuestión número 3:

Si, dadas las circunstancias, el primer demandado actuó legalmente al rechazar la reclamación de DNC del demandante sobre dichas tierras o parte de ellas

Por las razones aducidas en la cuestión número 2, fallo que el demandante no tenía razón al rechazar las reclamaciones del demandante a DNC sobre dichas tierras.

Cuestión número 4:

Si el demandante tiene derecho a daños y perjuicios ejemplares

Las circunstancias en las que un tribunal puede conceder daños y perjuicios ejemplares se establecen en la sentencia de la Corte Suprema en *Cheng Hang Guarz & otros contra Perumahan Farlim (Penang) Sdn. Bhd. & otros* [1994] 1 CLJ 19 en 62d [columna derecha] cuando la Corte afirma:

En un famoso pasaje en su razonamiento en *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129 Lord Devlin, con el apoyo unánime de todos sus colegas, revisó la ley, y estableció que los daños y perjuicios ejemplares solo podrían concederse en tres categorías de casos, a saber, acción opresora de funcionarios de la Corona; en segundo lugar, casos en los que el demandado, con un desprecio cínico por los derechos del demandante, ha calculado que el beneficio que podría obtener de su delito posiblemente sería mayor que la multa en juego y, tercero, cuando la ley lo autorice expresamente.

En *Cassel & Co. contra Broome* [1972] 1 ALL ER 801, Lord Morris explicó el ámbito de la expresión "calculado para obtener un beneficio" usada por Lord Devlin en *Rookes v. Barnard*. Así es como lo explica en la p.843:

Pueden exigirse daños y perjuicios ejemplares cuando un demandando se ha dejado guiar por la idea de que, aunque tenga que pagar algunos daños o compensación por lo que pretende hacer, aún así, de alguna manera, saldrá ganando algo (porque la categoría no está confinada a ganar dinero en sentido estricto) o ganará dinero con ello, lo que hace que le merezca la pena. No creo que la palabra 'calculado' se utilizara para denotar un proceso exacto de cálculo. La situación contemplada es cuando alguien se enfrenta a la posibilidad de pagar daños por hacer algo que pudiera estar mal y, de todos modos, lo hace deliberadamente porque piensa que el resultado le compensa.

En mi opinión, el demandante no ha demostrado que los demandados se hayan comportado en la manera que describe la Corte Suprema y, por tanto, no veo razón para conceder daños y perjuicios ejemplares al demandante.

Sentencia de la Corte:

Por todas las razones anteriormente expuestas, ordeno que se ejecute lo siguiente:

- i. Una declaración de que el demandante ha adquirido derechos nativos consuetudinarios (DNC) sobre las mencionadas 51 parcelas de tierra;
- ii. Que el segundo demandando pague al demandante una cantidad en compensación que será determinada de acuerdo con las disposiciones del Código de Tierras relativas a la extinción de



derechos nativos consuetudinarios;

iii. Se añadirán intereses a la compensación calculada de un 5 al 8% por año desde la fecha de las notificaciones de extinción hasta la fecha de la sentencia y su ejecución; y

iv. Las costas del proceso, si no hay acuerdo, a cargo del demandante.

Copia original firmada por Datuk David Wong Dak Wah, Juez

Nota: esta copia de la argumentación de la sentencia por la corte será revisada formalmente

NOTAS

1 Not. eds.: Se omiten los números de referencia de los testimonios.

2 Not.eds.: Números de pruebas, omitidos

3 Not. eds.: Parte de la cita ha sido omitida.

4 Not.edds.: Referencias a este caso en relación con el significado legal general de propiedad, omitidas

5 Not. eds.: se omiten los Artículos 4, 5, 6, 7, 8, 8 A, 9, 9 A y 10, también citados verbatim.

6 Not. eds.: se omiten los listados de pruebas.

AMERICA LATINA



La aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina

Por Loreto Ferrer

En América Latina habitan alrededor de 30 millones de personas indígenas pertenecientes a más de 520 pueblos diferentes. Distintos estudios sitúan el porcentaje de población indígena entre un 6 y un 10 por ciento del total de la población latinoamericana. Si bien la definición de quién es o no es indígena es todavía objeto de discusión y las categorías utilizadas en los censos nacionales varían mucho de país en país, existe amplio consenso entre los estados de la región acerca de la existencia de pueblos indígenas en el interior de sus fronteras como sujetos colectivos diferenciados titulares, al menos, de ciertos derechos específicos.

El reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento interno de muchos de los Estados de América Latina no tiene parangón en otras regiones del mundo. En los años noventa muchas constituciones nacionales pasaron a reconocer el carácter plurinacional y multiétnico de los estados, incluyendo en sus articulados el derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas, los derechos de autonomía y autogobierno y ciertos derechos sobre las tierras y territorios tradicionales.¹ Quince de los veintidós Estados parte del Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales son latinoamericanos.² Dos de ellos, Nicaragua y Chile, lo han ratificado recientemente, tras la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (*la Declaración*). Estos mimbres parecieran augurar un mayor compromiso por parte de los operadores de justicia de la región con los derechos recogidos en la Declaración como "entendimiento común fehaciente, en el plano global, del contenido mínimo de los derechos de los pueblos indígenas."³ De la revisión de sentencias llevada a cabo por las editoras para esta compilación se desprende, sin embargo, que los juzgados y tribunales de la región se mantienen reticentes a aplicar la Declaración o utilizarla como elemento interpretativo en sus argumentaciones.

1 Referencias a ciertos derechos de los pueblos indígenas se han incorporado, por ejemplo, a las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela

2 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Paraguay, Perú y Venezuela.

3 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 11 de agosto de 2008. S. James Anaya.

El llamado *GRULAC*, grupo de diálogo de Estados de América Latina y Caribe, constituyó, junto con la Unión Europea, el motor fundamental para el avance de la Declaración en las largas negociaciones que llevaron a su adopción en septiembre de 2007. Ocho Estados de la región patrocinaron el proyecto final de resolución,⁴ que fue aprobado con el voto a favor de la práctica totalidad de los estados latinoamericanos (únicamente Colombia se abstuvo). El enorme respaldo regional a la Declaración generó grandes expectativas en torno al posible cambio de posición en las instituciones nacionales que lograra avanzar hacia la efectiva aplicación de los derechos de los pueblos indígenas. El 18 de octubre de 2007, tan sólo un mes después de la adopción de la Declaración, el Tribunal Supremo de Belice dictó sentencia en el caso de las *Comunidades Mayas de Belice*. Por primera vez un tribunal nacional aplicaba expresamente la Declaración para perfilar las obligaciones del Estado, específicamente en lo que respecta a los derechos sobre tierras y territorios (ver la sentencia precedida por el comentario de Maia Campbell incluidos en este capítulo). El 31 de octubre del mismo año el Senado de Bolivia sancionó un proyecto de ley que trasponía la Declaración al ordenamiento interno, convirtiéndola en norma con rango de ley directamente aplicable por todos los tribunales nacionales.⁵ Lo que inicialmente pareció una tendencia positiva hacia la materialización de los postulados de la Declaración en el nivel nacional se reveló, sin embargo, como hechos aislados propiciados por personalidades singulares, como el Magistrado Jefe Conteh de la Corte Suprema de Belice, o por un contexto político excepcional en el caso de Bolivia.

“El enorme respaldo regional a la Declaración generó grandes expectativas en torno al posible cambio de posición en las instituciones nacionales”

Desde la adopción de la Declaración la mayor parte de los Estados latinoamericanos se han mostrado reacios a aceptar su aplicabilidad en el ámbito interno, relegándola al ámbito de lo meramente aspirativo. Muchos de los operadores de justicia en América Latina tienden a desconocer o a ignorar voluntariamente las obligaciones internacionales de sus Estados en materia de derechos humanos, muy especialmente cuando éstas se refieren a derechos colectivos de los pueblos indígenas. Así, muchos de los jueces y magistrados de la región desconocen la Declaración o, en el mejor de los casos, la consideran un documento de aspiraciones circunscrito al ámbito internacional. Esta tendencia a obviar la Declaración en la adjudicación de justicia en el nivel nacional contrasta, sin embargo, con los importantes avances doctrinales y jurisprudenciales acaecidos en el marco del sistema regional de promoción y protección de derechos humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la aplicación de la Declaración

El Sistema Interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948, en el marco de la Carta de la

4 Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú y República Dominicana. Proyecto de Resolución de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/61/L.67).

5 Sancionada por el Presidente Evo Morales el 7 de noviembre de 2007.



Organización de los Estados Americanos (OEA).⁶ Dos órganos fundamentales integran la estructura de protección y promoción de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano especializado creado en 1956 con la misión de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia.”⁷ Con sede en Washington DC, la Comisión está formada por siete expertos elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA. Para llevar a cabo sus labores de promoción, la Comisión elabora informes sobre la situación de derechos humanos en el continente, realiza visitas a países y celebra audiencias temáticas.⁸ En el año 1990 la Comisión creó la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas con el mandato de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área. La Comisión tiene, además, competencias contenciosas, actuando como una suerte de primera instancia internacional en relación con peticiones individuales que adjudica la Corte Interamericana. Finalmente, la Comisión tiene la potestad de dictar medidas cautelares, lo que ha hecho en diversas ocasiones para proteger a pueblos y comunidades indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, es un tribunal internacional creado por la Convención Americana y tiene su sede en San José, Costa Rica. Comenzó a funcionar con la entrada en vigor de la Convención en 1979 y tiene dos funciones fundamentales: la función contenciosa, entrando a juzgar casos de violaciones de los derechos humanos recogidos en la Convención Americana; y la función consultiva, realizando interpretaciones autorizadas de la Convención. Por último, la Corte puede adoptar las medidas provisionales que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia y, cuando se haga necesario, evitar daños irreparables a las personas. Las sentencias y resoluciones de la Corte son de obligado cumplimiento para todos aquellos estados que han ratificado la Convención Americana y han expresado formalmente la voluntad de someterse a la jurisdicción de la Corte.

A pesar de que la Convención Americana consagra exclusivamente derechos individuales, la Corte y la Comisión han desarrollado una extensa jurisprudencia afirmando los derechos colectivos de los pueblos indígenas mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. El primer pronunciamiento de la Corte afirmando los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue la sentencia del caso *Awas Tingni*, en el año 2001.⁹ En este caso la Corte afirmó que el artículo 21 de la Convención Americana, que reconoce el derecho de propiedad individual privada “... protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende,

⁶ Ver la web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr>

⁷ Artículo 112 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

⁸ Hasta la fecha se han realizado diversas audiencias temáticas centradas en la situación de los pueblos indígenas del continente. Pueden encontrarse en la web de la CIDH <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/advanced.aspx?lang=es>

⁹ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni* (fondo y reparaciones). Sentencia de 31 de agosto de 2001. Cte.I.D.H., Serie C (No 79 (2001)).

entre otros, los derechos de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.”¹⁰ El caso *Awas Tingni* abrió la puerta a una serie de pronunciamientos posteriores que han contribuido a desarrollar los contenidos mínimos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial los derechos sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales y otros derechos relacionados, como el derecho de consulta y participación, el derecho al consentimiento libre, previo e informado y el derecho de reparación. Para ello, la jurisprudencia interamericana ha interpretado la Convención Americana y la Declaración Americana a la luz de instrumentos internacionales como el Convenio n° 169 de la OIT y, más recientemente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Así, en la sentencia del caso *Saramaka vs Surinam*, la Corte se refirió específicamente a la Declaración para desarrollar las salvaguardas del derecho de propiedad y el derecho de participar en los beneficios como elemento inherente al derecho de indemnización reconocido por la Convención Americana.¹¹ Más recientemente, en el caso de *Sarayaku*, la Corte volvió a referirse a la Declaración para identificar los estándares internacionales de la consulta adecuada que obligan a Ecuador.¹²

El que la Corte Interamericana recurra a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas para definir los contenidos mínimos de los derechos de los pueblos indígenas supone un paso fundamental hacia su aplicación efectiva. Las sentencias de la Corte no sólo son obligatorias para el Estado afectado en el caso concreto (efecto *inter partes*) sino que constituyen interpretaciones dotadas de autoridad de los derechos consagrados en la Convención Americana, la Declaración Americana y el resto de instrumentos del sistema que obligan a los Estados parte. Esto es, tienen efecto *erga omnes*. Los derechos contenidos en la Declaración, como mínimo, deben servir a los Estados como parámetros para interpretar sus obligaciones en materia de derechos humanos de forma que protejan los derechos e intereses de los pueblos indígenas.

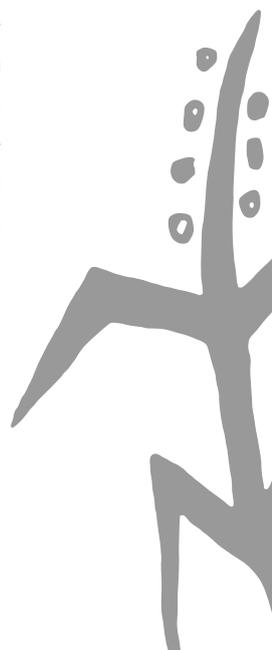
Aunque todavía insuficiente, es cada vez más frecuente la referencia a la jurisprudencia interamericana por parte de tribunales nacionales de la región. Así, en el caso de las *Comunidades mayas de Belice*, analizado posteriormente en este capítulo, la Corte Suprema basó gran parte de su argumentación en la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace del derecho internacional en el caso de las *Comunidades Maya del Distrito de Toledo*. Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T^ª 29^ª 11, comentada también en este capítulo, se refiere a la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Saramaka* a la hora de definir los parámetros del proceso de consulta.

10 Caso *Awas Tingni*. párr. 148.

11 Caso del pueblo *Saramaka* contra Surinam. Sentencia de 29 de noviembre de 2007. Cte.I.D.H Serie C No. 172 párrs.131 y 138. La Corte se refiere específicamente al art. 32 de la Declaración.

12 Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku vs Ecuador* (Fondo y reparaciones). 12 de junio de 2012. Cte.I.D.H .

“El caso *Awas Tingni* abrió la puerta a una serie de pronunciamientos posteriores que han contribuido a desarrollar los contenidos mínimos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas”



Por último, en el contexto del sistema interamericano merece la pena mencionar los trabajos de discusión del proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas. En el año 1989 la Comisión Interamericana señaló la conveniencia de desarrollar un instrumento interamericano específicamente dedicado a los pueblos indígenas. La Asamblea General de la OEA asumió ese objetivo y en el año 1997 la Comisión presentó su proyecto de Declaración. Las discusiones sobre el documento, sin embargo, se han dilatado enormemente y quince años después el texto continúa siendo examinado en el seno de un Grupo de Trabajo dependiente del Consejo Permanente de la OEA.¹³ En la actualidad, la vigencia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas hace cuestionar la necesidad o la utilidad de seguir promoviendo un instrumento similar de dimensión regional.

Los casos comentados

Se presentan en esta sección dos casos adjudicados por las máximas instancias en materia constitucional de Belice y Colombia. Aunque pertenecientes a subregiones diferentes y con tradicionales jurídicas distintas, en ambos casos los tribunales recurren al derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia interamericana y, específicamente, a la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas para perfilar las obligaciones de los Estados en el ámbito nacional. Ambas sentencias, además, se refieren a la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Esto no es de extrañar. Una gran parte de los casos abiertos ante tribunales locales y nacionales en América Latina relativos a pueblos indígenas se refieren, directa o indirectamente, a violaciones de sus derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales.

Por un lado, la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios hace que del respeto de estos derechos dependa no sólo su supervivencia material, sino también su legado cultural a generaciones futuras. Su respeto es por tanto fundamental para la supervivencia de los pueblos indígenas y elemento central de sus reivindicaciones. Por otro lado, estos derechos entran en conflicto directo con los proyectos de desarrollo económico que se están llevando a cabo en la región. Como consecuencia, los derechos territoriales son sistemáticamente violados y aquellos que los defienden son, en muchas ocasiones, criminalizados, amenazados o perseguidos. Las violaciones de los derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales están en la raíz de muchos de los conflictos sociales que se reproducen actualmente en los países de la región y se han instalado en los debates de la opinión pública.

Ambas sentencias, por tanto, asumen y aplican las obligaciones del Estado en el nivel internacional. Esto, sin embargo, no es frecuente en la región. Por esa razón hemos incluido aquí una referencia específica al caso de Argentina, al considerarlo un ejemplo paradigmático de los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas de la región: ante casos de violaciones de derechos colectivos de los pueblos indígenas los tribunales

¹³ Para más información ver la web del "Grupo de Trabajo encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas.asp>

nacionales y locales se limitan a aplicar las normas del ordenamiento interno obviando las obligaciones internacionales. En muchos casos ignoran incluso aquellas normas del ordenamiento interno que reconocen derechos colectivos de los pueblos indígenas y se limitan a interpretar y aplicar normas generales de derechos humanos referidas al conjunto de la población.

Loreto Ferrer trabaja en el Grupo Intercultural Almaciga coordinando proyectos y programas para la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los derechos sobre sus tierras y territorios. Es licenciada en Derecho y Economía y ha cursado maestrías en derechos humanos (en la Universidad de Columbia en Nueva York) y en Desarrollo y Ayuda Internacional (en la Universidad Complutense de Madrid). Con anterioridad ha trabajado en las Naciones Unidas y en el Programa Indígena de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).



Consulta previa y derechos territoriales en la jurisprudencia nacional y provincial de Argentina

Por Juan Manuel Salgado

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien en los últimos años la Corte Suprema ha dictado numerosos fallos decidiendo a favor de la parte indígena, en casi todos ellos su fundamentación fue exclusivamente basada en interpretaciones sobre la aplicación de la Constitución argentina y los tratados internacionales referidos a toda la población, especialmente en cuanto a la amplitud de los derechos protegidos en los recursos de amparo,¹ la obligatoriedad de los tribunales provinciales de aplicar el derecho federal (que incluye los tratados internacionales),² la necesidad de una adecuada fundamentación jurídica por parte de los tribunales provinciales³ o la legitimación procesal de instituciones indígenas⁴.

Únicamente en la sentencia que sigue la Corte Suprema se ha referido específicamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas:

"Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta" (Tomo 331 página 2119), fallo del 30 de septiembre de 2008.

En este caso el poder judicial de la Provincia de Salta había rechazado por razones formales un amparo interpuesto por la Comunidad Eben Ezer contra la decisión del gobierno de poner en venta tierras utilizadas por la Comunidad. La Corte no sólo se limitó a señalar que el amparo tiene como finalidad la tutela de garantías constitucionales que como tales no pueden limitarse por normas reglamentarias, sino que además destacó, con

1 Caso "Comunidad del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi", fallo del 11 de julio de 2002 (Tomo 325 pág. 1744); caso "Asociación de Comunidades Aborígenas Lhaka Honhat c/ Provincia de Salta", fallo del 15 de julio de 2004 (Tomo 327 pág. 2309); caso "Salas, Dino c/ Provincia de Salta y Estado Nacional", fallo del 29 de diciembre de 2008 (Tomo 331 pág. 2797) y caso "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro (Provincia del Chaco)", fallo del 18 de septiembre de 2007 (Tomo 330 página 4134).

2 Caso "Fermin", fallo del 22 de julio de 2008 (Tomo 331 pág. 1664) y Caso "Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén", fallo del 2 de junio de 2009 (Tomo 332 pág. 1338)

3 Caso "Asociación de Comunidades Aborígenas Lhaka Honhat" y "Confederación Indígena Neuquina", ya citados.

4 Caso "Comunidad del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi", ya citado y caso "Neuquen c/ Estado Nacional", fallo del 8 de junio de 2010 (Tomo 333 pág. 924).

cita de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos Yakyé Axa y Awás Tingni) y del Convenio 169 de la OIT, que la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras es particularmente apta para ser protegida mediante el proceso de amparo. Este es el único fallo favorable a los derechos de los pueblos indígenas en donde la Corte se apoya explícitamente en las normas y jurisprudencia específicas sobre protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Jurisprudencia Provincial.

Río Negro

“Co.De.C.I. de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo”, fallos del Superior Tribunal de Justicia del 3 de noviembre de 2004 y 16 de agosto de 2005.

El Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas (Co.De.C.I.), organismo autónomo del Estado provincial creado por la Constitución de Río Negro, en el cual la mayoría de sus autoridades es designada por los pueblos indígenas representados, demandó al Estado Provincial la suspensión de los trabajos de exploración minera en territorios de comunidades indígenas, realizados sin la previa consulta y participación a dichas comunidades.

En el primero de los fallos el Superior Tribunal de Justicia decidió que, contrariamente a lo sostenido por el Estado, si bien el Co.De.C.I. es un organismo de la administración pública, su carácter intercultural, que incluye cierta representación de las comunidades involucradas, lo habilita para demandar judicialmente al Estado provincial. En la sentencia definitiva el Superior Tribunal ordenó al Estado y a todos sus organismos (Dirección General de Minería, Consejo de Medio Ambiente, Dirección de Tierras y Colonización, Departamento Provincial de Aguas y Fiscalía de Estado) el cumplimiento de los derechos de consulta y participación de las comunidades involucradas y la demarcación de las tierras. Ambas decisiones fueron fundadas en los derechos específicos de los pueblos indígenas, tal como los establecen las constituciones de Río Negro y de la Nación Argentina, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la O.I.T. y, en general, el derecho internacional de los derechos humanos.

“Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ Desalojo”, fallo del Juzgado Civil N° 5 de San Carlos de Bariloche del 12 de agosto de 2004.

Se trata de un juicio de desalojo contra miembros del Pueblo Mapuche. El fallo rechazó la demanda en base a la posesión indígena, a la que distinguió del código civil.

“La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda

**“La Corte destacó
(...) que la
especial relación
de los pueblos
indígenas con sus
tierras es
particularmente
apta para ser
protegida
mediante el
proceso de
amparo”**



ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional."

"Figueirido, Barbara s/ denuncia de usurpación" (caso Tacul), fallo del Juzgado de Instrucción Criminal y Correccional II de San Carlos de Bariloche del 26 de octubre de 2007.

Los denunciados por usurpación, miembros de una comunidad indígena, fueron sobreseídos por cuanto ejercían la posesión tradicional en los términos en que ésta se encuentra protegida por la Constitución y el Convenio 169 de la O.I.T.

Neuquén⁵

"Duarte Pedro contra Claleo Silvia y otros S/Interdicto" fallo del Juzgado de Primera Instancia, 9 de noviembre de 2012.

La Justicia de Neuquén falló a favor de la Comunidad Mapuche Tuwun Kupalmeo Maliqueo, que había sido denunciada en 2009 por "usurpar" un territorio donde produce y vive desde tiempos inmemoriales. La sentencia es inédita en cuanto reconoce derechos sobre tierras de veranada (se utilizan sólo una parte del año) y porque aplica el derecho indígena, de mayor jerarquía, por sobre el Código Civil. La sentencia marca un antecedente importante para decenas de casos en el que empresarios cierran las veranadas de las comunidades indígenas.

El juzgado de primera instancia rechazó el interdicto de recobrar la posesión interpuesto por el terrateniente demandante Duarte y dio un paso más al remarcar la prevalencia del derecho indígena (Convenio 169 de la OIT, Constitución Nacional, Constitución de Neuquén artículo 53† y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "No cabe sino concluir en la legitimidad de la posesión ejercida por la comunidad mapuche sostenida en el reconocimiento ínsito en las normas internacionales y en el mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional que establece que toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria, mereciendo recalcarse que la posesión comunitaria no es la individual del Código Civil enarbolada por el denunciante (Duarte), sino la común de rango constitucional, supremo*derivada de la sencilla razón de preexistir al Estado"

"Comunidad Mapuche Mellao Morale c/ Corporación Minera del Neuquén S.E. s/ Acción procesal administrativa", fallo del Tribunal Superior de Justicia del 28 de septiembre de 2009.

⁵ Hay una sentencia de primera instancia muy interesante, con citas de derecho internacional, en el juicio "Petrolera Piedra del Aguila S.A. c/ Curruhuinca, Victorino y otros s/ Amparo", del juez subrogante Mario Tommasi de Cutral Co. Pero no está firme y es dudosa su confirmación luego de recientes fallos del Tribunal Superior que ordenaron que la causa pueda ser apelada por la Fiscalía de Estado provincial. Por ese motivo no la agrego al informe.

El Estado provincial, a través de la Corporación Minera, había decidido iniciar actividades de exploración y explotación de minería a cielo abierto en territorio de la Comunidad Mapuche Mellao Morales, sin realizar ningún proceso previo de consulta. El Tribunal Superior de Justicia, luego de considerar otras cuestiones procesales, en el punto IX de la resolución dictó la prohibición de innovar como medida cautelar hasta tanto se resolviera la nulidad de la decisión estatal. La medida fue fundada en el derecho a la participación y consulta de los pueblos indígenas (Constitución Nacional y Convenio 169 de la O.I.T.).⁶

Jujuy

"Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. B/ 25.032/97 (Sala II Cámara Civil y Comercial) Demanda por prescripción adquisitiva: Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero (Pueblo Ocloya c/ Cosentini César Eduardo", fallo del Superior Tribunal de Justicia del 27 de diciembre de 2005.

La Comunidad inició un juicio por la propiedad de las tierras invocando la posesión indígena y además la prescripción adquisitiva del código civil. El fallo le hace lugar al pedido pese a que el particular demandado había presentado documentos en donde los miembros de la Comunidad le pedían "permiso" para utilizar las tierras (lo que significaría un reconocimiento de la propiedad ajena). El Tribunal sostuvo que esos documentos eran inválidos por lo dispuesto en el artículo 17.3 del Convenio 169 de la OIT.

"Acción de Amparo: Andrada de Quispe Rosalía Ladiez, Lucio Vásquez, Nicolás Vilca, Primo Guanuco, Raúl Alberto Ramos, René Clpachay González, Flora Elsa Curz, Severiano Lamas, Petrona Siveria Salas, Samuel Abel Camacho c/ Estado Provincial", fallo del Tribunal Contencioso Administrativo del 2 de mayo de 2006.

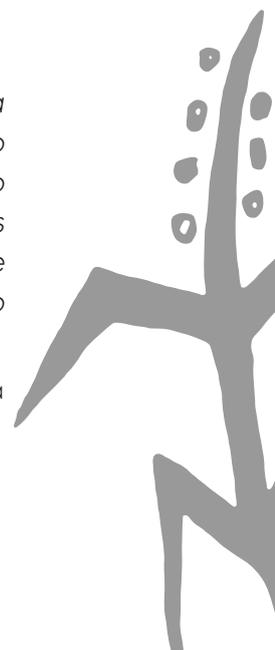
El fallo hace lugar a una acción de amparo presentada por miembros de una comunidad indígena que solicitaban que el Estado se abstuviera de otorgar tierras en forma individual hasta que las tierras comunitarias no se hallaran delimitadas y que además se diera a la comunidad la participación que establece el Convenio 169 de la O.I.T.

Chaco

"Asociacion Comunitaria de Nueva Pompeya, Asociacion Comunitaria de Comandancia Frias y Asociacion Comunitaria Nueva Población c/ Provincia del Chaco y/o Subsecretaría de Recursos Naturales Medio Ambiente de la Provincia del Chaco, Instituto de Colonización del Chaco y/o QRR s/ Accion de Amparo colectivo de intereses difusos", fallo del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 6 de la ciudad de Resistencia del 17 de diciembre de 2004, fallo dela Cámara Contencioso Administrativo

⁶ Sin embargo en sentencias posteriores el mismo Tribunal rechazó la aplicación del Convenio 169 de la O.I.T.

“La Justicia de Neuquén falló a favor de la Comunidad Mapuche Tuwun Kupalmeo Maliqueo, que había sido denunciada en 2009 por “usurpar” un territorio donde produce y vive desde tiempos inmemoriales”



del 6 de junio de 2006 y fallo del Superior Tribunal de Justicia del 25 de febrero de 2008.

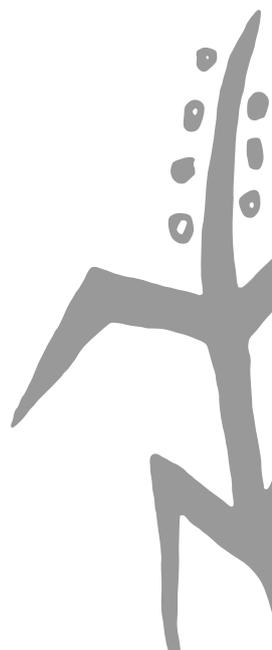
Con fundamento en normas constitucionales y en el Convenio 169 de la O.I.T. el fallo de primera instancia, confirmado por los tribunales de apelación, declara la inconstitucionalidad de una ley provincial por omisión de mecanismos de consulta y participación a los pueblos indígenas y ordena la suspensión de la tala de bosques nativos que afecta a las comunidades demandantes.

Tucuman

"De Zavalía Aguilar, Federico Ernesto c/ Comunidad de Amaicha del Valle s/ Cumplimiento de contrato – Incidente de levantamiento de embargo promovido por Comunidad Amaicha del Valle", fallo del juzgado de primera instancia de San Miguel de Tucumán del 29 de mayo de 2006.

Se trata de un incidente de embargo a las tierras de una comunidad indígena cuya inscripción estatal era como asociación civil. El fallo aplica el principio de autodefinición reconocido en el Convenio 169 de la O.I.T. y resuelve que más allá de la forma asociativa de derecho privado dada por el Estado, se trata de una comunidad indígena y en consecuencia, por normas constitucionales argentinas, su territorio no puede ser embargado.

Juan Manuel Salgado nació en 1954 en la provincia de Río Negro, Argentina. Se licenció en Derecho y desempeñó los cargos de fiscal federal y juez penal en la provincia de Neuquén. En 1997 asumió la defensa de comunidades indígenas y de la Confederación Mapuche de Neuquén. Ha presidido la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Actualmente es director del Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (ODHPI) y asesora a comunidades y organizaciones indígenas de Chubut. Es co*autor del libro "Convenio 169 de la OIT. Su aplicación en el derecho interno argentino."



El Caso de las Comunidades Maya de Belice

Por Maia S. Campbell

El 18 de octubre de 2007, el Tribunal Supremo de Belice dictó una sentencia clave reafirmando los derechos de las comunidades indígenas Maya de Belice a sus tierras tradicionales y recursos y declarando esos derechos protegidos por la Constitución de Belice en base al derecho internacional aplicable. Tras esta sentencia, el Relator Especial de las Naciones Unidas para los derechos humanos de los pueblos indígenas, S. James Anaya, declaró que “esta sentencia constituye la aplicación más avanzada del derecho internacional por un tribunal nacional para reconocer los derechos de los grupos indígenas a sus tierras tradicionales y recursos.” En particular, esta ha sido la primera sentencia de un tribunal nacional en aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, apenas un mes después de que fuera adoptada por la Asamblea General de NN.UU el 13 de septiembre de 2007.

El caso

Representantes y miembros de las comunidades de Conejo y Santa Cruz presentaron dos demandas separadas alegando que el gobierno estaba violando la Constitución de Belice al “no reconocer, proteger y respetar los derechos consuetudinarios de los demandantes sobre sus tierras, que están basados en los usos y ocupación tradicionales de la tierra por parte del pueblo Maya”¹. Dado que no existe reconocimiento específico en la Constitución ni en otros documentos legales de los derechos sobre las tierras basados en la posesión consuetudinaria por parte de los pueblos indígenas, las demandas alegaban violaciones

* Extractos de “El Caso de las Comunidades Maya de Belice: Cambiando la Tendencia al Abandono por parte de los gobiernos para garantizar los derechos indígenas sobre sus tierras” por Maia S. Campbell y S. James Anaya. 8 Human Rights Law Review 377 (en <http://hrj.oxfordjournals.org/content/8/2/377.full>) y otros artículos de Maia S. Campbell.

1 Demanda, Aurelio Cal et al. (Comunidad de Santa Cruz) v. A.G., No. Demanda. 171 de 2007; Demanda, Coy et al. (Comunidade Conejo) v. A.G., No Demanda. 172 de 2007, disponible en: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimFormSantaCruz.pdf (Santa Cruz) y http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimFormConejo.pdf (Conejo). Para un resumen de los argumentos de los demandantes (Demandas Nos. 171 y 172 de 2007) y Apendices (13 June 2007) (donde se detallan los argumentos y las aserciones factuales), disponible en: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/

de los derechos de propiedad, a la igualdad y a la vida tal y como se afirman en la Constitución de Belice. Los demandantes Maya pidieron al tribunal que declarara que las comunidades poseían un 'título consuetudinario' sobre sus tierras y que requiriera al gobierno que 'determinara, demarcara y diera títulos de propiedad' de esas tierras, de acuerdo con el derecho consuetudinario y prácticas tradicionales de las comunidades Maya; y que 'se abstuviera de realizar ningún acto que pudiera...afectar la existencia, valor, uso y disfrute' de esas tierras sin el consentimiento libre e informado de las comunidades.

Para reforzar la demanda constitucional, los demandantes presentaron información jurídica adicional que invocaba el derecho internacional, en particular la interpretación aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o simplemente la Comisión) en el *Caso de las Comunidades Maya del Distrito de Toledo contra Belice* ('el caso de las *Comunidades Maya*').² En ese caso, la Comisión Interamericana constató la existencia de un sistema de tenencia tradicional de tierra entre las comunidades Maya del sur de Belice, incluyendo los pueblos de Conejo y Santa Cruz, y mantuvo que esa tenencia tradicional constituía propiedad bajo el derecho internacional de derechos humanos. Los documentos legales presentados por los demandantes también se referían al derecho común, que en otros sistemas legales derivados del derecho británico concede 'título nativo o aborígen'.

La Corte Suprema de Belice, que ostenta jurisdicción general sobre asuntos constitucionales, consolidó las dos demandas en un único proceso poco después de su presentación y juzgó el caso entre el 18 y el 21 de junio de 2007.

La posición de los demandantes era diametralmente opuesta a la defensa del gobierno, que se apoyaba en la negación de la existencia de derechos de propiedad Maya basados en tenencia tradicional de las tierras, a pesar de que reconociera 'los derechos...basados en un uso y ocupación continuados' en los Diez Puntos de Acuerdo – un acuerdo firmado entre el gobierno de Belice y los líderes Maya del sur de Belice en el año 2.000.³ A pesar de la insistencia del juez, el abogado del gobierno nunca explicó esta inconsistencia. En cambio, argumentó que las comunidades Maya contemporáneas, habiéndose desarrollado en sus emplazamientos actuales después de la declaración de soberanía británica sobre el territorio actual de Belice en 1.862, no podían establecer una conexión continua o suficientemente larga con las tierras que hoy en día ocupan. El

2 Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo contra Belice. Informe N°40/04 (2004). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [de ahora en adelante 'Informe Final sobre las Comunidades Mayas].

3 Diez puntos de acuerdo entre el gobierno de Belice y el pueblo maya del sur de Belice (12 de octubre del 2000).

**“James Anaya,
declaró que
“esta sentencia
constituye la
aplicación más
avanzada del
derecho
internacional por
un tribunal
nacional para
reconocer los
derechos de los
grupos indígenas
a sus tierras
tradicionales y
recursos”**



gobierno argumentó que los Maya no poseen ningún título sobre las tierras dado que todos los derechos nativos habían sido extinguidos con la declaración de soberanía británica, la creación de las reservas indias y la emisión de cesiones y concesiones de tierras bajo las Ordenanzas de la Corona sobre Tierras de 1.872. Estos argumentos empleaban caracterizaciones altamente controvertidas sobre los sucesos históricos y legales relevantes que favorecían el dominio colonial y del estado sobre el territorio. El gobierno instó a no dar ningún peso al derecho internacional contemporáneo ni a la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La sentencia de la Corte Suprema

La Corte falló del lado de los maya en una sentencia que desafía y pretende revertir la arraigada oposición gubernamental a la existencia comunitaria y a los sistemas de tenencia de la tierra de los maya. El 18 de octubre de 2007 la Corte Suprema de Belice dictó sentencia en los casos de Conejo y Santa Cruz, fallando totalmente a favor de las partes maya. En esta sentencia histórica, el Juez Jefe Conteh decidió que Belice está obligado a cumplir, reconocer, respetar y proteger el derecho consuetudinario de los maya a sus tierras no solo por la Constitución de Belice, sino también por los tratados internacionales y el derecho internacional consuetudinario. Afirmó que la omisión del gobierno de Belice al no reconocer el derecho consuetudinario de las comunidades maya sobre sus tierras viola sus derechos a la propiedad, a la igualdad y a la vida protegidos por la Constitución.

La sentencia de la Corte se basó en la “abrumadora” evidencia presentada por los demandantes Maya sobre la existencia de sistemas de tenencia tradicional de la tierra. Al concluir que los derechos de los maya sobre sus tierras y recursos están protegidos bajo la Constitución de Belice, el Magistrado Jefe Conteh afirmó: “No dudo que los derechos e intereses de los demandantes sobre sus tierras de acuerdo con el la tenencia tradicional de la tierra constituyen una forma o tipo de propiedad en general. No hay duda de que esta forma de propiedad, de acuerdo con las pruebas, nutre y mantiene a los demandantes, su forma de vida y su propia existencia”.

El Magistrado Jefe afirmó además que Belice había violado los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las comunidades Maya de Conejo y Santa Cruz al no reconocer y proteger las tierras maya, y al emitir concesiones, cesiones de tierra y concesiones forestales y para la explotación petrolera en las tierras ancestrales: “Creo que este trato discriminatorio proviene en gran medida del hecho de que los demandantes son maya y practican un sistema de tenencia tradicional de la tierra. El hecho de que los demandados no hayan reconocido y validado este sistema viola la garantía constitucional de igualdad y no discriminación.”

La Corte Suprema de Belice también concluyó que el gobierno había violado el derecho a

la vida, a la libertad, a la seguridad personal y a la protección efectiva de la ley de los miembros de las comunidades de Conejo y Santa Cruz porque “sin la protección legal de sus derechos e intereses sobre su tierra tradicional el disfrute de su derecho a la vida y su forma de vida y bienestar se verían seriamente afectados y amenazados”.

En su razonamiento la Corte se basó en precedentes de otras jurisdicciones de la Commonwealth y de otros instrumentos de derecho internacional aplicables, incluyendo la recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Las obligaciones legales internacionales de Belice

El Magistrado Jefe concluyó la sentencia del caso de las Comunidades Maya ofreciendo un panorama general de las obligaciones internacionales de Belice:

“No puedo cerrar esta sentencia sin destacar algunas de las obligaciones de Derecho Internacional que corresponden a los demandados como representantes del Estado de Belice. Por supuesto, este es un procedimiento judicial interno; sin embargo, indudablemente, los asuntos que se han abordado se ven afectados por algunas de las obligaciones de Derecho Internacional del Estado. Considero que algunas de estas obligaciones concuerdan con algunos artículos de la Constitución de Belice, algo que he advertido con anterioridad.

El Magistrado Jefe se remitió al Derecho Internacional para apoyar sus conclusiones sobre los derechos de los Maya a las tierras de dos formas diferentes pero interrelacionadas. Primero, la Corte Supremo invocó el Derecho Internacional como guía interpretativa para comprender el contenido de los derechos de propiedad, a la no discriminación y a la vida. Según el Magistrado Jefe Conteh, las obligaciones internacionales de Belice respecto a los pueblos indígenas “tuvieron mucho peso en este caso a la hora de interpretar los artículos de derechos humanos fundamentales de la Constitución afectados por el conjunto de asuntos tratados, en particular, los derechos de propiedad, el derecho a la vida, a la seguridad de la persona, a la protección de la ley y el derecho a la no discriminación”.

La Corte Suprema interpretó los principales derechos constitucionales de forma que se alinearan con las normas de Derecho Internacional correspondientes, afirmando que “en el Derecho Internacional contemporáneo se considera que el derecho de propiedad incluye los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales y recursos naturales”. De este modo, el Magistrado Jefe invocó el Derecho Internacional de forma que reforzara su

“...el Juez Jefe Conteh decidió que Belice está obligado a cumplir, reconocer, respetar y proteger el derecho consuetudinario de los maya a sus tierras”

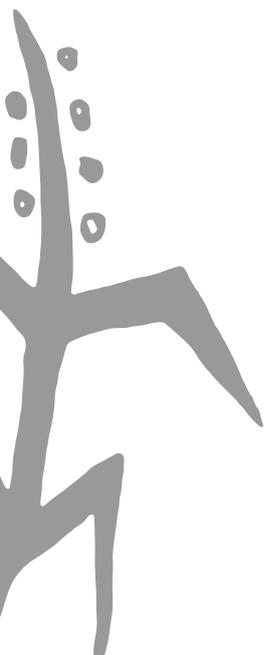


interpretación de los derechos constitucionales relevantes como protectores de los derechos de los maya de Belice sobre sus tierras tradicionales y recursos.

En segundo lugar, la Corte Suprema invocó el Derecho Internacional para reforzar su conclusión de que Belice está obligada a respetar los derechos constitucionales en la esfera nacional señalando que Belice se ha comprometido a respetar derechos análogos en el ámbito internacional. El Magistrado Jefe enfatizó que Belice "... es un miembro de la comunidad internacional y ha adquirido compromisos en algunos tratados humanitarios que tienen impacto en este caso". La Corte Suprema destacó que Belice es parte de varios tratados internacionales, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra todas las formas de discriminación racial, y la Carta de la Organización de Estados Americanos, y que todos han sido interpretados autoritativamente como instrumentos que exigen a los estados respetar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Implícitamente, el Magistrado Jefe razonó que sería incoherente por parte de Belice comprometerse a respetar derechos en el ámbito internacional y negarse a respetar esos mismos derechos en el ámbito nacional. La Corte concluyó que Belice "está obligada, tanto por la legislación nacional como por el Derecho Internacional a respetar los derechos e intereses de los demandantes sobre las tierras y recursos objeto de este caso como miembros de la comunidad maya".

En particular, el Magistrado Jefe se basó en el informe final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Comunidades Maya de Belice, que concluyó que el sistema de tenencia consuetudinaria de la tierra de los maya constituye propiedad protegida por la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, y por extensión por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, otro de los tratados internacionales de los que Belice es parte. En su defensa, el gobierno se opuso radicalmente a este enfoque y argumentó que el informe de la Comisión no era vinculante para Belice y debiera ser ignorado, afirmando que "si la Corte se limitara a adoptar las conclusiones de la Comisión sin más, esto supondría que la Corte estaría aplicando un tratado internacional y claramente caería en el ámbito de lo no judicializable." Sin embargo, el Magistrado Jefe concluyó que a pesar de que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no son en sí mismos vinculantes, él "no podría ignorarlos: y podría incluso encontrarlos persuasivos cuando sea apropiado y convincente".

Aparte de las obligaciones de Belice derivadas de los tratados, la Corte concluyó que "tanto el derecho internacional consuetudinario como y los principios generales del Derecho Internacional requieren que Belice respete los derechos de sus pueblos indígenas a sus tierras y recursos". Hasta donde nosotros sabemos, esta es la primera sentencia judicial que ha aplicado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, con el voto afirmativo de Belice. La Corte Suprema se basó en la Declaración de las Naciones Unidas como reflejo de los principios generales del Derecho



Internacional, y estableció que “los demandantes no estarían dispuestos, o incluso se resistirían, a adoptar ninguna medida en detrimento de los artículos de esta Declaración importando como hace, desde mi punto de vista, importantes obligaciones para el Estado de Belice con respecto a los derechos de los indígenas maya a sus tierras y territorios”. La Corte también citó el Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales como relevante para las obligaciones de Belice con respecto a sus pueblos indígenas, aunque Belice no sea todavía parte del Convenio.

Esta sentencia ha sentado precedente que afecta a más de treinta y ocho comunidades Maya que viven en el sur de Belice. La Corte ordenó que el gobierno de Belice determine, demarque y titule las tierras tradicionales de Conejo y Santa Cruz. Esto requerirá que el gobierno adopte reformas legales y administrativas para titular las tierras maya basándose en su sistema tradicional de tenencia de la tierra, que se expandirá a otras comunidades maya del distrito de Toledo, en Belice. De acuerdo con Gregororio Choc, portavoz de la Alianza de Líderes Maya, “la sentencia es un logro histórico para la comunidad maya de Belice, y marca la culminación de más de doce años de trabajo de defensa legal en el ámbito nacional e internacional por parte de grupos maya para la protección de sus tierras tradicionales.”

Más importante, esta es una de las pocas sentencias nacionales, si no la única, que identifica expresamente el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del Derecho Internacional como vinculantes. Así, la sentencia de Belice extiende el alcance de las normas de derechos sobre tierras consagradas en los instrumentos internacionales que no son en sí mismas vinculantes más allá de meros estándares interpretativos de carácter aspiracional o ideal, hacia una clara aceptación de estos derechos.

Maia Campbell es oficial de derechos humanos en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra y trabaja en el mandato del Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas. Previamente fue un miembro clave del equipo de abogados que defendió a las comunidades maya en su exitoso caso ante la Corte Suprema de Belice. También apoyó a la comunidad Awas Tingni de Nicaragua con la implementación de la sentencia del año 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre sus tierras. Se graduó en Pomona College y es licenciada en Derecho por la Universidad de Arizona.

“...la sentencia es un logro histórico para la comunidad maya de Belice, y marca la culminación de más de doce años de trabajo de defensa legal”





CORTE SUPREMA DE BELICE 2007

DEMANADAS CONSOLIDADAS N. 171 DE 2007 entre AURELIO CAL en su nombre y en el de la población maya de Santa Cruz y BASILIO TEUL, HIGINIO TEUL, MARCELINA CAL TEUL y SUSANO CANTI, demandantes, y EL FISCAL GENERAL DE BELICE y el Ministro de Recursos Naturales y Medio Ambiente, demandados y DEMANDA NO. 172 de 2007 entre MANUEL COY en su nombre y en el de la población maya de Conejo, y MANUEL CAAL, PERFECTO MAKIN y MELINA MAKIN, demandantes, y EL FISCAL GENERAL DE BELICE y el Ministro de Recursos Naturales y Medio Ambiente, demandados.

Ante el Honorable Abdulai Conteh, Presidente del Tribunal
Sra. Antoinette Moore por los demandantes
Sra. Nichola Cho con Sra. Andrea McSweeney McKoy por los demandados.

SENTENCIA

1. Los demandantes y la naturaleza de su caso

Esta sentencia se refiere a dos demandas consolidadas que plantean, en esencia, la misma cuestión. Todos los demandantes tienen en común el hecho de que son miembros de las comunidades mayas del sur de Belice. El primer grupo de demandantes, de la demanda número 171 de 2007, viven en la población maya de Santa Cruz y el primer demandante, Aurelio Cal, es el alcalde electo de dicha población de Santa Cruz y presenta la demanda en su propio nombre y en el de la población demandante. Los otros demandantes son todos miembros de la citada población de Santa Cruz.

El segundo grupo de demandantes, en la demanda número 172 de 2007, viven en la población maya de Conejo, y el primer demandante, Manuel Coy, es el alcalde electo de la población de Conejo y presenta la demanda en su propio nombre y en el la citada población de Conejo. Los demás demandantes son también miembros de la población de Conejo.

2. Los demandantes han iniciado los procedimientos solicitando reparación por presuntas violaciones de las secciones 3, 3(a); 3(d): 4: 16 y 17 de la Constitución de Belice. Estas violaciones, alegan, se derivan de que el Gobierno de Belice no reconoce, protege y respeta sus derechos consuetudinarios a las tierras que, según declaran, se basan en el uso y ocupación tradicional de las tierras del pueblo maya, incluidos los miembros de las poblaciones de Santa Cruz y de Conejo. Los derechos territoriales consuetudinarios, alegan, constituyen propiedad, que como otros intereses de propiedad en Belice, son o deberían ser protegidos por la Constitución.

Alegan que la naturaleza de derechos a la propiedad de estos derechos está afirmada en el derecho consuetudinario maya, el derecho internacional de derechos humanos y el derecho común. En particular, alegan que los derechos territoriales consuetudinarios del pueblo maya de Belice, incluidos los de los demandantes, han sido reconocidos y afirmados como derechos de propiedad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo contra Belice** (véase más adelante).

3. Los demandantes alegan también que el Gobierno de Belice, de manera continuada, no ha reconocido y protegido sus derechos a la propiedad en las tierras que ellos y sus ancestros han usado y ocupado tradicionalmente, y que no conceder el mismo reconocimiento y la misma protección legal a los derechos consuetudinarios mayas a la propiedad que se concede a otras formas de propiedad, es una discriminación y una violación de las secciones 3 y 16 de la Constitución de Belice.

4. Los demandantes afirman además, en relación con la población de Conejo, que el 5 de mayo de 2006, se presentó una solicitud por escrito al Gobierno de Belice solicitando la demarcación y el reconocimiento de las tierras de la población de Conejo. Esta solicitud, afirman, se presentó al Primer Ministro de Belice junto con un mapa de la población de Conejo y con los acuerdos escritos de las poblaciones vecinas reconociendo los límites de la población de Conejo señalados en el mapa. Los demandantes alegan que no hubo respuesta del Gobierno de Belice.

5. En relación con la población de Santa Cruz, los demandantes dicen que el 22 de febrero de 2007, se envió una carta al Gobierno solicitando que emitiese de forma inmediata una declaración pública reconociendo que Santa Cruz disfruta de derechos sobre las tierras y recursos que sus miembros han usado y ocupado tradicionalmente, y que emitiese, de forma inmediata, una directiva dirigida a todos los ministerios y departamentos gubernamentales exigiéndoles que llevaran a cabo sus funciones en consonancia con esos derechos. Los demandantes afirman que no se acusó recibo de su carta ni hubo respuesta a su solicitud.

6. Todos los demandantes afirman además que el gobierno, en particular el Ministerio de Recursos Naturales y Medio Ambiente, han emitido o amenazado con emitir arrendamientos, licencias y concesiones sobre esas tierras sin respetar la tenencia tradicional de Santa Cruz y Conejo.

7. Estas acciones y omisiones, dicen los demandantes, violan los derechos a la propiedad afirmados en las secciones 3(d) y 17 de la Constitución de Belice, además de los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad de las personas y a la protección de la ley que se afirman en las secciones 3(a) y 4 de la Constitución de Belice.



8. Por último, los demandantes afirman que el pueblo maya vive, cultiva, caza y pesca, recolecta plantas medicinales, materiales de construcción y otros recursos forestales, y lleva a cabo ceremonias y otras actividades en las tierras de sus comunidades y en sus alrededores, y que estas prácticas han ido evolucionando, a lo largo de siglos, a partir de los patrones de uso y ocupación de la tierra del pueblo maya. Afirman que los derechos a la propiedad derivados de estas prácticas consuetudinarias son fundamentales para su supervivencia física y cultural.

9. Por tanto, los demandantes piden en este proceso la siguiente reparación a esta Corte:

a) *Una declaración de que las poblaciones demandantes de Santa Cruz y Conejo y sus miembros tienen, respectivamente, derechos comunales e individuales sobre las tierras y recursos que han utilizado y ocupado de acuerdo con las prácticas consuetudinarias mayas y que estos derechos constituyen "propiedad" con el significado que tiene en las secciones 3(d) y 17 de la Constitución de Belice.*

b) *Una declaración de que las poblaciones maya de Santa Cruz y Conejo tienen título colectivo a las tierras que sus miembros han usado y ocupado tradicionalmente dentro de los límites establecidos por las prácticas mayas consuetudinarias; y que este título colectivo incluye los derechos e intereses individuales derivados de los miembros de las poblaciones que estén de acuerdo y sujetos al derecho consuetudinario de Santa Cruz y Conejo.*

c) *Una orden para que el gobierno determine, demarque y proporcione documentación oficial del título y derechos de Santa Cruz y Conejo de acuerdo con el derecho y prácticas consuetudinarias mayas sin perjuicio de los derechos de las poblaciones vecinas.*

d) *Una orden para que los demandados cesen y se abstengan de cualquier acción que pudiera hacer que agentes del propio gobierno, o terceras partes actuando con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, valor, uso o disfrute de la propiedad situada en el área geográfica ocupada y utilizada por los mayas de Santa Cruz y Conejo a menos que tales actos cuenten con su consentimiento informado y cumplan con las salvaguardas de la Constitución de Belice. Esta orden incluirá, aunque sin limitarse a ello, prohibición de que el gobierno:*

i. *conceda cualquier licencia o concesión sobre tierras y recursos según la Ley Nacional de Tierras o cualquier otra Ley*

ii. *registre intereses de ese tipo en esta tierra*

iii. *emita cualquier regulación relativa al uso de las*

tierras o recursos y

iv. emita cualquier concesión para la explotación o recolección de recursos, incluidas concesiones, permisos o contratos que autoricen la tala, prospección o exploración, minería o cualquier actividad similar según la Ley Forestal, Ley de Minas y Minerales, Ley del Petróleo, o cualquier otra ley.

10. Los demandados y su defensa

Los demandados en las dos demandas consolidadas son, nominalmente, el Fiscal General de Belice y el Ministro de Recursos Naturales y Medio Ambiente. Sin embargo, no puede discutirse que las demandas se dirigen, de hecho, contra el Gobierno de Belice, porque es por sus acciones y políticas por las que reclaman los demandantes en este proceso.

11. Debe decirse que la defensa originalmente presentada el 4 de junio de 2007 en este caso era, como mínimo, concisa y lacónica y era casi una admisión de la denuncia de los demandantes. Carecía de particulares que permitieran saber a los demandantes por qué no se atendían sus demandas. Señalé este aspecto varias veces en el curso de la audiencia a la señora Nicola Cho, la respetable abogada defensora. Eventualmente, el último día de la audiencia, el 21 de junio de 2006, con permiso del tribunal y sin objeción por parte de la señora Antoinette Moore, abogada de los demandantes, se presentó una defensa más sustantiva. Concedí permiso para que así se hiciera en interés de la justicia pero, sobre todo, en vista del hecho de que las partes se habían puesto de acuerdo sobre las cuestiones que debían tratarse en este proceso. Se volverá a tratar de la defensa más adelante.

12. Cuestiones acordadas por las Partes

a) 1. Si existe en el sur de Belice, tenencia de la tierra consuetudinaria maya.

2. Si los miembros de las poblaciones de Conejo y Santa Cruz tienen intereses en las tierras basados en la tenencia de tierra consuetudinaria maya y, si este es el caso, la naturaleza de dichos intereses.

3. Si los miembros de las poblaciones de Conejo y Santa Cruz tienen algún interés en las tierras basado en la tenencia de tierras consuetudinaria maya:

a) si dichos intereses constituyen "propiedad" protegida por las secciones 3(d) y 17 de la Constitución.

b) si las acciones y omisiones del gobierno violan los derechos a la propiedad de los demandantes recogidos en las secciones 3(d) y 17 de la Constitución de Belice.

c) si las acciones y omisiones del gobierno violan el derecho de los demandantes a la igualdad garantizados en las secciones 3 y 16 de la

Constitución.

d) Si las acciones y omisiones del gobierno violan el derecho de los demandantes a la vida, a la libertad, a la seguridad personal y a la protección de la ley de acuerdo con las secciones 3(a) y 4 de la Constitución.

13. La evidencia

Cada parte presentó extensos affidávit y voluminosas pruebas, trece por parte de los demandantes, además de cinco informes de expertos en affidávit, acompañados también de pruebas; los demandados presentaron nueve affidávit junto con pruebas. Los demandantes llamaron además a nueve testigos que, además de los affidávit, dieron testimonio *viva voce* y todos, salvo Elizabeth Gage que presentó un video de ella y de George Gage, fueron interrogados por la señora Cho por la defensa.

14. A partir de la evidencia presentada en este caso, es manifiesto que las comunidades mayas del distrito de Toledo, que incluyen a los actuales demandantes, no han permanecido exactamente inactivos en su demanda de derechos a ocupar, cazar, pescar y utilizar de otras formas las áreas del distrito de Toledo tradicionalmente poseídas por los mayas de acuerdo con su tenencia consuetudinaria de la tierra y con el derecho común y el derecho internacional pertinente.

15. De hecho, el 3 de diciembre de 1996, el Consejo Cultural Maya de Toledo (Toledo Maya Cultural Council, TMCC) y la Asociación de Alcaldes de Toledo presentaron una moción ante este tribunal pidiendo reparación constitucional muy similar, en sustancia, a la actual demanda. Pero, por alguna razón inexplicable, la acción nunca se consideró o concluyó plenamente (véase Acción número 510 de 1996, **Consejo Cultural Maya de Toledo contra el Fiscal General de Belice**).

16. Lamentablemente, parece imposible averiguar lo que ha pasado con tal acción. Parece que, simple e inexplicablemente, ha desaparecido.

17. Sin desmayar, y al no conseguir una respuesta satisfactoria a sus demandas en los tribunales de Belice, el Consejo Cultural Maya de Toledo, en nombre de las comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo, presentó el 7 de agosto de 1998, una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

18. Debe decirse, según se desprende de la evidencia, que tanto la acción número 510 de 1996 del Tribunal Supremo como la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vinieron provocadas por las concesiones de tala y licencias de exploración petrolera que el Gobierno de Belice había emitido, a mediados de los años 90, sobre áreas del distrito de Toledo: véase, en

general, el affidávit conjunto de Gregorio Choc, Cristina Coc y Martin Chen de 3 de abril de 2007, al que se anexan, entre otras cosas, la petición ante la Comisión Interamericana y el Informe de la Comisión en el caso **Comunidades indígenas maya del distrito de Toledo contra Belice**, de fecha 12 de octubre de 2004.

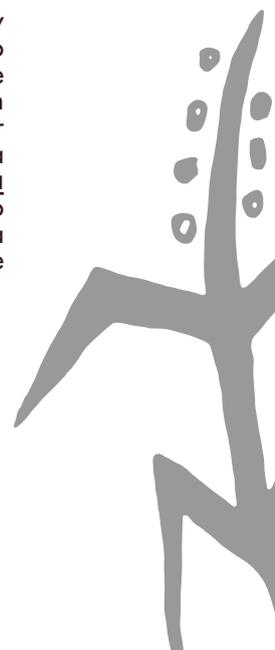
19. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó su Informe número 40/04 sobre el caso 12.053 sobre el fondo el 12 de octubre de 2004.

20. Los demandados, sin embargo, en las presentaciones escritas de su abogado, objetan a este informe señalando:

“El tribunal no puede limitarse a aceptar cualquier conclusión y derecho resultantes de otro caso no relacionado sobre presuntos incumplimientos de las disposiciones de la Constitución. La petición a la Comisión se refería a presuntas violaciones de los Artículos I, II, III, VI, XI, XVIII, XX y XXIII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, que es un tratado internacional. Si el tribunal se limitase a adoptar las conclusiones de la Comisión sin más, esto significaría que el tribunal estaría aplicando un tratado internacional, lo que claramente estaría fuera de sus competencias”.

21. Por supuesto, el presente proceso no es una demanda para aplicar las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en aquel caso. El presente proceso se refiere más bien a demandas sobre presuntos incumplimientos de algunas disposiciones de derechos humanos de la Constitución de Belice y pide ciertas órdenes y declaraciones de reparación. Empero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el organismo regional encargado de la promoción y avance de los derechos humanos en la región y de la supervisión del cumplimiento estatal de sus compromisos legales según la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Belice, como miembro de la OEA, es, por tanto, parte de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre que, como señala correctamente la señora Cho, es un tratado internacional. Y este tratado está dentro de la adecuada competencia de la Comisión.

22. Por tanto, es mi meditada opinión que, por mucho que de los fallos, conclusiones y pronunciamientos de la Comisión pueden no obligar a este tribunal, tampoco puedo olvidarlos, e incluso pueden parecerme persuasivos cuando sean apropiados y convincentes. A la vista de esto, por tanto, me inclino a considerar el informe de la Comisión en **Comunidades indígenas maya del distrito de Toledo contra Belice**, número 40/04 de 12 de octubre de 2004, en la determinación de las cuestiones planteadas por este proceso. Trataré ahora de dichas cuestiones:



23. 1. ¿Existe en el sur de Belice tenencia de la tierra consuetudinaria maya?

La base fundamental del caso de los demandantes es su opinión de que en el distrito de Toledo, en el sur de Belice, existe un sistema maya de tenencia consuetudinaria de la tierra según el cual ellos, como miembros de las poblaciones de Santa Cruz y Conejo respectivamente, tienen derecho a las tierras que ocupan y utilizan como lo hicieron sus ancestros antes que ellos, y que esta forma de tenencia es, o debería ser, una forma de propiedad reconocida por la ley y, como cualquier otra forma de propiedad, merecedora de la protección constitucional que la Constitución de Belice otorga a la propiedad.

24. Por otro lado, los demandados niegan firmemente que los demandantes tengan ningún título consuetudinario sobre las tierras que reclaman porque ellos (es decir, los demandantes): a) "no pueden aportar prueba, según los requisitos del derecho común de un título aborígen/nativo/indígena sobre las tierras, es decir, que sus antepasados tuvieron ocupación exclusiva y continua del sur de Belice, incluyendo Conejo y Santa Teresa, en tiempos de la soberanía británica"; y que b) "los demandantes no pueden demostrar que poseen ningún título a la tierra según derecho y costumbre tradicional reconocidas por el pueblo maya, es decir, según el sistema de alcaldes".

25. En mi opinión, creo que es saludable tener presente, para determinar la existencia *vel non* de tenencia o título consuetudinarios sobre la tierra, la advertencia del vizconde Haldane del Privy Council en el caso de **Amodu Tijani contra el Secretario, Nigeria del Sur** (1921) 2 AC 399:

"...Sus Señorías hagan la observación preliminar de que, al interpretar el título nativo a la tierras, no solo en el sur de Nigeria, sino en otros lugares del Imperio Británico, es necesaria mucha precaución. Hay una tendencia, que opera a veces de modo inconsciente, a interpretar ese título en términos conceptuales que son apropiados solo en sistemas que han crecido al amparo de la ley inglesa. Pero esta tendencia tiene que ser cuidadosamente evitada" en las páginas 402 a 403.

Sus Señorías, en el **caso Tijani**, afirmaron que:

"En India, como en el sur de Nigeria, hay además otra característica de la naturaleza fundamental del título a la tierra que debe tenerse presente. El título, en sí, puede no ser individual, como suele ser casi siempre, de cierta manera, en este país, sino que puede ser de una comunidad. Tal comunidad puede tener título de posesión al disfrute común de un usufructo, con costumbres según las cuales sus miembros individuales son admitidos a disfrutar, en

incluso a tener un derecho de transmisión de ese disfrute individual como miembros, por designación inter vivos o por sucesión. Determinar hasta qué punto ha progresado este último aspecto del derecho exige el estudio de la historia de una comunidad particular y de sus usos en cada caso. Los principios abstractos elaborados a priori no son muy útiles y suelen ser, en muchos casos, engañosos." páginas 403 a 404. (Énfasis añadido)

26. El estudio de la historia de una comunidad particular y de sus usos, que el Privy Council sugería en el caso de **Tijani** (*supra*) como necesario para determinar el desarrollo y progreso de los derechos indígenas consuetudinarios sobre la tierra, me parece de especial relevancia en este caso. Además de los testimonios de los testigos que son miembros de las comunidades mayas del sur de Belice, los demandantes han aportado además como evidencias los *affidávits* e informes de testigos no mayas con eminentes calificaciones en el amplio campo de los estudios mayas. Estos testigos están familiarizados con la historia, etnografía, usos y costumbres de los mayas. Es decir, son testigos expertos.

27. Por su parte, los demandados presentan los *affidávits* de funcionarios públicos ninguno de los cuales, con todo respeto, puede pretender ser experto en historia, cultura, sociología o usos de la tierra y costumbres mayas. Aunque se reconoce parcialmente a regañadientes "el derecho de las personas a la tierra que han ocupado sin interrupciones durante años (en el caso de la legislación nacional, por un periodo de 30 años) y que las personas de ascendencia maya en el distrito de Toledo podrían estar dentro de esta categoría" (párrafo 9 del primer *affidávit* de Ismael Fabro), los demandados, sin embargo, niegan firmemente los derechos de los demandantes, según señala el señor Fabro en el mismo párrafo de este modo:

"... el Gobierno no está de acuerdo en que toda la población maya del sur de Belice que vive en las comunidades mostradas en el Atlas Maya o cualquier otra comunidad puedan estar en esta categoría. Lo que es más importante, el Gobierno no está de acuerdo en que la población maya, o parte de ella, en el sur de Belice, tenga "título nativo" sobre las tierras que se reclaman en el Atlas Maya como tierra originaria de los maya".

El señor Fabro incluyó en su *affidávit* copias de varios libros de historia sobre los antiguos mayas y el pueblo maya en la actualidad, incluidos los que viven en Belice. Sin embargo, me parece que en ningún lugar de los textos presentados hay ninguna declaración o afirmación de la no existencia de la tenencia de la tierra maya consuetudinaria en el sur de Belice.

28. La carga de la prueba de la existencia de tenencia consuetudinaria de la tierra en el sur de

Belice recaer, por supuesto, en los demandantes, que afirman su existencia. Los solicitantes afirman que los patrones mayas de uso de la tierra están gobernados por un sistema de reglas consuetudinarias no escritas que forman parte de la organización social, cultural y política de sus comunidades.

29. Para fundamentar su caso, los demandantes han presentado un impresionante conjunto de evidencias ante la Corte en forma tanto de testimonios de affidávit como de informes de expertos: véase, por ejemplo, el primer affidávit de Aurelio Cal y Manuel Coy presentado el 3 de abril de 2007; véase también el affidávit conjunto de Gregorio Choc, Cristina Coc y Martin Chen. Todos estos affidávits describen como los patrones mayas de uso de la tierra, derivados de sus prácticas consuetudinarias, permiten a los miembros de las comunidades mayas desempeñar su principal ocupación: la agricultura. Reproduzco aquí los párrafos 19 a 28 del affidávit conjunto de Choc, Coc y Chen, que proporciona antecedentes sobre el pueblo maya en el distrito de Toledo y sus prácticas consuetudinarias en relación con la tierra:

"Antecedentes sobre el pueblo maya en el distrito de Toledo y nuestras prácticas consuetudinarias en relación con la tierra"

19. El pueblo maya ha habitado una amplia zona, que incluye el distrito de Toledo en el sur de Belice, desde tiempos inmemoriales. El pueblo maya habitaba en el sur de Belice y las regiones circundantes mucho antes de la llegada de los españoles y antes del asentamiento británico en el área en 1850. El subgrupo maya mopán era el principal habitante del área ahora conocida como distrito de Toledo, entre los siglos XVI y XVIII, y los maya q'eqchi'(q'eqchi'/chol han estado accediendo y abandonando la zona desde mucho antes de las conocidas migraciones desde Guatemala a finales del siglo XIX.

20. La población de Santa Cruz es una de las aproximadamente 38 comunidades maya que actualmente ocupan tierras en el distrito de Toledo. Estas comunidades son parte del pueblo maya de Mesoamérica.

21. Las instituciones tradicionales maya de gobierno han evolucionado a lo largo de los siglos. Siempre hemos tenido un dirigente electo en cada población encargado de los asuntos de la comunidad, en coordinación con otros dirigentes. Mientras que los valores centrales que subyacen en nuestras relaciones mutuas y con la tierra se han mantenido, nuestros sistemas mayas de gobierno se han adaptado a lo largo del tiempo, de forma voluntaria o como resultado de imposiciones por la fuerza, para acomodarse a la coexistencia con las culturas europeas que se han asentado en la zona. Actualmente, los alcaldes de las aproximadamente 38 poblaciones mayas del distrito de Toledo están organizados en la Asociación de Alcaldes de Toledo, que es miembro de MLA.

22. Nuestros patrones de uso de la tierra están regidos por un sistema de reglas y valores, mayoritariamente no escritas, que forman parte de la organización social, cultural y política de nuestras comunidades. Nuestros patrones de uso y ocupación de tierras y recursos naturales están conformados por este sistema de reglas consuetudinarias. Dentro de este sistema tradicional de tenencia de la tierra, las poblaciones mayas poseen la tierra colectivamente, mientras que los individuos y las familias disfrutan de derechos derivados, subsidiarios, de uso y ocupación

23. Creemos que estos derechos consuetudinarios mayas tienen el mismo derecho moral y legal a ser respetados que los derechos de propiedad reconocidos en el derecho común británico y en el régimen legal de Belice. Los patrones de uso maya de la tierra se describen con más detalle en los affidávits de los demandantes, testigos y expertos presentados junto a esta demanda.

24. Zonas concéntricas de uso de la tierra rodean cada una de las aldeas mayas dispersas por el interior del distrito de Toledo. La zona de la población es el área en que se agrupan las viviendas y en la que los pobladores cultivan frutales y otros árboles y crían ganado; suele extenderse hasta los 2 km².

25. Más allá de la zona de la población se encuentra la principal zona agrícola, donde se plantan los cultivos con un sistema de rotación. Nuestras prácticas agrícolas se basan en técnicas de gestión tradicionales que se han desarrollado a partir de nuestros conocimientos del bosque y sus suelos. Empleamos un sistema de rotación de barbecho que exige que extensas áreas forestales se dejen en descanso durante años. Aunque algunas zonas fértiles están en cultivo permanente, la mayoría de los campos se desbrozan solo cada ocho a quince años, y se cultivan con cosechas rotativas, dejándose luego en barbecho para que se regeneren hasta el siguiente desbrozo. La zona agrícola de cada población puede extenderse hasta 10 Km. del centro de la población.

26. La zona siguiente incluye grandes extensiones de bosques utilizados para la caza y la recolección. Estas actividades nos proporcionan sustento adicional. Los productos forestales que se recogen con propósitos alimentarios o medicinales incluyen numerosas especies de plantas silvestres. También dependemos del bosque para los materiales de construcción de nuestras casas y otras estructuras.

27. Varias poblaciones comparten, a menudo, el uso de ciertas zonas para la caza, pesca y recolección. Algunas de estas zonas compartidas puede considerarse, según la costumbre maya, como pertenecientes sobre todo a una población, pro lo que esa población tiene el control final de quién puede cultivar o asentarse en la zona.



28. En las poblaciones mayas, las comunidades regulan el crecimiento de la población y mantienen la cohesión social y cultural a través de la adopción colectiva de decisiones en relación con el asentamiento de nuevas familias. El uso de las tierras de la aldea por individuos y familias está regulado por la costumbre, bajo la autoridad del alcalde electo, el presidente de la población y los pobladores colectivamente."

30. Los demandantes también aportan los affidávit e informes de personas que son, sin duda, expertos en historia, etnografía, cultura y modelos mayas de tenencia y uso de la tierra. Estos expertos, a través de su trabajo de campo, investigaciones y estudios de archivos y publicaciones, adquirieron un profundo conocimiento del pueblo maya, tal que pueden considerarse testigos expertos.

31. En primer lugar, está el profesor Richard R. Wilk, profesor de antropología en la Universidad de Indiana en Bloomington, Indiana, EE.UU. En los párrafos 2 y 3 de su affidávit de 3 de abril de 2007 declara:

"2. Mi trabajo se ha centrado sobre todo en el uso de la tierra y la subsistencia entre los nativos americanos kekchí (también conocidos como Q'eqchi', K'ekchi', y Ketchi) del sur de Belice. He llevado a cabo investigación de campo arqueológica y etnográfica en el distrito de Toledo en 1976, 1979-1981, 1984, y 1990, y también he desarrollado una intensa investigación en archivos históricos sobre el uso de la tierra y los asentamientos en Toledo en los años intermedios y en 2001 y 2002. Cuando trabajaba para la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos en Belice, estudié el uso de la tierra, el desarrollo de carreteras y los recursos forestales en el sur de Belice (incluido el distrito de Toledo) como parte del proyecto de rehabilitación de carreteras rurales llevado a cabo por el Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Belice.

3. Estoy familiarizado con casi todas las fuentes publicadas sobre la historia, economía y etnografía del distrito de Toledo, incluidos los trabajos sobre los kekchí, mopán (también llamados maya), garífuna (también llamados garinagu, caribes y caribes negros), indios orientales y la población creole de la zona. Este affidávit se basa en fuentes publicadas y no publicadas, la mayoría de las cuales se citan en mi libro de 1991 y en mi disertación de doctorado (1981): otras fuentes más recientes se citan directamente en este affidávit."

32. Específicamente sobre uso de la tierra y sistema de tenencia maya, el profesor Wilk testimonia como sigue:

"Uso de la tierra y el sistema de tenencia maya

48. En el momento de la conquista española, los kekchí eran agricultores extensivos que cultivaban utilizando un sistema que combinaba campos

permanente cultivados (muy abonados, con riego abundante y, a veces, en terrazas) con una serie de campos que se dejaban en barbecho de cuatro a diez años, dependiendo de la densidad de la población local. El cambio de este sistema a una agricultura más móvil probablemente tuvo lugar durante la drástica reducción de población causada por enfermedades introducidas por los españoles en el siglo XVI, que destruyeron el tejido económico y el sistema de trabajo familiar que eran esenciales para el sistema agrícola. Cuando la creciente población kekchí del siglo XIX comenzó de nuevo a intensificar su agricultura con cultivos de árboles y cosechas comerciales como el café y el cacao, se vieron forzados a volver de nuevo a la agricultura rotativa por la expropiación de las tierras de las comunidades y la interrupción de la organización comunitaria del trabajo debido al trabajo forzoso y la servidumbre en las plantaciones de café (Wilk 1991). No hay información sobre la agricultura mopán prehispánica; aunque dados los cultivos habituales y la demografía, es probable que utilizaran sistemas muy similares a los de los kekchí. Menos conocido aún es el sistema agrícola prehispánico de los manche chol, que con el tiempo se fundió con el utilizado por los mopán y kekchí.

49. Actualmente, parte del uso de la tierra kekchí y mopán en el distrito de Toledo se relaciona con la producción de alimentos y la caza y recolección de otros recursos para la subsistencia. Toda la región boscosa del distrito de Toledo, incluidos sus ríos y arroyos, ha sido utilizada intensivamente para la caza, la pesca y la recolección de recursos forestales por los pueblos mopán y kekchí desde que se cerraron las haciendas de Cramer en 1914 y su población se dispersó para crear nuevas poblaciones, y posiblemente mucho antes. Algunas áreas más pequeñas se han utilizado para la agricultura durante el mismo periodo de tiempo. Como la población maya del distrito ha crecido durante este siglo, el área utilizada para la agricultura se ha expandido dramáticamente. Aquellas áreas no usadas por la agricultura se utilizan para la pesca, la caza y la recolección (como se detalla más adelante).

50. Tanto el pueblo kekchí como el mopán son agricultores orientados a la subsistencia que utilizan un sistema de barbecho por largos periodos (también conocido como milpa o tumba y roza) para cultivar maíz y arroz durante la estación húmeda. Durante la estación seca, cultivan parcelas permanentes situadas en suelos húmedos fértiles en valles o riberas. También cultivan árboles (sobre todo frutales, cacao y café), verduras, plátano, raíces, frijoles y una gran variedad de otras plantas para uso doméstico. El arroz, los frijoles, el cacao y unos pocos cultivos más se plantan para su venta. La gente también cría pequeños animales y aves. Los cerdos son la principal fuente de carne de los hogares, aunque algunos también crían pequeños rebaños de vacuno en los claros del bosque.

51. Cualquier disputa sobre la demarcación de la tierra agraria o de otros derechos sobre la tierra se lleva ante el alcalde la población y/o a una reunión de toda la comunidad para su resolución. De hecho, se generan muy pocas disputas bajo el sistema consuetudinario de gestión de tierras. Las que se plantean, suelen resolverse internamente en la población. Esto es impresionante, no solo en términos de participación cívica, sino porque ahorra al Gobierno de Belice gastos financieros en el sistema de justicia estatal.

52. El patrón de uso de la tierra aquí descrito ha sido documentado por etnógrafos entre los kekchí (Wilk 1991, 1981), mopán (Osborn 1982) y mestizos kekchí mopán (Howard 1973, 1974, 1975, 1977) en los años 70 y 80. Su uso y vigencia continuadas se confirmaron en una extensa encuesta de Bernard Neitschmann (1999) a finales de los años 90. Se remonta, como mínimo, a 1914, pero es posiblemente muy anterior. Sabemos que en el momento de la conquista española los kekchí vivían en asentamientos gobernados por dirigentes locales que eran responsables de la distribución de la tierra agrícola además del liderazgo político. Estos puestos hereditarios puede que funcionaran de manera muy similar a la institución moderna de los alcaldes de las poblaciones, con su consejo de ancianos asesores. No se tiene conocimiento más detallado del sistema prehispánico de tenencia de la tierra o de organización política.

53. La base del sistema consuetudinario de gestión de la tierra kekchí y mopán, es el concepto de derechos de usufructo, es decir, que la tierra es para aquellos que la utilizan. En Belice, es típico que los agricultores mayas tengan derechos relativamente permanentes a una parcela para las cosechas de la estación seca, frente a los derechos a largo plazo para retornar a las zonas de barbecho para cosechas de estación húmeda. Cada aldea tiene un complejo conjunto de reglas y regulaciones, algunas escritas y otras consuetudinarias, para regular los derechos de uso y tenencia de la tierra dentro del territorio de la comunidad. Estas reglas responden a la presión de la población sobre los recursos; la norma general es que los individuos pueden reclamar propiedad de tierra agrícola por derecho de primer usuario, pero deben seguir utilizando esa tierra o ese recurso o los derechos caducan y la propiedad retorna a la comunidad para su redistribución (estos sistemas de tenencia son comunes en áreas con baja densidad de población y agricultura rotativa, véase Netting, 1993). En las aldeas con gran densidad de población, casi cada acre está distribuido como propiedad personal.

60. Por tanto, las familias pueden reclamar y mantener parcelas durante largos periodos de tiempo en un acuerdo que se parece a la propiedad privada. Pero el gobierno de la población intentaría si alguien externo a la población intentara comprar una de esas parcelas.

Dentro del sistema consuetudinario de gestión de la tierra de los maya kekchí y mopán, los derechos de usufructo de las familias no permiten a agricultores individuales la venta de parcelas de tierra. Como demostró Neitschmann (1999:9), esta norma contra la mercantilización de la tierra sigue siendo muy fuerte. El alcalde solo no puede dar permiso para transferir tierra a personas externas, porque en la visión kekchí y mopán de la autoridad comunitaria, un buen alcalde no dicta sus propias decisiones, sino que actúa más bien como portavoz de la voluntad general de las familias de la población. En otras palabras, el sistema consuetudinario maya de gestión de la tierra combina una serie de derechos de uso casi privados con la toma de decisiones colectiva.

66. Incluso dentro de las zonas forestales, las normas consuetudinarias de uso de la tierra de los kekchí y mopán reconocen distintos derechos a distintos tipos de propiedad. Como ya se ha señalado, en las parcelas de árboles de pom (copal, *procium copao*) en bosques primarios, se recolecta regularmente una fragante resina muy demandada para ceremonias religiosas. Estas zonas de árboles son propiedad de los individuos que primero las encontraron o de sus descendientes por herencia. En algunos casos, los derechos a obtener la resina pueden cederse o rentarse, aunque suelen mantenerse en la familia. El pom (el incienso de resina de copal) es posiblemente el material más valioso que se recoge en los bosques primarios y se producen anualmente miles de libras, parte de las cuales se exportan a Guatemala. En los bosques hay también antiguas plantaciones de nuez moscada, canela, caucho, cacao y pataxte (una variedad de cacao, *theobroma bicolor*), que suelen considerarse propiedad de las familias cuyos antepasados plantaron los árboles. A veces, estas plantaciones se rentan y venden entre los miembros de la población, pero cualquier disputa sobre la propiedad se resuelve informalmente, o por el alcalde de la población en consulta con los ancianos.

70. Además de los importantes usos económicos, dentro de las zonas de bosques en las zonas agrícolas y boscosas hay muchos lugares, normalmente cuevas, colinas y cenotes que los kekchí consideran sagrados. A menudo se consideran la morada de deidades que protegen las poblaciones y bosques cercanos. Los mopán creen que, en general, los bosques y la tierra son sagrados y divinos (Osborn 1982). Cuando los kekchí o mopán tumban el bosque para cultivar, primero piden permiso a las deidades, que se consideran los verdaderos dueños de los bosques y los animales. En general, los kekchí y mopán tratan el bosque con reverencia y respeto; tienen un conocimiento íntimo y detallado de cientos de sus plantas y animales.

71. Por ejemplo, además de marcar un campo para que los límites sean visibles, un agricultor



kekchí normalmente pide permiso a los dioses y a los señores de la montaña y del valle (conocidos como Tzuultaq'a en kekchí) para cultivar una parcela de tierra. Esta petición de permiso espiritual se hace en una ceremonia familiar o, aún mejor, en una ceremonia en la que participa toda la población. Esta ceremonia comunitaria de varios días incluye vigilas nocturnas en las que se toca música sagrada de arpa, se practica la abstinencia sexual, se comen alimentos especiales y se hace una peregrinación a una cueva sagrada donde se cree que moran los señores de la montaña y del valle. A veces hay una ceremonia en la iglesia en lugar, además de la peregrinación a la cueva sagrada. Lo que es significativo sobre todos estos rituales es que subrayan la profunda creencia de los maya kekchí de que la tierra pertenece a sus dioses Tzuultaq'a y que, por tanto, no puede ser propiedad de una persona. Para garantizar su supervivencia, las familias deben pedir y obtener permiso espiritual para utilizar (no para poseer) la tierra. Debido a que consideran que están tomando prestada la tierra de los señores de la montaña y el valle, los agricultores kekchí creen que es su deber proteger esas tierras con meticuloso cuidado ambiental. En este sentido, protegen sus tierras colectivas tanto, si no más, que los propietarios privados (Grandia, cit.: Neitschmann 1997:11(12).

72. Es importante subrayar que pocos foráneos o funcionarios del gobierno han documentado o comprendido este complejo conjunto de regulaciones de la tenencia de la tierra. El gobierno ha hecho escasos esfuerzos para inspeccionar o regularizar la tenencia de la tierra en las zonas al sur del río Moho, permitiendo que las poblaciones sigan regulándose a sí mismas de acuerdo con su costumbre. En San Antonio, San Pedro Columbia, San Miguel, BigFalls, Silver Creek e Indian Creek, algunas secciones que fueron en su tiempo tierra de reserva y otras áreas de tierras de la Corona o de conservación forestal se han medido oficialmente y distribuido a individuos en alquiler, aunque las poblaciones han continuado informalmente con muchos aspectos de las prácticas tradicionales de regulación de la tierra.

73. En la práctica, todos los intentos de dividir la tierra consuetudinaria de las poblaciones en parcelas de medidas arbitrarias están condenadas a fracasar para establecer un régimen estable de tenencia de las tierras. Esto es debido a que cada familia maya en Toledo necesita acceso a diversos tipos de tierras para cultivar o recolectar todos los productos y recursos que necesita anualmente para sobrevivir. Cada familia necesita varios acres de tierra de maíz para la estación seca en una zona húmeda o en una ribera, varios acres de tierras altas de zona húmeda para el maíz y tierras ligeramente más húmedas y altas para el arroz. Necesita también acceso a bosques primarios y secundarios para los alimentos silvestres, la caza y los materiales de construcción, acceso a pastos comunales para el ganado dentro de la población y acceso a los ríos para obtener agua potable,

bañarse, lavar, preparar los alimentos y pescar. Ninguna parcela de 40 o 50 acres puede contener la cantidad suficiente de cada uno de los tipos de recursos necesarios. La variedad de recursos disponible suele ser, por tanto, más importante que la cantidad total. Es difícil imaginar ningún otro sistema de tenencia de la tierra, fuera del que ya se utiliza, que pudiera permitir que un número similar de personas puedan sobrevivir como agricultores relativamente independientes y autosuficientes en el distrito de Toledo. Esto se evidencia claramente en las nuevas poblaciones junto a la autopista del sur, donde la tenencia privada ha llevado a la ruptura del complejo sistema agrícola autosuficiente que todavía se practica en zonas más remotas.

33. El profesor Wilk completa su affidavit con una breve historia de la tenencia oficial (presumiblemente no consuetudinaria) en Toledo, en los párrafos 74 – 77:

“Historia de la tenencia oficial de la tierra en Toledo

74. La mayoría de las concesiones y rentas de tierra en Toledo en el siglo XIX no fueron de hecho más que concesiones de tala; no hubo una posesión o asentamiento permanente de gente de ascendencia europea y no se hizo ningún intento de mejorar la tierra o el cultivo fuera de áreas muy pequeñas. En cierto momento, a finales del siglo XIX, casi toda la tierra del distrito de Toledo fue reclamada por una sola empresa, los Young, Toledo Company, que se dedicaba principalmente a la especulación de la tierra una vez que habían talado los árboles de caoba más accesibles. Cuando esta compañía quebró en 1880, algunas de sus tierras se traspasaron a otras compañías, pero la mayoría revirtieron en la Corona, que nunca había reconocido las solicitudes originales.

74. En fecha tan temprana como 1868, se propuso un sistema de reserva para acomodar y alentar el asentamiento maya y la agricultura, y las provisiones para su creación se incluyeron en la Ordenanza de Tierras de la Corona de 1872. Pero no parece que se creara ninguna en Toledo hasta 1893. Además, a partir de aproximadamente 1905, el Comisario de Distrito de Punta Gorda comenzó a conceder alquileres de tierras a lo largo de los ríos Moho, Columbia y Temax a agricultores kekchí y mopán individuales. Se establecieron otras reservas para algunas de las poblaciones existentes en 1924, y estas reservas se reformaron en 1933 para incluir algunas comunidades que no se habían incluido en las primeras inspecciones. En este proceso de distribución, se excluyeron algunas poblaciones que no recibieron reservas. Otras reservas se concedieron a poblaciones que no existían o que fueron después abandonadas.

76. Después de los años 30 y hasta los años 60, los comisarios de distrito y los funcionarios reconocieron que los límites de las reservas tenían poca relación con las poblaciones reales y con las necesidades de tierra en el distrito, e hicieron

ajustes y reformas ad hoc expandiendo las reservas para acomodar la creciente población, muchas de las cuales nunca se registraron formalmente ni se promulgaron en legislación o actos administrativos. A menudo, las reservas no estaban claramente definidas en la práctica, debido a los costos prohibitivos de vigilar y registrar los usos y límites de las tierras. El resultado es que, actualmente, los límites de las reservas no tienen mucha relación con los territorios consuetudinarios establecidos desde mucho tiempo antes alrededor de las poblaciones. Muchas poblaciones no tienen reservas formales, aunque han usado sus territorios desde hace más de 50 años con aprobación explícita del gobierno a través del nombramiento de sus alcaldes.

34. El profesor Wilk también testimonió oralmente ante el tribunal y me pareció una persona bien conocedora y competente para hablar sobre el tema de la tenencia y prácticas consuetudinarias mayas.

35. También está el testimonio de la doctora Elizabeth Mara Grandia, profesora asistente de Antropología del Departamento de Desarrollo Internacional, Comunidad y Medio Ambiente de la Universidad de Clark en la ciudad de Worcester, Massachusetts, EE.UU. Su tesis doctoral se titula **Unsettling: Land Dispossession and Enduring Inequity for the Q'eqchi' Maya in the Guatemalan and Belizean Frontier Colonization Process**, se presentó en la Universidad de California Berkeley en mayo de 2006 y pronto será publicada. La doctora Grandia testifica que ha llevado a cabo trabajo antropológico en terreno con pueblos indígenas en diferentes áreas de Mesoamérica desde 1991, sobre todo en Guatemala y Belice, y realizó algunas investigaciones preliminares en Honduras. Presentó un segundo affidavit en el que refuta algunas de las declaraciones hechas en los affidávit presentados en nombre de los demandados.

36. Esto es lo que la doctora Grandia dijo sobre gestión consuetudinaria maya de las tierras en la población de Conejo:

"Gestión consuetudinaria maya de las tierras en la población de Conejo"

24. Muchos investigadores han documentado el sistema consuetudinario de gestión de la tierra de los maya q'eqchi'. He proporcionado una descripción detallada de este sistema en el *The Wealth Report* (adjunto como prueba "B") y en los capítulos 5 y 6 de mi tesis. He leído los primeros affidávit de los demandantes de la población de Conejo en el distrito de Toledo, Belice. Siendo ellos mismos agricultores, los demandantes han descrito con exactitud el sistema consuetudinario maya de administración de la tierra. Confirmo también la descripción de la tenencia maya realizada por Richard Wilk en su affidavit. Teniendo en cuenta sus aportaciones, en esta parte de mi affidavit describiré cómo esto se aplica en la gestión del uso de la tierra en la población de Conejo y debatiré

algunas de sus ventajas socioeconómicas y ambientales. Me referiré en toda esta sección a los affidávit de los demandantes de la población de Conejo, para situar sus testimonios en el contexto más amplio de la gestión maya de la tierra.

25. El sistema consuetudinario maya de gestión de la tierra combina una mezcla de derechos de uso casi privados con la toma de decisiones colectiva. No es un sistema monocromo en el que todas las comunidades sigan observado las mismas prácticas indígenas inmemoriales. De acuerdo con las diferencias en la geografía y en la dirigencia de la población, cada comunidad puede gestionar sus tierras en forma ligeramente diferente. Lejos de ser anárquico, este sistema se caracteriza por una profunda lógica ecológica, social, intelectual, espiritual y económica.

26. La familias pueden solicitar y retener parcelas agrícolas por un largo periodo. Cada familia es responsable de su propio trabajo agrícola y hace su propia cosecha. Otros agricultores pueden ayudar, especialmente en los trabajos de quema y plantación, pero la familia o el hogar es usualmente la unidad central de organización dentro del sistema maya de gestión de la tierra. El aspecto colectivo de este sistema es la adopción comunitaria de las decisiones sobre la distribución de la tierra entre los hogares. Las comunidades mayas intentan distribuir la tierra equitativamente. También intentan garantizar que todos los miembros de una población tienen acceso a áreas de bosques comunales o compartidas que se utilizan para cazar, pescar, recoger agua o recolectar diversos recursos.

37. Y la doctora Grandia concluye su affidavit sobre el tema de tenencia y gestión consuetudinaria de la tierra como sigue (párrafo 79):

"79. De mi propia investigación académica y de campo y de la evidencia proporcionada por los miembros de la población de Conejo, incluidos los demandantes, se deduce claramente que los habitantes maya de Conejo siguen utilizando y ocupando su tierras de acuerdo con las antiguas costumbres, tradiciones y normas relativas a la gestión de la tierra. Estas normas incluyen el control colectivo sobre el uso de la tierra; la distribución equitativa de los derechos individuales de uso según las necesidades y la capacidad de trabajo de una familia; una agricultura permanente y rotativa, cría de ganado, caza y recolección ecológicamente racionales; y obligaciones recíprocas en la administración de la tierra y la comunidad. Estas normas de tenencia de la tierra son centrales en la visión cultural y la cohesión social del pueblo maya de Conejo. El sistema resultante se manifiesta en modelos de uso de la tierra flexibles pero coherentes, que incluyen las zonas residenciales, las milpas de la estación húmeda y las áreas de matahambre o saqiwaj de la estación seca, las áreas de barbecho y las áreas altas de bosques. Las prácticas mayas de tenencia



de la tierra son lo suficientemente hegemónicas y estables para que la población de las comunidades mayas de Toledo, incluida Conejo, haya podido hacer inversiones económicas a largo plazo en forma de cosechas anuales y permanentes, y a la vez suficientemente flexibles para permitir a los agricultores maya responder a las oportunidades de mercado hasta tal punto que, en la historia de Belice, Toledo ha sido a menudo la fuente primaria de alimentos del país.

38. El doctor Grant D. Jones, antiguo director del Departamento de Antropología y Sociología y antiguo profesor Charles A. Dana de Antropología en el Davidson College, Carolina del Norte, EE.UU., llega a conclusiones parecidas en su affidavit sobre tenencia y gestión de la tierra en el distrito de Toledo. En las conclusiones de su affidavit señala en los párrafos 63 a 65 lo siguiente:

"Conclusión

63. La evidencia histórica disponible indica que los primeros europeos que supieron del distrito de Toledo y áreas circundantes y llegaron allí en 1568 y más tarde encontraron poblaciones maya de larga data habitando el distrito de Toledo en Belice. Estas poblaciones eran, sobre todo, hablantes mopán, política y económicamente relacionados con los hablantes itzá y chol. Como el resto de la población nativa de las Américas, la población existente se vio gravemente afectada y reducida por las enfermedades introducidas por los europeos. Durante el proceso de la invasión y colonización españolas, en el siglo XVII, el área de Toledo se convirtió en una zona de refugio fronteriza, y las anteriores distinciones políticas y culturales se difuminaron conforme se producía un mestizaje, sobre todo entre los grupos chol/kekchí y kekchí/mopán. Algunas poblaciones mayas del distrito de Toledo, y de todo Belice, se vieron de nuevo afectadas en los siglos XVII y XVIII y nuevas poblaciones maya migraron hacia Toledo en el siglo XVII debido a la conquista española de los maya itzá del Petén, Guatemala. A través de estos periodos, los mayas de diferentes grupos lingüísticos se casaron entre ellos y estuvieron trasladándose entre territorios, que solo más adelante se separarían con la creación de fronteras nacionales. Como consecuencia, mucha gente del distrito de Toledo que se autodenomina kekchí es, más exactamente, kekchí(chol o kekchí(mopán).

64. Por lo que puede discernirse, todos los grupos que vivían en el área durante estos siglos de expulsiones y realojos, compartían normas y patrones similares de tenencia de la tierra, practicando formas bien conocidas de agricultura de tierras bajas de bosque tropical bajo un sistema de tenencia fundamentalmente comunitario, que distribuía la propiedad a productores en parcelas activas o parcelas de árboles en el bosque, a la vez que mantenía el control y propiedad de estas tierras en la comunidad en su conjunto.

65. En conjunto, hay suficientes evidencias para

apoyar mi conclusión de que los actuales habitantes de habla mopán y kekchí de las comunidades maya de Toledo tienen una relación histórica y cultural con las tierras en las que actualmente viven y trabajan y con las poblaciones que las han habitado históricamente. Esta relación fundamenta su identidad como pueblo indígena de la región."

39. Muchos de estos argumentos los reitera el doctor Joel D. Wainwright, profesor ayudante en el Departamento de Geografía de la Universidad del Estado de Ohio, EE.UU., en relación con la tenencia y gestión consuetudinarias mayas, esta vez en la población de Santa Cruz, en los párrafos 27 a 39 de su primer affidavit en este caso. Testificó que ha investigado sobre el uso de la tierra y la historia del sur de Belice desde 1993, y que ha visitado la población de Santa Cruz varias veces desde entonces. Declara en el resumen de las principales conclusiones de su investigación, párrafos 48 a 40 de su affidavit, como sigue:

"48. Santa Cruz ha sido ocupada y utilizada de forma continua por mayas desde tiempos precoloniales. Los actuales residentes de la población son conscientes de la larga continuidad cultural/geográfica de este lugar.

49. En relación con su tamaño, composición, geografía, historia y medios de vida, Santa Cruz es una comunidad maya rural típica, como otras del distrito de Toledo. Santa Cruz es un ejemplo del sistema de tenencia de la tierra consuetudinario maya que puede encontrarse en Toledo, como describen los académicos que han estudiado al pueblo maya.

50. Los habitantes de Santa Cruz han ocupado sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias durante todo el tiempo de su ocupación. Los mapas de Thomas Caal representan con exactitud estas tierras –el territorio en el que el pueblo maya de Santa Cruz vive de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra."

40. Debido a las evidencias presentadas en este caso, me siento, por tanto, indudablemente obligado a concluir que existe en el distrito de Toledo tenencia de la tierra consuetudinaria maya. Debo señalar que esta conclusión se apoya en la abrumadora evidencia de personas con conocimientos y experiencia pertinentes sobre la zona y sobre el régimen de tenencia de la tierra en la misma. He intentado reflejar con cierto detalle esta evidencia en esta sentencia.

41. Por lo tanto, opino que, con esas evidencias, los demandantes han probado que existe una tenencia de la tierra consuetudinaria maya en el distrito de Toledo, en el sur de Belice, particularmente en las poblaciones de Santa Cruz y Conejo.

42. Esta conclusión se ve refrendada por las

conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las **Comunidades indígenas Maya**, *supra*, cuando señala, en el párrafo 127 de su informe:

“127. Sobre la base de los argumentos y las pruebas que tuvo ante sí, la Comisión se manifiesta satisfecha de que el pueblo maya de habla mopán y ke'kchi ha demostrado un derecho de propiedad comunal a las tierras que en conjunto habitan en el Distrito de Toledo. Estos derechos derivan del uso y la ocupación de larga data del territorio por el pueblo maya, que las partes han convenido es anterior a la colonización europea, y se extienden al uso de la tierra y sus recursos para fines relacionados con la supervivencia física y cultural de las comunidades mayas.

43. Al igual que la Comisión, yo también en este caso estoy convencido de que los demandados en el presente proceso no han presentado ningún argumento ni evidencias creíbles para refutar los argumentos y evidencias de los demandantes sobre los patrones de uso de la tierra practicados por el pueblo maya en el distrito de Toledo o el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que parece que ellos han desarrollado, véase párrafo 128 del **Informe de Comisión**, *ibid*.

44. Por la tanto, concluyo y sostengo que existe, en el sur de Belice, en particular en el distrito de Toledo, tenencia de la tierra consuetudinaria maya.

45. Concluyo también que, según la evidencia presentada en este caso, el Gobierno de Belice ha dado su *imprimatur* y reconocimiento explícito a los derechos del pueblo maya sobre tierras y recursos en el sur de Belice basándose en su prolongado uso y ocupación. Este significativo hecho se produjo el 12 de octubre de 2000 en un Acuerdo entre el Gobierno de Belice y el Consejo Cultural Maya de Toledo, la Asociación de Alcaldes de Toledo, el Consejo Kekchí de Belice, el Consejo de Mujeres Maya de Toledo y la Asociación de Presidentes de Consejos Comunitarios. Todas estas organizaciones se describen colectivamente en el Acuerdo como dirigentes mayas, que representan a los pueblos mayas del sur de Belice. El Acuerdo fue firmado por el Primer Ministro en nombre del Gobierno de Belice.

46. En mi opinión, la cláusula 6 de este Acuerdo de diez puntos es un claro e inequívoco reconocimiento de la existencia de derechos del pueblo maya a las tierras y recursos en el sur de Belice, basado en su prolongado uso y ocupación. Esto, me parece, es una clara afirmación de la existencia de tenencia de la tierra consuetudinaria maya en el sur de Belice.

47. El Acuerdo de diez puntos se anexa como Prueba GC 5 al affidavit conjunto de Gregorio Choc, Cristina Coc y Martin Chen. La cláusula 6 del Acuerdo de diez puntos señala expresamente:

“Que el GOB (Gobierno de Belice) reconoce que el pueblo maya tiene derechos sobre las tierras y recursos en el sur de Belice debido a su prolongado uso y ocupación de los mismos.”

48. Este punto, en mi opinión, es una importante admisión por parte de los demandados, suficiente para fallar en ese aspecto del caso a favor de los demandantes. Sin embargo, es manifiesto que, a pesar del reconocimiento de derechos de propiedad del pueblo maya a sus tierras tradicionales debido a su uso y ocupación prolongados, los demandados, como representantes del Gobierno de Belice, no han delimitado, demarcado, titulado, ni de ningún otro modo establecido ningún mecanismo legal que pudiera ser necesario para clarificar y proteger los derechos reconocidos de los demandantes. De ahí este litigio. Pero es importante señalar que este Acuerdo de diez puntos, en particular su párrafo 6, nunca ha sido cuestionado, disputado o refutado por los demandados en este proceso. De hecho, la Sra. Antoinette Moore, honorable abogada de los demandantes, solicitó en su nombre, creo que convincentemente, que a la luz de lo admitido en el párrafo 6 del Acuerdo de diez puntos, debería impedirse a los demandados que siguieran negando la tenencia consuetudinaria de la tierra de los demandantes en el sur de Belice. Debo decir que veo fundamento en este argumento.

49. Por las evidencias aportadas en este caso, empero, (véase en particular el affidavit conjunto de Choc, Cho y Chen y la Prueba **GC 5**, el testimonio del doctor Richard Wilk, del Dr. Joel Wainwright y de la Dra. Elizabeth Grandia), estoy satisfecho de que existe tenencia de la tierra consuetudinaria maya en el distrito de Toledo.

50. Me referiré ahora a la segunda pregunta acordada por las partes para los propósitos de este juicio:

2. Si los miembros de las poblaciones de Conejo y Santa Cruz tienen intereses en la tierra basados en la tenencia consuetudinaria maya de la tierra y, si es así, cuáles son dichos intereses.

Las poblaciones de **Santa Cruz** y **Conejo** son dos de las poblaciones del distrito de Toledo en nombre de las cuales se han presentado estas dos demandas consolidadas, junto con varios individuos denominados, en conjunto, como demandantes. Estas dos poblaciones, junto con otras 35 poblaciones maya en el sur de Belice, están reflejadas en el **Atlas Maya**, un volumen con dibujos de mapas de las poblaciones y textos elaborado por las organizaciones mayas con la ayuda de cartógrafos profesionales. Este volumen se adjunta al affidavit de Deborah Schaaf y fue presentado como evidencia como prueba DS 1.

51. **El Atlas Maya: la lucha para**



preservar las tierras mayas en el sur de Belice, para referirnos a la prueba DS 1 por su título completo, me parece un relato remarcable de la historia, pueblos y lugares, usos de la tierra, cultura, servicios comunitarios y algunos de los problemas a los que se enfrenta la comunidad maya en el sur de Belice. Lo que hace este trabajo aún más remarcable es que lo llevaron a cabo algunos mayas del sur de Belice junto con el Consejo Cultural Maya de Toledo y la Asociación de Alcaldes de Toledo, además de contar con la ayuda de Indian Law Resource Center, Geo Map Group de la Universidad de Berkeley y la Society for the Preservation of Education and Research (SPEAR).

52. Además de las cinco poblaciones maya de Maya Center, Red Bank, Maya Mopan, Santa Rosa y San Román, en el distrito de Stann Creek, el **Atlas Maya** contiene breves descripciones de 36 poblaciones maya del distrito de Toledo, incluidas las de **Santa Cruz** y **Conejo**: las dos poblaciones que figuran en la segunda cuestión que estamos ahora considerando.

53. En el caso de la población de **Conejo**, el Atlas Maya señala, en la página 85, lo siguiente:

"La población de Conejo tiene unos 90 años. Fue fundada en 1907 por José Makin. Era agricultor en la zona antes de asentarse. La población es maya ke'kchi, y se dedica a la producción de cerdo, maíz y arroz para ganar su sustento. En 1950 la población pasó de un hogar familiar a 22 hogares familiares."

54. Los demandantes de la población de Conejo presentaron affidávit en apoyo de su demanda. Una lectura de los distintos affidávit muestra claramente que todos los peticionarios viven en la población de Conejo y ocupan tierras en la población, de acuerdo con las costumbres y tradiciones mayas de la misma, y según ellas cazan, pescan y cultivan (véase, por ejemplo, párrafos 6, 7, 11, 12, 13 del primer affidávit de Manuel Coy; párrafos 3, 4, 6, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 19, 20 y 25 del primer affidávit de Manuel Caal). Ya he señalado en los párrafos 36 y 37 lo que la doctora Elizabeth Grandia tenía que decir en sus affidávit en este proceso sobre la gestión de la tierra consuetudinaria maya en la población de Conejo.

55. El conjunto de las evidencias en este caso, me ha persuadido y satisfecho de que los miembros de la población de Conejo tienen intereses en las tierras en dicha población, basados en el sistema consuetudinario maya de tenencia de la tierra.

56. En relación con la población de **Santa Cruz**, en primer lugar, así es como se describe en el **Atlas Maya** en la página 47:

"La población de Santa Cruz fue primero un alkilo, que quiere decir que la gente vivía en el bosque,

alejados unos de otros, y sin ningún particular orden. En 1950, Santiago Canti, Benito Canti, Susano Canti, Lázaro Pop y Thomas Sho animaron a la gente a crear una población. Como la gente estaba asociada a la religión católica, llamaron a la población Santa Cruz. Santa Cruz es una típica población maya. Está situada cerca de las ruinas mayas de Uch Ben Cah, lo que le da el atractivo y el aura de la civilización maya antigua."

57. Los demandantes de la población de Santa Cruz también presentaron affidávit en los que describen cómo viven, ocupan sus tierras, cultivan, cazan y pescan en la población. Es evidente, por sus varios affidávit, que estos demandantes consideran que las tierras en Santa Cruz les pertenecen, como pertenecieron a sus ancestros según la costumbre maya. De hecho, el señor Aurelio Cal, alcalde de Santa Cruz dice en el párrafo 22 de su affidávit que: *"El 22 de febrero de 2007, la población de Santa Cruz presentó una petición escrita al gobierno de Belice (una copia se adjunta a su affidávit como AC 1) solicitando que emitiera una declaración pública afirmando que Santa Cruz disfruta de derechos a las tierras y recursos en el territorio que hemos ocupado tradicionalmente. Pero, hasta el momento, el gobierno no ha acusado recibo ni respondido a esta solicitud."*

58. También está la evidencia del doctor Joel Wainwright en la que cuenta la historia de Santa Cruz (véase párrafos 13 a 23) y, en los párrafos 27 a 39, relata las prácticas de uso de la tierra y las relaciones sociales de la tenencia de la tierra. El resumió sus principales conclusiones como sigue:

"48. Santa Cruz ha sido ocupada y utilizada de forma continua por mayas desde tiempos precoloniales. Los actuales residentes de la población son conscientes de la larga continuidad cultural/geográfica de este lugar."

49. En relación con su tamaño, composición, geografía, historia y medios de vida, Santa Cruz es una comunidad maya rural típica, como otras del distrito de Toledo. Santa Cruz es un ejemplo del sistema de tenencia de la tierra consuetudinario maya que puede encontrarse en Toledo, como describen los académicos que han estudiado al pueblo maya."

50. Los habitantes de Santa Cruz han ocupado sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias durante todo el tiempo de su ocupación..."

59. De nuevo, por todas las evidencias, debo fallar y concluir que los miembros de la población de Santa Cruz tienen intereses en las tierras en dicha población, basados en el sistema maya consuetudinario de tenencia de la tierra.

60. Debo señalar que los demandados no presentaron ninguna evidencia que contrarrestara este punto, salvo su afirmación de que algunas de

estas poblaciones mayas son de origen reciente y que sus habitantes no podían haber adquirido intereses en las tierras de acuerdo con la costumbre: véase párrafo 7 del primer affidavit de Andre Cho y el del primer affidavit de Armin Cansino, y los párrafos 9 y 10 del primer affidavit de Roy Cayetano, respectivamente, a favor de los demandados.

61. No creo, en cualquier caso, que las fechas de creación de una población particular sean necesariamente determinantes ni fatales para la existencia de tenencia consuetudinaria de la tierra o intereses en la misma. Estoy satisfecho, por la abrumadora evidencia, de que el pueblo maya ha ocupado tierras que ahora son el distrito de Toledo y continúa ocupando estas tierras, incluidos los miembros de las poblaciones de Conejo y Santa Cruz, basándose en la tenencia de la tierra consuetudinaria maya, párrafo 30 del informe de la Comisión Interamericana en el caso **Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo contra Belice**, *supra*.

62. Más aún, por los hechos del caso, estoy satisfecho de que la amplia evidencia documental, los informes de los expertos y la tradición oral maya establecen que las comunidades maya, actualmente en el sur de Belice, existen en zonas que han formado parte del territorio ancestral e histórico del pueblo maya desde tiempos inmemoriales, y ciertamente, desde antes de las declaraciones de soberanía española y, posteriormente, británica: véase en particular el primer affidavit de Grant Jones, párrafos 7 a 38; el primer affidavit de Richard Wilk, párrafos 4 a 40 y, en general, Grant Jones, **Maya Resistance to Spanish Rule: Time and History on a Colonial Frontier**. Además, los lugares arqueológicos, enterramientos y artefactos encontrados en sus tierras demuestran una prolongada, si no antigua, relación histórica de los mayas con esta zona. Por lo tanto, es eminentemente razonable concluir que la fundación de las poblaciones mayas en el sur de Belice en tiempos modernos, claramente representa una continuidad de patrones culturales y de uso de la tierra de los mayas durante siglos y que ciertamente es anterior a la llegada de los primeros europeos: véase en particular párrafos 5 – 14 del primer affidavit de Wilk y párrafos 18 – 67.

63. Por la evidencia existente, es manifiesto que hubo y siempre había habido presencia maya en lo que es actualmente el sur de Belice. Por lo tanto, sentencio y sostengo que el argumento del reciente establecimiento de algunas poblaciones mayas en el sur de Belice, no debilita el argumento de la existencia de tenencia de la tierra e intereses consuetudinarios mayas en el distrito de Toledo.

64. *Naturaleza de los intereses de los demandantes en la tierra según la tenencia consuetudinaria maya*

Volveré a la pregunta subsidiaria, pero igualmente

importante, articulada en la segunda cuestión acordada, es decir, la naturaleza de los intereses de los demandantes en la tierra según tenencia consuetudinaria maya.

65. En mi opinión, tras considerar la cuestión, creo que la posición en relación a la determinación o interpretación del título o intereses consuetudinarios en la tierras fue útil y autorizadamente bosquejado por el Privy Council en el caso **Amodu Tijani**, *supra*, cuando el vizconde Haldane, al presentar la sentencia del tribunal, señaló:

“Sus Señorías hagan la observación preliminar de que, al interpretar el título nativo a la tierras, no solo en el sur de Nigeria, sino en otros lugares del Imperio Británico, es necesaria mucha precaución. Hay una tendencia, que opera a veces de modo inconsciente, a interpretar ese título en términos conceptuales que son apropiados solo en sistemas que han crecido al amparo de la ley inglesa. Pero esta tendencia tiene que ser cuidadosamente evitada. Como regla, en los diversos sistemas de jurisprudencia nativa en todo el Imperio, no hay una división tan clara entre propiedad y posesión como la que resulta familiar a los abogados británicos. Una forma muy habitual de título británico es el de derecho de usufructo, que es una mera cualificación o una carga en el título final o raíz del Soberano allí donde existe. En tales casos, el título del soberano es una propiedad legal pura a la que pueden ir adjuntos derechos de beneficios o no. Pero esta propiedad está cualificada por un derecho del usuario beneficiario que puede no asumir las formas definitivas análogas a la propiedad o pueden, donde asuma tal forma, haberlas derivado por la penetración o la mera analogía de la jurisprudencia inglesa... En India, como en el sur de Nigeria, hay además otra característica de la naturaleza fundamental del título a la tierra que debe tenerse presente. El título, en sí, puede no ser individual, como suele ser casi siempre, de cierta manera, en este país, sino que puede ser de una comunidad. Tal comunidad puede tener título de posesión al distrute común de un usufructo, con costumbres según las cuales sus miembros individuales son admitidos a disfrutar, en incluso a tener un derecho de transmisión de ese distrute individual como miembros, por designación inter vivos o por sucesión. Determinar hasta qué punto ha progresado este último aspecto del derecho exige el estudio de la historia de una comunidad particular y de sus usos en cada caso. Los principios abstractos elaborados a priori no son muy útiles y suelen ser, en muchos casos, engañosos.” en párrafos 402 – 404 (Énfasis añadido).

66. Este principio de derecho ha sido reconocido judicialmente como la posición definitiva en el derecho común por la Corte de Apelaciones de Malasia en el caso **Kerajaan Negeri Selangor y otros contra Sagong Bin Tasi y otros (2005) MLJ 289**. Gopal Sri Ram, juez de la Corte de Apelación, sobre el tema del título



consuetudinario frente a la soberanía del título raíz, apoyándose en la declaración del Privy Council sobre este punto en el caso **Amodu Tijani** supra dijo que:

"... el hecho de que el derecho de propiedad raíz de la tierra reside en el soberano del estado (como en este caso) no es una respuesta ipse dixit en caso de una demanda de título consuetudinario. Puede haber casos en que el derecho raíz esté sometido al derecho nativo o consuetudinario. La naturaleza precisa de dicho derecho consuetudinario depende de las prácticas y usos de cada comunidad... Qué prácticas y usos individuales en relación con la adquisición del derecho consuetudinario de propiedad, es una cuestión de las evidencias sobre la historia de cada comunidad particular... que debe decidirse... quien juzga basándose en su creencia de dónde, teniendo en cuenta todas las evidencias, se encuentra la verdad de la reclamación."

67. Acepto totalmente esta declaración con respeto. A partir de las evidencias, estoy satisfecho de que los demandantes tienen, de acuerdo a la tenencia de la tierra consuetudinaria maya, derechos individuales y colectivos sobre las tierras en las poblaciones de Conejo y Santa Cruz. Estos derechos, creo, son de naturaleza de usufructo. Es decir, el derecho a ocupar la tierra, cultivar, cazar y pescar en ella, y tomar para su propio uso y beneficio los frutos y recursos en ella existentes. El hecho de que, como desvela la evidencia, los demandantes puedan disfrutar de un título colectivo por tenencia consuetudinaria maya de la tierra, fue reconocido por el Privy Council en el caso **Amodu Tijani** y por la existencia de tal derecho en otras jurisdicciones. Este derecho consuetudinario, su naturaleza y características, fueron recientemente reafirmadas por la Corte Constitucional sudafricana en 2003 en el caso **Alexkor Ltd. contra la comunidad Richtersveld (2003) 12 BCLR, 130**, en el que el juez Chaskalson, dirigiéndose a la Corte, señaló:

"A la luz de las evidencias y de las conclusiones de la Corte Suprema de Apelaciones y de la Corte de Demandas sobre Tierras, somos de la opinión de que el carácter real del título que posee la comunidad de Richtersveld en la tierra en disputa era un derecho de propiedad colectiva según derecho indígena. El contenido de ese derecho incluía el derecho a la ocupación y uso exclusivos de la tierra en disputa por miembros de la comunidad. La comunidad tenía el derecho de utilizar sus aguas, de utilizar sus tierras para el pastoreo y la caza y de explotar sus recursos naturales superficiales y subterráneos." (Énfasis añadido)

68. Por tanto, tengo la opinión de que, según las evidencias presentadas en este caso, el título comunal a las tierras de las poblaciones de Conejo y Santa Cruz, en el distrito de Toledo, es inherente a los demandantes de acuerdo con la tenencia de

la tierra consuetudinaria maya. La naturaleza de este derecho de propiedad es comunitaria, dando derecho a los miembros de la comunidad a ocupar y utilizar las tierras para la agricultura, la caza, la pesca y a usar los recursos en ella existentes, además de para cualquier otro propósito cultural y espiritual, de acuerdo con el derecho y uso consuetudinarios mayas.

69. El fondo y naturaleza de la Defensa

Aunque las partes estuvieron de acuerdo en la determinación de las cuestiones a las que se remitiría estrictamente este juicio, en justicia para los demandados debo explicar el fondo de su caso, en la medida en que lo entiendo. De la defensa revisada que, como ya he dicho, se presentó por solicitud expresa de la Corte y con bastante retraso, del testimonio de los testigos de la defensa (todos por affidavit), del único testimonio oral por la defensa, el del señor Munoz, de la Oficina de Prensa del Gobierno, que presentó como evidencia un video sin sonido de algunas poblaciones mayas, que no incluía a las dos poblaciones en el distrito de Toledo de este caso, y la presentación, tanto oral como escrita, de la señora Nichola Cho, la abogada de los demandados, se deduce que basaban su posición contra los demandantes con el principal argumento de la soberanía británica sobre la Honduras Británica. Este hecho histórico es el pilar central de la defensa. Por este hecho histórico, dice este argumento, cualquier demanda o derecho a la tierra que los demandados pudieran tener quedó extinguido en virtud de la soberanía británica sobre el territorio. Belice se independizó, por supuesto, el 21 de septiembre de 1981, y sus gobiernos independientes sucedieron en la soberanía a la Corona Británica. Esta soberanía, prosigue la argumentación, se evidenció y consolidó, en lo que se refiere a los derechos de propiedad sobre la tierra, por una serie de ordenanzas sobre las tierras de la Corona. Los demandados aportan como evidencia copias de algunas de estas ordenanzas. La Ordenanza de Tierras de la Corona de 1886 fue eventualmente abolida y reemplazada por la Ley Nacional de Tierras en 1992, Capítulo 191 de 2000, edición revisada de la legislación de Belice.

70. Se hicieron concesiones y rentas de tierras bajo la Ordenanza de Tierras de la Corona en la administración colonial de la Honduras Británica, y se siguieron haciendo bajo la subsiguiente Ley Nacional de Tierras de 1992.

71. Por lo tanto, según declararon los demandados, el título de los demandantes o cualquier derecho a la tierra se habían extinguido, así que no podían ahora reclamar ningún derecho o título sobre la tierra basados en la tenencia consuetudinaria maya. La soberanía territorial adquirida, primero por la Corona, a la que sucedió el gobierno de Belice, habría extinguido cualquier derecho o interés en las tierras que no fuera concedido por este último (es decir, por el

demandado), señalaba el argumento.

72. Hay muchos relatos excelentes sobre los orígenes, desarrollo y progreso del asentamiento de la Bahía de Honduras a partir del cual se creó el actual estado nación de Belice. Este desarrollo vio la maduración del país desde sus tempranos orígenes como asentamiento de madereros ingleses, desde aproximadamente 1759, a su declaración formal como colonia de la Corona Británica en mayo de 1862 y después a la proclamación de su independencia el 21 de septiembre de 1981 (véase la sentencia del Privy Council en **Fiscal General de Honduras Británica contra Bristowe (1880) 6 App. Cas. 143 (P.C.)** p. 146 – 148, para un relato judicial del desarrollo histórico del país hasta su estatus como colonia de la Corona). Se tratará más adelante en este caso.

73. Para los propósitos de este proceso, sin embargo, yo he tenido sobre todo presente la información contenida en el párrafo 9 y siguientes del segundo affidavit de Richard Wilk. El profesor Wilk se basa en fuentes escritas y de archivo y hace extensas referencias a la autorizada colección editada por Sir John Alder Burdon entre 1931 y 1934 titulada **Archives of British Honduras: Being Extracts and Précis Taken by a Committee from such Records as Exist on the Colony.**

74. El actual distrito de Toledo, donde se sitúan las tierras en disputa en este caso, pasó a ser parte del asentamiento de la Bahía de Honduras en 1859, cuando las fronteras meridionales del asentamiento se acordaron formalmente en el Convenio entre Su Majestad y la República de Guatemala relativo a las fronteras de la Honduras Británica, que se extendía hasta el río Sarstoon en el sur, hasta las cataratas de Gracias a Dios.

75. El 12 de mayo de 1862, la Corona Británica, por unas cartas patentes, creó la colonia de Honduras Británica. La Corona, por tanto, adquirió soberanía sobre el territorio de toda la Honduras Británica.

76. ¿El cambio o adquisición de la soberanía territorial extinguió derechos e intereses preexistentes en la tierra?

¿La adquisición de soberanía sobre el territorio del actual estado independiente de Belice, primero por la Corona y más tarde por los sucesivos gobiernos independientes (incluidos los demandados) anulan o erradican cualquier interés o derechos sobre las tierras que el pueblo maya pudiera haber tenido? Como he señalado en los párrafos anteriores 61 a 63, hubo una prolongada presencia maya en el sur de Belice desde mucho antes, y después, de la adquisición de soberanía sobre la zona por la Corona y, posteriormente, por el estado independiente de Belice.

77. He considerado en profundidad y con inquietud este aspecto del caso. Sin embargo, estoy convencido, fortalecido por las autoridades en la materia, de que la adquisición de la soberanía sobre Belice, primero por la Corona y luego por los gobiernos independientes, no sustituyó, liquidó o extinguió los intereses y derechos sobre la tierra preexistentes. La mera adquisición o cambio de soberanía no extingue, por sí misma, derechos de propiedad o intereses preexistentes en las tierras.

78. En particular, no creo que sea lógico, razonable o justo sostener que el tratado de 1859 con Guatemala, extendiendo la fronteras sur de la Honduras Británica (el Belice actual) hasta el río Sarstoon, extinguiera necesariamente los derechos o intereses preexistentes de los habitantes mayas de la zona sobre sus tierras. La Corona, por una combinación de los diversos tratados con España y luego con Guatemala, adquirió primero intereses en la Honduras Británica y, por ocupación y administración efectiva junto con el paso del tiempo, ganó soberanía sobre el territorio, que traspasó legalmente al Belice independiente el 21 de septiembre de 1981. Esta soberanía, sin embargo, no afectó o alteró o extinguió, sin más, los derechos preexistentes del pueblo maya sobre sus tierras.

79. Según se desprende de las evidencias, es manifiesto que a lo largo de todo el drama que se desarrolló en el territorio, primero entre España y luego Guatemala, por un lado, y las autoridades británicas, por el otro, el pueblo maya permaneció todo el tiempo viviendo en sus tierras. Hubo desalojos forzosos de algunos mayas por parte de las autoridades españolas en algunas zonas de las tierras; pero el hecho sigue siendo que nunca se les desalojó totalmente hasta convertir la tierra en *terra nullius*, sin propietario o no ocupada. Los mayas, que eran los indígenas en esa tierra, permanecieron allí en número fluctuante. Y, según las evidencias, algunos de aquellos cuyos antepasados habían sido desalojados, volvieron a sus tierras ancestrales. Hubo gran permeabilidad en las fronteras coloniales con Guatemala (véase párrafo 9 del affidavit conjunto de Choc y otros; párrafo 48 del primer affidavit de Wilk; párrafos 63 a 65 del primer affidavit de Jones y párrafos 48 a 50 del primer affidavit de Wainwright) y párrafo 62, anterior.

80. No hay evidencia, en ningún caso, que me permita concluir que los mayas del sur de Belice, como habitantes indígenas, cedieron sus tierras o permitieron que se tomaran como botín de conquista cuando las fronteras de la Honduras Británica se extendieron al sur del río Sibun en 1859, para incluir el actual distrito de Toledo. No hay evidencia ni siquiera de ninguna consulta con los indígenas mayas, o de que incluso supieran lo que estaba sucediendo con sus tierras. En el oscuro abrigo de sus bosques, ellos no supieron, creo que es justo deducir, de fronteras o de la extensión de las fronteras existentes hacia el sur del río Sibun al



río Sarstoon, que se consideró que otorgaban título de propiedad sobre sus tierras a la Corona Británica (y, más tarde, a los demandados como Gobierno de Belice, sucesor de la Corona), según defienden hoy los demandados.

81. En verdad, ¿cómo podían haberse enterado? Pero los demandados adquirieron la soberanía territorial sobre la zona. Este hecho, como defienden los demandados, ¿extingue los derechos e intereses preexistentes en las tierras tras la asunción de la soberanía territorial? Como ya he dicho en el párrafo anterior 77, en mi opinión, no. Me sumo al respecto a la declaración de principios sobre este tema del juez Brennan de la Corte Suprema de Australia, en el caso **Mabo y otros contra Queensland (No. 2) 145 CFR IFC 92/04** donde señaló, en el párrafo 61:

“La regla preferible, apoyada por las autoridades citadas (el honorable Juez se había referido antes a diversas autoridades en esta materia), es que un mero cambio de soberanía no extingue el título nativo sobre la tierra (el término ‘título nativo’ describe convenientemente los intereses y derechos, sean colectivos, grupales o individuales, de los habitantes indígenas sobre la tierra poseída bajo el derecho tradicional reconocido y las costumbres tradicionales observadas por los habitantes indígenas); la regla preferible iguala a los habitantes indígenas de un asentamiento a los habitantes de una colonia conquistada en relación con sus derechos e intereses en las tierras y reconoce a los habitantes indígenas de un asentamiento los derechos e intereses reconocidos por el Privy Council en el caso de Rhodesia del sur que sobreviven a los beneficios de los residentes de una colonia conquistada.”

82. Todo Belice, incluido el distrito de Toledo, fue, por supuesto, adquirido por la Corona Británica **no** por conquista sino por **asentamiento**. Esto, por supuesto, no debe ignorar la derrota histórica de las fuerzas españolas en septiembre de 1798 por los colonos en la batalla del Cayo de San Jorge. Un evento que se conmemora popularmente todos los años el 10 de septiembre. Pero, sin embargo, es lógico, racional y justo concluir que si los habitantes de una colonia **conquistada** no pierden **ipso facto** sus derechos e intereses en las tierras anteriores a la conquista, por tanto **a fortiori**, los habitantes **indígenas** de una zona **colonizada** no podrían haber perdido sus derechos sin más, por el mero hecho del asentamiento o incluso por cesión de sus tierras a otro o nuevo soberano. Como señaló el vizconde Haldane en **Amodu Tijani supra** en p. 407 hablando del tratado de cesión de 1861, por el que el rey Docemo de Lagos cedió a la Corona Británica el puerto e isla de Lagos con todos los derechos, beneficios, territorios y pertenencias en los mismos:

“Sin duda hubo una cesión a la Corona Británica, junto con la soberanía, del derecho de propiedad

raíz o final sobre las tierras en la nueva colonia, pero esta cesión parece haber sido hecha en el entendido de que los derechos de propiedad de los habitantes iban a ser plenamente respetados. Este principio es habitual en la política y derecho británicos, cuando tienen lugar tales ocupaciones... No se presume que un simple cambio en la soberanía suponga una perturbación de los derechos de los propietarios privados; y los términos generales de una cesión deben interpretarse, prima facie, en este sentido.”(Énfasis añadido).

83. También es importante que, en relación con el efecto de las concesiones de la Corona que se introdujeron en Belice, por primera vez, en la Ordenanza de Tierras de la Corona de 1872, el vizconde Haldane afirmó en **Amodu Tijani** p. 407 – 408:

“La introducción del sistema de las concesiones de la Corona que se hizo subsiguientemente deber ser considerado como establecido principalmente, por no decir exclusivamente, a efectos de transmisión, y no con vistas a alterar derechos sustantivos ya existentes.”

84. En mi respetuosa opinión, este principio es igualmente aplicable a los derechos de la Corona en la entonces Honduras Británica, derivados de los tratados con España y luego con Guatemala. Soy de la opinión, por tanto, de que independientemente de cuándo se estableciera la soberanía territorial sobre Belice, en las autoridades, ese hecho legal e histórico ordinariamente, por sí mismo y sin más, no extingue derechos o intereses preexistentes en las tierras que disfrutaban los indígenas.

85. Por lo tanto, incluso si el tratado de 1859 con Guatemala, que expandió las fronteras del sur de la Honduras Británica (ahora Belice) hasta el río Sarstoon, incorporando así el distrito de Toledo, pudiera, como máximo, ser interpretado como una cesión, no podría haber operado en modo que eliminara los derechos e intereses preexistentes del pueblo maya del sur de Belice sobre sus tierras.

86. Creo también que la introducción de concesiones de tierras por las diversas Ordenanzas de Tierras de la Corona, que culminan en la Ley Nacional de Tierras, capítulo 191 de la legislación de Belice, 2000, no operó en modo que extinguiera los intereses y derechos preexistentes del pueblo maya sobre su tierra. Concluyo, por tanto, que ni las diversas Ordenanzas de Tierras de la Corona ni la sucesiva Ley Nacional de Tierras de 1992, expresamente o por implicación, abolieron o extinguieron los derechos e intereses preexistentes del pueblo maya en sus tierras. Como señaló Lord Denning en **Adeyinka Oyekan y otros contra Musendiku Adele (1957) 1 WLR 876** en p. 880:

“Los tribunales asumirán que la Corona Británica

(y, me permito añadir en este caso, también el Gobierno de Belice), tiene la intención de que los derechos de propiedad de los habitantes sean plenamente respetados. Aunque la Corona Británica, como soberana, puede emitir leyes que permitan la adquisición confiscatoria de tierras con fines públicos, se encargará de que se entregue una compensación apropiada a cada uno de los habitantes que tiene un interés en ellas por derecho nativo: y los tribunales declararán que los habitantes tienen derecho a compensación de acuerdo a sus intereses...”

87. Finalmente, sobre la cuestión del estatus y fuerza de los derechos e intereses preexistentes en las tierras cuando cambia la soberanía territorial, encuentro al respecto ilustrativa la sentencia del Privy Council en **Fiscal General de Honduras Británica (1880) 6 App. Cas. 143**, para las circunstancias de este caso. Los hechos, en breve, eran que el señor James Grant, uno de los colonos en el asentamiento de Honduras Británica, había adquirido una propiedad llamada “Grant’s Work” por “locación” según el “Código Burnaby”, que contenía, entre otras cosas, normas que regulaban la distribución de parcelas de tierra entre los colonos que acabaron adquiriendo el nombre de “locaciones”. En 1777, el señor Grant traspasó su propiedad a sus esclavos manumitidos. El testamento fue debidamente validado y los legatarios del señor Grant accedieron a la posesión. La última de las herederas, Mary Grant, que se había casado y trasladado de Grant’s Work, situada en Corozal, a Sittee para vivir con su marido, vendió Grant’s Work, primero al señor Bristowe, que a su vez, en 1878, lo volvió a vender al segundo demandando, Hunter. El apelante, el Fiscal General de Honduras Británica, presentó entonces una denuncia de ocupación ilegal contra los demandados y reclamó la propiedad en nombre de la Corona, según la Ordenanza de las Tierras de la Corona de 1872. El Privy Council decidió que los legatarios del señor Grant había traspasado un derecho válido a los demandados, que no se veía afectado por la asunción de la Corona de la soberanía territorial en 1817 sobre el territorio que tenían, incluso antes de la declaración formal del estatus colonial del territorio en 1862. Y esto era así, razonó el tribunal, porque “...en el intervalo transcurrido entre la retirada de los españoles en 1798 (como sus señorías eligieron eufemísticamente describir la derrota de los españoles en la batalla del Cayo de San Jorge de ese año) y la asunción de la soberanía territorial por la Corona Británica, los legatarios habían adquirido plena posesión de la tierra, y tal posesión la habían continuado ellos mismos y sus cesionarios...” Aunque la tenencia consuetudinaria de la tierra en cuestión, en este caso, era la de colonos blancos, basada en el Código de Burnaby, era evidente que esta no se traspasaba o extinguía con la asunción de la soberanía territorial de la Corona sobre el territorio, ciertamente en 1798 y después, o por la declaración formal del territorio como colonia de la Corona en 1862 y la

promulgación de la Ordenanza de las Tierras de la Corona en 1872. Tales leyes relativas a la posesión de la tierra seguían expresamente vigentes por la sección 62 de dicha Ordenanza.

88. Por la misma lógica, por tanto, creo es eminentemente justo y lógico sostener que, a pesar de la extensión de las fronteras meridionales del territorio por el Tratado con Guatemala de 1859 y la extensión o asunción de la soberanía territorial de la Corona en los mismos, los derechos preexistentes de los indígenas mayas en relación con sus derechos e intereses en sus tierras permanecieron, en mi opinión, sin verse afectados, y siguieron en vigor.

89. Por lo tanto, encuentro que el argumento de los demandados de que los derechos e intereses de los demandantes en sus tierras han sido extinguidos, es inválido a la luz y circunstancias de este caso. La extinción de derechos o intereses a la tierra no puede deducirse con ligereza. Debe, pienso, haber intención y acción legislativa para efectuarla. No encuentro evidencia de que ese sea el caso, como no encuentro autoridad al respecto en ninguna de las varias Ordenanzas de las Tierras de la Corona que se me han presentado en este caso. De hecho, en la sección 62 de la Ordenanza de Tierras de la Corona de 1872, la primera de una serie de las Ordenanzas de Tierras de la Corona en la colonia de Honduras Británica hasta la promulgación de la Ley Nacional de Tierras en 1992, se disponía expresamente que “*Todas las leyes existentes relativas a la posesión de tierras dentro de la colonia y a su medición, siguen vigentes siempre y cuando no estén en contradicción o sean repugnantes a las disposiciones de esta Ordenanza.*” Claramente esto no puede interpretarse como que excluya la tenencia de la tierra consuetudinaria maya que, según las evidencias, había existido en el territorio incluso antes del contacto con los europeos. Y no puedo encontrar nada en la tenencia consuetudinaria maya que se pudiera considerar contrario o repugnante a la Ordenanza de Tierras de la Corona. Así que es difícil sostener que este sistema legal relativo a la posesión de la tierra hubiera sido extinguido: hubiera sido necesaria una intención más clara y directa para hacerlo. Este razonamiento apoyaría las sentencias tanto del Presidente del Tribunal Parker de la Corte Suprema de la entonces Honduras Británica como del Privy Council, que reivindicaban el sistema de locaciones, por el que el demandado había adquirido “Grant’s Works” en el caso del **Fiscal General de Honduras Británica**, supra.

90. De nuevo, adopto con respeto la declaración en **Mabo** del juez Brennan en su análisis sobre la extinción y el título indígena a la tierra, cuando señaló, en el párrafo 75:

“... el ejercicio del poder para extinguir el título nativo debe revelar una clara y directa intención de hacerlo, sea que la acción la tome el legislativo o el



ejecutivo. Este requisito, que surge de la gravedad de las consecuencias para los habitantes indígenas de la extinción de sus derechos e intereses tradicionales sobre la tierra, ha sido repetidamente enfatizado por los tribunales que han tratado de la extinción del título nativo de las tierras indias en Norteamérica...”

91. Sobre el tema de las reservas, que ha figurado en los affidávit de este caso, y según disponen tanto las Leyes de Tierras de la Corona y la sección 6 de la Ley Nacional de Tierras, me inclino a estar de acuerdo con el juez Brennan, cuando señala en el párrafo 76:

“A fortiori, una ley que reserva o autoriza la reserva de las tierras de la venta con propósito de permitir a los habitantes indígenas y a sus descendientes el disfrute de su título nativo no implica una extinción del mismo.”

92. Por todas estas razones, encuentro y sostengo que la adquisición de la soberanía territorial por los demandados, como Gobierno de Belice, el sucesor directo de la Corona, y el sistema de reservas introducido en algunas zonas por las ordenanzas de la Corona y la Ley Nacional de Tierras, no extinguieron el derecho e intereses de los demandantes en las tierras indígenas. Los demandados se convirtieron en depositarios del título real o raíz sobre la tierra, que sin duda poseen sobre todas las tierras de Belice, cuando la soberanía territorial la adquirió primero la Corona y después el Gobierno de Belice, pero este título incorpora los derechos e intereses preexistentes de los demandantes sobre las tierras, y estos sobrevivieron a la adquisición de la soberanía por los demandados; ya que no puede presumirse que un mero cambio de soberanía altere los derechos de propietarios privados. La norma preferible, como señaló el juez Brennan en **Mabo**, supra, p. 61, una opinión con la que respetuosamente concuerdo, es que un mero cambio de soberanía no extingue el derecho de propiedad nativo sobre la tierra. Es decir, los derechos e intereses de los habitantes indígenas en la tierra antes de la adquisición o cambio de soberanía.

93. Por lo tanto, concluyo que las poblaciones de Conejo y Santa Cruz, como parte del pueblo indígena maya del distrito de Toledo, tienen intereses en las tierras, basados en la tenencia de la tierra consuetudinaria maya, que aún sobreviven y existen.

94. Implicaciones constitucionales de los intereses de los demandantes en la tierra basados en la tenencia consuetudinaria maya de la tierra

Consideraré ahora las implicaciones constitucionales del reconocimiento de que los demandantes tienen intereses en la tierra basados en la tenencia de la tierra consuetudinaria maya. Esta constituye la tercera cuestión acordada por

las partes en este caso. Sin embargo, han subdividido esta cuestión en cuatro apartados, todos relativos a la Constitución de Belice, en particular a algunas de sus disposiciones sobre la protección de los derechos humanos fundamentales en su Parte II.

95. Querría señalar, de entrada, que según el derecho constitucional en Belice, la legalidad y, por tanto, la validez del ejercicio del poder soberano o de cualquier poder, en el dominio del derecho público, depende de la autoridad depositada en el órgano de gobierno que tiene que ejercerlo. La Constitución de Belice, declarada ley suprema en su sección 2, determina el ámbito de la autoridad para ejercer cualquier poder sobre cuestiones gobernadas por la legislación municipal, incluidos derechos e intereses en la tierra— **Mabo**, supra, párr. 73.

96. (a) ¿Los intereses de los demandantes en las tierras, basados en la tenencia de la tierra consuetudinaria maya, constituyen “propiedad” protegida según las secciones 3(d) y 17 de la Constitución?

El punto de partida en esta cuestión, en mi opinión, es el preámbulo de la Constitución de Belice que, por una enmienda introducida por la Ley n° 2 de 2001, hace ahora referencia explícita al grupo colectivo al que los demandantes indudablemente pertenecen, es decir, a los pueblos indígenas de Belice. El preámbulo afirma, entre otras cosas:

“EN TANTO QUE el pueblo de Belice ... (a) afirma que la Nación de Belice se fundará en principios que reconozcan... la fe en los derechos humanos y las libertades fundamentales.. y los derechos iguales e inalienables que poseen todos los miembros de la familia humana... (e) requiere políticas de estado [...] que protejan la identidad, dignidad y valores sociales y culturales de los ciudadanos de Belice, incluidos los pueblos indígenas de Belice... respetando el derecho internacional y las obligaciones de los tratados en sus relaciones con otras naciones.”(énfasis añadido)

97. La prescripción normativa de la Constitución en relación con la propiedad se contiene en las secciones 3(d) y 17. La sección 3(d) señala: “(d) protección contra la privación arbitraria de bienes.”

Y la sección 17 dice:

“17.(1) Ningún bien, cualquiera sea su descripción, será incautado compulsivamente ni se expropiará interés o derecho alguno sobre un bien excepto por disposición legal que

1. El preámbulo de la Constitución de Belice, en su versión actual, no contiene la referencia a los pueblos indígenas de Belice que se cita en el texto principal.

Y la subsección (2) contiene excepciones a la

confiscación de propiedad bajo cualquier ley que pudiera ofender las prescripciones de la Constitución sobre la expropiación obligatoria de propiedad. Nada de esto es aplicable en el presente caso.

98. Aunque no hay en la Constitución una definición de “propiedad”, pese a incluir disposiciones relativas a su protección, una definición útil la proporciona la sección 2 de la Ley sobre la Propiedad, capítulo 190 de la Legislación de Belice 2000, Edición revisada. Esta señala que la “propiedad incluye cualquier cosa en acción y **cualquier interés en propiedad de bienes raíces y personales.**” (Énfasis añadido)

99. En vista de las conclusiones a las que he llegado en este caso en relación con las dos primeras cuestiones acordadas por las partes para determinar este caso, opino que los intereses de los demandantes en la tierra basados, en tenencia consuetudinaria maya, claramente merecen la protección ofrecida por la Constitución de Belice a la propiedad. Es decir, los derechos e intereses de los demandantes, de acuerdo con la tenencia de la tierra consuetudinaria maya, constituyen propiedad según la Constitución y por tanto, son justiciables.

100. Me reafirma en esta conclusión lo señalado en el Informe de la Comisión Interamericana en el caso de las **Comunidades Maya** *supra* al considerar el caso de los peticionarios a la luz de las disposiciones del Artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que es parte integral de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de la que Belice es miembro. Este artículo trata la protección de la propiedad de modo similar a lo señalado en la Constitución de Belice. La Comisión declara en los párrafos 127 y 131 de su Informe:

“(El pueblo maya de habla mopan y ke’kchi ha demostrado un derecho de propiedad comunal a las tierras que en conjunto habitan en el distrito de Toledo. Estos derechos derivan del uso y la ocupación de larga data del territorio por el pueblo maya, que ... es anterior a la colonización europea, y se extienden al uso de la tierra y sus recursos para fines relacionados con la supervivencia física y cultural de las comunidades mayas.. este derecho comunal del pueblos maya es materia de protección del artículo XXIII de la Declaración Americana...” (Énfasis añadido).

101. Pese a que clarificar la naturaleza e incidencias del título indígena puede no ser sencillo y que, como advirtió el vizconde Haldane en **Amodu Tijani** *supra*, la tendencia a caracterizarlo de acuerdo con los familiares conceptos jurídicos ingleses debe vigilarse, el derecho o intereses indígenas tienen sus orígenes y reciben su contenido del derecho tradicional reconocido y de las costumbres tradicionales observadas por los habitantes indígenas de territorio. La naturaleza e incidencias del título

indígena deben clarificarse, de hecho, en referencia a esas leyes y costumbres– **Mabo supra** en párrafo 64. El título indígena es correctamente considerado como **sui generis – Delgamuukw contra la Columbia Británica (1997) 3 SCR 1010**. También se acepta actualmente que el título indígena se extiende a todos los derechos de los habitantes indígenas en la tierra poseída, sea comunalmente, en grupo o individualmente, según el derecho y costumbres tradicionales: véase, en general, **The Reception of England Law Abroad**, B. H. McPherson (2007, Publicación de la Corte Suprema de Queensland) en pp. 50 – 58 y los casos allí citados.

102. Concluyo, por tanto, que los derechos e intereses en las tierras basados en tenencia consuetudinaria maya sobre la tierra no quedan fuera de la protección otorgada por la Constitución de Belice sino que, por el contrario, constituyen “propiedad” con el significado y protección otorgados a la propiedad en general, especialmente el real, que se refiere a la tierra, “propiedad comunitaria” quizá, pero propiedad de todos modos, protegida por las prescripciones de la Constitución en relación con esta institución dentro de su catálogo de protecciones de los derechos humanos fundamentales– véase, en general, **Property and the Constitution**, editado por Janet McLean (Hart Publishing (1999)), especialmente capítulo 4 pp. 81 – 82. Más aún, adoptando las directrices del Privy Council en **La Reina contra Reyes** (2002) A.C., de que debe darse una interpretación generosa y útil a las disposiciones constitucionales que protegen los derechos humanos, y se pide a los tribunales que consideren la sustancia del derecho fundamental en cuestión y garanticen una protección contemporánea de ese derecho a la luz de los estándares de la decencia en evolución, que marcan el progreso de una sociedad madura, no tengo duda de que los derechos e intereses de los demandantes en sus tierras de acuerdo con la tenencia consuetudinaria maya de la tierra, forman una especie de propiedad que merece la protección que la Constitución de Belice proporciona a la propiedad en general. No hay duda de que esta forma de propiedad, según las evidencias, alimenta y sostiene a los demandantes y su forma de vida y existencia.

103. *(b) ¿Las acciones y omisiones del Gobierno violan los derechos a la propiedad de los demandantes según las secciones 3(d) y 17 de la Constitución de Belice?*

Esta cuestión se refiere a una denuncia amplia de los demandantes contra los demandados. Alegan que el Gobierno de Belice viola sus derechos a la propiedad al no reconocer de manera efectiva su tenencia consuetudinaria de la tierra ni garantizar sus derechos comunitarios, al conceder a terceras partes (presumiblemente no mayas) concesiones para la extracción de recursos naturales de sus



poblaciones, y por conceder, o amenazar con conceder, derechos de propiedad dentro de dichas tierras que no están en consonancia con la tenencia de la tierra consuetudinaria maya. Los demandantes dicen que estas acciones y omisiones del Gobierno de Belice son parte de un patrón más amplio de total desprecio por los derechos de propiedad consuetudinarios maya en todo el distrito de Toledo.

104. Los demandantes se quejan también de que, en lugar de proporcionar protección legal y administrativa a sus derechos de propiedad, los funcionarios del gobierno les han dicho a ellos y a otros residentes en sus poblaciones, que no tienen derechos seguros sobre sus tierras a menos que obtengan una licencia emitida por el gobierno sobre esas tierras. Los demandantes se quejan también de que el gobierno (los demandados) ha realizado una concesión, para llevar a cabo exploración petrolera en todo el distrito de Toledo, a US Capitol Energy Ltd. y que han comenzado las pruebas sísmicas y la exploración petrolera en las tierras de la población de Conejo y una población vecina sin consulta adecuada con las comunidades mayas afectadas, y alegan que esto ignora la Ley sobre Petróleo.

105. Los demandantes reclaman además que, a pesar del Acuerdo de diez puntos de octubre de 2000 en el que, entre otras cosas, el Gobierno de Belice reconoció los derechos mayas sobre las tierras y recursos, los demandados se han comportado como si los derechos de propiedad consuetudinarios mayas no existieran, y que incluso en su defensa en este caso, los demandados alegan que el pueblo maya no tiene derechos consuetudinarios a la tierra.

106. Los demandantes presentaron varios affidávit en los que aseveran estas acciones y omisiones de los demandados que, denuncian, violan sus derechos a la propiedad protegidos por la Constitución de Belice – véase primer affidávit conjunto de Gregorio Choc y otros, párr. 7 – 8, 12, 18, 32 – 43, párra. 17, 18 – 22 del primer affidávit de Manuel Coy: párr. 19 y 31 del primer affidávit de Manuel Caal: párr. 53 – 58, y 7.6 del primer y segundo affidávit, respectivamente, de Elizabeth Grandia: párr. 5 y 7 del primer affidávit de Andre Cho: párr. 71 – 75 del segundo affidávit de Richard Wilk y el primer affidávit de John Makin, párrs.

107. Estoy satisfecho de que los demandantes han presentado una plétora de evidencias ante el tribunal atestiguando el no cumplimiento o desprecio por los demandados de los derechos e intereses de los demandantes en su propiedad. Que estos derechos e intereses en su propiedad se anclan en el sistema de tenencia de la tierra consuetudinaria maya no los hace, en mi opinión, menos merecedores de la protección que la Constitución otorga a otras formas o especies de propiedad. Como el juez Brennan observó,

correctamente en mi opinión, al respecto en **Mabo supra**, párr. 69:

“... cuando un pueblo indígena (incluido un clan o grupo), como comunidad, está en posesión de la tierra según el título nativo de propiedad, su posesión puede protegerse o su derecho a la posesión puede ejercerse a través de una acción representativa presentada en nombre del pueblo, o de un subgrupo o individuo, que demande la protección o aplicación de los derechos o intereses que dependen del título nativo comunal... Un título nativo comunal redundará en beneficio de la comunidad en su conjunto y de los subgrupos o individuos en ella que tengan derechos e intereses particulares en las tierras comunales.”

108. Más aún, no puedo evitar señalar que, a pesar del reconocimiento explícito de los derechos de propiedad del pueblo maya sobre sus tierras tradicionales en el Acuerdo de diez puntos de 2000, en su cláusula 6, los demandados no han tomado ninguna medida significativa, según la evidencia, para delimitar, demarcar o en cualquier otro modo establecer el marco necesario para clarificar y proteger las tierras sobre las que existen dichos derechos. Y esto es así a pesar de los esfuerzos de los habitantes de Conejo en 2005 para que se reconociera el mapa de su población y sus límites. Ellos presentaron dicho mapa posteriormente al Primer Ministro, pero no se ha hecho nada al respecto.

109. He considerado con preocupación también este aspecto de la demanda de los demandantes. Las evidencias me han satisfecho respecto a que las acciones y omisiones de los demandados en relación con los derechos e intereses sobre sus tierras de los demandantes, no están en concordancia con el régimen protector de la Constitución en relación con la propiedad. Sí, la protección de la Constitución de la propiedad debe colocar un escudo protector contra la **confiscación arbitraria** de esa propiedad (sección 3(d)) y aislar dicha propiedad de cualquier toma o adquisición confiscatoria de cualquier interesado en dicha propiedad, salvo y excepto si es de acuerdo con una ley que provea por la compensación razonable, a determinar y entregar en un periodo de tiempo razonable, y que asegure el acceso a la justicia de la persona afectada para defender sus intereses y para determinar si la toma de dicha posesión o adquisición de intereses fue con fines públicos y para determinar la cantidad de la compensación a la que la persona afectada puede tener derecho y aplicar el derecho a tal compensación (sección 17).

110. Aunque la evidencia revela negligencia e incumplimiento de los derechos e intereses de los demandantes en sus tierras por la no observación de estos derechos e intereses, no estoy satisfecho de que dicha negligencia alcance el nivel de privación arbitraria o adquisición confiscatoria del tipo contemplado y protegido en la Constitución. Pero,

en cualquier caso, la negligencia viola la protección que la Constitución otorga a la propiedad en el extremo en que se han concedido concesiones a terceras partes para utilizar la propiedad y los recursos situados en las tierras que pertenecen a los demandantes.

111. (c) ¿Las acciones y omisiones de los demandados violan el derecho de los demandantes a la igualdad garantizado por las secciones 3 a 16 de la Constitución?

Los demandantes dicen que las acciones y omisiones testimoniadas en los distintos affidávit presentados en este caso y atribuibles a los demandados (véase párr. 103 a 106 supra) son, además, una violación de su derecho a la igualdad garantizado por las secciones 3 y 16 de la Constitución. Este demanda se basa en que los demandados no han proporcionado protección legal a su tenencia de la tierra consuetudinaria maya.

112. La sección 3 de la Constitución de Belice garantiza los derechos y libertades fundamentales a "cada persona en Belice... cualquiera sea su raza" y la sección 16 señala que "ninguna ley contendrá ninguna disposición que sea discriminatoria en sí misma o en su efecto y nadie será tratado de forma discriminatoria por ninguna persona o autoridad." Un tratamiento es discriminatorio, en opinión de la Constitución, "cuando permite que se trate de manera diferente a diferentes personas a causa, total o principalmente, de su respectiva adscripción por ... raza (o) lugar de origen... por lo que las personas de tal adscripción quedan sujetas a limitaciones o restricciones a las que las personas de otra adscripción no está sujetas, o se les conceden privilegios o ventajas que no se conceden a personas de otra adscripción"– sección 16(3) de la Constitución.

113. Si un tratamiento es de hecho discriminatorio es un asunto que hay que valorar a la luz de las circunstancias de cada caso particular. En algunos casos, el tratamiento discriminatorio será tan evidente que se percibe fácilmente como tal. Sobre los hechos en este caso, estoy satisfecho de que el tratamiento dado a los derechos e intereses de los demandantes en sus tierras, en particular el que el demandado no les haya proporcionado los mecanismos o protección necesarios para ejercer sus derechos a la propiedad plenamente y con igualdad respecto a otros beliceños, es, en mi opinión, discriminatorio y no está conforme con el derecho a la igualdad garantizado en las secciones 3 y 16 de la Constitución de Belice. Encuentro que este tratamiento discriminatorio se deriva, en gran medida, del hecho de que los demandantes son mayas y practican el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra de su pueblo. La negligencia de los demandados en reconocer y validar este sistema incumple la garantía de igualdad y no discriminación de la Constitución y no puede

justificarse bajo ninguna de las excepciones contenidas en las subsecciones (6), (7) y (8) de la sección 16.

114. Estoy de acuerdo con la presentación de los demandantes de que, debido a su aspecto comunal y a su especial origen, los derechos consuetudinarios mayas sobre las tierras y recursos son, por naturaleza, diferentes del tipo de derechos de propiedad que suelen respetar las agencias y ministerios del gobierno. Por lo tanto, por no respetar esta diferencia, por ejemplo, al considerar que los alquileres individualizados son un sustituto adecuado para los intereses consuetudinarios de un agricultor maya en las tierras de su población (como declararon en diversos affidávit) o al considerar las tierras de uso colectivo de las poblaciones de Conejo y Santa Cruz como tierras nacionales vacantes, los funcionarios del gobierno, como agentes de los demandados, está actuando discriminatoriamente contra los demandantes.

115. (d) ¿Las acciones y omisiones de los demandados violan los derechos de los demandantes a la vida, libertad, seguridad personal y protección legal garantizados por las secciones 3(a) y 4 de la Constitución?

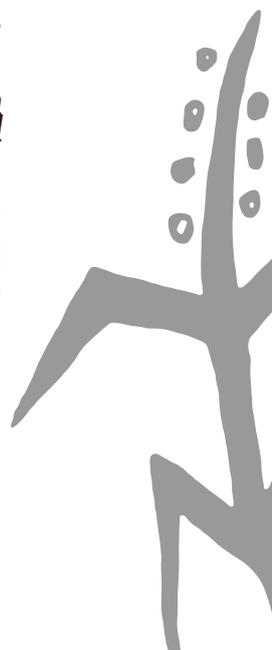
La Constitución de Belice garantiza en la sección 3(a) que "toda persona en Belice tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona y a la protección de la ley" y, en la sección 4, que "Nadie será privado intencionalmente de su vida..."

116. A partir de las evidencias en este caso, es evidente que los demandantes mayas dependen de la agricultura, la caza, la pesca y la recolección para su supervivencia física. Esta también claro que la tierra que tradicionalmente usan y ocupan tiene un papel central en su existencia y vitalidad física, cultural y espiritual. Los demandantes han denunciado también en este proceso que las acciones y omisiones de los demandados al ignorar sus derechos e intereses a sus tierras tradicionales violan su seguridad de ser y les niegan la protección de la ley.

117. De nuevo me inclino a favor de los demandantes sobre este tema porque, sin la protección legal de sus derechos e intereses a sus tierras consuetudinarias, el disfrute de su derecho a la vida y su mismo modo de vida y bienestar, se verían seriamente comprometidos y en riesgo. Esto, me parece, no sería acorde con las garantías constitucionales.

118. **Obligaciones de los demandados en relación con los demandantes según el derecho internacional**

No puedo concluir este juicio sin referirme a algunas de las obligaciones de los demandados, como representantes del Estado de Belice, en el derecho internacional. Por supuesto, este es un



procedimiento interno, pero, sin duda, a la luz de las cuestiones planteadas, afecta, en mi opinión, a algunas de las obligaciones del Estado según el derecho internacional. Pienso que algunas de estas obligaciones resuenan en ciertas disposiciones de la propia Constitución de Belice a las que me he referido anteriormente.

119. Los demandantes, en los argumentos e intervenciones de su abogado, plantearon algunas de estas obligaciones. Belice, por supuesto, es un miembro de la comunidad internacional y ha suscrito compromisos de algunos tratados internacionales humanitarios que afectan a este caso. Parte de estos compromisos es el reconocimiento y protección de los derechos de los indígenas a las tierras. Los demandantes en este proceso son miembros de la comunidad maya, un grupo indígena que ha vivido en Belice desde tiempos inmemoriales.

120. **Obligaciones de los tratados**

En el derecho internacional contemporáneo, se considera que el derecho a la propiedad incluye los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales tradicionales. Belice es parte de varios tratados internacionales, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) **999 U.N.T.S. 171**: la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial (CEDR), **660 UNTS 195**; y la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) **119 UNTS 3**: se ha interpretado que todos ellos exigen a los estados que respeten los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos.

121. Por ejemplo, en caso **Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community contra Nicaragua 79 Ct.IDH (Ser C) (2001)** la Corte sostuvo que:

"Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras." en párrafo 149.

122. En el caso **Comunidades indígenas mayas**, supra, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (un organismo de la Organización de Estados Americanos de la que

Belice es miembro), la Comisión señaló que los derechos a la propiedad protegidos en la Carta de la OEA en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, *"no se limitan a aquellos intereses de propiedad que ya están reconocidos por los Estados o que están definidos por la legislación interna, sino más bien a que el derecho de propiedad tiene un significado autónomo en el derecho internacional en materia de derechos humanos. En este sentido, la jurisprudencia del sistema ha reconocido que los derechos de propiedad de los pueblos indígenas no se definen exclusivamente por los derechos dentro del régimen jurídico formal del Estado, sino que también incluyen los bienes comunales indígenas que derivan y se fundan en la costumbre y la tradición indígenas."* en párr. 177.

123. Como parte del CEDR, creo que no se puede discutir que Belice tiene la obligación de reconocer y proteger los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra de los demandantes. El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (que tiene el mandato de supervisar el cumplimiento de los Estados del CERD) ha confirmado que el no reconocimiento y respeto por los estados de la tenencia de la tierra consuetudinaria indígena es una forma de discriminación racial que no es compatible con el CEDR. El Comité, por tanto, en 1997 exhortó a los estados a que:

reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, que adopten medidas para que les sean devueltos." **Recomendación General XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas**, párr. 5 UN Doc A/52/18 Anexo V (18 de agosto de 1997).

124. El Comité, en carta de fecha 9 de marzo de 2007 a los demandados a través del Embajador de Belice ante las Naciones Unidas, señaló que *"estaba preocupado por los informes relativos a la privatización y concesiones de tierra sin la consulta previa son el pueblo maya ni su consentimiento, y por el otorgamiento de concesiones para el desarrollo petrolero, la tala y la producción hidroeléctrica."* (Correspondencia del Presidente del CERD al Representante Permanente de Belice ante la ONU).

125. En mi opinión, dados los compromisos de Belice bajo el CEDR, los demandados deberían considerar seriamente esta comunicación y responder en consecuencia.

126. Estas consideraciones, relacionadas como están con las obligaciones internacionales de Belice

hacia los pueblos indígenas, han tenido por tanto un peso considerable en este caso en mi interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos fundamentales de la Constitución a raíz de las cuestiones planteadas, en particular, los derechos a la propiedad, a la vida, a la seguridad personal, a la protección de la ley y al derecho a no sufrir discriminación. Encuentro especial apoyo e inspiración en el preámbulo de la Constitución de Belice, que exige que las políticas del estado "protejan la identidad, dignidad y valores sociales y culturales de todos los ciudadanos de Belice... incluidos los pueblos indígenas de Belice."

127. Las obligaciones de Belice según el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional

Además de las obligaciones derivadas de los tratados, es mi opinión meditada que tanto el derecho internacional consuetudinario como los principios generales del derecho internacional exigirían que Belice respetase los derechos de sus pueblos indígenas a sus tierras y recursos. Ambos son, incluyendo los tratados, las fuentes principales del derecho internacional: véase el artículo 38 del Tribunal Internacional de Justicia. El derecho internacional consuetudinario evoluciona a partir de la práctica de los estados en materias de preocupación internacional, y los "principios generales" son aquellos comúnmente aceptados por los Estados y reflejados en sus relaciones internacionales o sistemas legales internos –véase Ian Brownlie, **Principles of Public International Law (6ª Ed.)** pp. 15 – 19. Tanto el derecho internacional consuetudinario como los principios generales del derecho internacional están separados de las obligaciones de los tratados, vinculantes también para los Estados.

128. Ambas fuentes de derecho internacional se encuentran en los instrumentos, informes y decisiones internacionales adoptados por los organismos internacionales con autoridad, como los comités y comisiones de la ONU y las comisiones y cortes regionales de derechos humanos; las declaraciones y comunicaciones de los estados en los niveles internacional y nacional y las acciones internas e internacionales de los estados –véase, en general, S. James Anaya, **Indigenous Peoples in International Law (Oxford Univ. 2ª ed. 2004)** pp. 16 – 26.

129. En el caso **Mary y Carrie Dann contra los Estados Unidos**, Caso 11.40, Informe nº 75/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 27 de diciembre de 2002, un caso relativo a la demanda de miembros del pueblo indígena shoshone occidental en el Estado de Nevada, EE.UU., la Comisión afirmó que los principios generales del derecho internacional, en el contexto de los derechos humanos indígenas, incluyen los siguientes:

* el derecho de los pueblos indígenas al

reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;

* el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y

* en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente", párr.130.

130. Además, aunque Belice no ha ratificado aún el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169 de la OIT) de 7 de junio de 1989, no hay duda de que el artículo 14 de este instrumento contiene disposiciones relativas al derecho de los pueblos indígenas a la tierra que concuerdan con los principios generales del derecho internacional en relación a los pueblos indígenas.

131. También es importante en este sentido la reciente Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Por supuesto, a diferencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad, las resoluciones de la Asamblea General no son habitualmente vinculantes para los estados miembros. Pero cuando esas resoluciones o declaraciones contienen principios del derecho internacional general, se espera que los estados no las ignoren. Esta Declaración, Res 61/295 de la AG, fue adoptada por una aplastante cifra de 143 estados a favor, con solo cuatro estados en contra y once abstenciones. Tiene cierta importancia, en mi opinión, que Belice votase a favor de esta Declaración. Y encuentro su Artículo 16 de especial resonancia e importancia en el contexto de este caso al reflejar, como pienso que hace, el creciente consenso y los principios generales del derecho internacional sobre los pueblos indígenas y sus tierras y recursos. El artículo 26 señala:

"Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma 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 otra forma tradicional de ocupación o



utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados aseguran el reconocimiento y protección jurídica 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.”

132. Opino, por tanto, que esta Declaración al incorporar, como lo hace, principios generales del derecho internacional relativos a los pueblos indígenas y sus tierras y recursos, es de tal fuerza que los demandados, representando al Gobierno de Belice, no la dejarán de tener en cuenta. Belice, debe recordarse, votó a su favor. En el artículo 42 de la Declaración, las Naciones Unidas, sus organismos y agencias especializadas, en particular a nivel local, y los **estados** son llamados a promover el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y a velar por su eficacia.

133. Por lo tanto, me atrevo a pensar que los demandados no querrían ejercer, sino que más bien rechazarían, cualquier acción que pudiera desmerecer las disposiciones de esta Declaración que importa, en mi opinión, significativas obligaciones para el Estado de Belice en lo que se refiere a los derechos de los indígenas mayas a sus tierras y recursos. Por último, el artículo 46 de la Declaración exige que sus disposiciones se interpreten de acuerdo con los principios de justicia, democracia, respeto a los derechos humanos, igualdad, no discriminación, buen gobierno y buen fe.

134. Por tanto, llego a la conclusión de que los demandados está obligados, tanto por la legislación interna, en virtud de las disposiciones constitucionales que ha sido invocadas en este caso, y del derecho internacional, del que se derivan obligaciones para Belice, a respetar los derechos e intereses de los demandantes como miembros de la comunidad indígena maya, sobre sus tierras y recursos, que son el objeto de este caso.

135. Conclusiones

Aunque de mi análisis de la demanda en relación a la privación de propiedad o a su confiscación o adquisición confiscatoria, no puedo encontrar que este sea el caso en relación con la propiedad de los demandantes sobre sus tierras, el perjuicio causado en ellas, de todos modos, por los demandados al emitir permisos para explorar o explotar recursos en las mismas es, en mi opinión, tan significativo que es justo y propio prohibir a los demandados que lo hagan sin la adecuada consulta y acuerdo con los demandantes. Esto se reflejará en mi sentencia.

136. Por lo tanto, ordeno y concedo lo siguiente:

a) Una declaración de que las poblaciones demandantes de Santa Cruz y Conejo y sus

miembros tienen, respectivamente, derechos comunales e individuales sobre las tierras y recursos que han utilizado y ocupado de acuerdo con las prácticas consuetudinarias mayas y que estos derechos constituyen “propiedad” con el significado que tiene en las secciones 3(d) y 17 de la Constitución de Belice.

b) Una declaración de que las poblaciones maya de Santa Cruz y Conejo tienen título colectivo a las tierras que sus miembros han usado y ocupado tradicionalmente dentro de los límites establecidos por las prácticas mayas consuetudinarias; y que este título colectivo incluye los derechos e intereses individuales derivados de los miembros de las poblaciones que estén de acuerdo y sujetos al derecho consuetudinario de Santa Cruz y Conejo.

c) Una orden para que el gobierno determine, demarque y proporcione documentación oficial del título y derechos de Santa Cruz y Conejo de acuerdo con el derecho y prácticas consuetudinarias mayas sin perjuicio de los derechos de las poblaciones vecinas.

d) Una orden para que los demandados cesen y se abstengan de cualquier acción que pudiera hacer que agentes del propio gobierno, o terceras partes actuando con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, valor, uso o disfrute de la propiedad situada en el área geográfica ocupada y utilizada por los mayas de Santa Cruz y Conejo a menos que tales actos cuenten con su consentimiento informado y cumplan con las salvaguardas de la Constitución de Belice. Esta orden incluirá, aunque sin limitarse a ello, prohibición de que el gobierno:

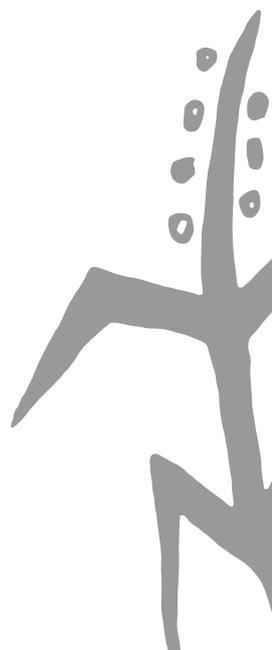
i. conceda cualquier licencia o concesión sobre tierras y recursos según la Ley Nacional de Tierras o cualquier otra Ley

ii. registre intereses de ese tipo en esta tierra

iii. emita cualquier regulación relativa al uso de las tierras o recursos y

iv. emita cualquier concesión para la explotación o recolección de recursos, incluidas concesiones, permisos o contratos que autoricen la tala, prospección o exploración, minería o cualquier actividad similar según la Ley Forestal, Ley de Minas y Minerales, Ley del Petróleo, o cualquier otra ley.

A. O. CONTEH
Presidente del Tribunal
FECHA: 18 de octubre de 2007



La consulta previa y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana: La Sentencia T-129 de 2011

Por Carlos Zapata

Desde 1992 la Corte Constitucional colombiana ha venido desarrollando una línea jurisprudencial en la que se reconoce la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas. Este reconocimiento se soporta formalmente en el artículo cuarto de la Constitución política de 1991, que establece la superioridad jerárquica de la constitución en el ordenamiento interno,¹ y en el artículo 93 de la misma norma, que eleva los tratados y convenios sobre derechos humanos suscritos por el Estado al mismo nivel jerárquico que la Constitución.² En el año 1991 el Congreso de la República ratificó el Convenio n°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes mediante la Ley 21. Desde este año, por tanto, la jurisprudencia constitucional reconoce el Convenio 169 y sus disposiciones en materia de derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas como una norma que integra el *Bloque de constitucionalidad*.

La Corte Constitucional Colombiana ha protegido el derecho a la consulta previa en dos tipos de sentencias. En primer lugar, a través de su potestad de revisión de sentencias sobre acción de tutela que ya han sido falladas en doble instancia. Cabe señalar que los grupos étnicos son los únicos a los que jurisprudencialmente se les ha reconocido la capacidad de interponer una acción de tutela como sujeto colectivo. La acción de tutela (o acción o derecho de amparo, como se conoce en otros países) es en realidad un mecanismo consagrado a la protección de derechos individuales fundamentales. Es amplia la jurisprudencia constitucional en materia de protección del derecho de la consulta previa en la explotación de recursos naturales que impactan territorios ancestrales de los pueblos indígenas. De especial relevancia son las sentencias: T*428/92, SU*039/97, T*652/98, T*634/99, SU*383/03, T*955/03, T*737/05, T*880/06, T*154/09 y T*769/09.

El segundo mecanismo de protección es el control abstracto de la constitucionalidad de

1 Art. 4: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

2 Art. 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

las leyes. La Corte Constitucional ha declarado varias leyes total o parcialmente inconstitucionales argumentando que el ejecutivo y el legislativo habían omitido el proceso de consulta previa sobre normas que afectaban a las comunidades étnicas. En este sentido pueden consultarse las sentencias C*418/02, C*891/02, C*208/07, C*921/07, C*030/08, C*227/08, C*461/08, C*615/09 y C*175/09, C*620 de 2003, C*461 de 2008, C*030 de 2008 y C*175 de 2009. Recientemente, la Sentencia T*909 de 2009 se refirió al derecho a la titulación colectiva, entre otras. El amplio número de sentencias referidas a la protección del derecho a la consulta a través del control de constitucionalidad está directamente relacionado con el hecho de que el ejecutivo y legislativo tienen una visión muy limitada de la consulta como un derecho fundamental. Para estos dos poderes la consulta es un simple trámite administrativo que, cuando trata sobre explotación de un territorio, se debe hacer como requisito para la expedición de la licencia ambiental. Así, la consulta previa está reglamentada en el Decreto presidencial 1320 de 1998. Esta norma se mantiene vigente a pesar de que la Comisión de expertos de la OIT y la Corte Constitucional Colombiana han planteado lo distante que se encuentran sus preceptos del Convenio n°169. Además, la práctica legislativa y administrativa es contraria al consentimiento previo, libre e informado consagrado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007.

“La Corte Constitucional colombiana ha venido desarrollando una línea jurisprudencial en la que se reconoce la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas”

A pesar del importante avance jurisprudencial, los vacíos jurídicos sobre la consulta previa se siguen presentando. La jurisprudencia constitucional, si bien ha reconocido la consulta previa como un derecho fundamental, se ha quedado corta a la hora de definir los elementos integrales mínimos que configuran el cumplimiento efectivo del derecho. Esto alimenta la vulneración del derecho a la consulta y la proliferación de procesos mal realizados o en los que la consulta no se llega a realizar. No obstante, la Sentencia T-129 de 2011 avanza cualitativamente en la definición no solo de principios y valores sino en unas mínimas reglas de juego para que los procesos de consulta sean realmente participativos, democráticos y respetuosos con la voluntad de las comunidades indígenas. Esta Sentencia es tal vez el principal compendio de la jurisprudencia constitucional sobre la materia y avanza considerablemente en elementos que distinguen el derecho a la consulta previa de un mero trámite administrativo, añadiendo elementos procesales que configuran el derecho. Define los deberes fundantes del Estado, el tipo de diálogo intercultural, los tiempos y la construcción negociada y continuada que hacen de la consulta un proceso permanente de reconocimiento de la igualdad material entre dos culturas diferentes y con valores, en ocasiones, distanciados.

Esta sentencia, por tanto, constituye el *deber ser* más avanzado de la consulta previa que se ha presentado en el ordenamiento jurídico colombiano y puede ser un gran aporte



para las reivindicaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de las Américas. Esta es pues la síntesis de lo que significa la consulta previa para el Estado colombiano.

El caso expuesto en la Sentencia T – 129 de 2011

Los hechos que dan lugar a la Sentencia T – 129 de 2011 ocurren en el municipio de Acaandí, ubicado en el departamento de Chocó, en la frontera entre Colombia y Panamá. La acción de tutela fue interpuesta por representantes de las comunidades de Chidima Tolo y Pescadito. Ambas comunidades pertenecen a la etnia Embera Catío, la primera está integrada por 66 personas distribuidas en 13 familias y la segunda está compuesta por 8 familias para un total de 49 personas. Según los accionantes ambos territorios fueron titulados como resguardo mediante las resoluciones 005 y 007 de 2001 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA)³. Aunque ambas comunidades pertenecen al mismo grupo étnico y su ubicación es muy cercana, el INCORA no tituló un continuo globo de tierra, algo que ha permitido que se perturbe la posesión.

Las comunidades acceden a la acción de tutela porque consideran vulnerados sus derechos a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva, a no ser desplazados, al debido proceso, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, a la vida y subsistencia como pueblo indígena. Para ellos esta situación es provocada porque el territorio se ha convertido en algo estratégico para proyectos de desarrollo nacional y de intercambio con Panamá y Centroamérica. Las agresiones se pueden resumir en: **(i)** los trabajos correspondientes a una carretera que atravesaría los resguardos; **(ii)** el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; **(iii)** los trámites de concesión minera para explotación de oro; y **(iv)** la invasión ilegal del territorio, así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos. La acción de tutela interpuesta contra las diferentes instituciones estatales vinculadas con estas materias fue denegada por el Tribunal Superior de Quibdó, en primera instancia y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema Justicia.

Principios fundantes del Estado reconocidos por la Sentencia T – 129/11

En esta Sentencia, la Corte Constitucional ratifica la consulta previa como un derecho fundamental para la protección integral de las comunidades étnicas del país. Desde esta perspectiva cuestiona que se observe como un mero trámite administrativo, considerando la consulta como un mecanismo de vital importancia para la protección de principios y bienes esenciales para el Estado. La consulta previa queda anclada a principios constitucionales superiores, que a consideración de la Corte son constitutivos de la nación pluriétnica y multicultural colombiana. En otras palabras, el Estado nación solo es concebible con la pervivencia digna de todos los grupos étnicos que constituyen esa diversidad (artículo 7° Constitución Política). El Estado deja de ser lo que es si desaparece uno de sus 102 pueblos,⁴ un reconocimiento fundamental, más teniendo en cuenta que

³ Actualmente desaparecido y fusionado en el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural

⁴ Número reconocido por la ONIC.

cerca de 18 pueblos están al borde de la extinción.

En este sentido, la Corte establece como criterio interpretativo de los procesos de consulta previa el principio *pro homine*, esto es “la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto a la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución”. Esto gracias a que los artículos 1° y 2° consagran la dignidad humana como fundamento del Estado social y democrático de derecho, que es el principal fin de la nación colombiana.

La consulta previa no solo cumple un papel decisivo en la protección de la diversidad étnica, el reconocimiento de los derechos especiales para los pueblos indígenas y en la preservación de la autonomía e integridad de sus territorios. Para la Corte la consulta, además, es un mecanismo que ayuda a proteger la riqueza cultural y natural de todos la ciudadanía del Estado. En este sentido, la Corte mantiene la línea jurisprudencial que reconoce lo que se ha denominado como la *Constitución ecológica y la constitución cultural*. Respecto a la primera, la Corte cuestiona la concepción antropocéntrica de la naturaleza y hace un llamado urgente por la protección de la vida. Reconoce la concepción de vida sustentable que tienen las comunidades indígenas y por eso el lugar importante de la consulta previa en las licencias y los planes de manejo ambiental. Respecto a la segunda, plantea que la Constitución protege el patrimonio cultural de la Nación como un diálogo necesario entre las generaciones pasadas y futuras, algo que impone obligaciones de protección tanto a autoridades como particulares. La Corte establece una presunción: que donde hay asentamientos de comunidades indígenas muy probablemente hay patrimonio arqueológico de la Nación. Por ello, cuando se piense en el desarrollo de proyectos de explotación o infraestructura, además de la consulta previa y el plan de manejo ambiental, debe existir un plan de manejo arqueológico, fundamentado en un programa de arqueología preventiva. Sin estos requisitos no se podrá desarrollar ningún tipo de obra o proyecto.

De otra parte, la Sentencia T – 129 de 2011 genera un gran aporte en cuanto al debate que siempre se ha planteado en materia de desarrollo: para el gobierno y la inversión de capital las necesidades de pequeñas comunidades no pueden anteponerse a los intereses generales del desarrollo que demanda el país. La Sentencia recoge ideas y conceptos de desarrollo elaborados por las principales facultades de antropología del país y organizaciones de la sociedad civil que aportaron importantes apuntes a esta discusión. Sobre el particular, la Corte fue enfática: “No se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las

“...cuestiona que se observe como un mero trámite administrativo, considerando la consulta como un mecanismo de vital importancia para la protección de principios y bienes esenciales para el Estado”

obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos”. La Sentencia reconoce que la diversidad cultural está relacionada con cosmogonías y representaciones de vida que no son compatibles con las costumbres y las nociones de desarrollo dominante y esto constituye un límite material a las concepciones de mercado en la que todo es mercancía. Es aquí donde se requiere la protección de la multiculturalidad y la pluriétnicidad de la Nación.

“De esta forma, se reconoce un ámbito esencial del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que no puede ser objeto de disposición por parte del *ius imperium* del Estado, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro... Por lo estudiado, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares”.

Requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas.

A continuación se transcriben literalmente la reglas generales adoptadas por la Corte ya que son un importante aporte para el establecimiento de unos procesos claros de consulta previa. La consulta se reconoce como un derecho fundamental indispensable para la protección de otros principios y derechos fundamentales.

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: ⁵

- (i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
- (ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
- (iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
- (iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
- (v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo

⁵ Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C⁴⁶¹ de 2008 y C¹⁷⁵ de 2009.

étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

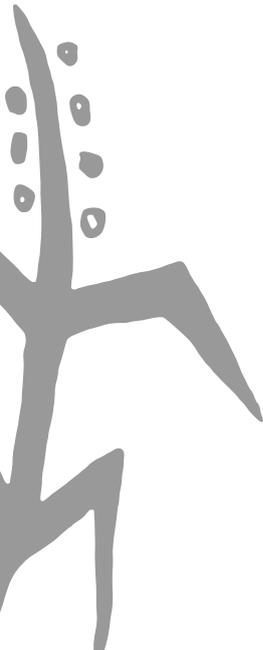
(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

“La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación”

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización



administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional”.



Carlos Zapata estudió Derecho en la Universidad de Antioquia, Colombia, y tiene un Máster en DDHH, interculturalidad y desarrollo de la UPO * UNIA. Ha sido Coordinador de planeación y programas y asesor jurídico de la Organización Indígena de Antioquia, OIA; Director ejecutivo del Centro de Cooperación al Indígena, CECOIN; y Coordinador del Observatorio de derechos indígenas y políticas públicas de desarrollo. Es actualmente Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Ensayos para la promoción de la cultura política.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Extractos de la Sentencia T*129/11

(...)

Tabla de contenido de la Sentencia T/ de 2011

- I. ANTECEDENTES
- II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN
- III. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE
- IV. INTERVENCIÓNES AMICUS CURIAE EN SEDE DE REVISIÓN.
- V. DECRETO DE PRUEBAS EN SEDE DE REVISIÓN.
- VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.
 1. COMPETENCIA
 2. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.
 3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LA NACIÓN. RECONOCIMIENTO EN MATERIA INDÍGENA Y AUTONOMÍA EN SUS TERRITORIOS.
 4. DE LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO Y DE LAS PERSONAS DE PROTEGER LAS RIQUEZAS CULTURALES Y NATURALES DE LA NACIÓN.
 - 4.1. Constitución ecológica o ambiental.
 - 4.2. Constitución cultural.
 - 4.3. De la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico para la protección de bienes de interés cultural.
 5. TENSIÓN ENTRE LAS DISTINTAS VISIONES DE DESARROLLO Y LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LAS RIQUEZAS CULTURALES Y NATURALES DE LA NACIÓN.
 6. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS A LA CONSULTA PREVIA RESPECTO DE OBRAS, PROYECTOS Y/O ACTIVIDADES QUE TENGAN LA POTENCIALIDAD DE AFECTAR SUS TERRITORIOS. REFERENTE JURISPRUDENCIAL EN LA MATERIA.
 - 6.1. Jurisprudencia en materia de consulta previa en sentencias de tutela.
 7. DE LA IMPORTANCIA DE LOGRAR EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO ANTE LAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN EN TERRITORIOS ÉTNICOS Y EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES DE COMPARTIR LOS BENEFICIOS.
 8. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA Y LA BÚSQUEDA DEL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS.
 9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.
 - 9.1. Introducción.
 - 9.2. Aclaración preliminar.
 - 9.3. Metodología de resolución del caso.
 - 9.4. De la construcción de la carretera.
 - 9.5. Del proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá.
 - 9.6. De la concesión minera en el municipio de Acandí.
 - 9.7. De la invasión, ocupación ilegal y explotación del medio ambiente y de la omisión estatal de protección ante el peligro de desplazamiento de la comunidad implicada.
 - 9.8. Medidas generales para garantizar el respeto y la protección de las comunidades étnicas de la Nación.
- VII. DECISIÓN
- VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia

(...)

2. Presentación del caso y planteamiento de los problemas jurídicos.

2.1. Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso indígenas pertenecientes al resguardo Chidima-Tolo y a favor de la comunidad de Pescadito (las dos de la etnia Embera Katío ubicadas al norte del Chocó), interponen la presente acción de tutela exponiendo dos problemáticas que, en su sentir, afectan sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva y a la integridad étnica y cultural.

La primera está relacionada con la intervención que se proyecta en parte de sus territorios para la ejecución de obras de infraestructura y explotación de recursos

naturales, a saber: **(a)** los trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos; **(b)** el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; y **(c)** los trámites relativos a la concesión para explotación de oro.

En cuanto a la segunda problemática, advierten que por la fragmentación territorial como fueron reconocidos los resguardos, dicha circunstancia ha facilitado la presencia de colonos que de forma irregular ocupan sus territorios y explotan los recursos naturales ocasionando daños ambientales a zonas del resguardo y aledañas al mismo. Adicionalmente, informan que por las expectativas derivadas de los proyectos antedichos y la presencia de grupos al margen de la ley, las comunidades se encuentran en peligro de desplazamiento, situación que denuncia no ha sido solucionada por parte de los organismos competentes del Estado.

2.2. En armonía con los presupuestos fácticos planteados, la Sala Quinta de Revisión deberá resolver los siguientes problemas jurídicos **(i)** si las conductas desplegadas por las entidades accionadas han desconocido los derechos y garantías constitucionales de las comunidades indígenas en lo relativo al agotamiento de la consulta previa para la proyección de las obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en sus territorios; **(ii)** si se hace necesario asumir medidas relativas al saneamiento y/o ampliación de los territorios por la presunta ocupación irregular de los mismos; **(iii)** se analizará si la comunidad se encuentra en peligro de desplazamiento forzado o no.

2.3. Con el objetivo de resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte Constitucional tratará los temas relacionados con **(i)** la protección constitucional especial de la diversidad étnica y cultural de la Nación, reconocimiento en materia indígena y autonomía en sus territorios; **(ii)** la



obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; **(iii)** la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación; **(iv)** El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa respecto de obras, proyectos y/o actividades que tengan la potencialidad de afectar sus territorios; **(v)** de la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios; **(vi)** los requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado; por último **(viii)** analizará y resolverá el caso concreto.

3. Protección constitucional especial de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Reconocimiento en materia indígena y autonomía en sus territorios.

Es amplia y reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en distintos contextos ha protegido a las comunidades indígenas del país. El referido precedente se ha edificado en los principios fundamentales de la Carta Política contemplados en el artículo séptimo, referente a la protección de minorías raciales y culturales, el cual establece que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*.

De ese artículo se extraen elementos esenciales como el reconocimiento estatal y la protección a la diversidad étnica y racial. Así, la Carta Política, sobre la base de los principios de dignidad humana y pluralismo, reconoce un estatus especial de protección con derechos y prerrogativas específicas a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la Nación.

De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías.

De forma expresa y directa la Constitución protege a las comunidades indígenas en muchos aspectos que se proyectan en el ejercicio del poder legislativo, ejecutivo y judicial. En virtud de ello los **artículos 171 y 176 de la Constitución Política** contemplan una circunscripción indígena en Senado y Cámara de Representantes para el Congreso de la República, de la cual se extrae el derecho al voto y la posibilidad de elegir y ser elegidos. En materia de administración de justicia, el **artículo 246** estipula la posibilidad de que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan

funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. Del mismo modo, en cuanto al poder ejecutivo y autonomía administrativa, el **artículo 286** otorga el estatus de ente territorial a los territorios indígenas.

Debido a que los problemas jurídicos que se estudian en el presente caso están estrechamente relacionados con el uso y defensa de los territorios indígenas, la Sala considera pertinente enfatizar en las garantías contempladas en los artículos **63 y 329** superiores, que dan el tratamiento a los resguardos de propiedades colectivas el grado de no enajenables, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En armonía con los preceptos referidos, el **artículo 330** contempla la forma de organización del territorio y la posibilidad de organizarse bajo los siguientes parámetros:

“ART. 330. — De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PAR. — La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”
(Subrayado por fuera del texto original).

Del párrafo transcrito se deriva que a parte de las funciones de los consejos indígenas, la explotación que se proyecte ejecutar en sus territorios surge

como la posibilidad de valorar si una posible intervención de cualquier índole generaría el daño de la integridad económica, social o cultural de las comunidades. Pues la obligación constitucional es que la explotación o intervención se haga "sin desmedro" de sus derechos y realmente quienes mejor saben qué puede dañar o no a su gente y sus valores son las mismas comunidades.

Así mismo, es pertinente tener en cuenta la forma como la jurisprudencia constitucional ha advertido sobre el respeto del territorio en materia indígena. En la **Sentencia T*252 de 1998**, la Corte puntualizó que la propiedad colectiva "*sobre los territorios indígenas reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos.*"

Como medida amplificadora de las garantías contempladas en la Constitución, la Ley 21 de 1991 aprobó el Convenio 169 de la OIT "*Sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT, Ginebra 1989*". En dicha norma, entre otros aspectos, se especificó que los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Medidas que armonizadas con lo estipulado en el Preámbulo del referido Convenio atienden a la evolución del derecho internacional y a los cambios que padecen los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, de los cuales no se escapa Colombia en pleno inicio del siglo XXI. En virtud de ello y con el objetivo de materializar las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, al igual que su desarrollo económico, cultural, social y político, se erige el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la consulta previa cada vez que se proyectan medidas administrativas o normativas.

De esta forma, el Convenio 169 contempla el derecho de las comunidades indígenas y tribales de participar en la toma de decisiones que afecten sus territorios, prerrogativa que además a la protección del patrimonio material e inmaterial del país. En virtud de ello los artículos 6º y 7º del citado convenio establecen lo siguiente:

" ART. 6º— 1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente,

por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, y

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

ART. 7º— 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan."

De las normas citadas se puede concluir que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento a través del cual el Estado colombiano se comprometió con sus habitantes y la comunidad internacional como medio para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales de la Nación a la supervivencia, social, económica y cultural ante la disyuntiva que surge al adoptar medidas administrativas que pueden afectar sus territorios. Instrumento que hace parte del bloque de



constitucionalidad.

En virtud de lo expuesto, es pertinente concluir que la Constitución brinda a las comunidades étnicas una protección especial sobre las costumbres, la autonomía y el territorio, salvaguarda que no sólo se extiende y termina en la norma, sino que debe ser prestada de forma efectiva por las autoridades. Desconocer dichas garantías pondría en peligro la identidad de los pueblos étnicos y llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias. Así, si la propiedad colectiva sobre el territorio étnico es un derecho del pueblo respectivo, la regla correlativa es el respeto y defensa por parte de todos los organismos del Estado y por supuesto de los particulares.

4. De la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

En relación con la protección de la riqueza natural y cultural de la Nación, el artículo 8º de la Constitución Política establece como obligación fundamental del Estado y de los ciudadanos velar por el cuidado de las riquezas culturales y naturales de la Nación. Además, en el capítulo de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95*8 C.P.), se fijan los patrones generales que rigen la relación entre el ser humano y su entorno. En efecto, en los referidos artículos se consigna una atribución en cabeza del Estado y de todos los habitantes de proteger el medio ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro del medio procurando su conservación, restauración, sustitución y desarrollo sostenible.

De esta forma, la disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio del bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del medio ambiente como un todo. Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y sustitución, hacen parte de las garantías constitucionales para que el bienestar y el quehacer productivo*económico del ser humano se efectúe en armonía y no a costa o en perjuicio de la naturaleza.

En virtud de lo anterior y con fundamento en los distintos principios, valores, deberes y obligaciones que la Constitución contempla en materia de protección de la riqueza natural y cultural, la jurisprudencia de esta Corporación ha implementado una interpretación sistémica basada en los postulados que la Carta contiene en materia ecológica, ambiental y cultural. De una parte, a esta construcción se le ha llamado la Constitución ecológica, verde o ambiental; y de otra la Constitución cultural.

4.1 Constitución ecológica o ambiental.

Sobre la naturaleza ambiental de la Carta, es pertinente tener en cuenta que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa y material de la sociedad con el medio. Por ello, la protección del medio ambiente en su conjunto ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que es plausible afirmar que la Carta contiene una verdadera "*Constitución Ecológica*", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.

En el anterior sentido la Corte en **Sentencia C* 126 de 1998**, precisó la triple dimensión que la Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano, en los siguientes términos:

"De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares."

Incluso, en varias ocasiones, la Corte ha insistido en la importancia que reporta el medio ambiente para el bienestar general, al punto de establecer deberes calificados de protección que permitan brindar un nivel de vida digno, tanto a la sociedad como el individuo, que contribuyan al pleno funcionamiento del Estado.

Así, dados los factores perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente que le ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad, la Corte ha sostenido el carácter de *derecho fundamental por conexidad*, al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas.

Recientemente, esta Corporación ha señalado que "el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con ésta o con otra biósfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biósfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana". Subrayado por fuera del texto original

Ello ha permitido afirmar la importancia de preservar el medio ambiente sano a través de una

labor conjunta de todos los responsables. La Corte ha manifestado que la Constitución proporciona una combinación de deberes contiguo al reconocimiento de derechos, que permiten advertir una visión del asunto ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico:

"Desde el plano *ético* se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano *económico*, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la Nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado. En el plano *jurídico* el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales."

El ambiente sano, como se ha mencionado forma parte de los *derechos colectivos* cuya esencia trasciende el concepto de derecho individual para radicarse en el ser social, el cual incumbe, además, a cada una de las esferas que componen el entramado social, de manera que su conservación impone deberes correlativos a los particulares, la sociedad, las empresas, al Estado y la comunidad internacional.

Se acepta al medio ambiente sano como un *derecho* del cual son titulares todas las personas, quienes a su vez se encuentran legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlos y que deben colaborar en su conservación. También como un *deber* que se le impone a todos y particularmente al Estado:

(i) proteger su diversidad e integridad, (ii) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, (iii) conservar las áreas de especial importancia ecológica, (iv) fomentar la educación ambiental, (v) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, (vi) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, (vii) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente; y (viii) cooperar con otras Naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

En consecuencia, el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido cuya preservación debe procurarse no sólo a través de acciones aisladas del Estado, sino con la concurrencia de los individuos, la sociedad, la empresa y demás autoridades.

Sobre todo, la Corte encuentra indispensable

insistir en los criterios manifestados en la **Sentencia T*411 de 1992**, por medio de la cual se dio inicio en la jurisprudencia colombiana al concepto de Constitución ecológica:

"La protección jurídica del medio ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida, una necesidad socialmente sentida, de dar una respuesta contundente a las intolerables agresiones que sufre el medio ambiente.

El desarrollo sin planificación y los avances científicos fueron ampliando considerablemente el impacto industrial en el entorno.

El problema ecológico y todo lo que este implica es hoy en día un clamor universal, es un problema de supervivencia.

Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un "amor platónico hacia la madre naturaleza", sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico * artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes. Este inmenso desafío tiene una dimensión moral y espiritual. La era pasada nos ha enseñado una muy buena lección: el hombre no puede mandar sobre el viento y la lluvia.

El hombre no es el amo omnipotente del universo, con carta blanca para hacer impunemente lo que desee o lo que le convenga en un determinado momento. Y, como sostiene el humanista Vaclav Havel, el mundo en que vivimos está hecho de un tejido inmensamente complejo y misterioso sobre el cual sabemos muy poco y al cual debemos tratar con humildad.

Entre los habitantes de la tierra, son las tribus indígenas las que aún conservan el respeto por ella; así lo manifestó el Jefe Seattle de las tribus Dwasmich y Suquamech:

"Esto sabemos: la tierra no pertenece al hombre; el hombre pertenece a la tierra. Esto sabemos. Todo va enlazado como la sangre que une a una familia. Todo va enlazado."



Bajo la misma línea argumentativa, la Corte ha evidenciado que:

“el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con ésta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana”.

Además, la protección del medio ambiente como patrimonio común a toda la humanidad, surge como consecuencia de la degradación de recursos generalmente esenciales (agua, aire, tierra, etc) o de valor difuso (salud humana). El “garantizar la sostenibilidad del medio ambiente” como objetivo de desarrollo del milenio (Meta 7ª) de la Organización de las Naciones Unidas, representa las necesidades humanas y los derechos básicos de todos los individuos del planeta y el no alcanzarlo podría multiplicar el riesgo mundial de inestabilidad y degradación del medio ambiente.

La deforestación global, el cambio climático (emisiones globales de dióxido de carbono CO₂. Sustancias que destruyen la capa de ozono), la pérdida de la biodiversidad que continúa implacablemente, la no protección adecuada de los hábitats de las especies en peligro, el crecimiento de especies en peligro de extinción, la sobreexplotación global, constituye claro ejemplo de ello. La sociedad post*industrial contemporánea que se caracteriza por la economía globalizada ha sido catalogada como una sociedad de riesgo “donde el espacio vital tradicional se reduce drásticamente y es reemplazado por un conglomerado cada vez más complejo de incertidumbres y de peligros para la salud y el entorno (dioxinas, amianto, vacas locas, etc.)”. Así, surgen como principios sustanciales de la política internacional ambiental los de cautela y de acción preventiva, entre otros. La superación de las dificultades para la puesta en marcha de tales principios como otros, evitaría a tiempo numerosos daños irreversibles al medio ambiente y con las consecuencias propias para la humanidad. La aplicación de los principios que inspiran al derecho ambiental, resulta, entonces, imperiosos para la supervivencia de la humanidad.

En conclusión, la relación humana con el medio ambiente no puede continuar siendo antropocentrista, dicho esquema de correlación es el germen de la autodestrucción, por tanto se torna inaplazable y necesario entender que todo está holísticamente enlazado y que la protección, va más allá de la mera normativa y su cumplimiento, puesto que lo que está en juego no es solo la

subsistencia de la especie humana, sino la vida como un todo.

4.2 Constitución cultural.

La obligación de protección y defensa del patrimonio cultural de la Nación se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones.

La cultura fue reconocida por el Constituyente de 1991 como un pilar que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. Es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor fundamental de la nación colombiana, erigiéndose de esta forma el denominado eje de la Constitución Cultural, que al igual que la ecológica parte de una interpretación sistemática, axiológica y finalista, de las varias disposiciones a las que la Corte se refirió en la **Sentencia C*742 de 2006**:

“(…) el **artículo 2º** superior, señaló como fin esencial del Estado el de facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación. Los **artículos 7º y 8º** de la Carta dispusieron la obligación del Estado de proteger la diversidad y riquezas culturales de la Nación. El **artículo 44** define la cultura como un derecho fundamental de los niños. El **artículo 67** señalaron que la educación es un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación. El **artículo 70** de la Constitución preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana. En esta misma línea, el **artículo 71** de la Constitución dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales. Ahora, la protección de los recursos culturales no sólo es una responsabilidad a cargo del Estado sino que también es un deber de los ciudadanos, en los términos previstos en el **artículo 95, numeral 8º**, superior. De todas maneras, los **artículos 311 y 313, numeral 9º**, de la Carta encomiendan, de manera especial, a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Por su parte, el **artículo 333** superior autorizó al legislador a limitar válidamente la libertad económica cuando se trata de proteger el patrimonio cultural de la Nación. Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el **artículo 72** de la Carta dispuso que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la

Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”

La descripción anterior muestra que, efectivamente, la protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico.

De igual manera, si bien los **artículos 8° y 70** superiores consagraron el deber del Estado de proteger las riquezas culturales de la Nación y promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos, no señalaron fórmulas precisas para llegar a ese cometido, de ahí que deba entenderse que el Constituyente dejó al legislador o al ejecutivo a cargo de esa reglamentación.” (Énfasis por fuera del texto original).

De la referencia normativa anterior se aprecia cómo el modelo implementado en la Carta de 1991 propicia el estudio de la Constitución cultural, ámbito dentro del cual se encuentran las ideas, creencias, conductas, mitos, sentimientos, actitudes, actos, costumbres, instituciones, códigos, bienes, formas artísticas y lenguajes propios de todos los integrantes de la sociedad; en otras palabras, de la riqueza cultural de la Nación. En este sentido, es conveniente reiterar lo expresado por esta Corporación en la **Sentencia C*639 de 2009**, en la que se puntualizó que:

“Con la expresión *derechos culturales* se designa la subclase de derechos humanos en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que comprende los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuya pretensión es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que ubique a la persona en su medio existencial en cuanto a su pasado (tradicición y conservación de su patrimonio histórico y artístico), presente (admiración, creación y comunicación cultural) y futuro (educación y progreso cultural, investigación científica y técnica, y la protección y restauración del medio ambiente)”.

Concatenado con lo anterior, es adecuado afirmar que el paso hacia un Estado social y democrático de derecho conlleva axiomáticamente el reconocimiento y puesta en marcha de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Prerrogativas que encuentran respaldo en herramientas internacionales, las cuales se

constituyen en criterios de interpretación relevantes para la determinación de contenido del derecho a la cultura, como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre de 2001, en la que se reconoce que la cultura está compuesta de formas diversas por medio del tiempo y el espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Derechos culturales que se reflejan y retroalimentan de los derechos humanos, universales e indisolubles. Sobre el particular, esta Corporación en la **Sentencia C*434 de 2010** manifestó:

“(…) la Observación General No. 21 del Comité DESC sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural –elaborada en la sesión No. 43 de noviembre de 2009, reconoce que la plena promoción y respeto de los derechos culturales es esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y para la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Este documento también aclara que del derecho a participar en la vida cultural –artículo 15 del PIDESC* se derivan las siguientes obligaciones del Estado: **(i)** no obstruir la participación, **(ii)** asegurar las condiciones para la participación, **(iii)** facilitar tal participación, y **(iv)** promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales. A esto agrega que el derecho a participar en la vida cultural comprende **(a)** el derecho a participar en la vida cultural, **(b)** el derecho a acceder a ella, y **(c)** el derecho a contribuir a su desarrollo. Para terminar, el Comité indica varias condiciones necesarias para la realización del derecho de manera equitativa y sin discriminación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad (cultural).”

De estas disposiciones y documentos se deduce el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura, el cual impone al Estado, entre otras, las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar el acceso, la participación y la contribución de todos a la cultura en un plano de igualdad, en el marco del reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Estas obligaciones también han sido denominadas derechos culturales.”

En suma, la Constitución cultural es parte sustancial de la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho que conlleva el mandato de proteger el derecho a la cultura como una garantía que determina valores y referentes no sólo para quienes hacen parte del presente, sino como un mecanismo de diálogo constante con el pasado y el futuro de las generaciones y su historia.

4.3 De la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico para la protección de bienes de interés cultural.



(...)

4.3.3 En este orden de ideas, en los eventos que existan proyectos que requieran de la expedición de la licencia ambiental, será necesario que los interesados presenten para su aprobación un Plan de Manejo Arqueológico fundamentado en un Programa de Arqueología Preventiva; sin la aprobación del antedicho Plan por parte de la autoridad arqueológica competente (**el Icanh**), no obstante exista una licencia ambiental, por expreso mandato de una norma legal que desarrolla el principio de protección del patrimonio y que concreta la protección expresa que da la Carta a los bienes arqueológicos, no podrá adelantarse obra alguna.

5. Tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación.

5.1 No se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte al afrontar la determinación y el ámbito de protección que el Constituyente quiso fijar a los grupos étnicos, ha establecido que a pesar de la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber tener en cuenta que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional. Es decir al patrimonio cultural de país.

En virtud de lo anterior, la iniciativa estatal y privada deberá propender por el respeto sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas o étnicas de la Nación. Es decir, los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan implementar en el territorio no pueden llegar al extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. Así, el carácter axiológico de la Constitución impone la necesidad de equilibrar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional como la diversidad o el pluralismo y aquellos tutelados por las normas legales imperativas.

De esta forma, se reconoce un ámbito esencial del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que no puede ser objeto de disposición por parte del *ius imperium* del Estado, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro. En virtud de lo anterior, el ámbito de protección de las comunidades étnicas colombianas debe ejercerse,

según los usos y costumbres propias de los pueblos objeto de protección, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

En cuanto al reconocimiento de los grupos étnicos en la Constitución, el choque entre las visiones que se pueden tener del desarrollo o progreso y la necesidad de protección de los grupos étnicos, en el seno de las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente el profesor Orlando Fals Borda manifestó:

“Es evidente que estamos frente a un fenómeno nuevo e interesante no solamente en Colombia sino en el mundo hay otra concepción de la vida que está surgiendo entre nosotros y en otras partes que tiende a equilibrar esos efectos deletéreos [] que ha tenido lo que se llama el desarrollo económico y social cuando se deja a ultranza el desarrollo económico como tal, desarrollo en sí mismo de efectos deletéreos ha llevado a que las comunidades de todos los países vuelvan sus ojos a lo primigenio, a las raíces, a esas raíces que se sienten amenazadas con ese desarrollo desbocado, por esa tecnología amenazante, pues en Colombia llega a este movimiento mundial de defensa de la vida colectiva, de una nueva forma de vivir que apela a una tradición singular que se ha visto conveniente para la sobrevivencia del género humano, y es un fenómeno a escala planetaria no solamente local, ya que esa es la oportunidad que tenemos mis queridos amigos también de que la nueva Constitución de Colombia a las campañas de celebración de los 500 años de descubrimiento de América haciendo una demostración de cómo se recupera esa historia viva que todavía está viva entre nosotros, representados por los pueblos que han sido olvidados y explotados, los indígenas y los negros, además de muchos otros pueblos campesinos de la periferia”. Subrayado por fuera del texto original

En armonía con lo anterior, es pertinente tener en cuenta el concepto de los Departamentos de Antropología de las universidades de los Andes, de Antioquia y Javeriana allegados al caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Corte. Al respecto manifestó la Universidad de los Andes:

“Aunque se van a cumplir ya 20 años de haber reconocido oficialmente nuestra multiculturalidad y diversidad étnica, lejos estamos de haber asimilado el hecho a cabalidad y de actuar en consecuencia.

(...)

Los colombianos deberíamos sentirnos orgullosos de estos pueblos ancestrales cuyos atropellados descendientes aun nos acompañan. Es una lástima que nos acerquemos a ellos para explotar sus riquezas naturales y el paisaje que han conservado y no para aprender de su milenaria sabiduría agonizando junto con sus ancianos. Más apreciarían muchos extranjeros el inmenso tesoro mental y

cultural que tenemos en nuestro país al reunir tantas visiones alternas de la naturaleza, del universo, de los seres.

La realidad del futuro de las comunidades indígenas no puede plasmarse en leyes, no podemos legislar sobre su pensamiento, imponer nuestras normas salidas de nuestros hábitos y entendimiento del mundo sin haber investigado las de ellos, sin saber cuál es su entendimiento del mundo. Se sabe que nociones como 'tiempo' y 'espacio', 'arriba' y 'abajo' son relativas a cada cultura y dependen de varios factores, desde históricos hasta geográficos.

La visión moderna 'occidental' no debe imponerse arbitrariamente sobre las visiones de sociedades que nos precedieron y que, con seguridad, entienden mejor qué es 'bienestar', qué es 'equilibrio'. Estos pueblos que muchos llamamos 'primitivos' vivieron en armonía con la naturaleza por miles de años hasta la llegada de nuestra tecnificada sociedad moderna. ¿Cómo hablar de nuestro 'progreso' o 'desarrollo' como bienes también para ellos? ¿Les hemos preguntado para ellos qué es 'progreso', 'bienestar', desarrollo? ¿Cómo entenderán ellos términos como 'participación', 'consulta', 'consentimiento', cuando los aplicamos a medias o los amañamos a nuestra conveniencia? Los indígenas deberían participar de los proyectos en sus territorios desde su misma concepción por los interesados, para que entiendan nuestros propósitos y nosotros sus necesidades."

(...)

Para la gran mayoría de pueblos indígenas la consulta con ellos significa también consulta con los dioses y consulta con la naturaleza. Entre los u'wa se debe hablar con sus *werjayas*, con el pueblo y sus cabildos. Los caciques a su vez deben comunicarse con los dioses, quienes les indicarán la decisión correcta para que puedan guiar al pueblo. Esta es su percepción elemental, que por demás se ajusta perfectamente a sus principios culturales.

Con respecto al tema de las interpretaciones y significados que se utilizan en las disposiciones legales y actos administrativos en los cuales se toman decisiones que afectan los derechos de los pueblos indígenas, vale mencionar términos como 'indemnización', que para los empresarios interesados en la explotación de recursos naturales o para el funcionario estatal, tiene un claro significado: *"resarcimiento de un daño o perjuicio; contraprestación económica que se le paga a quien ha recibido un daño o perjuicio, que surge como resultado de una acción voluntaria proveniente del sujeto que lo ocasionó"*.

Es improbable que un indígena o una comunidad indígena pueda entender esta definición en el mismo sentido en que lo hace el empresario o el funcionario estatal y también lo es que en su léxico

y vocabulario exista con el sentido y significado que éstos le reconocen. Más equitativo y razonable sería que en vez de reconocerle pagos por concepto de 'indemnización' por los perjuicios o daños ocasionados, el Estado dispusiera que las empresas explotadoras de los recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, permitieran la participación de los pobladores nativos en la ejecución de los proyectos y compartieran con ellos, en igualdad de condiciones, los beneficios económicos obtenidos con dicha explotación, propuesta nada descabellada, por cuanto la legislación así lo tiene establecido, en los numerales 1 y 2 del Artículo 15, del Convenio 169 de la OIT. (Rojas S. 2010: 28)"

Bajo postulados similares, es pertinente resaltar apartes de la intervención del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia, el cual conceptuó:

"Al referirse específicamente a los conceptos que ofrece el discurso desarrollista, el politólogo James Scott sugiere que codificamos estas actitudes en un léxico cognitivo dividiendo el mundo en entidades/cosas/categorías que nos acercan y otras que no:

[E] léxico utilizado para organizar la naturaleza típicamente revela los intereses dominantes de sus usuarios humanos. De hecho, el discurso utilitario reemplaza el término 'naturaleza' con el término 'recursos naturales', enfocando los aspectos de la naturaleza que puedan ser apropiados para el uso humano. Una lógica comparable extrae de un mundo natural más generalizado aquella flora o fauna que tenga valor utilitario (usualmente bienes comerciables) y, luego, reclasifica aquellas especies que compiten con, atacan o, de algún modo, disminuyen la cosecha de las especies valuadas. Así, matas que tengan valor llegan a ser 'cultivos', las especies que compiten con ellas son estigmatizadas como 'hierbas malas' y los insectos que las ingieren son estigmatizados como 'pestes'. Así, árboles que tengan valor llegan a ser "árboles maderables", mientras especies que compiten llegan a ser 'árboles de basura' o 'maleza'. La misma lógica se aplica a la fauna. Animales de alto valor llegan a ser 'caza' o 'ganado', mientras los animales que compiten o los cazan son 'predadores' o 'indeseables' (1998:13).

Se puede llevar este argumento hacia otras perspectivas que vinculan los diferentes actores involucrados en el caso de consulta previa, donde el sesgo que clasifica la naturaleza como un recurso para desarrollar también impone valores a los diferentes actores, de acuerdo con su cercanía o no a los criterios con los que operan el estado y la sociedad mayoritaria en cuanto a los conceptos de "desarrollo", "progreso", e incluso "cultura" y "sociedad". Es un argumento sutil, pero en casi todos los casos, los significados privilegiados de estos conceptos son los del Estado y de la sociedad mayoritaria, porque los criterios de definición y de



medición surgen de la legislación del Estado y del concepto de un bien común exclusivo y excluyente a otras epistemologías. Cuando se considera la perspectiva étnica, hay una mirada reduccionista, donde la cosmovisión, la territorialidad, la ecología, e incluso la misma identidad construida por el otro son criticadas por esencialistas y por su incapacidad para compartir la ideología desarrollista de la sociedad mayoritaria. Esta perspectiva desconoce el mismo proceso esencialista en la formación de una identidad nacional.

(...)

Los antropólogos Alberto Arce y Norman Long hablan de la representación de estas identidades por parte del Estado y la sociedad cuando sugieren que el "carácter contradictorio de los discursos occidentales sobre modernidad y globalidad, que prometen acceso a nuevas formas de conocimiento y recursos, terminan frecuentemente negando la capacidad de grupos locales de pensar, argumentar y actuar por sí mismos" (2000:2). Según Bielawski (1996:226), son discursos que descontextualizan los conocimientos locales –las epistemologías locales– y que "extraen" datos locales para colocarlos en categorías "científicas". El otro étnico y de población vulnerable llega ser una construcción social y legislativa, pero desde la sociedad mayoritaria y desde categorías preconfiguradas de la otredad y no desde una autonomía propia que dialoga con la sociedad mayoritaria.

Parte del problema es que la consulta previa es un derecho de carácter especial otorgado a los grupos étnicos por precondiciones sociales e históricas relativas a su carácter de pueblos originarios históricamente discriminados, y no un derecho otorgado por ser un colombiano con una epistemología distinta pero legítima, que juega en iguales condiciones con la dominante. Debido a esto, cuando el indígena, el afrodescendiente u otro miembro de población vulnerable pretende hacer valer su derecho a ser consultado, se ve en la necesidad de encajar dentro de las categorías, construidas por la sociedad mayoritaria, que los clasifican como "otros", "exóticos", como condición para reconocerlos como interlocutores de carácter especial en el discurso nacional frente a cuestiones que nos preocupan a todos, incluyendo el desarrollo, los usos del suelo y de los recursos naturales, en vez de ser participantes ciudadanos en iguales condiciones en un país pluriétnico y multicultural, en el que esas epistemologías diversas también deben ser parte de la construcción de nación."

Por su parte, el Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana, presentó los siguientes argumentos para abordar la discusión de la tensión entre las distintas visiones de desarrollo, así:

"Existen argumentos antropológicos de peso para argumentar la necesidad del reconocimiento al

derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, establecido en el Convenio 169 de la OIT, o ley 21 de 1991 en Colombia.

El antropólogo norteamericano Thayer Scudder, del California Institute of Technology, ha conducido numerosas investigaciones sobre el impacto de los proyectos de desarrollo en la desaparición de los pueblos indígenas de diferentes países del África. Este investigador señala que:

"Los grandes proyectos son impuestos desde arriba; son impuestos por agencias nacionales o regionales sobre una población local, la cual prácticamente no tiene ninguna capacidad de opinión o decisión durante la etapa de estudios de factibilidad, planeación e implementación" (Scudder 1973:45).

Sus investigaciones en Zambia y Rodhesia, Ghana, Egipto, Nigeria y Costa de Marfil, le han llevado a establecer que, en lo referente a las represas hidroeléctricas: independientemente de que lo sepan o no los gobiernos desatan una serie de eventos que alterarán significativamente el medio ambiente físico y biótico... De la misma forma, ciertos aspectos de la vida de la población local sufrirán cambios... Cientos de profesionales, técnicos y miles de trabajadores entrarán a áreas que, por lo general, han permanecido prácticamente aisladas, con una población local viviendo en comunidades relativamente autocontenidas y autosuficientes. La mayoría de los trabajadores (y es característico que sólo una pequeña proporción de ellos sea proveniente de la población local) se establecerá en el área, aunque cientos y a veces miles de otros participarán en la deforestación y la construcción de carreteras para facilitar la reubicación. (Scudder 1968:168*169).

"Pero independientemente de las intenciones de los gobiernos, la fuerza de trabajo atraerá comerciantes, profesores, misiones evangelizadoras y las nuevas carreteras abrirán áreas para incrementar el contacto con el mundo externo. Sin duda, al cabo de pocos años la población local se verá incorporada en una muy gran medida dentro de un marco de referencia político*económico nacional" (Scudder 1968:169).

La consecuencia de estos cambios, según las investigaciones de Scudder, es la incapacidad de creación de tecnologías compatibles con las formas de vida tradicionales y la cultura de los pueblos indígenas. En palabras de Scudder:

"La simplificación de una institución relativamente rígida (en este caso los rituales agrícolas) o del sistema social, tal vez facilite a la población a cambiar eventualmente a nuevas formas de comportamiento. En el caso de la relocalización compulsiva [la consecuencia directa de la imposición de un proyecto de desarrollo en un territorio tradicional indígena], el término 'eventualmente' adquiere un significado mayor, puesto que yo he planteado la hipótesis según la

cual, la capacidad de innovación se reduce durante el periodo de transición. Durante este tiempo, el cese permanente o temporal de ciertos patrones de comportamiento puede suponerse como la causa de tensiones posteriores” (Scudder 1973:55).

En resumen, según Scudder, la capacidad inventiva y adaptativa de los pueblos indígenas se ve reducida, cuando no desaparece, como resultado de los cambios producidos por la imposición de proyectos de desarrollo (Scudder 1973:54).

Las observaciones de Scudder se basan también en los primeros trabajos del antropólogo Clifford Geertz, en especial aquellos que analizan la involución de las formas de producción agrícola como resultado de la imposición de proyectos de producción a los pueblos indígenas de Indonesia, por parte del gobierno Holandés, durante el periodo de colonización holandesa.

En el caso de Colombia, situaciones similares han sido documentadas sobre el caso de la imposición de proyectos de desarrollo a los pueblos indígenas.

Uno de los trabajos más amplios en este sentido fue publicado por el Centro de Cooperación al Indígena, CECOIN, en el año de 1995.

En referencia a los proyectos de construcción de carreteras en la región amazónica, el investigador Hernando Muñoz plantea que, aunque las carreteras no impliquen grandes proyectos de infraestructura, justamente su frecuencia implica un impacto social, económico y ambiental tan grande como aquella de las represas hidroeléctricas o los complejos de extracción petrolera y minera, a los cuales están asociadas las carreteras. Estos proyectos se convierten en una amenaza tanto para el ecosistema de selva, como para las formas de vida de los pueblos indígenas en tales ecosistemas (Muñoz 1995).

Por lo general, como argumenta Muñoz, las carreteras están relacionadas con proyectos de mayor envergadura. En el caso del Putumayo, las carreteras están relacionadas con la explotación petrolera. Estas carreteras han generado focos de colonización que limitan el espacio vital de los pueblos indígenas de la región amazónica (Muñoz 114).

El proceso de despojo, pauperización y desaparición de los pueblos indígenas amazónicos como resultado de la imposición de la explotación petrolera, ha sido documentado de manera amplia por investigadores como Augusto Gómez (Gómez 2005).

En estos casos es necesario recordar el mayor proceso de desaparición de los pueblos indígenas generado por la economía extractivista del caucho, documentado por Roberto Pineda Camacho en su tesis doctoral. Proceso al cual, el profesor Roberto Pineda Camacho se refiere como un “Holocausto”.

(Pineda Camacho 1993)

En el caso del pueblo Barí, de la región del Catatumbo, investigadores como el etnólogo Francés Robert Jaulin, han determinado que la imposición de costumbres por parte de la sociedad nacional, a través de la colonización de los territorios indígenas, realizada con el propósito de llevarles a estos el desarrollo, constituye una forma de “etnocidio”. Con este término, el autor francés se refiere a la desaparición de un pueblo a través del abandono de sus costumbres y formas tradicionales de vida y pensamiento (Jaulin 1973).”

Plasmados los criterios antropológicos por entidades especializadas en la materia, los cuales a juicio de la Corte contribuyen a ampliar la visión sobre el tema de la consulta previa de comunidades étnicas y la necesidad de defensa de sus usos y costumbres, es pertinente tener en cuenta que dentro de las iniciativas de protección estatal, una de las formas de acercamiento y reconocimiento ha sido a través de normativa, complementada de jurisprudencia que ha revestido de derechos y garantías a los grupos étnicos de la Nación. Las falencias y ambigüedades en su implementación al igual que la falta de efectividad de dichos mecanismos debe ser a juicio de la Corte, solucionada, entre otros factores, por mayor participación y margen de decisión de las comunidades étnicas en los distintos ámbitos que los afecten, al punto que bajo su cosmovisión puedan plantear la alternativa menos lesiva que permita la pervivencia física y la integridad cultural de tales pueblos. Alternativas de las que se hará referencia más adelante.

De otra parte, es adecuado tener en cuenta que para el caso colombiano según el informe presentado el 08 de enero de 2009 por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Pueblos Indígenas en Colombia, dentro del seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator anterior, en cuanto a la extensión, adjudicación y problemáticas derivadas con las tierras y los recursos naturales, señaló:

“Durante las últimas décadas, Colombia ha avanzado en el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el país. Actualmente existen 710 resguardos indígenas titulados, ubicados en 27 departamentos y en 228 municipios del país, que ocupan una extensión, según el Gobierno, de aproximadamente 34 millones de hectáreas, lo que equivale al 29,8% del territorio nacional.

“Varios representantes de los pueblos indígenas, sin embargo, señalan que una gran cantidad de hectáreas compradas y entregadas no son productivas o no corresponden a las necesidades culturales de los pueblos. Sólo 7,68% de los resguardos indígenas (un espacio de 1.290,000 hectáreas) están en zona de frontera agrícola y estos son habitados por aproximadamente el 65%



de la población indígena. El resto de hectáreas se encuentran en zonas de selva Amazónica, sabanas de la Orinoquía y desierto en la Guajira."

Partiendo de la información anterior, ya sea que la ocupación del territorio por pueblos indígenas actualizada sea del 22 o el 29,8 % del territorio nacional, es necesario que el Estado proteja de forma especial las comunidades étnicas allí reconocidas y en proceso de reconocimiento estatal. Por ello, si se tienen en cuenta esos datos oficiales, cerca del 70 % del territorio no está en posesión de comunidades indígenas, zonas en las cuales exceptuando, el de otros grupos étnicos o protegidos por normativas concretas, puede efectuarse bajo un esquema de desarrollo sostenible la explotación de los recursos naturales en un Estado Social y Democrático de Derecho propio de una Constitución ecológica como la de 1991. Por consiguiente, también se hace necesario repensar el tema del desarrollo y la protección de las riquezas naturales y culturales en términos económicos, por lo que es válido preguntarse:

* ¿Cuál es el valor de los ecosistemas y la biodiversidad para el resto de la población en términos de fuentes de agua, aire, descontaminación, etc?

* ¿Son un lujo o un bien natural que busca el equilibrio ante la afectación que se efectúa del medio ambiente en otras zonas del país o del hemisferio?

* ¿Cuánto cuesta descontaminar un río por el tipo de explotación que se usa en la extracción de minerales?

* ¿Se debe proteger el medio ambiente porque se trata de algo bonito o necesario?

* ¿Proteger las comunidades étnicas es un fin indispensable o dispensable?

* ¿Por medio de los conocimientos de las comunidades étnicas y la forma de interrelación con el medio podemos encontrar fórmulas de no extinción acelerada que la cultura occidental plantea?

* ¿A largo plazo, qué es mejor, la existencia de bienes por regalías y réditos derivados de la explotación de los recursos naturales y culturales, o la existencia y protección de dichas riquezas como un mecanismo de identidad y pertenencia para las generaciones presentes y futuras?

Conforme a los interrogantes anteriores, es plausible responder que el debate en torno al "desarrollo" o el "progreso" en territorios de comunidades étnicas debe analizarse a la luz del desarrollo o progreso propio de los pueblos implicados. En otras palabras, debido al reconocimiento de la cosmovisión o mera visión de los pueblos étnicos frente a lo que suele llamarse de

forma abstracta el "interés general". Por eso, para la Corte se torna indispensable equilibrar el reconocimiento del "otro" y de las "otras" distintas visiones que se puedan tener frente al desarrollo por parte de grupos étnicos que hacen parte de la alteridad y la pluralidad propia de una Nación como la colombiana, con los cuales se tiene el privilegio de coexistir en el mismo territorio.

Por lo estudiado, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares.

6. El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa respecto de obras, proyectos y/o actividades que tengan la potencialidad de afectar sus territorios. Referente jurisprudencial en la materia.

6.1 Jurisprudencia en materia de consulta previa en sentencias de tutela.

(...)

6.1.2 Conclusión. Si bien la metodología de análisis y la solución de los casos concretos ha variado conforme a las exigencias propias de cada asunto, desde el principio se advierte que la Corte le ha dado el tratamiento a la consulta previa de un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas.

Como se pudo apreciar en la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo.

7. De la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las

comunidades de compartir los beneficios.

7.1 El convenio 169 de 1989 en el artículo 6.1, contempla en materia de consulta previa lo siguiente:

“ART. 6º—1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarle directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, y

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, **con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.**” (Énfasis por fuera del texto original).

En los apartes subrayados de la norma, si bien el Convenio contempla la obligatoriedad de la consulta en un escenario previo a cualquier tipo de intervención en el territorio, se plantea igualmente como una finalidad la de llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento acerca de las medidas de impacto.

Del mismo modo, el artículo 16 de la mencionada convención contempla de forma imperativa que el traslado de los pueblos indígenas sólo podrá efectuarse bajo su consentimiento libre, pleno de ilustración y conocimiento de causa, veamos:

“ART. 16. —1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (Subrayado por fuera del texto

original).

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.”

Por lo anterior, aplicando una interpretación sistemática del Convenio, es posible concluir, como surge a continuación del derecho internacional, que el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento de las comunidades implicadas antes de adoptar cualquier tipo de medida que implique el traslado de la comunidad, ya que esto desconoce al rompe el derecho a la existencia e integridad de las etnias.

En efecto, ante la necesidad de reforzar la protección de los pueblos indígenas, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU, estableció:

“Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.” (Subrayado por fuera del texto original).

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”



Como se observa, el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas. Ello se apoyó en pronunciamientos del Relator Especial de la ONU para la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, al igual que de distintos organismos y organizaciones internacionales que han señalado la necesidad de adicionar a la mera consulta el consentimiento previo, libre e informado. Así, los Estados y las entidades obligadas e interesadas en la protección de los derechos indígenas deberán buscar el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que tengan impacto en sus territorios.

El anterior criterio fue acogido por la jurisprudencia de la Corte en la Sentencia T*769 de 2009, en los siguientes términos:

“Frente a lo anterior, esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea..”

No obstante, la Sala no puede dejar pasar por alto que la anterior premisa, plantea varios interrogantes cómo:

i) ¿El consentimiento libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de intervención?

ii) ¿El consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala?

iii) ¿La consulta previa y el consentimiento son las únicas garantías que debe prestar el Estado y sus concesionarios a las comunidades étnicas?

(i) La respuesta al primer interrogante conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial actual no es

fácil, ya que se está ante una problema de dos extremos difíciles: puesto que de un lado está la consulta previa veto (que estaría dentro de los términos de la Convención pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

Por ello, todo proceso deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto*determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.

En este punto, la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.

No obstante, los distintos casos que han sido objeto de revisión por parte de la Corte en esta materia permiten concluir que la consulta previa no ha sido llevada ni cumplida con el rigor que merece; puesto que en los casos sometidos a revisión ha sido constante por parte de las entidades accionadas la asimilación del proceso de consulta a un mero trámite de reuniones informales sin articulación ni consideración por los derechos que se encuentran en juego en estos procesos. En esa medida, es imprescindible para este Tribunal que el proceso no se limite sólo a la etapa previa a la intervención en los territorios étnicos, razón por la que se requiere de formulas que permitan equilibrar los fines del Convenio 169 de la OIT y los desarrollos posteriores en la materia.

En virtud de lo expuesto, la Corte encuentra inaplazable que las comunidades afectadas puedan hacer uso de la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar

los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo.

De otra parte, no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Por ello, el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce al romper los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios.

Dichas alternativas se complementan con la posibilidad de que no sólo la comunidad directamente afectada sino la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas contemplada en el **Decreto 1397 de 1996**, conforme a sus funciones tengan la oportunidad de apoyar y participar de la discusión.

Dicha opción ya había sido esbozada por la jurisprudencia de la Corte en la **Sentencia T* 382 de 2006**, en la que determinó:

“La posibilidad de usar talleres preparatorios en los cuales se informe debidamente cuáles son las medidas normativas a presentar y qué tipo de consecuencias pueden tener éstas sobre cada tribu, para después efectuar la Mesa de Concertación respectiva.

A juicio de esta Sala, frente a este contexto, la acción de tutela procedería para garantizar la socialización efectiva de la información, esto es, teniendo en cuenta los usos y costumbres de cada etnia, y para la realización de una Mesa de Concertación bajo los postulados mínimos del Decreto 1397 de 1996, en la cual se promuevan los mecanismos para intentar llegar a un consenso y se garantice la formación de un consentimiento completo, libre, previo e informado.” (Subrayado por fuera del texto original).

Con fundamento en lo anterior, no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías

étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurarse o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: **(i)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(ii)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(iii)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

En lo relativo a este punto, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.

Lo anterior, halla sustento ante la necesidad de apoyar los procesos de pervivencia que las comunidades étnicas tienen que afrontar en la actualidad, sumado a que los eventos límite señalados por la Corte están armonizados con las recomendaciones contenidas en la declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios aprobada recientemente por el Congreso de la República del Perú. En declaración del 26 de mayo de 2010, el mencionado funcionario expuso:

“La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es exigible más allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos



relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.”

(ii) Concatenado con lo anterior, subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a si el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Para la Sala la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas.

(iii) La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”, ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada. Este derecho está contemplado en el artículo 15 del Convenio 169 de 1989, en los siguientes términos:

“ART. 15. — 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

“2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (Subrayado por fuera del texto original).

La anterior disposición está armonizada con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que

contempla la protección del derecho a la propiedad, así:

“Artículo 21.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.” (Subrayado por fuera del texto original).

En virtud de la normativa anterior y a la luz de la que a nivel interno contempla el derecho a la indemnización según sea el caso concreto, es pertinente tener en cuenta que el uso del territorio no se limita a la grave privación de un título de propiedad sino que se traduce en la imposibilidad de que la comunidad pueda gozar y usar de forma regular el territorio. Por ello, no sólo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino en efecto garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de forma equitativa.

Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que con el fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]. En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo”.

7.2 Conforme a lo expuesto, la intervención del Estado o concesionarios del mismo en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos. Sumado a ello, es preciso insistir en el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención.

8. Requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas.

Requisitos o reglas jurisprudenciales.

8.1 Encuentra pertinente la Sala, conforme a las consideraciones anteriores, reiterar en el caso del derecho fundamental a la consulta previa las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha determinado para tal fin, al igual que concretar la ampliación del ámbito de protección en materia de participación y búsqueda del consentimiento libre, previo e informado y el derecho a compartir los beneficios de las obras; así como la protección de la riqueza arqueológica de la Nación.

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre*consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos

afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e



internacional.

9. Análisis del caso concreto.

9.1 Introducción.

9.2 Aclaración preliminar.

9.3 Metodología de resolución del caso.

9.4 De la construcción de la carretera.

9.4.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la carretera o que intervinieron por este aspecto

(...)

9.4.2 De las respuestas e informes relacionados con anterioridad, la Sala encuentra probado que dentro de las zonas de los resguardos está proyectado realizar el mantenimiento y la construcción de la carretera denominada Titumate* Balboa* San Miguel*Acandí, pero por distintos factores que van desde el orden presupuestal como el técnico no se ha realizado.

En la inspección judicial efectuada por la Corte se pudo verificar que en lo que respecta al resguardo Pescadito el trazado que trae la carretera conectaría directamente con la comunidad, ya que *"el proyecto de la carretera intervendría directamente la zona del resguardo ya que pasaría muy cerca del lugar de donde más se concentra población de la comunidad Pescadito. Adicionalmente, el gobernador del resguardo procedió a señalar la montaña y el bosque sur(oriental) el cual es considerado por los indígenas como sagrado, ya que es una de las zonas más conservadas del resguardo. Del mismo modo, se apreció que a tan sólo a 80 metros de donde culmina el camino de herradura, en línea recta éste desaparece ya que variedades de árboles y plantas dificultan la continuidad del camino al punto que lo hace desaparecer."*

En lo concerniente al impacto que pudiese tener la construcción de la carretera en el resguardo Chidima*Tolo, la verificación en la zona fue plasmada en los siguientes términos:

*"(...) la carretera retomaría el curso dentro de la zona del resguardo pasando por encima del río Tolo a través de un puente que cruzaría en las partes que constan en las fotografías 62 a 65 de la carpeta 4. Luego, la carretera atravesaría la zona de explotación ganadera del referido colono Torres en sentido occidente sur*oriente para después en forma de U orientarse al norte. Si ello es así, es evidente que buena parte de viviendas del resguardo e incluso la escuela deberían ser reubicadas; al respecto pueden observarse las fotografías 26,32, 33, 39, 40, 41, 42, 48 y 51."*

Considerando lo anterior y lo informado por las

entidades accionadas en lo de su competencia y de acuerdo con lo verificado por la Corte en la zona, se concluye que la consulta previa no ha sido agotada para la construcción de la carretera. Lo afirmado lo refuerza la propia inspección no consultada con las comunidades indígenas por parte de la Agencia Logística de las Fuerzas Armadas efectuada por vía aérea los días 20, 21 y 22 de mayo de 2009, la cual contó con la participación de representantes de la alcaldía de Acandí y Corpochocó y de la que se concluyó: *"(i) la vía hay que construirla en los (4) kilómetros faltantes, por tal motivo requiere la licencia ambiental; además estos mismos 4 kilómetros se evidencia la necesidad de la construcción de un puente de sesenta (60) metros de luz sobre el río Tolo el cual no está contemplado en ningún capítulo del proyecto. 2) no se ha socializado y mucho menos se ha iniciado el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas. 3) No existe información técnica en general del proyecto. Por tal razón se solicitó a la Dirección General de la Agencia logística no iniciar las obras hasta que se hayan aclarado y solucionado los puntos mencionados."*

Conforme a lo anterior y contrario a lo sostenido por los jueces de instancia según a lo informado por las autoridades consultadas, no se trata del mero mantenimiento de la vía, sino de la construcción de la carretera con todo lo que ello implica, por tanto como fue especificado en las consideraciones de esta providencia el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas debe respetarse desde el inicio de todo acto o proyecto que implique la intervención en el territorio. Lo anterior, para que durante toda la etapa de proyección en este caso de la carretera se contemplen a nivel técnico y presupuestal los intereses e inconformidades que puedan manifestar las comunidades potencialmente afectables.

Tanto es así que en la declaración rendida por la señora Rosa Domicó ante la Corte, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí, en cuanto a la construcción de la carretera, afirmó:

"yo quiero hablar sobre la carretera, nosotros la comunidad y mi persona no estamos de acuerdo que pase la carretera dentro del territorio de nosotros. PREGUNTADO: ¿Por qué razón? porque automáticamente se pierde nuestra cultura, nuestra tradición, todo, porque la carretera para nosotros trae muchos problemas traerá más soldados, quizá más grupos armados, más personas ingresaran y habrá muchos carros y los olores de la gasolina no son los de nosotros, esa no es la cultura de nosotros, habrá desplazamiento forzado, habrá desaparición de los indígenas y eso es lo que no queremos."

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo en el informe del proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada * Seccional Urabá de los periodos junio de 2008 a 2009,

dedicó un detallado capítulo al proyecto de la vía entre Acandí y Unguía precisando que dicho trayecto haría parte de la carretera panamericana y que el trazado según el informe es uno de las once (11) opciones para la construcción de la carretera:

“La construcción de la carretera Acandí – Unguía quedó paralizada a mediados de los años noventa debido a la oposición de las comunidades indígenas de Chidima y Pescadito, toda vez que el trazado de la misma atraviesa por la mitad los territorios de ambas comunidades. Desde ese entonces, las comunidades indígenas, hoy configuradas legalmente como Resguardos, se han opuesto a su terminación pues consideran que lesiona la integridad del pueblo Embera.

A pesar de contar con un título de Resguardo, su derecho al territorio se encuentra en riesgo de ser afectado por el proyecto de construcción de la carretera Acandí – Unguía, cuyo trazo pasa exactamente por la mitad del Resguardo; la comunidad ha informado que las obras de la carretera iniciadas en la década del noventa afectaron parte de sus cultivos y la integridad física y cultural de la comunidad.

El intento de implementación de la carretera generó problemáticas para la comunidad de Pescadito con la división del territorio en dos partes y el daño de cultivos de yuca y arroz durante el proceso de remoción de tierra; el paso de motos y tractores generó pozos de agua y daño en los ríos, lo que a su vez hizo que algunos animales se enfermaran, según se manifiesta en el Resguardo de Chidima.

Las mujeres de la comunidad indígena del Resguardo de Pescadito afirman que el paso de la carretera implica angustia, ya que los niños y las niñas no se encuentran acostumbrados a los carros o las motos y temen que estos puedan atropellarlos. Así mismo, manifiestan que desde su cultura existen ciertas libertades e independencia dentro del territorio del resguardo, que se verían seriamente afectados con el paso constante de personas.

El trazo de la carretera pasa por la mitad de ambos Resguardos y, específicamente, por los lugares donde están asentadas las viviendas de las comunidades. Desde la óptica de las comunidades indígenas, el paso de la carretera implicaría un flujo de personas no indígenas que terminaría por destruir la cultura indígena, ya que las niñas y los niños estarían permanentemente expuestos a la influencia de la cultura occidental. Incluso ahora, manifiestan, debido al flujo permanente de gente extraña las mujeres ya no pueden estar con el pecho descubierto y en las casas han tenido que introducir una característica ajena a la cultura Embera: las habitaciones.

Para las comunidades indígenas de Chidima y Pescadito, la carretera genera destrucción de la naturaleza mediante la tala de árboles para su

construcción y la contaminación de quebradas, ríos y del aire que se derivan del paso permanente de vehículos.

Las comunidades indígenas expresan que están de acuerdo con el desarrollo del Darién, * que se presume se lograría con la terminación de la carretera –, no obstante, no están de acuerdo con que el desarrollo afecte sus derechos a la autonomía y al territorio. En este sentido, la Asociación de Cabildos Indígenas Kuna Embera Katío del Darién – ACIKEK –, en comunicado del 13 de febrero de 2009, expresó lo siguiente:

“En esta oportunidad queremos expresar que no estamos en contra del desarrollo y también entendemos la preocupación de algunos sectores sociales por nuestra oposición. Nosotros como pueblos indígenas queremos que haya un desarrollo en la región sin detrimento a nuestros derechos ancestrales y que no atente contra nuestro territorio, sin poner en peligro los procesos socioculturales.

Los municipios de Acandí y Unguía son muy amplios, por lo tanto proponemos que se estudien trazados alternativos de la carretera que no pase por la mitad ni cerca de nuestros territorios.”

Hace 500 años el continente americano era todo de los pueblos indígenas: hoy sólo una pequeña parte nos pertenece y quieren pasar este y otros mega proyectos precisamente por nuestro territorio. Tememos que si lo hacen, las comunidades indígenas estén condenadas a desaparecer.”

En este sentido, es importante precisar que los territorios indígenas se encuentran bordeados por vastas fincas dedicadas a la ganadería extensiva: terrenos planos y desprovistos de árboles por los cuales pueden circular vehículos cuando los propietarios de dichos terrenos lo permiten. De hecho, en estos momentos es posible desplazarse en carro campero desde el poblado de Peñaloza en el sur de Acandí hasta el poblado de Balboa en el norte de Unguía, sin atravesar los territorios indígenas.

(...)

Ahora bien, la carretera Acandí – Unguía aparece reseñada como uno de los posibles pasos de la Vía Panamericana (dos de los once tramos posibles atraviesan los municipios de Acandí y Unguía), de forma tal que la obra adquiere unas connotaciones significativamente diferentes a las que se han presentado ante la población cuando se refiere a la construcción de un pequeña vía para unir dos municipios.”

Como se puede apreciar en el informe publicado por la Defensoría del Pueblo, existen alternativas concretas a la elaboración de la carretera tal y como está planteada sin que ello implique necesariamente la puesta en riesgo de las comunidades. Si dichos criterios son tenidos en



cuenta antes del inicio de la obra, la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, libre, previo e informado dejaría de ser un mero formalismo para materializarse en lo que el Convenio 169 de la OIT busca, que es la protección y participación efectiva de las comunidades étnicas.

No obstante, como quedó fijado en las consideraciones de esta providencia, ante la existencia de alternativas a la construcción de la obra, que implicaría el traslado de la comunidad como pudo ser constatado, la Corte encuentra que en este caso concreto el consentimiento de las autoridades del resguardo tiene el poder de vincular la decisión final en la que primará la alternativa menos lesiva de los derechos étnicos.

9.4.3 En virtud de todo lo expuesto la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos al adelantamiento de la cprevia solicitada por la Alcaldía de Acandí el 29 de agosto de 2009, haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de la carretera, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad y ponderando las alternativas reales de modificar el trazado de la vía a las opciones descritas en el informe de la Defensoría del Pueblo que reposan en el proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada * Seccional Urabá de los periodos junio de 2008 a 2009 y a las que la comunidad y el proceso determinen.

La consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado deberán observarse bajo los criterios y garantías descritas en esta providencia. Entre tanto, se ordenará suspender la ejecución de las obras de la carretera denominada Unguía* Acandí ó Titumate* Balboa* San Miguel* Acandí, en el sector K26*00 al K34*700 en el municipio de Acandí, en lo que tenga que ver con el territorio de las comunidades referidas.

9.4.4 En armonía con lo anterior, en vista de que parte del proyecto de la carretera involucra la intervención de cuatro (4) kilómetros que no son de mantenimiento sino de construcción, la Corte encuentra oportuno advertir a la Corporación Autónoma para el Desarrollo del Chocó (Codechocó), que debe abstenerse de expedir licencia ambiental para la construcción de la carretera, sin que se cuente con el agotamiento de la consulta previa en los érminos subreglas fijadas en esta providencia.

9.4.5 Adicionalmente, se ordenará a la alcaldía de Acandí considerar los derechos de las comunidades indígenas de la zona y la importancia de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana en los términos expuestos por la jurisprudencia de esta

Corporación. Para materializar lo anterior la alcaldía, por medio de la red de instituciones educativas pertenecientes al municipio, deberá adelantar de forma periódica y constante campañas pedagógicas sobre la materia.

9.5 Del proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá.

9.5.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la interconexión eléctrica o que intervinieron por este aspecto

(...)

9.5.2 En sede revisión ante la vinculación que se hiciera de la empresa Interconexión eléctrica SA* ESP (ISA), la Corte pudo corroborar que la entidad ha procurado respetar los derechos de las comunidades indígenas implicadas. Incluso en la respuesta allegada a esta Corporación presentó de forma detallada los antecedentes del Proyecto de interconexión eléctrica entre las Repúblicas de Colombia y Panamá. Posteriormente, se pronunció sobre el diagnóstico ambiental de cuyo estudio se identificaron un conjunto de corredores de alternativas factibles ante la presencia de territorios étnicos los cuales son considerados de alta susceptibilidad ambiental para el proyecto.

Allegó imágenes satelitales relativas a los corredores ambientalmente óptimos en la zona donde se localiza el resguardo de Chidima y puede advertirse que por fuera del resguardo se aprecia un área amplia en la cual ISA planea trazar la línea, sin afectar dicho resguardo, en caso de que se decida realizar el proyecto y que se opte por el corredor ambientalmente óptimo.

Agrega que aún no se sabe si el proyecto será llevado a cabo porque no se conoce si es viable, técnica, jurídica y financieramente. Por lo que al no proyectarse que la línea vaya a cruzar por el resguardo de los Embera, no se podría iniciar la consulta previa, situación que hasta el momento no se presentaría. Hizo referencia a la actividad realizada en campo en el año 2007 y a la marcación de puntos de foto*control en tierra para la toma de fotografías aéreas, con la finalidad de determinar posteriormente posibles rutas de trazado de la línea pero sin que signifique la localización de las torres.

La Corte resalta que bajo los principios de participación de la consulta previa y por lo afirmado por los accionantes en la presente acción de tutela ingenieros contratistas de la Empresa de Interconexión Eléctrica -S.A. -ISA solicitaron a Oscar Carupia, en calidad de representante del resguardo, su compañía durante la visita de localización de las coordenadas necesarias para la verificación del estudio de trazado de la línea.

No obstante, a juicio de la Sala no sólo basta solicitar el acompañamiento para realizar mediciones, sino ilustrar de forma clara y concreta cuáles son los motivos de las mediciones y que éstas no necesariamente significan que las torres quedaran dentro del resguardo, tal y como fue esclarecido ante esta Corporación. De lo anterior da cuenta la declaración rendida por el accionante Oscar Carupia en la diligencia adelantada por la Corte en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí, ante la pregunta que hiciere el representante judicial del Ministerio de Minas y Energía relacionada con los proyectos de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá a lo que el señor respondió:

“cuando entró la medición un muchacho con un señor para ubicaciones de torres o como se llame eso, esto es venimos es para medir, nosotros dijimos como así nosotros no entendemos pero atrás de ellos van a venir muchas gentes que no son de la misma ideología de nosotros, por eso nos afecta en el sentido de que la torre va a estar ubicada en el terreno”

De otra parte, ISA concluye su intervención manifestando que ante la falta de certeza y viabilidad de la obra no sólo por los compromisos del Estado colombiano sino también del panameño debido a las vicisitudes propias de las legislaciones, recursos económicos, territorios y la existencia de comunidades indígenas, la consulta previa se realizaría si el proyecto de interconexión eléctrica Colombia*Panamá llegare a pasar por el territorio de los resguardos accionantes, evento en el que *“obviamente se realizaría antes de iniciar cualquier actividad, como expresamente lo señala el acuerdo 169 de la OIT, pues como se señalará a continuación, cuando es inevitable que una línea de transmisión de energía cruce por resguardo indígena, es la misma comunidad en conjunto con ISA quienes definen por donde se podría trazar la línea de transmisión de tal manera que cause la menor afectación a la comunidad, a sus sitios sagrados y a su especial relación con la tierra y su territorio”*.

De lo que va de los estudios anexó la imagen siguiente, donde puede observarse el corredor ambientalmente óptimo en la zona donde se localiza el resguardo de Chidima y señala que por fuera del resguardo, a 2 kilómetros del punto de encuentro más cercano se encuentra una amplia área en la cual ISA prepara trazar la línea, sin afectar dicho resguardo, en caso de que se decida realizar el proyecto y que se opte por el corredor ambientalmente óptimo terrestre.

Adicionalmente, se refirió a los antecedentes de ISA en materia de consulta previa, precisando que desde sus inicios la empresa ha contado con la participación de las comunidades que habitan en las proximidades de todos sus proyectos, sean o no grupos étnicos. Al respecto la Corte transcribe lo

informado por la empresa con el fin de resaltar el trabajo de la entidad en materia de responsabilidad social empresarial:

“Antes de la expedición del Decreto 1320 de 1998 se afectaron los predios de dos comunidades indígenas y estas participaron activamente en el proceso de definición del trazado de la línea que afectaba su resguardo, pues esta Empresa está convencida que las comunidades tienen el derecho a participar en la gestión ambiental y social de los proyectos desarrollados por ISA, a continuar existiendo sin perder su propia identidad, tienen la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo y que el derecho fundamental a acceder a los servicios públicos esenciales no puede atropellar los derechos de las comunidades, sino que deben procurar convivir armoniosamente.

En cuanto a las consultas previas con comunidades indígenas, desde la expedición del Decreto 1320 de 1998, se han realizado dos: una con la comunidad de los Pastos, en Nariño y otra con la de los Arhuacos, en el Cesar. En ambos casos, inmediatamente ISA tuvo la certeza de que la línea iba a cruzar por resguardos de estas comunidades indígenas inició los contactos con ellas, con la finalidad de que las mismas participaran en la definición de las rutas de las líneas, para procurar en todo momento no afectar las zonas sagradas de dichas comunidades, pues ISA es consciente de la relación especial que tienen las comunidades indígenas con su tierra y el derecho a la autodeterminación de estas comunidades, los cuales ha respetado en todo momento, prueba de ello es el video que se adjunta. []

Es claro, que cuando una línea de transmisión tiene que pasar por el territorio de una comunidad indígena se causa una afectación, es por eso que ISA a pesar de tener más de 24.000 kilómetros de líneas en Colombia, sólo ha afectado el territorio de cuatro comunidades indígenas y sólo porque era imposible evitarlo, pues en el caso de los Pastos, el resguardo era tan grande que no era posible una variante y en el caso de los Arhuacos, porque las dos subestaciones que se pretendían interconectar quedaban dentro del territorio ancestral reconocido por el Estado.

Particularmente, en el caso de los Arhuacos, ellos definieron junto con ISA el lugar en el cual se iba a localizar la subestación dentro de su territorio y al iniciar las excavaciones se encontró un cementerio que no sabían que estaba allí, motivo por el cual ISA inició un proceso de levantamiento arqueológico acompañada de la comunidad, respetando los rituales de los Arhuacos para ello, con el fin de trasladarlos, como consta en el video que se adjunta, donde se documentó todo el proceso de ISA con dicha comunidad indígena para el proyecto de interconexión eléctrica que afectó su territorio.

Nótese entonces, que inmediatamente ISA



determina que es inevitable afectar el territorio de una comunidad indígena con una línea de transmisión de energía, inicia un proyecto de participación con la misma, con la finalidad de que sean ellos quienes definan cuáles sitios no pueden ser afectados por considerarlos sagrados. Y en todo caso, como se expresó, esta Empresa procura, si es físicamente posible, evitar siempre el cruce de cualquier proyecto por un resguardo indígena.

Por lo anterior, se reitera, que si eventualmente ISA llega a afectar el resguardo de los Embera o de cualquier comunidad indígena, bien sea con la interconexión Colombia*Panamá o con cualquier línea, inmediatamente se pondrá en contacto con la comunidad afectada, para que en ejercicio de su derecho a la autodeterminación participe activamente en el proyecto determinando el trazado de la línea, para no afectar sus sitios sagrados o de alta importancia para la comunidad.

Es por lo dicho, **que ISA no ha desconocido ningún derecho de la comunidad indígena Embera, pues en el caso concreto aún no se ha determinado que la línea vaya a afectar su resguardo;** es más, ISA está procurando, en caso de optar por el corredor terrestre, construir la línea en la margen opuesta del Río Tolo, donde cuenta con más de 2 kilómetros de espacio en el punto más estrecho, para evitar afectar a los resguardos de los Embera." Negrillas del texto original.

9.5.3 Por los argumentos allegados en sede de revisión, la Corte se abstendrá de efectuar orden alguna a las entidades implicadas en el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá. Sin embargo, advertirá a la Empresa de Interconexión Eléctrica ISA que, en el evento de que el proyecto sea viable y si en el proceso de planificación se advierte la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes de inmediato, gestione la participación por medio del proceso de consulta previa en los términos señalados en esta providencia y con mayores prevenciones a las que ha tenido en el pasado en cuanto a la protección de comunidades.

9.6 De la concesión minera en el municipio de Acandí.

9.9.6. 9.6.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la presunta explotación minera

(...)

9.6.2 De lo expuesto por Ingeominas en el presente proceso la Sala encuentra pertinente recordar que la Ley 685 de 2001 autoriza el ejercicio libre de la minería con excepción de los territorios indígenas considerados y declarados zonas Mineras para Minorías Étnicas. A pesar de

que en el presente caso el territorio de las comunidades accionadas no se haya declarado como tal, no puede entenderse que ante la existencia de resguardos indígenas se pueda desconocer lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, referentes al derecho a la consulta previa y al consentimiento informado.

En virtud de lo anterior y de lo precisado por la autoridad minera del país, en la actualidad las concesiones otorgadas a la Compañía Minerales del Darién: si bien la primera FLD*134 se encuentra caduca; lo cierto es que la segunda FLD*135 está vigente, de manera que se mantiene la superposición por esta concesión. Ello significa que se mantiene latente la potencialidad y el riesgo de afectar la cuenca del río Tolo lo que repercutiría de forma negativa a los resguardos Chidima y Pescadito.

Relacionado con lo anterior, de la inspección efectuada por la Corte en los resguardos Pescadito y Chidima de la comunidad Embera se pudo constatar que el río Tolo es parte fundamental de las dos comunidades ya que los principales asentamientos de viviendas y lugares colectivos se encuentran en cercanía de dicho afluente, del cual derivan el líquido vital. En virtud de ello, toda intervención o afectación que pueda tener el río por el tipo de explotación que tiene la explotación de minerales de profundo impacto se hace indispensable desarrollar la consulta previa con las comunidades étnicas afectadas, y desde ya advertir que todo tipo de intervención que se pretenda a futuro en el río, ilustre desde el inicio de cualquier proyecto el alcance de la obra y la búsqueda del consentimiento, previo, libre e informado conforme a las subreglas de esta providencia.

9.6.3 De otra parte de la información allegada en sede de revisión se informa que se presenta explotación ilegal de oro dentro de los territorios, que aunque a finales del año pasado y comienzos de este solo queda una draga en la rivera del río Tolo, esta ha provocado la contaminación en el afluente, con la consecuencia de la disminución de especies, enfermedades en la piel, diarrea, vomito y otras afectaciones de la salud de la comunidad. Si bien a la Sala no le consta lo anterior, es necesario que se investigue la presunta irregularidad por parte del organismo competente.

9.6.4 Conforme a lo expuesto, y dado que la autoridad minera solo informó lo relacionado con los títulos que habían sido otorgados a la empresa Minerales del Darién S.A, ante la falta de certeza de que se estén adelantando otras concesiones que tengan la potencialidad de superponerse en los resguardos del cual se demanda protección y a que se intentó por aviso en un diario de amplia circulación nacional buscar a los terceros indeterminados que se puedan verse afectados por lo decidido por la Corte, entre otros factores por el

de la minería, en el entendido que la explotación minera tiene la potencialidad de afectar la integridad y existencia de las comunidades, la Corporación ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó) y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que, suspendan todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se están llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Kat'bo Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades "étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

9.7 De la invasión, ocupación ilegal y explotación del medio ambiente y de la omisión estatal de protección ante el peligro de desplazamiento de la comunidad implicada.

9.7.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la presunta omisión estatal de protección y de la ocupación y explotación ilegal del territorio

(..
.)

9. 9.7. 9.7.2 Descendiendo al análisis de la problemática concreta la Sala encuentra probado que se reconocieron en tres lotes los resguardos indígenas Chidima y en uno el de Pescadito, por medio de las Resoluciones 005 y 007 del 20 de febrero de 2001 del Incora, lo que además ha sido aceptado por las entidades vinculadas al trámite de la tutela.

De la inspección judicial efectuada por la Corte en la zona de los resguardos en cuanto, se constató lo denunciado por los accionantes en los siguientes términos:

"(...) la comisión procedió a trasladarse por otra ruta en sentido sur*occidente para atravesar parte del resguardo Pescadito. Durante el transcurso del camino [se señaló] *la zona y la casa ocupada por un presunto colono, la cual consta en las fotografías 66 a 69 de la referida carpeta.*

"Una vez efectuadas las fotografías se procedió a retomar rumbo al resguardo Chidima, para ello se debió atravesar distintos lotes que en la actualidad son usados para extensiva explotación ganadera y que se le aducen al colono Jaime Uribe, en dichos terrenos se aprecia el uso para ganadería del suelo, de cual se constata la marca de los semovientes con las letras JUC y que constan en las

fotografías 40 a 45 de la carpeta digital 3.

"Concluido el recorrido por dichas tierras, se llega a la mayor concentración de viviendas del resguardo Chidima junto a la rivera del río Tolo, *una vez se verificó la ubicación de la comunidad, en el lote occidental separado por cerca de alambre se observó el uso de la tierra por parte de un colono de nombre Iván Torres lugar en el que también se encuentra el uso del suelo para ganadería.*"

En armonía con lo anterior, de la visita se pudo constatar el impacto que ha sufrido el medio ambiente en la zona a través de la tala de amplias zonas de bosque y el uso para ganadería de las tierras deforestadas, como se puede apreciar en las fotografías obtenidas por la inspección realizada por la Corte Constitucional en la zona.

De otra parte, la Corte observa que de acuerdo al informe del Proyecto Redes Territoriales de la Defensoría del Pueblo, al cual se ha hecho referencia, en el aparte dedicado al resguardo de Chidima, la entidad precisa:

"(...) tiene una población total de 85 personas y el territorio titulado está compuesto por tres globos de tierra que suman 4.499 hectáreas otorgadas mediante Resolución del INCORA No. 5 del 20 de Febrero de 2001, constituyéndose en el resguardo más extenso en el Darién colombiano; la comunidad ha solicitado que la titulación se extienda hasta la frontera con Panamá, toda vez que la parte alta de la Serranía del Darién ha sido usada en forma tradicional por los indígenas tanto para efectos ceremoniales como para la recolección de plantas medicinales que son fundamentales para garantizar el bienestar de la comunidad."

El derecho al territorio se ha visto afectado por la existencia de colonos con derecho de propiedad privada y derechos sobre mejoras, toda vez que estaban asentados en la zona previamente a la constitución legal del resguardo. A pesar de múltiples solicitudes de la comunidad indígena de Chidima, el Estado no ha realizado el saneamiento del Resguardo, de forma tal que la comunidad pueda gozar de manera plena de su derecho al territorio. Esta situación ha traído consecuencias problemáticas en la medida en que algunos colonos han venido talando bosque con la intención de obtener una mayor retribución económica cuando se haga el cálculo del valor de las mejoras; esta tala de madera se ha realizado sin contar con la respectiva autorización de la autoridad ambiental - Codechocó -, razón por la cual la comunidad de Chidima ha solicitado en varias oportunidades la intervención de dicho ente para que tome las medidas del caso para que se detenga la devastación del bosque. (Subrayado por fuera del texto original).

Adicionalmente, de las pruebas allegadas por los abogados de la Comisión Colombiana de Juristas, se aprecia la investigación adelantada en el año



2008 por los ingenieros Andrea Torres y Ernesto Parra Díaz, denominada "Levantamiento de ocupación del suelo de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito jurisdicción del corregimiento Peñalosa, Municipio de Acandí, Departamento del Chocó". En dicho estudio se adelantan mediciones verificación de las aéreas de los resguardos, los lotes ocupados, las tierras en reclamación y otros riesgos de ocupación. Se deja constancia de las reuniones adelantadas con los colonos y fotografías detalladas de las zonas que se someten a explotación. Dentro de las recomendaciones efectuadas por la investigación, la Sala resalta:

"mediante reunión realizada con los colonos se evidenció su intención de resolver el problema de las tierras, pues son conscientes que su reclamación no es ante la comunidad indígena sino ante el INCODER que es el encargado de dar solución a tal problema".

También se distingue la recomendación relativa a conciliar con el hoy fallecido Juan Carupia, en los siguientes términos: "conciliar con el señor Juan Carupia, indígena de la comunidad Chidima Tolo, quien reclama parte de la tierra del lote 1 con el fin de no entorpecer el proceso que se lleva a cabo". Por último, la investigación "sugiere presionar la adquisición de los predios que se encuentran entre los lotes del resguardo Chidima Tolo por parte de Incoder".

9.7.3 De las pruebas relacionadas con anterioridad, la Corte encuentra que la omisión del Estado a través de los distintos entes encargados de velar por la integridad no sólo de las comunidades étnicas implicadas sino de la protección del medio ambiente es evidente. Dichas circunstancias están abiertamente relacionadas con presencia de grupos armados y presencia de colonos en tierras baldías, entre otros factores. En virtud de lo referido, la Sala encuentra necesario que se asuma de forma pronta y razonable la solución integral de la problemática referida.

De este modo, como bien lo expuso la representante del Incoder, conforme al Decreto 2164 de 1995, que desarrolló el capítulo XIV de la Ley 160 de 1994, en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional, en el artículo 85 de la referida ley se establece:

"ARTÍCULO 85.* El Instituto estudiará las necesidades de tierras de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos.

Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de

tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad."

En el mismo sentido, según el citado decreto, le compete adelantar estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierras de las comunidades indígenas con el objeto de determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras. Al igual que el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad; la calidad, condiciones agrológicas y uso de los suelos; el tamaño y distribución de la población, su situación socioeconómica y cultural; la infraestructura básica existente, la identificación de los principales problemas y la determinación cuantificada de las necesidades de tierras de las comunidades indígenas. Referencias que permitan al Instituto y demás entidades que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, obtener una visión clara y precisa de un determinado territorio y de su población, para adoptar y adelantar los programas pertinentes.

Bajo el mismo espíritu, el artículo 5º del referido decreto contempla la procedencia del estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras que se debe adelantar en los procedimientos de constitución, reestructuración y ampliación de resguardos indígenas. El cual especifica que cuando se trata de los procedimientos de ampliación o de saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas, se procederá a la actualización o complementación de los estudios en aquellos casos en que las necesidades o las conveniencias lo aconsejen.

A juicio de la Sala, atendiendo las recomendaciones de la comisión de expertos de la OIT y la información ampliamente ilustrada en cuanto el peligro de integridad en que se encuentran los resguardos de la etnia Embera Katío de Pescadito y Chidima y los ecosistemas de la zona, se puede concluir que es altamente necesario el estudio de la problemática estudiada por parte del Incoder y demás entidades competentes, en el que se adopten medidas conducentes y efectivas que contribuyan a materializar los derechos de las comunidades indígenas mencionadas, así como la forma más eficiente de proteger los recursos naturales y el medio ambiente en la zona.

9.7.4 En virtud de lo anterior, la Corte ordenará al Incoder que dentro de los (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia y en el término de 120 días (tiempo que encuentra sustento en los artículos 10 a 14 del Decreto 2164 de 1995), expida una resolución adecuadamente motivada en la que se determine si hay lugar o no

al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima. En dicho estudio se deberán contemplar las recomendaciones, razones y pruebas expuestas en esta providencia, sumadas a las que necesariamente serán oficiadas por la entidad y allegadas al proceso. De incumplir esta orden, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– incurrirá en la conducta prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

9.7.5 En lo relativo a la situación de seguridad y necesidad de protección que requieren las comunidades étnicas implicadas en la presente acción de tutela, como fue plasmado en los antecedentes de esta providencia, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T*025 de 2004 y sus autos de cumplimiento dio traslado a la Sala Quinta de Revisión del informe elaborado por dicha dependencia sobre la situación de las comunidades Chidima y Pescadito en el Darién Chocoano.

El referido informe en particular señala:

"Informe sobre la situación de la comunidad indígena en Chidima"

De acuerdo con los informes recibidos por distintas fuentes, la comunidad indígena en Chidima se encuentra actualmente en una situación de alto riesgo. Los siguientes hechos corroboran tal situación:

1) La vulnerabilidad de los líderes en los procesos de resistencia:

* Se ha señalado que las Autodefensas Gaitanistas de Colombia tienen una lista de personas para asesinar, con los nombres de tres líderes de Chidima. Para la comunidad, el asesinato en marzo de una de esas personas (Juan Carupia) confirma la existencia de tal lista y por ello existe un alto nivel de temor. Adicionalmente el sobrino de otro líder supuestamente identificado en la lista ha sido señalado como informante de las FARC.

Pescadito, el resg

uardo vecino lo cual tiene los mismos problemas que Chidima, un líder (Eliécer Chamarro), también fue amenazado en las últimas semanas por cuestiones de tierras/linderos (aunque no por quienes promueven megaproyectos).

Al parecer las autoridades indígenas han tomado la decisión sacar a Oscar Carupia (uno de los líderes en la "lista") de la zona para garantizar su seguridad.

La comunidad manifiesta su desconfianza con el Ejército y su capacidad/voluntad de protegerlos, porque se lo ha visto marcando y numerando árboles dentro del resguardo, precisamente por la zona de trayectoria de la carretera.

Se ha afirmado que existe una campaña para intimidar y desprestigiar la comunidad indígena en la zona, y que ellos no consideran que exista una protección efectiva por parte del Estado.

2) La posibilidad de una fractura dentro de la comunidad:

* Hasta el momento los dos resguardos en Acandí se han opuesto de manera consistente a los megaproyectos. Sin embargo hay factores adicionales que los presionan y limitan sus opciones:

* * Presencia de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia – Además de las amenazas a los líderes, las Autodefensas Gaitanistas de Colombia ejercen un fuerte control (económico, político, social) en el municipio. El desarrollo de estos megaproyectos, y la entrada de más negocios a la zona, representan una oportunidad muy valiosa para generar ingresos a través de extorsión. Adicionalmente, dentro del resguardo se han visto funcionarios de una empresa minera (Grupo de Bullet) acompañados por personas desmovilizadas en sus labores de prospección.

* * Poderosos terratenientes * En el Darién Chocoano hay más o menos seis personas que tienen la gran mayoría de las tierras, sobre todo para fines ganaderos. Chidima está rodeado por fincas extensivas y la posición de los terratenientes es muy clara: Prefieren que se desarrollen los megaproyectos en territorios indígenas y están a favor de los megaproyectos porque van a aumentar el valor de sus tierras. Sus relaciones, posteriormente y actualmente, con integrantes de las AUC/AGC son ampliamente conocidas.

* * Las comunidades vecinas * Tanto los afrocolombianos como los campesinos en la zona están a favor de los megaproyectos y esto favorece el señalamiento de los indígenas como quienes "están en contra al desarrollo", "aliados con la guerrilla", e impiden trabajos que beneficiarían a la población local.

* * Las autoridades municipales están a favor de los megaproyectos y hay denuncias sobre el alto nivel de corrupción en Acandí, por lo que no existe un respaldo institucional para adoptar medidas frente a los riesgos para la comunidad Chidima.

* * El liderazgo indígena – En los informes se considera que el liderazgo del Gobernador Mayor de Chidima es débil, dado el nivel de desobediencia dentro de la comunidad. Al parecer hay dos grupos informales de liderazgo dentro de la comunidad que son más activos que el Gobernador en términos de movilización comunitaria. Existe algún nivel de tensión entre los dos grupos que puede debilitar la capacidad de la comunidad de estar unida frente los riesgos que hay y facilitar la cooptación de uno de los grupos por parte de los intereses en juego (económicos y de otro tipo). Las tensiones y amenazas también aumentan por las relaciones de algunos líderes con organizaciones sociales y de derechos humanos como la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, que aumentan posibilidad de más amenazas por parte de las AGC.



**** Existe un alto riesgo a la seguridad de los líderes de Chidima, por la posible confluencia entre los intereses económicos y las presiones de las AGC con graves consecuencias para la comunidad, que pueden debilitar la autonomía y la unidad indígena en esta comunidad y en el caso extremo la fractura política y social, de la misma y la dispersión física de la comunidad.****

Conforme a la información trascrita la Sala encuentra necesario implementar como medida urgente de protección que se avance de forma prioritaria en el Plan de Salvaguarda ordenado por la Corte Constitucional en el **Auto 004 de 2009**, en el que se declaró que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere.

Para ello se ordenó el diseño e implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Por el Desplazamiento (incluido el Plan de Salvaguarda Étnica del pueblo Embera), en el cual reposa el cronograma para su implementación y seguimiento, y los componentes de prevención y atención, así como el respeto de los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas de diversidad etnocultural.

Por tanto, la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia que en el término máximo de dos (2) meses contados a partir de la presente providencia, con la participación de las autoridades mencionadas en el Auto 004 de 2009, es decir, de la Dirección de Acción Social, de la Dirección del ICBF, del Ministerio de Educación, del Ministerio de la Protección Social, del Ministerio de Defensa y de la Dirección del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersonal*, se priorice en el Plan de salvaguarda étnica de los pueblos identificados en la presente providencia los mecanismos de protección adecuados y efectivos que garanticen la pervivencia de las comunidades. En el cumplimiento de esta orden deberán tener participación efectiva las autoridades de los pueblos indígenas enunciados.

De la misma forma, en dicho proceso se deberá contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, y podrá contarse con el de organismos no gubernamentales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

9.7.6 De otra parte, se ordenará al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), que dentro de la órbita de sus competencias, pero bajo la filosofía de un trabajo articulado, desplieguen las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas referidas en esta providencia, en especial

verificando de forma exhaustiva el cumplimiento riguroso de los estudios de impacto y dístico ambiental de alternativas ante los proyectos que se planifica implementar en la zona.

No obstante, la Corte enfatiza en que lo que está de por medio es el desarrollo sostenible y el crecimiento económico como un todo; por ello, el ejercicio de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas con el objetivo de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico razonable y con el control de las autoridades ambientales. De esta forma también se requiere el compromiso y la responsabilidad social de las empresas, para lo cual es importante aclarar que ser socialmente responsable no se traduce en cumplir únicamente las obligaciones jurídicas, sino que es deseable, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que la iniciativa privada vaya más allá del mero cumplimiento de la obligación legal, buscando la retribución al medio o entorno del cual deriva la riqueza económica, es decir, el desarrollo de las comunidades en que se trabaja y mitigar el impacto negativo en las mismas.

En conclusión, no puede tolerarse que el sistema productivo impacte al medio ambiente extrayendo recursos y produciendo desechos de forma ilimitada, y en esto se insiste, lo que se busca es que el satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para resolver sus propias necesidades; además, porque lo que se persigue es que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se lleve a cabo incurriendo en deudas sociales para el futuro de las referidas generaciones.

9.7.7 De otro lado, en vista que de los informes y pruebas allegadas al expediente que se revisa no se constata el adelantamiento de medidas que contribuyan a la protección de la riqueza arqueológica posiblemente ubicada en las zonas implicadas y en general por intervenciones y obras de infraestructura de los proyectos estudiados, según las exigencias de la Ley 1185 de 2008 y concordantes, la Corte ordenará al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar (o revocar si es del caso) la licencia ambiental relacionada con el asunto de la referencia que no cumpla con el requisito previo correspondiente a la elaboración de un programa de Arqueología Preventiva el cual debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), so pena de no poder adelantarse ninguna obra en los términos del artículo 7.1 de la Ley 1185 de 2008.

9.7.8 Teniendo en cuenta ante las respuestas allegadas por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a la presente acción de tutela, y en especial porque afirmó que dicho ente no es el competente para autorizar la licencia ambiental para la construcción de la carretera y la explotación minera

denunciadas en los casos estudiados, advierte la Corte que su participación es definitiva e imperativa para la autorización de dicha exigencia legal, motivo por el que la Sala encuentra necesario advertir a dicho Ministerio y a Codechocó que conforme artículo 39 de la Ley 99 de 1993, *“Las licencias ambientales para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial y los permisos y concesiones de aprovechamiento forestal, serán otorgados por el director ejecutivo de la corporación con el conocimiento previo del consejo directivo y la aprobación del Ministro del Medio Ambiente.”*

9.7.9 Así mismo, ante la pasividad de la Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó) por los tópicos analizados y denunciados en esta acción de tutela, la Sala encuentra pertinente advertir a la entidad que, conforme al **artículo 39 de la Ley 99 de 1993**, la autoridad además de las funciones propias de las corporaciones autónomas regionales, tiene como encargo principal promover el conocimiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente de la región chocoana y su utilización; fomentar el uso de tecnología apropiada y dictar disposiciones para el manejo adecuado del singular ecosistema chocoano y el aprovechamiento sostenible racional de sus recursos naturales renovables y no renovables; así como asesorar a los municipios en el proceso de planificación ambiental y reglamentación de los usos del suelo y en la expedición de la normatividad necesaria para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural de las entidades territoriales.

Del mismo modo se enfatiza en que, conforme a la ley, la entidad tiene como función principal proteger el medio ambiente chocoano como área especial de reserva ecológica de Colombia, de interés mundial y como recipiente singular de la mega biodiversidad del trópico húmedo. En desarrollo de su objeto tiene la obligación de fomentar la integración de las comunidades indígenas y negras que tradicionalmente habitan la región, al proceso de conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos y propiciar la cooperación y ayuda de la comunidad internacional para que compense los esfuerzos de la comunidad local en la defensa de ese ecosistema único.

9.8 Medidas generales para garantizar el respeto y la protección de las comunidades étnicas de la Nación.

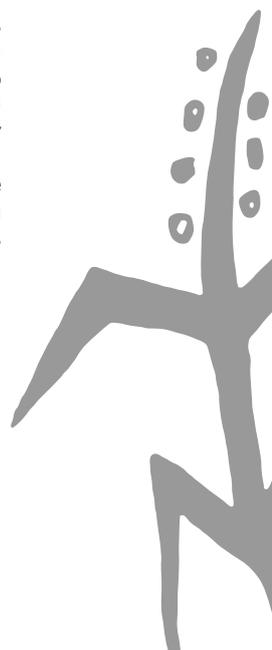
9.8.1 Las órdenes que se adoptarán en la presente providencia tienen dos objetivos. El primero es contribuir a mejorar la situación de desprotección que padecen las comunidades de la etnia Embera asentadas al norte del Departamento del Chocó, por las obras de infraestructura que se proyectan en sus territorios, así como la ocupación de tierras por parte de colonos que a su vez afectan el ecosistema y los recursos naturales de la zona.

Como segundo fin se erige la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a la efectividad de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en general. Para ello, la Corte encuentra necesario disminuir urgentemente el impacto desproporcionado que las distintas medidas administrativas que autorizan explotación de recursos y obras de infraestructura tienen sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación.

9.8.2 Del estudio del caso sometido a revisión, la Sala advierte que uno de los principales rasgos negativos del actuar de las distintas entidades accionadas y encargadas de velar por la protección del territorio de comunidades étnicas y del medio ambiente, es la marcada desarticulación para tratar situaciones como las estudiadas, que claramente tienen núcleos en común. Por lo anterior, en aras de contribuir en la materialización de un esquema de desarrollo sostenible que respete las distintas visiones de desarrollo y la explotación equilibrada del medio ambiente y los recursos naturales, la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia, crear e implementar en el término de ocho (8) meses un mecanismo de información y coordinación que permita articular a todas las entidades involucradas en la presente providencia en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia.

En el cumplimiento de la antedicha orden podrán participar las entidades gubernamentales y no gubernamentales que tanto el Ministerio del Interior y de Justicia, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación estimen pertinentes para garantizar y llevar a buen fin el mandato aquí adoptado.

Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos, implementen medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación. Para ello deberán crear e implementar herramientas que contribuyan de forma efectiva a la consecución del consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones del grupo étnico determinado, en aquellos casos que: **(a)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(b)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental significativo de una comunidad étnica, eventos en que si los elementos probatorios y de juicio así lo indican, el consentimiento pueda determinar la alternativa menos lesiva para las comunidades étnicas.



Igualmente, en que se adopten medidas administrativas necesarias para proporcionar a los integrantes de las comunidades étnicas los recursos efectivos y adecuados contra actos que violen su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad colectiva. Del mismo modo es indispensable garantizar que los beneficios de las obras y la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que al cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

Adicionalmente y dada la información allegada a la Corte relacionada con actos violentos de presión contra miembros de comunidades étnicas por obras y proyectos que requieren consulta previa, las entidades respectivas deberán establecer, como medidas de mitigación, estímulos negativos ante la muerte violenta o desplazamiento de miembros de comunidades étnicas que participen o sean beneficiarios de los mismos, estableciendo como consecuencia incluso la paralización del proceso de consulta e imposibilidad de adelantamiento de la obra o proyecto de intervención. Así mismo, se deberán fijar incentivos positivos relativos a la consecución de buenas prácticas en dichos procesos.

9.8.3 En vista de que se ha constatado la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas accionantes, la Sala encuentra pertinente, como medida de reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como orden simbólica de reparación y satisfacción, que el Ministerio del Interior y de Justicia coordine y financie la traducción de partes relevantes de la presente sentencia a la lengua Embera y suministre de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia, copias de la misma, así como en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo.

9.8.4 En armonía con las consideraciones expresadas y ampliamente reiteradas en esta sentencia, la Sala encuentra necesario y urgente que se consolide a nivel normativo y real los derechos de las comunidades étnicas del país por las problemáticas referidas de tiempo atrás; en virtud de ello la Corte exhortará al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación.

9.8.5 La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación por medio de sus áreas respectivas, tendrán la obligación de apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos y órdenes adoptadas.

9.8.6 Con el fin de monitorear el cumplimiento de la presente providencia se ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial que, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el término de un (1) año rindan a la Corte Constitucional, un informe detallado del cumplimiento de las órdenes adoptadas en la presente providencia. Sin perjuicio de la competencia que tiene el juez de primera instancia conforme al Decreto 2591 de 1991.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución:

RESUELVE

PRIMERO.* LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.* REVOCAR, dentro del asunto de la referencia, el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales ala consulta previa con las comunidades étnicas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación.

TERCERO.* ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos frente a la cpueva solicitada por la alcaldía de Acandí el 29 de agosto de 2009, haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de la carretera, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad ponderando las alternativas reales de modificar el trazado de la vía a las opciones descritas en el informe de la Defensoría del Pueblo que reposan en el proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada * Seccional Urabá de los periodos junio de 2008 a 2009 y a las que la comunidad y el proceso determinen.

La consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado deberá observarse bajo los criterios y garantías descritas en esta providencia. Entre tanto, se ordena **SUSPENDER** ejecución las obras de la carretera denominada Unguía* Acandí ó Titumate* Balboa* San Miguel* Acandí, en el sector K26*00 al K34*700 en el municipio de Acandí, en lo que tenga que ver con el territorio de las comunidades referidas.

CUARTO.* ADVERTIR a la Corporación Autónoma para el Desarrollo del Chocó

(Codechocó) que debe abstenerse de expedir licencia ambiental para la construcción de la carretera, sin que se cuente con el agotamiento de la consulta previa en los érminos subreglas fijadas en esta providencia.

QUINTO.* ORDENAR a la alcaldía de Acandí considerar los derechos de las comunidades indígenas de la zona y la importancia de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana en los términos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación. Para materializar lo anterior la alcaldía, por medio de la red de instituciones educativas pertenecientes al municipio, deberá adelantar de forma periódica y constante campañas pedagógicas sobre la materia.

SEXTO.* ADVERTIR a la Empresa de Interconexión Eléctrica ISA que, en el evento de que el proyecto sea viable y si en el proceso de planificación se advierte la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes, gestione la participación por medio del proceso de consulta previa en los términos señalados en esta providencia, con mayores prevenciones a las que ha tenido en el pasado en cuanto a la protección de comunidades.

SÉTIMO.* ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó) y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial **SUSPENDER** todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

OCTAVO.*ORDENAR al Instituto Colombiano de Desarrollo rural (Incoder) que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia y en el término de 120 días, expida una resolución motivada en la que se determine si hay lugar o no al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima. En dicho estudio se deberán contemplar las recomendaciones, razones y pruebas expuestas en esta providencia, sumadas a las que necesariamente serán oficiadas por la entidad y allegadas al proceso. De incumplir esta orden, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– incurrirá en la conducta prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

NOVENO.* ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia que, en el término máximo de dos (2) meses contados a partir de la presente providencia, con la participación de las autoridades

mencionadas en el Auto 004 de 2009, es decir, de la Dirección de Acción Social, de la Dirección del ICBF, del Ministerio de Educación, del Ministerio de la Protección Social, del Ministerio de Defensa y de la Dirección del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersonal*, **PRIORICEN** en el Plan de salvaguarda étnica de los pueblos identificados en la presente providencia los mecanismos de protección adecuados y efectivos que garanticen la pervivencia de las comunidades. En el cumplimiento de esta orden deberán tener participación efectiva las autoridades de los pueblos indígenas enunciados.

De la misma forma, en dicho proceso se deberá contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, y podrá contarse con el de organismos no gubernamentales cuyos mandatos estén orientados en proteger la seguridad y los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

DÉCIMO.* ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), que dentro de la órbita de sus competencias, pero bajo la filosofía de un trabajo articulado, desplieguen las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas ampliamente referidas en esta providencia, en especial verificando de forma exhaustiva el cumplimiento serio de los estudios de impacto ambiental y diagnóstico ambiental de alternativas ante los proyectos que se planifica implementar en la zona.

UNDÉCIMO.* ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar (o revocar si es del caso) la licencia ambiental relacionada con el asunto de la referencia que no cumpla con el requisito previo correspondiente a la elaboración de un programa de Arqueología Preventiva el cual debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), so pena de no poder adelantarse ninguna obra en los términos del artículo 7.1 de la Ley 1185 de 2008.

DUODÉCIMO.* ADVERTIR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó), de los deberes y obligaciones que les asiste conforme a las consideraciones plasmadas en los numerales **(9.7.8 y 9.7.9)** de esta providencia.

DECIMOTERCERO.* ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, crear e implementar, en el término no superior a ocho (8) meses, un mecanismo de información y coordinación que permita articular a las entidades involucradas en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia.

En el cumplimiento de la antedicha orden podrán



participar las entidades gubernamentales y no gubernamentales que tanto el Ministerio del Interior y de Justicia, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación estimen pertinentes para garantizar y llevar a buen fin el mandato aquí adoptado.

Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos implementen medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación en armonía con las consideraciones de esta providencia y en especial con lo puntualizado en el numeral **11.2** de la misma.

DECIMOCUARTO.* En reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como medida simbólica de reparación y satisfacción, **ORDENAR** que el Ministerio del Interior y de Justicia coordine y financie la traducción de partes relevantes de la presente sentencia a la lengua Embera y suministre de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia, copias de la misma, así como en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo.

DECIMOQUINTO.* EXHORTAR al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación. Por Secretaría General envíese copia de la presente sentencia a la Presidencia de la República y a las Presidencias de Senado y Cámara.

DECIMOSEXTO.* ORDENAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus áreas respectivas, que apoyen, acompañen y vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos y órdenes adoptadas. Por Secretaría General, ofíciase a las referidas entidades para que coordinen y creen la comisión pertinente para tal fin.

DECIMOSÉTIMO.* ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el término de un (1) año rindan a la Corte Constitucional un informe detallado del cumplimiento de las órdenes adoptadas en la presente providencia. Sin perjuicio de la competencia que tiene el juez de primera instancia para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela conforme al Decreto 2591 de 1991.

Del anterior informe se enviará copia a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

DECIMOCTAVO.* LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

EUROPA



Europa y los derechos de los pueblos indígenas

Por Loreto Ferrer

El pueblo Sami de la Península escandinava y la Península de Kola es el único grupo de Europa Occidental que ha reivindicado su identidad indígena de acuerdo con el derecho internacional. Los Sami habitan en Suecia, Noruega, Finlandia y Rusia. Excepto aquellas comunidades que viven en Rusia, los Sami están representados políticamente en tres parlamentos nacionales y, desde el año 2000, en un órgano conjunto llamado el Consejo del Parlamento Sami. Se estima que hay entre 50.000 y 100.000 personas pertenecientes al pueblo Sami. Sus formas de vida tradicionales se ven constantemente amenazadas en los cuatro países en los que habitan, fundamentalmente debido a los proyectos, programas y normativas que restringen y afectan sus derechos sobre sus tierras y territorios tradicionales y sus recursos naturales.

La UE y la Declaración

La Unión Europea desempeñó un papel fundamental impulsando la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración).¹ Esto fue especialmente cierto en las últimas etapas del largo proceso de negociación. En el año 2006, la Unión Europea y el GRULAC patrocinaron el Proyecto de Declaración elaborado por el Grupo de Trabajo del Proyecto de Declaración (GTPD) y remitido al Consejo de Derechos Humanos para su adopción. La UE afirmó que "a pesar de que no hemos podido llegar a un acuerdo sobre cada uno de los artículos, el borrador de GTPD presentado es el mejor resultado posible".² Los países nórdicos apoyaron esta intervención. El Consejo de Derechos Humanos (el Consejo) adoptó el borrador de la Declaración el 29 de Julio de 2006 en el transcurso de su primera sesión. El texto se remitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas (Asamblea General) para su consideración.

Cuando, en diciembre de 2006, la adopción formal de la Declaración fue pospuesta por la Asamblea General a petición de algunos países africanos para más consultas, surgieron graves dudas en torno al futuro de la Declaración. Durante los meses siguientes

1 Para más información sobre el proceso de elaboración de la Declaración y las posiciones de los diferentes grupos regionales ver Claire CHARTERS; Rodolfo STAVENHAGEN(Eds.) (2009) Making the Declaration Work . Doc n° 127. IWGIA. (Copenhague.) y la publicación anual de IWGIA "El Mundo Indígena", con capítulos específicos sobre el proceso de negociación.

2 CHARTERS, C; STAVENHAGEN, R. (2009) p123.

se llevaron a cabo contactos informales entre sus principales patrocinadores. Alemania (en aquel momento ocupando la Presidencia de la UE) y Noruega formaron parte del equipo que se reunió con el presidente de la Asamblea General el 9 de febrero para "garantizar que no se establecería ningún mecanismo formal que pudiera conllevar la apertura del texto aprobado por el CDH y, en consecuencia, llevar de nuevo a negociaciones interminables".³ La decidida posición de la UE, sin embargo, no debe entenderse como reveladora de una posición monolítica entre sus Estados Miembros. Algunos países, especialmente Gran Bretaña y Francia, expresaron su preocupación sobre la cuestión de los derechos colectivos, al considerar que podían minar los derechos individuales. Los artículos referentes a la autoidentificación y a la libre determinación de los pueblos indígenas también resultaron controvertidos. A pesar de esto, todos los Estados Miembros de la UE se comprometieron con la adopción del texto íntegro de la Declaración.

Los Estados Miembros de la UE, con razón, temían que la apertura del texto a nuevos cambios minara el apoyo comprometido al Documento del Consejo por las delegaciones indígenas. El Documento era considerado como el mejor acuerdo posible. Los Estados Miembros de la UE, por lo tanto, decidieron aceptar únicamente aquellos cambios que tuvieran el apoyo de las delegaciones indígenas y "no participar en ningún grupo de trabajo o procedimiento que pudiera afectar a la integridad de la Declaración."⁴ Los países nórdicos, especialmente Noruega, fueron los mayores defensores de la propuesta de adoptar el texto de la Declaración íntegramente. La Declaración fue finalmente adoptada el 13 de septiembre de 2007.

El decidido apoyo de la UE a la Declaración no terminó con el fin de las negociaciones. Los diferentes representantes de la UE han apoyado la Declaración activamente en sus intervenciones ante organismos y foros de derechos humanos:

"La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007 avanzó en el reconocimiento de derechos y garantizó la continuidad del desarrollo de los pueblos indígenas del mundo. En línea con la Declaración, la Unión Europea tiene como objetivo promover los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. La Unión Europea espera poder desempeñar un papel activo junto con sus socios para desarrollar iniciativas que garanticen la implementación de los estándares fijados en la Declaración".⁵

Declaración del portavoz de la Alta Representante Catherine Ashton, diciembre 2010

"La UE da la bienvenida al creciente consenso internacional en torno a la Declaración. De forma significativa, los cuatro estados que votaron en contra de la Resolución la han

³ Ibid 2. p 129

⁴ El Mundo Indígena 2008. Kathrin Wessendorf (Ed). IWGIA. p 528

⁵ Declaración del Portavoz de la Alta Representante Catherine Ashton, con motivo del apoyo de los Estados Unidos de América a la Declaración de las NNUU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Bruselas, 22 de diciembre de 2010.



apoyado con posterioridad. Sin embargo, adoptar una Declaración no es, en sí mismo, suficiente. La realización efectiva de los derechos continúa siendo un objetivo fundamental y la aplicación de la Declaración un verdadero reto.”⁶

Friederike Tschampa, Delegación de la Unión Europea ante las Naciones Unidas. Octubre 2011.

Políticas europeas y los derechos de los pueblos indígenas

Sin embargo, existe la fundada preocupación de que este discurso proactivo y basado en derechos queda a menudo relegado a foros de derechos humanos y pueblos indígenas. La UE no ha logrado promover los derechos de los pueblos indígenas en todos los aspectos de su política exterior. Como ejemplo, recientemente la UE ha estado promoviendo el uso del término “comunidades indígenas” en lugar de “pueblos indígenas” en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica y otras negociaciones ambientales.⁷ Esto contradice radicalmente el espíritu de la Declaración, que se refiere a “pueblos” como sujetos de derechos. En el mismo sentido, la UE no ha transversalizado los derechos contenidos en la Declaración en sus políticas exteriores comerciales y financieras. Así, los Acuerdos Comerciales firmados recientemente con Centro América y con Perú y Colombia han sido objeto de acaloradas críticas por no incorporar las obligaciones de la UE en material de derechos humanos.⁸ El Convenio n°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales no ha sido expresamente incluido en los Acuerdos, a pesar de haber sido ratificado por la mayor parte de los países latinoamericanos y Dinamarca, Noruega, los Países Bajos y España en Europa.⁹

Los asuntos indígenas fueron por primera vez incorporados en la agenda de desarrollo de la UE en el año 1997. En junio de ese año el Consejo de Desarrollo invitó a la Comisión a presentar una política sobre cooperación con, y apoyo a, los pueblos indígenas. El Documento de Trabajo incluyó algunos principios generales sobre la cooperación para el desarrollo de la Comunidad y sus Miembros con los pueblos indígenas. El Consejo de Desarrollo aprobó una Resolución en noviembre de 1998 “invitando a la Comisión, con los Estados Miembros y en cooperación con los pueblos indígenas, a desarrollar formas de aplicar en la práctica la política diseñada en el Documento de Trabajo.”¹⁰ Más adelante, en el año 2005, el Consenso Europeo sobre Desarrollo estableció que el principio fundamental para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en la

6 Intervención de Friederike Tschampa, delegación de las UE ante las Naciones Unidas, ante el Tercer Comité de la Asamblea Tema 66 (a b): Pueblos Indígenas. Nueva York, 17 de octubre de 2011.

7 A pesar del que el texto literal del Convenio se refiere a “comunidades indígenas y locales”, durante años ha habido un acuerdo tácito entre algunas de las Partes para utilizar el término “pueblos indígenas” como reivindicación de la necesidad de alinear las convenciones ambientales con los estándares internacionales de derechos humanos.

8 La UE tiene la obligación, en el desarrollo y la aplicación de su acción exterior, de respetar y promover los derechos humanos y el desarrollo social, económico y ambiental sostenible de los países en desarrollo, con el objetivo principal de erradicar la pobreza. (Art. 21(2) y (3) TUE y Art. 207 TFUE)

9 For more information see “European Union: Trade Agreement with Colombia and Peru” submitted to the European Parliament by LSE Enterprise Ltd on behalf of the London School of Economics and Political Science and Consortium Partners. March 2012 (EXPO/B/INTA/FWC/20090/Lot 7/2011)

10 Informe de la Comisión al Consejo – revisión del progreso en el trabajo con pueblos indígenas /* COM/2002/0291 final */

cooperación para el desarrollo es garantizar la participación efectiva y el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas. Además, los derechos de los pueblos indígenas han sido incluidos entre las prioridades del Instrumento Europeo de Derechos Humanos. "Los objetivos son promover los derechos de los pueblos indígenas y su capacidad de controlar sus propios procesos de desarrollo social, económico y cultural, al tiempo que se fortalezcan sus derechos territoriales y su capacidad de manejar los recursos biológicos de forma sostenible".¹¹ La comunidad de ONGs especializadas en el trabajo con pueblos indígenas considera, sin embargo, que transcurridos 15 años desde la aprobación del Documento de Trabajo, es ya hora de llevar a cabo una revisión a fondo de la política de desarrollo de la UE con pueblos indígenas a la luz de los derechos contenidos en la Declaración de las NNUU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es posible que, de hecho, haya espacio para dicha revisión. La Alta Representante de la UE expresó recientemente que "en el marco de la nueva Estrategia de Derechos Humanos de la UE nos hemos comprometido a revisar nuestra política y desarrollarla en el contexto de la Declaración de las Naciones Unidas en preparación para la Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas del año 2014."¹²

"El Convenio n°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales no ha sido expresamente incluido en los Acuerdos"

Finalmente, el Parlamento Europeo ha llevado a cabo un importante papel en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. En el año 1994 el Parlamento aprobó la Resolución 0059 sobre "la acción internacional necesaria para proteger de forma efectiva a los pueblos indígenas". Esta Resolución ha sido seguida por un amplio número de resoluciones llamando a la protección de los pueblos indígenas en países y situaciones específicas.¹³

El Sistema Regional de Derechos Humanos

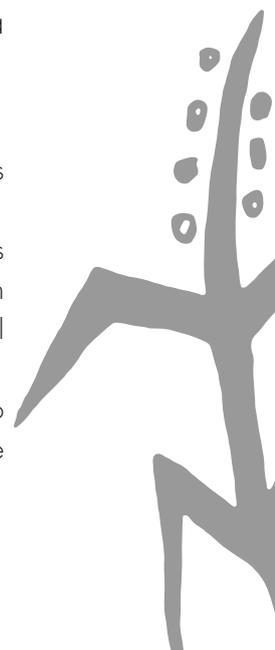
El Consejo de Europa reúne a representantes de 47 Estados Miembros incluyendo a todos los de la UE, virtualmente cubriendo todo el territorio del continente europeo. Su objetivo es desarrollar principios democráticos comunes basados en la Convención Europea de Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes. Uno de sus órganos principales es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un tribunal internacional con autoridad para examinar casos y dictar sentencias vinculantes en casos de violaciones individuales o entre Estados de la Convención Europea de Derechos Humanos (la Convención Europea).¹⁴ La Convención Europea recoge fundamentalmente derechos individuales civiles y políticos. A diferencia de lo ocurrido en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo no ha desarrollado jurisprudencia que reconozca

¹¹ http://eeas.europa.eu/human_rights/ip/index_en.htm

¹² Bruselas, 9 de agosto de 2012 13115/12 PRESSE 359. Con ocasión del día internacional de los pueblos indígenas.

¹³ Ver, entre otras, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de derechos humanos y minorías indígenas en Argentina; La Resolución del Parlamento Europeo sobre los Indios Nativos Americanos Dineh del año 2000 ; La Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los pueblos indígenas de Brasil de 1995;

¹⁴ También es importante mencionar el Comité Europeo de Derechos Sociales, que vigila el cumplimiento de la Carta Europea de derechos Sociales y su Protocolo. Además, los Estados Miembros del Consejo de Europa son Parte de la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995.



los derechos colectivos de los pueblos indígenas haciendo una interpretación progresiva de la Convención Europea (sobre la jurisprudencia interamericana ver la sección sobre América Latina en esta compilación).¹⁵ Dicha interpretación, si se diera en el futuro, podría ser de utilidad no solo para aquellos pueblos indígenas que habitan en el continente europeo sino también, idealmente, para el resto de pueblos indígenas del mundo. En la actualidad un gran número de activistas y defensores de derechos humanos trabajan por el reconocimiento y desarrollo de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales nacionales y regionales, de forma que, tanto los Estados Miembros como las compañías privadas puedan ser juzgados por violaciones de derechos humanos en el extranjero. Hasta el momento, sin embargo, de acuerdo con la FIDH, “no hay una aplicación extraterritorial definida en la Convención Europea. Ésta depende, fundamentalmente, de la interpretación del concepto de jurisdicción desarrollado por el Tribunal. Así, el Tribunal considera que, en aquellas áreas que se encuentran fuera de su jurisdicción, los Estados Miembros podrían ser responsables por actos de sus autoridades, tales como los jueces, que produzcan efectos fuera de sus territorios. La Convención también se aplica cuando un Estado Parte ejerce control general sobre un área determinada.”¹⁶

Tras llevar a cabo una revisión detallada, las editoras no encontraron ninguna sentencia de un juzgado o tribunal nacional que hiciera referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hemos incluido en esta compilación una sentencia de un Tribunal Sueco que, pese a no referirse expresamente a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente, falla del lado Sami y reconoce los derechos consuetudinarios de las comunidades afectadas sobre sus tierras tradicionales. Los abogados defensores basaron gran parte de su argumentación y su reivindicación de los derechos territoriales Sami en los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios”.

L

15 La Corte, sin embargo, ha interpretado el artículo 8 de la Convención Europea, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada, como otorgando protección a las formas de vida de las minorías. Ver Noack y otros contra Alemania (Appl. No 46346/99 de 25 de mayo del 2000; también Chapman contra el Reino Unido (Appl. no. 27238/95, sentencia de 18 de enero del 2011).

16 Ver “Responsabilidad Corporativa por violaciones de Derechos Humanos.” Marzo de 2012. FIDH. Parte III. Capítulo I p 102



El Caso Nordmaling

Por Mattias Åhrén

Antecedentes

El pueblo saami es originario del norte de Finlandia, Noruega, Suecia y la península de Kola, en la Federación Rusa. El principal modo de vida tradicional de los saami es la cría de renos. La cría de renos es un modo de vida semi nómada en el que las comunidades saami migran con los renos a lo largo de amplias extensiones de terreno. Las comunidades que se dedican a la cría varían en tamaño, aunque en general consisten en dos grupos familiares que en total pueden poseer entre 6.000 y 10.000 renos.¹ Este es el caso en el condado de *Västerbotten*, en el norte de Suecia, donde tuvo lugar el caso Nordmaling. Las comunidades saami afectadas por el caso Nordmaling se desplazan con sus renos por una extensión de alrededor de 400 kilómetros entre los pastos de verano, que rodean la frontera con Noruega en el oeste y los pastos de invierno, cercanos al mar Báltico en el este, con tierras de primavera y otoño entre ambos.

Debido a su naturaleza nómada, el uso de la tierra para la cría de renos por parte de los Saami difiere enormemente de los usos de la tierra desarrollados por la mayoría de la población sueca, tales como la agricultura y la silvicultura. Esto ha tenido como resultado una relación complicada con el sistema legal sueco. Cuando, hace unos 500 años, los colonos suecos comenzaron a colonizar paulatinamente las áreas saami, la población saami y la sueca lograron tener una relación sin muchos conflictos ni fricciones. En su mayoría, los contactos entre los dos pueblos estaban dirigidos al comercio o a intercambios mutuamente beneficiosos. Esta situación de orden y paz relativos duró dos siglos. Sin embargo, a medida que la población sueca fue creciendo, los conflictos entre la sociedad sueca y la cría de renos de los saami se tornaron algo frecuente. Estos conflictos llevaron a la Corona Sueca a querer definir cuáles eran los derechos que el pueblo saami ostentaba sobre sus tierras tradicionales y cómo estos derechos se relacionan con los derechos e intereses de la población sueca. Este tema ha sido objeto de discusión desde el siglo XVIII hasta el presente.

En los primeros intentos por definir qué derechos ostentaban las comunidades dedicadas a

¹ Esto es, de media. Hay comunidades dedicadas a la cría de renos de mayor y menor tamaño.

la cría de renos sobre sus tierras tradicionales, la Corona Sueca adoptó un enfoque bastante favorable a los derechos de los sami. La Corona consideró que las comunidades sami tenían derechos sobre sus tierras de igual estatus que aquellos derechos ostentados por los granjeros suecos sobre sus tierras.² La primera legislación sueca relativa al pueblo sami – las Leyes sobre pastos de renos de 1886 y 1898 – confirmaba que las áreas de pastoreo de verano de las regiones montañosas eran para el uso exclusivo de las comunidades sami dedicadas a la cría de renos. Además, las leyes afirmaban que las comunidades tenían derechos sobre las tierras utilizadas tradicionalmente para el pastoreo de invierno en las zonas boscosas de las tierras bajas, independientemente de si sobre dicha tierra recaía un título de propiedad privada. A diferencia de los pastos de verano, que estaban demarcadas, los pastos de invierno utilizados tradicionalmente no habían sido formalmente identificados.

En el momento de cambio de siglo, por lo tanto, la legislación sueca reconocía formalmente el derecho sobre la tierra de las comunidades sami dedicadas a la cría de renos. Sin embargo, en los primeros años del siglo XX nuevas teorías y posiciones de la academia comenzaron a aflorar afirmando que, con su modo de vida semi* nómada, los sami dedicados a la cría de renos no podrían establecer derechos sobre la tierra. Estas teorías fueron adoptadas por muchos estudiantes de derecho, representantes oficiales y parlamentarios suecos. A mediados del siglo XX gran parte de la Suecia oficial cultivaba el sentimiento de que las comunidades sami dedicadas a la cría de renos no tenían derechos sobre sus territorios tradicionales. Al contrario, se consideraba que la cría del reno podía llevarse a cabo únicamente debido a una “prebenda” estatal, que podía ser revocada en cualquier momento. La nueva percepción negativa sobre los derechos territoriales de los sami nunca fue, sin embargo, plasmado en una reforma o instrumento legal.

Por esta razón cuando, en 1981, la Corte Suprema de Suecia presentó su sentencia sobre el caso llamado “*La Montaña Gravada de Laponia*”, la Corte no aceptó el argumento de la prebenda estatal. En este caso, los sami afirmaron su derecho de propiedad sobre un área montañosa en la parte sur de su territorio tradicional. Los sami perdieron en las consideraciones. Sin embargo, la Corte Suprema afirmó que la cría de renos no se lleva a cabo amparada por una prebenda estatal sino por *prescripción inmemorial*. La Corte, declaró que los criadores de renos sami han establecido derechos de propiedad sobre la tierra y que dichos derechos, como cualquier otro derecho de propiedad, están protegidos por la constitución sueca. El artículo 1 de la Ley de Cría de Ganado de 1971 (que reemplazó a la ley de 1989 con importantes cambios sustantivos) fue enmendado para reflejar la decisión de la Corte Suprema. La decisión de la Corte en el caso *La Montaña Gravada de Laponia*, por lo tanto, conllevó la afirmación de que las comunidades sami que crían renos tienen derechos de propiedad sobre las tierras que han utilizado tradicionalmente, incluyendo derechos de usufructo sobre áreas de pastoreo

“La Corte declaró que los criadores de renos sami han establecido derechos de propiedad sobre la tierra y que dichos derechos, como cualquier otro derecho de propiedad, están protegidos por la constitución sueca”

² No se trataba de derechos de propiedad tal y como los entendemos hoy en día. Sin embargo, se trataba del derecho de propiedad más fuerte que una persona no noble podía ostentar en la época.



de invierno que tienen propietarios privados. Sin embargo, el reconocimiento de un derecho es una cosa, su realización algo bien distinto.

Recuerden que las tierras de pastoreo invernal de los saami nunca fueron demarcadas. En los años noventa del siglo pasado propietarios de tierras en el norte de Suecia interpusieron una serie de demandas denunciando que las comunidades saami dedicadas a la cría de renos no tenían derecho consuetudinario de pastoreo en sus propiedades. El primero de estos casos, el caso *Härjedalen*, afectó a las cinco comunidades saami más meridionales de Suecia. La Corte de primera instancia sostuvo, y la corte de apelación concurrió, que la carga de la prueba de la existencia o no de derechos consuetudinarios sobre terrenos de propietarios privados recaía sobre las comunidades saami. Esto resultó una carga insalvable para las comunidades saami por dos razones fundamentales.

En primer lugar, los tribunales suecos exigieron a las comunidades saami que proveyeran evidencia de su presencia en todas y cada una de las propiedades o extensiones de terreno en el área en disputa. Más aun, los tribunales se basaron casi exclusivamente en documentación escrita relativa a la presencia saami en las áreas en disputa. Los tribunales no se dejaron guiar por la topografía, la riqueza de pasto y otros hechos que evidenciaban que una extensión de terreno determinada era adecuada para la cría de renos. Si estos hechos hubieran sido tenidos en cuenta, los tribunales podrían haber concluido lo que parece lógico: que la cría de renos se ha llevado a cabo tradicionalmente en una extensión determinada si se cumplen dos condiciones: **(i)** que la cría de ganado se ha llevado a cabo históricamente en el área considerada de una forma amplia; **(ii)** que la extensión específica en cuestión ofrece buenos pastos para los renos.

Segundo, de acuerdo con la ley sueca, de forma similar a lo que ocurre en otras jurisdicciones, establecer un derecho de usufructo sobre la tierra a través del uso tradicional requiere del cumplimiento de dos criterios materiales: el uso debe ser suficientemente **(i)** intenso, y **(ii)** continuo.³ Pero intenso y continuo no son términos técnicos. Estos conceptos significan cosas diferentes para diferentes culturas. Por ejemplo, los que se considera intenso y continuo varía considerablemente entre los criadores de renos nómadas saami y los granjeros suecos, que generalmente mantienen el ganado cercado. La ley sueca ha dotado al criterio de intensidad y continuidad de contenido más preciso basándose en lo que es común en los usos de la tierra típicos de la cultura sueca, tales como la agricultura. En el caso *Härjedalen* los tribunales suecos aplicaron los criterios de intensidad y continuidad inferidos del modelo de uso de la tierra de la agricultura sueca, a pesar de que el caso se refería a criadores de renos saami. Uno podría decir que el tribunal trató a los renos como si fueran vacas u ovejas.

Con estos precedentes, el caso estaba prácticamente decidido. Es una tarea imposible para una cultura nómada, que es de naturaleza oral y aspira a no dejar rastros en el suelo, documentar su presencia en una extensión de terreno cuando los tribunales no adaptan los criterios de intensidad y continuidad a dicha cultura. Si miden la cría de renos saami con los criterios de intensidad y continuidad fijados por una cultura que cerca el

³ Para poder establecer el derecho de propiedad, el uso debe además haber sido suficientemente exclusivo.

ganado, podemos asumir que la corte considerará que el uso de la tierra por parte de los saami no ha sido suficientemente intenso o continuo. Las comunidades saami perdieron en primera instancia y en la Corte de apelaciones. La Corte Suprema decidió no entrar a analizar el caso.

En el momento en que la Corte Suprema de Suecia decidió sobre el caso Nordmaling, sumándose a lo ocurrido en el caso *Härjedalen*, una comunidad saami había perdido un caso similar en el tribunal de primera instancia (el llamado *Caso Rätan*). Otra comunidad saami había perdido por omisión, al no tener los recursos financieros para defenderse ante el tribunal. Casos similares estaban en perspectiva. Toda la cultura saami de cría de renos parecía estar en peligro.

La sentencia de la Corte Suprema de Suecia en el caso Nordmaling.

La importancia del caso Nordmaling debería entenderse en el contexto de los antecedentes anteriormente descritos. En este caso la Corte Suprema, una vez se refirió a ciertos aspectos formales,⁴ entró a valorar los aspectos materiales del caso. Al hacerlo, la Corte inmediatamente adoptó una posición principal crucial para el resultado del caso. Como se ha mencionado, en el caso de la *Montaña Gravada de Laponia*, la Corte Suprema concluyó que el derecho a la tierra de las comunidades saami dedicadas a la cría de renos tenía su fundamento en la prescripción inmemorial. Una enmienda posterior a la Ley de Cría de Renos reflejó este aspecto de la sentencia. Por lo tanto, se suponía que en Suecia los derechos sobre la tierra de los saami se basaban en la prescripción inmemorial. Pero en el caso Nordmaling la Corte Suprema rompió con este supuesto. La Corte sostuvo que los derechos de la cría de reno de los saami no se basaban en la prescripción inmemorial sino en el uso consuetudinario.⁵ Esta conclusión fue la clave de la argumentación de la Corte en su sentencia.

La prescripción inmemorial es una institución legal asociada con la ley sueca de bienes raíces. Un derecho a prescripción inmemorial es un derecho referido a una propiedad identificada. Como consecuencia, cuando los derechos de usufructo de los saami fueron percibidos como basados en una prescripción inmemorial, las comunidades saami dedicadas a la cría de renos se vieron forzadas a probar el uso tradicional de un área específica definida legalmente como bien raíz. El punto de partida para cada caso legal era siempre el bien raíz y por tanto la legislación sueca sobre bienes raíces.

En el Caso Nordmaling la Corte Suprema adoptó una posición casi contraria. Al haber inferido que la base legal para la cría de ganado saami no era la prescripción inmemorial sino el uso consuetudinario, la Corte concluyó que lo que el caso debía examinar no era

“...en el caso Nordmaling la Corte Suprema rompió con este supuesto. La Corte sostuvo que los derechos de la cría de reno de los saami no se basaban en la prescripción inmemorial sino en el uso consuetudinario”

⁴ Caso Nordmaling, párrafos 1*4.

⁵ Caso Nordmaling, párrafos 5*10.



qué derechos de terceras personas recaían sobre un bien inmueble concreto. Al contrario, el hecho relevante era si las comunidades saami dedicadas a la cría de ganado habían ejercido tradicionalmente la cría de reno.⁶ La importancia de esta conclusión es evidente al examinar el análisis que hace la Corte Suprema sobre si las comunidades dedicadas a la cría de ganado cumplen con los criterios de intensidad y continuidad.

La Corte Suprema sostuvo que examinar *en qué lugares* han ejercido tradicionalmente la cría de reno las comunidades saami (y no qué derechos de terceras personas gravan un bien raíz determinado) *requiere tomar en consideración las características particulares de la cría de renos.*⁷ Aplicando este principio al criterio de continuidad la Corte sostuvo que, para determinar la extensión aceptable de las interrupciones del uso para que el uso no sea calificado de discontinuo, debe tenerse en consideración la manera en que se ejerce la cría de renos.

De acuerdo con la Corte Suprema, los derechos a reservar áreas de pasto pueden también establecerse a partir de usos relativamente infrecuentes e irregulares.⁸ También con respecto al criterio de intensidad la Corte subrayó la necesidad de tomar en consideración las características de la cría de renos. La Corte observó que la cría de reno requiere largas extensiones debido, entre otras cosas, a que la riqueza de los pastos varía de año en año. La Corte Suprema destacó, además, que las condiciones meteorológicas cambiantes tienen como resultado que diferentes pastos sean adecuados de un año a otro. En algunas ocasiones es necesario dejar un área de pasto sin uso durante varios años para permitir que el líquen crezca de nuevo. En conclusión, la Corte sostuvo que un criterio de intensidad adaptado a las particularidades de la cría de renos puede cumplirse a pesar del hecho de que el área en cuestión no sea utilizada de forma habitual, sino más bien en diversos grados de año en año y con periodos ocasionales más extensos de no* uso.⁹

La Corte Suprema no aceptó plenamente el planteamiento de las comunidades dedicadas a la cría de renos, que argumentaban que la carga de la prueba debía ser totalmente revertida. Sin embargo, la Corte suavizó el peso de la carga de la prueba en comparación con casos similares anteriores, sosteniendo que las particularidades de la cría de renos y la cultura sami debían ser tenidas en cuenta a la hora de valorar las pruebas.¹⁰ Por ejemplo, en lugar de basarse casi exclusivamente en documentación

6 Ver Caso Nordmaling, párrafo 10. La Corte Suprema añadió que la naturaleza colectiva de la cría de reno conlleva que no sea necesario establecer que una comunidad específica, analizada aisladamente, ha usado la extensión de terreno en cuestión con suficiente intensidad y continuidad. Al contrario, para establecer el derecho sobre la tierra se permite a la comunidad basarse en el uso por parte de otras comunidades. Este aspecto del caso es también importante. A lo largo de los años ha habido una importante migración entre y al interior de las comunidades saami dedicadas a la cría de reno, habitualmente como resultado de reubicaciones forzadas. En ciertas partes del área tradicional saami, por lo tanto, sería muy difícil para las comunidades dedicadas a la cría de reno establecer el derecho a la tierra si sólo pudieran basarlo en su propio uso.

7 Caso Nordmaling, párrafo 12

8 Caso Nordmaling, párrafo 12

9 Ver Caso Nordmaling, párrafo 56. En línea con la visión esbozada de la Corte Suprema sobre el criterio de continuidad e intensidad, la Corte no concedió importancia al concepto de "extensión de terreno", que había desempeñado un papel prominente en decisiones anteriores sobre casos similares.

escrita, la Corte Suprema abrió la puerta a considerar elementos como la topografía, la riqueza de los pastos, etc.

Aplicando los criterios de intensidad y continuidad adaptados a las particularidades de la cría de renos, la Corte Suprema sostuvo que las conclusiones generales de los comités gubernamentales y otros peritajes similares llevadas a cabo a finales del siglo XIX y principios del XX¹¹ evidenciaban suficientemente la presencia tradicional de las comunidades sami dedicadas a la cría de reno en ese área. La Corte falló a favor de las comunidades, concluyendo que las mismas habían establecido derechos de propiedad en la forma de derechos de usufructo sobre el área total en disputa. Asimismo, al establecer el alcance geográfico de los derechos de las comunidades dedicadas a la cría de reno, la Corte Suprema se guió por las características particulares de la cría de renos. Al haber inferido de forma general que la cría de ganado se había llevado a cabo tradicionalmente en el área de Nordmaling, la Corte simplemente asumió que, dado que la municipalidad de Nordmaling tiene buenos pastos para renos, lógicamente, la cría de renos debía haberse llevado a cabo en todo el área.¹²

Más allá del caso Nordmaling

El caso Nordmaling supone un verdadero hito. Como efecto inmediato, los propietarios de tierra en el Caso Rätan, mencionado previamente, retiraron su denuncia contra la comunidad sami dedicada a la cría de renos. Presumiblemente, los terratenientes se dieron cuenta de que, de acuerdo al precedente del caso Nordmaling, tenían pocas posibilidades de ganar el caso. Podemos asumir que, tras Nordmaling, no habrá más denuncias ante los tribunales suecos relativas al derecho sobre los pastos de invierno de las comunidades sami dedicadas a la cría de renos.

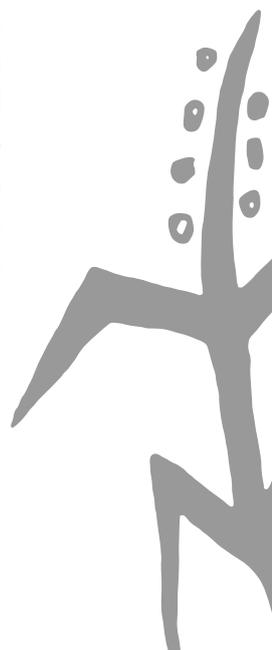
Pero los efectos del caso Nordmaling van más allá de lo obvio. Nordmaling le ha dado un gran baño de confianza a toda la comunidad sami dedicada a la cría de renos. Los criadores de renos se han visto fortalecidos en su lucha contra los intereses opuestos que, además de los terratenientes incluyen, por ejemplo, a la industria. En la actualidad hay una demanda en curso en la que una comunidad sami dedicada a la cría de renos reclama derechos exclusivos de caza y pesca en las áreas de pastoreo de verano. La comunidad está segura de ganar el caso, una opinión que comparten muchos expertos legales. Si la comunidad tiene éxito, constituirá un precedente que permitirá a otras comunidades dedicadas a la cría de renos reclamar derechos exclusivos de caza y pesca en áreas de pastoreo de verano. Y algo más: al haber adoptado el criterio de intensidad y continuidad a la cultura sami, ¿no debería la Corte Suprema adaptar también el criterio de exclusividad? Esto situaría a las comunidades sami dedicadas a la cría de renos en posición de reclamar derechos de propiedad sobre áreas desiertas en las zonas montañosas de Suecia dado que tradicionalmente han utilizado estas tierras de forma más

10 Caso Nordmaling, párrafo 19.

11 Caso Nordmaling, párrafos 31 y 48.

12 Caso Nordmaling , párrafo 56..

“Los criadores de renos se han visto fortalecidos en su lucha contra los intereses opuestos que, además de los terratenientes incluyen, por ejemplo, a la industria”



o menos exclusiva.

De cualquier modo, con suerte Nordmaling no marcará el comienzo sino que pondrá fin a múltiples demandas sobre asuntos relativos a los derechos territoriales de los sami. Pero eso requiere que el Gobierno Sueco y el Parlamento tomen conciencia de en qué modo Nordmaling ha fortalecido la posición de negociación de las comunidades sami dedicadas a la cría de renos. Los representantes suecos tienen que sentarse a negociar con los criadores de renos y encontrar una solución política basada en sus derechos, garantizando la posibilidad de las comunidades sami dedicadas a la cría de renos de desarrollar dicha actividad en sus tierras tradicionales en el futuro.

En cualquier caso, sea la futura solución política o legal, Nordmaling marca un punto de inflexión en la lucha de los criadores de renos sami por el respeto de sus derechos y su cultura. Y todo lo que hizo falta para ello fue que un tribunal sueco mirara a los renos y viera renos... y no vacas.

Mattias Åhrén proviene de una comunidad de criadores de renos de Suecia. Es doctor en Derecho por la Universidad de Tromsø y tiene másters en Derecho por las Universidades de Estocolmo y Chicago. Åhrén ha trabajado como juez junior en el juzgado de distrito de Estocolmo y como asociado en el despacho de abogados Danowsky & Partners en Estocolmo. Dirige la Unidad de Derechos Humanos del Consejo Saami desde 2002 y ha representado al pueblo saami en varios procesos internacionales tales como las negociaciones sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Åhrén también fue miembro del Grupo de Expertos que elaboró el borrador de la Convención Nordica Sami. Representa a las comunidades de criadoras de renos en procesos nacionales e internacionales, en particular en lo referido a industrias extractivas. Además de foros de derechos humanos, Åhrén ha participado activamente en procesos internacionales relativos al patrimonio cultural de los pueblos indígenas tales como aquellos desarrollados en el marco de la OMPI y el CDB.

TRIBUNAL SUPREMO DE SUECIA CASO NORDMALING

ASUNTO

Derecho consuetudinario a la cría invernal de renos

PRESENTADO RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

Corte de Apelaciones de la Corte de Upper Norrland 19*09*2007, en el caso T 155*06

VEREDICTO

El Tribunal Supremo desestimó la primera pretensión subsidiaria de los demandantes.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación

Los recurrentes deberán compensar conjuntamente a las contrapartes por los costes incurridos ante el Tribunal Supremo, la comunidad Sami Rans con 1 266 170 Coronas suecas, de las cuales 1 056 666 Coronas suecas corresponden a honorarios de abogados, la comunidad Sami Umbyn con 1 238 343 Coronas Suecas, de las cuales 1056 666 coronas suecas corresponden a honorarios de abogados, y la comunidad Sami Vapstens con 1 260 100 Coronas suecas, de las cuales 1 056 666 coronas corresponden a honorarios de abogados. La compensación deberá ser pagada con intereses, de acuerdo con el párrafo 6 de la Ley de Intereses, desde el día en que el Tribunal Supremo dicte sentencia hasta el día en que el pago sea efectivo.

Los reclamantes solicitan el reembolso de los gastos no aprobados

PETICIONES EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Los demandantes (terratenientes de la municipalidad de Nordmaling) han solicitado al Tribunal Supremo que sus propiedades no se vean afectadas por ningún derecho consuetudinario. Con carácter subsidiario, solicitan que la corte declare que las comunidades Sami Ran, Umbyns y Vapstens no tienen derecho consuetudinario a llevar a cabo la cría de renos en su respectivas propiedades en el municipio de Nordmaling. Más aun, los propietarios solicitan que la Corte les otorgue un pago compensatorio por las costas legales en la Corte de Apelaciones y que ordene a las comunidades Sami que paguen una compensación por sus costas en la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones,

Impugnación de las comunidades Sami

Las partes han solicitado las costas en el Tribunal Supremo

FUNDAMENTOS

Autorización de los Sami para contestar en el caso 1. Los propietarios solicitan fundamentalmente que el Tribunal Supremo declare que sus propiedades

no están gravadas por ningún derecho consuetudinario a la cría de renos. De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de Cría de Renos (1971:437), la población Sami tiene derecho a la cría de renos. Dado que las acciones de los propietarios se dirigieron únicamente contra tres comunidades Sami del país, la cuestión que surge es si tiene competencia para dar respuesta a un caso referido a los derechos colectivos a la cría de renos como tales.

2. Una comunidad Sami tiene como objetivo, por el bienestar de sus miembros, llevar a cabo la cría de renos en

el área de pastoreo de la comunidad (párrafo primero del art. 9 de la Ley de Cría). Representa a sus miembros en asuntos relacionados con los derechos a la cría de renos, sus intereses comunes en la industria de la cría de renos en general (párrafo segundo del art. 10). La Ley de Cría de Renos únicamente otorga a la comunidad Sami autoridad para representar a sus propios miembros y tratar asuntos relacionados con su área de pastoreo y los intereses comunes de los miembros relacionados con la cría de renos en general. La Ley de Cría de Renos no identifica ninguna jurisdicción para proteger los derechos de la población Sami reconocidos en el párrafo segundo del art 1 (comparar los artículos en el Fondo Sami, párrafo segundo del art 28)

3. Debido al diseño de la ley, las comunidades Sami no tienen la capacidad de responder a los procedimientos a escala mayor que aquella de su propia comunidad Sami. La pretensión principal de los propietarios debería por tanto desestimarse y el caso deberá considerar únicamente la pretensión subsidiaria.

4. La Comunidad Sami Ran ha indicado que sus miembros no llevan a cabo cría de renos en ninguna de las propiedades afectadas por este caso. Las comunidades Sami Umbyns y Vapstens han declarado, cada una en su nombre, que algunas de las

propiedades de este caso están ubicadas fuera del área de cría de renos de la comunidad y que sus miembros no llevan a cabo cría de renos en dichas propiedades. En aquellos casos en los que la acción contra alguna de las comunidades Sami se refiere a una propiedad en la que los miembros de la comunidad Sami no llevan a cabo la cría de renos, se considera que el caso se refiere a derechos que las comunidades basan en los derechos colectivos del pueblos Sami.

Derechos consuetudinarios

5. En el párrafo segundo del art 1 de la Ley de Cría de Renos se reafirma que el derecho a la cría de renos se basa en la costumbre inmemorial. El artículo adoptó su forma actual en 1993. Está claro que el citado artículo estaba dirigida a clarificar el origen del derecho a la cría de renos. Se consideró de importancia para la posición y la seguridad alimentaria los Sami dedicados a la cría de reno el hecho de que el Tribunal subrayara que



el derecho a desarrollar la cría de reno se fundamenta principalmente en reclamos ancestrales y no en una cesión o en la legislación (Ver Govt. 1992/93: 32 P. 90.) El cambio de legislación ocurrió en conjunción con la sentencia del Tribunal Supremo en el caso de la Montaña Lapona Gravada (NJA 1981, p 1), en el que el Tribunal Supremo sostuvo que el derecho a desarrollar la cría de renos se basaba en la prescripción inmemorial.

El segundo párrafo únicamente provee información relativa al origen y la naturaleza legal de los derechos de la cría de renos. El texto no contiene consecuencias legales derivadas de dicha información. Esta información no provee mayor información ni es útil en relación a la cuestión de hasta qué punto las comunidades Sami tienen derecho a la cría de renos en las propiedades de los terratenientes.

6. La norma legal relevante que debe aplicarse en este caso se encuentra en el artículo 3, primer subpárrafo, de la Ley de Cría de Renos. Afirma – en partes relevantes – que la cría de renos se puede desarrollar desde el 1 de octubre hasta el 30 de abril en aquellas áreas fuera de las montañas demarcadas para el pastoreo de renos Sami en las que la cría de renos se lleva a cabo dependiendo de la edad en ciertas épocas del año.

Como puede inferirse de estos motivos, el texto no pretendía acarrear ningún cambio sustantivo con respecto a las legislación anterior y a la declaración gubernamental que introduce la Ley relativa la historial legal de la Ley de Pastoreo de Renos de 1928 (ver prop. 1971:51 p 158).

7. La Ley (1928:309) sobre el derecho de los Sami Suecos a la cría de renos se menciona en los artículos correspondientes en los distritos que los Sami visitan con sus renos «siguiendo la tradición antigua». La declaración del gobierno no contiene mayor explicación de la frase «siguiendo la costumbre antigua». Está claro que no se pretendía ninguna alteración a la ley. En las Leyes sobre Pastoreo de Renos previas, la de 1898 y la de 1886, se utilizó la misma expresión. No pudo hallarse más explicación al significado de la expresión. Sin embargo, se han encontrado investigaciones sobre dónde existían los derechos consuetudinarios a la cría de renos.

8. Nunca se ha prescrito por ley que los Sami tengan derecho a la cría de invierno únicamente hasta el punto en que puedan sustentar el derecho apoyándose en las reglas de la costumbre inmemorial del Capítulo 15 del antiguo Código de Tierras. El antiguo Código de Tierras se refiere a «antigua costumbre» y «de edad». Estos términos pueden ser considerados sinónimos. En el trabajo preliminar las referencias a la prescripción inmemorial no fueron frecuentes.

Cuando las hay, las referencias son frecuentemente utilizadas como argumento a favor de que la antigua costumbre debería aplicarse como el imperio de la ley. Es cierto que la actual Ley de

Cría cita pasajes de la ley de 1928. Se ha afirmado que, en caso de conflicto, la aplicabilidad de los derechos consuetudinarios debería medirse por los tribunales basándose en las pruebas que se hubieran solicitado para demostrar la prescripción inmemorial (see prop. 1971: 51 P. 158). Debería tenerse en cuenta, sin embargo, que esta afirmación sólo se refiere a la prueba, y que pertenece a una época anterior a que el actual Código Procesal fuera elaborado, el cual está basado en el principio de libertad de la prueba.

9. En conclusión, se considera que no hay apoyo en ningún texto legal o trabajos preparatorios para la posición que afirma que las normas sobre prescripción inmemorial recogidas en el antiguo Código de Tierras deberían aplicarse a determinados derechos a la cría de invierno. También se afirma que las normas del Capítulo 15 de Código de Tierras son poco adecuadas para evaluar los derechos a la cría de renos de los Sami nómadas.

10. La ley aplicable, por lo tanto, es el artículo 3 de la Ley de Cría, que establece que los Sami tienen derecho a la cría de invierno en aquellas áreas en las que la cría de reno se lleve a cabo, según la edad, en algunos momentos del año. Lo que debe examinarse es en qué lugares llevan a cabo la cría de reno los Sami siguiendo costumbres antiguas.

En primer lugar debe determinarse qué caracteriza una costumbre antigua y, a pesar de que las normas sobre prescripción inmemorial del antiguo Código de Tierras no son de aplicación, la aplicación de esta institución legal puede arrojar alguna luz sobre la cuestión. Sin embargo, en algunas ocasiones se puede hacer una evaluación más liberal, basada en cómo se lleva a cabo la cría de renos en la actualidad. Podríamos añadir que la naturaleza colectiva de la cría de renos implica que no es necesario probar qué comunidad Sami ha desarrollado la cría de renos en el área en la que se evalúa la existencia de derechos consuetudinarios; los Sami de diferentes comunidades Sami pueden contribuir, sostener y mantener los derechos consuetudinarios.

11. Podemos derivar de la ley que los derechos consuetudinarios a la cría de renos se pueden ejercitar plenamente bajo los artículos de la Ley de Cría de Renos. No aparecen restricciones, tales como que la cría de reno sólo puede ser desarrollada en la forma en que el derecho consuetudinario se estableció. Sin embargo, incluso sin regulación estatutaria, podría asumirse que los derechos consuetudinarios no pueden ampliarse sin limitaciones, de tal modo que la cría de renos cause daños a los terratenientes mayores que aquellos existentes en el momento en que el derecho fue establecido. (Cf NJA 1982 Page 69.)

12. La primera cuestión es cuál es la línea temporal de los términos «de edad» y «de acuerdo con la costumbre antigua». Una idea subyacente podría ser que los Sami tienen derecho a practicar la cría

de renos en los lugares en los que usualmente la han practicado. Debe ser una práctica real que esté bien establecida y aceptada. El tiempo es necesario para establecer un derecho a la cría invernal de renos en una región específica no puede, por regla general, especificarse en años. Debido a la naturaleza de la cría de renos, conllevaría más de una generación y, el periodo de 90 años que generalmente se requiere para establecer derechos a través de la prescripción inmemorial, puede suponer un punto de partida razonable. Para que la cría de invierno sea definida como una costumbre, debe ser recurrente con relativa frecuencia. Sobre la extensión de las interrupciones que podría ser aceptable durante el tiempo en que el derecho se está estableciendo, dependerá de la forma en la que se desarrolla la cría de renos.

Con respecto a las áreas de reserva de pastos, los derechos pueden establecerse a pesar de que la cría de renos en esas áreas sea relativamente infrecuente e irregular. Dado que el Capítulo 15 del antiguo Código de Tierras no se aplica, el párrafo 6 de la Ley (1970:995) sobre la introducción de un nuevo Código de Tierra no es relevante, y no hay razón para sostener que los derechos consuetudinarios a la cría no pueden establecerse después de 1971.

13. El Capítulo 15, artículo 1 del antiguo Código de Tierras sobre prescripción inmemorial requiere que la posesión no haya sido «contenida o contestada». Un requisito similar debería aplicarse a los derechos consuetudinarios de los Sami a la cría de invierno. Expresando objeciones claras y válidas un terrateniente puede por lo tanto prevenir el surgimiento de un derecho consuetudinario. Una vez el derecho consuetudinario se ha establecido, sin embargo, las protestas no pueden terminar con dicho derecho.

14. En el caso de que la Corte concluya que las comunidades Sami han establecido derechos consuetudinarios de cría invernal sobre la propiedad, los propietarios argumentan que estos derechos han expirado debido a la inactividad de las comunidades Sami. Dada la forma en que el derecho a la cría de renos ha sido regulada por la ley, no es fácil elucidar cómo puede terminarse este derecho si no es de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Cría. El derecho es un derecho civil, y las comunidades Sami son los titulares como colectivo. Podría ejercitarse por cada Sami que es miembro de una comunidad Sami. Este derecho es, en principio, no transferible, y la posibilidad de subarrendar el derecho es restringida. (ver Bengtsson, Sami Law * An Overview, 2004, p 56). La división en áreas comunitarias, que está hecha por el Parlamento Sami, es de naturaleza administrativa y no cambia el hecho de que el derecho a la cría de renos es un derecho civil. Se puede argumentar que si una comunidad Sami renuncia a su derecho a la cría de renos, el derecho no cesa de existir, sino que puede ser practicado por miembros de otra comunidad Sami dedicada a la cría de renos. Por otro lado, se

puede considerar inconsistente que la acción de una comunidad Sami pueda establecer derechos de cría de renos, pero no su terminación. La regulación no parece bien elaborada. Una posible solución es que el derecho a la cría de renos cese de existir debido a que una comunidad Sami deje de utilizar las áreas de pasto, pero únicamente cesaría con respecto a esa comunidad específica. Si otra comunidad Sami comienza a desarrollar la cría de renos en el área basándose en el derecho consuetudinario, la primera comunidad podría reiniciar las actividades de cría en el futuro con el apoyo del derecho consuetudinario de carácter colectivo que no habría expirado.

Para que el derecho consuetudinario a la cría de renos de una comunidad cese debe, en todo caso, ser clara la voluntad de dicha comunidad de renunciar a su derecho. La carga de la prueba debe recaer en el propietario. Las circunstancias que quedan fuera del control de las comunidades Sami, como por ejemplo la construcción de una planta energética que impida a una comunidad Sami utilizar un área particular para la cría de renos, no implica automáticamente que la comunidad Sami haya renunciado a su derecho a llevar a cabo la cría de renos en ese área.

Carga de la prueba etc.

15. Según el Capítulo 15 del antiguo Código de Tierras, cualquiera que reclamara derechos basándose en la prescripción inmemorial debía probar su demanda. Las comunidades Sami han cuestionado esto, afirmando que la carga de la prueba debería ser distribuida de forma diferente en un caso como el que nos atañe. Sin embargo, hay razones para aplicar la antigua regla de la carga de la prueba con respecto al derecho consuetudinario sobre los pastos invernales. Es una cuestión diferente – como también las comunidades Sami han señalado * el que la falsa carga de la prueba pueda variar entre las partes. (ver Ekelöf Others, juicio IV, 7 ed 2009, p 87 f.)

16. Las comunidades Sami han argumentado también que ellas deberían ser sujetos de una carga de la prueba reducida en aquellos casos en que se afirme que ellos tienen derecho a llevar a cabo la cría de renos en la propiedad de la parte contraria. Ellos han expuesto que tienen dificultades particulares para proveer pruebas debido al hecho de que son un pueblo sin registros escritos, y cuya historia está basada en la tradición oral. También han destacado que varias fuentes escritas han desaparecido, por ejemplo, en el incendio que en 1888 afectó a los archivos del Consejo de Administración del Condado de Västerbotten.

17. Lo expuesto por las comunidades Sami sugiere que hay dificultades particulares asociadas a investigar dónde se ha llevado a cabo históricamente la cría de renos. Sin embargo, este hecho por sí mismo no justifica necesariamente que se libere a la parte Sami del deber probatorio, a



costa de los propietarios. No está claro que los propietarios estén en una posición mejor para presentar pruebas de los hechos relevantes para el caso. Más aun, no puede descartarse la posibilidad de que los propietarios también hubieran sido capaces de encontrar materiales en los archivos destruidos para apoyar su causa.

18. En apoyo a un alivio de la carga de la prueba, las comunidades Sami han argumentado que probar el derecho a la cría de reno es una carga menor para los propietarios y que hay otras dificultades asociadas con probar la presencia de la cría de renos que se suman a las ya relatadas. Los Sami no han tenido razones para pensar que su derecho sería cuestionado; la documentación relevante preparada por las autoridades suecas no tenía propósito de documentar la presencia de la cría de renos; que importantes recursos financieros son necesarios para buscar evidencias que apoyen las demandas de las comunidades Sami; y que el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial (CERD) solicitó a Suecia que modificara la regla de la prueba en casos como el que nos atañe. Estos argumentos tampoco son suficientes para concluir que las comunidades Sami deberían beneficiarse de un alivio del deber probatorio en una demanda civil contra los propietarios, ya que no puede simplemente asumirse que están en una mejor posición para presentar pruebas en el caso.

19. Por lo tanto, no hay razones suficientes para dejar a un lado las normas de la prueba que habitualmente se aplican en casos civiles. Es una cuestión diferente, sin embargo, el hecho de que deban tenerse en cuenta circunstancias particulares del caso a la hora de valorar las pruebas. El principio de libre valoración de la prueba debería aplicarse, lo que supone que las particularidades de la cría de renos y otros factores invocados por las comunidades Sami deben tenerse en cuenta a la hora de valorar las pruebas.

20. Las comunidades Sami han explicado detalladamente la normativa nacional e internacional relativas a los derechos de los Sami como una minoría y un pueblo indígena. También han afirmado que la explotación de los recursos naturales en el norte ha tenido impactos negativos en la capacidad de los Sami para llevar a cabo la cría de renos de forma tradicional en su territorio tradicional. Estos argumentos ofrecen a la Corte la oportunidad de hacer hincapié en que cualquier falla del gobierno en este sentido no puede justificar, en aquellos procedimientos entre las comunidades Sami y los propietarios, el que se prive a los propietarios de derechos en favor de las comunidades Sami. El hecho de que los Sami necesiten conservar su derecho sobre los pastos de invierno para poder seguir practicando la cría de renos no es un argumento relevante en este caso, que precisamente se refiere a si las comunidades Sami están en posición de afirmar el derecho sobre los pastos de invierno que de hecho reclaman.

“Extensiones de terreno”

21. La palabra «extensión de terreno» (*tract* en la versión en inglés) se utiliza en la actual Ley de Cría de Renos, así como en las anteriores leyes sobre cría de renos, para referirse a un área en la que pueden existir derechos consuetudinarios sobre los pastos de invierno. Las partes han presentado diferentes posiciones sobre el significado del término en relación con la extensión de las áreas de pastoreo de invierno. Las comunidades Sami argumentan que el término debe entenderse como referido a las áreas de pastoreo de invierno entendidas de forma extensa, mientras que los propietarios afirman que el término se refiere a áreas estrictamente delimitadas.

22. En el lenguaje común, las palabras «extensión de terreno» (*tract* en la versión en inglés) no se refieren a un tamaño del área determinado. No tiene conexión con el registro de una propiedad de terreno, ni con la organización administrativa de la superficie territorial de Suecia. Ninguno de los trabajos preparatorios de las cuatro leyes sobre cría de renos se refiere al término. No hay por lo tanto ninguna razón para asumir que el legislador ha depositado un significado específico en el término. La referencia a «extensiones de terreno» en la Ley no puede por lo tanto ser entendida como indicativa de una extensión de áreas sobre la que hay derechos consuetudinarios al pastoreo de invierno. El ámbito geográfico de los derechos de cría de renos debe, en cambio, ser determinado por lo demostrado mediante prueba presentada en el caso con respecto a los lugares donde la cría de renos se ha llevado a cabo tradicionalmente.

Las características de la cría de renos

23. Al evaluar las cuestiones en juego, es importante considerar cómo se lleva a cabo la cría de renos. Las comunidades Sami han subrayado que la cría de renos tiene particularidades que la hacen única. Las comunidades Sami han afirmado, entre otras cosas, las siguientes, que no han sido contestadas por los propietarios:

24. La cría de renos ha existido en Suecia desde la Edad de Hielo. Los renos salvajes se extinguieron en el siglo XIX. Los renos que pueden encontrarse hoy en Suecia han sido domesticados, aunque sus patrones de vida originarios se mantienen intactos. En 2009, el número de renos en Suecia ascendía a 200.000 animales. El número de renos varía cíclicamente, dependiendo de factores externos tales como la disponibilidad de líquen, las condiciones en las parideras y el tamaño de la población predatora.

25. La cría de renos se lleva a cabo en Suecia de dos maneras: la cría de renos en bosques, que usa varios tipos de vegetación de bosques coníferos a lo largo del año, y la cría de renos de montaña, que se lleva a cabo en áreas de pastos en los bosques de pino en invierno y en las montañas

durante el verano. La forma más antigua de cría de reno es la de bosques, que en primavera, verano y otoño se realiza en áreas boscosas por debajo de la frontera administrativa para cultivos. Por su naturaleza es bastante estacionaria. Además, en el pasado los Sami de los bosques se vieron en ocasiones forzados a trasladarse a la costa para encontrar pastos para sus renos. La cría de renos de montaña se basa en un uso diferente de la tierra, con largas migraciones anuales entre los pastos de invierno y de verano en las zonas de alta montaña de Suecia o incluso, en ocasiones, cerca de la frontera con Noruega, y las zonas de pastos de invierno en las áreas boscosas cerca de la costa del Báltico.

26. Hasta mediados del siglo XX los criadores de renos siguieron los rebaños a pie en verano y sobre sus esquís en invierno. Eran ayudados por perros. Hoy en día, se utilizan otros medios para mover a los renos tales como las motos de nieve, las motos de cross y, en algunos casos, helicópteros. También se utilizan otros medios tales como internet, GPS y los teléfonos móviles. También pueden realizarse el transporte de larga distancia en camiones, dado que los obstáculos en el terreno hacen imposible para los Sami mover a sus renos a pie.

27. Los renos relevantes para el caso que nos ocupa migran cada año desde las áreas de las montañas que rodean Noruega hacia las zonas costeras de Suecia en el sur y viceversa. Varios factores determinan los caminos migratorios, pero fundamentalmente son aquellos en los que puede encontrar pasto. Los renos tienen una habilidad única para digerir y absorber la energía contenida en el líquen. En invierno, el líquen constituye un 90% del aporte dietético de los renos. Si los renos no pueden acceder al líquen que se encuentra en el suelo debido, por ejemplo, a una capa de nieve muy dura, el líquen de los árboles es una opción. Otro factor determinante para los patrones migratorios es el instinto de los renos para volver a los parideros. Los patrones de migración de los renos también se ve afectado por la intervención humana en el territorio, tales como autopistas y vías férreas.

28. Un factor que impacta a diario en la elección de los caminos migratorios son las condiciones climatológicas en el invierno. Podría haber casos de frío extremo, nieve severa, periodos de deshielo con cortezas de nieve, fuertes vientos durante la temporada de lluvia y humedad, bajas temperaturas que tengan como resultado una capa de hielo en el suelo, etc. Los renos y los criadores de renos podrían verse forzados en estos casos a buscar otras áreas de pastos, diferentes a las planeadas. Sin embargo, trasladar a los renos consume energía y es importante conservar los pastos y la fuerza del animal. Los criadores de renos, por lo tanto, no mueven el ganado hacia las áreas costeras más al sur de lo necesario.

29. La cría de invierno se puede dividir entre las

áreas ordinarias de pastos de invierno y las áreas de pastos reservadas (pastos utilizados debido a heladas en el suelo u otras circunstancias extraordinarias). Bajo condiciones climatológicas normales, durante los inviernos regulares, los renos de las comunidades Sami generalmente se desplazan hacia las zonas habituales de pastos de invierno. En aquellos inviernos con condiciones climáticas irregulares, los renos se desplazan hacia las áreas de reserva de pasto, que habitualmente tienen buenas condiciones de nieve y de pasto.

30. El líquen crece despacio. En un área que ha sido objeto de pastoreo intenso, son necesarias un par de décadas para que el líquen crezca de nuevo hasta su tamaño normal. Por esta razón, los Sami deben cambiar periódicamente sus áreas de pastoreo.

Valoración del caso

31. El municipio de Nordmaling se extiende en un área de unos 30 x 40 kilómetros en la costa del mar Báltico, en la parte más meridional del Condado de Västerbotten. Las propiedades de los terratenientes que han demandado a los Sami están esparcidas a lo largo del municipio, siendo menos en las zonas occidentales. En un fallo parcial del 11 de octubre de 2006, que posteriormente se ha confirmado, el Tribunal de Apelaciones, sin decidir sobre el fondo, confirmó la decisión de la Corte de Primera Instancia sobre dieciséis de los propietarios que habían presentado recurso de apelación a la Corte de Primera Instancia. También estas propiedades estaban diseminadas alrededor del municipio.

32. La presencia de la cría de renos en varias áreas ha sido objeto de investigación por comisiones gubernamentales en diferentes momentos desde que se llevaron a cabo los trabajos preparatorios de la primera Ley de Cría de Renos. Dicha ley se preparó por el *Comité Lapón de 1882*, que en su informe incluyó cierta información sobre los patrones migratorios de los Sami. Esta información es íntegramente reproducida en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Aquí únicamente se hace referencia a las partes a las que también se ha referido la Corte de Apelaciones (p.43 ff. Del informe).

El poblado Sami Ran Lapp emigra hacia el este en diciembre con dirección a la costa, en ocasiones llegando hasta el mar, y en marzo, como otros lapones en este país, no sólo a lo largo de y entre los ríos, sino que preferiblemente en línea recta este – oeste para poder cruzar los ríos. Sus lugares de residencia durante el invierno se determinan fundamentalmente por los asentamientos de las personas que han dejado los renos a su cuidado. Estos Lapones de Montaña, así como, en general, los Sami del Condado de Västerbotten, tienen la reputación de ser muy diligentes en el cuidado de sus renos. El poblado lapón Gran sigue los mismos patrones migratorios que el poblado Sami Ran



Lapp durante el invierno y el verano. Cuando cae la nieve, los lapones del poblado Sami Umbynand Vapsten migran hacia el este en dirección a los bosques que rodean Lycksele o, más frecuentemente, a las áreas costeras. Allí, vagan sin rumbo fijo por los valles, a menudo llegando a hasta la costa. Los Lapones de Vilhelmina y Doroteaparishes migran hacia el este en noviembre en dirección a Asele y Fredrika, y continúan más hacia el este a lo largo del río Angerman, hasta la costa, donde incluso anidan cerca de Härnösand.

33. En sus consideraciones, el comité alegó, entre otras, lo siguiente (p. 66 del informe).

Durante el invierno, se permite a los Lapones de los condados de Norrbotten y Västerbotten frecuentar áreas diferentes a las que transitan durante el verano, para migrar de la forma en que lo han hecho tradicionalmente, incluyendo en propiedad privada. En tanto en cuanto la migración de invierno no sale de la tierra demarcada como lapona, están autorizadas explícitamente por el mencionado párrafo del Real Decreto. Muchos lapones, sin embargo, migran más al sur en dirección a las áreas costeras del norte. Ninguna ley en particular declara dicho derecho, pero dado que dichas migraciones de los lapones se han llevado a cabo desde tiempo inmemorial, sin haber encontrado oposición, debemos asumir que se basan en la costumbre.

34. Cuatro miembros el Tribunal Supremo criticaron la propuesta del comité de que los derechos consuetudinarios de los lapones deberían ser codificados en por el legislativo. Con respecto a esta crítica, el ministro (Ley 1886 N° 2, pag 34 f) recordó que los derechos consuetudinarios de los lapones a migrar con sus renos en invierno desde las montañas hasta algunas zonas habitadas de la zona norte buscando los pastos de invierno en áreas boscosas había ocurrido desde la antigüedad y nunca encontraron resistencia por parte de la población allí asentada.

La población costera nunca se quejó de la presencia de los Lapones durante el invierno – continuó el ministro:

Con estos antecedentes, y cuando los propios lapones consideran sus migraciones de invierno como un derecho que disfrutaban desde tiempo inmemorial, parece razonable asumir que la migración de los Lapones durante el invierno hacia las áreas que han acostumbrado a frecuentar no es una mera intrusión tolerada por la población local sino un verdadero derecho, incluso si todavía no existen provisiones legales que lo sustenten.

35. Cuando el Parlamento examinó la Ley, el comité especial – como ha mencionado el Tribunal de Primera Instancia – aprobó la legislación propuesta y afirmó que las migraciones de los lapones en invierno atravesando propiedad

privada son una costumbre inmemorial y presunta, aunque no haya sido confirmada explícitamente por ley, que se basa en un derecho real, el derecho a llevar a cabo el modo de vida que constituye la condición previa de su existencia como nómadas en la tierra de la que fueron los primeros habitantes.

36. La conclusión del proceso legislativo fue, por lo tanto, que en 1886 los Sami ya habían establecido un derecho consuetudinario al pastoreo de invierno que, de acuerdo con el Comité Lapón de 1882, podía invocarse en las áreas costeras del Condado de Västerbotten hasta el mar. No está claro si los derechos de pastoreo se percibían como relativos a todo el área costera o si se limitaba a ciertas áreas, y, en ese caso, a cuáles. Como ha destacado el Tribunal de Apelaciones, sin embargo, no se ha revelado ninguna circunstancia que indique que la cría de ganado no se ha llevado a cabo en Nordmaling.

37. De los hechos del caso se deduce que el Comité tenía una composición cualificada. Por lo tanto, no hay razón para creer que sus conclusiones no estuvieran bien fundadas. Como también ha apuntado el Tribunal de Apelaciones, no se hicieron objeciones a las propuestas del Comité por parte del Consejo del Condado de Västerbotten. La respuesta del Consejo del Condado a la propuesta también muestra que se habían realizado reuniones anunciadas en los distritos en los que la población residente y la población lapona afectados por el proyecto de ley tuvieron la oportunidad de comentar la propuesta. También puede destacarse que dos de los miembros del Comité estaban relacionados con Nordmaling.

38. El informe del Comité Lapón de 1882 adjuntaba un mapa, el llamado mapa Hahrs, al que las partes se han referido. Se ha afirmado lo siguiente sobre el mapa (p.22).

Dado que, como se ha mencionado más arriba, la cría de renos se lleva a cabo de forma diferente en diferentes partes de Norrland, no puede delimitarse una imagen clara de las relaciones entre los criadores de renos y los colonos a menos que se haga una descripción de esta relación para cada distrito lapón en las áreas cercanas a la costa y en los Condados de Jämtland y Härjedalen. Para hacer esta encuesta inteligible y lúcida, el Comité ha suplementado los ejemplos adjuntos del mapa de Hahrs sobre el norte de Suecia con patrones de migraciones, montañas laponas gravadas etc.

39. En el mapa, hay dibujadas líneas de puntos comenzando en Noruega y atravesando las zonas interiores del norte de Suecia hasta los Condados de Västerbotten y Angermanland. En el mapa no hay explicación sobre el significado de las líneas de puntos. Los propietarios han afirmado que las líneas de puntos representan los caminos de las migraciones y que, dado que las líneas terminan en la zona interior de Suecia, las migraciones no

llegaban hasta la costa. Las comunidades Sami, por otro lado, han afirmado que las líneas de puntos no representan patrones de migraciones sino fronteras entre diferentes áreas de cría de ganado de comunidades Sami. En ausencia de una explicación en el mapa sobre el significado de las líneas de puntos, no puede probarse suficientemente lo que las líneas de puntos representan, y no puede darse al mapa importancia como prueba.

40. En 1895, cuando la Ley sobre Cría de Renos ya llevaba en vigor algún tiempo, se creó el Comité de Legislación Lapona con el mandato de analizar los efectos de la Ley y proponer mejoras. Durante 1895, el Comité se reunió con colonos y Sami, por ejemplo, en Lycksele el 10 de agosto de 1895. En el art. 2 del protocolo de dicha reunión se puede leer, entre otros, lo siguiente.

Con respecto a la migración, se presentó lo siguiente:

que la mayor parte de los Lapones Sorsele migran a lo largo de los cursos de los ríos de Vindel, Uman and the Jukta hacia Degerfors y Umeå, a pesar de que unas pocas familias migran más al norte hacia Norsjö, y ocasionalmente hasta Skellefteå; y que algunos Lapones Sorsele migran hasta Noruega, pero sólo a las áreas montañosas cercanas a la frontera;

que la mayoría de los Lapones Tärna migran a ambos lados del río Uman hacia Degerfors y, en ocasiones, hasta la costa, aunque el lado sur del distrito va a lo largo del Río Öre hasta

Orträsk y Bjurholm; y que la misma migración lapona a Noruega alcanza el lago Rösvattnet, desde donde los renos alcanzan la vecindad de la iglesia de Hattfjelldalen;

que los Lapones del norte del distrito de Villhelmina solían migrar a lo largo de los ríos Gideå y Lögde a través de Asele, Hällan y Anundsjö hacia Ornsköldsvik y Nordmaling; que dese el sur del distrito la migración pasa por las iglesias de Asele y Fredrika a lo largo del río Angerman hacia la costa y Härnösand y también más al sur hasta Häggdånger; además, los Lapones de la distrito suelen entrar en Noruega y los Lapones del sur del distrito se mueven hacia Grong, en el Condado de North Trondhjems, en julio, agosto y parte de septiembre.

41. El Art. 3 del Protocolo incluye los siguientes comentarios.

Todos lo Lapones informaron que necesitaban, en aquellos casos en que la nieve o el hielo en el suelo tuvieran como consecuencia que los renos no fueran capaces de encontrar pastos, trasladarse al sur hacia las áreas costeras para tener acceso al liquen; que esta migración ocurría solo como resultado de la falta de pasto, y no con la intención de contactar a la población de colonos; y que los Lapones no consideraban posible parar o restringir la migración a las áreas costeras, y añadió que las migraciones no habían incrementado sino, en cambio, habían disminuido desde 1886, al menos en el caso de los Lapones Sorsele.

42. En este informe (p. 35) el Comité concluyó que en las áreas costeras de Västerbotten y Norrbotten no había habido intentos de evitar las migraciones laponas de invierno. El Comité no propuso ningún cambio sustantivo con respecto al derecho consuetudinario a los pastos de invierno. Cuando se circuló la propuesta, prácticamente no hubo objeciones en el Condado de Västerbotten. Los artículos sobre derechos consuetudinarios tienen el mismo contenido material en las Leyes de Cría de Renos de 1898 y 1886.

43. El proceso legislativo de 1898 concluyó que los Sami tenían derecho consuetudinario a los pastos de invierno en el Condado de Västerbotten hasta el mar. También había evidencia explícita que apoya que Nordmaling se utilizó para pastoreo de invierno.

44. Además, el Comité Lapón de 1895 tenía una composición cualificada. Como se ha mencionado, el comité viajó al interior de los distritos afectados y entrevistó a la población. El informe del Comité se circuló para comentarios. Los resultados de la investigación parecen fidedignos.

45. A principios del siglo XX se llevaron a cabo nuevos estudios gubernamentales sobre la cría de renos. En los años 1912 y 1913 se llevaron a cabo entrevistas a 80 Sami en el Condado de Västerbottens. Como ha informado el Tribunal de Apelaciones, muchos de ellos testificaron que durante los inviernos con heladas migraban hacia áreas de pastos de invierno en Nordmaling o sus vecindad.

46. El derecho consuetudinario a la cría de renos se examinó por el Comité Lapón de 1919, quien en 1920 llevó a cabo audiencias con Sami y colonos. El Comité resumió sus conclusiones en un informe de 1923 (SOU 1923:51). Con respecto al Condado de Västerbotten, el Comité se basó fundamentalmente en la información surgida de los peritajes de 1912 y 1913. La conclusión en lo referente al Condado de Västerbotten fue que parecía claro que el derecho consuetudinario afectaba a la totalidad del condado. (a bet. pag 104). Durante el periodo de circulación de las conclusiones, éstas no fueron criticadas, pero el municipio de Nordmaling quiso que se reformara la ley.

47. Las pesquisas en el caso demuestran que los informes anteriormente mencionados se llevaron a cabo de forma competente y fidedigna. Este es el caso incluso si fuera cierto – como reclaman los propietarios – que el informe de 1912 no se comunicó a los propietarios afectados y que el Comité Lapón de 1919 no visitó Nordmaling.

48. Las conclusiones derivadas de los procesos legislativos que precedieron la promulgación de las Leyes de Cría de renos de 1886 y 1898 apoya la posición de las comunidades Sami en el caso que



nos ocupa, es decir, que los Sami habían establecido derechos consuetudinarios al pastoreo de invierno en el áreas de Nordmaling antes de 1886. Los sucesivos peritajes durante las primeras décadas del siglo XX confirman esta conclusión. Las respuestas de la entrevista a las preguntas sobre cómo migran los renos se formulan de forma que no puede asumirse que ellos * como propietarios que se proclaman – se referían únicamente al tiempo en que las respuestas fueron dadas. Por el contrario, las respuestas deben entenderse como descriptivas de una costumbre que ya se había establecido. Está claro que las conclusiones de estos peritajes se basaron en material sólido, que ya no está disponible. Debe otorgarse peso específico a esta prueba en el caso.

49. Además, hay una prueba adicional invocada por las comunidades Sami. Varios testigos testificaron que los Sami, de vez en cuando, habían estado con sus renos en diferentes partes de Nordmaling. En el momento de cambio de siglo (1900) y antes, estos testigos fueron fuentes secundarias, es decir, declararon lo que sus familiares de generaciones anteriores les habían contado sobre los tiempos pasados. Nada hace pensar que la población colona entonces cuestionara que los Sami tenían derecho a permanecer en Nordmaling con sus renos.

50. Los propietarios han invocado estatutos de los años 1723, 1748 y 1757 que, bajo su punto de vista, estipulaban que los Sami no tenían permiso para permanecer fuera de sus áreas demarcadas (Lappmarken), y han afirmado que los derechos consuetudinarios no podían surgir de una cría de renos ilegal. El profesor asociado Lennart Lundmark, sin embargo, ha afirmado que estos estatutos no se aplicaban a los criadores de renos Sami, sino únicamente a los Sami que no tenían «defensa legal». Parece también evidente que la cría de renos se llevaba a cabo a las afueras de Lappmarken en el siglo XIX sin intervención de las autoridades. Como ha señalado el Tribunal de Apelaciones, los trabajos preliminares de las Leyes de Cría de Renos no se refieren a estos estatutos. Por lo tanto, no puede asumirse que éstos hayan impedido el establecimiento de derechos consuetudinarios a la cría de renos.

51. Además, los propietarios han afirmado que no hay información sobre disputas relativas a la cría de renos, y que esto prueba que la cría de renos no se ha llevado a cabo en las áreas en cuestión. Como ya se ha discutido en este caso, sin embargo, esto es extraer conclusiones de la falta de información. Una explicación posible del hecho de que no haya habido disputas puede ser que los propietarios fueran conscientes de la existencia de un derecho consuetudinario y por lo tanto aceptarían la cría de renos. La ausencia de disputas, por lo tanto, no lleva necesariamente a la conclusión planteada por los propietarios.

52. La afirmación de los propietarios de que la cría

de renos se ha llevado a cabo en Nordmaling mediante indemnización no ha sido probado en el caso, ni lo ha sido la afirmación de que los colonos protestaron la cría de renos.

53. También a petición de los propietarios se ha oído a un gran número de personas en el caso, bien como testigos o como testigos jurados. Han testificado ampliamente sobre la presencia de renos en Nordmaling durante el siglo XX. Algunas personas han testificado que familiares de generaciones anteriores no han mencionado el hecho de que hubiera renos en Nordmaling. Declaraciones de esta naturaleza no contradicen otra información que afirma que los renos existían en lugares específicos de Nordmaling y no puede alegarse que disminuyan la fiabilidad de esos datos.

54. Basándonos en lo anterior, debe concluirse que las comunidades Sami han evidenciado que existía un derecho consuetudinario al pastoreo de invierno en Nordmaling en 1886.

55. En lo que se refiere al ámbito geográfico del derecho consuetudinario en el Condado de Västerbottens, el Comité lapón de 1919 declaró que se podía concluir que el derecho consuetudinario afectaba al Condado al completo. Las entrevistas llevadas a cabo en 1912 y 1913 se refieren a varias ubicaciones en Nordmaling y las áreas anexas hacia las que los Sami se trasladaban con sus renos. Algunos poblados adicionales se mencionan en los testimonios que las comunidades Sami han invocado. Estos lugares, donde la cría de renos se llevó a cabo a finales del siglo XIX, están esparcidos en varias partes en y alrededor de Nordmaling con una cierta concentración en las áreas al norte de la bahía de Nordmaling.

56. Al determinar el área en la que se ha llevado a cabo la cría de renos – como se ha señalado más arriba * uno debe tener en cuenta las características de la cría de renos, lo que determina qué áreas son utilizadas para pastos. La investigación en el caso demuestra que la cría de invierno requiere amplias extensiones de terreno debido, entre otras cosas, a que la cantidad de pasto varía de año en año. La climatología variante tiene como resultado que un área que es utilizada para pastos un año, puede no estar disponible al año siguiente. Una vez un área ha sido sobre* utilizada para pastos, hace falta mucho tiempo para que el líquen vuelva a crecer. En el mientras tanto, los renos deben buscar pastos en otras áreas. El área de cría de renos debe por lo tanto ser muy amplia y no está limitada a lugares en los que los renos han sido observados en un determinado año. Las áreas de pastoreo de invierno existen con independencia de las ataduras municipales y divisiones administrativas. El municipio de Nordmaling cubre un área de únicamente unos 30 x 40 kilómetros. Hemos sido informados de que Nordmaling tiene pasto de buena calidad durante

inviernos que son especialmente duros.

57. Lo expuesto confirma que las conclusiones del Comité lapón de 1919 y de la Corte consideran probado que el derecho consuetudinario establecido afecta a todo el municipio de Nordmaling.

58. Los propietarios, de acuerdo con el tribunal de Apelaciones, han reconocido que la cría de renos se llevó a cabo en Nordmaling o su vecindad durante varios inviernos en los siglos XX hasta 1930 y desde 1966 en adelante. De este reconocimiento se deriva que las comunidades Sami no han pretendido renunciar al derecho a la cría de renos que se ha establecido previamente.

59. En resumen, se prueba que las comunidades Sami tiene derecho al pastoreo de invierno con sus renos en las propiedades bajo disputa en este caso. No se falla, por tanto, a favor de los propietarios.

60. Basado en estos resultados, los propietarios deberán cubrir los costes procesales de las comunidades Sami por el proceso ante el Tribunal Supremo. Dado el alcance y la complejidad del caso, la suma reclamada por las comunidades se considera razonable.

61. Los propietarios han afirmado que las comunidades Sami – independientemente del resultado del caso – deberían cubrir 100.000 coronas suecas para cubrir las costas legales de los propietarios. La base de este reclamo es que los propietarios afirman que las comunidades Sami, en un intento sorpresa, enviaron pruebas nuevas muy extensas justo antes del proceso ante el Tribunal Supremo. Es cierto que las comunidades Sami, justo antes de que comenzaran los procedimientos en el Tribunal Supremo, presentaron material nuevo, revisado y muy extenso. Sin embargo, no es razón para creer que el propósito de hacerlo es reprehensible. Las comunidades Sami han explicado que la intención fue facilitar el juicio. La demanda de los propietarios, por lo tanto, se desestima.

En la sentencia participaron: Leif Thorsson, SeverinBlomstrand (Relator), Kerstin Calissendorff, Per Virdesten, GudmundToijer y AgnetaBäcklund
Rapporteur Registrar: Karin Hellmont.



INDIGENOUS PEOPLES' HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS



ENGLISH VERSION

INDEX

FOREWORD	205
AFRICA	210
•The Endorois case: Indigenous Peoples rights' in the African regional human rights system	211
<u>Decision</u> of the African Commission on Human Rights on the Endorois case.	217
ASIA	260
•Asian Indigenous Peoples and the Courts	261
<u>Decision</u> by the the Supreme Court of India in Kailash & others vs State of Maharashtra	270
<u>Decision</u> by the High Court in Sabah & Sarawak in Rambli vs the State of Sarawak & others	274
AMERICA	290
•The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Latin America	291 297
•Case law by the Supreme National Court of Argentina	303
•The Case of the Maya Villages of Belize	309
<u>Decision</u> by the Supreme Court of Belize in Maya Villages of Belize.	
•Prior consultation and its development in the Colombian constitutional jurisprudence.	333
<u>Judgement</u> by the Colombian Constitutional Court on the case of the Chidima*Tolo and Pescadito communities	339
EUROPE	366
•Europe and the rights of indigenous peoples	367
•The Nordmaling case	373
<u>Judgement</u> by the Supreme Court of Sweden on the Nordmaling case	379

Foreword

The present work aimed at a double target. First, it wanted to be a test on the so-called 'implementation gap' regarding the internationally recognized rights of indigenous peoples¹ through a review of the incorporation of the international standards for the protection of those rights in the decisions of domestic courts,. Second, it had the objective of providing a practical tool for indigenous and non indigenous human rights defenders who are accessing the courts to claim for the recognition of indigenous peoples' rights in different parts of the world. Examples of positive decisions in various jurisdictions and legal traditions may help them in this work, so we thought it would be relevant to make those decisions accessible through translation and dissemination. In spite of the decisions selected being from different legal cultures, it is interesting to observe how courts are elaborating a jurisprudence which contributes to the interpretation and implementation of a set of rights which has a universal dimension.

Regarding the first objective of this work, we decided to use, as an indicator of positive developments, the impact that the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) is having in the judiciary at the national level and in different regions. We share the view that UNDRIP represents a "authoritative common understanding, at the global level, of the minimum content of the rights of indigenous peoples".² To select the decisions to include, we looked for the ones explicitly referring to UNDRIP or its Articles in the reasoning on the merits of cases related to the rights of indigenous peoples.

The editors are aware that the mention of UNDRIP per se does not mean its respect and implementation. We are also aware that the different judiciary traditions in the countries may make the courts more or less prone to consider the international human rights framework, which does not necessarily mean a more or less respect for the rights of indigenous peoples. Nevertheless, this first and necessarily limited attempt to examine this matter, may allow to draw some preliminary conclusions on the incorporation of UNDRIP to domestic jurisprudence.

There is a huge regional diversity. In Latin America, there is a corpus of jurisprudence based on the international human rights law on indigenous peoples' rights which has also incorporated UNDRIP in the past few years. But this varies from country to country within the region. For instance, reference to international law, UNDRIP included, and to the Inter American jurisprudence on the matter is common in Colombia, under the guidance of its Constitutional Court. The High Court of Belize was the first one to mention the relevance of UNDRIP in the case *Maya Villages of Belize*, only a few weeks after its adoption. In the

1 See Report of the Special Rapporteur on the situation of the human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen, submitted to the Commission on Human Rights in 2006. UN Doc. E/CN.4/2006/78.

2 See Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, S. James Anaya. 11th August, 2008. UN Doc. A/HRC/9/9.

recent *Tres Islas* case in Peru, the Constitutional Court interprets the provisions of the Constitution on the light of ILO Convention 169 and the Inter American jurisprudence, but also on Articles 3 and 4 of UNDRIP. Undoubtedly, the progressive interpretation of the Inter American human rights system has been instrumental for these developments, as well as the constitutional and legal recognition in the countries of the region. Nevertheless, reference to international human rights law, in particular to UNDRIP, in domestic courts reasoning is non-existent in many of the countries in the region. In some, as Argentina, international law is starting to play a role within the federal and provincial judiciary contexts when dealing with indigenous issues.

The importance of the role of a regional human rights system is obvious in regions where recognition of Indigenous peoples is still controversial. Africa is such a case. Jurisprudence recognizing Indigenous peoples rights is being slowly built and, in our review, it was impossible to find any single decision in domestic courts which takes UNDRIP into account or which goes further than the well known cases in South Africa or Botswana. The lack of a legal framework which recognizes the existence and rights of Indigenous peoples is an important obstacle in this context. The regional African human rights system may undoubtedly play a major role. We think the *Endorois* decision, included in this compilation in the absence of a post UNDRIP domestic example, will have an impact which, together with the work of the indigenous organizations and experts in the Continent and the increasing legal recognition at the national level, will hopefully lead to progress.

Asia is even more complex, due to the huge differences among the countries in their recognition of indigenous peoples, under various denominations, and their rights. Malaysia jurisprudence is very rich, fed by its constitutional and legal framework and also by the incorporation of common law and customary law. However, the official institutions in the region are, generally speaking, little inclined to consider international human rights law, and international standards on indigenous peoples' rights are not an exception. Unlike Africa, there is not a regional structure for the protection of human rights which could develop relevant jurisprudence. Current developments in ASEAN do not look promising enough. However, within the varied domestic contexts, indigenous peoples' rights are gaining strength thanks to the increasing advocacy of activist and human rights defenders. The courts are playing quite an important and positive role in some countries.

A common aspect to be observed from the information received is the lack of implementation of the decisions, either domestic or regional. Although beyond the aim of this publication, the issue of non-execution is relevant within the context of the above mentioned 'implementation gap'. It very often happens that a positive decision is not the culmination of a process to achieve justice, but the beginning of a new fight for its affective implementation.

Just by the beginning of this work we realized its huge magnitude. Thanks to the disinterested and invaluable collaboration of indigenous and non-indigenous lawyers,



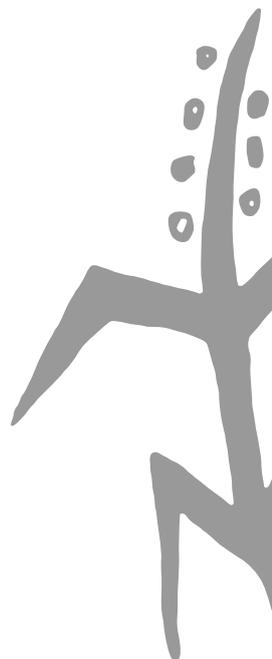
jurists and human rights defenders, we receive an enormous amount of information. It was impossible to reflect it all in a publication which simply intended, as a practical tool, to compile and translate some relevant court decisions. It was necessary to refine the criteria for inclusion, which undoubtedly meant that very relevant decisions may have been omitted. For several reasons, we could not include decisions from Russia, North America and the Pacific, nor could we add decisions published in the last months. Editors are conscious of these shortcomings. We would just like to add that this first approach to the issue has shown there is an interest on this kind of work by indigenous organizations and other related institutions, and we hope we can continue developing it in future.

We want to thank the authors of the comments for their cooperation: Dr Matthias Áhren from Trömsö University and the Sami Council, Dr Juan Manuel Salgado from the Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Neuquén, Argentina; Maia Campbell, of the Office of the High Commissioner for Human Rights; Carlos Zapata from the Corporación Ensayos para la Cultura Política in Colombia and Binota Moy Dhamai, from the Adivasi Forum in Bangladesh.

We also had the support in the translations of Sebastián Vuinovich, Juan Aristi and Lazian Ibrahim. During the long process of compilation and selection we were fortunate to count with the support and suggestions from the Human Rights Team of the Asian Indigenous Peoples' Pact (AIPP), particularly from Bernice See; Maurizio Ferrari and Fergus Mackay, of the Forest Peoples' Program; and from Luis Rodríguez Piñero, Seville University; Pedro García Hierro, from Perú Equidad; Lola García Alix, from the International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA), Denmark, and Juan Houghton of Corporación Ensayos, Colombia, among many other friends and colleagues. We hope they are not too disappointed by the result.

Loreto Ferrer
Patricia Borraz







AFRICA



The Endorois case: Indigenous Peoples rights' in the African regional human rights system

Por Patricia Borraz

The issue of Indigenous Peoples' rights in the African region has been considered, for many years, as 'sensitive' even 'untouchable'¹ by African Governments. This particular 'sensitivity' played an important role in the last stages of the negotiations of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) in New York. UNDRIP had been adopted by the recently established UN Human Rights Council at its first session, on 29 June, 2006. In the vote, only three of the African members of the Council voted in favour (Cameroon, South Africa and Zambia), six abstained (Algeria, Ghana, Morocco, Nigeria, Senegal and Tunisia) and three were absent. When the UNDRIP moved to the Third Committee of the General Assembly in New York, Namibia presented an amending resolution calling the vote on the Declaration to be deferred to allow African countries more time to consider the text and their concerns. All African states present voted in favour of the Namibian resolution, and the adoption of the UNDRIP was so postponed until the next session of the General Assembly. Among the reasons provided, there was the lack of awareness by African countries about the actual implications of the UNDRIP. Whether this call for deferral was due to outside pressures by other countries opposing UNDRIP, particularly Canada, or was the result of really seriously reviewing the text for the first time, the intervening period until the actual vote in September 2007 had the positive effect of making the African governments elaborate on their arguments or concerns in regards to indigenous peoples' rights and held dialogues and debates with indigenous experts and representatives from the co-sponsor countries.

The African human rights system played an important part in these discussions, addressing letters of concern to the African governments about the referral resolution² and providing them with an Advisory Opinion³ dealing with some of the concerns expressed by those

1 Korir Sing'Oei, (2011) The Endorois legal case and its impacts on state and corporate conduct in Africa, available at www.natureandpoverty.net

2 African Commission on Human and Peoples' Rights, Letter of the Chairperson of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities, Banjul Gambia, 20 November 2006, ACHPR/STC/C/EM

3 African Commission on Human and Peoples' Rights, Advisory Opinion on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Banjul – Gambia, 2007. See:

governments.⁴ When the adoption of UNDRIP was finally voted at the General Assembly on 13 September 2007, no African country voted against, although Burundi, Kenya, and Nigeria abstained and other 15 countries were absent from the room.

Since the adoption of UNDRIP, further developments have been happening in the Continent. On August, 2010 the Central African Republic ratified ILO Convention 169, thus becoming the first African country in doing so. In 2011, the Republic of Congo promulgated Law No. 5 of 25 February on the Protection and Promotion of the Rights of Indigenous Populations in the Republic of Congo, the first law on the issue in Africa.⁵ Although much has to be done, as shown in the country reports of the Working Group on Indigenous Populations / Communities of the African Commission or in the 2009 in-depth report of the ILO on the legal and constitutional promotion of the rights of indigenous peoples,⁶ these steps, and the commitment shown by the African Commission may indicate positive developments to follow in other countries.

Regarding the judiciary, the defence of indigenous rights in courts has been, in words of expert lawyer Albert Kwokwo Barume, 'a legal battle uphill with few successes since, even when the court has ruled in their favour, [these] rights have not always been restored.'⁷

The most outstanding cases in national African courts regarding indigenous peoples' rights are prior to the adoption of UNDRIP. The editors have thus decided to include in this overview compilation, a case and decision by the African Commission on Human and

“The issue of Indigenous Peoples' rights in the African region has been considered, for many years, as 'sensitive' even 'untouchable' by African Governments”

http://www.achpr.org/english/Special%20Mechanisms/Indegenous/Advisory%20Opinion_eng.pdf

See also African Union, Decision on the United Nations Declaration on Indigenous Peoples, Assembly of the African Union, Eight Session, Addis Ababa, 29-30 January 2007, DOC. ASSEMBLY/AU/9 (VIII) ADD.6,

4 On the impact of the Advisory Opinion and the proceedings in New York regarding the African Group see BARUME, Albert, 'Responding to the concerns of African States' in CHARTERS, C. and STAVENHAGEN, R. (2009) Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. IWGIA. Copenhagen. See also, on the same, KIPURI, Naomi, 'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the African context.'

5 In 2011, the UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples visited the Republic of Congo. Report available at <http://unsr.jamesanaya.org/list/country-reports>. Professor James Anaya has also made country visits to Namibia and Botswana in the African region. Former SR, Professor Stavenhagen, visited Kenya and South Africa. Reports available at

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/CountryReports.aspx>

6 International Labour Organization and African Commission on Human and Peoples' Rights, (2009) Overview report of the research project by the ILO and the ACHPR on the constitutional rights of indigenous peoples in 24 African countries, International Labour Office, Geneva. Available at http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/

7 In his landmark book, Land Rights of Indigenous Peoples in Africa, (2010), IWGIA, Copenhagen, A. Barume discusses some court cases and decisions in Kenya, Tanzania and Southern Africa to illustrate this opinion. All the cases examined are prior to the adoption of UNDRIP.

Peoples' Rights, adopted in January 2010 by the African Union, and which can be considered a major legal precedent in terms of recognition of indigenous peoples' rights to lands and resources, culture and development. The Endorois decision will hopefully enhance the chances of indigenous peoples in Africa to access to justice and redress within the national judiciary systems.

The regional African human rights system⁸

The African human rights system is based on the African Charter on Human and Peoples' Rights (the African or Banjul Charter) which entered into force on October 21, 1986 upon ratification by a single majority of member states of the Organization of African Unity (OAU). The Charter provides for the establishment of an African Commission on Human and Peoples' Rights (Article 30 to 61), which was created in 1987, the year after the African Charter entered into force.

The Charter states the following functions for the Commission (Article 45):

1. To promote Human and Peoples' rights and in particular:
 - (a) To collect documents, undertake studies and researches on African problems in the field of human rights, organize seminars, symposia and conferences, disseminate information, encourage national and local institutions concerned with human and peoples' rights, and should the case arise, give its views or make recommendations to Governments.
 - (b) To formulate and lay down, principles and rules aimed at solving legal problems relating to human and peoples' rights and fundamental freedoms upon which African Governments may base their legislation.
 - (c) Co-operate with other African and international institutions concerned with the promotion and protection of human and peoples' rights.
2. Ensure the protection of human and peoples' rights under conditions laid down by the present Charter.
3. Interpret all the provisions of the present Charter at the request of a State Party, an institution of the OAU or an African Organization recognized by the OUA.
4. Perform any other tasks which may be entrusted to it by the Assembly of Heads of State and Government.

Thus, the Commission has a double function, both promotional and protective. The Commission consists of 11 Commissioners from different countries elected by secret ballot at the AU Assembly of Heads of State and Government from a list of candidates nominated by State Parties. The Commissioners serve in their personal capacity, are elected for a six years term and are eligible for re-election. A member of the Commission can be removed from office for failure of performance only by the unanimous agreement of all the other Commissioners. The Commission considers cases submitted by State Parties or by non state parties, under the conditions stipulated in the Charter, and delivers decisions and recommendations. The State Parties to the Charter have the obligation to submit a report on measures taken to implement the rights and freedoms recognized in the Charter.

⁸ On the African regional system in regards to indigenous peoples rights, see also:

<http://www.forestpeoples.org/topics/legal-human-rights/human-rights-mechanisms/african-human-rights-system>

In June 1998, the OAU adopted the Protocol to the African Charter on the establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights.⁹ The Court came into being in 2004, after the necessary ratifications to the Protocol.¹⁰ It is located in Arusha (Tanzania), and has jurisdiction over all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the African Charter, the Protocol, and any relevant human rights instrument ratified by the States concerned. The Court adopted its final rules of procedure in 2010, taking into account harmonization and complementarity with the African Commission. The Court may receive complaints or applications submitted by the African Commission, State Parties to the Protocol or African intergovernmental organizations. Non governmental parties can only submit complaints to the Court if the concerned country has made a declaration accepting the jurisdiction of the Court in such cases. The Court delivered its first judgement in 2009. It has not dealt with any case on indigenous peoples' rights.

In 2001, the African Commission set up a Working Group on the Rights of Indigenous Populations / Communities,¹¹ with the participation of members of the Commission as well as experts from indigenous communities and other independent experts. The Working Group prepared a comprehensive report, adopted by the African Commission in November 2003, which dealt with the human rights situation of indigenous peoples in Africa, an analysis of the concept of 'peoples' in the African Charter and its jurisprudence and possible criteria for identifying indigenous peoples.¹² The Working Group has delivered other reports and research, held capacity building and awareness raising workshops and conducted country visits, playing a leading role on indigenous issues within the regional system.

The Endorois decision

The Endorois decision is the first case decision of the African Commission on indigenous' peoples rights. It deals with some of the major issues indigenous peoples face within the countries in which they live: recognition of their identities as peoples, right to property on their lands and natural resources, fair compensation, right to culture or right to development. In a context of lack of legal and constitutional recognition, national courts in Africa have consistently ignored indigenous rights, which 'has reduced the utility and relevance of courts as mechanisms for arbitrating complex historical rights claims.'¹³ The

“The Endorois decision will hopefully enhance the chances of indigenous peoples in Africa to access to justice and redress within the national judiciary systems”

⁹ <http://www.african-court.org/en/>

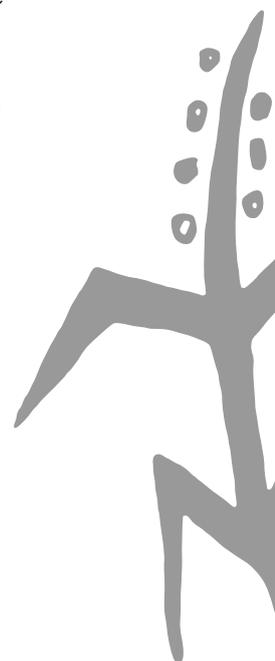
¹⁰ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, available at <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt%20humanrights.pdf>

The Protocol has only been ratified by 26 States Parties.

¹¹ <http://www.achpr.org/mechanisms/indigenous-populations/>

¹² African Commission on Human and Peoples' Rights, (2005) Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations / Communities. Submitted in accordance with the "Resolution on the Rights of Indigenous Populations / Communities in Africa". Adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th ordinary session. ACHPR and IWGIA. Copenhagen.

¹³ See Korir Sing'Oei, note 1 supra. On the issue of the impact of this particular case in Kenya, the author



development of a regional jurisprudence on such vital issues may help to revert this situation.

The Endorois complaint was filed under the African Commission by the Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) and the Minority Rights Group International (MRG), on behalf of the Endorois Community in 2003, after the Kenyan High Court dismissed their claim in 2002 regarding the loss of their traditional land due to the creation, in 1973, of a game reserve. The High Court decided that 'the Endorois had effectively lost any legal claim as a result of the designation of the land as a Game Reserve in 1973 and in 1974. It concluded that the money given in 1986 to 170 families for the cost of relocating represented the fulfilment of any duty owed by the authorities towards the Endorois for the loss of their ancestral land',¹⁴ further stating that it could not address the issue of collective right to property and that 'there is no proper identity of the people who were affected by the setting aside of the land ... that has been shown to the Court'.¹⁵

Endorois traditional lands were part of a Land Trust managed, according to Kenyan law, by County Councils. The law provides for the 'setting apart' of parts of trust lands for different purposes. Endorois traditional lands were set apart in the 1970s for the creation of the said game reserve and the Endorois were subsequently displaced from their lands without proper and prompt compensation. Furthermore, the Endorois were prevented to enter the lands around lake Bogoria, not even for cultural or religious purposes.

Due to this situation, the complaint submitted under the Commission alleged violations of the rights to property, the right to freely dispose of natural resources, the rights to religion and culture and the right to development as stated in the African Charter. In the argumentation to elucidate these claims, the African Commission had to deal with several vital issues, including self-identification or collective rights on lands and resources, which lay at the bottom of the indigenous peoples' rights debate. The African Commission ruled that the Kenyan Government was in violation of Articles 1, 8, 14, 17, 21 and 22 of the African Charter and, consequently, recommended that the Kenyan State:

- (a) Recognise rights of ownership to the Endorois and restitute Endorois ancestral land.
- (b) Ensure that the Endorois community has unrestricted access to Lake Bogoria and surrounding sites for religious and cultural rites and for grazing their cattle.
- (c) Pay adequate compensation to the community for all the loss suffered.
- (d) Pay royalties to the Endorois from existing economic activities and ensure that they benefit from employment possibilities within the Reserve.
- (e) Grant registration to the Endorois Welfare Committee.
- (f) Engage in dialogue with the Complainants for the effective implementation of these recommendations.
- (g) Report on the implementation of these recommendations within three months from the date of notification.

states that 'the explicit recognition of the land rights of minorities within Kenya's new Constitution adopted in August 2012, is a pointer to the impact of the Endorois decision'.

¹⁴ Endorois decision para. 11.

¹⁵ Ibid. para. 12.

The reasoning of the African Commission relies heavily on the cases and jurisprudence of the Interamerican Human Rights System, particularly the Inter American Human Rights Court and the *Saramaka*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* and *Awas Tigni* cases. Framing these cases decisions within the interpretation of the African Charter, the Commission opens the path to incorporate indigenous peoples' rights in the African legal context. The Commission takes also into account the relevant jurisprudence of the UN Treaty bodies, reports of the UN human rights mechanisms and, more importantly, the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.¹⁶

In March, 2012, the Working Group on Indigenous Populations/Minorities conducted a research and information visit to Kenya.¹⁷ The Working Group reports: 'During this research mission, the state, through the Minister of Justice, indicated that it was keen to implement the recommendations of the ACHPR and it is hoped that Kenya will indeed honour its international obligations and set the standard for the rest of the continent to follow in this regard. The Minister of Lands, James Orengo, equally informed the community during its celebrations for the positive verdict from the Commission in April 2010 that his ministry was determined to ensure that the community's historical injustices were remedied through the enforcement of the recommendations of the ACHPR.'¹⁸ The Working Group concludes that 'as of November 2011, the government of Kenya had not yet implemented the ACHPR ruling.'¹⁹

In spite of this, the African Commission ruling is a vital first step, and has already had some positive side effects.²⁰ Much more needs to be done, though, through the combined efforts of indigenous peoples and their allies, international bodies and others to see the full respect and implementation of the rights of indigenous peoples in Africa, no less in the development of an appropriate legal and constitutional framework and in the decisions of the national and local courts.

Patricia Borraz is a consultant in the field of indigenous peoples' human rights and indigenous participation at the international level including the UN system. She is also a teacher in several capacity building and training programs on indigenous issues, including the Indigenous Fellows Program of the OHCHR in the University of Deusto, Bilbao. She is the author of several articles on indigenous peoples' participation within the UN, particularly in multilateral environmental negotiations, and is in charge of the international participation and communications section of the Spanish NGO *Almáciga*.

16 The Commission considers and quotes the text of the Draft of UNDRIP as contained in document E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, (1994).

17 Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities. Research and Information visit to Kenya. 19 March 2010. Adopted by the African Commission at its 50th ordinary session, 24 October –5 November. Published by ACHPR and IWGIA in 2012.

18 Op. cit., p. 45.

19 Ibid, footnote number 5.

20 See note 13 supra.



276 / 2003 - Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya SUMMARY OF ALLEGED FACTS

1. The complaint is filed by the Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) and Minority Rights Group International (MRG), on behalf of the Endorois Community. The complaint was further supported by an *amicus curiae* brief submitted by the Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE). The Complainants allege violations resulting from the displacement of the Endorois community, an indigenous community, from their ancestral lands, the failure to adequately compensate them for the loss of their property, the disruption of the community's pastoral enterprise and violations of the right to practise their religion and culture, as well as the overall process of development of the Endorois people.

2. The Complainants allege that the Government of Kenya in violation of the African Charter on Human and Peoples' Rights (hereinafter the African Charter), the Constitution of Kenya and international law, forcibly removed the Endorois from their ancestral lands around the Lake Bogoria area of the Baringo and Koibatek Administrative Districts, as well as in the Nakuru and Laikipia Administrative Districts within the Rift Valley Province in Kenya, without proper prior consultations, adequate and effective compensation.

3. The Complainants state that the Endorois are a community of approximately 60,000 people who, for centuries, have lived in the Lake Bogoria area. They claim that prior to the dispossession of Endorois land through the creation of the Lake Hannington Game Reserve in 1973, and a subsequent re-gazetting of the Lake Bogoria Game Reserve in 1978 by the Government of Kenya, the Endorois had established, and, for centuries, practised a sustainable way of life which was inextricably linked to their ancestral land. The Complainants allege that since 1978 the Endorois have been denied access to their land.

4. The Complainants state that apart from a confrontation with the Masai over the Lake Bogoria region approximately three hundred years ago, the Endorois have been accepted by all neighbouring tribes as *bona fide* owners of the land and that they continued to occupy and enjoy undisturbed use of the land under the British colonial administration, although the British claimed title to the land in the name of the British Crown.

5. The Complainants state that at independence in 1963, the British Crown's claim to Endorois land was passed on to the respective County Councils. However, under Section 115 of the Kenyan Constitution, the County Councils held this land in trust, on behalf of the Endorois community, who

remained on the land and continued to hold, use and enjoy it. The Endorois' customary rights over the Lake Bogoria region were not challenged until the 1973 gazetting of the land by the Government of Kenya. The Complainants state that the act of gazetting and, therefore, dispossession of the land is central to the present Communication.

6. The Complainants state that the area surrounding Lake Bogoria is fertile land, providing green pasture and medicinal salt licks, which help raise healthy cattle. The Complainants state that Lake Bogoria is central to the Endorois religious and traditional practices. They state that the community's historical prayer sites, places for circumcision rituals, and other cultural ceremonies are around Lake Bogoria. These sites were used on a weekly or monthly basis for smaller local ceremonies, and on an annual basis for cultural festivities involving Endorois from the whole region. The Complainants claim that the Endorois believe that the spirits of all Endorois, no matter where they are buried, live on in the Lake, with annual festivals taking place at the Lake. The Complainants further claim that the Endorois believe that the Monchongoi forest is considered the birthplace of the Endorois and the settlement of the first Endorois community.

7. The Complainants state that despite the lack of understanding of the Endorois community regarding what had been decided by the Respondent State, the Kenyan Wildlife Service (hereinafter KWS) informed certain Endorois elders shortly after the creation of the Game Reserve that 400 Endorois families would be compensated with plots of "fertile land." The undertaking also specified, according to the Complainants, that the community would receive 25% of the tourist revenue from the Game Reserve and 85% of the employment generated, and that cattle dips and fresh water dams would be constructed by the Respondent State.

8. The complainants allege that after several meetings to determine financial compensation for the relocation of the 400 families, the KWS stated it would provide 3,150 Kenya Shillings per family. The Complainants allege that none of these terms have been implemented and that only 170 out of the 400 families were eventually given some money in 1986, years after the agreements were concluded. The Complainants state that the money given to the 170 families was always understood to be a means of facilitating relocation rather than compensation for the Endorois' loss.

9. The Complainants state that to reclaim their ancestral land and to safeguard their pastoralist way of life, the Endorois petitioned to meet with President Daniel Arap Moi, who was their local Member of Parliament. A meeting was held on 28 December 1994 at his Lake Bogoria Hotel.

10. The Complainants state that as a result of this meeting, the President directed the local authority to respect the 1973 agreement on compensation and

directed that 25% of annual income towards community projects be given to the Endorois. In November of the following year, upon being notified by the Endorois community that nothing had been implemented, the Complainants state that President Moi again ordered that his directives be followed.

11. The Complainants state that following the non* implementation of the directives of President Moi, the Endorois began legal action against Baringo and Koibatek County Councils. Judgment was given on 19 April 2002 dismissing the application.² Although the High Court recognised that Lake Bogoria had been Trust Land for the Endorois, it stated that the Endorois had effectively lost any legal claim as a result of the designation of the land as a Game Reserve in 1973 and in 1974. It concluded that the money given in 1986 to 170 families for the cost of relocating represented the fulfilment of any duty owed by the authorities towards the Endorois for the loss of their ancestral land.

12. The Complainants state that the High Court also stated clearly that it could not address the issue of a community's collective right to property, referring throughout to "individuals" affected and stating that "there is no proper identity of the people who were affected by the setting aside of the land ... that has been shown to the Court". The Complainants also claim that the High Court stated that it did not believe Kenyan law should address any special protection to a people's land based on historical occupation and cultural rights.

13. The Complainants allege that since the Kenyan High Court case in 2000, the Endorois community has become aware that parts of their ancestral land have been demarcated and sold by the Respondent State³ to third parties.

14. The Complainants further allege that concessions for ruby mining on Endorois traditional land were granted in 2002 to a private company. This included the construction of a road in order to facilitate access for heavy mining machinery. The Complainants claim that these activities incur a high risk of polluting the waterways used by the Endorois community, both for their own personal consumption and for use by their livestock. Both mining operations and the demarcation and sale of land have continued despite the request by the African Commission to the President of Kenya to suspend these activities pending the outcome of the present Communication.

15. The Complainants state that following the commencement of legal action on behalf of the community, some improvements were made to the community members' access to the Lake. For example, they are no longer required to pay Game Reserve entrance fees. The Complainants, nevertheless, allege that this access is subject to the Game Reserve authority's discretion. They claim

that the Endorois still have limited access to Lake Bogoria for grazing their cattle, for religious purposes, and for collecting traditional herbs. They also state that the lack of legal certainty surrounding access rights and rights of usage renders the Endorois completely dependent on the Game Reserve authority's discretion to grant these rights on an *ad hoc* basis.

16. The Complainants claim that land for the Endorois is held in very high esteem, since tribal land, in addition to securing subsistence and livelihood, is seen as sacred, being inextricably linked to the cultural integrity of the community and its traditional way of life. Land, they claim, belongs to the community and not the individual and is essential to the preservation and survival as a traditional people. The Complainants claim that the Endorois health, livelihood, religion and culture are all intimately connected with their traditional land, as grazing lands, sacred religious sites and plants used for traditional medicine are all situated around the shores of Lake Bogoria.

17. The Complainants claim that at present the Endorois live in a number of locations on the periphery of the Reserve – that the Endorois are not only being forced from fertile lands to semi*arid areas, but have also been divided as a community and displaced from their traditional and ancestral lands. The Complainants claim that for the Endorois, access to the Lake Bogoria region, is a right for the community and the Government of Kenya continues to deny the community effective participation in decisions affecting their own land, in violation of their right to development.

18. The Complainants further allege that the right to legal representation for the Endorois is limited, in that Juma Kiplenge, the lawyer and human rights defender who was representing the 20,000 Endorois nomadic pastoralists, was arrested in August 1996 and accused of "belonging to an unlawful society". They claim that he has also received death threats.

19. The Complainants allege that the Government's decision to gazette Endorois traditional land as a Game Reserve, which in turn denies the Endorois access to the area, has jeopardized the community's pastoral enterprise and imperilled its cultural integrity. The Complainants also claim that 30 years after the evictions began, the Endorois still do not have full and fair compensation for the loss of their land and their rights on to it. They further allege that the process of evicting them from their traditional land not only violates Endorois community property rights, but spiritual, cultural and economic ties to the land are severed.

20. The Complainants allege that the Endorois have no say in the management of their ancestral land. The Endorois Welfare Committee, which is the representative body of the Endorois community, has been refused registration, thus denying the right of



the Endorois to fair and legitimate consultation. This failure to register the Endorois Welfare Committee, according to the Complainants, has often led to illegitimate consultations taking place, with the authorities selecting particular individuals to lend their consent „on behalf of the community. The Complainants further submit that the denial of domestic legal title to their traditional land, the removal of the community from their ancestral home and the severe restrictions placed on access to the Lake Bogoria region today, together with a lack of adequate compensation, amount to a serious violation of the African Charter. The Complainants state that the Endorois community claims these violations both for themselves as a people and on behalf of all the individuals affected.

21. The Complainants allege that in the creation of the Game Reserve, the Respondent State disregarded national law, Kenyan Constitutional provisions and, most importantly, numerous articles of the African Charter, including the right to property, the right to free disposition of natural resources, the right to religion, the right to cultural life and the right to development.

ARTICLES ALLEGED TO HAVE BEEN VIOLATED

22. The Complainants seek a declaration that the Republic of Kenya is in violation of Articles 8, 14, 17, 21 and 22 of the African Charter. The Complainants are also seeking:

* **Restitution** of their land, with legal title and clear demarcation.

* **Compensation** to the community for all the loss they have suffered through the loss of their property, development and natural resources, but also freedom to practice their religion and culture.

PROCEDURE

23. On 22 May 2003, the Centre for Minority Rights and Development (CEMIRIDE) forwarded to the Secretariat of the African Commission on Human and Peoples' Rights (the Secretariat) a formal letter of intent regarding the forthcoming submission of a Communication on behalf of the Endorois community.

24. On 9 June 2003, the Secretariat wrote a letter to the Centre for Minority Rights and Development, acknowledging receipt of the same.

25. On 23 June 2003, the Secretariat wrote a letter to Cynthia Morel of Minority Rights Group International, who is assisting the Centre for Minority Rights Development, acknowledging her communication and informed her that the complaint would be presented to the upcoming 34th Ordinary Session of the African Commission.

26. A copy of the Complaint, dated 28 August 2003, was sent to the Secretariat on 29 August 2003.

27. At its 34th Ordinary Session held in Banjul, The Gambia, from 6 to 20 November 2003, the African Commission examined the Complaint and decided to be seized thereof.

28. On 10 December 2003, the Secretariat wrote to the parties informing them of this decision and further requesting them to forward their written submissions on Admissibility before the 35th Ordinary Session.

29. As the Complainants had already sent their submissions, when the Communication was being sent to the Secretariat, the Secretariat wrote a reminder to the Respondent State to forward its written submissions on Admissibility.

30. By a letter of 14 April 2004, the Complainants requested the African Commission on Human and Peoples' Rights (the African Commission) to be allowed to present their oral submissions on the matter at the Session.

31. On 29 April 2004, the Secretariat sent a reminder to the Respondent State to forward its written submissions on Admissibility of the Communication.

32. At its 35th Ordinary Session held in Banjul, The Gambia, from 21 May to 4 June 2004, the African Commission examined the Complaint and decided to defer its decision on Admissibility to the next Session. The African Commission also decided to issue an Urgent Appeal to the Government of the Republic of Kenya, requesting it to stay any action or measure by the State in respect of the subject matter of this Communication, pending the decision of the African Commission, which was forwarded on 9 August 2004.

33. At the same Session, a copy of the Complaint was handed over to the delegation of the Respondent State.

34. On 17 June 2004, the Secretariat wrote to both parties informing them of this decision and requesting the Respondent State to forward its submissions on Admissibility before the 36th Ordinary Session.

35. A copy of the same Communication was forwarded to the Respondent State's High Commission in Addis Ababa, Ethiopia on 22 June 2004.

36. On 24 June 2004, the Kenyan High Commission in Addis Ababa, Ethiopia, informed the Secretariat that it had conveyed the African Commission's Communication to the Ministry of Foreign Affairs of Kenya.

37. The Secretariat sent a similar reminder to the Respondent State on 7 September 2004, requesting it to forward its written submissions on the Admissibility of the Communication before the 36th Ordinary Session.

38. During the 36th Ordinary Session held in Dakar, Senegal, from 23 November to 7 December 2004, the Secretariat received a hand-written request from the Respondent State for a postponement of the matter to the next Session. At the same Session, the African Commission deferred the case to the next session to allow the Respondent State more time to forward its submissions on Admissibility.

39. On 23 December 2004, the Secretariat wrote to the Respondent State informing it of this decision and requesting it to forward its submissions on Admissibility as soon as possible.

40. Similar reminders were sent out to the Respondent State on 2 February and 4 April 2005.

41. At its 37th Ordinary Session held in Banjul, The Gambia, from 27 April to 11 May 2005, the African Commission considered this Communication and declared it Admissible after the Respondent State had failed to cooperate with the African Commission on the Admissibility procedure despite numerous letters and reminders of its obligations under the Charter.

42. On 7 May 2005, the Secretariat wrote to the parties to inform them of this decision and requested them to forward their arguments on the Merits.

43. On 21 May 2005, the Chairperson of the African Commission addressed an urgent appeal to the President of the Republic of Kenya on reports received alleging the harassment of the Chairperson of the Endorois Assistance Council who is involved in this Communication.

44. On 11 and 19 July 2005, the Secretariat received the Complainants' submissions on the Merits, which were forwarded to the Respondent State.

45. On 12 September 2005, the Secretariat wrote a reminder to the Respondent State.

46. On 10 November 2005, the Secretariat received an *amicus curiae* brief on the case from COHRE.

47. At its 38th Ordinary Session held from 21 November to 5 December 2005 in Banjul, The Gambia, the African Commission considered the Communication and deferred its decision on the Merits to the 39th Ordinary Session.

48. On 30 January 2006, the Secretariat informed

the Complainants of this decision.

49. By a Note Verbale of 5 February 2006, which was delivered by hand to the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Kenya through a member of staff of the Secretariat who travelled to the country in March 2006, the Secretariat informed the Respondent State of this decision by the African Commission. Copies of all the submissions by the Complainants since the opening of this file were enclosed thereto.

50. By an email of 4 May 2006, the Senior Principal State Counsel in the Office of the Attorney General of the Respondent State requested the African Commission to defer the consideration of this Communication on the basis that the Respondent State was still preparing a response to the matter which it claimed to be quite protracted and involved many departments.

51. By a Note Verbale of 4 May 2006, which was received by the Secretariat on the same day, the Solicitor General of the Respondent State formally requested the African Commission to defer the matter to the next Session noting mainly that due to the wide range of issues contained in the Communication, its response would not be ready for submission before the 39th Ordinary Session.

52. At its 39th Ordinary Session held from 11 to 25 May 2006 in Banjul, The Gambia, the African Commission considered the Communication and deferred its consideration of the same to its 40th Ordinary Session to await the outcome of amicable settlement negotiations underway between the Complainants and the Respondent State.

53. The Secretariat of the African Commission notified the parties of this decision accordingly.

54. On 31 October 2006, the Secretariat of the African Commission received a letter from the Complainants reporting that the parties had had constructive exchanges on the matter and that the matter should be heard on the Merits in November 2006 by the African Commission. The Complainants also applied for leave to have an expert witness heard during the 40th Ordinary Session.

55. At the 40th Ordinary Session, the African Commission deferred its decision on the Merits of the Communication after having heard the expert witness called in by the Complainant. The Respondent State also made presentations. Further documents were submitted at the session and, later on, during the intersession; more documentation was received from both parties before the 41st Ordinary Session.

56. During the 41st Ordinary Session, the Complainants submitted their final comments on the last submission by the Respondent State.



DECISION ON ADMISSIBILITY

57. The Respondent State has been given ample opportunity to forward its submissions on Admissibility on the matter. Its delegates at the previous two Ordinary Sessions of the African Commission were supplied with hard copies of the Complaint. There was no response from the Respondent State. The African Commission has no option but to proceed with considering the Admissibility of the Communication based on the information at its disposal.

58. The Admissibility of Communications brought pursuant to Article 55 of the African Charter is governed by the conditions stipulated in Article 56 of the African Charter. This Article lays down seven (7) conditions, which generally must be fulfilled by a complainant for a Communication to be Admissible.

59. In the present Communication, the Complaint indicates its authors (Article 56(1)), is compatible with the Organisation of African Unity /African Union Charters and that of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Article 56(2)), and it is not written in disparaging language (Article 56(3)). Due to lack of information that the Respondent State should have supplied, if any, the African Commission is not in a position to question whether the Complaint is exclusively based on news disseminated through the mass media (Article 56(4)), has exhausted local remedies (Article 56(5)), and has been settled elsewhere per Article 56(7) of the African Charter. With respect to the requirement of exhaustion of local remedies, in particular, the Complainants approached the High Court in Nakuru, Kenya, in November 1998. The matter was struck out on procedural grounds. A similar claim was made before the same Court in 2000 as a constitutional reference case, in which order was sought as in the previous case. The matter was, however, dismissed on the grounds that it lacked merits and held that the Complainants had been properly consulted and compensated for their loss. The Complainants thus claim that as constitutional reference cases could not be appealed, all possible domestic remedies have been exhausted.

60. The African Commission notes that there was a lack of cooperation from the Respondent State to submit arguments on the Admissibility of the Communication despite numerous reminders. In the absence of such a submission, given the face value of the Complainants' submission, the African Commission holds that the Complaint complies with Article 56 of the African Charter and hence declares the Communication Admissible.

61. In its submission on the Merits, the Respondent State requested the African Commission to review its decision on Admissibility. It argued that even though the African Commission had gone ahead to Admit the Communication, it would nevertheless, proceed to submit arguments why the African

Commission should not be precluded from re* examining the Admissibility of the Communication, after the oral testimony of the Respondent State, and dismissing the Communication.

62. In arguing that the African Commission should not be a tribunal of first instance, the Respondent State argues that the remedies sought by the Complainants in the High Court of Kenya could not be the same as those sought from the African Commission.

63. For the benefit of the African Commission, the Respondent State outlined the issues put before the Court in Misc, Civil Case No: 183 of 2002:

1. A Declaration that the land around Lake Baringo is the property of the Endorois community, held in trust for its benefit by the County Council of Baringo and the County Council of Koibatek, under Sections 114 and 115 of the Constitution of Kenya.

2. A Declaration that the County Council of Baringo and the County Council of Koibatek are in breach of fiduciary duty of trust to the Endorois community, because of their failure to utilise benefits accruing from the Game Reserve to the benefit of the community contrary to Sections 114 and 115 of the Constitution of Kenya.

3. A Declaration that the Complainants and the Endorois community are entitled to all the benefits generated through the Game Reserve exclusively and / or in the alternative the land under the Game Reserve should revert to the community under the management of Trustees appointed by the community to receive and invest the benefits in the interest of the community under Section 117 of the Constitution of Kenya.

4. An award of exemplary damages arising from the breach of the Applicants' Constitutional rights under Section 115 of the Constitution of Kenya.

64. The Respondent State informs the African Commission that the Court held that procedures governing the setting apart of the Game Reserve were followed. The Respondent State further states that it went further to advise the Complainants that they should have exercised their right of appeal under Sections 10, 11 and 12 of the Trust Land Act, Chapter 288, Laws of Kenya, in the event that they felt that the award of compensation was not fairly handled. None of the Applicants had appealed, and the High Court was of the view that it was too late to complain.

65. The Respondent State also states that the Court

opined that the application did not fall under Section 84 (Enforcement of Constitutional Rights) since the application did not plead any violations or likelihood of violations of their rights under Sections 70 – 83 of the Constitution.

66. It further argues that the Communication irregularly came before the African Commission as the Applicants did not exhaust local remedies regarding the alleged violations. This is because:

5. The Complainants did not plead that their rights had been contravened or likely to be contravened by the High Court Misc. Civil Case 183 of 2002. It states that the issue of alleged violations of any of the rights claimed under the present Communication has, therefore, not been addressed by the local courts. This means that the African Commission will be acting as a court of first instance. The Respondent State argues that the Applicants should, therefore, be asked to exhaust local remedies before approaching the African Commission.

6. The Complainants did not pursue other administrative remedies available to them. The Respondent State argues that the allegations that the Kenyan legal system has no adequate remedies to address the case of the Endorois are untrue and unsubstantiated. It argues that in matters of human rights the Kenya High Court has been willing to apply international human rights instruments to protect the rights of the individual.

67. The Respondent State further says that the Kenyan legal system has a very comprehensive description of property rights, and provides for the protection of all forms of property in the Constitution. It argues that while various international human rights instruments, including the African Charter, recognise the right to property, these instruments have a minimalist approach and do not satisfy the kind of property protected. The Respondent State asserts that the Kenyan legal system goes further than provided for in international human rights instruments.

68. The Respondent State further states that land as property is recognised under the Kenyan legal system and various methods of ownership are recognised and protected. These include private ownership (for natural and artificial persons), communal ownership either through the Land (Group Representatives) Act for adjudicated land, which is also called the Group Ranches or the Trust Lands managed by the County Council, within whose area of jurisdiction it is situated for the benefit of the persons ordinarily resident on that land. The State avers that the Land Group Act gives effect to such right of ownership, interests or other benefits of the land as may be available, under African customary law.

69. The Respondent State concludes that Trust Lands are established under the Constitution of Kenya and administered under an Act of Parliament and that the Constitution provides that Trust Land may be

alienated through:

* Registration to another person other than the County Council;

* An Act of Parliament providing for the County Council to set apart an area of Trust Land.

70. Rule 118(2) of the African Commission's Rules of Procedure states that:

If the Commission has declared a Communication inadmissible under the Charter, it may reconsider this decision at a later date if it receives a request for reconsideration. The African Commission notes the arguments advanced by the Respondent State to reopen its decision on admissibility. However, after careful consideration of the Respondent State's arguments, the African Commission is not convinced that it should reopen arguments on the Admissibility of the Communication. It therefore declines the Respondent State's request.

SUBMISSIONS ON MERITS

Complainants' Submission on the Merits

71. The arguments below are the submissions of the Complainants, taking also into consideration their oral testimony at the 40th Ordinary Session, all their written submissions, including letters and supporting affidavits.

72. The Complainants argue that the Endorois have always been the *bona fide* owners of the land around Lake Bogoria.⁴ They argue that the Endorois' concept of land did not conceive the loss of land without conquest. They argue that as a pastoralist community, the Endorois' concept of "ownership" of their land has not been one of ownership by paper. The Complainants state that the Endorois community have always understood the land in question to be "Endorois" land, belonging to the community as a whole and used by it for habitation, cattle, beekeeping, and religious and cultural practices. Other communities would, for instance, ask permission to bring their animals to the area.⁵

73. They also argue that the Endorois have always considered themselves to be a distinct community. They argue that historically the Endorois are a pastoral community, almost solely dependent on livestock. Their practice of pastoralism has consisted of grazing their animals (cattle, goats, sheep) in the lowlands around Lake Bogoria in the rainy season, and turning to the Monchongoi Forest during the dry season. They claim that the Endorois have traditionally relied on beekeeping for honey and that the area surrounding Lake Bogoria is fertile land, providing green pasture and medicinal salt licks, which help raise healthy cattle. They argue that Lake Bogoria is also the centre of the community's religious and traditional practices:



around the Lake are found the community's historical prayer sites, the places for circumcision rituals, and other cultural ceremonies. These sites were used on a weekly or monthly basis for smaller local ceremonies, and on an annual basis for cultural festivities involving Endorois from the whole region.

74. The Complainants argue that the Endorois believe that spirits of all former Endorois, no matter where they are buried, live on in the Lake. Annual festivals at the Lake took place with the participation of Endorois from the whole region. They say that Mochongoi forest is considered the birthplace of the Endorois people and the settlement of the first Endorois community. They also state that the Endorois community's leadership is traditionally based on elders. Though under the British colonial administration, chiefs were appointed, this did not continue after Kenyan independence. They state that more recently, the community formed the Endorois Welfare Committee (EWC) to represent its interests. However, the local authorities have refused to register the EWC despite two separate efforts to do so since its creation in 1996.

75. The Complainants argue that the Endorois are a "people", a status that entitles them to benefit from provisions of the African Charter that protect collective rights. The Complainants argue that the African Commission has affirmed the rights of "peoples" to bring claims under the African Charter in the case of *The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, (the Ogoni Case) stating: "The African Charter in Articles 20 through 24 clearly provides for peoples 'to retain rights as peoples', that is, as collectives. The importance of community and collective identity in African culture is recognised throughout the African Charter."⁶ They further argue that the African Commission noted that when there is a large number of individual victims, it may be impractical for each individual Complainant to go before domestic courts. In such situations, as was with the *Ogoni* case, the African Commission can adjudicate the rights of a people as a collective. They therefore argue that the Endorois, as a people, are entitled to bring their claims collectively under those relevant provisions of the African Charter.

Alleged Violation of Article 8 – The Right to Practice Religion

Article 8 of the African Charter states:

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

76. The Complainants allege violation to practice

their religion. They claim that the Kenyan Authorities' continual refusal to give the community a right of access to religious sites to worship freely amounts to a violation of Article 8.

77. The Complainants argue that the African Commission has embraced the broad discretion required by international law in defining and protecting religion. In the case of *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire*, they argue that the African Commission held that the practices of the Jehovah's Witnesses were protected under Article 8.⁷ In the present Communication, the Complainants state that the Endorois' religion and beliefs are protected by Article 8 of the African Charter and constitute a religion under international law. The Endorois believe that the Great Ancestor, *Dorjos*, came from the Heavens and settled in the Mochongoi Forest. After a period of excess and luxury, the Endorois believe that God became angry and, as punishment, sank the ground one night, forming Lake Bogoria. The Endorois believe themselves to be descendants of the families who survived that event.

78. They state that each season the water of the Lake turns red and the hot springs emit a strong odour. At this time, the community performs traditional ceremonies to appease the ancestors who drowned with the formation of the Lake. The Endorois regard both Mochongoi Forest and Lake Bogoria as sacred grounds, and have always used these locations for key cultural and religious ceremonies, such as weddings, funerals, circumcisions, and traditional initiations.⁸

79. The Complainants argue that the Endorois, as an indigenous group whose religion is intimately tied to the land, require special protection. Lake Bogoria, they argue, is of fundamental religious significance to all Endorois. The religious sites of the Endorois people are situated around the Lake, where the Endorois pray, and religious ceremonies are regularly connected with the Lake. Ancestors are buried near the Lake, and as stated above, they claim that Lake Bogoria is considered the spiritual home of all Endorois, living and dead. The Lake, the Complainants argue, is therefore essential to the religious practices and beliefs of the Endorois.

80. The Complainants argue that by evicting the Endorois from their land, and by refusing the Endorois community access to the Lake and other surrounding religious sites, the Kenyan Authorities have interfered with the Endorois' ability to practice and worship as their faith dictates. In violation of Article 8 of the African Charter, the Complainants argue that religious sites within the Game Reserve have not been properly demarcated and protected. They further argue that since their eviction from the Lake Bogoria area, the Endorois have not been able

to freely practice their religion. Access as of right for religious rituals – such as circumcisions, marital rituals, and initiation rights – has been denied the community. Similarly, the Endorois have not been able to hold or participate in their most significant annual religious ritual, which occurs when the Lake undergoes seasonal changes.

81. Citing the African Commission's jurisprudence in *Amnesty International v. Sudan*, the Complainants argue that the African Commission recognised the centrality of practice to religious freedom, noting that the State Party violated the authors' right to practice religion because non-Muslims did not have the right to preach or build their churches and were subjected to harassment, arbitrary arrest, and expulsion.⁹In addition, they argue, the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples gives indigenous peoples the right "to maintain, protect and have access in privacy to their religious and cultural sites..."¹⁰They state that only through unfettered access will the Endorois be able to protect, maintain, and use their sacred sites in accordance with their religious beliefs.

82. Citing the case of *Loren Laroye Riebe Star*,¹¹the Complainants argue that the Inter-American Commission on Human Rights (IAcmHR) has determined that expulsion from lands central to the practice of religion constitutes a violation of religious freedoms. In the above case, the Complainants argue that the IAcmHR held that the expulsion of priests from the Chiapas area was a violation of the right to associate freely for religious purposes. They further state that the IAcmHR came to a similar conclusion in *Dianna Ortiz v. Guatemala*. This was a case concerning a Catholic nun who fled Guatemala after state actions prevented her from freely exercising her religion.¹²Here, the IAcmHR decided that her right to freely practice her religion had been violated, because she was denied access to the lands most significant to her.¹³

83. The Complainants argue that the current management of the Game Reserve has failed both to fully demarcate the sacred sites within the Reserve and to maintain sites that are known to be sacred to the Endorois.¹⁴They argue that the Kenyan Authorities' failure to demarcate and protect religious sites within the Game Reserve constitutes a severe and permanent interference with the Endorois' right to practice their religion. Without proper care, sites that are of immense religious and cultural significance have been damaged, degraded, or destroyed. They cite "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples" which state in part that: "States shall take effective measures, in conjunction with the indigenous peoples concerned, to ensure that indigenous sacred places, including burial sites, be

preserved, respected and protected."¹⁵

84. The Complainants also accuse the Kenyan Authorities of interfering with the Endorois' right to freely practice their religion by evicting them from their land, and then refusing to grant them free access to their sacred sites. This separation from their land, they argue, prevents the Endorois from carrying out sacred practices central to their religion.

85. They argue that even though Article 8 provides that states may interfere with religious practices "subject to law and order", the Endorois religious practices are not a threat to law and order, and thus there is no justification for the interference. They argue that the limitations placed on the state's duties to protect rights should be viewed in light of the underlying sentiments of the African Charter. In *Amnesty International v. Zambia*, the Complainants argue that the African Commission noted that it was "of the view that the 'clawback' clauses must not be interpreted against the principles of the Charter... Recourse to these should not be used as a means of giving credence to violations of the express provisions of the Charter."¹⁶

Alleged Violation of Article 14 – The Right to Property

Article 14 of the African Charter states:

The right to property shall be guaranteed. It may only be encroached upon in the interest of public need or in the general interest of the community and in accordance with the provisions of appropriate laws.

86. The Complainants argue that the Endorois community has a right to property with regard to their ancestral land, the possessions attached to it, and their cattle. They argue that these property rights are derived both from Kenyan law and the African Charter, which recognise indigenous peoples' property rights over their ancestral land. The Complainants argue that the Endorois' property rights have been violated by the continuing dispossession of the Lake Bogoria land area. They argue that the impact on the community has been disproportionate to any public need or general community interest.

87. Presenting arguments that Article 14 of the Charter has been violated, the Complainants argue that for centuries the Endorois have constructed homes, cultivated the land, enjoyed unchallenged rights to pasture, grazing, and forest land, and relied on the land to sustain their livelihoods around the Lake. They argue that in doing so, the Endorois exercised an indigenous form of tenure, holding the



land through a collective form of ownership. Such behaviour indicated traditional African land ownership, which was rarely written down as a codification of rights or title, but was, nevertheless, understood through mutual recognition and respect between landholders. 'Land transactions' would take place only by way of conquest of land.

88. The Complainants argue that even under colonial rule when the British Crown claimed formal possession of Endorois land, the colonial authorities recognised the Endorois' right to occupy and use the land and its resources. They argue that in law, the land was recognised as the "Endorois Location" and in practice the Endorois were left largely undisturbed during colonial rule. They aver that the Endorois community continued to hold such traditional rights, interests and benefits in the land surrounding Lake Bogoria even upon the creation of the independent Republic of Kenya in 1963. They state that on 1 May 1963, the Endorois land became "Trust Land" under Section 115(2) of the Kenyan Constitution, which states:

Each County Council shall hold the Trust Land vested in it for the benefit of the persons ordinarily resident on that land and shall give effect to such rights, interests or other benefits in respect of the land as may, under the African customary law for the time being in force and applicable thereto, be vested in any tribe, group, family or individual.

89. They argue that through centuries of living and working on the land, the Endorois were "ordinarily resident on [the] land", and their traditional form of collective ownership of the land qualifies as a "right, interest or other benefit... under African customary law" vested in "any tribe, group [or] family" for the purposes of Section 115(2). They, therefore, argue that as a result, under Kenyan law, the Baringo and Koibatek County Councils were – and indeed still are – obligated to give effect to the rights and interests of the Endorois as concerns the land.

Property Rights and Indigenous Communities

90. The Complainants argue that both international and domestic courts have recognised that indigenous groups have a specific form of land tenure that creates a particular set of problems, which include the lack of "formal" title recognition of their historic territories, the failure of domestic legal systems to acknowledge communal property rights, and the claiming of formal legal title to indigenous land by the colonial authorities. They state that this situation has led to many cases of displacement from a people's historic territory, both by the colonial authorities and post-colonial states relying on the legal title they inherited from the colonial authorities.

91. In pursuing that line of reasoning, the Complainants argue that the African Commission itself has recognised the problems faced by traditional communities in the case of dispossession of their land in a Report of the Working Group on Indigenous Populations/Communities, where it states:

[...] their customary laws and regulations are not recognized or respected and as national legislation in many cases does not provide for collective titling of land. Collective tenure is fundamental to most indigenous pastoralist and hunter(gatherer) communities and one of the major requests of indigenous communities is therefore the recognition and protection of collective forms of land tenure.¹⁷

92. They argue that the jurisprudence of the African Commission notes that Article 14 includes the right to property both individually and collectively.

93. Quoting the case of *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua*,¹⁸ they argue that indigenous property rights have been legally recognised as being communal property rights, where the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) recognised that the Inter-American Convention protected property rights "in a sense which includes, among others, the rights of members of the indigenous communities within the framework of communal property."¹⁹

94. The Complainants further argue that the courts have addressed violations of indigenous property rights stemming from colonial seizure of land, such as when modern states rely on domestic legal title inherited from colonial authorities. They state that national courts have recognised that right. Such decisions were made by the United Kingdom Privy Council as far back as 1921,²⁰ the Canadian Supreme Court²¹ and the High Court of Australia.²² Quoting the *Richtersveld* case, they argue that the South African Constitutional Court held that the rights of a particular community survived the annexation of the land by the British Crown and could be held against the current occupiers of their land.²³

95. They argue that the protection accorded by Article 14 of the African Charter includes indigenous property rights, particularly to their ancestral lands. The Endorois' right, they argue, to the historic lands around Lake Bogoria are therefore protected by Article 14. They aver that property rights protected go beyond those envisaged under Kenyan law and include a collective right to property.

96. They argue that as a result of the actions of the Kenyan Authorities, the Endorois' property has been encroached upon, in particular by the expropriation, and in turn, the effective denial of ownership of their land. They also state that the Kenyan justice system has not provided any protection of the Endorois' property rights. Referring to the High Court of Kenya, they argue that it stated that it could not address the issue of a community's right to property.²⁴

97. The Complainants argue that the judgment of the Kenyan High Court also stated in effect that the Endorois had lost any rights under the trust, without the need for compensation beyond the minimal amounts actually granted as costs of resettlement for 170 families. They argue that the judgment also denies that the Endorois have rights under the trust, despite being "ordinarily resident" on the land. The Court, they claimed, stated:

What is in issue is a national natural resource. The law does not allow individuals to benefit from such a resource simply because they happen to be born close to the natural resource.

98. They argue that in doing so, the High Court dismissed those arguments based not just on the trust, but also on the Endorois' rights to the land as a "people" and as a result of their historic occupation of Lake Bogoria.

99. The Complainants cite a number of encroachments, they claim, that go to the core of the community's identity as a "people", including:

(a) the failure to provide adequate recognition and protection in domestic law of the community's rights over the land, in particular the failure of Kenyan law to acknowledge collective ownership of land;

(b) the declaration of the Game Reserve in 1973/74, which purported to remove the community's remaining property rights over the land, including its rights as beneficiary of a trust under Kenyan law;

(c) the lack of and full compensation to the Endorois community for the loss of their ability to use and benefit from their property in the years after 1974;

(d) the eviction of the Endorois from their land, both in the physical removal of Endorois families living on the land and the denial of the land to the rest of the Endorois community, and the resulting loss of their non-movable possessions on the land, including dwellings, religious and cultural sites and beehives;

(e) the significant loss by the Endorois of cattle as a result of the eviction;

(f) the denial of benefit, use of and interests in their traditional land since eviction, including the denial of any financial benefit from the lands resources, such as that generated by tourism;

(g) the awarding of land to title to private individuals and the awarding of mining concessions on the disputed land.

100. The Complainants argue that an encroachment upon property will constitute a violation of Article 14, unless it is shown that it is in the general or public interest of the community and in accordance with the provisions of appropriate laws. They further argue that the test laid out in Article 14 of the Charter is *conjunctive*, that is, in order for an encroachment not to be in violation of Article 14, it must be proven that the encroachment was in the interest of the public need/general interest of the community **and** was carried out in accordance with appropriate laws and must be proportional. Quoting the Commission's own case law, the Complainants argue that: *"The justification of limitations must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which follow."*²⁵ They argue that both the European Court of Human Rights²⁶ and the IACmHR have held that limitations on rights must be "proportionate and reasonable."²⁷

101. They argue that in the present Communication, in the name of creating a Game Reserve, the Kenyan Authorities have removed the Endorois from their land, and destroyed their possessions, including houses, religious constructions, and beehives. They argue that the upheaval and displacement of an entire community and denial of their property rights over their ancestral lands are disproportionate to any public need served by the Game Reserve. They state that even assuming that the creation of the Game Reserve was a legitimate aim and served a public need, it could have been accomplished by alternative means proportionate to the need.

102. They further argue that the encroachment on to Endorois property rights must be carried out in accordance with "appropriate laws" in order to avoid a violation of Article 14, and that this provision must, at the minimum mean that both Kenyan law and the relevant provisions of international law were respected. They argue that the violation of the Endorois' rights failed to respect Kenyan law on at least three levels: (i) there was no power to expel them from the land; (ii) the trust in their favour was never legally extinguished, but simply ignored; and (iii) adequate compensation was never paid.



103. The Complainants state that the traditional land of the Endorois is classified as Trust Land under Section 115 of the Constitution, and that this obliges the County Council to give effect to "such rights, interests or other benefits in respect of the land as may under the African customary law, for the time being in force." They argue that it created a beneficial right for the Endorois over their ancestral land.

104. They further argue that the Kenyan Authorities created the Lake Hannington Game Reserve, including the Endorois indigenous land, on 9 November 1973, but changed the name to Lake Bogoria Game Reserve in a Second Notice in 1974.²⁸ The 1974 'Notice' was made by the Kenyan Minister for Tourism and Wildlife under the Wild Animals Protection Act (WAPA).²⁹ WAPA, the Complainants inform the African Commission, applied to Trust Land as it did to any other land, and did not require that the land be taken out of the Trust before a Game Reserve could be declared over that land. They argue that the relevant legislation did not give authority for the removal of any individual or group occupying the land in a Game Reserve. Instead, WAPA merely prohibited the hunting, killing or capturing of animals within the Game Reserve.³⁰ Yet, the Complainants argue, despite a lack of legal justification, the Endorois Community were informed from 1973 onwards that they would have to leave their ancestral lands.

105. Moreover, they argue, the declaration of the Lake Bogoria Game Reserve by way of the 1974 notice did not affect the status of the Endorois' land as Trust Land. The obligation of Baringo and Koibatek County Councils to give effect to the rights and interests of the Endorois community continued. They state that the only way under Kenyan law in which the Endorois benefits under the Trust could have been dissolved is through the County Council or the President of Kenya having to "set apart" the land. However, the Trust Land Act required that to be legal, such setting apart of the land must be published in the *Kenyan Gazette*.³¹

106. The Complainants argue that as far as the Community is aware, no such notice was published. Until this is done, they argue, Trust Land encompassing Lake Bogoria cannot have been set apart and the African customary law rights of the Endorois people continue under Kenyan law.³² They state that the Kenyan High Court failed to protect the Endorois' rights under the Trust to a beneficial property right, and the instruction given to the Endorois to leave their ancestral lands was also not authorised by Kenyan law.

107. They conclude that as a result, the Kenyan

Authorities have acted in breach of trust and not in "accordance with the provisions of the law" for the purposes of Article 14 of the Charter.

108. They further argue that even if Endorois land had been set apart, Kenyan law still requires the compensation of residents of lands that are set apart; that the Kenyan Constitution states that where Trust Land is set apart, the Government must ensure:

*[T]he prompt payment of full compensation to any resident of the land set apart who – (a) under the African customary law for the time being in force and applicable to the land, has a right to occupy any part of the land.*³³

109. Citing Kenyan law, the Complainants argue that the Kenyan Land Acquisition Act outlines factors that should be considered in determining the compensation to be paid,³⁴ starting with the basic principle that compensation should be based on the market value of the land at the time of the acquisition. Other considerations include: damages to the interested person caused by the removal from the land and other damages including lost earnings, relocation expenses and any diminution of profits of the land. The Land Acquisition Act provides for an additional 15% of the market value to be added to compensate for disturbances. Under Kenyan law if a court finds the amount of compensation to be insufficient, 6% interest per year must be paid on the difference owed to the interested parties.³⁵

110. They state that only 170 families of at least 400 families forced to leave Endorois traditional land by the Kenyan Authorities have received some form of monetary assistance. In 1986, 170 families evicted in late 1973 from their homes within the Lake Bogoria Game Reserve, each received around 3,150 Kshs. At the time, this was equivalent to approximately £30.

111. They state that further amounts in compensation for the value of the land lost, together with revenue and employment opportunities from the Game Reserve, were promised by the Kenyan Authorities, but these have never been received by the community.

112. They argue that the Respondent State has itself recognised that the payment of 3,150 Kshs per family amounted only to „relocation assistance', and did not constitute full compensation for loss of land. The Complainants argue that international law also lays down strict requirements for compensation in the case of expropriation of property.³⁶ They argue that the fact that such payment was made some 13 years after the first eviction, and that it

does not represent the market value of the land gazetted as Lake Bogoria Game Reserve, means that the Respondent State would not have paid "prompt, full compensation" as required by the Constitution on the setting apart of the Trust Land. Therefore Kenyan law has not been complied with. Moreover, the Complainants argue, the fact that members of the Endorois community accepted the very limited monetary compensation does not mean that they accepted this as full compensation, or indeed that they accepted the loss of their land. They state that *even if* the Respondent State had formally set apart the Trust Land by way of Gazette Notice, the test of "in accordance with the provisions of law" required by Article 14 of the Charter would not have been satisfied, due to the payment of inadequate compensation.

113. The Complainants argue that the requirement that any encroachment on property rights be in accordance with the "appropriate laws" must also include relevant international laws. They argue that the Respondent State, including the courts, has failed to apply international law on the protection of indigenous land rights, which includes the need to recognise the collective nature of land rights, to recognise historic association, and to prioritise the cultural and spiritual and other links of the people to a particular territory. Instead, Kenyan law gives only limited acknowledgement to African customary law. The Trust Land system in Kenya provides in reality only minimal rights, as a trust (and therefore African customary law rights, such as those of the Endorois) can be extinguished by a simple decision of the executive. They argue that the crucial issue of recognition of the collective ownership of land by the Endorois is not acknowledged at all in Kenyan law, as is clearly shown by the High Court judgment. Encroachment on the Endorois' property did not therefore comply with the appropriate international laws on indigenous peoples' rights. They state that the Endorois have also suffered significant property loss as a result of their displacement as detailed above, including the loss of cattle, and that the only "compensation" received was the eventual provision of two cattle dips, which does not compensate for the loss of the salt licks around the Lake or the substantial loss of traditional lands.

114. They conclude that the fact that international standards on indigenous land rights and compensation were not met, as well as that provisions of Kenyan law were ignored, means that the encroachment upon the property of the Endorois community was not in accordance with the "appropriate laws" for the purposes of Article 14 of the Charter.

Alleged Violations of Article 17(2) and (3) - The Right to Culture

Article 17(2) and (3) states that:

(2) Every individual may freely take part in the cultural life of his community. (3) The promotion and protection of morals and traditional values recognized by the community shall be the duty of the State.

115. The Complainants argue that the Endorois community's cultural rights have been violated as a result of the creation of a Game Reserve. By restricting access to Lake Bogoria, the Kenyan Authorities have denied the community access to a central element of Endorois cultural practice. After defining culture to mean the sum total of the material and spiritual activities and products of a given social group that distinguishes it from other similar groups,³⁷ they argue that the protection of Article 17 can be invoked by any group that identifies with a particular culture within a state. But they argue that it does more than that. They argue that Article 17 extends to the protection of indigenous cultures and ways of life.

116. They argue that the Endorois have suffered violations of their cultural rights on two counts. In the first instance, the community has faced systematic restrictions on access to sites, such as the banks of Lake Bogoria, which are of central significance for cultural rites and celebrations. The community's attempts to access their historic land for these purposes was described as "trespassing" and met with intimidation and detention. Secondly, and separately, the cultural rights of the community have been violated by the serious damage caused by the Kenyan Authorities to their pastoralist way of life.

117. With mining concessions now underway in proximity to Lake Bogoria, the Complainants argue that further threat is posed to the cultural and spiritual integrity of the ancestral land of the Endorois.

118. They also argue that unlike Articles 8 and 14 of the African Charter, Article 17 does not have an express clause allowing restrictions on the right under certain circumstances. They state that the absence of such a clause is a strong indication that the drafters of the Charter envisaged few, if any, circumstances in which it would be appropriate to limit a people's right to culture. However, if there is any restriction, the restriction must be proportionate to a legitimate aim and in line with principles of international law on human and peoples' rights. The Complainants argue that the principle of proportionality requires that limitations be the least restrictive possible to meet the legitimate aim.

119. The Complainants thus argue that even if the creation of the Game Reserve constitutes a legitimate aim, the Respondent State's failure to secure access by right for the celebration of the cultural festival and rituals cannot be deemed proportionate to that aim.

Alleged Violation of Article 21 – Rights to Free Disposition of Natural Resources
Article 21 of the Charter states that:

1. All peoples shall freely dispose of their wealth and natural resources. This right shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall a people be deprived of it.
2. In case of spoliation the dispossessed people shall have the right to the lawful recovery of its property as well as to an adequate compensation.

120. The Complainants argue that the Endorois community are unable to access the vital resources in the Lake Bogoria region since their eviction from the Game Reserve. The medicinal salt licks and fertile soil that kept the community's cattle healthy are now out of the community's reach. Mining concessions to Endorois land have been granted without giving the Endorois a share in these resources. Consequently, the Endorois suffer a violation of Article 21: Right to Natural Resources.

121. They argue that in the Ogoni case the right to natural resources contained within their traditional land was vested in the indigenous people and that a people inhabiting a specific region within a state can claim the protection of Article 21.³⁸ They argue that the right to freely dispose of natural resources is of crucial importance to indigenous peoples and their way of life. They quote from the report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities which states:

Dispossession of land and natural resources is a major human rights problem for indigenous peoples ... The establishment of protected areas and national parks has impoverished indigenous pastoralist and hunter(gatherer communities, made them vulnerable and unable to cope with environmental uncertainty and, in many cases, even displaced them ... This [the loss of fundamental natural resources] is a serious violation of the African Charter (Article 21(1) and 21 (2)), which states clearly that all peoples have the right to natural resources, wealth and property.³⁹

122. Citing the African Charter, the Complainants argue that the Charter creates two distinct rights to both property (Article 14) and the free disposal of wealth and natural resources (Article 21). They argue that in the context of traditional land, the two

rights are very closely linked and violated in similar ways. They state that Article 21 of the African Charter is, however, wider in its scope than Article 14, and requires respect for a people's right to use natural resources, even where a people does not have title to the land.

123. The Complainants point out that the World Bank's Operational Directive 4.10 states that: "Particular attention should be given to the rights of indigenous peoples to use and develop the lands that they occupy, to be protected against illegal intruders, and to have access to natural resources (such as forests, wildlife, and water) vital to their subsistence and reproduction."⁴⁰

124. They state that the Endorois as a people enjoy the protection of Article 21 with respect to Lake Bogoria and the wealth and natural resources arising from it. They argue that for the Endorois, the natural resources include traditional medicines made from herbs found around the Lake and the resources, such as salt licks and fertile soil, which provided support for their cattle and therefore their pastoralist way of life. These, the Complainants argue, were natural resources from which the community benefited before their eviction from their traditional land. In addition, Article 21 also protects the right of the community to the potential wealth of their land, including tourism, rubies, and other possible resources. They state that since their eviction from Lake Bogoria, the Endorois, in violation of Article 21, have been denied unhindered access to the land and its natural resources, as they can no longer benefit from the natural resources and potential wealth, including that generated by recent exploitation of the land, such as the revenues and employment created by the Game Reserve and the product of mining operations.

Alleged Violation of Article 22 – The Right to Development

Article 22 of the African Charter states that:

All peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind.

125. On the issue of the right to development, the Complainants argue that the Endorois' right to development has been violated as a result of the Respondent State's failure to adequately involve the Endorois in the development process and the failure to ensure the continued improvement of the Endorois community's well-being.

126. The Complainants argue that the Endorois

have seen the set of choices and capabilities open to them shrink since their eviction from the Game Reserve. They argue that due to the lack of access to the Lake, the salt licks and their usual pasture, the cattle of the Endorois died in large numbers. Consequently, they were not able to pay their taxes and, as a result, the Kenyan Authorities took away more cattle.

127. They stress the point that the Endorois had no choice but to leave the Lake. They argue that this lack of choice for the community directly contradicts the guarantees of the right to development. They state that if the Kenyan Authorities had been providing the right to development as promised by the African Charter, the development of the Game Reserve would have increased the capabilities of the Endorois.

128. Citing the Ogoni Case, the Complainants argue that the African Commission has noted the importance of choice to well-being. They state that the African Commission noted that the state must respect rights holders and the "liberty of their action."⁴¹ They argue that the liberty recognised by the Commission is tantamount to the choice embodied in the right to development. By recognising such liberty, they argue, the African Commission has started to embrace the right to development as a choice. Elaborating further on the right to development, they argue that the same "liberty of action" principle can be applied to the Endorois community in the instant Communication.

129. They argue that choice and self-determination also include the ability to dispose of natural resources as a community wishes, thereby requiring a measure of control over the land. They further argue that for the Endorois, the ability to use the salt licks, water, and soil of the Lake Bogoria area has been eliminated, undermining this partner (the Endorois community) of self-determination. In that regard, the Complainants argue, it is clear that development should be understood as an increase in peoples' well-being, as measured by capacities and choices available. The realisation of the right to development, they say, requires the improvement and increase in capacities and choices. They argue that the Endorois have suffered a loss of well-being through the limitations on their choice and capacities, including effective and meaningful participation in projects that will affect them.

130. Citing the Human Rights Committee (HRC), they argue that the Committee addressed the effectiveness of consultation procedures in *Mazurka v. New Zealand*.⁴² The Complainants argue that the HRC found that the broad consultation process undertaken by New Zealand had effectively provided for the participation of the Maori people in determining fishing rights. The New Zealand

authorities had negotiated with Maori representatives and then allowed the resulting Memorandum of Understanding to be debated extensively by Maoris throughout the country.⁴³ The Complainants argue that the Committee specifically noted that the consultation procedure addressed the cultural and religious significance of fishing to the Maori people, and that the Maori representatives were able to affect the terms of the final Settlement.

131. The inadequacy of the consultations undertaken by the Kenyan Authorities, the Complainants argue, is underscored by Endorois actions after the creation of the Game Reserve. The Complainants inform the African Commission that the Endorois believed, and continue to believe even after their eviction, that the Game Reserve and their pastoralist way of life would not be mutually exclusive and that they would have a right of re-entry into their land. They assert that in failing to understand the reasons for their permanent eviction, many families did not leave the location until 1986.

132. They argue that the course of action left the Endorois feeling disenfranchised from a process of utmost importance to their life as a people. Resentment of the unfairness with which they had been treated inspired some members of the community to try to reclaim Mochongoi Forest in 1974 and 1984, meet with the President to discuss the matter in 1994 and 1995, and protest the actions in peaceful demonstrations. They state that if consultations had been conducted in a manner that effectively involved the Endorois, there would have been no ensuing confusion as to their rights or resentment that their consent had been wrongfully gained.

133. They further say that the requirement of prior, informed consent has also been delineated in the case law of the IAcHR. Referring the African Commission to the case of *Mary and Carrie Dan v. USA*, they argue that the IAcHR noted that convening meetings with the community 14 years after title extinguishment proceedings began constituted neither prior nor effective participation.⁴⁴ They state that to have a process of consent that is fully informed "requires at a minimum that *all* of the members of the community are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate individually or as collectives."⁴⁵

134. The Complainants are also of the view that the Respondent State violated the Endorois' right to development by engaging in coercive and intimidating activity that has abrogated the community's right to meaningful participation and freely given consent. They state that such coercion has continued to the present day. The Complainants



say that Mr Charles Kamuren, the Chair of the Endorois Welfare Council, had informed the African Commission of details of threats and harassment he and his family and other members of the community have received, especially when they objected to the issue of the granting of mining concessions.

135. The Complainants further argue that the Endorois have been excluded from participating or sharing in the benefits of development. They argue that the Respondent State did not embrace a rights* based approach to economic growth, which insists on development in a manner consistent with, and instrumental to, the realisation of human rights and the right to development through adequate and prior consultation. They assert that the Endorois' development as a people has suffered economically, socially and culturally. They further conclude that the Endorois community suffered a violation of Article 22 of the Charter.

Respondent State Submissions on Merits

136. In response to the brief submitted by the Complainants on the Merits including the *Amicus Curiae Brief* by COHRE, the Respondent State, the Republic of Kenya, submitted its reply on the Merits of the Communication to the African Commission.

137. The arguments below are the submissions of the Respondent State, taking into consideration their oral testimony at the 40th Ordinary Session of the African Commission, all their written submissions, including letters, supporting affidavits, video evidence and the "Respondents Submissions and Further Clarifications Arising Out of the Questions by the Commissioner During the Merits Hearing of the Communication."

138. The Respondent State argues that most of the tribes do not reside in their ancestral lands owing to movements made due to a number of factors, including search for pastures for their livestock; search for arable land to carry out agriculture; relocation by Government to facilitate development; creation of irrigation schemes, national parks, game reserves, forests and extraction of natural resources, such as minerals.

139. The Respondent State argues that it has instituted a programme for universal free primary education and an agricultural recovery programme, which aims at increasing the household income of the rural poor, including the Endorois. It states that it has not only initiated programmes for the equitable distribution of budgetary resources, but has also formulated an economic recovery strategy for wealth and employment creation, which seeks to eradicate poverty and secure the economic and social rights of the poor and the marginalised,

including the Endorois.

140. The Respondent State argues that the land around the Lake Bogoria area is occupied by the **Tugen** tribe, which comprises four clans:

141. The **Endorois** * who have settled around **Mangot, Mochongoi** and **Tangulmbei; The Lebus** – who have settled around Koibatek District; **The Somor** – who live around Maringati, Sacho, Tenges and Kakarnet and, **The Alor** – living around Kaborchayo, Paratapwa, Kipsalalar and Buluwesa.

142. The Respondent State argues that all the clans co*exist in one geographical area. It states that it is noteworthy that they all share the same language and names, which means that they have a lot in common. The Respondent State disputes that the Endorois are indeed a community / sub*tribe or clan on their own, and it argues that it is incumbent on the Complainants to prove that the Endorois are distinct from the other **Tugen** sub*tribe or indeed the larger Kalenjii tribe before they can proceed to make a case before the African Commission.

143. The Respondent State maintains that following the Declaration of the Lake Bogoria Game Reserve, the Government embarked on a re*settlement exercise, culminating in the resettlement of the majority of the Endorois in the Mochongoi settlement scheme. It argues that this was over and above the compensation paid to the Endorois after their ancestral land around Lake was gazetted. It further states that there is no such thing as *Mochongoi Forest in Kenya* and the only forest in the area is Ol Arabel Forest.

Decision on Merits

144. The present Communication alleges that the Respondent State has violated the human rights of the Endorois community, an indigenous people, by forcibly removing them from their ancestral land, the failure to adequately compensate them for the loss of their property, the disruption of the community's pastoral enterprise and violations of the right to practice their religion and culture, as well as the overall process of development of the Endorois people.

145. Before addressing the articles alleged to have been violated, the Respondent State has requested the African Commission to determine whether the Endorois can be recognised as a "community" / sub*tribe or clan on their own. The Respondent State disputes that the Endorois are a distinct community in need of special protection. The Respondent State argues that the Complainants need to prove this distinction from the **Tugen** sub*

tribe or indeed the larger Kalenjin tribe. The immediate questions that the African Commission needs to address itself to are:

146. Are the Endorois a distinct community? Are they indigenous peoples and thereby needing special protection? If they are a distinct community, what makes them different from the **Tugen** sub* tribe or indeed the larger Kalenjin tribe?

147. Before responding to the above questions, the African Commission notes that the concepts of "peoples" and "indigenous peoples / communities" are contested terms.⁴⁶ As far as "indigenous peoples" are concerned, there is no universal and unambiguous definition of the concept, since no single accepted definition captures the diversity of indigenous cultures, histories and current circumstances. The relationships between indigenous peoples and dominant or mainstream groups in society vary from country to country. The same is true of the concept of "peoples." The African Commission is thus aware of the political connotation that these concepts carry. Those controversies led the drafters of the African Charter to deliberately refrain from proposing any definitions for the notion of "people(s)."⁴⁷ In its Report of the Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities,⁴⁸ the African Commission describes its dilemma of defining the concept of "peoples" in the following terms:

Despite its mandate to interpret all provisions of the African Charter as per Article 45(3), the African Commission initially shied away from interpreting the concept of "peoples". The African Charter itself does not define the concept. Initially the African Commission did not feel at ease in developing rights where there was little concrete international jurisprudence. The ICCPR and the ICESCR do not define "peoples." It is evident that the drafters of the African Charter intended to distinguish between the traditional individual rights where the sections preceding Article 17 make reference to "every individual." Article 18 serves as a break by referring to the family. Articles 19 to 24 make specific reference to "all peoples."

148. The African Commission, nevertheless, notes that while the terms "peoples" and "indigenous community" arouse emotive debates, some marginalised and vulnerable groups in Africa are suffering from particular problems. It is aware that many of these groups have not been accommodated by dominating development paradigms and in many cases they are being victimised by mainstream development policies and thinking and their basic human rights violated. The African Commission is also aware that indigenous peoples have, due to past and ongoing processes, become marginalised in their own country and they

need recognition and protection of their basic human rights and fundamental freedoms.

149. The African Commission also notes that normatively, the African Charter is an innovative and unique human rights document compared to other regional human rights instruments, in placing special emphasis on the rights of "peoples."⁴⁹ It substantially departs from the narrow formulations of other regional and universal human rights instruments by weaving a tapestry which includes the three "generations" of rights: civil and political rights; economic, social, and cultural rights; and group and peoples' rights. In that regard, the African Commission notes its own observation that the term "indigenous" is also not intended to create a special class of citizens, but rather to address historical and present*day injustices and inequalities. This is the sense in which the term has been applied in the African context by the Working Group on Indigenous Populations/Communities of the African Commission.⁵⁰ In the context of the African Charter, the Working Group notes that the notion of "peoples" is closely related to collective rights.⁵¹

150. The African Commission also notes that the African Charter, in Articles 20 through 24, provides for peoples to retain rights as peoples, that is, as collectives.⁵² The African Commission through its Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities has set out four criteria for identifying indigenous peoples.⁵³ These are: the occupation and use of a specific territory; the voluntary perpetuation of cultural distinctiveness; self*identification as a distinct collectivity, as well as recognition by other groups; an experience of subjugation, marginalisation, dispossession, exclusion or discrimination. The Working Group also demarcated some of the shared characteristics of African indigenous groups:

... first and foremost (but not exclusively) different groups of hunter(gatherers or former hunter/gatherers and certain groups of pastoralists... A key characteristic for most of them is that the survival of their particular way of life depends on access and rights to their traditional land and the natural resources thereon.⁵⁴

151. The African Commission is thus aware that there is an emerging consensus on some objective features that a collective of individuals should manifest to be considered as "peoples", viz: a common historical tradition, racial or ethnic identity, cultural homogeneity, linguistic unity, religious and ideological affinities, territorial connection, and a common economic life or other bonds, identities and affinities they collectively enjoy – especially rights enumerated under Articles 19 to 24 of the African Charter – or suffer collectively from the



deprivation of such rights. What is clear is that all attempts to define the concept of indigenous peoples recognize the linkages between peoples, their land, and culture and that such a group expresses its desire to be identified as a people or have the consciousness that they are a people.⁵⁵

152. As far as the present matter is concerned, the African Commission is also enjoined under Article 61 of the African Charter to be inspired by other subsidiary sources of international law or general principles in determining rights under the African Charter.⁵⁶ It takes note of the working definition proposed by the UN Working Group on Indigenous Populations:

... that indigenous peoples are ...those which, having a historical continuity with pre(invasion and pre(colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non(dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.⁵⁷

153. But this working definition should be read in conjunction with the 2003 Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, which is the basis of its 'definition' of indigenous populations.⁵⁸ Similarly it notes that the International Labour Organisation has proffered a definition of indigenous peoples in Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries:⁵⁹

Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.⁶⁰

154. The African Commission is also aware that though some indigenous populations might be first inhabitants, validation of rights is not automatically afforded to such pre*invasion and pre*colonial claims. In terms of ILO Convention 169, even though many African countries have not signed and ratified the said Convention, and like the UN Working Groups' conceptualisation of the term, the African Commission notes that there is a common

thread that runs through all the various criteria that attempts to describe indigenous peoples – that indigenous peoples have an unambiguous relationship to a distinct territory and that all attempts to define the concept recognise the linkages between people, their land, and culture. In that regard, the African Commission notes the observation of the UN Special Rapporteur, where he states that in Kenya indigenous populations/communities include pastoralist communities such as the Endorois,⁶¹ Borana, Gabra, Maasai, Pokot, Samburu, Turkana, and Somali, and hunter*gatherer communities whose livelihoods remain connected to the forest, such as the Awer (Boni), Ogiek, Sengwer, or Yaaku. The UN Special Rapporteur further observed that the Endorois community have lived for centuries in their traditional territory around Lake Bogoria, which was declared a wildlife sanctuary in 1973.⁶²

155. In the present Communication the African Commission wishes to emphasise that the Charter recognises the rights of peoples.⁶³ The Complainants argue that the Endorois are a people, a status that entitles them to benefit from provisions of the African Charter that protect collective rights. The Respondent State disagrees.⁶⁴ The African Commission notes that the Constitution of Kenya, though incorporating the principle of non*discrimination and guaranteeing civil and political rights, does not recognise economic, social and cultural rights as such, as well as group rights. It further notes that the rights of indigenous pastoralist and hunter*gatherer communities are not recognized as such in Kenya's constitutional and legal framework, and no policies or governmental institutions deal directly with indigenous issues. It also notes that while Kenya has ratified most international human rights treaties and conventions, it has not ratified ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, and it has withheld its approval of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of the General Assembly.

156. After studying all the submissions of the Complainants and the Respondent State, the African Commission is of the view that Endorois culture, religion, and traditional way of life are intimately intertwined with their ancestral lands * Lake Bogoria and the surrounding area. It agrees that Lake Bogoria and the Monchongoi Forest are central to the Endorois' way of life and without access to their ancestral land, the Endorois are unable to fully exercise their cultural and religious rights, and feel disconnected from their land and ancestors.

157. In addition to a sacred relationship to their land, self*identification is another important criterion for determining indigenous peoples.⁶⁵ The UN Special Rapporteur on the Rights and

Fundamental Freedoms of Indigenous People also supports self*identification as a key criterion for determining who is indeed indigenous.⁶⁶The African Commission is aware that today many indigenous peoples are still excluded from society and often even deprived of their rights as equal citizens of a state. Nevertheless, many of these communities are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories and their ethnic identity. It accepts the arguments that the continued existence of indigenous communities as “peoples” is closely connected to the possibility of them influencing their own fate and to living in accordance with their own cultural patterns, social institutions and religious systems.⁶⁷The African Commission further notes that the Report of the African Commission’s Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities (WGIP) emphasises that peoples’ self*identification is an important ingredient to the concept of peoples’ rights as laid out in the Charter. It agrees that the alleged violations of the African Charter by the Respondent State are those that go to the heart of indigenous rights – the right to preserve one’s identity through identification with ancestral lands, cultural patterns, social institutions and religious systems. The African Commission, therefore, accepts that self*identification for Endorois as indigenous individuals and acceptance as such by the group is an essential component of their sense of identity.⁶⁸

158. Furthermore, in drawing inspiration from international law on human and peoples’ rights, the African Commission notes that the IACtHR has dealt with cases of self*identification where Afro*descendent communities were living in a collective manner, and had, for over 2*3 centuries, developed an ancestral link to their land. Moreover, the way of life of these communities depended heavily on the traditional use of their land, as did their cultural and spiritual survival due to the existence of ancestral graves on these lands.⁶⁹

159. The African Commission notes that while it has already accepted the existence of indigenous peoples in Africa through its WGIP reports, and through the adoption of its Advisory Opinion on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, it notes the fact that the Inter*American Court has not hesitated in granting the collective rights protection to groups beyond the “narrow/aboriginal/pre*Colombian” understanding of indigenous peoples traditionally adopted in the Americas. In that regard, the African Commission notes two relevant decisions from the IACtHR: *Moiwana v Suriname*⁷⁰and *Saramaka v Suriname*. The Saramaka case is of particular relevance to the Endorois case, given the views expressed by the Respondent State during the oral hearings on the Merits.⁷¹

160. In the Saramaka case, according to the evidence submitted by the Complainants, the Saramaka people are one of six distinct Maroon groups in Suriname whose ancestors were African slaves forcibly taken to Suriname during the European colonisation in the 17th century. The IACtHR considered that the Saramaka people make up a tribal community whose social, cultural and economic characteristics are different from other sections of the national community, particularly because of their special relationship with their ancestral territories, and because they regulate themselves, at least partially, by their own norms, customs, and/or traditions.

161. Like the State of Suriname, the Respondent State (Kenya) in the instant Communication is arguing that the inclusion of the Endorois in “modern society” has affected their cultural distinctiveness, such that it would be difficult to define them as a distinct group that is very different from the **Tugen** sub*tribe or indeed the larger Kalenjin tribe. That is, the Respondent State is questioning whether the Endorois can be defined in a way that takes into account the different degrees to which various members of the Endorois community adhere to traditional laws, customs, and economy, particularly those living within the Lake Bogoria area. In the Saramaka case, the IACtHR disagreed with the State of Suriname that the Saramaka could not be considered a distinct group of people just because a few members do not identify with the larger group. In the instant case, the African Commission, from all the evidence submitted to it, is satisfied that the Endorois can be defined as a distinct tribal group whose members enjoy and exercise certain rights, such as the right to property, in a distinctly collective manner from the **Tugen** sub*tribe or indeed the larger Kalenjin tribe.

162. The IACtHR also noted that the fact that some individual members of the Saramaka community may live outside of the traditional Saramaka territory and in a way that may differ from other Saramakas who live within the traditional territory and in accordance with Saramaka customs does not affect the distinctiveness of this tribal group, nor its communal use and enjoyment of their property. In the case of the Endorois, the African Commission is of the view that the question of whether certain members of the community may assert certain communal rights on behalf of the group is a question that must be resolved by the Endorois themselves in accordance with their own traditional customs and norms and not by the State. The Endorois cannot be denied a right to juridical personality just because there is a lack of individual identification with the traditions and laws of the Endorois by some members of the community.

From all the evidence (both oral and written and



video testimony) submitted to the African Commission, the African Commission agrees that the Endorois are an indigenous community and that they fulfil the criterion of „distinctiveness.’ The African Commission agrees that the Endorois consider themselves to be a distinct people, sharing a common history, culture and religion. The African Commission is satisfied that the Endorois are a “people”, a status that entitles them to benefit from provisions of the African Charter that protect collective rights. The African Commission is of the view that the alleged violations of the African Charter are those that go to the heart of indigenous rights – the right to preserve one’s identity through identification with ancestral lands.

Alleged Violation of Article 8

163. The Complainants allege that Endorois’ right to freely practice their religion has been violated by the Respondent State’s action of evicting the Endorois from their land, and refusing them access to Lake Bogoria and other surrounding religious sites. They further allege that the Respondent State’s has interfered with the Endorois’ ability to practice and worship as their faith dictates; that religious sites within the Game Reserve have not been properly demarcated and protected and since their eviction from the Lake Bogoria area, the Endorois have not been able to freely practice their religion. They claim that access as of right for religious rituals – such as circumcisions, marital rituals, and initiation rights – has been denied the community. Similarly, they state that the Endorois have not been able to hold or participate in their most significant annual religious ritual, which occurs when the Lake undergoes seasonal changes.

164. The Complainants further argue that the Endorois have neither been able to practice the prayers and ceremonies that are intimately connected to the Lake, nor have they been able to freely visit the spiritual home of all Endorois, living and dead. They argue that the Endorois’ spiritual beliefs and ceremonial practices constitute a religion under international law. They point out that the term “religion” in international human rights instruments covers various religious and spiritual beliefs and should be broadly interpreted. They argue that the HRC states that the right to freedom of religion in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR):

*protects theistic, non(theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief. The terms “belief” and “religion” are to be broadly construed. Article 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions.*⁷²

To rebut the allegation of a violation of Article 8 of the African Charter, the Respondent State argues that the Complainants have failed to show that the action of the Government to gazette the Game Reserve for purposes of conserving the environment and wildlife and to a great extent the Complainants’ cultural grounds fails the test of the constitution of reasonableness and justifiability. It argues that through the gazetting of various areas as protected areas, National Parks or Game Reserves or falling under the National Museums, it has been possible to conserve some of the areas which are threatened by encroachment due to modernisation. The Respondent State argues that some of these areas include “Kayas” (forests used as religious ritual grounds by communities from the coast province of Kenya) which has been highly effective while the communities have continued to access these grounds without fear of encroachment.

165. Before deciding whether the Respondent State has indeed violated Article 8 of the Charter, the Commission wishes to establish whether the Endorois’ spiritual beliefs and ceremonial practices constitute a religion under the African Charter and international law. In that regard, the African Commission notes the observation of the HRC in paragraph 164 (above). It is of the view that freedom of conscience and religion should, among other things, mean the right to worship, engage in rituals, observe days of rest, and wear religious garb.⁷³ The African Commission notes its own observation in *Free Legal Assistance Group v. Zaire*, that it has held that the right to freedom of conscience allows for individuals or groups to worship or assemble in connection with a religion or belief, and to establish and maintain places for these purposes, as well as to celebrate ceremonies in accordance with the precepts of one’s religion or belief.⁷⁴

166. This Commission is aware that religion is often linked to land, cultural beliefs and practices, and that freedom to worship and engage in such ceremonial acts is at the centre of the freedom of religion. The Endorois’ cultural and religious practices are centred around lake Bogoria and are of prime significance to all Endorois. During oral testimony, and indeed in the Complainants’ written submission, this Commission’s attention was drawn to the fact that religious sites are situated around Lake Bogoria, where the Endorois pray and where religious ceremonies regularly take place. It takes into cognisance that Endorois’ ancestors are buried near the Lake, and has already above, Lake Bogoria is considered the spiritual home of all Endorois, living and dead.

167. It further notes that one of the beliefs of the Endorois is that their Great Ancestor, *Dorios*, came from the Heavens and settled in the Mochongoi Forest.⁷⁵ It notes the Complainants’ arguments,

which have not been contested by the Respondent State, that the Endorois believe that each season the water of the Lake turns red and the hot springs emit a strong odour, signalling a time that the community performs traditional ceremonies to appease the ancestors who drowned with the formation of the Lake.

168. *From the above analysis, the African Commission is of the view that the Endorois spiritual beliefs and ceremonial practices constitute a religion under the African Charter.*

169. The African Commission will now determine whether the Respondent State by its actions or inactions have interfered with the Endorois' right to religious freedom.

170. The Respondent State has not denied that the Endorois' have been removed from their ancestral land they call home. The Respondent State has merely advanced reasons why the Endorois can no longer stay within the Lake Bogoria area. The Complainants argue that the Endorois' inability to practice their religion is a direct result of their expulsion from their land and that since their eviction the Endorois have not been able to freely practice their religion, as access for religious rituals has been denied the community.

171. It is worth noting that in *Amnesty International v. Sudan*, the African Commission recognised the centrality of practice to religious freedom.⁷⁶ The African Commission noted that the State Party violated the authors' right to practice their religion, because non-Muslims did not have the right to preach or build their churches and were subjected to harassment, arbitrary arrest, and expulsion. The African Commission also notes the case of *Loren Laroye Riebe Star* from the IACmHR, which determined that expulsion from lands central to the practice of religion constitutes a violation of religious freedoms. It notes that the Court held that the expulsion of priests from the Chiapas area was a violation of the right to associate freely for religious purposes.⁷⁷

172. The African Commission agrees that in some situations it may be necessary to place some form of limited restrictions on a right protected by the African Charter. But such a restriction must be established by law and must not be applied in a manner that would completely vitiate the right. It notes the recommendation of the HRC that limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated.⁷⁸ The *raison d'être* for a particularly harsh limitation on the right to practice religion, such as that experienced by the Endorois,

must be based on exceptionally good reasons, and it is for the Respondent State to prove that such interference is not only proportionate to the specific need on which they are predicated, but is also reasonable. In the case of *Amnesty International v. Sudan*, the African Commission stated that a wide-ranging ban on Christian associations was "disproportionate to the measures required by the Government to maintain public order, security, and safety." The African Commission further went on to state that any restrictions placed on the rights to practice one's religion should be negligible. In the above mentioned case, the African Commission decided that complete and total expulsion from the land for religious ceremonies is not minimal.⁷⁹

173. The African Commission is of the view that denying the Endorois access to the Lake is a restriction on their freedom to practice their religion, a restriction not necessitated by any significant public security interest or other justification. The African Commission is also not convinced that removing the Endorois from their ancestral land was a lawful action in pursuit of economic development or ecological protection. The African Commission is of the view that allowing the Endorois to use the land to practice their religion would not detract from the goal of conservation or developing the area for economic reasons.

The African Commission therefore finds against the Respondent State a violation of Article 8 of the African Charter. The African Commission is of the view that the Endorois' forced eviction from their ancestral lands by the Respondent State interfered with the Endorois' right to religious freedom and removed them from the sacred grounds essential to the practice of their religion, and rendered it virtually impossible for the Community to maintain religious practices central to their culture and religion.

*The African Commission is of the view that the limitations placed on the state's duties to protect rights should be viewed in light of the underlying sentiments of the African Charter. This was the view of the Commission, in *Amnesty International v. Zambia*, where it noted that the "claw(back)" clauses must not be interpreted against the principles of the Charter ... and that recourse to these should not be used as a means of giving credence to violations of the express provisions of the Charter."⁸⁰*

Alleged Violation of Article 14

174. The Complainants argue that the Endorois community have a right to property with regard to their ancestral land, the possessions attached to it, and their cattle. The Respondent State denies the allegation.

175. The Respondent State further argues that the land in question fell under the definition of Trust



Land and was administered by the Baringo County Council for the benefit of all the people who were ordinarily resident in their jurisdiction which comprised mainly the four Tugen tribes. It argues that Trust Land is not only established under the Constitution of Kenya and administered under an Act of Parliament, but that the Constitution of Kenya provides that Trust Land may be alienated through registration to another person other than the County Council; an Act of Parliament providing for the County Council to set apart an area of Trust Land vested in it for use and occupation of public body or authority for public purposes; person or persons or purposes which, in the opinion of the Council, is likely to benefit the persons ordinarily resident in that area; by the President in consultation with the Council. It argues that Trust Land may be set apart as government land for government purposes or private land.

176. The Respondent State argues that when Trust Land is set apart for whatever purpose, the interest or other benefits in respect of that land that was previously vested in any tribe, group, family or individual under African customary law are extinguished. It, however, states that the Constitution and the Trust Land Act provide for adequate and prompt compensation for all residents. The Respondent State, in both its oral and written submissions, is arguing that the Trust Land Act provides a comprehensive procedure for assessment of compensation where the Endorois should have applied to the District Commissioner and lodged an appeal if they were dissatisfied. The Respondent State further argues that the Endorois have a right of access to the High Court of Kenya by the Constitution to determine whether their rights have been violated.

177. According to the Respondent State, with the creation of more local authorities, the land in question now comprises parts of Baringo and Koibatek County Councils, and through Gazette Notice No 239 of 1973, the land was first set apart as Lake Hannington Game Reserve, which was later revoked by Gazette Notice No 270 of 1974, where the Game Reserve was renamed Lake Baringo Game Reserve, and the boundaries and purpose of setting apart this area specified in the Gazette Notices as required by the Trust Land Act. It argues that the Government offered adequate and prompt compensation to the affected people, "a fact which the Applicants agree with."⁸¹

178. In its oral and written testimonies, the Respondent State argues that the gazettment of a Game Reserve under the Wildlife laws of Kenya is with the objective of ensuring that wildlife is managed and conserved to yield to the nation in general and to individual areas in particular optimum returns in terms of cultural, aesthetic and scientific gains as well as economic gains as are

incidental to proper wildlife management and conservation. The Respondent State also argues that National Reserves unlike National Parks, where the Act expressly excludes human interference save for instances where one has got authorisation, are subject to agreements as to restrictions or conditions relating to the provisions of the area covered by the reserve. It also states that communities living around the National Reserves *have in some instances* been allowed to drive their cattle to the Reserve for the purposes of grazing, so long as they do not cause harm to the environment and the natural habitats of the wild animals. It states that with the establishment of a National Reserve particularly from Trust Land, it is apparent that the community's right of access is not extinguished, but rather its propriety right as recognised under the law (that is, the right to deal with property as it pleases) is the one which is minimised and hence the requirement to compensate the affected people.

179. Rebutting the claim of the Complainants that the Kenyan Authorities prevented them from occupying their other ancestral land, Muchongoi Forest, the Respondent State argued that the land in question was gazetted as a forest in 1941, by the name of Ol Arabel Forest, which means that the land ceased being communal land by virtue of the gazettment. It states that some excisions have been made from the Ol Arabel Forest to create the Muchongoi Settlement Scheme to settle members of the four Tugen tribes of the Baringo district, one of which is the Endorois.

180. The Respondent State also argues that it has also gone a step further to formulate "Rules", namely the "The Forests (Tugen*Kamasia) Rules" to enable the inhabitants of the Baringo District, including the Endorois to enjoy some privileges through access to the Ol Arabel Forest for some purposes. The Rules, it states, allow the community to collect dead wood for firewood, pick wild berries and fruits, take or collect the bark of dead trees for thatching beehives, cut and remove creepers and lianes for building purposes, take stock, including goats, to such watering places within the Central Forests as may be approved by the District Commissioner in consultation with the Forest Officer, enter the Forest for the purpose of holding customary ceremonies and rites, but no damage shall be done to any tree, graze sheep within the Forest, graze cattle for specified periods during the dry season with the written permission of the District Commissioner or the Forest Officer and to retain or construct huts within the Forest by approved forest cultivators among others.

181. The Respondent State argues further that the above Rules ensure that the livelihoods of the community are not compromised by the gazettment, in the sense that the people could obtain food and building materials, as well as run

some economic activities such as beekeeping and grazing livestock in the Forest. They also say they were at liberty to practice their religion and culture. Further, it states that the due process of law regarding compensation was followed at the time of the said gazettelement.

182. Regarding the issue of dispossession of ancestral land in the alleged Mochongoi Forest, the Respondent State did not address it, as it argues that it was not part of the matters addressed by the High Court case, and therefore the African Commission would be acting as a tribunal of first instance if it did so.

183. The Respondent State does not dispute that the Lake Bogoria area of the Baringo and Koibatek Administrative Districts is the Endorois' ancestral land. One of the issues the Respondent State is disputing is whether the Endorois are indeed a distinct Community. That question has already been answered supra. In para 1.1.6 of the Respondent State Merits brief, the State said: "Following the Declaration of the Lake Bogoria Game Reserve, the Government embarked on a resettlement exercise, culminating in the resettlement of the majority of the Endorois in the Mochongoi settlement scheme. *This was over and above the compensation paid to the Endorois after their ancestral land around Lake was gazetted.*"⁸²

184. It is thus clear that the land surrounding Lake Bogoria is the traditional land of the Endorois people. In para 1 of the Merits brief, submitted by the Complainants, they write: "The Endorois are a community of approximately 60, 000 people who, from time immemorial, have lived in the *Lake Bogoria area* of the Baringo and Koibatek Administrative Districts."⁸³In para 47, the Complainants also state that: "For centuries the Endorois have constructed homes on the land, cultivated the land, enjoyed unchallenged rights to pasture, grazing, and forest land, and relied on the land to sustain their livelihoods." The Complainants argue that apart from a confrontation with the Masai over the Lake Bogoria region three hundred years ago, the Endorois have been accepted by all neighbouring tribes, including the British Crown, as *bona fide* owners of their land. The Respondent State does not challenge those statements of the Complainants. The only conclusion that could be reached is that the Endorois community has a right to property with regard to its ancestral land, the possessions attached to it, and their animals.

185. Two issues that should be disposed of before going into the more substantive questions of whether the Respondent State has violated Article 14 are a determination of what is a "property

right" (within the context of indigenous populations) that accords with African and international law, and whether special measures are needed to protect such rights, if they exist and whether Endorois' land has been encroached upon by the Respondent State. The Complainants argue that "property rights" have an autonomous meaning under international human rights law, which supersedes national legal definitions. They state that both the European Court of Human Rights (ECHR) and IACTHR have examined the specific facts of individual situations to determine what should be classified as "property rights", particularly for displaced persons, instead of limiting themselves to formal requirements in national law.⁸⁴

186. To determine that question, the African Commission will look, first, at its own jurisprudence and then at international case law. In *Malawi African Association and Others v. Mauritania*,⁸⁵land was considered "property" for the purposes of Article 14 of the Charter. The African Commission in the *Ogoni* case also found that the "right to property" includes not only the right to have access to one's property and not to have one's property invaded or encroached upon,⁸⁶but also the right to undisturbed possession, use and control of such property however the owner(s) deem fit.⁸⁷The African Commission also notes that the ECHR have recognised that "property right" could also include the economic resources and rights over the common land of the applicants.⁸⁸

187. The Complainants argue that both international and domestic courts have recognised that indigenous groups have a specific form of land tenure that creates a particular set of problems. Common problems faced by indigenous groups include the lack of "formal" title recognition of their historic territories, the failure of domestic legal systems to acknowledge communal property rights, and the claiming of formal legal title to indigenous land by the colonial authorities. This, they argue, has led to many cases of displacement from a people's historic territory, both by colonial authorities and post-colonial states relying on the legal title they inherited from the colonial authorities. The African Commission notes that its Working Group on Indigenous Populations/Communities has recognised that some African minorities do face dispossession of their lands and that special measures are necessary in order to ensure their survival in accordance with their traditions and customs.⁸⁹The African Commission is of the view that the first step in the protection of traditional African communities is the acknowledgement that the rights, interests and benefits of such communities in their traditional lands constitute "property" under the Charter and that special measures may have to be taken to secure such "property rights".



188. The case of *Dogan and others v Turkey*⁹⁰ is instructive in the instant Communication. Although the Applicants were unable to demonstrate registered title of lands from which they had been forcibly evicted by the Turkish authorities, the European Court of Human Rights observed that:

*[T]he notion "possessions" in Article 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights, and thus as "possessions" for the purposes of this provision.*⁹¹

189. Although they did not have registered property, they either had their own houses constructed on the land of their ascendants or lived in the houses owned by their fathers and cultivate the land belonging to the latter. The Court further noted that the Applicants had unchallenged rights over the common land in the village, such as the pasture, grazing and the forest land, and that they earned their living from stockbreeding and tree felling.

190. The African Commission also notes the observation of the IACtHR in the seminal case of *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua*,⁹² that the Inter-American Convention protected property rights in a sense which include the rights of members of the indigenous communities within the framework of communal property and argued that possession of the land should suffice for indigenous communities lacking real title to obtain official recognition of that property.

191. In the opinion of the African Commission, the Respondent State has an obligation under Article 14 of the African Charter not only to respect the "right to property", but also to protect that right. In "the Mauritania Cases",⁹³ the African Commission concluded that the confiscation and pillaging of the property of black Mauritians and the expropriation or destruction of their land and houses before forcing them to go abroad constituted a violation of the right to property as guaranteed in Article 14. Similarly, in *The Ogoni case 2001*⁹⁴ the African Commission addressed factual situations involving removal of people from their homes. The African Commission held that the removal of people from their homes violated Article 14 of the African Charter, as well as the right to adequate housing which, although not explicitly expressed in the African Charter, is also guaranteed by Article 14.⁹⁵

192. The Saramaka case also sets out how the failure to recognise an indigenous/tribal group becomes a violation of the "right to property."⁹⁶ In

its analysis of whether the State of Suriname had adopted an appropriate framework to give domestic legal effect to the "right to property", the IACtHR addressed the following issues:

*This controversy over who actually represents the Saramaka people is precisely a natural consequence of the lack of recognition of their juridical personality.*⁹⁷

193. In the Saramaka case, the State of Suriname did not recognise that the Saramaka people can enjoy and exercise property rights as a community. The Court observed that other communities in Suriname have been denied the right to seek judicial protection against alleged violations of their collective property rights precisely because a judge considered they did not have the legal capacity necessary to request such protection. This, the Court opined, placed the Saramaka people in a vulnerable situation where individual "property rights" may trump their rights over communal property, and where the Saramaka people may not seek, as a juridical personality, judicial protection against violations of their "property rights" recognised under Article 21 of the Convention.

194. As is in the instant case before the African Commission, the State of Suriname acknowledged that its domestic legal framework did not recognise the right of the members of the Saramaka people to the use and enjoyment of property in accordance with their system of communal property, but rather a privilege to use land. It also went on to provide reasons, as to why it should not be held accountable for giving effect to the Saramaka claims to a right to property, for example because the land tenure system of the Saramaka people, particularly regarding who owns the land, presents a practical problem for state recognition of their right to communal property. The IACtHR rejected all of the State's arguments. In the present Communication, the High Court of Kenya similarly dismissed any claims based on historic occupation and cultural rights.⁹⁸

195. The IACtHR went further to say that, in any case, the alleged lack of clarity as to the land tenure system of the Saramakas should not present an insurmountable obstacle for the State, which has the duty to consult with the members of the Saramaka people and seek clarification of this issue, in order to comply with its obligations under Article 21 of the Convention.

196. In the present Communication, the Respondent State (the Kenyan Government) during the oral hearings argued that legislation or special treatment in favour of the Endorois might be perceived as being discriminatory. The African Commission

rejects that view. The African Commission is of the view that the Respondent State cannot abstain from complying with its international obligations under the African Charter merely because it might be perceived to be discriminatory to do so. It is of the view that in certain cases, positive discrimination or affirmative action helps to redress imbalance. The African Commission shares the Respondent State's concern over the difficulty involved; nevertheless, the State still has a duty to recognise the right to property of members of the Endorois community, within the framework of a communal property system, and establish the mechanisms necessary to give domestic legal effect to such right recognised in the Charter and international law. Besides, it is a well established principle of international law that unequal treatment towards persons in unequal situations does not necessarily amount to impermissible discrimination.⁹⁹ Legislation that recognises said differences is therefore not necessarily discriminatory.

197. Again drawing on the *Saramaka v Suriname* case, which confirms earlier jurisprudence of the *Moiwana v Suriname*, *Yakye Axa v Paraguay*¹⁰⁰, *Sahoyamaxa v Paraguay*¹⁰¹, and *Mayagna Awas Tingni v Nicaragua*;¹⁰² the *Saramaka* case has held that *Special measures of protection are owed to members of the tribal community to guarantee the full exercise of their rights*. The IACtHR stated that based on Article 1(1) of the Convention, members of indigenous and tribal communities require special measures that guarantee the full exercise of their rights, particularly with regard to their enjoyment of "property rights" in order to safeguard their physical and cultural survival.

198. Other sources of international law have similarly declared that such special measures are necessary. In the *Moiwana* case, the IACtHR determined that another Maroon community living in Suriname was also not indigenous to the region, but rather constituted a tribal community that settled in Suriname in the 17th and 18th century, and that this tribal community had "a profound and all* encompassing relationship to their ancestral lands" that was centred, not "on the individual, but rather on the community as a whole." This special relationship to land, as well as their communal concept of ownership, prompted the Court to apply to the tribal *Moiwana* community its jurisprudence regarding indigenous peoples and their right to communal property under Article 21 of the Convention.

199. The African Commission is of the view that even though the Constitution of Kenya provides that Trust Land may be alienated and that the Trust Land Act provides comprehensive procedure for the assessment of compensation, the Endorois *property rights* have been encroached upon, in particular by the expropriation and the effective denial of

ownership of their land. It agrees with the Complainants that the Endorois were never given the full title to the land they had in practice before the British colonial administration. Their land was instead made subject to a trust, which gave them beneficial title, but denied them actual title. The African Commission further agrees that though for a decade they were able to exercise their traditional rights without restriction, the trust land system has proved inadequate to protect their rights.

200. The African Commission also notes the views expressed by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights which has provided a legal test for forced removal from lands which is traditionally claimed by a group of people as their property. In its "General Comment No. 4" it states that "instances of forced eviction are *prima facie* incompatible with the requirements of the Covenant and can only be justified in the *most exceptional circumstances*, and in accordance with the relevant principles of international law."¹⁰³ This view has also been reaffirmed by the United Nations Commission on Human Rights which states that forced evictions are a gross violations of human rights, and in particular the right to adequate housing.¹⁰⁴ The African Commission also notes General Comment No. 7 requiring States Parties, prior to carrying out any evictions, to explore all feasible alternatives in consultation with affected persons, with a view to avoiding, or at least minimizing, the need to use force.¹⁰⁵

201. The African Commission is also inspired by the European Commission of Human Rights. Article 1 of Protocol 1 to the European Convention states:

*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his [or her] possessions. No one shall be deprived of his [or her] possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*¹⁰⁶

202. The African Commission also refers to *Akdivar and Others v. Turkey*. The European Court held that forced evictions constitute a violation of Article 1 of Protocol 1 to the European Convention. *Akdivar and Others* involved the destruction of housing in the context of the ongoing conflict between the Government of Turkey and Kurdish separatist forces. The petitioners were forcibly evicted from their properties, which were subsequently set on fire and destroyed. It was unclear which party to the conflict was responsible. Nonetheless, the European Court held that the Government of Turkey violated both Article 8 of the European Convention and Article 1 of Protocol 1 to the European Convention because it has a duty to *both respect and protect* the rights enshrined in the European Convention and its Protocols.



203. In the instant case, the Respondent State sets out the conditions when Trust Land is set apart for whatever purpose.¹⁰⁷

204. The African Commission notes that the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, officially sanctioned by the African Commission through its 2007 Advisory Opinion, deals extensively with land rights. The jurisprudence under international law bestows the right of ownership rather than mere access. The African Commission notes that if international law were to grant access only, indigenous peoples would remain vulnerable to further violations/dispossession by the State or third parties. Ownership ensures that indigenous peoples can engage with the state and third parties as active stakeholders rather than as passive beneficiaries.¹⁰⁸

205. The Inter-American Court jurisprudence also makes it clear that mere access or *de facto* ownership of land is not compatible with principles of international law. Only *de jure* ownership can guarantee indigenous peoples' effective protection.¹⁰⁹

206. In the Saramaka case, the Court held that the State's legal framework merely grants the members of the Saramaka people a privilege to use land, which does not guarantee the right to effectively control their territory without outside interference. The Court held that, rather than a privilege to use the land, which can be taken away by the State or trumped by real property rights of third parties, members of indigenous and tribal peoples must obtain title to their territory in order to guarantee its permanent use and enjoyment. This title must be recognised and respected not only in practice but also in law in order to ensure its legal certainty. In order to obtain such title, the territory traditionally used and occupied by the members of the Saramaka people must first be delimited and demarcated, in consultation with such people and other neighbouring peoples. The situation of the Endorois is not different. The Respondent State simply wants to grant them privileges such as restricted access to ceremonial sites. This, in the opinion of the Commission, falls below internationally recognised norms. The Respondent State must grant title to their territory in order to guarantee its permanent use and enjoyment.

207. The African Commission notes that that Articles 26 and 27 of the UN Declaration on Indigenous Peoples use the term "occupied or otherwise used." This is to stress that indigenous peoples have a recognised claim to ownership to ancestral land under international law, even in the

absence of official title deeds. This was made clear in the judgment of *Awás Tingni v Nicaragua*. In the current leading international case on this issue, *The Mayagna (Sumo) Awás Tingni v Nicaragua*,¹¹⁰ the IACtHR recognised that the Inter-American Convention protected property rights "in a sense which includes, among others, the rights of members of the indigenous communities within the framework of communal property."¹¹¹ It stated that possession of the land should suffice for indigenous communities lacking real title to obtain official recognition of that property.¹¹²

208. The African Commission also notes that in the case of *Sawhoyamaxa v Paraguay*, the IACtHR, acting within the scope of its adjudicatory jurisdiction, decided on indigenous land possession in three different situations, viz: in the *Case of the Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community*, the Court pointed out that possession of the land should suffice for indigenous communities lacking real title to property of the land to obtain official recognition of that property, and for consequent registration;¹¹³ in the *Case of the Moiwana Community*, the Court considered that the members of the N'djuka people were the "legitimate owners of their traditional lands", although they did not have possession thereof, because they left them as a result of the acts of violence perpetrated against them, though in this case, the traditional lands were not occupied by third parties.¹¹⁴ Finally, in the *Case of the Indigenous Community Yakye Axa*, the Court considered that the members of the community were empowered, even under domestic law, to file claims for traditional lands and ordered the State, as measure of reparation, to individualise those lands and transfer them on a no consideration basis.¹¹⁵

209. In the view of the African Commission, the following conclusions could be drawn: (1) traditional possession of land by indigenous people has the equivalent effect as that of a state-granted full property title; (2) traditional possession entitles indigenous people to demand official recognition and registration of property title; (3) the members of indigenous peoples who have unwillingly left their traditional lands, or lost possession thereof, maintain property rights thereto, even though they lack legal title, unless the lands have been lawfully transferred to third parties in good faith; and (4) the members of indigenous peoples who have unwillingly lost possession of their lands, when those lands have been lawfully transferred to innocent third parties, are entitled to restitution thereof or to obtain other lands of equal extension and quality. Consequently, possession is not a requisite condition for the existence of indigenous land restitution rights. The instant case of the Endorois is categorised under this last conclusion. The African Commission thus agrees that the land of the Endorois has been encroached upon.

210. That such encroachment has taken place could be seen by the Endorois' inability, after being evicted from their ancestral land, to have free access to religious sites and their traditional land to graze their cattle. The African Commission is aware that access roads, gates, game lodges and a hotel have all been built on the ancestral land of the Endorois community around Lake Bogoria and imminent mining operations also threatens to cause irreparable damage to the land. The African Commission has also been notified that the Respondent State is engaged in the demarcation and sale of parts of Endorois historic lands to third parties.

211. The African Commission is aware that encroachment in itself is not a violation of Article 14 of the Charter, as long as it is done in accordance with the law. Article 14 of the African Charter indicates a two-pronged test, where that encroachment can only be conducted – “in the interest of public need or in the general interest of the community” and “in accordance with appropriate laws”. The African Commission will now assess whether an encroachment “in the interest of public need” is indeed proportionate to the point of overriding the rights of indigenous peoples to their ancestral lands. The African Commission agrees with the Complainants that the test laid out in Article 14 of the Charter is *conjunctive*, that is, in order for an encroachment not to be in violation of Article 14, it must be proven that the encroachment was in the interest of the public need/general interest of the community **and** was carried out in accordance with appropriate laws.

212. The “public interest” test is met with a much higher threshold in the case of encroachment of indigenous land rather than individual private property. In this sense, the test is much more stringent when applied to ancestral land rights of indigenous peoples. In 2005, this point was stressed by the Special Rapporteur of the United Nations Sub-Commission for the Promotion and Protection of Human Rights who published the following statement:

*Limitations, if any, on the right to indigenous peoples to their natural resources must flow only from the most urgent and compelling interest of the state. Few, if any, limitations on indigenous resource rights are appropriate, because the indigenous ownership of the resources is associated with the most important and fundamental human rights, including the right to life, food, the right to self-determination, to shelter, and the right to exist as a people.*¹¹⁶

213. Limitations on rights, such as the limitation allowed in Article 14, must be reviewed under the

principle of proportionality. The Commission notes its own conclusions that “... the justification of limitations must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which follow.”¹¹⁷ The African Commission also notes the decisive case of *Handyside v. United Kingdom*, where the ECHR stated that any condition or restriction imposed upon a right must be “proportionate to the legitimate aim pursued.”¹¹⁸

214. The African Commission is of the view that any limitations on rights must be proportionate to a legitimate need, and should be the least restrictive measures possible. In the present Communication, the African Commission holds the view that in the pursuit of creating a Game Reserve, the Respondent State has unlawfully evicted the Endorois from their ancestral land and destroyed their possessions. It is of the view that the upheaval and displacement of the Endorois from the land they call home and the denial of their property rights over their ancestral land is disproportionate to any public need served by the Game Reserve.

215. It is also of the view that even if the Game Reserve was a legitimate aim and served a public need, it could have been accomplished by alternative means proportionate to the need. From the evidence submitted both orally and in writing, it is clear that the community was willing to work with the Government in a way that respected their property rights, even if a Game Reserve was being created. In that regard, the African Commission notes its own conclusion in the *Constitutional Rights Project Case*, where it says that “a limitation may not erode a right such that the right itself becomes *illusory*.”¹¹⁹ At the point where such a right becomes *illusory*, the limitation cannot be considered proportionate – the limitation becomes a violation of the right. The African Commission agrees that the Respondent State has not only denied the Endorois community all legal rights in their ancestral land, rendering their property rights essentially *illusory*, but in the name of creating a Game Reserve and the subsequent eviction of the Endorois community from their own land, the Respondent State has violated the very essence of the right itself, and cannot justify such an interference with reference to “the general interest of the community” or a “public need.”

216. The African Commission notes that the link to the right to life, in paragraph 219 above, is particularly notable, as it is a non-derogable right under international law. Incorporating the right to life into the threshold of the “public interest test” is further confirmed by jurisprudence of the IACtHR. In *Yakye Axa v Paraguay* the Court found that the fallout from forcibly dispossessing indigenous peoples from their ancestral land could amount to an Article 4 violation (right to life) if the living conditions of the community are incompatible with



the principles of human dignity.

217. The IActHR held that one of the obligations that the State must inescapably undertake as guarantor to protect and ensure the right to life is that of generating minimum living conditions that are compatible with the dignity of the human person and of not creating conditions that hinder or impede it. In this regard, the State has the duty to take positive, concrete measures geared towards fulfilment of the right to a decent life, especially in the case of persons who are vulnerable and at risk, whose care becomes a high priority.

218. The African Commission also notes that the "disproportionate" nature of an encroachment on indigenous lands – therefore falling short of the test set out by the provisions of Article 14 of the African Charter – is to be considered an even greater violation of Article 14, when the displacement at hand was undertaken by force. Forced evictions, by their very definition, cannot be deemed to satisfy Article 14 of the Charter's test of being done "in accordance with the law". This provision must mean, at the minimum, that both Kenyan law and the relevant provisions of international law were respected. The grave nature of forced evictions could amount to a gross violation of human rights. Indeed, the United Nations Commission on Human Rights, in Resolutions 1993/77 and 2004/28, has reaffirmed that forced evictions amount to a gross violation of human rights and in particular the right to adequate housing.¹²⁰ Where such removal was forced, this would in itself suggest that the "proportionality" test has not been satisfied.

219. With respect to the "in accordance with the law" test, the Respondent State should also be able to show that the removal of the Endorois was not only in the public interest, but their removal satisfied both Kenyan and international law. If it is settled that there was a trust in favour of the Endorois, was it legally extinguished? If it was, how was it satisfied? Was the community adequately compensated? Also, did the relevant legislation creating the Game Reserve, expressly required the removal of the Endorois from their land?

220. The African Commission notes that the Respondent State does not contest the claim that the traditional lands of the Endorois people are classified as Trust Land. In fact S. 115 of the Kenyan Constitution gives effect to that claim. In the opinion of the African Commission it created a beneficial right for the Endorois over their ancestral land. This should have meant that the County Council should give effect to such rights, interest or other benefits in respect of the land.

221. The Complainants argue that the Respondent

State created the Lake Hannington Game Reserve, including the Endorois indigenous lands, on 9 November 1973. The name was changed to Lake Bogoria Game Reserve in a second notice in 1974.¹²¹ The 1974 notice was made by the Kenyan Minister for Tourism and Wildlife under the Wild Animals Protection Act (WAPA).¹²² The Complainants argue that WAPA applied to Trust Land as it did to any other land, and did not require that the land be taken out of the Trust before a Game Reserve could be declared over that land.

222. They further argue that the relevant legislation did not give authority for the removal of any individual or group occupying the land in a Game Reserve. Instead, WAPA merely prohibited the hunting, killing or capturing of animals within the Game Reserve.¹²³ The Complainants argue that despite no clear legal order asking them to relocate to another land, the Endorois community was informed from 1973 onwards that they would have to leave their ancestral lands.

223. In rebuttal, the Respondent State argues that the Constitution of Kenya provides that Trust Land may be alienated. It also states that the "Government offered adequate and prompt compensation to the affected people..."¹²⁴ As regards the Complainants' claim that the Respondent State prevented the Endorois community from accessing their other ancestral lands, Muchongoi forest, the Respondent State argues that the land in question was gazetted in 1941 by the name of Ol Arabel Forest with the implication that the land ceased being communal by virtue of the gazettelement.

224. The African Commission agrees that WAPA merely prohibited the hunting, killing or capturing of animals within the Game Reserve.¹²⁵ Additionally, the Respondent State has not been able to prove without doubt that the eviction of the Endorois community satisfied both Kenyan and international law. The African Commission is not convinced that the whole process of removing the Endorois from their ancestral land satisfied the very stringent international law provisions. Furthermore, the mere gazetting of Trust Land is not sufficient to legally extinguish the trust. WAPA should have required that the land be taken out of the Trust before a Game Reserve could be declared over that land. This means that the declaration of the Lake Bogoria Game Reserve by way of the 1974 notice did not affect the status of the Endorois land as Trust Land. The obligation of Baringo and Koibatek County Councils to give effect to the rights and interests of the Endorois people continued. That also has to be read in conjunction with the concept of adequate compensation. The African Commission is in agreement with the Complainants that the only way under Kenyan law in which Endorois benefit under the trust could have been dissolved is if the County

Council or the President of Kenya had “set apart” the land. However, the Trust Land Act required that to be legal, such setting apart of the land must be published in the Kenyan Gazette.¹²⁶

225. Two further elements of the „in accordance with the law’ test relate to the requirements of **consultation** and **compensation**.

226. In terms of consultation, the threshold is especially stringent in favour of indigenous peoples, as it also requires that *consent* be accorded. Failure to observe the obligations to consult and to seek consent – or to compensate * ultimately results in a violation of the right to property.

227. In the Saramaka case, in order to guarantee that restrictions to the property rights of the members of the Saramaka people by the issuance of concessions within their territory do not amount to a denial of their survival as a tribal people, the Court stated that the State must abide by the following three safeguards: first, ensure the effective participation of the members of the Saramaka people, in conformity with their customs and traditions, regarding any development, investment, exploration or extraction plan within Saramaka territory; second, guarantee that the Saramakas will receive a reasonable benefit from any such plan within their territory; third, ensure that no concession will be issued within Saramaka territory unless and until independent and technically capable entities, with the State’s supervision, perform a prior environmental and social impact assessment. These safeguards are intended to preserve, protect and guarantee the special relationship that the members of the Saramaka community have with their territory, which in turn ensures their survival as a tribal people.

228. In the instant case, the African Commission is of the view that no effective participation was allowed for the Endorois, nor has there been any reasonable benefit enjoyed by the community. Moreover, a *prior* environment and social impact assessment was not carried out. The absence of these three elements of the “test” is tantamount to a violation of Article 14, the right to property, under the Charter. The failure to guarantee effective participation and to guarantee a reasonable share in the profits of the Game Reserve (or other adequate forms of compensation) also extends to a violation of the right to development.

229. On the issue of compensation, the Respondent State in rebutting the Complainants’ allegations that inadequate compensation was paid, argues that the Complainants do not contest that a form of compensation was done, but that they have only pleaded that about 170 families were

compensated. It further argues that, if at all the compensations paid was not adequate, the Trust Land Act provides for a procedure for appeal, for the amount and the people who feel that they are denied compensation over their interest.

230. The Respondent State does not deny the Complainants’ allegations that in 1986, of the 170 families evicted in late 1973, from their homes within the Lake Bogoria Game Reserve, each receiving around 3,150 Kshs (at the time, this was equivalent to approximately £30). Such payment was made some 13 years after the first eviction. It does not also deny the allegation that £30 did not represent the market value of the land gazetted as Lake Bogoria Game Reserve. It also does not deny that the Kenyan authorities have themselves recognised that the payment of 3,150 Kshs per family amounted only to “relocation assistance”, and does not constitute full compensation for loss of land.

231. The African Commission is of the view that the Respondent State did not pay the prompt, full compensation as required by the Constitution. It is of the view that Kenyan law has not been complied with and that though some members of the Endorois community accepted limited monetary compensation that did not mean that they accepted it as full compensation, or indeed that they accepted the loss of their land.

232. The African Commission notes the observations of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which, amongst other provisions for restitutions and compensations, states:

*Indigenous peoples have the right to restitution of the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used; and which have been confiscated, occupied, used or damaged without their free and informed consent. Where this is not possible, they have the right to just and fair compensation. Unless otherwise freely agreed upon by the peoples concerned, compensation shall take the form of lands, territories and resources equal in quality, size and legal status.*¹²⁷

233. In the case of *Yakye Axa v Paraguay* the Court established that any violation of an international obligation that has caused damage entails the duty to provide appropriate reparations.¹²⁸ To this end, Article 63(1) of the American Convention establishes that:

[i]f the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by th[e] Convention,



the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.

234. The Court said that once it has been proved that land restitution rights are still current, the State must take the necessary actions to return them to the members of the indigenous people claiming them. However, as the Court has pointed out, when a State is unable, **on objective and reasonable grounds**, to adopt measures aimed at returning traditional lands and communal resources to indigenous populations, it must surrender alternative lands of equal extension and quality, which will be chosen by agreement with the members of the indigenous peoples, according to their own consultation and decision procedures.¹²⁹This was not the case in respect of the Endorois. The land given them is not of equal quality.

235. The reasons of the Government in the instant Communication are questionable for several reasons including: (a) the contested land is the site of a conservation area, and the Endorois – as the ancestral guardians of that land * are best equipped to maintain its delicate ecosystems; (b) the Endorois are prepared to continue the conservation work begun by the Government; (c) no other community have settled on the land in question, and even if that is the case, the Respondent State is obliged to rectify that situation,¹³⁰(d) the land has not been spoliated and is thus inhabitable; (e) continued dispossession and alienation from their ancestral land continues to threaten the cultural survival of the Endorois' way of life, a consequence which clearly tips the proportionality argument on the side of indigenous peoples under international law.

236. It seems also to the African Commission that the amount of £30 as compensation for one's ancestral home land flies in the face of common sense and fairness.

237. The African Commission notes the detailed recommendations regarding compensation payable to displaced or evicted persons developed by the United Nations Sub*Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.¹³¹These recommendations, which have been considered and applied by the European Court of Human Rights,¹³²set out the following principles for compensation on loss of land: Displaced persons should be (i) compensated for their losses at full replacement cost prior to the actual move; (ii) assisted with the move and supported during the

transition period in the resettlement site; and (iii) assisted in their efforts to improve upon their former living standards, income earning capacity and production levels, or at least to restore them. These recommendations could be followed if the Respondent State is interested in giving a fair compensation to the Endorois.

238. *Taking all the submissions of both parties, the African Commission agrees with the Complainants that the Property of the Endorois people has been severely encroached upon and continues to be so encroached upon. The encroachment is not proportionate to any public need and is not in accordance with national and international law. Accordingly, the African Commission finds for the Complainants that the Endorois as a distinct people have suffered a violation of Article 14 of the Charter.*

Alleged Violation of Article 17 (2) and (3)

239. The Complainants allege that the Endorois' cultural rights have been violated on two counts: first, the community has faced systematic restrictions on access to cultural sites and, second, that the cultural rights of the community have been violated by the serious damage caused by the Kenyan Authorities to their pastoralist way of life.

240. The Respondent State denies the allegation claiming that access to the forest areas was always permitted, subject to administrative procedures. The Respondent State also submits that in some instances some communities have allowed political issues to be disguised as cultural practices and in the process they endanger the peaceful coexistence with other communities. The Respondent State does not substantiate who these "communities" or what these "political issues to be disguised as cultural practices" are.

241. The African Commission is of the view that protecting human rights goes beyond the duty not to destroy or deliberately weaken minority groups, but requires respect for, and protection of, their religious and cultural heritage essential to their group identity, including buildings and sites such as libraries, churches, mosques, temples and synagogues. Both the Complainants and the Respondent State seem to agree on that. It notes that Article 17 of the Charter is of a dual dimension in both its individual and collective nature, protecting, on the one hand, individuals' participation in the cultural life of their community and, on the other hand, obliging the state to promote and protect traditional values recognised by a community. It thus understands culture to mean that complex whole which includes a spiritual and physical association with one's ancestral land, knowledge, belief, art, law, morals, customs, and



any other capabilities and habits acquired by humankind as a member of society * the sum total of the material and spiritual activities and products of a given social group that distinguish it from other similar groups. It has also understood cultural identity to encompass a group's religion, language, and other defining characteristics.¹³³

242. The African Commission notes that the preamble of the African Charter acknowledges that "civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights ... social, cultural rights are a guarantee for the enjoyment of civil and political rights", ideas which influenced the 1976 African Cultural Charter which in its preamble highlights "the inalienable right [of any people] to organise its cultural life in full harmony with its political, economic, social, philosophical and spiritual ideas."¹³⁴ Article 3 of the same Charter states that culture is a source of mutual enrichment for various communities.¹³⁵

243. This Commission also notes the views of the Human Rights Committee with regard to the exercise of the cultural rights protected under Article 27 of the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. The Committee observes that "culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of *land resources*, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them."¹³⁶

244. The African Commission notes that a common theme that usually runs through the debate about culture and its violation is the association with one's ancestral land. It notes that its own Working Group on Indigenous Populations/Communities has observed that dispossession of land and its resources is "a major human rights problem for indigenous peoples."¹³⁷ It further notes that a Report from the Working Group has also emphasised that dispossession "threatens the economic, social and *cultural survival* of indigenous pastoralist and hunter*gatherer communities."¹³⁸

245. In the case of indigenous communities in Kenya, the African Commission notes the critical "Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People in Kenya" that "their *livelihoods and cultures have been traditionally discriminated against* and their lack of legal recognition and empowerment reflects their social, political and economic marginalization."¹³⁹ He also said that the

principal human rights issues they face "relate to the loss and environmental degradation of their land, traditional forests and natural resources, as a result of dispossession in colonial times and in the post*independence period. In recent decades, inappropriate development and conservationist policies have aggravated the violation of their economic, social and *cultural rights*."¹⁴⁰

246. The African Commission is of the view that in its interpretation of the African Charter, it has recognised the duty of the state to tolerate diversity and to introduce measures that protect identity groups different from those of the majority/dominant group. It has thus interpreted Article 17(2) as requiring governments to take measures "aimed at the conservation, development and diffusion of culture," such as promoting "cultural identity as a factor of mutual appreciation among individuals, groups, nations and regions; ..promoting awareness and enjoyment of cultural heritage of national ethnic groups and minorities and of indigenous sectors of the population."¹⁴¹

247. The African Commission's WGIP has further highlighted the importance of creating spaces for dominant and indigenous cultures to co*exist. The WGIP notes with concern that:

*Indigenous communities have in so many cases been pushed out of their traditional areas to give way for the economic interests of other more dominant groups and to large scale development initiatives that tend to destroy their lives and cultures rather than improve their situation.*¹⁴²

248. The African Commission is of the opinion that the Respondent State has a higher duty in terms of taking positive steps to protect groups and communities like the Endorois,¹⁴³ but also to promote cultural rights including the creation of opportunities, policies, institutions, or other mechanisms that allow for different cultures and ways of life to exist, develop in view of the challenges facing indigenous communities. These challenges include exclusion, exploitation, discrimination and extreme poverty; displacement from their traditional territories and deprivation of their means of subsistence; lack of participation in decisions affecting the lives of the communities; forced assimilation and negative social statistics among other issues and, at times, indigenous communities suffer from direct violence and persecution, while some even face the danger of extinction.¹⁴⁴

249. In its analysis of Article 17 of the African Charter, the African Commission is aware that unlike Articles 8 and 14, Article 17 has no claw*back clause. The absence of a claw*back clause is



an indication that the drafters of the Charter envisaged few, if any, circumstances in which it would be appropriate to limit a people's right to culture. It further notes that even if the Respondent State were to put some limitation on the exercise of such a right, the restriction must be proportionate to a legitimate aim that does not interfere adversely on the exercise of a community's cultural rights. Thus, even if the creation of the Game Reserve constitutes a legitimate aim, the Respondent State's failure to secure access, as of right, for the celebration of the cultural festival and rituals cannot be deemed proportionate to that aim. The Commission is of the view that the cultural activities of the Endorois community pose no harm to the ecosystem of the Game Reserve and the restriction of cultural rights could not be justified, especially as no suitable alternative was given to the community.

250. It is the opinion of the African Commission that the Respondent State has overlooked that the universal appeal of great culture lies in its particulars and that imposing burdensome laws or rules on culture undermines its enduring aspects. The Respondent State has not taken into consideration the fact that by restricting access to Lake Bogoria, it has denied the community access to an integrated system of beliefs, values, norms, mores, traditions and artifacts closely linked to access to the Lake.

251. By forcing the community to live on semi-arid lands without access to medicinal salt licks and other vital resources for the health of their livestock, the Respondent State have created a major threat to the Endorois pastoralist way of life. It is of the view that the very essence of the Endorois' right to culture has been denied, rendering the right, to all intents and purposes, illusory. Accordingly, the Respondent State is found to have violated Article 17(2) and (3) of the Charter.

Alleged Violation of Article 21

252. The Complainants allege that the Endorois community has been unable to access the vital resources in the Lake Bogoria region since their eviction from the Game Reserve.

253. The Respondent State denies the allegation. It argues that it is of the view that the Complainants have immensely benefited from the tourism and mineral prospecting activities noting for example:

7. Proceeds from the Game Reserve have been utilised to finance a number of projects in the area, such as schools, health facilities, wells and roads.

8. Since the discovery of ruby minerals in the Weseges area near Lake Bogoria, three companies have been issued with prospecting licences, noting that two out of three companies belong to the community, including the Endorois. In addition, the company which does not consist of the locals, namely Corby Ltd, entered into an agreement with the community, binding itself to deliver some benefits to the latter in terms of supporting community projects. It states that it is evident (from the minutes of a meeting of the community and the company) that the company is ready to undertake a project in the form of an access road to the prospecting site for the community's and prospecting company's use.

9. The Respondent State also argues that the mineral prospecting activities are taking place outside the Lake Bogoria Game Reserve, which means that the land is not the subject matter of the Applicants' complaint.

254. The Respondent State also argue that the community has been holding consultations with Corby Ltd., as evidence by the agreement between them is a clear manifestation of the extent to which the former participants in the decisions touch on the exploitation of the natural resources and the sharing of the benefits emanating therefrom.

255. The African Commission notes that in *The Ogoni case* the right to natural resources contained within their traditional lands is also vested in the indigenous people, making it clear that a people inhabiting a specific region within a state could also claim under Article 21 of the African Charter.¹⁴⁵ The Respondent State does not give enough evidence to substantiate the claim that the Complainants have immensely benefited from the tourism and mineral prospecting activities.

256. The African Commission notes that proceeds from the Game Reserve have been used to finance a lot of useful projects, "a fact" that the Complainants do not contest. The African Commission, however, refers to cases in the Inter-American Human Rights system to understand this area of the law. The American Convention does not have an equivalent of the African Charter's Article 21 on the Right to Natural Resources. It therefore reads the right to natural resources into the right to property (Article 21 of the American Convention), and in turn applies similar limitation rights on the issue of natural resources as it does on limitations of the right to property. The "test" in both cases makes

for a much higher threshold when potential spoliation or development of the land is affecting indigenous land.

257. In the *Saramaka* case and Inter-American case law, an issue that flows from the IActHR assertion that the members of the Saramaka people have a right to use and enjoy their territory in accordance with their traditions and customs is the issue of the right to the use and enjoyment of the natural resources that lie on and within the land, including subsoil natural resources. In the *Saramaka* case both the State and the members of the Saramaka people claim a right to these natural resources. The Saramakas claim that their right to use and enjoy all such natural resources is a necessary condition for the enjoyment of their right to property under Article 21 of the Convention. The State argued that all rights to land, particularly its subsoil natural resources, are vested in the State, which it can freely dispose of these resources through concessions to third parties.

258. The IActHR addressed this complex issue in the following order: first, the right of the members of the Saramaka people to use and enjoy the natural resources that lie on and within their traditionally owned territory; second, the State's grant of concessions for the exploration and extraction of natural resources, including subsoil resources found within Saramaka territory; and finally, the fulfilment of international law guarantees regarding the exploration extraction concessions already issued by the State.

259. First, the IActHR analysed whether and to what extent the members of the Saramaka people have a right to use and enjoy the natural resources that lie on and within their traditionally owned territory. The State did not contest that the Saramakas have traditionally used and occupied certain lands for centuries, or that the Saramakas have an "interest" in the territory they have traditionally used in accordance with their customs. The controversy was the nature and scope of the said interest. In accordance with Suriname's legal and constitutional framework, the Saramakas do not have property rights *per se*, but rather merely a privilege or permission to use and occupy the land in question. According to Article 41 of the Constitution of Suriname, and Article 2 of its 1986 Mining Decree, ownership rights of all natural resources are vested in the State. For this reason, the State claimed to have an inalienable right to the exploration and exploitation of those resources. On the other hand, the customary laws of the Saramaka people give them a right over all natural resources within its traditional territory.

260. The IActHR held that the cultural and economic survival of indigenous and tribal peoples

and their members depends on their access and use of the natural resources in their territory that are related to their culture and are found therein, and that Article 21 of the Inter-American Convention protects their right to such natural resources. The Court further said that in accordance with their previous jurisprudence as stated in the *Yakye Axa* and *Sawhoyamaya* cases, members of tribal and indigenous communities have the right to own the natural resources they have traditionally used within their territory for the same reasons that they have a right to own the land they have traditionally used and occupied for centuries. Without them, the very physical and cultural survival of such peoples is at stake;¹⁴⁶ hence, the Court opined, the need to protect the lands and resources they have traditionally used to prevent their extinction as a people. It said that the aim and purpose of special measures required on behalf of members of indigenous and tribal communities is to guarantee that they may continue living their traditional way of life, and that their distinct cultural identity, social structure, economic system, customs, beliefs and traditions are respected, guaranteed and protected by states.

261. But the Court further said that the natural resources found on and within indigenous and tribal people's territories that are protected under Article 21 (of the American Convention) are those natural resources traditionally used and necessary for the very survival, development and continuation of such people's way of life.¹⁴⁷

262. In the *Saramaka* case, the Court had to determine which natural resources found on and within the Saramaka people's territory are essential for the survival of their way of life, and are thus protected under Article 21 of the Convention. This has direct relevance to the matter in front of the African Commission, given the ruby mining concessions which were taking place on lands, both ancestral and adjacent to Endorois ancestral land, and which the Complainants allege poisoned the only remaining water source to which the Endorois had access.

263. The African Commission notes the opinion of the IActHR in the *Saramaka* case as regards the issue of permissible limitations. The State of Suriname had argued that, should the Court recognise a right of the members of the Saramaka people to the natural resources found within traditionally owned lands, this right must be limited to those resources traditionally used for their subsistence, cultural and religious activities. According to the State, the alleged land rights of the Saramakas would not include any interests on forests or minerals beyond what the tribe traditionally possesses and uses for subsistence (agriculture, hunting, fishing etc), and the religious and cultural needs of its people.



264. The Court opined that while it is true that all exploration and extraction activity in the Saramaka territory could affect, to a greater or lesser degree, the use and enjoyment of some natural resource traditionally used for the subsistence of the Saramakas, it is also true that Article 21 of the Convention should not be interpreted in a way that prevents the State from granting any type of concession for the exploration and extraction of natural resources within Saramaka territory. The Court observed that this natural resource is likely to be affected by extraction activities related to other natural resources that are not traditionally used by or essential for the survival of the Saramaka community and, consequently, their members. That is, the extraction of one natural resource is most likely to affect the use and enjoyment of other natural resources that are necessary for the survival of the Saramakas.

265. Nevertheless, the Court said that protection of the right to property under Article 21 of the Convention is not absolute and therefore does not allow for such a strict interpretation. The Court also recognised the interconnectedness between the right of members of indigenous and tribal peoples to the use and enjoyment of their lands and their right to those resources necessary for their survival but that these property rights, like many other rights recognised in the Convention, are subject to certain limitations and restrictions. In this sense, Article 21 of the Convention states that the "law may subordinate [the] use and enjoyment [of property] to the interest of society." *But the Court also said that it had previously held that, in accordance with Article 21 of the Convention, a State may restrict the use and enjoyment of the right to property, where the restrictions are: a) previously established by law; b) necessary; c) proportional, and d) with the aim of achieving a legitimate objective in a democratic society.*¹⁴⁸

266. The Saramaka case is analogous to the instant case with respect to ruby mining. The IActHR analysed whether gold mining concessions within traditional Saramaka territory have affected natural resources that have been traditionally used and are necessary for the survival of the members of the Saramaka community. According to the evidence submitted before the Court, the Saramaka community, traditionally, did not use gold as part of their cultural identity or economic system. Despite possible individual exceptions, the Saramaka community do not identify themselves with gold nor have demonstrated a particular relationship with this natural resource, other than claiming a general right to "own everything, from the very top of the trees to the very deepest place that you could go under the ground." Nevertheless, the Court stated that, because any gold mining activity within Saramaka territory will necessarily affect other

natural resources necessary for the survival of the Saramakas, such as waterways, the State has a duty to consult with them, in conformity with their traditions and customs, regarding any proposed mining concession within Saramaka territory, as well as allow the members of the community to reasonably participate in the benefits derived from any such possible concession, and perform or supervise an assessment on the environmental and social impact prior to the commencement of the project. The same analysis would apply regarding concessions in the instant case of the Endorois.

267. In the instant case of the Endorois, the Respondent State has a duty to evaluate whether a restriction of these private property rights is necessary to preserve the survival of the Endorois community. The African Commission is aware that the Endorois do not have an attachment to ruby. Nevertheless, it is instructive to note that the African Commission decided in *The Ogoni* case that the right to natural resources contained within their traditional lands vested in the indigenous people. This decision made clear that a people inhabiting a specific region within a state can claim the protection of Article 21.¹⁴⁹ Article 14 of the African Charter indicates that the two-pronged test of "in the interest of public need or in the general interest of the community" and "in accordance with appropriate laws" should be satisfied.

268. As far as the African Commission is aware, that has not been done by the Respondent State. The African Commission is of the view the Endorois have the right to freely dispose of their wealth and natural resources in consultation with the Respondent State. Article 21(2) also concerns the obligations of a State Party to the African Charter in cases of a violation by spoliation, through provision for restitution and compensation. *The Endorois have never received adequate compensation or restitution of their land. Accordingly, the Respondent State is found to have violated Article 21 of the Charter.*

Alleged Violation of Article 22

269. The Complainants allege that the Endorois' right to development have been violated as a result of the Respondent State's creation of a Game Reserve and the Respondent State's failure to adequately involve the Endorois in the development process.

270. In rebutting the Complainants' allegations, the Respondent State argues that the task of communities within a participatory democracy is to contribute to the well-being of society at large and not only to care selfishly for one's own community at the risk of others. It argues that the Baringo and Koibatek Country Councils are not only representing the Endorois, but other clans of the

Tugen tribe, of which the Endorois are only a clan. However, to avoid the temptation of one community domineering the other, the Kenyan political system embraces the principle of a participatory model of community through regular competitive election for representatives in those councils. It states that elections are by adult suffrage and are free and fair.

271. The Respondent State also submits it has instituted an ambitious programme for universal free primary education and an agricultural recovery programme which is aimed at increasing the household incomes of the rural poor, including the Endorois; and initiated programmes for the equitable distribution of budgetary resources through the Constituency Development Fund, Constituency Bursary Funds, Constituency Aids Committees and District Roads Board.

272. It adds that for a long time, tourism in Kenya has been on the decline. This, it argues, has been occasioned primarily by the ethnic disturbance in the Coast and the Rift Valley provinces which are the major tourist circuits in Kenya, of which the complainants land falls and therefore it is expected that the Country Councils of Baringo and Koibatek were affected by the economic down turn.

273. Further rebutting the allegations of the Complainants, the Respondent State argues that the Complainants state in paragraph 239 of their Merits brief that due to lack of access to the salts licks and their usual pasture, their cattle died in large numbers, thereby making them unable to pay their taxes and that, consequently, the government took away more cattle in tax; and that they were also unable to pay for primary and secondary education for their children is utterly erroneous as tax is charged on income. According to the Respondent State it argues that if the Endorois were not able to raise income which amounts to the taxable brackets from their animal husbandry, they were obviously not taxed. The Respondent State adds that this allegation is false and intended to portray the Government in bad light.

274. The Respondent State argues that the Complainants allege that the consultations that took place were not in "good faith" or with the objective of achieving agreement or consent, and furthermore that the Respondent State failed to honour the promises made to the Endorois community with respect to revenue sharing from the Game Reserve, having a certain percentage of jobs, relocation to fertile land and compensation. The Respondent State accuses the Complainants of attempting to mislead the African Commission because the County Council collects all the revenues in the case of Game Reserves and such revenues are ploughed back to the communities within the

jurisdictions of the County Council through development projects carried out by the County Council.

275. Responding to the allegation that the Game Reserve made it particularly difficult for the Endorois to access basic herbal medicine necessary for maintaining a healthy life, the Respondent State argues that the prime purpose of gazetting the National Reserve is conservation. Also responding to the claim that the Respondent State has granted several mining and logging concessions to third parties, and from which the Endorois have not benefited, the Respondent State asserts that the community has been well informed of those prospecting for minerals in the area. It further states that the community's mining committee had entered into an agreement with the Kenyan company prospecting for minerals, implying that the Endorois are fully involved in all community decisions.

276. The Respondent State also argues that the community is represented in the Country Council by its elected councillors, therefore presenting the community the opportunity to always be represented in the forum where decisions are made pertaining to development. The Respondent State argues that all the decisions complained about have had to be decided upon by a full council meeting.

277. The African Commission is of the view that the right to development is a two*pronged test, that it is both *constitutive* and *instrumental*, or useful as both a means and an end. A violation of either the procedural or substantive element constitutes a violation of the right to development. Fulfilling only one of the two prongs will not satisfy the right to development. The African Commission notes the Complainants' arguments that recognising the right to development requires fulfilling five main criteria: it must be equitable, non*discriminatory, participatory, accountable, and transparent, with equity and choice as important, over*arching themes in the right to development.¹⁵⁰

278. In that regard it takes note of the report of the UN Independent Expert who said that development is not simply the state providing, for example, housing for particular individuals or peoples; development is instead about providing people with the ability to choose where to live. He states "... the state or any other authority cannot decide arbitrarily where an individual should live just because the supplies of such housing are made available". Freedom of choice must be present as a part of the right to development.¹⁵¹

279. The Endorois believe that they had no choice but to leave the Lake and when some of them tried to reoccupy their former land and houses they were



met with violence and forced relocations. The Complainants argue this lack of choice directly contradicts the guarantees of the right to development. The African Commission also notes a Report produced for the UN Working Group on Indigenous Populations requiring that "indigenous peoples are not coerced, pressured or intimidated in their choices of development."¹⁵² Had the Respondent State allowed conditions to facilitate the right to development as in the African Charter, the development of the Game Reserve would have increased the capabilities of the Endorois, as they would have had a possibility to benefit from the Game Reserve. However, the forced evictions eliminated any choice as to where they would live.

280. The African Commission notes the Respondent State's submissions that the community is well represented in the decision making structure, but this is disputed by the Complainants. In paragraph 27 of the Complainants Merits brief, they allege that the Endorois have no say in the management of their ancestral land. The EWC, the representative body of the Endorois community, have been refused registration, thus denying the right of the Endorois to fair and legitimate consultation. The Complainants further allege that the failure to register the EWC has often led to illegitimate consultations taking place, with the authorities selecting particular individuals to lend their consent "on behalf" of the community.

281. The African Commission notes that its own standards state that a Government must consult with respect to indigenous peoples especially when dealing with sensitive issues as land.¹⁵³ The African Commission agrees with the Complainants that the consultations that the Respondent State did undertake with the community were inadequate and cannot be considered effective participation. The conditions of the consultation failed to fulfil the African Commission's standard of consultations in a form appropriate to the circumstances. It is convinced that community members were informed of the impending project as a *fait accompli*, and not given an opportunity to shape the policies or their role in the Game Reserve.

282. Furthermore, the community representatives were in an unequal bargaining position, an accusation not denied or argued by the Respondent State, being both illiterate and having a far different understanding of property use and ownership than that of the Kenyan Authorities. The African Commission agrees that it was incumbent upon the Respondent State to conduct the consultation process in such a manner that allowed the representatives to be fully informed of the agreement, and participate in developing parts crucial to the life of the community. It also agrees with the Complainants that the inadequacy of the consultation undertaken by the Respondent State is

underscored by Endorois' actions after the creation of the Game Reserve. The Endorois believed, and continued to believe even after their eviction, that the Game Reserve and their pastoralist way of life would not be mutually exclusive and that they would have a right of re*entry on to their land. In failing to understand their permanent eviction, many families did not leave the location until 1986.

283. The African Commission wishes to draw the attention of the Respondent State that Article 2(3) of the UN Declaration on Development notes that the right to development includes "active, free and meaningful participation in development".¹⁵⁴ The result of development should be empowerment of the Endorois community. It is not sufficient for the Kenyan Authorities merely to give food aid to the Endorois. The capabilities and choices of the Endorois must improve in order for the right to development to be realised.

284. The case of the Yakye Axa is instructive. The Inter*American Court found that the members of the Yakye Axa community live in extremely destitute conditions as a consequence of lack of land and access to natural resources, caused by the facts that were the subject matter of proceedings in front of the Court as well as the precariousness of the temporary settlement where they have had to remain, waiting for a solution to their land claim.

285. The IActHR noted that, according to statements from members of the Yakye Axa community during the public hearing, the members of that community might have been able to obtain part of the means necessary for their subsistence if they had been in possession of their traditional lands. Displacement of the members of the community from those lands has caused special and grave difficulties to obtain food, primarily because the area where their temporary settlement is located does not have appropriate conditions for cultivation or to practice their traditional subsistence activities, such as hunting, fishing, and gathering. Furthermore, in this settlement the members of the Yakye Axa Community do not have access to appropriate housing with the basic minimum services, such as clean water and toilets.

286. The precariousness of the Endorois' post*dispossession settlement has had similar effects. No collective land of equal value was ever accorded (thus failing the test of "in accordance with the law", as the law requires adequate compensation). The Endorois were relegated to semi*arid land, which proved unsustainable for pastoralism, especially in view of the strict prohibition on access to the Lake area's medicinal salt licks or traditional water sources. Few Endorois got individual titles in the Mochongoi Forest, though the majority live on the arid land on the outskirts of the Reserve.¹⁵⁵

287. In the case of the Yakye Axa community, the Court established that the State did not guarantee the right of the members of the Yakye Axa community to communal property. The Court deemed that this had a negative effect on the right of the members of the community to a decent life, because it deprived them of the possibility of access to their traditional means of subsistence, as well as to the use and enjoyment of the natural resources necessary to obtain clean water and to practice traditional medicine to prevent and cure illnesses.

288. In the instant Communication in front of the African Commission, video evidence from the Complainants shows that access to clean drinking water was severely undermined as a result of loss of their ancestral land (Lake Bogoria) which has ample fresh water sources. Similarly, their traditional means of subsistence – through grazing their animals – has been curtailed due to lack of access to the green pastures of their traditional land. Elders commonly cite having lost more than half of their cattle since the displacement.¹⁵⁶ The African Commission is of the view that the Respondent State has done very little to provide necessary assistance in these respects.

289. Closely allied with the right to development is the issue of participation. The IActHR has stated that in ensuring the effective participation of the Saramaka people in development or investment plans within their territory, the State has a duty to actively consult with the said community according to their customs and traditions. This duty requires the State to both accept and disseminate information, and entails constant communication between the parties. These consultations must be in good faith, through culturally appropriate procedures and with the objective of reaching an agreement.

290. In the instant Communication, even though the Respondent State says that it has consulted with the Endorois community, the African Commission is of the view that this consultation was not sufficient. It is convinced that the Respondent State did not obtain the prior, informed consent of all the Endorois before designating their land as a Game Reserve and commencing their eviction. The Respondent State did not impress upon the Endorois any understanding that they would be denied all rights of return to their land, including unfettered access to grazing land and the medicinal salt licks for their cattle. The African Commission agrees that the Complainants had a legitimate expectation that even after their initial eviction, they would be allowed access to their land for religious ceremonies and medicinal purposes – the reason, in fact why they are in front of the African Commission.

291. Additionally, the African Commission is of the view that any development or investment projects that would have a major impact within the Endorois territory, the State has a duty not only to consult with the community, but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions.

292. From the oral testimony and even the written brief submitted by the Complainants, the African Commission is informed that the Endorois representatives who represented the community in discussions with the Respondent State were illiterates, impairing their ability to understand the documents produced by the Respondent State. The Respondent State did not contest that statement. The African Commission agrees with the Complainants that the Respondent State did not ensure that the Endorois were accurately informed of the nature and consequences of the process, a minimum requirement set out by the Inter-American Commission in the *Dann* case.¹⁵⁷

293. In this sense, it is important to note that the U.N. Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People observed that: “[w]herever [large-scale projects] occur in areas occupied by indigenous peoples it is likely that their communities will undergo profound social and economic changes that are frequently not well understood, much less foreseen, by the authorities in charge of promoting them. [...] The principal human rights effects of these projects for indigenous peoples relate to loss of traditional territories and land, eviction, migration and eventual resettlement, depletion of resources necessary for physical and cultural survival, destruction and pollution of the traditional environment, social and community disorganization, long-term negative health and nutritional impacts as well as, in some cases, harassment and violence.”¹⁵⁸ Consequently, the U.N. Special Rapporteur determined that “[f]ree, prior and informed consent is essential for the [protection of] human rights of indigenous peoples in relation to major development projects.”¹⁵⁹

294. In relation to benefit sharing, the IActHR in the Saramaka case said that benefit sharing is vital both in relation to the right to development and by extension the right to own property. The right to development will be violated when the development in question decreases the well-being of the community. The African Commission similarly notes that the concept of benefit-sharing also serves as an important indicator of compliance for property rights; failure to duly compensate (even if the other criteria of legitimate aim and proportionality are satisfied) result in a violation of the right to property.



295. The African Commission further notes that in the 1990 "African Charter on Popular Participation in Development and Transformation" benefit sharing is key to the development process. In the present context of the Endorois, the right to obtain "just compensation" in the spirit of the African Charter translates into a right of the members of the Endorois community to reasonably share in the benefits made as a result of a restriction or deprivation of their right to the use and enjoyment of their traditional lands and of those natural resources necessary for their survival.

296. In this sense, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination has recommended not only that the prior informed consent of communities must be sought when major exploitation activities are planned in indigenous territories but also "that the equitable sharing of benefits to be derived from such exploitation be ensured." In the instant case, the Respondent State should ensure mutually acceptable benefit sharing. In this context, pursuant to the spirit of the African Charter benefit sharing may be understood as a form of reasonable equitable compensation resulting from the exploitation of traditionally owned lands and of those natural resources necessary for the survival of the Endorois community.

297. The African Commission is convinced that the inadequacy of the consultations left the Endorois feeling disenfranchised from a process of utmost importance to their life as a people. Resentment of the unfairness with which they had been treated inspired some members of the community to try to reclaim the Mochongoi Forest in 1974 and 1984, meet with the President to discuss the matter in 1994 and 1995, and protest the actions in peaceful demonstrations. The African Commission agrees that if consultations had been conducted in a manner that effectively involved the Endorois, there would have been no ensuing confusion as to their rights or resentment that their consent had been wrongfully gained. It is also convinced that they have faced substantive losses * the actual loss in well-being and the denial of benefits accruing from the Game Reserve. Furthermore, the Endorois have faced a significant loss in choice since their eviction from the land. It agrees that the Endorois, as beneficiaries of the development process, were entitled to an equitable distribution of the benefits derived from the Game Reserve.

298. The African Commission is of the view that the Respondent State bears the burden for creating conditions favourable to a people's development.¹⁶⁰ It is certainly not the responsibility of the Endorois themselves to find alternate places to graze their cattle or partake in religious

ceremonies. The Respondent State, instead, is obligated to ensure that the Endorois are not left out of the development process or benefits. The African Commission agrees that the failure to provide adequate compensation and benefits, or provide suitable land for grazing indicates that the Respondent State did not adequately provide for the Endorois in the development process.

It finds against the Respondent State that the Endorois community has suffered a violation of Article 22 of the Charter.

Recommendations

1. In view of the above, the African Commission finds that the Respondent State is in violation of Articles 1, 8, 14, 17, 21 and 22 of the African Charter. The African Commission recommends that the Respondent State:

- a. Recognise rights of ownership to the Endorois and Restitute Endorois ancestral land.
- b. Ensure that the Endorois community has unrestricted access to Lake Bogoria and surrounding sites for religious and cultural rites and for grazing their cattle.
- c. Pay adequate compensation to the community for all the loss suffered.
- d. Pay royalties to the Endorois from existing economic activities and ensure that they benefit from employment possibilities within the Reserve.
- e. Grant registration to the Endorois Welfare Committee.
- f. Engage in dialogue with the Complainants for the effective implementation of these recommendations.
- g. Report on the implementation of these recommendations within three months from the date of notification.

2. The African Commission avails its good offices to assist the parties in the implementation of these recommendations.

NOTES

¹ The Endorois have sometimes been classified as a sub-tribe of the Tugen tribe of the Kalenjin group. Under the 1999 census, the Endorois were counted as part of the Kalenjin group, made up of the Nandi, Kipsigis, Keiro, Tugen and Marakwet among others.

² *William Yatich Sitetalia, William Arap Ngasia et al. v. Baringo Country Council*, High Court Judgment of 19 April 2002, Civil Case No. 183 of 2000, p. 6.

³ Depending on the context, *Kenyan Authorities* and *Respondent State* are used in this text interchangeably to mean the Government of Kenya.

⁴ *Op cit*, paras 3, 4 and 5 of this Communication, where the Complainants advance arguments to prove ownership of their land.

⁵ *Op cit*, paras 3, 4 and 5. 13.

⁶ *The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96, (2001), para. 40. 14.

⁷ *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), para. 45.

⁸ See World Wildlife Federation Report, p. 18, para. 2.2.7.

⁹ *Amnesty International and Others v. Sudan*, (1999) African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm No. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (hereinafter *Amnesty International v. Sudan*).

¹⁰ See Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994), Article 13.

¹¹ *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Baron Guttlein and Rodolfo Izal Elorz/Mexico*, (1999) Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 49/99, Case 11.610.

¹² *Dianna Ortiz v. Guatemala*, (1997) Inter-American Commission on Human Rights, Report 31/96, Case No. 10.526.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ World Wildlife Federation, Lake Bogoria National Reserve Draft Management Plan, July 2004.

¹⁵ Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994), Article 13.

¹⁶ *Amnesty International v. Zambia*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 212/98 (1999).

¹⁷ Report of the African Commission's Working Group of Experts, submitted in accordance with the "Resolution on the Rights of Indigenous Populations/Communities in Africa", adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th Ordinary Session (2003).

¹⁸ *The Awas Tingni Case* (2001), paras. 140(b) and 151

¹⁹ *Ibid* at para. 148

²⁰ See *Amodu Tijani v. Southern Nigeria*, United Kingdom Privy Council, 2 AC 399, (1921).

²¹ *Calder et al v. Attorney(General of British Columbia*, Supreme Court of Canada, 34 D.L.R. (3d) 145 (1973).

²² *Mabo v. Queensland*, High Court of Australia, 107 A.L.R. 1, (1992).

²³ *Alexkor Ltd v Richtersveld Community*, Constitutional Court of South Africa, CCT 19/03, (2003).

²⁴ *Op cit*, para 12.

²⁵ *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda v. Nigeria*, (1999), African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm Nos. 140/94, 141/94, 145/95, para. 42 (*The Constitutional Rights Project Case*).

²⁶ *Handyside v. United Kingdom*, No. 5493/72 (1976) Series A.24 (7 December), para. 49.

²⁷ *X & Y v. Argentina*, (1996) Report No. 38/96, Case 10.506 (15 October), para. 60.

²⁸ They state that pursuant to Kenyan law, the authorities published Notice 239/1973 in the Kenya Reserve to declare the creation of "Lake Hannington Game Reserve." Gazette Notice 270/1974 was published to revoke the earlier notice and changed the name of the Game Reserve on 12 October 1974: "the area set forth in the schedule hereto to be a Game Reserve known as Lake Bogoria Game Reserve."

²⁹ The Complainants state that Section 3(2) of WAPA was subsequently revoked on 13 February 1976 by S.68 of the Wildlife Conservation and Management Act.

³⁰ The Complainants argue that Section 3(20) of WAPA did not allow the Kenyan Minister for Tourism and Wildlife to remove the present occupiers.

³¹ The Complainants argue that the process of such a "setting apart" of Trust Land under S. 117 or S.118 of the Constitution are laid down by the Kenyan Trust Land Act. They state that publication is required by S. 13(3) and (4) of the Trust Land Act in respect of S.117 Constitution, and by S.7(1) and (4) of the Trust land Act in respect of S.118 Constitution.

³² They also argue that recently the area has been referred to as Lake Bogoria National Reserve. Even if there has been a legal change in title, this still would not mean that the Endorois' trust has been ended under Kenyan law without the "setting aside".

³³ Constitution of the State of Kenya, Section 117(4).

³⁴ Land Acquisition Act, "Principles on which Compensation is to be determined".

³⁵ See Kenya Land Acquisition Act, Part IV, para 29(3).

³⁶ The Complainants argue that in the European Court of Human Rights, for instance, compensation must be fair compensation, and the amount and timing of payment is material to whether a violation of the right to property is found. They cite the case of *Katkaridis and Others v. Greece*, European Court of Human Rights, Case No. 72/1995/578/664, (1996). The Complainants also cite Article 23(2) of the American Convention



on Human Rights which provides that "no*one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law."

³⁷ The Complainants refer to Rodolfo Stavenhagen et al. eds, (2001), "Cultural Rights: A Social Science, Perspective," in *Economic, Social and Cultural Rights*, (Asbjørn Eide) 2nd ed., pp. 85, 86* 88. see also Rachel Murray and Steven Wheatley (2003), "Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, p. 222. 26

³⁸ The Ogoni Case (2001), paras 56*58.

³⁹ Report of the African Commission's Working Group of Experts, p. 20.

⁴⁰ World Bank Operational Directive 4.10.

⁴¹ *The Ogoni Case*, (2001), para. 46.

⁴² *Apirana Mahuika et al v. New Zealand*, Human Rights Committee, Communication No. 547/1993, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), paras. 5.7*5.9.

⁴³ *Apirana Mahuika et al v. New Zealand* (2000) Human Rights Committee, Comm. No. 547/1993, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, paras. 5.7* 5.9

⁴⁴ *Mary and Carrie Dann vs. USA* (2002), para. 136.

⁴⁵ *Ibid* at para. 140. Antoanella*Julia Motoc and the Tebtebba Foundation, Preliminary working paper on the principle of free, prior and informed consent of indigenous peoples in relation to development affecting their lands and natural resources that they would serve as a framework for the drafting of a legal commentary by the Working Group on this concept. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 (2004), para. 14 (a).

⁴⁶ See Report of the Special Rapporteur (Rodolfo Stavenhagen) on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People on "Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006, A/HRC/4/32/Add.3, 26 February 2007: "Mission to Kenya" from 4 to 14 December 2006, at ¶ 9.

⁴⁷ See the Report of the Rapporteur of the OAU ministerial meeting on the draft African Charter on Human and Peoples' Rights held in Banjul, The Gambia, from 9 to 15 June 1980 (CAB/LEG/67/3/Draft Rapt. Rpt (II)), p.4.

⁴⁸ Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, published jointly by the ACHPR/IWGIA 2005.

⁴⁹ The African Charter is not an accident of history. Its creation by the OAU came at a time of increased scrutiny of states for their human rights practices, and the ascendancy of human rights as a legitimate subject of international discourse. For African states, the rhetoric of human rights had a special resonance for several reasons, including the fact that post*colonial African states were born out of the anti*colonial human rights struggle, a fight for political and economic self*determination and the need to reclaim international legitimacy and

salvage its image.

⁵⁰ Report of the Special Rapporteur (Rodolfo Stavenhagen) on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, *supra* n. 47.

⁵¹ *Ibid*.

⁵² See The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria. (SERAC and CESR) or The Ogoni case 2001. African Commission on Human and Peoples' Rights, Decision 155/96, The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights – Nigeria (27 May 2002), Fifteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 2001*2002.

⁵³ Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities (adopted at the Twenty* eighth Session, 2003).

⁵⁴ Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities (adopted at the Twenty* eighth Session, 2003).

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ See Article 60 of the African Charter.

⁵⁷ Jose Martinez Cobo (1986), Special Rapporteur, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Sub*Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

⁵⁸ The UN Working Group widens the analysis beyond the African historical experience and also raises the slightly controversial issue of "first or original occupant" of territory, which is not always relevant to Africa.

⁵⁹ Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169), 72 ILO Official Bull. 59, *entered into force* Sept. 5, 1991, Article 1(1)(b).

⁶⁰ Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169), 72 ILO Official Bull. 59, *entered into force* Sept. 5, 1991, Article 1(1)(b)

⁶¹ See Report of the Special Rapporteur (Rodolfo Stavenhagen) on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, *op. cit*, *Supra* n. 47 * Emphasis added.

⁶² See Report of the Special Rapporteur (Rodolfo Stavenhagen) on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, *op. cit*, *supra* note 47

⁶³ The Commission has affirmed the right of peoples to bring claims under the African Charter. See the case of *The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*. Here the Commission stated: "The African Charter, in its Articles 20 through 24, clearly provides for peoples to retain rights as peoples, that is, as collectives."

⁶⁴ The Commission has also noted that where there is a large number of victims, it may be impractical for each individual complainant to go before domestic courts. In such situations, as in the *Ogoni* case, the Commission can adjudicate the rights of a

people as a collective. Therefore, the Endorois, as a people, are entitled to bring their claims collectively under those relevant provisions of the African Charter.

⁶⁵ Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities (adopted at the Twenty* eighth Session, 2003).

⁶⁶ See Rodolfo Stavenhagen (2002), *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People*, U.N. Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/2002/97, (2002) at para. 53.

⁶⁷ See also Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 8, Membership of Racial or Ethnic Groups Based on Self*Identification (Thirty* eighth Session, 1990), U.N. Doc. A/45/18 at 79 (1991). "The Committee", in General Recommendation VIII stated that membership in a group, "shall, if no justification exists to the contrary, be based upon self*identification by the individual concerned".

⁶⁸ See Rodolfo Stavenhagen (2002), *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People*, U.N. Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/2002/97, (2002) at para. 100, where he argues that self*identification is a key criterion for determining who is indeed indigenous.

⁶⁹ Op. cit, *infra* n. 71.

⁷⁰ See *Moiwana Village v Suriname*, Judgment of June 15, 2005. Series C No. 124, paras 85 and 134*135. On 29 November 1986, the Suriname army attacked the N'djuka Maroon village of Moiwana and massacred over 40 men, women and children, and razed the village to the ground. Those who escaped the attack fled into the surrounding forest, and then into exile or internal displacement. On 12 November 1987, almost a year later, Suriname simultaneously ratified the American Convention on Human Rights and recognized the jurisdiction of the Inter*American Court of Human Rights (IACtHR). Almost ten years later, on 27 June 1997, a petition was filed with the Inter*American Commission on Human Rights (IACmHR) and later on lodged with the IACtHR. The Commission stated that, while the attack itself predated Suriname's ratification of the American Convention and its recognition of the Court's jurisdiction, the alleged denial of justice and displacement of the Moiwana community occurring subsequent to the attack comprise the subject matter of the application. In this case the IACtHR recognised collective land rights, despite being an Afro*descendent community (i.e. not a traditional pre*Colombian / "autochthonous" understanding of indigenes in the Americas).

⁷¹ The Respondent State during the oral hearings at the 40th Ordinary Session in Banjul, The Gambia, stated that: (a) the Endorois do not deserve special treatment since they are no different from the other Tungen sub*group, and that (b) inclusion of some of the members of the Endorois in "modern society" has affected their cultural distinctiveness, such that it would be difficult to define them as a distinct legal

personality (c) representation of the Endorois by the Endorois Welfare Council is allegedly not legitimate. See Inter*American Commission on Human Rights (IACHmR), Report No.9/06 *The Twelve Saramaka Clans (Los) v Suriname* (March 2, 2006) ; Inter*American Court of Human Rights (IACtHR), *Case of the Saramaka People v Suriname* (Judgment of 28 November 2007) at paras 80*84.

⁷² Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (Forty* eighth session, 1993), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\ GEN\1\ Rev.1 (1994), 35.

⁷³ Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (Thirty* sixth session, 1981), U.N. GA Res. 36/55.

⁷⁴ See *Free Legal Assistance Group v. Zaire*, African Commission on Human and Peoples Rights, Comm. No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), para. 45. See also the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, (Thirty* sixth session, 1981), U.N. GA Res. 36/55.

⁷⁵ See paras 73 and 74.

⁷⁶ *Amnesty International and Others v. Sudan*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999) (hereinafter *Amnesty International v. Sudan*).

⁷⁷ *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Baron Guttlein and Rodolfo Izal Elorz/Mexico*, Inter* American Commission on Human Rights, Report No. 49/99, Case 11.610, (1999). *Dianna Ortiz v. Guatemala*, Inter*American Commission on Human Rights, Report 31/96, Case 10.526, (1997).

⁷⁸ Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (Forty* eighth session, 1993), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), 35, para. 8.

⁷⁹ The African Commission is of the view that the limitations placed on the state's duties to protect rights should be viewed in light of the underlying sentiments of the African Charter. This was the view of the Commission, in *Amnesty International v. Zambia*, where it noted that the "claw*back" clauses must not be interpreted against the principles of the Charter ... and that recourse to these should not be used as a means of giving credence to violations of the express provisions of the Charter. See *Amnesty International v. Sudan* (1999), paras. 82 and 80.

⁸⁰ *Amnesty International v. Zambia*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 212/98 (1999).

⁸¹ See para 3.3.3 of the Respondent's Merits brief.

⁸² Italics for emphasis.

⁸³ Italics for emphasis.

⁸⁴ See *The Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua*, Inter*American Court of Human Rights, (2001), para. 146 (hereinafter the *Awes Tingni Case 2001*). The terms of an international human rights treaty have an autonomous meaning, for which reason they cannot be made equivalent to the



meaning given to them in domestic law.

⁸⁵ *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98 (2000), para. 128. See also *Communications 54/91 et al v. Mauritania*, 13th Activity Report, para. 128.

⁸⁶ *The Ogoni Case (2001)*, para. 54.

⁸⁷ Communication No. 225/98 v Nigeria, 14th Annual Report, para. 52.

⁸⁸ See *Dogan and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights, Applications 8803*8811/02, 8813/02 and 8815*8819/02 (2004), paras. 138*139.

⁸⁹ See Report of the African Commission's Working Group of Experts, Submitted in accordance with the "Resolution on the Rights of Indigenous Populations/Communities in Africa", Adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th Ordinary Session (2005).

⁹⁰ *Dogan and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights, Applications 8803*8811/02, 8813/02 and 8815*8819/02 (2004), paras. 138*139.

⁹¹ *Dogan and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights, Applications 8803*8811/02, 8813/02 and 8815*8819/02 (2004), para. 138*139.

⁹² *The Awas Tingni Case (2001)*, paras. 140(b) and 151.

⁹³ African Commission on Human and Peoples' Rights, Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 and 210/98.

⁹⁴ African Commission on Human and Peoples' Rights, Decision 155/96, The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights – Nigeria (27 May 2002), Fifteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 2001*2002, done at the 31st Ordinary Session of the African Commission held from 2 to 16 May 2002 in Pretoria, South Africa.

⁹⁵ African Commission on Human and Peoples' Rights, Decision 155/96, The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights – Nigeria (27 May 2002) (citing Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 7, The right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant); forced evictions, para. 4, U.N. Doc. E/C.12/1997/4 (1997)).

⁹⁶ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname* (Judgment of 28 November 2007).

⁹⁷ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People v. Suriname* (Judgment of 28 November 2007).

⁹⁸ *Op. cit.*, paras 11 and 12.

⁹⁹ See ECHR, *Connors v. The United Kingdom*, (declaring that States have an obligation to take positive steps to provide for and protect the different lifestyles of minorities as a way of providing equality under the law). See also IACmHR Report on the Situation of Human Rights in Ecuador, (stating that "within international law generally, and

Inter-American law specifically, special protections for indigenous peoples may be required for them to exercise their rights fully and equally with the rest of the population. Additionally, special protections for indigenous peoples may be required to ensure their physical and cultural survival "a right protected in a range of international instruments and conventions"). See also U.N. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Art. 1.4 (stating that "[s]pecial measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination"), and UNCERD, General Recommendation No. 23, Rights of indigenous peoples, para. 4 (calling upon States to take certain measures in order to recognise and ensure the rights of indigenous peoples).

¹⁰⁰ *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay* 17 June 2005, Inter American Court of Human Rights.

¹⁰¹ *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 29 March 2006 Inter-American Court of Human Rights

¹⁰² See *The Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua*, Inter-American Court of Human Rights, (2001) hereinafter the *Awas Tingni Case 2001*.

¹⁰³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 4, The right to adequate housing (Sixth session, 1991), para. 18, U.N. Doc. E/1992/23, annex III at 114 (1991), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 18 (2003).

¹⁰⁴ See, Commission on Human Rights resolution 1993/77, UN Doc. E/C.4/RES/1993/77 (1993); Commission on Human Rights Resolution 2004/28, UN Doc. E/C.4/RES/2004/28 (2004).

¹⁰⁵ See Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 7, Forced evictions, and the right to adequate housing (Sixteenth session, 1997), para. 14, U.N. Doc. E/1998/22, annex IV at 113 (1998), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 45 (2003).

¹⁰⁶ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art. 1, 213 U.N.T.S. 262, entered into force 18 May 1954.

¹⁰⁷ See 3.2.0 of the Respondent State Brief on the Merits. See also para 178 of this judgment where the Respondent State argues that the community's rights of access is not extinguished.

¹⁰⁸ See Articles 8(2) (b), 10, 25, 26 and 27 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

¹⁰⁹ Para 110 of the *Saramaka* case.

¹¹⁰ *The Awas Tingni Case (2001)*, paras. 140(b) and 151

¹¹¹ *Ibid.*, at para. 148.

¹¹² *Ibid.*, at para. 151.

¹¹³ See case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community, *supra* note 184, para. 151.

¹¹⁴ See case of the Moiwana Community. Judgment of 15 June 2005. Series C No. 124. para. 134.

¹¹⁵ See case of the Indigenous Community Yakye Axa, *supra* note 1, paras. 124*131.

¹¹⁶ Nazila Ghanea and Alexandra Xanthaki (2005) (eds). *'Indigenous Peoples' Right to Land and Natural Resources' in Erica*irene Daes, 'Minorities, Peoples and Self*Determination', Martinus Nijhoff Publishers.*

¹¹⁷ *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm Nos. 140/94, 141/94, 145/95 (1999), para. 42 (hereinafter *The Constitutional Rights Project Case 1999*).

¹¹⁸ *Handyside v. United Kingdom*, No. 5493/72, Series A.24 (7 December 1976), para. 49.

¹¹⁹ *The Constitutional Rights Project Case*, para. 42.

¹²⁰ See United Nations Commission on Human Rights resolution 1993/77, UN Doc. E/CN.4/1993/RES/77 and United Nations Commission on Human Rights resolution 2004/28, UN Doc. E/CN.4/2004/RES/28. Both resolutions reaffirm that the practice of forced eviction is a gross violation of human rights and in particular the right to adequate housing.

¹²¹ Pursuant to Kenyan law, the authorities published notice 239/1973 in the Kenya Reserve to declare the creation of "Lake Hannington Game Reserve." Gazette notice 270/1974 was published to revoke the earlier notice and change the name of the Game Reserve on 12 October 1974: "the area set forth in the schedule hereto to be a Game Reserve known as Lake Bogoria Game Reserve."

¹²² See section 3(2) for relevant parts of WAPA. Section 3(2) was subsequently revoked on 13 February 1976 by S.68 of the Wildlife Conservation and Management Act.

¹²³ See section 3(20) of WAPA, which did not allow the Kenyan Minister for Tourism and Wildlife to remove the present occupiers.

¹²⁴ See para 3.3.3 of the Respondent State's Merits brief.

¹²⁵ See note 125.

¹²⁶ The mechanics of such a "setting apart" of Trust Land under S.117 or S.118 of the Constitution are laid down by the Kenyan Trust Land Act. Publication is required by S.13(3) and (4) of the Trust Land Act in respect of S.117 Constitution, and by s.7(1) and (4) of the Trust land Act in respect of S.118 Constitution.

¹²⁷ Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, preambular para. 5, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994).

¹²⁸ See *Case of Huilca Tecse*. Judgment of 3 March 2005. Series C No. 121, para. 86, and *Case of the Serrano Cruz Sisters*, para. 133.

¹²⁹ See case of the Indigenous Community Yakye Axa, para. 149.

¹³⁰ Indeed, at para 140 of the *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* case, the Inter* American Court stresses that: "Lastly, with regard to

the third argument put forth by the State, the Court has not been furnished with the aforementioned treaty between Germany and Paraguay, but, according to the State, said convention allows for capital investments made by a contracting party to be condemned or nationalized for a "public purpose or interest", which could justify land restitution to indigenous people. Moreover, the Court considers that the enforcement of bilateral commercial treaties negates vindication of non* compliance with state obligations under the American Convention; on the contrary, their enforcement should always be compatible with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that generates rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States.

¹³¹ UN Sub*Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Guidelines on International Events and Forced Evictions* (Forty*seventh session, 1995), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/13. 17 July 1995, para. 16(b) and (e)

¹³² *Dogan v. Turkey* (2004), para. 154.

¹³³ Rachel Murray and Steven Wheatley (2003) "Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights", *Human Rights Quarterly*, 25, p. 224.

¹³⁴ African Cultural Charter (1976), para 6 of the Preamble.

¹³⁵ *Ibid.* Article 3.

¹³⁶ Human Rights Committee, General Comment 23 (Fiftieth Session, 1994), U.N. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add5, (1994). Para. 7.

¹³⁷ Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Committees (2003), p.20.

¹³⁸ *Ibid.* p.20.

¹³⁹ Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples, *supra* n. 47.

¹⁴⁰ *Ibid.* Italics added for emphasis.

¹⁴¹ *Guidelines for National Periodic Reports, in Second Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples Rights 1988-1989*, ACHPR/RPT/2nd, Annex XII.

¹⁴² Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Committees (2005), p. 20. [Emphasis added]

¹⁴³ See UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, Article 4(2): States shall take measures to create favourable conditions to enable persons belonging to minorities to express their characteristics and to develop their culture, language, religion, traditions and customs; CERD General Recommendation XXIII, Article 4(e): Ensure that indigenous communities can exercise their rights to practise and revitalize their cultural traditions and customs and to preserve and to practise their languages; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 15(3).

¹⁴⁴ See statement by Mr. Sha Zukang Under* Secretary General for Economic and Social Affairs



and Coordinator of the Second International Decade of the World's Indigenous People to the Third Committee of the General Assembly on the Item "Indigenous Issues" New York, 20 October 2008.

¹⁴⁵ The Ogoni Case (2001), paras 56*58.

¹⁴⁶ See case of the *Indigenous Community Yakye Axa, and the Case of the Indigenous Sawhoyamaya Community*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ See case of the *Indigenous Yakye Axa Community*, paras. 144*145 citing (*mutatis mutandi*) *Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, para. 96; *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107, para. 127, and *Case of Ivcher Bronstein v. Peru. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74. para. 155. See also, *Case of the Indigenous Sawhoyamaya Community*, at para. 137.

¹⁴⁹ The Ogoni Case (2001), paras 56*58.

¹⁵⁰ Arjun Sengupta, "Development Cooperation and the Right to Development," Francois*Xavier Bagnoud Centre Working Paper No. 12, (2003), available at www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/working_papers.htm. See also U.N. Declaration on the Right to Development, U.N. GAOR, 41st Sess., Doc. A/RES/41/128 (1986), Article 2.3, which refers to "active, free and meaningful participation in development."

¹⁵¹ Arjun Sengupta, "The Right to Development as a Human Right," Francois*Xavier Bagnoud Centre Working Paper No. 8, (2000), page 8, available at http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/working_papers.htm 2000.

¹⁵² Antoanella*Julia Motoc and the Tebtebba Foundation, Preliminary working paper on the principle of free, prior and informed consent of indigenous peoples in relation to development affecting their lands and natural resources that they would serve as a framework for the drafting of a legal commentary by the Working Group on this concept. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 (2004), para. 14 (a).

¹⁵³ Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities (Twenty*eighth session, 2003). See also ILO Convention 169 which states: "Consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures."

¹⁵⁴ U.N. Declaration on the Right to Development, U.N. GAOR, 41st Sess., Doc. A/RES/41/128 (1986), Article 2.3. (hereinafter Declaration on Development).

¹⁵⁵ See U.N. Doc. E/C.12/1999/5. The right to adequate food (Art. 11), (20th session, 1999), para. 13, and U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. The right to water (Articles 11 and 12 of the

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), (29th session 2002), para. 16. In these documents the arguments is made that in the case of indigenous peoples, access to their ancestral lands and to the use and enjoyment of the natural resources found on them is closely linked to obtaining food and access to clean water. In this regard, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has highlighted the special vulnerability of many groups of indigenous peoples whose access to ancestral lands has been threatened and, therefore, their possibility of access to means of obtaining food and clean water.

¹⁵⁶ See, for example, the affidavit of Richard Yegon, one of the Elders of the Endorois community.

¹⁵⁷ In *Mary and Carrie Dann v. USA*, the IACmHR noted that convening meetings with the Community 14 years after title extinguishment proceedings began constituted neither prior nor effective participation. To have a process of consent that is fully informed "requires at a minimum that all of the members of the community are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate individually or as collectives." *Mary and Carrie Dann vs. USA* (2002).

¹⁵⁸ The UNCERD has observed that "[a]s to the exploitation of the subsoil resources of the traditional lands of indigenous communities, the Committee observes that merely consulting these communities prior to exploiting the resources falls short of meeting the requirements set out in the Committee's general recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples. The Committee therefore recommends that the prior informed consent of these communities be sought". Cf. UNCERD, *Consideration of Reports submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding Observations on Ecuador (Sixty Second Session, 2003)*, U.N. Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 June 2003, para. 16.

¹⁶⁰ Declaration on the Right to Development, Article 3. 80

ASIA



Asian Indigenous Peoples and the Courts

Binota Moy Dhamai
Patricia Borraz

Approximately 260 million Indigenous persons, of an estimated total of 370 million, live in Asia, which amounts to two thirds of the Indigenous peoples of the world. This immense region has an enormous diversity in terms of recognition of indigenous peoples' rights and also in the perception on their issues.

During the long process of elaboration and negotiation of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), Asian countries were not particularly active or outspoken,¹ while in the successive votes of the adoption process, they overwhelmingly supported the adoption of UNDRIP: nine Asian countries voted in favour in the Human Rights Council in June 2006, while four abstained, and only Bangladesh and Bhutan abstained in the vote at the General Assembly.² However, many Asian countries persistently deny the existence of Indigenous peoples within their national borders, therefore arguing that UNDRIP is not applicable. In regards to other relevant international instruments, only one country has ratified ILO Convention No. 169 (Nepal, in 2007), while three are Parties to ILO Convention No. 107 (India, Pakistan and Bangladesh). It is not surprising that international human rights law on the rights of indigenous peoples does not play a particularly important role within the legal or the judiciary in Asian countries, taking also into account the scarce number of ratifications of international human rights conventions and treaties in the region.

The legal recognition and status given to Indigenous peoples in the region vary from country to country.³ In some countries, they were given special legal status during colonial

1 Alexandra XANTHAKI. (2003). 'Land rights of Indigenous Peoples in South East Asia'. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4. Melbourne.

2 Vote at the HRC: in favour: Asia (9): China, Indonesia, India, Japan, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka and South Korea. Abstained: Bangladesh, the Philippines. 21 Asian countries supported the Namibian deferral resolution at the Third Committee. At the General Assembly, all countries voted for the adoption by the 2 mentioned, who abstained. Victoria TAULI CORPUZ. 'How the UN Declaration on Indigenous Peoples got adopted' in (2007) *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Tebtebba, Baguio City and Mattias AHREN. 'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – how was it adopted and why is it significant?' in H. MINDE; A. EIDE; M. AHRÉN. (2007) *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. What made it possible? The work and process beyond the final adoption*. Gáldu Cála No.4/2007. Kautokeino.

3 See *General considerations on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous*

times, as Bangladesh, India, Indonesia, Malaysia or Myanmar, and this was later reflected in some Constitutions and laws. For instance, the Constitution of India (1950) recognizes Scheduled Tribes and the Constitution of Malaysia (1957) incorporates special provisions for the natives of Sabah and Sarawak, including recognition of native customary law.⁴ The Constitution of Pakistan (1973) provides for federally and provincially administered tribal areas. The Constitution of the Philippines (1987) recognizes indigenous peoples and the *interim* Constitution of Nepal (2006) provided for indigenous nationalities.

Recognition of the status of Indigenous peoples as such is still a complex issue in the region. In many countries they are referred to as ethnic minorities and given a legal treatment similar to other minority groups, as in China, Viet Nam, the Lao People's Democratic Republic or Thailand. In other countries, while not explicitly recognizing Indigenous peoples as such, they are granted a distinct legal status, as in Malaysia. In Nepal they are termed indigenous nationalities, while in India they are Scheduled Tribes and also called *adivasi* (first inhabitants). Japan has recently recognized the Ainu as an Indigenous people. Some of the local terms used for Indigenous peoples carry denigratory connotations such as barbarians, primitive, uncivilized or backward.⁵

Special legislation can be found in some instances, such as the Philippines Indigenous Peoples Rights Act (1997),⁶ or the Nepal National Foundation for the Development of Indigenous Nationalities Act (NFDIN Act) 2002.⁷ Some domestic laws incorporate special provisions regarding Indigenous peoples' rights, like the Cambodian Land Law (2001) regarding communal land rights.⁸ The 2003 Land Law in Viet Nam

“Recognition of the status of Indigenous peoples as such is still a complex issue in the region. In many countries they are referred to as ethnic minorities”

*peoples in Asia. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples, Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15/Add.3. Special Rapporteur Stavenhagen visited the Philippines in 2002 (E/CN.4/2003/90/Add.3). SR Anaya visited Nepal (A/HRC/12/34/Add.3) in 2008. A comment on legal and constitutional frameworks on indigenous peoples in some countries in Asia in Raja Devashis ROY; John HERNRIKSEN (2010) *Inclusion of Indigenous Peoples' rights in the new Constitution of Nepal and Addendum: Relevant Constitutional provisions in other countries and safeguards on indigenous peoples' rights in other laws*. International Labour Office. Available at http://ca.archives.ncl.org.np/files/CFRDP_Committee.pdf*

⁴ On the issue of native customary law and legal pluralism in the region, see in general Marcus COLCHESTER; Sophie CHAO (Eds.) (2011) *Divers Paths to Justice. Legal pluralism and the rights of Indigenous Peoples in Southeast Asia*. FPP and AIPP. Chiang Mai. Also *Development and Customary Law, Indigenous Affairs* 12/10. Copenhagen. Also Raja Devashis ROY. (2005) *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*. Minority Rights Group International. London.

⁵ (2010) *Who are we. Indigenous Peoples in Asia*. AIPP / IWGIA. Chiang Mai.

⁶ See XANTHAKI (2003).

⁷ Other Nepali laws include provisions in relation with the *Adivasi Janajati*. See A/HRC/12/34/Add.3, para.2.

⁸ See (2006) *Perspectives from communities in Bolivia, Cambodia, Cameroon, Guatemala and Nepal. Indigenous Peoples and the Millenium Development Goals*. Pro ILO 169. Geneva. (2012) *The rights of Indigenous peoples in Cambodia. Report to the UNCERD submitted by Indigenous People NGO Network*,



includes the category of "communal land", which has opened the possibility for Indigenous people to apply for titles over their ancestral land and forest rights although some difficulties of interpretation of various provisions of the law remain. In 2006, after many massive protests by adivasis and forest dwellers, India adopted the Scheduled Tribes and other Traditional Forest Dwellers (Recognition of Forest Rights) Bill granting rights to indigenous forest dwellers, including the right to possess forest land for habitation and self-cultivation, and the right of access to forest resources and to participate in conservation efforts.⁹ Implementation of the positive aspects of these laws still remains a challenge. Generally speaking, protection of indigenous rights on lands and resources has been ignored vis á vis the strong 'development' programs of Asian States.¹⁰

Apart from lack of recognition as peoples, gross violations of individual and collective fundamental human rights are rampant in the region. Loss of land and resources is happening at a massive scale¹¹ together with restrictions to traditional economic uses and activities, as in the well known case of shifting cultivation. Racism and discrimination are serious concerns.¹² Forced settlement, relocation and transmigration programs are still ongoing. Violence against indigenous persons and human rights defenders is also common. The particularly difficult situation of indigenous women has been underlined by many UN agencies and bodies, including the SR, and by indigenous organizations.

The lack of a regional human rights structure, as existing in other regions, has been identified as an obstacle to advance the recognition of indigenous peoples' rights in Asia.

NGO Forum on Cambodia and AIPP (2012) *Indigenous Peoples and Corporate Accountability in the ASEAN*. AIPP, IWGIA Chiang Mai. In Cambodia, the subdecree to allow for the implementation of the law, establishes such a bureaucratic and long process, that renders the law nearly ineffective. A similar situation happens in the Philippines where, 'the Indigenous Peoples Rights Act (1997), recognizes indigenous peoples' rights over their ancestral lands and territories, and incorporates a process of demarcation and titling through the granting of Certificates of Ancestral Domain Titles (CADT). In the last six years, more than 670 CADT applications have been submitted. With an average of 4.5 titles issued per year, it has been estimated that the National Commission on Indigenous Peoples will take almost 25 years to issue titles in response to existing applications. Among the reasons of the slowness of the titling process, the existence of overlap between ancestral domain areas and existing leases for mining, agroforest, logging activities and pasture lands has been noted'. (STAVENHAGEN, E/CN.4/2003/90/Add.3, para 14).

⁹ A critical comment on India's Forest Rights Act of 2006: 'Illusion or solution?' in *Indigenous Rights Quarterly*. Vol 23, July-December 2006. Asian Indigenous and Tribal Peoples Network. New Delhi. (2012) *India and the Rights of Indigenous Peoples*. AIPP. Chiang Mai. See also Chapters 6, 7 and 8 in Jayantha PERERA (Ed.). (2009) *Land and Cultural Survival. The communal land rights of Indigenous Peoples in Asia*. Asian Development Bank. Manila.

¹⁰ SR Stavenhagen investigated this issue in his visit to the Philippines, see E/CN.4/2003/90/Add.3. For a general perspective, AIPP (2012) and PERERA (2009) among others. Also yearly country developments and references in *The Indigenous World*, IWGIA, Copenhagen.

¹¹ XANTHAKI (2003); PERERA, J. (2009); Christian ERNI (Ed) (1996) *Vines that won't bind. Indigenous Peoples in Asia*. IWGIA. Copenhagen.

¹² See Suhas CHAKMA. 'Behind the bamboo curtain: racism in Asia', in Suhas CHAKMA; Marianne JENSEN (2001) *Racism against indigenous peoples*. IWGIA Document No. 105. IWGIA. Copenhagen. Victoria TAULI CORPUZ (2010). 'The Resistance of the Indigenous Peoples in Asia against Racism and Racial Discrimination' *Indigenous Affairs* 43. IWGIA. Copenhagen.

A regional structure is now consolidating in part of the region with the boost of the ASEAN Community within the Association of South East Asian Nations (ASEAN).¹³ Under its political security pillar, the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights was established in 2009. The 21st ASEAN Summit, in November 2012, has adopted a controversial ASEAN Declaration on Human Rights.¹⁴ Indigenous peoples in the region are concerned about the disregard for their rights in the whole process and its results.¹⁵

In the absence of appropriate legislation and the sheer lack of implementation of the existing positive regulations, national courts have played, in some Asian countries, a major role in affirming indigenous peoples' rights, particularly over their traditional lands and forests and other basic human rights.

However, when examining the reasoning of the courts, it is obvious that international human rights law on the rights of indigenous peoples is not playing a very prominent role in the judiciary. The editors were unable to identify a single case where UNDRIP was mentioned in the reasoning of the courts, although the review was not, of course, exhaustive. References to the general international human rights framework is also weak. We have finally decided to include two decisions based on date (as recent as possible and post-UNDRIP), issue and legal reasoning, leaving the reader to draw his or her own conclusions.

“Generally speaking, protection of indigenous rights on lands and resources has been ignored vis à vis the strong ‘development’ programs of Asian States”

The cases: adivasis in India

The case *Kailash & Ors. v State of Maharashtra* (2010) reflects some of the problems mentioned above: racism and discrimination and the situation of indigenous women. Within the context of this publication, it also shows the legal and mental framework of the judiciary when reasoning on indigenous issues, still very far apart from the international human rights law framework.

The case was suggested and provided by Binota Moy Dhamai, who also contributed the following comment:

¹³ <http://www.asean.org/> [1] ASEAN Member States are: Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, Thailand and Viet Nam.

¹⁴ <http://www.asean.org/news/asean-statement-communications/item/asean-human-rights-declaration> [2]. In regards to international human rights law, the Declaration states: *All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds.* (Art.7)

¹⁵ See <http://www.aippnet.org/home/statement/1075-indigenous-peoples-statement-on-the-asean-human-rights-declaration> [3] on AIPP's position on the Declaration. Also (2010) *ASEAN's Indigenous Peoples*. AIPP, IWGIA, Asia Forum. Chiang Mai.



The Supreme Court of India judgment which refers *Kailash and others versus State of Maharashtra, Special Leave Petition (Crl) No – 10367 of 2010 and Criminal Appeal No. 62 of 1998*¹⁶, can be considered as a significant judgment against discrimination of the Adivasi (Indigenous Peoples) in India. This trial and judgment did not mention or refer anything from the UNDRIP provisions that relates to human rights, non(discrimination, equality and respect norm and values, but it advances for the promotion, respect and recognition of Adivasis.

The victim of this case is a young woman Nandabai, 25 years of age, belonging to the Bhil tribe which is a Scheduled Tribe (ST) in the Maharashtra State, India. She was beaten with fists and kicks and stripped naked by the accused persons after tearing her blouse and brassieres and then got paraded in naked condition on the road of a village while being beaten and abused.

The prosecution case is that the victim Nandabai was residing with her father, handicapped brother, and lunatic sister. She had illicit relations with Vikram and had given birth to his daughter and was also pregnant through him for a second time. Vikram belongs to a higher caste and his marriage was being arranged by his family with a woman of his own caste. On 13.5.1994 at about 5pm when the victim Nandabai was at her house the four accused went to her house and asked why she had illicit relations with Vikram and started beating her with fists and Kicks. At that time the accused Kailas and Balu held her hands while accused Subabai @Subadra removed her sari. The accused Subash then removed her petticoat and accused Subabai tore the blouse and brassier of the victim Nandabai. Thereafter the accused Subabai and Balu paraded the victim Nandabai on the road of the village and at that time the four accused herein were beating and abusing the victim Nandabai.

The positive aspect from this judgment is that the judges of the Supreme Court have flagged on the historical injustice, discrimination, marginalization and deprivation against the indigenous communities stating that “the Bhils are probably the descendent of some of the original inhabitants of India living in various parts of the country particularly southern Rajasthan, Maharashtra, Madhya Pradesh etc. They are mostly tribal people and have managed to preserve many of their tribal customs despite many oppressions and atrocities from other communities”.

This judgment also points out the ignorance about the indigenous peoples by the majority peoples, as the situation is described in the proceedings as “..... a typical instance of how many of our people in India have been treating the tribal people (Scheduled Tribes or Adivasis), who are probably the descendants of the original inhabitants of India, but now constitute only about 8% of our total population, and as group are one of the most marginalized and vulnerable communities in India characterized by high levels of poverty, illiteracy, unemployment, disease, and landlessness”.

¹⁶ This is in the Supreme Court of India, Criminal Appellate Jurisdiction, Criminal Appeal No – 11/2012, arising out of Special Leave Petition (Crl) No 10367 of 2010. This appeal has been filed against the final judgment and order dated 10.03.2010 in the Criminal Appeal No.62 of 1998 passed by the Aurangabad Bench of Bombay High Court.

On the other hand, the Constitution of India gives equal respect to all communities, and it guarantees to all citizens equality (Article 14 to 17), freedom of speech (article 19), liberty (Article 21), freedom of religion (article 25) among others. The national law itself provides fundamental rights as a citizen without any ground for discrimination.

India voted in favour of the adoption of UNDRIP. Though this judgment explicitly does not refer UNDRIP provisions, it could be capitalized on as one of the good examples considering the recognition of the historical injustice, discrimination, non(recognition and marginalization against indigenous peoples in India. This judgment could be referred addressing provisions of the UNDRIP and other fundamental rights under the national constitutional framework. This judgment dismissed this case acknowledging this indigenous community presence as original inhabitants who must given respect, and who normally do not cheat, tell lies, and do other misdeeds which many non(indigenous peoples do.

“This trial and judgment advances for the promotion, respect and recognition of Adivasis ”

With this backdrop, the judgment can be considered as a milestone for the indigenous peoples movement in India as well as for their promotion, protection, respect and recognition.

The cases: Sarawak, Malaysia

Malaysia is a Federal State with a total population of about 28.6 million, of which the 12% are indigenous, and made up of three regions: Peninsular Malaysia, and the States of Sabah and Sarawak, in the island of Borneo.

Malaysia has only ratified two of the core human rights international treaties: the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and the Convention on the Rights of the Child, with reservations.¹⁷ Malaysia is a Party under the Convention on Biological Diversity.

The 1957 Federal Constitution of Malaysia (and amendments)¹⁸ states that is of responsibility of the King of Malaysia to safeguard the special position of the Malays and natives of Sabah and Sarawak (Article 153(1)) and provides for affirmative action with the

¹⁷ See Human Rights Commission of Malaysia, SUHAKAM Report for the Universal periodic Review on Malaysia, 4th session, February 2009. Situation in terms of indigenous peoples' rights recognition varies from Sabah and Sarawak to continental Malaysia. On the *Oran asli*, or indigenous from the Peninsula, Colin NICHOLAS (2000) *The Orang Asli and the contest for resources. Indigenous politics, development and identity in peninsular Malaysia*. IWGIA Document No. 95. IWGIA / Center for Orang Asli Concerns. Copenhagen. Colin NICHOLAS; Tijah YOK CHOPIL; Tiah SABAK (2003) *Orang Asli Women and the Forest*. Center for Orang Asli Concerns. Subang Jaya.

¹⁸ The Federal Constitution of Malaysia (1957) divides constitutional authority between the federal and 13 State legislatures and governments. The Constitution made special protective provisions for the natives of the



reservation of quotas in public service, education and trade or business permits and licences. Article 161A provides protection to the special position of the natives of Sabah and Sarawak, giving them preferential treatment for alienation of land by the State. Native customs are recognized as part of the Laws of Malaysia (article 160 (2)). The States of the Federation have jurisdiction over the land, forests, fishery, agriculture, mineral, water resources and local authority areas.

Legal pluralism is an important feature of the Malaysian legal system, with the recognition of statutory law, common law and customary law. However, the limitations in the recognition of customary law are manifold, as the latest is clearly given lower hierarchy than State and Federal law –for instance, native customary rights to lands can be extinguished by an administrative act, provided there is a compensation*and also due to the complex and holistic nature of *adat*, which has been limited and impaired in its translation into codification and administrative structures.¹⁹

In spite of positive legislation, the situation of indigenous peoples in Malaysia raises serious concerns, in particular regarding the loss of land and resources. The National Human Rights Commission (SUHAKAM) has launched a national inquiry into the land rights of indigenous peoples in Malaysia which is about to be published.²⁰

In the State of Sarawak,²¹ *Orang Uluor Dayakare* collective terms to refer to the approximately 28 different ethnic groups in the State, about half of the 2.3 million population.²² The State Government has a duty to safeguard the special position of the natives (Article 39 of the Constitution of Sarawak). Sarawak's Land Code (1958) is the main law on land in the State. Section 2(a) defines 'Native Customary Land' as 'land in which native customary rights (NCR), whether communal or other wise, have lawfully been created prior to 1 January 1958, and still subsist as such.' Section 5 recognizes that native customary rights may be created by indigenous tribes, groups, families or individuals. Sections 5(3) (4) and 15 require compensation for the acquisition of NCR lands even for public purposes and state that natives can ask for arbitration and access to court regarding protection of their native customary lands (Articles 5, 15, 18, 18A). Sarawak has a Native

States of Sabah and Sarawak when these States joined the confederation in 1971. However, the orang asli of the Malay Peninsula have had no positive Constitutional protection other than the general protection for all property rights under article 13, recognition of *adat* and the equality/non discrimination right. (XANTHAKI, 2003).

19 Jannie LASIMBANG. (2010) 'Indigenous Peoples and Customary Law in Sabah' *Indigenous Affairs*, 1* 2/10. IWGIA. Copenhagen; SUARAM (2009) *Human Rights Report 2008*, 'Adat and Human Rights in Sarawak' www.suaram.net [4]. See also ROY (2005) and COLCHESTER (2011).

20 Official Portal of the National Inquiry <http://www.suhakam.org.my/web/682315/1> [5]. See also the background paper on the inquiry prepared by Doctor Ramy Boulan on the general situation.

21 SUHAKAM has published a comprehensive review by Doctor BULAN on the rights of the natives of Sarawak: Ramy BULAN; Amy LOCKLEAR (2009) *Legal perspectives on native customary land rights in Sarawak*. SUHAKAM, Doc. SHM.NCLR/2/08. Kuala Lumpur. Doctor Bulan reviews the leading court cases in Sarawak on the issue.

22 Annie LASIMBANG (2010) 'Transmitting indigenous knowledge on traditional livelihoods to younger generations in Malaysia', in (2010) *Traditional Livelihoods and Indigenous Peoples*, AIPP, Chiang Mai

Court system stipulated in the Native Court Ordinance 1992.

Despite this legal framework, loss of native customary lands proceeds at high speed in Sarawak, particularly through logging licenses and big infrastructure projects implying dispossession of lands and resources and forced relocation and displacement.²³ Palm oil plantations and similar mega schemes are expanding in the ancestral lands of Indigenous Dayak.²⁴ Land and resources rights are not the only ones affected in Sarawak. For instance, human rights violations affecting Penan women and girls linked to logging operations have been a serious concern for some years.

Within this context, the Courts have played a very relevant role in advancing the rights of indigenous peoples. While the government has done everything in its hand to weaken native customary rights on lands, the courts have reaffirmed these rights. Even if legal cases can be expensive and slow, Sarawak indigenous communities are increasingly resorting to the Courts to challenge the government and its agencies and private companies for violation of their NCR.

The Malaysian courts have ruled and expressly affirmed that the native customary land rights of the indigenous peoples in Sarawak have survived all the Land Orders, Ordinances and Land Code. They have supported the existence of native title even in the absence of formal law or statutory recognition.²⁵ They have also affirmed indigenous proprietary rights on lands and resources,²⁶ and their right to exercise native customary law over their lands to the exclusion of all others.²⁷

Court decisions have been based in constitutional and statutory provisions and common law, considering recognition of native title as common law in Commonwealth countries. They have also taken into consideration customary law, taking advantage of its Constitutional recognition. They have been very progressive on evidence of NCR, allowing oral history as such and not setting the claimants the same level of proof demanded in other jurisdictions.²⁸ They have also shown flexibility in terms of not linking the native status with the maintenance of 'traditional' practices.²⁹

“In spite of positive legislation, the situation of indigenous peoples in Malaysia raises serious concerns, in particular regarding the loss of land and resources ”

²³ On the impact of logging, see Carol YONG (2010) *Logging in Sarawak and the rights of Sarawak's indigenous communities*. JOANGO HUTAN, IDEAL. Also Chapter 5 in PERERA (2009) 'Land development policies and the impoverishment of indigenous peoples in Sarawak, Malaysia.'

²⁴ M. COLCHESTER; T. JAOLG; W. MENG CHUO. (2012) *Sarawak: IOI Pelita and the community of Long Teran Kanan*. Pre-publication Text for Public Release. September 2012.

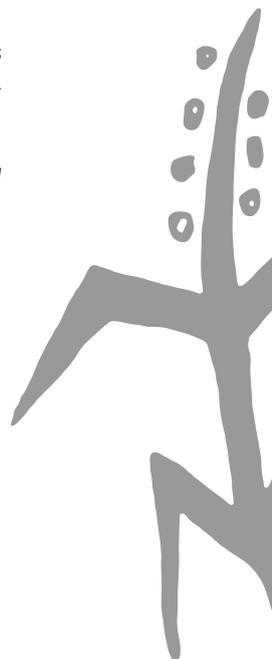
²⁵ *Sagong Tasi v. Negeri Kerajaan Sela gor* (2002)

²⁶ High Court of Malaysia in *Adong bin Kuwau v Karajaan Negri Johor* (1996)

²⁷ *Nor Anak Nyawai v Borneo Pulp Plantation*, HC.

²⁸ Paul G. MCHUGH (2011) *Aboriginal title: the modern jurisprudence of tribal land rights*. Oxford University Press. Oxford. Particularly Chapter 4: 'Aboriginal title in the new century and new contexts: fraternal impact, international influence'.

²⁹ For a complete review of Sarawak court cases, see BULAN (2009)



The case we are including in this section of the book is one of the more recent decided by the Supreme Court of Sabah & Sarawak affirming native customary rights. It reiterates many of the arguments used in the above mentioned cases and includes the legal reference framework Malaysian Courts are favouring in their reasoning in support of claimants of NCR, that is to say, the British legal tradition of the Privy Council from *Amoudu* and the decisions on native title in Australia, the United States of America or Canada. Most interestingly for the scope of this publication, Justice David Wong refers to Judge Mokhtar Sidin and the *Adong* case³⁰ when quoting the 'increased recognition of indigenous peoples' rights in international human rights', although no human rights treaty or indigenous peoples' rights instrument is mentioned. There is still a long way to go for the incorporation of these instruments in the jurisprudence on indigenous peoples' rights in Malaysia.



Binota Moy Dhamai is a Tripura (Jumma) from the Chittagong Hills Tracts. He is currently the Assistant General Secretary as well as International Representative of the Bangladesh Indigenous Peoples Forum, commonly known as Adivasi Forum that is a mass base indigenous peoples organization in Bangladesh. He is also Executive Council member of the Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Chiang Mai, Thailand.

³⁰ See footnote 26 supra.

**THE SUPREME COURT OF INDIA.
CRIMINAL APPELLATE JURISDICTION
Criminal Appeal No.11/2011 (Arising out
of Special Leave Petition (Crl) No. 10367
of 2010)**

**Kailas & Others Appellant(s) *versus*
State of Maharashtra TR. Respondent (s)
Taluka P.S.**

J U D G M E N T

1. Leave granted.
2. This appeal has been filed against the final judgment and order dated 10.03.2010 in Criminal Appeal No. 62 of 1998 passed by the Aurangabad Bench of Bombay High Court.
3. Heard learned counsel for the appellants.
4. This appeal furnishes a typical instance of how many of our people in India have been treating the tribal people (Scheduled Tribes or Adivasis), who are probably the descendants of the original inhabitants of India, but now constitute only about 8% of our total population, and as a group are one of the most marginalized and vulnerable communities in India characterized by high level of poverty, illiteracy, unemployment, disease, and landlessness.
5. The victim in the present case is a young woman Nandabai 25 years of age belonging to the Bhil tribe which is a Scheduled Tribe (ST) in Maharashtra, who was beaten with fists and kicks and stripped naked by the accused persons after tearing her blouse and brassieres and then got paraded in naked condition on the road of a village while being beaten and abused by the accused herein.
6. The four accused were convicted by the Additional Sessions Judge, Ahmednagar on 05.02.1998 under Sections 452, 354, 323, 506(2) read with Section 34 IPC, and sentenced to suffer rigorous imprisonment for six months and to pay a fine of Rs. 100/-. They were also sentenced to suffer RI for one year and to pay a fine of Rs. 100/- for the offence punishable under Sections 354/34 IPC. They were also sentenced under Section 323/34 IPC and sentenced to three months RI and to pay a fine of Rs. 100/-. The appellants were further convicted under Section 3 of the Scheduled Cases and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act, 1989 and sentenced to suffer RI for one year and to pay a fine of Rs. 100/-.
6. In appeal before the High Court the appellants were acquitted of the offence under Section 3 of the SC/ST Act, but the conviction under the provisions of the IPC were confirmed. However, that part of the order regarding fine was set aside and each of the appellant was directed to pay a fine of Rs. 5000/- only to the victim Nandabai.

7. The prosecution case is that the victim Nandabai who belongs to the Bhil community was residing with her father, handicapped brother, and lunatic sister. She had illicit relations with PW9 Vikram and had given birth to his daughter and was also pregnant through him for a second time. Vikram belongs to a higher caste and his marriage was being arranged by his family with a woman of his own caste. On 13.5.1994 at about 5.00 P.M. when the victim Nandabai was at her house, the four accused went to her house and asked why she had illicit relations with Vikram and started beating her with fists and kicks. At that time the accused Kailas and Balu held her hands while accused Subabai @ Subhadra removed her sari. The accused Subhash then removed her petticoat and accused Subabai tore the blouse and brassiere of the victim Nandabai. Thereafter the accused Subabai and Balu paraded the victim Nandabai on the road of the village and at that time the four accused herein were beating and abusing the victim Nandabai.

8. At about 8.40 p.m. an FIR was lodged at Taluka Police Station and after investigation a charge sheet was filed. After taking evidence the learned Additional Sessions Judge convicted the accused.

9. As already mentioned above, the conviction under the provisions of the IPC have been upheld but that under the Scheduled Cases and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act, 1989 have been set aside.

10. We are surprised that the conviction of the accused under the Scheduled Cases and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act, 1989 was set aside on hyper technical grounds that the Caste Certificate was not produced and investigation by a Police Officer of the rank of Deputy Superintendent of Police was not done. These appear to be only technicalities and hardly a ground for acquittal, but since no appeal has been filed against that part of the High Court judgment, we are now not going into it.

11. However, we see no reason to interfere with the judgment of the High Court convicting the appellants under various provisions of the IPC and imposing fine on them. In fact, we feel that the sentence was too light considering the gravity of the offence.

12. There is the evidence of the victim Nandabai PW4 herself and we see no reason to disbelieve the same. Although many of the witnesses have turned hostile, we see no reason to disbelieve the statement of the victim Nandabai. In fact, PW9 Vikram supported the prosecution case to some extent. He has accepted his illicit relations with victim Nandabai and admitted that he had a daughter from her and she was pregnant for a second time through him. Even though he did not support the actual incident, we are of the opinion that Vikram's evidence at least on the points admitted by him



corroborates the evidence of victim Nandabai.

13. PW2 Narendra Kalamkar has proved the spot panchanama Exh. 12. He stated that the panchanama was drawn in front of the house of PW4, the victim Nandabai. At the time of the panchanama, Nandabai was accompanied by the police and she had shown the entire area from her house to the place in front of the shop of PW3 Shankar Pawar. The police seized the clothes in torn condition, produced by PW4 Nandabai. There were pieces of bangles lying in front of the house. Hence there is no reason to disbelieve PW2 Narendra Kalamkar.

14. It appears that the accused are powerful persons in the village inasmuch as that all the eye-witnesses have turned hostile out of fear or some inducement. However, PW8 Dr. Ashok Ingale proved the medical certificate Exh. 26 and stated that there were two contusions on the person of the victim.

15. The parade of a tribal woman on the village road in broad day light is shameful, shocking and outrageous. The dishonor of the victim Nandabai called for harsher punishment, and we are surprised that the State Government did not file any appeal for enhancement of the punishment awarded by the Additional Sessions Judge.

16. It is alleged by the appellants that the people belonging to the Bhil community live in torn clothes as they do not have proper clothes to wear. This itself shows the mentality of the accused who regard tribal people as inferior or sub-humans. This is totally unacceptable in modern India.

17. The Bhils are probably the descendants of some of the original inhabitants of India living in various parts of the country particularly southern Rajasthan, Maharashtra, Madhya Pradesh etc. They are mostly tribal people and have managed to preserve many of their tribal customs despite many oppressions and atrocities from other communities.

18. It is stated in the Article 'World Directory of Minorities and Indigenous Peoples - India: Advasis', that in Maharashtra Bhils were mercilessly persecuted in the 17th century. If a criminal was caught and found to be a Bhil, he or she was often killed on the spot. Historical accounts tell us of entire Bhil communities being killed and wiped out. Hence, Bhils retreated to the strongholds of the hills and forests.

19. Thus Bhils are probably the descendants of some of the original inhabitants of India known as the 'aborigines' or Scheduled Tribes (Adivasis), who presently comprise of only about 8% of the population of India. The rest 92 % of the population of India consists of descendants of immigrants. Thus India is broadly a country of immigrants like North America. We may consider this in some detail.

India is broadly a country of immigrants

20. While North America (USA and Canada) is a country of new immigrants, who came mainly from Europe over the last four or five centuries, India is a country of old immigrants in which people have been coming in over the last ten thousand years or so. Probably about 92% people living in India today are descendants of immigrants, who came mainly from the North*West, and to a lesser extent from the North*East. Since this is a point of great importance for the understanding of our country, it is necessary to go into it in some detail.

21. People migrate from uncomfortable areas to comfortable areas. This is natural because everyone wants to live in comfort. Before the coming of modern industry there were agricultural societies everywhere, and India was a paradise for these because agriculture requires level land, fertile soil, plenty of water for irrigation etc. which was in abundance in India. Why should anybody living in India migrate to, say, Afghanistan which has a harsh terrain, rocky and mountainous and covered with snow for several months in a year when one cannot grow any crop? Hence, almost all immigrations and invasions came from outside into India (except those Indians who were sent out during British rule as indentured labour, and the recent migration of a few million Indians to the developed countries for job opportunities). There is perhaps not a single instance of an invasion from India to outside India.

22. India was a veritable paradise for pastoral and agricultural societies because it has level & fertile land, hundreds of rivers, forests etc. and is rich in natural resources. Hence for thousands of years people kept pouring into India because they found a comfortable life here in a country which was gifted by nature.

23. As the great Urdu poet Firaq Gorakhpuri wrote:

"Sar Zamin*e—hind par aqwaam*
e*alam ke firaq
Kafile guzarte gae Hindustan
banta gaya"

Which means -

"In the land of Hind, the Caravans
of the peoples of
The world kept coming in and
India kept getting formed".

24. Who were the original inhabitants of India? At one time it was believed that the Dravidians were the original inhabitants. However, this view has been considerably modified subsequently, and now the generally accepted belief is that the original inhabitants of India were the pre*Dravidian aborigines i.e. the ancestors of the present tribals or advasis (Scheduled Tribes). In this connection it is stated in *The Cambridge History of India (Vol(I), Ancient India* as follows: "It must be remembered,

however, that, when the term 'Dravidian' is thus used ethnographically, it is nothing more than a convenient label. It must not be assumed that the speakers of the Dravidian languages are aborigines. In Southern India, as in the North, the same general distinction exists between the more primitive tribes of the hills and jungles and the civilized inhabitants of the fertile tracts; and some ethnologists hold that the difference is racial and not merely the result of culture. Mr. Thurston, for instance, says: "It is the Pre*Dravidian aborigines, and not the later and more cultured Dravidians, who must be regarded as the primitive existing race..... These Pre*Dravidians are differentiated from the Dravidian classes by their short stature and broad (platyrrhine) noses. There is strong ground for the belief that the Pre*Dravidians are ethnically related to the Veddas of Ceylon, the Talas of the Celebes, the Batin of Sumatra, and possibly the Australians. (*The Madras Presidency*, pp. 124*5.)" It would seem probable, then, that the original speakers of the Dravidian languages were outsiders, and that the ethnographical Dravidians are a mixed race. In the more habitable regions the two elements have fused, while representatives of the aborigines are still in the fastnesses (in hills and forests) to which they retired before the encroachments of the newcomers. If this view be correct, we must suppose that these aborigines have, in the course of long ages, lost their ancient languages and adopted those of their conquerors. The process of linguistic transformation, which may still be observed in other parts of India, would seem to have been carried out more completely in the South than elsewhere. The theory that the Dravidian element is the most ancient which we can discover in the population of Northern India, must also be modified by what we now know of the Munda languages, the Indian representatives of the Austric family of speech, and the mixed languages in which their influence has been traced (p.43). Here, according to the evidence now available, it would seem that the Austric element is the oldest, and that it has been overlaid in different regions by successive waves of Dravidian and Indo*European on the one hand, and by Tibeto*Chinese on the other. Most ethnologists hold that there is no difference in physical type between the present speakers of Munda and Dravidian languages. This statement has been called in question; but, if it is true, it shows that racial conditions have become so complicated that it is no longer possible to analyse their constituents. Language alone has preserved a record which would otherwise have been lost. At the same time, there can be little doubt that Dravidian languages were actually flourishing in the western regions of Northern India at the period when languages of the Indo* European type were introduced by the Aryan invasions from the north* west. Dravidian characteristics have been traced alike in Vedic and Classical Sanskrit, in the Prakrits, or early popular dialects, and in the modern vernaculars derived from them. The linguistic strata would thus appear to be arranged in the order* Austric, Dravidian, Indo*European. There is good

ground, then, for supposing that, before the coming of the Indo*Aryans speakers the Dravidian languages predominated both in Northern and in Southern India; but, as we have seen, older elements are discoverable in the populations of both regions, and therefore the assumption that the Dravidians are aboriginal is no longer tenable. Is there any evidence to show whence they came into India? No theory of their origin can be maintained which does not account for the existence of Brahui, the large island of Dravidian speech in the mountainous regions of distant Baluchistan which lie near the western routes into India. Is Brahui a surviving trace of the immigration of Dravidian-speaking peoples into India from the west? Or does it mark the limits of an overflow from India into Baluchistan? Both theories have been held; but as all the great movements of peoples have been into India and not out of India, and as a remote mountainous district may be expected to retain the survivals of ancient races while it is not likely to have been colonized, the former view would a priori seem to be by far the more probable." (See 'Brahui' on Google).

25. In Google 'The original inhabitants of India', it is mentioned: "A number of earlier anthropologists held the view that the Dravidian peoples together were a distinct race. However, comprehensive genetic studies have proven that this is not the case. The original inhabitants of India may be identified with the speakers of the Munda languages, which are unrelated to either Indo*Aryan or Dravidian languages"

26. Thus the generally accepted view now is that the original inhabitants of India were not the Dravidians but the pre*Dravidians Munda aborigines whose descendants presently live in parts of Chotanagpur (Jharkhand), Chattisgarh, Orissa, West Bengal, etc., the Todas of the Nilgiris in Tamil Nadu, the tribals in the Andaman Islands, the Adivasis in various parts of India (especially in the forests and hills) e.g. Gonds, Santhals, Bhils, etc.

27. It is not necessary for us to go into further details into this issue, but the facts mentioned above certainly lends support to the view that about 92% people living in India are descendants of immigrants (though more research is required).

28. It is for this reason that there is such tremendous diversity in India. This diversity is a significant feature of our country, and the only way to explain it is to accept that India is largely a country of immigrants.

29. There are a large number of religions, castes, languages, ethnic groups, cultures etc. in our country, which is due to the fact that India is a country of immigrants. Somebody is tall, somebody is short, some are dark, some are fair complexioned, with all kinds of shades in between, someone has Caucasian features, someone has



Mongoloid features, someone has Negroid features, etc. There are differences in dress, food habits and various other matters.

30. We may compare India with China which is larger both in population and in land area than India. China has a population of about 1.3 billion whereas our population is roughly 1.1 billion. Also, China has more than twice our land area. However, all Chinese have Mongoloid features; they have a common written script (Mandarin Chinese) and 95% of them belong to one ethnic group, called the **Han Chinese**. Hence there is a broad (though not absolute) homogeneity in China.

31. On the other hand, as stated above, India has tremendous diversity and this is due to the large scale migrations and invasions into India over thousands of years. The various immigrants/invasers who came into India brought with them their different cultures, languages, religions, etc. which accounts for the tremendous diversity in India.

32. Since India is a country of great diversity, it is absolutely essential if we wish to keep our country united to have tolerance and equal respect for all communities and sects. It was due to the wisdom of our founding fathers that we have a Constitution which is secular in character, and which caters to the tremendous diversity in our country.

33. Thus it is the Constitution of India which is keeping us together despite all our tremendous diversity, because the Constitution gives equal respect to all communities, sects, lingual and ethnic groups, etc. in the country. The Constitution guarantees to all citizens freedom of speech (Article 19), freedom of religion (Article 25), equality (Articles 14 to 17), liberty (Article 21), etc.

34. However, giving formal equality to all groups or communities in India would not result in genuine equality. The historically disadvantaged groups must be given special protection and help so that they can be uplifted from their poverty and low social status. It is for this reason that special provisions have been made in our Constitution in Articles 15(4), 15(5), 16(4), 16(4A), 46, etc. for the upliftment of these groups. Among these disadvantaged groups, the most disadvantaged and marginalized in India are the Adivasis (STs), who, as already mentioned, are the descendants of the original inhabitants of India, and are the most marginalized and living in terrible poverty with high rates of illiteracy, disease, early mortality etc. Their plight has been described by this Court in **Samatha vs. State of Andhra Pradesh and Ors.** AIR 1997 SC 3297 (vide paragraphs 12 to 15). Hence, it is the duty of all people who love our country to see that no harm is done to the Scheduled Tribes and that they are given all help to bring them up in their economic and social status, since they have been victimized for thousands of years by terrible oppression and atrocities. The mentality of our countrymen towards these tribals

must change, and they must be given the respect they deserve as the original inhabitants of India.

35. The bravery of the Bhils was accepted by that great Indian warrior Rana Pratap, who held a high opinion of Bhils as part of his army.

36. The injustice done to the tribal people of India is a shameful chapter in our country's history. The tribals were called 'rakshas' (demons), 'asuras', and what not. They were slaughtered in large numbers, and the survivors and their descendants were degraded, humiliated, and all kinds of atrocities inflicted on them for centuries. They were deprived of their lands, and pushed into forests and hills where they eke out a miserable existence of poverty, illiteracy, disease, etc. And now efforts are being made by some people to deprive them even of their forest and hill land where they are living, and the forest produce on which they survive.

37. The well known example of the injustice to the tribals is the story of Eklavya in the Adiparva of the Mahabharat. Eklavya wanted to learn archery, but Dronacharya refused to teach him, regarding him as low born. Eklavya then built a statue of Dronacharya and practiced archery before the statue. He would have perhaps become a better archer than Arjun, but since Arjun was Dronacharya's favourite pupil Dronacharya told Eklavya to cut off his right thumb and give it to him as 'guru dakshina' (gift to the teacher given traditionally by the student after his study is complete). In his simplicity Eklavya did what he was told.

38. This was a shameful act on the part of Dronacharya. He had not even taught Eklavya, so what right had he to demand 'guru dakshina', and that too of the right thumb of Eklavya so that the latter may not become a better archer than his favourite pupil Arjun?

39. Despite this horrible oppression on them, the tribals of India have generally (though not invariably) retained a higher level of ethics than the non*tribals in our country. They normally do not cheat, tell lies, and do other misdeeds which many non*tribals do. They are generally superior in character to the non*tribals. It is time now to undo the historical injustice to them.

40. Instances like the one with which we are concerned in this case deserve total condemnation and harsh punishment.

41. With these observations the appeal stands dismissed.

Markandey Katju J
Gyan Sudha Misra J
New Delhi
5th January, 2011

MALAYSIA, IN THE HIGH COURT IN SABAH & SARAWAK AT KUCHIN

Parties:

Plaintiff: Mohamad Rambli Bin Kawi

1st Defendant: Superintendent of Lands Kuching

2nd Defendant: State Government of Sarawak

Issues:

(1) Whether Section 5(3) and (4) of the Land Code, is unconstitutional;

(2) Whether the Plaintiff had acquired native customary rights over the 5 parcels of land or any part thereof;

(3) Whether, in the circumstances, the 1st Defendant was right in law, to reject the Plaintiff's claims to NCR over the said Land or any part thereof;

(4) Whether the Plaintiff is entitled to aggravated and exemplary damages.

Date of Decision: 30th December 2009

Judge: Honourable Justice David Wong Dak Wah

Representation for Plaintiff: Mr. See Chee How, Messrs Baru Bian & Co. Advocates, Kuching.

Representation for Defendant: Miss Kezia Norella Daim, Miss Fam Boon Kim, Miss Sabwati Balia, Mr. Joseph Chioh, State Legal Officer, Kuching

JUDGMENT

Proceedings:

The plaintiff seeks for the following reliefs:

i A Declaration that the Plaintiff has acquired native customary rights (NCR) over 51 parcels of land;

ii A Declaration that this right precludes the 1st and 2nd Defendants from impairing or abridging the Plaintiffs rights;

iii A Declaration that Section 5(3) and (4), of the Land Code (Cap. 81) Sarawak, is unconstitutional;

iv Further and/or in the alternative for a declaration that the letter dated 24th April 2002 (the said Rejection Letter) in referring the Plaintiffs claims to an arbitrator is null and void;

v General, aggravated damages and exemplary damages against the defendants to be assessed;

vi Interest to be charged on the said amount of damages at the rate of 8% per annum from the date of Extinguishment Notice to date of judgment and realization;

vii Any other orders or reliefs this Honourable Court deems fit and just; and

viii Costs of this action.

The defendants dispute the claims on the ground that the plaintiff had not proved on the balance of probability that he had acquired native customary rights on the 51 parcels of land.

Issues

Having heard the evidence and read the submissions of counsels, I agree that the issues in this case are as set out by counsel for the defendants and they are as follows:

(1) Whether Section 5(3) and (4) of the Land Code, is unconstitutional?

(2) Whether the plaintiff had acquired native customary rights over the 51 parcels of land or any part thereof?

(3) Whether, in the circumstances, the 1st Defendant was right in law to reject the plaintiffs claims to NCR over 51 parcels of land or any part thereof?

(4) Whether the plaintiff is entitled to aggravated and exemplary damages?

Background:

The plaintiff had acquired native customary rights over 51 parcels of land totaling approximately 547.49 acres at Loba Rambungan, Kuching by virtue of "forty*seven (47) Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (NCR) or Letters of Surrendering Native Customary Land" signed between the plaintiff and the "respective original owners" in consideration of "certain sums or monies". It is not disputed that the plaintiff did not acquire the 51 parcels of land from the original claimants of NCR but from their descendants. No title deeds had been issued for the 51 parcels of land. By the Land (Extinguishment of Native Customary Rights) (Loba Rambungan Area) (No. 105) Direction, 1999 ("the Direction"), dated 18th September 1999, made by the Minister for Planning and Resource Management under Section 5(3) and (4) of the Land Code (Cap. 81), upon the coming into force of the Direction, "all native customary rights that may be claimed or have subsisted over the land situated along Loba Rambungan and Sungai Selang Rambungan, Kuching, and the said Land held under such rights shall revert to the Government of Sarawak". The 51 parcels of land came within the Direction; hence all NCRs therein had been extinguished by it. The plaintiff had within the prescribed time of 60 days from the Direction lodged his claim but it was rejected by the 1st defendant via a letter dated 24th April, 2002.

Issue No. 1:

Whether Section 5(3) and (4) of the Land Code, is

unconstitutional?

I have dealt with this issue in the case of *Jalang anak Paran & Anor. v Government of Sarawak & Anor* [2007] 1 MLJ 412 where I held at p. 423:

"[12] The rationale therefore is where there is legislation for extinguishment of native customary rights, so long as there is payment of adequate compensation; the said legislation is safe from constitutional attack. For reasons stated above, I hold that s 5(3) and (4) of the Sarawak Land Code do not violate art 5 of the Federal Constitution and hence a valid piece of legislation."

I have no reason to depart from my earlier view. In fact Dato Abdul Aziz J in a later case of *Bato Bagi & Ors. v Government of Sarawak (Suit No. 22(74(2000—II))* (unreported), saw fit to agree with my view where he stated that "though the common law respects the pre*existence of rights under native laws and customs, such rights may be taken away by clear and unambiguous words."

Accordingly, I reject this contention of unconstitutionality.

Issue No.2:

Whether the plaintiff had acquired native customary rights over the 51 parcels of land or any part thereof?

There are two sub issues here, as follows:

a. Whether the plaintiff had proved that the sellers who had surrendered their land via "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" to the plaintiff had native customary rights in the 51 parcels of land?

b. If the answer to sub issue (a) is in the affirmative, whether the plaintiff could have acquired the NCR in the 51 parcels of land by way of 'Serah'?

Plaintiff's Case:

The crux of the plaintiffs' case can be seen from the testimony of the plaintiff (PW1) himself and they are contained in his statements [...]. In brief they are these. The plaintiff is of the Malay race and by virtue of the law he is considered a native of Sarawak. In 1987 after his parcels of land were acquired by the State Government, he made enquiry with the villagers of Kampung Loba as to the status of the land in Loba Rambungan with the intention of cultivating them. He was informed that those lands were owned by some families of Kampung Loba by virtue of their claim of native customary rights over them. He was also informed that some of the Villagers were willing to surrender their native customary lands (NCL) to him for a

consideration. The plaintiff was keen on those NCL as he knew that there would be road access to them as his parcels of land which were near to Loba Rambungan were acquired by the State Government for road construction. He then commissioned one late Mustapha bin Lemana to demarcate the 51 parcels of land [...]. Between 1987 and 1989, the plaintiff made numerous trips to Kampung Loba to check on who were willing to surrender their NCL to him. At the end of 1990, the plaintiff had succeeded in obtaining 47 sets of "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (NCR)" together with relevant annexure locality plan which, in the plaintiffs view, in effect gave him ownership of the 51 parcels of land.

To ensure that the 47 sets of "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (NCR)" are in order the plaintiff had approached the late Penghulu Sadam bin Hashim who had jurisdiction over the land in Loba Rambungan to check whether the 51 parcels of land were in fact NCL and owned by the villagers. He was told by Penghulu Sadam that the villagers in Kampung Loba have native customary rights over the Loba Rambungan land and was also told to see the late Ketua Kaum Bujang bin Hassan together with Penghulu Sadam's son Mahlee @ Mahli bin Sadam (PW2) to check who the proprietors of the respective lands were. PW2 was then a Councilor of Padawan Rural District Council. The plaintiff, together with PW2, did consult Ketua Kaum Bujang as to who were the rightful proprietors of the NCL. After such consultation the 47 "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (NCR)" were signed by the plaintiff and the respective proprietors before the late Ketua Kaum Bujang. The plaintiff also testified that the "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (NCR)" forms were obtained from the Lands and Surveys Department and was also told that those were the proper forms for the surrendering and transferring of NCR land amongst the natives in Sarawak.

It is also the plaintiffs assertion that it is a Malay customary practice that the first person that occupy an area for dwelling, farming or generally for 'cari makan' would have a claim of native customary rights over the land and those rights can be inherited by his or her children or relatives and can be transferred to another native. It is also his assertion that the Malay race recognizes the practice of 'serah' in surrendering their land. This assertion is made based on his own experience and the recognition by the Penghulu or Ketua Adat of the Malay community. He was able to produce numerous sets of "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda (NCR)" in court involving his land in which the State Government had, by implication, accepted the practice by paying him compensation. He also relied on the paper written by the late James Jabing named 'A paper on the concept of Serah over Native Customary Land in the context of the Statute Law and Adat'.

The plaintiffs evidence is substantially corroborated

by PW2. Like his father and grandfather PW2 was appointed a Penghulu by the Resident of Kuching Division for the period between 1995 to 2002 having jurisdiction over numerous villages including Kampung Telaga Air, Kampung Trombol, Kampung Loba, Kampung Selang Kandong, Kampung Sibulaut and Kampung Loba Cermin, succeeding his late father Sadam bin Hashim who passed away in 1991. PW2 served as the Acting Penghulu after his father's demise while awaiting the formal appointment by the Resident.

As a Penghulu, PW2's duties among others include:

- (i) Representing the villagers under his jurisdiction at any official meetings or functions organized by the Government of the day;
- (ii) Administering and implementing Government projects and policies within his area of jurisdiction; and
- (iii) To preside over disputes or cases coming before the Native Court pertaining to the Malay community.

PW2's testimony basically confirmed the Malay practice of 'cari makan' and 'serah' in claiming native customary rights and transferring NCL to fellow natives. He based his assertion of such Malay customs on his wide experiences and knowledge acquired from his father and his status as Penghulu. He had also attended numerous seminars organized by the Resident's office and Lands and Survey on NCR land issues among the natives including Malay. He also has many relatives living in Kampung Loba, hence has personal knowledge of the Kampung. As far as Kampung Loba is concerned, there are a lot of 'bako' trees which are cut and sold to charcoal kilns.

He also confirmed that the plaintiff had employed the late Mustapha bin Leman to demarcate the 51 parcels of land and visited his father many times concerning those lands.

The plaintiff also called two of the 'sellers' i.e. Awang Jamain bin Awang Sharom (PW3) and Hazmi @ Muhaili bin Hassan, farmer cum fisherman (PW4) to testify their claims to their NCL. Both witnesses were born and live in Kampung Loba and had inherited the NCL from their relatives. Both also testified that land rights for the Malay were acquired and created via the customary practice of 'cari makan' and 'serah'.

As an independent corroboration of his evidence, the plaintiff called one Sebi bin Masran (PW5) to testify on the customary practice of the Malays. PW5 was appointed a Penghulu for the period 15th June, 1980 till 31st December, 2008 and has no interest or connection in this case as his jurisdiction was over the Malay communities in Kampung Sejingkat, Tg Bako and Kampung Muhibbah, Seberang Pending, Sepakat Jaya and Pingan Jaya.

It is his testimony that he is very familiar with the customary practice of the Malay communities in Kuching area. This familiarity stems from his own personal experience as a Malay, attending many briefings organized by the various government departments and through his work as Penghulu where he had been asked to resolve disputes on land matters among the Malays. It is his testimony that according to the Malay adat or customs, the pioneers or the first person that occupy an area for farming or planting of crops or fruit trees or generally for "cari makan" (foraging the land for food or general use of the land for livelihood) would have a claim or right over the said land. After his death, any of his children may inherit the right over the said parcel of land, which is commonly referred to as NCL. This is because that land was acquired by virtue of their Malay native custom. Such rights created and or acquired over the NCL may be "serah" (surrendered or transferred) to another person or another native who may not be Malay by race but a native of Sarawak.

Therefore the Malay NCL, which includes the swampy areas and the riverbanks where they had planted upon and foraged for food are not just sources of their livelihood but also constitutes life itself as the land is also fundamental to the Malays' social, cultural and spiritual aspects as natives of Sarawak.

The rivers and streams in the vicinity of the Malay villages are also significant to the villagers because fishing is most common and in many localities, such as Sejingkat and Tanjung Bako, the rivers, streams and the sea were the only means of accessibility to the outside world.

In cross examination, PW5 testified that although he is not an expert, he knows the customs and customary practice of his community. After being appointed as a Penghulu in 1980, he has been adjudicating and resolving matters concerning the Malay community, particularly amongst members of the Malay community in the area of his jurisdiction.

PW5 also testified that he has knowledge of the "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda", that the same is used when a party surrenders and or transfers his or her customary rights over his or her native customary land to another native person. He testified that it is a requirement of the Lands & Surveys Department that such "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" must be signed by the Penghulu as the Ketua Adat of the area to verify and confirm the existence of customary rights of the "Penyerah" (transferor).

It was the evidence of PW5 that in or about 1993, the State Government had acquired lands in and around Sungai Tapang, Sejingkat for the establishment and or creation of the Sejingkat Free Trade Zone Industrial Estate. In his capacity as the Penghulu, he was requested and had rendered his



service to assist the Lands & Surveys Department in determining the proprietors and owners of the native customary land to ensure that compensation monies were paid to the rightful persons.

PW5 confirmed and verified that the 'Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda' was one of the documents which he relied on to ascertain the rightful claimants' are the proprietors and owners of the native customary land. It is within his knowledge that the "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" forms had been accepted by the Lands & Surveys Department.

The defendants' case:

In rebutting the plaintiffs case, the defense called two witnesses. The first witness DW1 (Charles Arthur Bateman, retired government servant) was the Superintendent of Lands and Surveys, Kuching Division who had rejected the claims of native customary rights of the plaintiff. His reasons for rejecting the plaintiffs claims are contained in paragraph 8 of his witness statement and I quote in verbatim:

1. The area under cultivation as at 1948 and 1876 disclosed only 17.818 hectares which does not supported the claim of the plaintiff for land of 600 acres in size;

2. Penghulu Mahli Sadam who holds an identity card 500203*13*5409 implied that he was born in 1950 but has allegedly known the plaintiff for 20 years. In this case, I have reasonable doubt that the Penghulu knew anything about the alleged creation of native customary rights before he was born;

3. Other than this evidence, the plaintiff did not produce any other evidence to show that those whom he had purportedly acquired such rights from had lawfully created such rights. There was no evidence shown to me by the plaintiff to prove that the deceased persons had bequeathed or passed on their purported rights to the "sellers" and that they had the legal authority or capacity from the people who had allegedly created such rights to sell the same to the plaintiff.

He had also relied on the evidence provided by his department to reject the plaintiff's claims. The person who had provided the departmental evidence is DW2 (David Laeng, Land Officer, Lands & Surveys, Miri Division). At the material time he was the Assistant Settlement Officer at the Lands and Surveys Department, Kuching Division. His view is that the plaintiff had failed to prove that he has native customary rights on the 51 parcels of land. The reason for his view is premised on his study of the 1948 and 1976 aerial photographs which, in his view, showed that there was minimal shifting cultivation in the area claimed by the plaintiff and the reason was that this was due to the ecological nature of the area which consisted mainly of Kerangas and Mangrove Forest, that is,

sandy soil of poor nutritional value.

The Law

There is little doubt that the plaintiffs case is premised on section 2(a) of the Land Code (Cap. 81) 1958 which defines 'Native Customary Land' to mean —

(a) land in which native customary rights, whether communal or otherwise, have lawfully been created prior to the 1 January 1958, and still subsist as such;

In view of the recent Federal Court decision in *Superintendent of Lands & Surveys Miri Division and Government of Sarawak v Madeli bin Salleh (2007) 6 CLJ 509*, it is now settled law that common law of Malaysia recognizes native customary title. This is what the Federal Court through the judgment of Arifin Zakaria FCJ (as he then was, now CJ M) said:

[21] The learned State Attorney General vehemently contended that Adong and Nor Anak Nyawai should not be followed because they were decisions rooted upon the Australian case of *Mabo (No. 2)*, an authority for the proposition that the common law of Australia which recognizes a form of "native titles" and the Canadian case of *Calder v. AG of British Columbia* which held that the "common law categorically recognized native rights over land".

[22] With respect, we are of the view that the proposition of law as enunciated in these two cases reflected the common law position with regard to native titles throughout the Commonwealth. And it was held by Brennan J, Mason CJ and McHugh J, concurring, in *Mabo (No. 2)* that by the common law, the Crown may acquire a radical title or ultimate title to the land but the Crown did not thereby acquire absolute beneficial ownership of the land. The Crown's right or interest is subject to any native rights over such land. They adopted the view of the Privy Council in *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria [1921] 2 AC 399*, where the Privy Council in an appeal from the Supreme Court of Nigeria held that the radical title to land held by the White Cap Chiefs of Lagos is in the Crown, but full usufructuary title vests in a chief on behalf of the community of which he is head. That usufructuary title was not affected by the cession to the British Crown in 1861; the system of Crown grants must be regarded as having been introduced mainly, if not exclusively, for conveyancing purposes. At p. 407 Viscount Haldane observed:

In the light afforded by the narrative, it is not admissible to conclude that the Crown is generally speaking entitled to the beneficial ownership of the land as having so passed to the Crown as to displace any presumptive title of the natives. In the case of *Oduntan Onisiwo v. Attorney (General of Southern Nigeria (2))*, decided by the Supreme Court of the colony in 1912, Osbourne CJ laid down as regards the effect of the cession of 1861, that he was of the opinion that "the ownership rights of private landowners, including the families of the Idejos, were left entirely unimpaired, and as freely exercisable after the Cession as before." In this view their Lordships concur. A mere change in sovereignty is not to be presumed as meant to disturb rights of private owners; and the general terms of a cession are prima facie to be construed accordingly. The introduction of the system of Crown grants which was made subsequently must be regarded as having been brought about mainly, if not exclusively, for conveyancing purposes, and not with a view to altering substantive titles already existing. No doubt questions of difficulty may arise in individual instances as to the effect in law of the terms of particular documents. But when the broad question is raised as to what is meant by the provision in the Public Lands Ordinance of 1903, that where the lands to be taken are the property of a native community, the head chief may sell and convey it, the answer must be that he is to convey a full native title of usufruct, and that adequate compensation for what is so conveyed must be awarded for distribution among the members of the community entitled, for apportionment as the Native Council of the District, with the sanction of the Governor, may determine. The chief is only the agent through whom the transaction is to take place, and he is to be dealt with as representing not only his own but the other interests affected.

[23] We are conscious of the fact that in this case we are dealing with individual right not communal right, but in our view the principle applicable is the same.

What concerns the court now is whether the plaintiff had proved that he has NCR in the 51 parcels of land. Before I deal with the evidence I should set out what I think is the correct approach in dealing with proof of NCR. Kirby P (as he then was) sitting as the President of the Court of Appeal of the New South Wales Supreme Court in *Mason v Tritton (1994)* 34 NSWLR 572 at pg. 588 observed that:

'In the nature of Aboriginal society, their many deprivation and disadvantages following European settlement of Australia and the limited record keeping of the earliest days, it is next to impossible to expect that Aboriginal Australians will ever be able to prove, by record details, their presence genealogy back to the time before 1788. In these circumstances, it would be unreasonable and unrealistic for the common law of Australia to demand such proof for the establishment of a claim to native title. The common law, being the creation of reason, typically rejects unrealistic and unreasonable principles'

In *Delgamuuk v British Columbia (1997)* 3 SCR 1010, Lamer CJ had this to say on the appropriate approach in dealing with proof of aboriginal claims and I quote:

In cases involving the determination of aboriginal rights, appellate intervention is also warranted by the failure of a trial court to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when applying the rules of evidence and, second interpreting the evidence before it.

As I said in *Van der Peet* at par 68:

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal culture, a court should approach the rule of evidence, to interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs, and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law tort case'



The justification for this special approach can be found in the nature of aboriginal rights themselves. I explained in *Van der Peet* that those rights are aimed at the reconciliation of the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. They attempt to achieve that reconciliation by 'their bridging of aboriginal and non aboriginal cultures'(at paragraph 42). Accordingly 'act must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the rightwhile at the same time taking into account the perspective of the common law" such that "true reconciliation will, equally, place weight on each" (at paras 49 and 50).

In other words, although the doctrine of aboriginal rights is a common law doctrine, aboriginal rights are truly sui generis, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain" the Canadian legal and constitutional structure"(at para 49). Both the principles laid down in *Van der Peet* — first that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background."

Similar sentiments can be seen in the local case of *Hamit B Matussin & 6 Others v Superintendent of Lands & Surveys & Anor* (1991) 2 CLJ 1524, where Haidar Bin Mohd Nor J (as he then was) had at page 1526 (para G right) said:—

"In respect of native custom, s. 48 of the Evidence act 1950 provides*

48. When the court has to perform opinion as to the existence of any general custom or right, the opinions as to the existence of such custom or right of persons who would be likely to know of its existence, if it existed, are relevant.

Cross on Evidence (Third Australia Edn.) listed four ways in which the existence of customs or usage may be proved. One of these four methods which is relevant to the present actions is stated as follows*

The first method consists of the testimony of a witness who

deposes, from his own personal knowledge, to the actual existence of custom or usage. He states that he is well aware of the facts that lessees in a given locality have been in the habit of removing "way going crops" that is crops grown by the tenant before the termination of his lease or of any other custom or usage. The evidence may be based on observation of many instances, and it may sometimes be based on reputation or hearsay."

Bearing in mind the above principles, I now examine the evidence. To determine whether the original claimants possess NCR over the 51 parcels of land requires me to examine the customs and practices of the Malays in the area of Kampung Loba. The starting point of my examination must be the Transfer Agreement of 1841 between Pangeran Muda Hassim of Brunei and James Brooke which in paragraph II states as follows:

"Moreover James Brooke Esquire undertakes that the laws and customs of the Malays of Sarawak shall forever be respected since the country of Sarawak has hitherto been subject to the government of the Sultan of Brunei the Pangeran Muda and Malayan rajas"

In view of the above, there can be no doubt that the Malay customs in Sarawak must be given recognition and this is not disputed by the defendants. However it is the defendants' submission that there is no evidence in court that the alleged Malay customary practice of 'cari makan' and 'serah' has been given legal effect by the laws of Sarawak. In support of this submission counsel for the defendants refers to section 2 of the Land Code which defines "customary law means a custom or body of customs to which the law of Sarawak gives effect". This can be seen from the defendant counsel's line of cross examination of PW5 which I quote:

"Q12. Can you explain what are "the Malays' native customary rights over land", particularly how such rights may be created or surrendered, and identify the source or basis of your explanation or answer?"

A12: These are land held by the Malay by customary practice. They are created through our Malay customary practice and may be surrendered by our Malay customary practice as well.

Q13. Is there any authority in Sarawak which had provided rules or has codified in writing, Malay native customary rights over land'; How different is that from "native

customary rights" as recognized under section 66 of the Land Settlement Ordinance and/or section 5 of the Land Code (Cap. 81) of Sarawak?.

A13: I am sure there are rules and laws safeguarding Malay native customary rights over land. I have been told about section 66 of the Land Settlement Ordinance and section 5 of the Land Code, I think the sections are not conclusive about how native customary rights may be acquired.

Q14. I refer to paragraphs 7 and 8 of PW5. Can you confirm whether such a Malay custom is recorded in any book or publication as being recognized, and if so, identify the book or publication?

A14: I am sure there are in writing, such as the section 66 of the Land Settlement Ordinance and section 5 of the Land Code referred to earlier. However, I cannot read and I don't have such publications or books.

Q15. Do you consider yourself an expert on Malay adat? If yes, kindly inform the Court of your qualifications or basis upon which you claim to be such an expert.

A15: I am not an expert, but I certainly know about the customs and customary practice of my community. After being appointed as a Penghulu in 1989, I have been adjudicating and resolving matters concerning the Malay community, and amongst members of the Malay community, particularly those in the area of my jurisdiction."

Since PW5 could not show to the court that there is such written law, it was submitted by the defendants that the just mentioned customary practice cannot be recognized by the court. With respect to counsel for the defendants, the phrase 'law of Sarawak' cannot mean only written law. In my view it also means common law as developed by the courts from time to time. This was what happened in the ground breaking decision of *Nor anak Nyawoi & Ors v Borneo Pulp Plantation Sdn Blzd & Ors* (2001) 6 MLJ 24] where Ian Chin J gave legal effect to the Iban customary practice of 'pemakai menoa' which was upheld by the Court of Appeal. What the common law recognizes is succinctly set out by Mohd Noor Ahmad J in *Sagong Tasi & Ors v Kerajaan Negeri Selangor & Ors* (2002) 2 CLJ 543 at page 565:

The Privy Council had cautioned against interpreting native title by reference to the English land law principles (at p.403) and in *Mabo No.2*, Brennan J administered the same caution (at p. 29). Accordingly, the

Privy Council relied upon a report on the character of the tenure of land among the native communities in West Africa which stated that all members of the native community had an equal right to the land although the headman or the head of the family had charge of the land and in loose mode of speech is sometimes called the owner who held the land for the use of the community or family and the land remained the property of the community or family. The same can be said of the character of land tenure and use amongst the Temuan people based on the facts as found. Further, the character of proprietary interest of the aboriginal people in their land as an interest in land and not merely an usufructuary right can be gathered from the following features of native title as decided by the courts:

(a) it is a right acquired in law and not based on any document of title (see the *Calder* case, followed in the *Adong* case at p. 428F),

(b) it does not require any conduct by any person to complete it nor does it depend upon any legislative, executive or judicial declaration (see Brennan CJ in *The Wik Peoples v. The State of Queensland & Ors* [1996] 187 CLR 1 (hereinafter referred to as 'The Wik Peoples case') at p. 84, followed in the Malaysian case of *Nor Anak Nyawai & Ors v. Borneo Pulp Plantation Sdn. Blzd. & Ors*[2001] 2 CLJ 769 at p. 780),

(c) native title is a right enforceable by the courts (see Brennan C] in the *Wik Peoples'* case at p. 84),

(d) native title and interest in aboriginal land is not lost by colonisation, instead the radical title held by the Sovereign becomes encumbered with native rights in respect of the aboriginal land (see *Mabo No. 2*, headnotes at p. 2),

(e) native title can be extinguished by clear and plain legislation or by an executive act authorised by such legislation but compensation should be paid (see *Mabo No. 2*, headnotes at p. 3), and

(f) the aboriginal people do not become trespassers in their own lands by the establishment of a colony or sovereignty (see *Ward & Ors* (on behalf of the *Miriuwung and Gajerrong People*) & Ors v.



*State of Western Australia & Ors [1998] 159 ALR 483 at p. 498 lines 43*45).*

The aforesaid principles of native title were adopted in the current leading cases on the subject in Australia and Canada, v. *Mabo No. 2*, *The Wik Peoples* case, and *Delgamuukw v. The Queen in right of British Columbia et al; First Nations Summit et al., Interveners* [1997] 153 DLR (4th) 193 (hereinafter referred to as 'the Delgamuukw case') which hold that the aboriginal people's rights included an interest in the land and not merely an usufructuary right. The position is the same in the United States of America from the time of the case of *Johnson and Graham's Lessee v. William M'Intosh* [1823] 21 US 681 at p. 688 where Marshall CJ said:

They (Indian tribes or nations) were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion.

Apart from the common law, the Federal Constitution accords recognition to NCR wherein Article 160 (2) defines law to include 'custom or usage having the force of law in the Federation or any part thereof'.

Reverting back to the issue at hand and that is, has the plaintiff on the balance of probability proved that the original claimants had NCR in the 51 parcels of land?

I have earlier set out the plaintiff's case and the various witnesses he called to testify to corroborate his evidence on the Malay Practice of 'cari makan'. There is of course no formal record of this practice and what the court is confronted is the oral evidence of the witnesses. The evidence of PW1, which I have set out earlier, can be said to be self serving as he is the plaintiff in this case. The same could be said for PW3, PW4 and PW6 as they had surrendered their NCLs to the plaintiff and that surrender is the subject of this suit. The corroborative value of their evidence is of course limited. What amounts to good corroborative evidence is defined by Raja Azlan Shah FJ (as His Highness then was) in *Karthiyaj/ani & Anor v Lee Leong Sin & Anor* [1975] 1 MLJ 119 as follows (at p 120):

If a witness is independent, ie, if he has no interest in the success or failure of a case and his evidence inspires confidence of the court, such evidence can be acted upon. A witness is normally to be considered independent unless he springs from sources which are likely to be tainted. If there are circumstances tending to affect his

impartiality, such circumstances will have to be taken into account and the court will have to come to a decision having regard to such circumstances. The court must examine the evidence given by such witness very carefully and scrutinise all the infirmities in that evidence before deciding to act upon it.[...]

In my view, we find such independent evidence in PW2 and PW5. PW2 had not shown any interest in the outcome of the case. Neither has it been shown that he had any motive to be bias towards the plaintiff. Furthermore he was appointed the Penghulu for the Loba Rambungan by the Resident of Kuching Division from 1995 to 2002 succeeding his father. Apart from holding that position heerwas also a councilor with the Majlis Perbandaran Padawan which covered the area of Loba Rambungan. His evidence in substance confirmed the testimony of PW1 and, of importance, his confirmation that the plaintiff had executed the "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Termuda" with the NCL owners after the plaintiff had confirmed the ownership with the late Penghulu Sadam bin Hashim and the late Ketua Kaum Bujang bin Hassan. No evidence was produced by the defendants to rebut such contention. Also of importance is his confirmation that the Malay practice of 'cari makan' is a Malay custom.

This is what he said in paragraph 10 of his statement and I quote:

"According to our Malay adat or custom, the pioneer or first person that occupy an area for farming or planting of crops or fruit trees or generally for 'cari makan' (foraging the land for food or generally use the land for his livelihood) would have a claim or right over the said land. After his death, any of the children may inherit the right over the said parcel of land, which is commonly referred to as native customary land (NCL). This is because that land was acquired by virtue of our Malay native custom. This is because that land was acquired by virtue of our Malay native custom. Such NCL may be sold of and/or the right therein, commonly referred to as native customary rights (NCR) can be transferred to another person or another native who may not be Malay by race but a native of Sarawak."

His testimony, of course, stems from his knowledge, through his experience and various courses organized by the State Government. His experience comes from living as a Malay, knowledge passed on from his father and, of course, from his on the job as a Penghulu.

Though PW2 is not called by the plaintiff as an expert witness, his so called 'claimed knowledge' had not been disputed by the defence. Hence one

can say that his evidence has been unchallenged. PW5, whom I said earlier can be considered as an independent witness, stated at the time of his testimony that he is the longest serving Penghulu in the Kuching Division as he had been appointed since 15th June 1980. As the Penghulu he had jurisdiction over the Malay communities in Kuching Division. The pertinent parts of his statement are these:

1. I am familiar with the traditions, customs and customary practice of the Malay communities in the Kuching Division. I have knowledge of the Malays' customary rights including customs and customary practice pertaining to land, mainly from the briefings organized by government departments including the Lands & Surveys Department, District Office and Resident'

2. Generally, the Malays in and around Kuching are mostly settled or lived by the coastal areas and/or along riverbanks usually the lower part of the river closer to the sea. This is because traditionally we have been fishermen plying the seas and river mouth to sustain our livelihood. Besides fishing, we are also farmers planting wet and dry padi, pokok bandong or ubi kayu (tapioca) where the land is suitable.

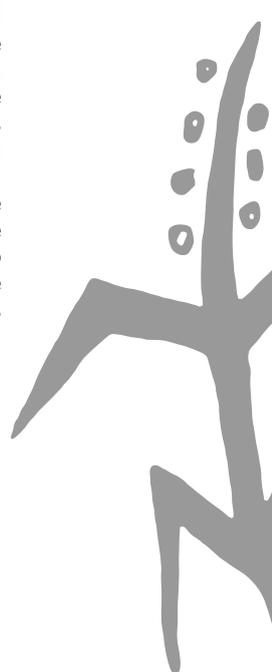
3. For the Malay communities, the land surrounding their kampongs including the riverbank and swampy areas are the main sources of our livelihoods. They forage the swampy areas and along the riverbanks for food such as lokan, prawn, crabs, fish, tekoyong or siput (a kind of edible snails) and the like. From the nipah palm, which grows freely at the river banks, we extract its nectar locally referred to as "gula apung" for sugar, "cuka apong" (vinegar), "garam apong" (salt). The nipah leaves are weaved into roofing material for houses and huts and also mats. For generations, the Malay communities have derived benefits from the nipah palm, for food and cash income. Since I was 13 years old, I followed my father to work on our land to harvest the "gula apung", "cuka apong", "garam apong" and make use of the other parts of the nipah palm which are useful and valuable to us. Other useful trees to the Malay communities, from the land they derived food and income, are the nibung trees which is used for poles and / or posts and floors of houses, as this tree is hard and durable, and bako trees useful for piling.

4. I have knowledge of the "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda". A "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" is used when a party surrenders and or transfers his or her customary rights over his or her native customary land to another native person. It is a requirement of the Lands & Surveys Department that such "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" must be signed by the Penghulu as the Ketua Adat of the area to verify and confirm the existence of customary rights of the "Penyerah" (transferor).

5. In or about 1993, the state government had acquired land in and around Sungai Tapang, Sejingkat for the establishment and or creation of the Sejingkat Free Trade Zone Industrial Estate. I was requested and had rendered my service to assist the Lands & Surveys Department in determining the proprietors and owners of the native customary land to ensure that compensation monies are paid to the rightful persons.

6. The "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" was one of the documents which I relied on to ascertain the rightful claimants proprietors and owners of the native customary land. These "Surat Perjanjian Menyerah Tanah Temuda" were produced and were accepted by the Lands & Surveys Department.

Counsel for the defendants however submitted that none of the 'Sellers' were the persons who had created any rights to the land and since there is no direct evidence from the Sellers as to how and when the felling of jungle was done prior to 1 January 1958, the plaintiff had failed in proving his case. Counsel for defendant also attacked the plaintiff's evidence as hearsay and ought to be disregarded by this court. With respect, hearsay evidence and opinion evidence are relevant evidence in a claim for customary rights as held by Haidar J in *Hamit B Matussin & 6 Others v Superintendent of Lands & Surveys & Anor (supra)*. In this case, the claim for NCR by the plaintiff in substance relied on the verification of the late Penghulu Sadam bin Hashim, the late Ketua Kaum Bujang bin Hassan and PW2. PW2 of course is the only surviving trio but it is not disputed that PW2 had personal knowledge as to the certification of the 51 parcels of land. At the time of his father's illness PW2 accompanied the plaintiff to see the late Ketua Kaum Bujang bin Hassan to determine whether the Sellers had NCR. In my view I cannot think of any other qualified person who is in a better position to make such certification other than the late Penghulu Sadam, Ketua Kaum Bujang and PW2 as they were intimately involved in the area and were entrusted with the affairs of the Malay communities in that area. As stated earlier, their knowledge had not been challenged which can be easily done by calling another Penghulu or someone who has knowledge of the Malay custom to rebut their testimonies. Why this was not done mystify the court as the evidence of PW2 and PW5 were corroborative evidence of immense value if not rebutted. PW5 testified that he is the Penghulu and surely as a government appointee it would not be his interest to testify against the government which makes his evidence more credible. I say the same for PW2 who was also a government appointee as Penghulu and Councilor of Majlis Perbandaran Padawan. The plaintiffs claim of NCR over the 51 parcels of land is also corroborated by the issuance of Notification for Extinguishment of NCR by the defendant. It is illogical for the defendants to do so if they did not concede that there is in existence NCR in the 51 parcels of land. Furthermore there is



no other claim for NCR apart from the plaintiff's claim. As for the aerial photographs used by the defendants to rebut the plaintiffs claim, they are of little use as there is no ground survey conducted bearing in mind that it is the testimony of DW2 that there is element of NCR in the claimed area. The use of the aerial photography is to show that there was no shifting cultivation but this is neither here nor there as the plaintiff had stated in evidence that the Malay practice of 'cari makan' did not involve shifting cultivation. In any event, the defendants have not established the authenticity of the aerial photograph as they had not called the relevant witness or witnesses to testify as to how and when the aerial photograph was taken. The first step which needs to be taken to establish the authenticity of any document in court must be to call the maker of it or if he or she is not available due to the age of the document, facts surrounding as to how the document came into existence must be led in evidence and established. This is basic principle in respect of the rule against hearsay. Hence as this first step had not been taken by the defendants in respect of the aerial photograph, any reliance or interpretation of the aerial photograph is at best suspect.

Further in dealing with claims of NCR by natives, one should start with the premise that natives are not only owners, they also are part of the land. They are the original occupants of the land and that was how they had used the land to live and feed off them from time immemorial. This right of course pre existed any legislation.

For the reasons stated above I am of the view that the plaintiff, on the balance of probability, had proved that the 51 parcels of land are NCL acquired via "Surat Perij anjian Menyerah Tanah Temuda".

This brings me to the next sub issue of whether the Malay custom recognizes the practice of 'serah'. On this issue counsel for the defendants submitted that the 'serah' issue must be decided by reference to the Land Code, specifically section 5(1) and (2) which prescribed the methods by which NCR may be acquired after 1 January 1958. Counsel for the defendants also referred the court to two cases, namely, *Bisi Jinggot @ Hilarion Bisi ak Jenggut v Superintendent of Lands & Surveys, Kuching Division & 3 Others* (2008) LNS 245 and *Sapiah Binti Mahmud v Superintendent of Lands and Surveys, Samarahan Division & 2 Others* (22/82/2003(I)). In *Bisi* case, the learned Judicial Commissioner said this:

"(ii) In this case, the plaintiff is not alleging that his ancestors were in continuous occupation of the land. On the contrary he says that he has purchased the NCR by way of ordinary sale and purchase agreement. I do not think NCR can be transferred by modern conveyancing instrument of transfer as it could not have

been prima facie part of the NCR and/or practice. I agree with the submissions of the 1st and 2nd defendants that NCR in Sarawak can only be transferred in a limited sense for example by gift or inheritance etc. within the community members of the native before any claimant can be showered with the exclusive privileges. That is to say, inter alia, a native from a community residing in south of Sarawak cannot purchase NCR from a native in a community residing in north of Sarawak. The nexus must be within the community and not within the race. For courts to recognize any such transfers it must be legislated. It is not sufficient for the plaintiff to allege such transfers are in vogue and is recognized in practice, without satisfactory evidence adduced in court. The burden of proof lies with the plaintiff and that burden has not been discharged in this case according to law.

(iii) It is also my finding that the plaintiff has not acquired NCR pursuant to the SLC and in this context I agree with the submission of the defendants on this issue."

Bisi's case follows the dicta in *Hamit B Matusin & 6 Others v Superintendent & Anor* (1991) 2 CLJ 1524 which held that transfers of NCR land within the same community in particular is permissible if it allowed by custom of the natives. In *Sapiah Binti Mahmud, Linton Albert J* adopted the decision of *Sumbang Anak Sekam v Engkarong Anak Ajah* (1958) SCR 95 where Lascelles J said:

Individual customary rights are not transferable by sale or otherwise for value

I was also referred to the case of *Haji Khalid bin Abdullah v Khalid b. Abg. Haji Marzuki & Anor* (Kuching O.M NO. KG.3 of 1983) (reported in pages 177 to 198 of *Land Cases 1969 (1987)*, published by Lands & Surveys Department), where the parties were evidently Malays and concerned with the transfer of NCR land. Tan Chiaw Thong J held as follows:*

"This raises the question as to whether on the date of the execution of the 1981 memorandum of transfer, the registered proprietor was in a position to transfer his customary rights' to the applicant. Having regard to the scheme of the Land Code, it seems to me clear that the answer is in the negative. For one thing there is no provision in that Code for the transfer of such rights from one native to another who is unrelated to him, and for another, the proviso to section 5(2) and the provisions of section 18 of that Code to my mind presuppose that only through personal occupation and usage of any area*of unalienated land in accordance with the

rights acquired by customary tenure amounting to ownership would such rights be recognized for the purposes of that section. In my view, taking into account the scheme of the Land Code, if it is legitimate for any customary rights to be transferred in the manner and to the extent as indicated in the 1981 memorandum of transfer, there would have been provision in the Land Code permitting this to be done and there is no such provision in that Code."

In discussing this issue, the starting point must be to determine what kind of rights is embodied in a native title. Mokhtar Sidin J CA in *Adong Bin Kuwau & Ors v Kerajaan Negeri Johor & Anor* (1997) 1 MLJ 418 dealt with this issue in the context of the Federal Constitution and this is what he said:

The plaintiffs' counsel submitted that the rights accorded to the aboriginal people by common law and statutory law are proprietary rights within the ambit of art 13(1) of the Federal Constitution and there is no law to take away these rights without due compensation. The plaintiffs' counsel further submitted that the act of the defendants in taking away the traditional and ancestral funds from the plaintiffs without compensation is unlawful.

However, we need not go into the common law on compensation for our Federal Constitution art 13 covers that situation.

Article 13 states:

13. Rights to property

(1) No person shall be deprived of property save in accordance with law.

(2) No law shall provide for the compulsory acquisition or use of property without adequate compensation.

The plaintiffs' counsel submitted that the rights accorded to the aboriginal people by common law and statutory law are proprietary rights within the ambit of art 13(1) of the Federal Constitution and that when these rights are taken away by the defendants, the plaintiffs should be compensated pursuant to art 13(2).

To answer this question, we have to determine whether the rights accorded to the plaintiffs under common law and statutory law as described earlier are proprietary rights protected by art 13(1), or in other words, do the rights accorded to the plaintiffs fall within the ambit of art

13(1), and which is to be adequately compensated by art 13(2) if compulsorily acquired or used.

The word 'property' appearing in art 13(1) is a legal word and should be accorded its legal meaning. There is a similar provision to our art 13 in the Indian Constitution arts 19(1)(f) and 31. There are numerous Indian constitutional cases which have defined the word 'property' and I rely on the case of *Rabindra Kumar v Forest Officer AIR 1955 Manipur 49* at pp 53*54 which eloquently sets out the meaning of the word 'property' as used in a constitutional context. [...]

The Federal Court in the case of *Selangor Pilot Association (1946) v Government of Malaysia & Anor* [1975] 2 MLJ 66 at p 69, per Suffian LP said:

The language of our art 13 is not identical with, but it certainly approximates to, the language of the Indian art. 31 before the 1955 amendment which added the new cl (2A). The absence of a similar clause from our art 13 persuades me to adopt the construction placed on the Indian article by the Indian Supreme Court on the unamended art 31.

I would therefore agree with the wide interpretation given to proprietary rights under art 13 and hold that the plaintiffs' rights both under common law and statutory law are proprietary rights protected by art 13 of the Federal Constitution.

I will now proceed to examine whether the plaintiffs were deprived of proprietary rights protected by the Federal Constitution art 13(1).

At the time the defendants entered into an agreement with the Government of the Republic of Singapore and built a dam in the Linggiu Valley, the plaintiffs' rights of free access into Linggiu valley and to harvest the fruits of the jungle were unchallenged and recognized in law. It is the building of the dam that brought the plaintiffs' freedom of movement within the Linggiu valley, which is guaranteed by the Federal Constitution art 9(2), to an end and subsequently extinguished the plaintiffs' rights to collect the forest produce which are recognized at common law and statutory law.

The plaintiffs' statement that the forest was a source of their livelihood was not rebutted by the defendants and neither was



there evidence that there was a break in the continuous occupation and traditional connection in the land for their livelihoods.

It has been long recognized under our law that when a person is deprived of any proprietary right under an executive exercise pursuant to powers given by statute, that person must be compensated.

Hashim Yeop Sani J (as he was then) in the case of *S Kulasingam & Anor v Commissioner of Lands, Federal Territory & Ors* [1982] 1 MLJ 204 at p 206 said:

Article 13(1) in my opinion ensures the sanctity of private property. That clause guarantees the right of any person not to be deprived of his property save in accordance with law which simply means that no one can be deprived of his property merely on the orders of the executive but that he may be deprived of his property only in accordance with law.

I agree with his Lordship.

The plaintiffs have established that they have proprietary rights over the Linggiu valley and that the defendants have deprived them of these rights. It was then up to the defendants to show that they had the right to deprive the plaintiffs of such rights. The defendants have failed to do so.

Since the defendants have failed to establish the right to deprive the plaintiffs of their rights, I will hold that this deprivation without compensation was unlawful. I therefore hold that the plaintiffs are entitled to the compensation in accordance with art 13(2).

The Federal Constitution art 13 supersedes both statutory law and common law and mandates that all acquisition of proprietary rights shall be compensated and that any law made for the compulsory acquisition or use of property without compensation shall be rendered void in accordance with art 4 of the Federal Constitution. I assume that the alienation of the Linggiu valley lands in four titles was done under the National Land Code 1965 but the National Land Code 1965 does not provide for compensation of land acquired. However, the National Land Code 1965 must be read as being subservient to art 13 of the Federal Constitution and where there is no provision for compensation under statutory law, art 13(2) should be read into that statute.

The law of Sarawak provides for compensation to be paid when there is an extinguishment of NCR and hence I had in *Jalang Ak Paran & Anor v Government of the State Sarawak* (2007) 1 AMR 39 held that section 5(3) of Land Code did not contravene the protection accorded by section 13(2) of the Federal Constitution. Section 5(3) of the Land Code reads as follows:

“Any native customary rights may be extinguished by direction issued by the Minister which shall be —’

(i) published in the Gazette and one newspaper circulating in Sarawak; and

(ii) exhibited at the notice board of the District Office for the area where the land, over which such rights are to be extinguished is situate, and on the date specified in the direction, the native customary rights shall be extinguished and the land held under such rights shall revert to the Government:

Provided that where such rights are extinguished in pursuance of this section compensation shall be paid to any person who can establish his claims to such rights in accordance with paragraphs (b) and (c); or other land over which such rights may be exercised may be made available to him with or without the payment of additional compensation whether for disturbance, or for the costs of removal, or otherwise.”

It can be said then that the State Government of Sarawak had complied with the Federal Constitution by having section 5(3) in its Statute Book. And it also can be said that they have also recognized that Natives in Sarawak who had established NCR, have proprietary rights over the land and these rights by implication come within the ambit of the word “property” in Article 13 of the Federal Constitution. What do these proprietary rights entail? Mokhtar Sidin J CA in *Adong Bin Kuwau* detailed them as thus:

Before the introduction of the Torrens land system, these lands were unclaimed land in the present sense but were ‘kawasan saka’ to the aboriginal people. On the introduction of the Torrens land system, all the kawasan saka became state land but the aboriginal people were given the freedom to roam about these lands and harvest the fruits of the jungle. Some of these lands have been gazetted as forest reserves. The plaintiffs, however, continue to live and/or depend upon this

unalienated land. It was not denied that some of them had lived on these lands, and all of them still consider the jungle as their domain to hunt and extract the produce of the jungle just like their forefathers had done.

My view is that, and I get support from the decision of Calder's case and Mabo's case, the aboriginal peoples' rights over the land include the right to move freely about their land, without any form of disturbance or interference and also to live from the produce of the land itself, but not to the land itself in the modern sense that the aborigines can convey, lease out, rent out the land or any produce therein since they have been in continuous and unbroken occupation and/or enjoyment of the rights of the land from time immemorial. I believe this is a common law right which the natives have and which the Canadian and Australian courts have described as native titles and particularly the judgment of Judson J in the Calder case at p 156 where His Lordship said the rights and which rights include '... the right to live on their land as their forefathers had lived and that right has not been lawfully extinguished ...'. I would agree with this ratio and rule that in Malaysia the aborigines' common law rights include, inter alia, the right to live on their land as their forefathers had lived and this would mean that even the future generations of the aboriginal people would be entitled to this right of their forefathers.

Whether Natives in Sarawak have the right of disposition of NCR land, in my view, must be considered in the context of their customs and traditions together with the Federal Constitution. The reason is simple and that is the Federal Constitution gives protection to NCR. The first of such protection is Art 160(2) which defines law to include 'customs or usage having the force of law in the Federation or any part thereof.' What this means is that if, as in this case, the custom of the Malay communities allows disposition of land with NCR among themselves the court is constitutionally bound to protect that custom. This is how Dr. Ramy Bulan in her paper titled '*Legal Perspectives On Native Customary Land Rights in Sarawak*' puts it at page 151:

"The denial of customs supporting native property rights on the basis that they are different from non native property holding patterns not only violates art 160(2) by failing to recognize customs as part of Malaysian law, it also violates the right of natives to equality before the law, guaranteed by art 8(1) of the Federal Constitution. The failure to provide for registration of native title and to accord

indefeasibility to registered interest could similarly violates art 8(1)"

There is much merit in what Dr. Bulan says and I adopt her view. Another article of the Federal Constitution which needs to be taken into account is Article 153 the Federal Constitution which grant special status to the Malays and the Natives of Sabah and Sarawak. It reads as follows:

Reservation of quotas in respect of services, permits, etc. for Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak.

153. (1) It shall be the responsibility of the Yang di*Pertuan Agong to safeguard the special position of the Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak and the legitimate interests of other communities in accordance with the provisions of this Article.

(2) Notwithstanding anything in this Constitution, but subject to the provisions of Article 40 and of this Article, the Yang di*Pertuan Agong shall exercise his functions under this Constitution and federal law in such manner as may be necessary to safeguard the special position of the Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak of such proportion as he may deem reasonable of positions in the public service (other than the public service of a State) and of scholarships, exhibitions and other similar educational or training privileges or special facilities given or accorded by the Federal Government and, when any permit or licence for the operation of any trade or business is required by federal law, then, subject to the provisions of that law and this Article, of such permits and licences.

(3) The Yang di*Pertuan Agong may, in order to ensure in accordance with Clause (2) the reservation to Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak of positions in the public service and of scholarships, exhibitions and other educational or training privileges or special facilities, give such general directions as may be required for that purpose to any Commission to which Part X applies or to any authority charged with responsibility for the grant of such scholarships, exhibitions or other educational or training privileges or special facilities; and the Commission or authority shall duly comply with the directions. [...]

Our forefathers in their wisdom had seen fit that such special status be accorded to the indigenous people of the country and one of the reasons for such recognition is to maintain and promote the economic livelihood of these special groups. Hence



it is incumbent on the courts to ensure that such privilege and rights are enhanced. In the case at hand the issue is whether members of the Malay communities can transfer their NCR in their land to members of same communities. It is common sense that if natives are allowed to dispose of their NCL within their communities, it would automatically enhance their value and improve the natives' economic livelihood. This would promote the ideals behind the constitutional special status of the natives. I see no reason why natives should not possess such rights of disposition of their NCL as non natives have in titled land. Furthermore it would not affect the rights of non natives as they could not in law hold NCL. Not to allow such disposition even among their own communities would in effect make their NCL worthless which cannot be seen as promoting the well being of natives in the country when they have been granted special status under the Federal Constitution.

Counsel for the defendants had submitted that the plaintiffs intention 'to acquire the land to open up vast tract of land for cultivation and farming' runs contrary to Secretariat Circular No. 12 of 1939, the relevant parts reads as follows:

'It is the aim of the government to record and protect these customary rights and to protect the various communities from impoverishing themselves by disposing lightly of their rights to others, whether alien or native'

'No community or individual may hold up land in excess of requirements'

With respect, the circular issued in 1939 does not have any relevance whatsoever now for the simple reason that it was a circular issued pre Merdeka. In any event the society as it existed in 1939 in Sarawak is different from the society which exists today. The thinking of the legal profession, which includes the judiciary, has also changed to reflect the change in society. This change has seen the courts in this country recognizing the relevance of international human rights protection to native title in Malaysia. In Adong case (supra) Mokhtar Sidin JCA recognizes this and this is what he said:

'Of late, aboriginal peoples' land rights — or' generally what is internationally known as native peoples' rights — has gained much recognition after the Second World War, with the establishment of the United Nations of which the UN Charter guarantees certain fundamental rights. Native rights have been greatly expounded on by the courts in Canada, New Zealand and Australia restating the colonial laws imposed on native rights over their lands. It is worth noting that these native peoples' traditional land rights are now firmly entrenched in countries that had and/or are still practicing the Torrens land law —

namely Canada, New Zealand and Australia — where special status have been enacted or tribunals set up in order for natives to claim a right over their traditional lands'

The Federal Court also, as pointed out earlier, has in Madeli case (supra) acknowledged the rule that the Crown's acquisition of sovereignty did not affect indigenous rights held pursuant to custom as the Crown did not acquire absolute beneficial ownership of land but instead, obtained radical title, subject to any indigenous rights over land.

Similarly for the same reason, the principle of Lascelles J in *Sumbang Anak Sekam v Engkarong Anak Ajah* (supra) cannot be taken as good law. In fact the plaintiff's intention to acquire a 'vast tract of land' should be commended as if he were to succeed in his Venture it would uplift his economic well being and in turn uplift the economic well being of the Malay community in that area. Why that should be stopped by law is beyond my comprehension. The non natives, in their zeal to succeed in the business world, look for such opportunity everyday and they face no impediments. Again I can't see the value or the logic of such discrimination.

For reasons stated above, I am of the view that natives in Sarawak may dispose their NCL among the natives themselves for value provided that there is no prohibition to do so in the custom of that native community. In the present case no such prohibition has been proved. In fact, on the contrary, there is ample evidence to support that the customary practice of 'serah' is part of the Malay culture. Such evidence can be seen in this part of the cross examination:

Q14: [...]. You alleged that it has always been a practice for the Malay custom to surrender and serah the land to another. Is there any record to prove that such practice exists?

A14: Yes. see my answers to questions for cross*examination (PW1*B), my answers to Question No.11 and the enclosures referred to therein. [...]

Q15: You mentioned it was "a practice". Do you know if this practice is recognized in the Land Code as a mode of acquiring native customary rights it over land?

A15: I know the practice is part of our 'Malay Adat' and also recognized by the Lands & Surveys especially on acquiring or 'serah' NCR land. Even the document of acquiring NCR land by the Lands & Surveys also mentioned the word "SURRENDER OF NATIVE CUSTOMARY RIGHT" and surrender is "SERAH". So both parties recognized the practice of "Serah".

Exhibits [...] are evidence that the practice is recognized by the Government. I have other evidence as well. On 03.01.1993, Ismail B Saeli "serah" his NCR land at Ulu Sg. Jernang, Binyu, Kuching (now Samarahan) to me. I later, on 17.10.1995, "serah" the land to the state government. The transactions were completely legal and recognized by the Lands and Surveys and the state government. I enclose herein copies of the relevant papers with the Payment Advice Form [...]. I also have a copy of the compilation of "A Paper On The Concept Of 'Serah' Over Native Customary Land In The Context Of The Statue Law And Adat" by the late James Jabing, Assistant Settlement Officer, Kuching Division. My copy is not very clear, but I would like to produce duplicates of it and marked the Paper as Exhibit "MRK—7". Inside the papers, community leaders, including renowned Malay leaders, talked about the 'concept of "serah" and that it is part of our customary practice. I am sure that the Lands and Surveys Department Kuching has a clearer copy of this Paper." [...].

As correctly pointed out by counsel for the plaintiff, the defendants have also seen fit not to rebut the documentary evidence which leads me to one conclusion and that is 'serah' is part of the customary practice of the Malay. As I said earlier the court is duty bound to protect such custom.

Issue No. 3:

Whether, in the circumstances, the 1st defendant was right in law to reject the plaintiff's claims to NCR over the 51 parcels of land or any part thereof?

For reasons given in Issue No. 2, I find that the 1st defendant was wrong in rejecting the plaintiff's claims to NCR over the said lands.

Issue No. 4:

Whether the plaintiff is entitled to aggravated and exemplary damages?

The circumstances in which a court would award exemplary and aggravated damages are as set out in the Supreme Court decision in *Cheng Hang Guarz & otros contra Perumahan Farlim (Penang) Sdn. Bhd. & otros [1994] 1 CLJ 19* at 62d [right column] where the court states:

In a famous passage in his judgment in *Rookes v. Barnard [1964] AC 1129* Lord Devlin, with the unanimous approval of all his brethren reviewed the law and laid down that exemplary damages could only be awarded in three categories of cases, namely, oppressive action by officers of the Crown; secondly, cases where 'a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's

rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk', and thirdly, where statute expressly authorized it.

In *Cassel & Co. v. Broome [1972] 1 ALL ER 801* Lord Morris explained the ambit of the expression "calculated to make a profit" used by Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*. This is how he put it at p.843:

There may be exemplary damages if a defendant has formed and be guided by the view that, though he may have to pay some damages or compensation because of what he intends to do, yet he will in some way gain (for the category is not confined to money making in the strict sense) or may make money out of it, to an extent which he hopes and expects will be worth his while. I do not think that the word 'calculated' was used to denote some precise balancing process. The situation contemplated is where someone faces up to the possibility of having to pay damages for doing something which may be held to have been wrong but where nevertheless he deliberately carries out his plan because he thinks that it will work out satisfactorily for him.

It is my view that the plaintiff had not shown that the defendants had conducted themselves in a manner as described in the Supreme Court judgment and accordingly there is no reason for me to award exemplary or aggravated damages to the plaintiff.

Orders of the court:

For all the reasons stated above I make the following orders:—

- i. A Declaration that the plaintiff has acquired native customary rights (NCR) over the said 51 parcels of land;
- ii. That the 2nd defendant pays the plaintiff a compensation amount to be assessed in accordance with the provisions of the Land Code relating to extinguishment of native customary rights;
- iii. Interest to be charged on the assessed compensation amount at the 5 rate of 8% per annum from the date of Extinguishment Notices to the date of judgment and realization; and
- iv. Costs of this action to be taxed unless agreed to the plaintiff.

Original copy signed by DATUK DAVID WONG



DAK WAH, Judge

Notice: This copy of the Court's Reasons for Judgment is subject to formal revision.



AMERICA



The application of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Latin America

Loreto Ferrer

In Latin America, indigenous people are around 30 million from more than 520 different peoples. Different research studies estimate indigenous peoples make up between 6 and 10 percent of the Latin American population. The discussion about who can or cannot claim to be indigenous is not settled yet and the categories used in population census vary significantly across the region. However, there is a broad consensus among states in the region to recognize the existence of indigenous peoples as differentiated collective groups entitled to, at least, certain specific rights.

The level of recognition of the rights of indigenous peoples in the domestic legal systems of many states in Latin America is unmatched anywhere else in the world. During the nineties, many national constitutions started to recognize the plurinational and multiethnic character of these states, including among their provisions the right to cultural integrity of indigenous peoples, rights to autonomy and self-government and certain rights to the land and traditional territories.¹ Fifteen of the twenty two states that have ratified ILO Convention 169 on indigenous and tribal peoples are Latin American.² Two of them, Nicaragua and Chile, have recently ratified it, after the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (the *Declaration*). These factors should point to a stronger compromise by the judicial officers with the rights enshrined in the Declaration as a common normative understanding, in the global scene, of the minimum contents of the rights of indigenous peoples.³ However, the decisions review carried out by the editors of this compilation shows that judges and courts in the region are still wary of applying the Declaration or use it as an interpretative element in their reasoning.

The *GRULAC* (dialogue group gathering the states from Latin America and the Caribbean * became, together with the European Union, the main engine leading to the adoption of the

1 Many constitutions refer to certain indigenous peoples Rights: Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru y Venezuela

2 Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Mexico, Paraguay, Peru y Venezuela.

3 Report by the Special Rapporteur on the situation of Human Rights and Freedoms of indigenous peoples, August 11th 2008. S. James Anaya.

Declaration in the long negotiations that preceded its adoption in September 2007. Eight States of the region co-sponsored the final resolution⁴, which was voted for by almost all of the Latin American countries (only Colombia abstained). The vast regional support for the Declaration generated great expectations around a potential shift in the national institutions that would result in significant progress towards the effective implementation of the rights of indigenous peoples. On October 18th 2007, barely a month after the adoption of the Declaration, the Supreme Court of Belize issued a landmark decision on the case of the *Maya People of Belize*. For the first time a domestic court applied the Declaration to profile the obligations of the State, specifically in relation with their lands and territories (see the decision and the comment by Maia Campbell included in this chapter). On October 31st of that same year, the Senate of Bolivia sanctioned a bill that transposed the Declaration to the Bolivian legal system, making it a law directly applicable by all national courts.⁵ What initially seemed a positive trend towards the materialization of the articles enshrined in the Declaration at the domestic level, turned out to be isolated events fostered by key individuals, like the Chief Justice Conteh of the Supreme Court of Belize, or by an exceptional political context in the case of Bolivia.

“The vast regional support for the Declaration generated great expectations around a potential shift in the national institutions”

Since the adoption of the Declaration, most Latin American states have been reluctant to accept its applicability in the domestic sphere, being relegated to just an aspirational document. Many judicial officials in Latin America fail to know or voluntarily ignore their States' international human rights obligations, especially collective rights of indigenous peoples. Many judges and magistrates in the region do not know the Declaration or see it an aspirational document which effect, if any, is limited to the international context. This tendency to obviate the Declaration in justice administration at the domestic level contrasts with the significant progress in doctrine and jurisprudence that has taken place within the regional human rights framework.

The Inter-American System of Human Rights and the application of the Declaration

The Inter American System was formally launched with the approval of the American Declaration on the Rights and Duties of Man in 1948, in the framework of the Charter of the Organization of American States (OAS).⁶ Two main bodies make up the structure for the protection and promotion of human rights: the Inter-American Commission on Human Rights (the Commission) and the Inter-American Court of Human Rights (the Inter-American Court).

The Inter-American Commission on Human Rights is an autonomous body set up in 1956 and serves “to promote the observance and defense of human rights and to be an advisory

4 Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Peru y Dominican Republic. Draft Resolution on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (A/61/L.67)

5 Sanctioned by President Evo Morales on November 7th, 2007.

6 Inter-American Court on Human Rights website <http://www.corteidh.or.cr>



and consultative body of the Organization on these matters.”⁷ Based in Washington DC, the Commission is made up of seven experts appointed in a personal capacity by the General Assembly of the OAS. To carry out their tasks of promotion of human rights, the Commission drafts reports on the situation of human rights in the American hemisphere, carries out country visits and holds hearings on various themes.⁸ In 1990, the Commission created the Rapporteurship on the Rights of Indigenous Peoples with the mandate to strengthen, promote and systematize the work of the Commission in the area. The Commission also has contentious competences acting as a sort of an international first instance in relation to individual claims adjudicated by the Inter-American Court. Finally, the Commission has the powers to dictate precautionary measures, something it has done in a number of occasions to protect indigenous peoples and communities.

On the other hand, the Inter-American Court on Human Rights is an international court of justice created by the American Convention and based in San Jose, Costa Rica. It started operations with the coming into force of the Convention in 1979 and has two main functions: the contentious function, judging cases of violations of Human Rights as stated in the American Convention; and the consultative function, carrying out authorized interpretations of the Convention. Additionally, the Court can also adopt provisional measures needed in cases of extreme gravity and urgency, or when necessary to avoid irreparable damage to people. The Court rulings and decisions are binding for those states that have ratified the American Convention and have formally accepted the competences of the Court.

Despite only individual rights are enshrined in the American Convention, the Court and the Commission have developed a case law affirming the collective rights of indigenous peoples through an evolutionary interpretation of the international instruments for the protection of human rights. The first ruling of the Court affirming the collective rights of indigenous peoples was that of the *Awas Tingni* case, in 2001.⁹ In this case the Court ruled that Article 21 of the American Convention, which recognizes individual property rights “...protects the right to property in a sense that comprises, among others, the rights of indigenous communities in the case of communal ownership.”¹⁰ The case of *Awas Tingni* opened the door to a series of subsequent rulings that have contributed to develop the minimum contents of the collective rights of indigenous peoples, in particular the rights on their traditional lands and resources and other related rights, like the rights to consultation, participation and free, prior and informed consent or the right to reparation. The Inter-American case law has interpreted the American Convention and the American Declaration in light of international instruments such as ILO Convention 169 and, more recently, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Thus, in the ruling of the *Saramaka vs. Surinam* case, the Court specifically referred to the Declaration to develop protections and safeguards to property rights and the right to participate in profits as

7 Art. 112 of the Charter of the Organization of American States

8 So far the IACHR has held several thematic hearings focused on the situation of the indigenous peoples in the region. They can be found at the CIDH site <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/advanced.aspx?lang=es>

9 See *Mayagna (Sumo) Awas Tingni community (merits and reparations)*. Decision August 31st, 2001. Cte.I.D.H., Serie C (No 79 (2001)).

10 *Ibid* 9. para. 148.

fundamental elements of the right to compensation recognized by the American Convention.¹¹ More recently, in the case of *Sarayaku*, the Court referred again to the Declaration to identify International standards of adequate consultation binding the state of Ecuador.¹²

The Inter-American Court resort to the United Nations Declaration to define the minimum content of indigenous peoples' rights is a significant step towards their effective implementation. The rulings of the Court are not only binding on the affected State in a given case (*inter partes* effect) they also constitute authorized interpretations of the rights enshrined in the American Convention, the American Declaration and other of legal instruments which oblige States parties. Therefore, they have *erga omnes* effects. The rights enshrined in the Declaration must at least be used by the States as parameters to interpret their human rights obligations in such a way that they protect the rights and interests of indigenous peoples.

Domestic courts in the region are increasingly referring to the Inter-American case law in their reasoning, although these references are still insufficient. In the case of *the Maya Communities of Belize*, later examined in this chapter, the Supreme Court based a great deal of its argument on the interpretation of international law that the Inter-American Commission established in the case of the *Maya Communities of Toledo District*. Similarly, the Constitutional Court of Colombia, in its sentence T-29-11, also examined in this chapter, refers to the ruling of the Inter-American Court in the case of *Saramakawhen* defining the parameters of the consultation process.

Finally, in the context of the Inter-American system, it is worth mentioning the discussion efforts around the project for an American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In 1989, the Inter-American Commission pointed out the desirability of developing an Inter-American instrument specifically addressing indigenous peoples. The OAS General Assembly assumed that objective and in 1997 the Commission presented its Draft Declaration. The discussions around the draft, however, have taken a lot longer than initially expected and 15 years later, the text is still under discussion in a Working Group reporting to the Permanent Council of the OAS.¹³ Nowadays, the adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples poses some challenges in the need for and usefulness of continuing the promotion of such an instrument at regional level.

**“The case of
Awás Tingni
opened the door
to a series of
subsequent
rulings that have
contributed to
develop the
minimum
contents of the
collective rights of
indigenous
peoples”**

11 *Saramaka People vs. Surinam*. Decision November 29th, 2007. IAC Court on HR. I.D.H Serie C No. 172 paragraphs. 131 y 138. The Court specifically refers to art. 32 of the Declaration.

12 *Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (merits and reparations)*. June 12th, 2012. IAC Court on HR

13 More information at the website of the Working Group

<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas.asp>



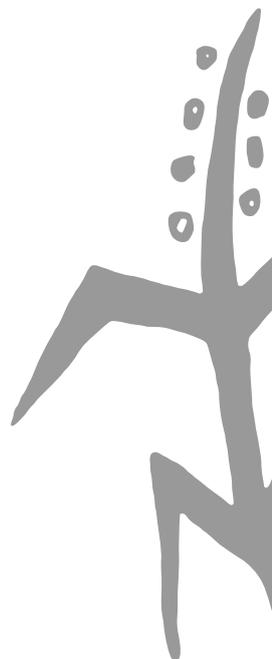
Cases addressed

This section includes two cases ruled by the highest courts with constitutional competences in Belize and Colombia. Despite belonging to two different subregions with different judicial traditions, both Courts rely on International Human Rights Law, the Inter-American jurisdiction and, specifically, on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples to define the States' domestic obligations. Additionally, both rulings recognize indigenous peoples' rights over their lands, territories and natural resources. This is nothing extraordinary. Most of the cases involving indigenous peoples currently opened before local and national courts in Latin America are directly related to violations of the rights over their lands, territories and resources.

Given the special relation that indigenous peoples have with their lands and territories, respect for these rights is key not only to safeguard their material subsistence but also to protect their cultural legacy for future generations. Respect for land rights is therefore crucial for indigenous peoples' survival and is at the root of their claims. Also, these rights often clash with economic and development projects currently undertaken in the region. Consequently, land rights are constantly violated and indigenous rights defenders are often harassed and criminalized. Violations of the rights over lands, territories and resources are at the root of many of the social conflicts currently spreading over in the region and are part of the public opinion discussions.

Both decisions, therefore, integrate and implement the State international legal obligations. This, however, is not common in the region. For that reason we have included a specific reference to the Argentinian case. It is a paradigmatic example of the obstacles faced by indigenous peoples in the region: when faced with violations of collective rights of indigenous peoples, local and national Courts only apply domestic Law ignoring the relevant international instruments. Even further, in many instances courts ignore domestic regulation recognizing collective rights and only apply general human rights norms referred to the population in general.

Loreto Ferrer works for the Intercultural Working Group *Almáciga* coordinating programmes aiming at promoting and protecting indigenous peoples' rights, with a focus on their rights over lands and territories. She holds Degrees in Law and Economics and M.As on Human Rights by Columbia University of the city of NY; and International Development by the Complutense University in Madrid. She has previously worked for the United Nations and for the Indigenous Peoples Unit of the Spanish Agency for International Development Cooperation (AECID).



Consultation and Territorial Rights in Argentina's National and Provincial Jurisprudence

Juan Manuel Salgado

National Supreme Court of Justice.

Even though during the last few years the Supreme Court has issued several rulings deciding in favor of the indigenous party, in most of them the legal foundations were exclusively based on interpretations of the Argentine Constitution and international treaties referred to the whole population, specially with regards to the scope of the rights protected by legal protection actions (*amparo*);¹ the provincial courts obligation to apply federal law (which includes international treaties);² the need for an appropriate legal foundation by the provincial courts;³ or the procedural legitimation of indigenous institutions⁴.

Only in the following judgment the Supreme Court has specifically referred to the collective rights of indigenous peoples:

"Eben Ezer Indigenous Community vs. Province of Salta" (Volume 331, page 2119), ruling of September 30, 2008.

In this case the judicial branch of the Province of Salta had denied, for reasons of legal formalities, a protection action (*amparo*) filed by the Eben Ezer Community against the Government's decision of putting up for sale lands used by the Community. The Court not only pointed out that the *amparo* aims to protect constitutional guarantees that, as such, can

1 "Wichi Hoktek T'Oi Peoples' Community" case, ruling of July 11, 2002 (Volume 325, page 1744); "Lhaka Honhat Aboriginal Communities' Association vs. Province of Salta" case, ruling of July 15, 2004 (Volume 327, page 2309); "Salas, Dino vs. Province of Salta and National State" case, ruling of December 29, 2008 (Volume 331, page 2797) and "National Ombudsman vs. National State and other (Province of Chaco)" case, ruling of September 18, 2007 (Volume 330, page 4134).

2 "Fermin" case, ruling of July 22, 2008 (Volume 331, page 1664) and "Neuquén's Indigenous Confederation vs. Province of Neuquén" case, ruling of June 2, 2009 (Volume 332, page 1338).

3 "Lhaka Honhat Aboriginal Communities' Association" case and "Neuquén's Indigenous Confederation" case, already cited.

4 "Wichi Hoktek T'Oi Peoples' Community" case, already quoted and "Neuquén vs. National State" case, ruling of June 8, 2010 (Volume 333, page 924).

not be limited through regulations, but it also highlighted, citing rulings of the Inter American Court of Human Rights (Yakye Axa and Awas Tingni cases) and of ILO Convention 169, that the special relation of indigenous peoples with their lands is particularly suitable to be protected by the *amparo action*. This is the only ruling favorable to indigenous peoples' rights in which the Court uses norms and jurisprudence specifically aiming to protect the human rights of indigenous peoples as legal basis for the ruling.

Provincial Jurisprudence.

Río Negro

"Co.De.C.I. of the Province of Río Negro on Writ of Amparo", rulings of the Superior Court of Justice of November 3, 2004 and August 16, 2005.

The Indigenous Communities Development Council (Co.De.C.I. by its acronym in Spanish), an autonomous agency of the Provincial State created by the Constitution of Río Negro in which most of the authorities are appointed by the represented indigenous peoples, demanded the Provincial State to stop the mining exploration works in indigenous communities' territories, carried out without the prior consultation and participation of the said communities.

In the first ruling the Superior Court of Justice decided that, opposite to what the State upheld, even though Co.De.C.I is a public administration agency, its intercultural nature, which includes certain representation of the involved communities, enables it to file a lawsuit against the Provincial State. In the final judgment the Superior Court ordered the State and all of its agencies (Department of Mines, Environmental Council, Department of Lands and Colonization, Provincial Office of Waters and the State's Attorney) to comply with the rights of consultation and participation of the involved communities and to demarcate the lands. Both decisions were based on the specific rights of indigenous peoples, as set by the Río Negro and the Argentine constitutions, the jurisprudence of the Inter American Court of Human Rights, ILO Convention 169 and, more broadly, international human rights law.

"Sede, Alfredo and others vs. Vila, Herminia and others on eviction", ruling of the Civil Court No. 5 of San Carlos de Bariloche of August 12, 2004.

This case involves an eviction proceeding against members of the Mapuche People. The ruling dismissed the complaint based on indigenous possession, and distinguished it from the civil code.

"Indigenous peoples' communitarian possession is not the individual possession enshrined in the Civil Code. By operational, categorical and unequivocal mandate of the National

"...the special relation of indigenous peoples with their lands is particularly suitable to be protected by the amparo action."



Constitution, all traditional occupation of an indigenous community shall be judged as communitarian possession, even if the community members have not performed possessory actions of the lower law themselves (Article 2384 of the civil code). The Constitution itself states that those communities had, and have legal possession due to the simple reason that they predate the State and preserve traditional occupation."

"Figueirido, Barbara on usurpation complaint" (Tacul case), ruling of the Criminal and Correctional Instruction Court II of San Carlos de Bariloche of October 26, 2007.

Charges brought against members of an indigenous community, accused of usurpation, were dismissed because they were performing traditional possession within the terms stated and protected by the Constitution and ILO Convention 169.

Neuquén⁵

"Duarte Pedro vs. Claleo Silvia and others S/Interdict" ruling of the Court of First Instance, 9 November 2012.

Neuquen Court ruled in favor of the mapuche Community Tuwun Kupalmeo Maliqueo, which in 2009 was charged with "seizure" of a territory where they have lived and produced since ancient times. The decision is unprecedented since it recognizes rights over summer lands (used only during a specific time of the year) and because it applies "indian law" over civil law. The ruling sets an important precedent for dozens of cases in which landowners ban access to indigenous communities' summer lands.

The Court of First Instance dismissed the injunction for possession filed by the claimant landowner Duarte and took a step forward highlighting the prevalence of indian law (ILO Convention 169, national Constitution, Constitution of Neuquen – provision 53 *) and the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence: " We can only conclude that the possession of the mapuche community is legitimate, based on international law and the unequivocal, operational and categorical mandate of the National Constitution, which states that all traditional occupancy by an given indigenous community must be judged as communitarian possession. It is worth mentioning that communitarian possession is not the individual possession enshrined in the Civil Law and claimed by the claimant (Duarte), but the collective possession – of constitutional rank – steaming from the pre-existence to the State".

"Mellao Morale Mapuche Community vs. Corporación Minera del Neuquén S.E. on Administrative procedural action", ruling of the Superior Court of Justice of September 28, 2009.

The Provincial State, through *Corporación Minera*, had decided to start open pit

⁵ There is a very interesting first instance judgment, with international law citations, in the lawsuit "Petrolera Piedra del Aguila S. A. vs. Curruhuinca, Victorino and others on Amparo", of the Substitute Judge Mario Tomassi of Cutral Co. But it is not binding and its confirmation is uncertain after recent rulings of the Superior Court, which ordered that the Provincial State Attorney could appeal the cause. For that reason I am not including it in the report.

exploration and exploitation mining activities in the Mellao Morale Mapuche Community territory, without any prior consultation process. The Superior Court of Justice, after considering other procedural matters, in point IX of the decision, ordered the prohibition of innovation as a precautionary measure until there was a resolution declaring the nullity of the state decision. The measure was based on indigenous peoples' rights to participation and consultation (National Constitution and Convention 169 of the ILO).⁶

“Neuquen Court ruled in favor of the mapuche Community Tuwun Kupalmeo Maliqueo, which in 2009 was charged with “seizure” of a territory where they have lived and produced since ancient times”

Jujuy

“Constitutional challenge filed in File. B(25.032/97 (Courtroom II Civil and Commercial Chamber) Complaint for acquisitive limitation: Laguna de Tesorero Aboriginal Community – Ocloya Peoples vs. Cosentini César Eduardo”, ruling of the Superior Court of Justice of December 27, 2005.

The community filed a lawsuit claiming property rights over the lands calling upon indigenous possession and the civil code's acquisitive limitation. The ruling sustains the petition even though the respondent had submitted documents in which members of the Community were asking for “permission” to use the lands (what would constitute an acknowledgement of private property). The Court upheld that those documents were invalid under Article 17.3 of ILO Convention 169.

“Writ of Amparo: Andrada de Quispe Rosalía Ladiez, Lucio Vásquez, Nicolás Vilca, Primo Guanuco, Raúl Alberto Ramos, René Clpanchay González, Flora Elsa Curz, Severiano Lamas, Petrona Silveria Salas, Samuel Abel Camacho vs. Provincial State”, ruling of the Administrative Court of May 2, 2006.

The ruling upholds a writ of amparo submitted by members of an indigenous community, petitioning the State to abstain from granting lands in an individual manner until the communitarian lands had beendelimited and also the community had been granted the right to participation as stated by ILO Convention 169.

Chaco

“Nueva Pompeya Communitarian Association, Comandancia Frias Communitarian Association, and Nueva Población Communitarian Association vs. Province of Chaco and/or Undersecretariat of Natural Resources and Environment of the Province of Chaco, Chaco Colonization Institute, and/or QRR on Collective Writ of Amparo of various interests”, ruling of the Civil and Commercial Court of First Instance No. 6 of the city of Resistencia of December 17, 2004, ruling of the Administrative Chamber of June 6, 2006

⁶ Nevertheless, in subsequent judgments the same Court rejected the application of ILO Convention No.169

and ruling of the Superior Court of Justice of February 25, 2008.

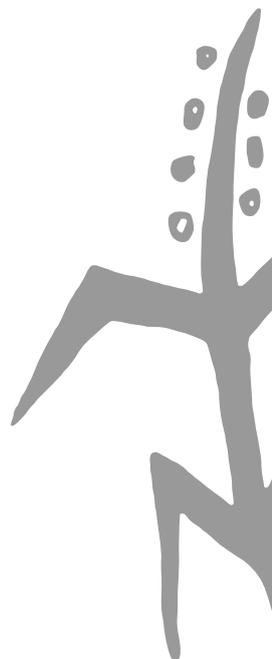
Based on constitutional norms and ILO Convention 169, the ruling of first instance, confirmed by the courts of appeal, states the unconstitutionality of a provincial law for omitting consultation and participation mechanisms for indigenous peoples, and orders the cessation of native forests logging affecting the petitioning communities.

Tucumán

"De Zavalía Aguilar, Federico Ernesto vs. Amaicha del Valle Community on Contract Compliance – Incident of seizure release brought forth by Amaicha del Valle Community", ruling of Court of First Instance of San Miguel de Tucumán of May 29, 2006.

It involves an incident of seizure of the lands of an indigenous community registered by the State as a civil association. The ruling applies the principle of self-definition enshrined in ILO Convention 169 and states that, beyond the private law association title granted by the State, it remains an indigenous community and therefore, under Argentine constitutional norms, its territory cannot be seized.

Juan Manuel Salgado was born in Río Negro, Argentina, in 1954. He holds a Law Degree and acted as Federal Prosecutor and Criminal Judge in the province of Neuquén. In 1997, he started defending indigenous communities and the indigenous confederation "Confederación Mapuche de Neuquén" (CMN). He has chaired the "Indigenous Law Lawyers Association" (AADI). He is currently the Director of the Observatory for the Human Rights of Indigenous Peoples (ODHPI) and legal advisor to several indigenous communities and organizations in Chubut. He co-authored "ILO Convention 169. Its application in Argentinean domestic Law".



The Case of the Maya Villages of Belize

Maia S. Campbell

On October 18, 2007, the Supreme Court of Belize issued its landmark decision affirming the rights of the indigenous Maya communities of Belize to their traditional lands and resources and declaring those rights protected by the Constitution of Belize in light of relevant international law. Following that decision, the United Nations Special Rapporteur on the human rights of indigenous people, S. James Anaya, stated that "this seminal judgment constitutes the most far reaching application of international law by a domestic court to recognize the rights of indigenous groups to their traditional lands and resources." Significantly, this is the first court judgment ever to apply the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, adopted by the U.N. General Assembly on September 13, 2007, barely a month after its adoption.

The case

Representatives and members of Conejo and Santa Cruz villages filed two separate lawsuits alleging that the government was violating provisions of the Constitution of Belize by its 'failure to recognize, protect, and respect the claimants' customary land rights, which are based on the traditional land use and occupation of the Maya people'.¹ In the absence of specific constitutional or other domestic legal recognition of land rights based on indigenous customary tenure, the lawsuits alleged violations of the rights to property, equality, and life as affirmed by the Constitution of Belize in general terms. The Maya claimants asked the court to declare that the villages hold 'customary title' to their traditional

* Excerpts from "The Case of the Maya Villages of Belize: Reversing the Trend of Government Neglect to Secure Indigenous Land Rights" Maia S. Campbell and S. James Anaya. 8 Human Rights Law Review 377. (at <http://hrhr.oxfordjournals.org/content/8/2/377.full>) and other articles by Maia S. Campbell.

¹ Claim Form, Aurelio Cal et al. (Santa Cruz Village) v. A.G., Claim No. 171 of 2007; Claim Form, Coy et al. (Conejo Village) v. A.G., Claim No. 172 of 2007, available at: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimFormSantaCruz.pdf

[1] (Santa Cruz) and

http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimFormConejo.pdf [2] (Conejo). See Skeleton Argument of the Claimants (Claims Nos. 171 and 172 of 2007) and Appendices (13 June 2007) (detailing the claimants' legal arguments and factual assertions), available at: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ [3]

lands and for an order requiring the government 'to determine, demarcate and title' those lands, in accordance with Maya customary laws and practices; and to 'abstain from any acts that might ... affect the existence, value, use or enjoyment' of those lands without the free and informed consent of the villagers.

To reinforce the constitutional claims, the legal submissions presented by the claimants invoked international law, particularly as affirmed and applied by the Inter-American Commission on Human Rights ('Inter-American Commission' or 'Commission') in the *Case of the Maya Communities of Toledo District v. Belize* ('Maya Communities case').² In that case, the Inter-American Commission found the existence of a system of customary land tenure among the Maya villages of southern Belize, including Conejo and Santa Cruz villages, and held that this customary land tenure constitutes property under international human rights law. The legal documents submitted by the claimants also referred to the common law, which in other legal systems derived from the British one is understood to affirm 'aboriginal' or 'native title'.

The Supreme Court of Belize, which has general jurisdiction over constitutional and related matters, consolidated the two lawsuits into one proceeding soon after the filing and, from 18 through 21 June 2007, conducted the trial of the case.

The claimants' position was in stark contrast to the government's defence, which rested on denying altogether the existence of Maya property rights based on customary land tenure, notwithstanding the recognition of 'rights ... based on longstanding use and occupancy' in the Ten Points of Agreement—an agreement signed between the government of Belize and the Maya leaders of southern Belize in 2000.³ Despite the judge's urging, the government attorney never explained the inconsistency. Instead, she argued that the contemporary Maya villages of southern Belize, having developed at their present locations after British assertion of sovereignty over the territory of present day Belize in 1862, cannot establish a sufficiently long or continuous connection with the land they now occupy. The government further argued that the Maya do not have title to the land as any native rights had been extinguished by the assertion of British sovereignty, the creation of Indian reservations, and the issuance land grants and leases under Crown Lands Ordinances dating back to 1872. These arguments employed highly controverted characterizations of the relevant history and law that favour colonial and state dominance over territory. The government urged according no weight to contemporary international law or the decision of the Inter-American Commission of Human Rights.

² IACHR, Case No. 12.053, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belize* Report No.40/04 (2004) [hereinafter 'Maya Comm. case Final Report'].

³ Ten Points of Agreement Between the Government of Belize and the Maya People of Southern Belize (12 October 2000).

“James Anaya, stated that “this seminal judgment constitutes the most far reaching application of international law by a domestic court to recognize the rights of indigenous groups to their traditional lands and resources”

The decision of the Supreme Court

In the end, the court sided with the Maya villagers in a judgment that challenges and seeks to reverse entrenched governmental opposition to Maya communal existence and land tenure. On 18 October 2007, the Supreme Court of Belize rendered its judgment in the Conejo and Santa Cruz lawsuits, ruling entirely in favour of the Maya parties. In the historic decision, Chief Justice Conteh found that Belize is obligated not only by the Belize Constitution but also by international treaty and customary international law to recognize, respect, and protect Maya customary land rights. He held that the Belize government's failure to acknowledge the customary land rights of the Maya villages violates their constitutionally protected rights to property, equality, and life.

The decision of the court was based on "overwhelming" evidence regarding the existence of Maya customary land tenure presented by the Maya claimants. In finding that Maya rights to their lands and resources in accordance with their customary land tenure are protected by the Belize Constitution, the Chief Justice Conteh stated: "I have no doubt that the claimants' rights to and interests in their lands in accordance with Maya customary land tenure, form a kind or species of property that is deserving of the protection the Belize Constitution accords to property in general. There is no doubt this form of property, from the evidence, nurtures and sustains the claimants and their very way of life and existence."

The Chief Justice further noted that Belize had violated the rights of the Maya villages of Conejo and Santa Cruz to equality and non-discrimination by not recognizing and protecting Maya lands, and by issuing leases, land grants, and concessions for logging and oil concessions within Maya traditional lands, stating that: "I find that this discriminatory treatment stems largely from the fact that the claimants are Maya and practice the customary land tenure system of their people. The failure of the defendants to recognize and validate this system falls short of the Constitution's guarantee of equality and non-discrimination."

The Supreme Court of Belize also concluded that the government violated the right to life, liberty, security of the person and protection of the law of the members of Conejo and Santa Cruz villages because, "without the legal protection of their rights to and interests in their customary land, the enjoyment of their right to life and their very lifestyle and wellbeing would be seriously compromised and be in jeopardy."

In its reasoning the court relied on precedents from other British Commonwealth jurisdictions as well as on applicable international instruments, including the recently adopted United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

Belize's International Legal Obligations

The Chief Justice concluded the *Maya Villages* judgment by giving an overview of Belize's international obligations, noting that



I cannot part with this judgment without advertent to some of the obligations of the defendants, as representing the State of Belize, in international law. Of course, these are domestic proceedings; but undoubtedly in the light of the issues raised they engage in my view, some of the obligations of the State in international law. I find that some of these obligations resonate with certain provisions of the Belize Constitution itself which I have adverted to earlier.

The Chief Justice referred to international law to support its finding of Maya rights to land in two distinct but interrelated ways. First, the Supreme Court invoked international law as an interpretive guide to understand the content of constitutional rights to property, non-discrimination and life. According to Chief Justice Conteh, Belize's international obligations with respect to indigenous peoples 'weighed heavily with [him] in this case in interpreting the fundamental human rights provisions of the Constitution agitated by the cluster of issues raised, particularly, the rights to property, life, security of the person, the protection of the law and the right not to be discriminated against'. The Supreme Court construed the relevant constitutional rights to conform to corresponding international norms, stating that '[i]n contemporary international law, the right to property is regarded as including the rights of indigenous peoples to their traditional lands and natural resources'. Thus, the Chief Justice invoked international law in order to build upon and reinforce his interpretation of the relevant constitutional rights as protective of the rights of the Maya of Belize to their traditional lands and resources.

Second, the Supreme Court invoked international law to reinforce its decision that Belize is obligated to uphold constitutional rights in the domestic sphere, by pointing out that Belize has committed itself to upholding analogous rights in the international sphere. The Chief Justice stressed that Belize '... is a member of the international community and has subscribed to commitments in some international humanitarian treaties that impact on this case'. The Supreme Court noted that Belize is a party to several international treaties, including the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and the Charter of the Organization of American States, all of which have been authoritatively interpreted to require states to respect the rights of indigenous peoples over their lands and resources. The Chief Justice implicitly reasoned that it would be inconsistent for Belize to commit to upholding rights in the international sphere and refuse to uphold those same rights in the domestic sphere. The court concluded that accordingly, Belize is 'bound, in both domestic law in virtue of the Constitutional provisions that have been canvassed in this case, and international law,

“Chief Justice Conteh found that Belize is obligated not only by the Belize Constitution but also by international treaty and customary international law to recognize, respect, and protect Maya customary land rights”



arising from Belize's obligation thereunder, to respect the rights to and interests of the claimants as members of the indigenous Maya community, to their lands and resources which are the subject of this case'.

The Chief Justice relied in particular on the final report of the Inter-American Commission on Human Rights in the case of the Maya communities of Belize, which found that Maya customary land tenure constitutes property protected by the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and by extension the Charter of the Organization of American States, another multilateral treaty to which Belize is a party. In its defence, the government strongly resisted such an approach and argued that the Commission report is not binding on Belize and ought to be ignored, asserting that '[i]f the court were to simply adopt the findings of the Commission without nothing more (sic) that would result in the court enforcing an international treaty and would clearly fall within the bounds of non-justiciability (sic)'. Nevertheless, the Chief Justice found that although the recommendations of the Inter-American Commission were not in themselves binding, he could 'hardly be oblivious to them: and may even find these, where appropriate and cogent, to be persuasive'.

Aside from Belize's treaty obligations, the Court found that 'both customary international law and general principles of international law would require that Belize respect the rights of its indigenous people to their lands and resources'. To our knowledge, this is the first court judgment ever to apply the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, adopted by the UN General Assembly on 13 September 2007, with an affirmative vote by Belize. The Supreme Court relied on the UN Declaration as reflective of general principles of international law, and stated that 'the defendants would be unwilling, or even loath to take any action that would detract from the provisions of this Declaration importing as it does, in my view, significant obligations for the State of Belize in so far as the indigenous Maya rights to their land and resources are concerned'. The court also cited the International Labour Organization Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples as relevant to Belize's obligations with respect to its indigenous peoples, even though Belize is not yet a party to that treaty.

This judgment sets a precedent affecting over thirty eight Maya communities that live in southern Belize. The court ordered the government of Belize to determine, demarcate, and title the traditional lands of Conejo and Santa Cruz. This will require the government to create legislative and administrative reforms to title Maya land based on their customary land tenure, which will then extend to the other Maya communities of the Toledo District, Belize. According to Gregorio Choc, spokesperson for the Maya Leaders Alliance, "the judgment is a historic achievement for the Maya of Belize, and marks the culmination of over twelve years of legal advocacy by Maya groups for protection of their customary lands both domestically and internationally."

Most importantly, this is one of very few, if not the only, domestic judicial decision to expressly identify customary international law and general principles of international as binding in this regard. Thus, the Belize decision extends the reach of the land rights norms



articulated in international instruments that are not in themselves binding beyond aspirational or ideal interpretive standards and into a clear acceptance of these rights.

Maia Campbell is a graduate of Pomona College (B.A. Philosophy) and the University of Arizona College of Law (Juris Doctor). Previously, she was a key member of the legal team that advocated for Maya villages in Belize in their successful case before the Belize Supreme Court. She also assisted the Awas Tingni community in Nicaragua with implementation of its 2001 land rights judgment by the Inter-American Court of Human Rights. Maia Campbell is a graduate of Pomona College (B.A. Philosophy) and the University of Arizona College of Law (Juris Doctor)..



IN THE SUPREME COURT OF BELIZE, A.D. 2007
Consolidated claim NO. 171 of 2007, between: AURELIO CAL in his own behalf and on behalf of the MAYA VILLAGE OF SANTA CRUZ and BASILIO TEUL, HIGINIO TEUL, MARCELINA CAL TEUL and SUSANO CANTI, Claimants, and THE ATTORNEY GENERAL OF BELIZE and THE MINISTER OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT, Defendants and claim NO. 172 of 2007 between: MANUEL COY in his own behalf and on behalf of the MAYA VILLAGE OF CONEJO and MANUEL CAAL, PERFECTO MAKIN and MELINA MAKIN, Claimants, AND THE ATTORNEY GENERAL OF BELIZE and THE MINISTER OF NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT, Defendants

BEFORE the Honourable Abdulai Conteh, Chief Justice.

Ms. Antoinette Moore for t

he claimants.

Ms. Nichola Cho with Mrs. Andrea McSweeney McKoy for the defendants.

JUDGMENT

1. *The Claimants and the Nature of their case*

This judgment relates to consolidated claims which raise essentially the same issue. All the claimants have in common the fact that they are members of Maya communities in Southern Belize. The first set of claimants in Claim No. 171 of 2007, live in the Maya village of Santa Cruz and the firstnamed claimant Aurelio Cal is the elected Alcalde of the said village of Santa Cruz and he brings this claim on his own behalf and that of the claimant village. The other co-claimants are all members of the said village of Santa Cruz.

The second set of claimants in Claim No. 172 of 2007 live in the Maya village of Conejo, and the firstnamed claimant, Manuel Coy, is the elected Alcalde of Conejo Village and he has brought this claim on his own behalf and that of the said Conejo Village. The other coclaimants are as well members of Conejo Village.

2. The claimants have brought the present proceedings seeking redress for alleged violations of sections 3, 3(a);3(d); 4; 16 and 17 of the Belize Constitution. These violations, they claim, arise from the failure of the Government of Belize to recognize, protect and respect their customary land rights, which they claim are based on the traditional land use and occupation of the Maya people, including the people of Santa Cruz and Conejo

Villages. Maya customary land rights, they claim, constitute property, which like other property interests in Belize, are or should be protected by the Constitution. They claim that the proprietary nature of these rights are affirmed by Maya customary law, international human rights law and the common law. In particular, they claim that the customary land rights of the Maya people of Belize, including the claimants, have been recognized and affirmed as property by the InterAmerican Commission on Human Rights in the case of the Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belize. (More on this later).

3. The claimants allege as well that the Government of Belie has consistently failed to recognize and protect their property rights in the lands they and their ancestors have traditionally used and occupied; and that this failure to accord the same legal recognition and protection to Maya customary property rights unlike that extended to other forms of property is discriminatory and a violation of sections 3 and 16 of the Belize Constitution.

4. The claimants in respect of Conejo Village further say that on May 5, 2006, a written request was submitted to the Government of Belize asking for demarcation and recognition of Conejo Village lands. This request they aver, was presented to the Prime Minister of Belize, together with a map of Conejo Village and the written agreements with neighbouring villages affirming the boundaries of Conejo Village represented on the map. The claimants allege that there has been no response from the Government of Belize.

5. In respect to the Village of Santa Cruz, the claimants say that on 22nd February 2007, a letter was submitted to the government asking it to immediately issue a public statement recognizing that Santa Cruz enjoys rights to the land and resources its members have traditionally used and occupied and to immediately issue a directive to all government ministries and departments requiring them to carry out their duties in a manner consistent with those rights. The claimants aver that there has been no acknowledgment or response to their request.

6. All the claimants further claim that the government, in particular, the Ministry of Natural Resources and Environment, have issued or threaten to issue leases, grants and concessions to these lands without respecting the traditional land tenure of Santa Cruz and Conejo.

7. These acts and omissions the claimants say violate the rights to property affirmed in sections 3(d) and 17 of the Belize Constitution, as well as the rights to life, liberty, security of the person and protection of the law affirmed in sections 3(a) and 4 of the Belize Constitution.

8. Finally the claimants claim that the Maya people live, farm, hunt and fish, collect medicinal plants, construction materials and other forest resources, and engage in ceremonies and other activities on land within and around their communities, and that these practices have evolved over centuries from patterns of land use and occupancy of the Maya people. They claim that the property rights that arise from these customary practices are critical to their physical and cultural survival.

9. The claimants therefore now seek the following relief by these proceedings, from this court:

a) *A declaration that the claimants Villages of Santa Cruz and Conejo and their members hold, respectively, collective and individual rights in the lands and resources that they have used and occupied according to Maya customary practices and that these rights constitute "property" within the meaning of sections 3(d) and 17 of the Belize Constitution.*

b) *A declaration that the Maya Villages of Santa Cruz and Conejo hold collective title to the lands its members have traditionally used and occupied within the boundaries established through Maya customary practices, and that this collective title includes the derivative individual rights and interests of Village members which are in accordance with and subject to Santa Cruz and Conejo and Maya customary law.*

c) *An order that the government determine, demarcate and provide official documentation of Santa Cruz's and Conejo's title and rights in accordance with Maya customary law and practices, without prejudice to the rights of neighboring Villages.*

d) *An order that the defendant cease and abstain from any acts that might lead the agents of the government itself, or third parties acting with its acquiescence or its tolerance, to affect the existence, value, use or enjoyment of the property located in the geographic area occupied and used by the Maya people of Santa Cruz and Conejo unless such acts are pursuant to their informed consent and in compliance with the safeguards of the Belize Constitution. This order should include, but not be limited to, directing the government to abstain from:*

i. issuing any lease or grants to lands or resources under the National Lands Act or any other Act,

ii. registering any interest in land,

iii. issuing any regulations concerning land or

resources use, and

iv. issuing any concessions for resource exploitation and harvesting, including concessions, permits or contracts authorizing logging, prospecting or exploration, mining or similar activity under the Forest Act, the Mines and Minerals Act, the Petroleum Act, or any other Act.

10. The Defendants and their Defence

The defendants in the two consolidated claims are nominally the Attorney General of Belize and the Minister of Natural Resources and the Environment. However, it is unarguable that the claims are, in fact, against the Government of Belize, for it is the actions and policies of the latter that the claimants complain about in these proceedings.

11. It must be said that the Defence originally filed on 4th June 2007 in these proceedings was, to say the least, terse and laconic and was almost an admission of the claimants' case. It was lacking in particulars that would enable the claimants to know why their claims were being resisted. I pointed this out several times during the course of the hearing to Ms. Nicola Cho, the learned attorney for the defendants. Eventually, on the last day of the hearing on 21st June 2006 with the leave of the court, and no objection from Ms. Antoinette Moore, the attorney for the claimants, a more substantial defence was filed. I granted leave for this in the interest of justice, but more so in the light of the fact that the parties had agreed upon issues to be addressed in these proceedings. More on the Defence later.

12. Issues Agreed upon by the Parties

1. Whether there exists, in Southern Belize, Maya customary land tenure.

2. Whether the members of the villages of Conejo and Santa Cruz have interests in land based on Maya customary land tenure and, if so, the nature of such interests.

3. If the members of the villages of Conejo and Santa Cruz have any interests in lands based on Maya customary land tenure:

a) Whether such interests constitute "property" that is protected by sections 3(d) and 17 of the Constitution.

b) Whether any government acts and omissions violate the claimants' rights to property in sections 3(d) and 17 of the Belize Constitution.

c) Whether any government acts and omissions violate the claimants' right to equality guaranteed by sections 3 and 16 of the Constitution.

d) Whether any government acts and omissions violate the claimants' rights to life, liberty, security of the person and the protection of the law guaranteed under sections 3(a) and 4 of the Constitution.

13. The Evidence

Each side filed extensive affidavits and voluminous exhibits, thirteen by the claimants, in addition to five expert reports in affidavits, again with exhibits, while the defendants filed in total nine affidavits together with exhibits. The claimants called as well nine witnesses who in addition to their affidavits gave **viva voce** testimony and were all, save for Elizabeth Gage who tendered a video shot by herself and George Gage, crossexamined by Ms. Cho for the defendants.

14. From the evidence in this case, it is manifest that the Maya communities in the Toledo District, which include the present claimants, have not been exactly quiescent over their claims to rights to occupy, hunt, fish and otherwise use areas within the Toledo District traditionally held by the Maya in accordance with their customary land tenure and the common law and relevant international law.

15. In fact, on 3rd December 1996, The Toledo Maya Cultural Council (TMCC) and the Toledo Alcaldes Association filed a motion in this court for constitutional redress, very much akin in substance, to the present claim. But for some inexplicable reason that action was never fully heard or concluded – see Action No. 510 of 1996 – **Toledo Maya Cultural Council v The Attorney General of Belize**.

16. Regrettably, the fate of that action seems unfathomable. It seems to have simply and inexplicably dropped out of sight.

17. Undaunted, and not getting a satisfactory response to their claims from the Courts in Belize, the Toledo Maya Cultural Council on behalf of the Maya Indigenous Communities of the Toledo District, launched on 7th August 1998, a Petition to the InterAmerican Commission on Human Rights.

18. It must be said that from the evidence, both the Supreme Court Action No. 510 of 1996 and the Petition to the InterAmerican Commission on Human Rights were prompted by logging concessions and oil exploration licences the Government of Belize had granted in the mid 1990s over parts of Toledo

District: see generally the joint affidavit of Gregorio Choc, Cristina Coc and Martin Chen of 3rd April 2007, to which is annexed, among other things, the Petition to the InterAmerican Commission and the Report of the Commission in the case of the **Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belize**, dated 12th October 2004.

19. The InterAmerican Commission on Human Rights delivered its Report No. 40/04 in case 12.053, on the merits, on 12th October 2004.

20. The defendants have, however, in the written submissions of their learned attorney, taken exception to this Report in her words:

"The court cannot merely adopt any findings of facts and law made in another case unrelated to any alleged breach of the provisions of the Constitution. The petition to the Commission related to alleged violations of Articles I, II, III, VI, XI, XVIII, XX and XXIII of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, which is an international treaty. If the court were to simply adopt the findings of the Commission without nothing more (sic) that would result in the court enforcing an international treaty and would clearly fall within the bounds of non(justiciability (sic))".

21. Of course, the present proceedings are not a claim to enforce the findings of the InterAmerican Commission on Human Rights in that case. The present proceedings rather concern claims relating to alleged breaches of some human rights provisions of the Belize Constitution and for certain declaratory relief and orders. However, the InterAmerican Commission on Human Rights is the regional body charged with promoting and advancing human rights in the region and monitoring states compliance with their legal commitments under the Charter of the Organization of American States (OAS). Belize, as a member of the OAS, is therefore a party to the American Declaration of the Rights and Duties of Man, which as Ms. Cho correctly noted, is an international treaty. And this treaty is within the proper remit of the Commission.

22. I am therefore of the considered view that much as the findings, conclusions and pronouncements of the Commission may not bind this court, I can hardly be oblivious to them: and may even find these, where appropriate and cogent, to be persuasive. It is therefore, in this light, that I am, with respect, inclined to view the Report of the Commission in the **Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belize – Report No. 40/04 of October 12, 2004**, in determining the issues agitated by the present proceedings. I now turn to a consideration of these issues.

23. 1. Is there in existence in Southern Belize, Maya customary land tenure?

The main thrust of the claimants' case is their contention that there is in existence in the Toledo District, in Southern Belize, Maya customary land tenure system according to which, they, as members of the villages of Santa Cruz and Conejo respectively, are entitled to the lands they occupy and use as their ancestors before them had, and that this form of tenure is or should be a form of property cognizable at law, and like any other form of property, is deserving of the constitutional protection afforded by the Belize Constitution to property.

24. The defendants on the other hand resolutely deny that the claimants have any customary title to the lands they claim because they (that is, the claimants) are: a) *"unable to prove the common law requirements for proofs of aboriginal/native/indigenous title to land, that is, that their forebears were in exclusive, continuous occupation of Southern Belize, including Conejo and Santa Cruz, at the time of British sovereignty"*, and that b) *"the claimants are unable to prove that they possess any title to land under a traditional law and custom acknowledge by Maya people – that is the Alcalde system"*.

25. In my view, I think it is salutary to bear in mind in determining the existence **vel non** of customary tenure or title to land, the caution sounded by Viscount Haldane in the Privy Council in the case of **Amodu Tijani v The Secretary, Southern Nigeria(1921) 2 AC 399:**

"... in interpreting the native title to land, not only in Southern Nigeria, but other parts of the British Empire, much caution is essential. There is a tendency, operating at time unconsciously, to render title conceptually in terms only to systems which have grown up under English law. But this tendency has to be held in check closely" at pp. 402 to 403.

Their Lordships in the **Tijani case** went on to state that:

"In India, as in Southern Nigeria, there is yet another feature of the fundamental nature of the title to land which must be borne in mind. The title, such as it is, may not be that of the individual ... it nearly always is in some form, but may be that of a community. Such a community may have the possessory title to the common enjoyment of a usufruct, with customs under which its individual members are admitted to enjoyment, and even to a right of transmitting the individual enjoyment as members by assignment inter vivos or succession. To ascertain how far this latter development of right has progressed involves the study of the history of the particular community and its usages in each case. Abstract principles fashioned a priori are of

but little assistance, and are as often as not misleading" pp. 403 to 404. (Emphasis added).

26. The study of the history of a particular community and its usages, which the Privy Council adumbrated in the **Tijani** case **supra** as being necessary to ascertain the development and progress of native or indigenous customary rights in land, I find of especial relevance in this case. In addition to the testimonies of witnesses who are members of the Maya communities in Southern Belize, the claimants have as well put in evidence the affidavits and reports of nonMaya witnesses who are eminently qualified in the broad field of Maya studies. These witnesses are familiar with the history, ethnography, customs and usages of the Maya. That is to say, they are expert witnesses.

27. The defendants for their part, relied only on the affidavits of public officials, none of whom, with respect, could claim any expertise in Maya history, culture, sociology or land usage and custom. While there is some grudging recognition of *"the right of persons to land they have occupied for years undisturbed (in the case of national lands, for a period of 30 years), and that persons of Mayan descent in the Toledo District may qualify as such"* (paragraph 9 of Mr. Ismael Fabro's first Affidavit), the defendants, however, resolutely deny the claimants' entitlement, as Mr. Fabro continues in the same paragraph as follows:

"... the Government does not agree that the entire Mayan population of southern Belize living in the communities shown in the Maya Atlas or any other community qualify as such. Most importantly, the Government does not agree that the Mayan population or any part thereof of southern Belize has "native title" to the lands being claimed in the Maya Atlas as the Maya Homeland".

Mr. Fabro then exhibited to his affidavit copies of various history books on the ancient Maya and the Maya people of today, including those living in Belize. I find however, that nowhere in the texts relied upon, any statement or assertion of the nonexistence of Maya customary land tenure in southern Belize.

28. The burden of proof of the existence of customary land tenure in southern Belize is, of course, on the claimants who so aver that there is one. It is the case of the applicants that Maya land use patterns are governed by a system of unwritten customary rules that form part of the social, cultural and political organization of their communities.

29. In order to ground their case, the claimants have put an impressive body of evidence before the Court in the form of both affidavit testimonies and expert reports: see for example, the first affidavit of



Aurelio Cal and Manuel Coy filed on 3rd April 2007, and also the joint affidavit of Gregorio Choc, Cristina Coc and Martin Chen. All these affidavits describe how Maya land use patterns stemming from their customary practices enable the members of the Maya communities to engage in their principal occupation – farming. I reproduce here paragraphs 19 to 28 of the joint affidavit of Choc, Coc and Chen giving the background on the Maya people in Toledo District and their customary practices relating to land:

"Background on the Maya People in Toledo District and our Customary Practices Related to Land

19. The Maya people have inhabited a vast area, which includes the Toledo District of southern Belize, since time immemorial. The Maya people inhabited southern Belize and surrounding regions long before the arrival of the Spanish, and well before British settlement in the area in 1850. The Mopan Maya subgroup were the principal inhabitants of the area now known as Toledo District between the sixteenth and eighteenth centuries, and the Q'eqchi(Q'eqchi/Chol Maya subgroup have been moving in and out of the area long before the well known migrations from Guatemala during the late nineteenth century.

20. Santa Cruz Village is one of some thirty(eight) Maya communities that currently occupy lands in the Toledo District. These communities are part of the larger indigenous Maya people of Mesoamerica.

21. Maya traditional governance institutions have evolved over the centuries. We have always had an elected village leader in each village who oversees community affairs in coordination with other leaders. While the central values that underlie our relationships with each other and with the land have been maintained, our Maya governance systems have adapted over time, both willingly and as a result of coercive imposition, to accommodate coexistence with the European cultures that have settled in the area. Currently, the alcaldes of the some thirty(eight) Maya villages in Toledo District are organized into the Toledo Alcaldes Association, which is a member group of MLA.

22. Our land use patterns are governed by a system of mostly unwritten customary rules and values that form part of the social, cultural, and political organization of our communities. Our patterns of use and occupancy of lands and natural resources are shaped by this system of customary rules. Within this traditional land tenure system, Maya villages hold land collectively, while individuals and families enjoy derivative, subsidiary rights of use and occupancy.

23. We believe these Maya customary rights have the same moral and legal claim to respect as property rights recognized by the British common

law and the Belizean statutory regime. The patterns of Maya land use are described more fully in the claimant, witness, and expert affidavits submitted with this claim.

24. Concentric zones of land use surround each of the Maya villages that are scattered throughout the inland parts of the Toledo District. The village zone is that area where dwellings are clustered and where villagers raise fruit and other trees and graze livestock, it typically extends up to two square kilometers.

25. Beyond the village zone is the main agricultural zone where crops are planted within a rotational system. Our agricultural practices are based on traditional management techniques that have developed from a reservoir of knowledge of the forest and its soils. We employ a longfallow rotation system that requires extensive forested areas to remain undisturbed for years at a time. While some fertile spots are permanently under cultivation, most fields are cleared only every eight to fifteen years, cultivated with rotational crops and then allowed to lie fallow and regenerate until the next clearing. The agricultural zone of each village can extend up to ten kilometers from the village center.

26. The next zone includes large expanses of forest lands used for hunting and gathering. These activities provide us additional sustenance. Forest products gathered for food and medicinal purposes include numerous wild plant species. We also rely on the forest for building materials for our homes and other structures.

27. Different villages also often share use of certain areas for hunting, fishing, and gathering. Some areas of such shared usage may be regarded by Maya custom as belonging predominantly to a particular village, and hence that village ultimately controls who can farm and settle in the area.

28. Within Maya villages, communities regulate population growth and maintain social and cultural cohesion through collective decisionmaking regarding the settlement of new families. Use of village lands by individuals and families is regulated by custom under the authority of the elected alcalde, the village chairman, and the villagers collectively."

30. The claimants also rely on the affidavits and reports of persons who are undoubtedly experts in Maya history, ethnography, culture and land tenure and land use patterns. These witnesses have, from various field work, researches and study of archival materials and published books, acquired extensive knowledge of the Maya people such that they could be regarded as expert witnesses.

31. First there is Professor Richard R. Wilk, a full professor of anthropology at Indiana University in Bloomington, Indiana, U.S.A. He states in paragraphs 2 and 3 of his first affidavit of 3 rd April, 2007 as follows:

"2. My work has focused particularly on land use and subsistence among the Kekchi (also known as Q'eqchi', K'ekchi', and Ketchi) native Americans of southern Belize. I have conducted archaeological and ethnographic field research in Toledo District in 1976, 1979 - 1981, 1984, and 1990, and have also done a good deal of historical archival research on land use and settlement in Toledo during the intervening years and in 2001 and 2002. While working for the United States Agency for International Development in Belize I studied land use, road development, and forest resources in southern Belize (including the Toledo District), as part of the Rural Road Rehabilitation Project carried out by the Ministry of Public Works of the Government of Belize.

3. I am familiar with almost every published source on Toledo District's history, economy, and ethnography, including work on the Kekchi, Mopan (also called Maya), Garifuna (also called Garinagu, Caribs, and Black Caribs), East Indian, and Creole population of the area. This affidavit is based on published and unpublished sources, most of which are cited in my 1991 book and my doctoral dissertation (1981), more recent sources are cited directly in this affidavit."

32. Specifically on land use and Maya land tenure system, Professor Wilk deposes as follows:

"Land Use and the Maya Land Tenure System

48. At the time of the Spanish conquest the Kekchi were intensive agriculturalists who farmed using an infield(outfield system, which combined permanently cropped infields (heavily manured, often irrigated, and sometimes terraced) with a series of outfields that were fallowed from four to 10 years depending on local population density. The shift from this system to more extensive shifting cultivation probably took place during the drastic depopulation caused by Spanish(introduced diseases in the 16 th century, which destroyed the economic fabric and household labor system which were essential to the infield(outfield system. When the growing Kekchi population of the 19 th century began once again to intensify their agriculture by growing orchard crops and cash crops like coffee and cacao, they were once again forced back into shifting cultivation by the expropriation of village land and the disruption of community labor organization through forced labor and enserfdom on coffee plantations (Wilk 1991). Information on pre(Hispanic Mopan farming is lacking, though given common crops and demography, it is likely that

they used systems very similar to those of the Kekchi. Even less is known of the Manche Chol pre(Hispanic farming system, which eventually merged into that used by the Mopan and Kekchi.

49. Today some Kekchi and Mopan land use in the Toledo district is related to their production of food and the hunting and gathering of other resources for their own subsistence. The entire forested region of Toledo District including rivers and streams have been intensively used for hunting, fishing, and gathering of forest resources by Mopan and Kekchi people since the Cramer estates were closed down in 1914 and their population dispersed to form new villages, and probably much longer. Smaller areas have been used for agriculture for an equal period of time. As the Maya population of the district has grown during this century, the area used for farming has expanded dramatically. Those areas not used for farming have been used for fishing, hunting, and gathering (as detailed below).

50. Both Kekchi and Mopan people are subsistence(oriented farmers who use a long(fallow rotation system (also known as the milpa system, or "slash(and(burn") to grow corn and rice during the wet season. During the dry season they cultivate permanent fields located in fertile damp soils located in valleys and on riverbanks. They also grow permanent tree crops (mainly fruits, cocoa and coffee), vegetables, plantains, root crops, beans, and a large variety of other plants for home use. Rice, beans, cocoa, and a few other crops are grown for cash sale. People also raise small livestock and poultry, pigs are the major source of domestic meat though some people also graze small herds of cattle in forest clearings.

51. Any disputes about the demarcation of farmland or other rights to land will be brought before the village Alcalde and/or a meeting of the community as a whole for resolution. In fact, very few disputes arise under the customary land management system. Those that do arise are generally resolved within the village. This is not only impressive in terms of civic participation, but it also saves the Belizean government financial investments in the state court system.

52. The pattern of land use described here has been documented by ethnographers among Kekchi (Wilk 1991, 1981), Mopan (Osborn 1982), and mixed Kekchi Mopan (Howard 1973, 1974, 1975, 1977) during the 1970s and 1980s. Its continued use and authority was confirmed through an extensive survey by Bernard Neitschmann (1999) in the late 1990s. It extends back in time to at least 1914, but probably much earlier. We do know that at the time of the Spanish conquest the Kekchi lived in settlements ruled by local leaders who were responsible for allocating land for farming as well as for political leadership. These hereditary offices may have functioned very much like the modern institution of the village Alcalde with his council of



elder advisors. More detailed knowledge on the pre-Hispanic system of land tenure and political organization is lacking.

53. The basis for the Kekchi and Mopan customary system of land management is the concept of usufruct rights, meaning the land is for those who use it. In Belize, it is typical for Maya farmers to have relatively permanent rights to a field for dry season crops in comparison to long term rights to return to fallowed areas for wet season crops. Each village has an elaborate set of rules and regulations, some written and some customary, for regulating land use rights and tenure within community territory. These rules respond to population pressure on resources, the general rule is that individuals are allowed to claim ownership of farmland by right of first use, but they must continue to use a piece of land or a resource, or those rights will lapse and the property will then return to the community for redistribution (such tenure systems are common in areas of low population density that practice shifting cultivation, see Netting 1993). In villages with very high population density, almost every acre is claimed as personal property.

60. Thus, families can claim and retain plots over long periods of time in an arrangement that resembles private property. However, the village government would intervene if someone outside the village tried to buy one of these plots. Within the customary land management system of the Kekchi and Mopan Maya, the usufruct rights of households do not permit individual farmers to sell single plots of land. As demonstrated by Neitschmann (1999:9), this norm against commodification of land remains extremely strong. The Alcalde alone could not give permission to transfer land to outsiders, because in the Kekchi and Mopan vision of community leadership, a good Alcalde does not dictate his own decisions, but rather acts as a spokesperson of the general will of the village families. In other words, the customary Maya system of land management combines a mixture of quasi-private use rights within collective decision making.

66. Even within the forest zone, customary Kekchi and Mopan land use rules recognize a variety of rights to different kinds of property. As already noted, groves of Pom (copal, *Protium copao*) trees in primary forest are regularly tapped to produce a fragrant resin that is in great demand for religious services. These groves of trees are owned by the individuals who first found them, or their descendants through inheritance. In some cases, rights to tap these trees can be loaned or rented, though they usually remain within a family. Pom (copal resin incense) is probably the most valuable material gathered in primary forest, contributing thousands of pounds in annual production, some of which is exported to Guatemala. In the forest there are also ancient groves of Nutmeg, Cinnamon, Rubber, Cocoa, and Pataxte (a variety of cocoa, *Theobroma bicolor*), which are considered the property of the families whose ancestors planted

them. Sometimes these groves are rented and sold between village members, but any cases of disputed ownership are settled informally, or by the village Alcalde in consultation with elders.

70. In addition to economically important uses, within patches of forest in the agricultural and forest zones there are many places, usually caves, steep hills, and sinkholes, which are considered sacred by the Kekchi. These are often considered to be the dwellings of deities who watch over nearby villages and forests. Mopan people feel more generally that forest and land are sacred to god (Osborn 1982). Whenever Kekchi or Mopan people clear forests for their farming, they first ask permission from deities, who are considered the true owners of forest and animals. In general, Kekchi and Mopan people treat the forest with reverence and respect, they have intimate and detailed knowledge of many hundreds of its plants and animals.

71. For example, in addition to marking a field so that the boundary lines are visible to the public, a Kekchi farmer will usually ask gods and the lords of the Hill and Valley (known as the Tzuultaq'a in Kekchi) for permission to farm a plot of land. This request for spiritual permission may be made at either a family ceremony or, better still, at a ceremony involving the entire village. Such a multiday village ceremony includes night time vigils where sacred harp music is played, sexual abstinence is practiced, special foods are eaten and a pilgrimage is made to a sacred cave where the lords of the Hill and the Valley are thought to reside. There is sometimes a church ceremony in place of or in addition to a sacred cave pilgrimage. What is significant about all of these rituals is that they underscore the deeply held belief of the Kekchi Maya that land belongs to their Tzuultaq'a gods and therefore cannot be owned by any one person. To ensure their survival, families must ask for and obtain spiritual permission to use (as opposed to own) land. Because they see themselves as borrowing land from the lords of the Hill and the Valley, Kekchi farmers feel a duty to protect that land through careful environmental stewardship. In this sense, they protect their collective lands as much, if not more, than private landowners would, (Grandia, cite, Neitschmann 1997:11(12).

72. It is important to emphasize that few outsiders or government officials have documented or understood this complex traditional set of land tenure regulations. Government has made few efforts to survey or regularize land tenure in any area south of the Moho River, allowing the villages to continue to regulate themselves according to their customs. In San Antonio, San Pedro Columbia, San Miguel, Big Falls, Silver Creek, and Indian Creek some sections that were once reservation land, and other areas of Crown Land or Forest Preserve have been formally surveyed and distributed to individuals as leaseholds, though these villages have informally continued many aspects of the traditional land regulation practices.

73. In practice, all attempts to divide up the customary village land into arbitrary sized parcels are doomed to fail to establish a stable land tenure regime. This is because each Maya farm family in Toledo requires access to a variety of land types in order to grow and gather all the crops and resources they need to survive in any given year. Each family needs several acres of dry (season cornfield land in a wet spot or along a riverbank, several acres of upland wet (season land for corn, and slightly and slightly wetter upland fields for rice. They also need access to secondary and primary forest for wild foods, hunting, and construction materials, access to common grazing for livestock within the village, and access to rivers for potable water, bathing, laundry, food processing and fishing. No single 40 (or 50 (acre plot of land can contain an adequate amount of each of the necessary kinds of resource. The variety of resources available is therefore often more important than the total amount. It is hard to envision any other system of land tenure, besides that already in use, which would allow a similar number of people to survive as relatively independent and self-sufficient farmers in Toledo District. Evidence of this can easily be found in the newer villages along the Southern Highway, where private land tenure has led to the breakdown of the complex self-sufficient farming system still practiced in more remote areas.

33. Professor Wilk rounds off his affidavit with a brief history of official (presumably noncustomary) land tenure in Toledo in paras. 74 – 77:

“History of Official Land Tenure in Toledo

74. Most of the grants and leases of land in Toledo in the 19th century were in fact no more than logging concessions, there was no permanent possession or settlement by people of European descent, and no attempt at improving the land or cultivation outside of very small areas. At one time in the late 19th Century, almost all the land in Toledo District was claimed by a single land concern – the Young, Toledo Company, which was mainly engaged in land speculation after the most accessible mahogany trees were removed. When this company went bankrupt in 1880, some of their claim was conveyed to other companies, but most reverted to the Crown, which had never sanctioned the original claims.

75. A reservation system to accommodate and encourage Maya settlement and agriculture was proposed as early as 1868, and provision for their creation was included in the Crown Lands Ordinance of 1872. However, it does not appear that any were formally created in Toledo until 1893. In addition, beginning about 1905 the District Commissioner in Punta Gorda began to issue leases on land along the Moho, Columbia, and Temax

Rivers to individual Kekchi and Mopan farmers. Other reserves were established for some of the existing villages in 1924, and these reservations were amended in 1933 to include some communities that had been missed in the first surveys. In this process of allocation, some villages were missed and received no reservations. Other reservations were granted to villages that did not exist or were subsequently abandoned.

76. After the 1930s and through to the 1960s, the District commissioners and officers recognized that the reservation boundaries had little relationship to the actual settlements and land needs in the District, and they made many ad hoc adjustments and emendations to expand reservations to accommodate increasing population, many of which were often never formally surveyed or enacted by legislation or administrative act. Often, the reservations were in practice were not defined clearly, because of the prohibitive costs of monitoring or surveying land use and boundaries. The result is that today the reservation boundaries bear little relationship to long (established customary territories around villages. Many villages have no formal reservations, though they have used their territories for more than fifty years with explicit government approval through the appointment of their Alcaldes.

34. Professor Wilk also gave oral testimony in Court and he struck me as very knowledgeable and competent to speak on the issue of Maya customary land tenure and practices.

35. Then there is also the testimony of Dr. Elizabeth Mara Grandia, assistant professor of anthropology in the Department of International Development, Community and Environment at Clark University of the City of Worcester in Massachusetts, U.S.A. Her doctoral dissertation is entitled **Unsettling: Land Dispossession and Enduring Inequity for the Q’eqchi’ Maya in the Guatemalan and Belizean Frontier Colonization Process** filed with the University of California* Berkeley in May 2006 and soon to be published. Dr. Grandia deposes to having done six years of anthropological field work with indigenous peoples in different areas of Mesoamerica since 1991, primarily in Guatemala and Belize and some introductory research in Honduras. She in fact filed a second affidavit in which she refutes some of the claims made in the affidavits filed on behalf of the defendants.

36. Now this is what Dr. Grandia had to say on customary Maya Land Management in Conejo Village:

“Customary Maya Land Management in Conejo Village

24. Many researchers have documented the



customary land management system of the Q'eqchi' Maya. I provide a detailed description of this system in The Wealth Report (attached hereto as Exhibit "B") and in chapters five and six of my dissertation. I have read the first affidavits of the Claimants from Conejo village in the district of Toledo, Belize. Being farmers themselves, the Claimants have accurately described the customary Maya system of land stewardship. I also affirm the description of Maya land tenure outlined by Richard Wilk in his affidavit. Building on their accounts, in this part of my affidavit, I will describe now this applies to land use management in Conejo village, and discuss some of its socio-economic and environmental advantages. I will refer throughout this section to the affidavits of the claimants from Conejo village, to place their testimonies in the broader context of Maya land management.

25. The customary Maya system of land management combines a mixture of quasi-private use rights with collective decision-making. It is not a monochrome system in which every community continues to observe the same timeless indigenous practices. According to variations in geography and village leadership, each community may manage their land in a slightly different manner. Far from being anarchic, this system is characterized by profound ecological, social, intellectual, spiritual, and economic logic.

26. Families can claim and retain agricultural plots over long periods of time. Each family is responsible for its own agricultural work and reaps its own harvests. Other farmers may provide assistance, especially for the tasks of burning and planting, but the family or household is usually the central organizing unit within the Maya land management system. The collective aspect of this system is the community decision making regarding how land is distributed among households. Maya communities strive to distribute farmland equitably. They also seek to ensure that all members of a village have access to communal or shared forest areas that are used for hunting, fishing, collecting water and gathering various resources.

37. And Dr. Grandia concludes her affidavit on the subject of customary land tenure and management as follows in paragraph 79:

"79. From my own academic and field research and from the evidence provided by members of Conejo village, including the claimants, it is clear that the Maya villagers in Conejo continue to use and occupy their land in accordance with long-standing customs, traditions and norms concerning land management. These norms include collective control over land use, equitable distribution of individual use rights based on need and family labour capacity, ecologically sound rotating and permanent agriculture, animal husbandry, hunting, and gathering, and reciprocal obligations of land and community stewardship. These land tenure

norms are central to the cultural worldview and social cohesion of the Maya people and Conejo village. The resulting system manifests in flexible but consistent land-use patterns involving residential areas, wet/season milpas and dry/season saqiwaj or matahambre areas, long fallow areas and high forest areas. Maya land tenure practices are sufficiently hegemonic and stable that people living in Maya communities in Toledo, including Conejo, have been able to make long-term economic investments in the form of annual and permanent crops, yet flexible enough to allow Maya farmers to respond to market opportunities to the extent that, through the history of Belize, Toledo has often been the primary source of national foodstuffs.

38. Dr. Grant D. Jones, former Chair of the Department of Anthropology and Sociology and former Charles A. Dana Professor of Anthropology at Davidson College, North Carolina, U.S.A., in his affidavit makes much the same point about Maya customary land tenure and management in Toledo District. In his conclusion in his affidavit he states at paras. 63 to 65 as follows:

"Conclusion

63. The available historical evidence, then indicates that the first Europeans to hear of and enter the Toledo District and its surrounding areas in 1568 and later found already longstanding Maya populations inhabiting the Toledo District of Belize. These populations were primarily Mopan speakers, who were politically and economically affiliated with the Itza, and Chol speakers. Like the rest of the native population of the Americas, this existing population was probably severely disrupted and reduced by illnesses introduced by the Europeans. During the process of Spanish invasions and colonization, in the 17th century the Toledo area became a frontier zone of refuge, and prior political and cultural distinctions became blurred as intermixing took place, particularly between the Chol/Kekchi, and Kekchi/Mopan groups. Some Maya populations in the Toledo District and throughout Belize were again dislocated in the 17th and 18th century, and additional Maya populations migrated to Toledo in the 17th century due to the Spanish conquest of the Itza Mayas of Peten, Guatemala. Throughout these periods, Maya people from different linguistic groups intermarried and moved back and forth for centuries between territories that only later became distinct with the creation of national boundaries. Consequently, many people in the Toledo District who call themselves Kekchi are more accurately Kekchi(Chols or Kekchi(Mopan.

64. As much as can be discerned, all of the groups who lived in the area over these centuries of dislocation and relocation shared similar land tenure norms and patterns, practicing well-known forms of lowland tropical forest agriculture under a fundamentally communal land tenure system that

allocated property in particular active cultivations or tended orchards in the forests to the cultivator, while locating control and ownership of these lands in the community as a whole.

65. In all, there is sufficient evidence to support my conclusion that the present Mopan and Kekchi, speaking inhabitants of the Maya communities of Toledo have a historical and cultural relationship with the lands on which they currently live and work, and with the populations that have historically inhabited them. The relationship grounds their identity as an indigenous people of the region."

39. Again, much the same points are made by Dr. Joel D. Wainwright, assistant professor in the Department of Geography, Ohio State University, U.S.A., regarding Maya customary land tenure and management, this time as regards Santa Cruz Village, in paragraphs 27 to 39 of his first affidavit in this case. He testified that he has been conducting research on land use and the history of southern Belize since 1993, and that he has visited Santa Cruz Village several times since. He deposes to a summary of the main findings of his research as follows in paragraphs 48 to 50 of his affidavit:

"48. Santa Cruz has been continuously occupied and used by Maya people since precolonial times. The present(day residents of the village are aware of the long(standing cultural(geographical continuity of this place.

49. With respect to its size, composition, geography, history, and livelihoods, Santa Cruz is a typical rural Maya community, like others in the Toledo District. Santa Cruz exemplifies the customary Maya land tenure system found in Toledo as described by academics who have studied the Maya people.

50. The villagers of Santa Cruz have occupied their land according to their customary norms throughout their occupation. The maps by Thomas Caal accurately represent these lands—the territory in which the Maya people of Santa Cruz live in accordance with their customary land use practices."

40. On the state of the evidence in this case, I am, therefore, ineluctably bound to conclude that there does exist in the Toledo District Maya customary land tenure. This conclusion, I must say, is supported by the overwhelming evidence of persons with relevant knowledge and expertise of the area and the regime of land tenure there. I have at some length tried to state this evidence in this judgment.

41. I am therefore satisfied that on the evidence, the claimants have established that there is in existence in Southern Belize in the Toledo District, particularly

in the villages of Santa Cruz and Conejo, Maya customary land tenure.

42. I am fortified in this conclusion by the finding of the InterAmerican Commission on Human Rights in the **Maya Indigenous Communities case supra** when it stated at paragraph 127 of its Report:

"127. Based upon the arguments and evidence before it, the Commission is satisfied that the Mopan and Ke'kchi Maya people have demonstrated a communal property right to the lands that they currently inhabit in the Toledo District. These rights have arisen from the longstanding use and occupancy of the territory by the Maya people, which the parties have agreed predated European colonization, and have extended to the use of the land and its resources for purposes relating to the physical and cultural survival of the Maya communities."

43. Like the Commission in that case, I am satisfied that the defendants in the present proceedings, have not presented any credible argument or evidence to refute the claimants' argument and evidence concerning the land use patterns practiced by the Maya People in the Toledo District or the customary land tenure system that seems to have been developed by them – see para. 128 of the **Commission's Report ibid.**

44. Accordingly, I find and hold that there is in existence, in Southern Belize, in particular, in the Toledo District, Maya customary land tenure.

45. Importantly also, I find from the evidence in this case, that the Government of Belize, had given its **imprimatur** and explicit recognition of the rights of the Maya people to lands and resources in southern Belize based on their longstanding use and occupancy. This significant development was arrived at on 12 th October, 2000 in an Agreement between the Government of Belize and the Toledo Maya Cultural Council, the Toledo Alcaldes' Association, the Kekchi Council of Belize, the Toledo Maya Women's Council and the Association of Village Council Chairpersons. All the latter organizations are collectively described in the Agreement as the Maya Leaders representing the Maya peoples of southern Belize. The Agreement was signed by Prime Minister for and on behalf of the Government of Belize.

46. Clause 6 of this TenPoint Agreement, I find, is a clear and unequivocal governmental endorsement of the existence of the Maya people's rights to land and resources in southern Belize based on their longstanding use and occupancy. This, I find is a clear affirmation of the existence of Maya customary land tenure in southern Belize.

47. A copy of the TenPoint Agreement is annexed as **Exhibit GC 5** to the joint affidavit of Gregorio Choc, Cristina Coc and Martin Chen. Clause 6 of this TenPoint Agreement expressly states:

"That the GOB (Government of Belize) recognises that the Maya People have rights to land and resources in Southern Belize based on their longstanding use and occupancy."

48. This point is, in my view, an important admission by the defendants sufficient to dispose of this aspect of the case in the claimants' favour. However, it is manifest that notwithstanding the recognition of the property rights of the Maya people in their traditional lands based on their longstanding use and occupancy, the defendants as representing the Government of Belize, have not delimited, demarcated or titled or otherwise established any clear or legal mechanisms that may be necessary to clarify and protect the claimants' rights so recognized. Hence this litigation. But it is important to state that this TenPoint Agreement, and in particular its paragraph 6, has never been questioned, disputed or refuted by the defendants in these proceedings. Indeed, Ms. Antoinette Moore the learned attorney for the claimants urged on their behalf, with I dare say some cogency, that in the light of the admission contained in para. 6 of the TenPoint Agreement, the defendants should be estopped from denying the claimants' customary land tenure in Southern Belize. I must say there is some force in this line of argument.

49. From the evidence in this case however, (see in particular the joint Affidavit of Choc, Coc and Chen and **Exhibit GC 5**, the affidavit testimony of Dr. Richard Wilk, Dr. Joel Wainwright and Dr. Elizabeth Grandia), I am satisfied that there is in the Toledo District Maya customary land tenure.

50. I now turn to the second issue agreed upon by the parties for the purposes of this trial:

2. Whether the members of the villages of Conejo and Santa Cruz have interests in land based on Maya customary land tenure and, if so, the nature of such interests

Santa Cruz and **Conejo** villages are two of the villages in the Toledo District on behalf of whom these consolidated applications have been brought in addition to several individuals together named as claimants. These two villages along with 35 other Maya villages of Southern Belize, are featured in the **Maya Atlas**, which is a volume of sketches of village maps and narratives produced by Maya organizations with the assistance of professional cartographers. This volume is attached to the affidavit of Deborah Schaaf and was put in evidence as **Exhibit DS 1**.

51. The Maya Atlas: The Struggle to Preserve Maya Land in Southern Belize, to

give **Exhibit DS 1** its full title, I find to be a remarkable account of the history, people and place, landuse, culture, community services and some of the problems faced by the Maya Community in Southern Belize. What makes this work all the more remarkable is that it was compiled by some Maya People of Southern Belize in conjunction with the Toledo Maya Cultural Council and the Toledo Alcaldes Association, albeit with the assistance of the Indian Law Resource Center, Geo Map Group of The University College, Berkeley and the Society for the Preservation of Education and Research (SPEAR).

52. In addition to the five Maya villages of Maya Center, Red Bank, Maya Mopan, Santa Rosa and San Roman in the Stann Creek District, the **Maya Atlas** contains brief portraits of the thirtysix Maya villages in the Toledo District, including the villages of **Santa Cruz** and **Conejo**; the two villages that are featured in the second issue here under consideration.

53. In the case of **Conejo Village**, the **Maya Atlas** at p. 85 states as follows:

"The village of Conejo is approximately 90 years old. It was founded in 1907 by Jose Makin. He did his farming in the area prior to its settlement. The village is comprised of Ke'kchi Maya who engage in the production of pigs, corn, and rice to earn their living. IN 1950 the village sprang from one household family to twentytwo household families."

54. The claimants in respect of **Conejo Village** filed affidavits in support of their claim. A read through these several affidavits clearly shows that all these applicants live in **Conejo Village** and occupy lands in the village in accordance with the Maya customs and traditions of the village on which they hunt, fish and farm (see for example, paras. 6, 7, 11, 12, 13 of the first affidavit of Manuel Coy, paras. 3, 4, 6, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 19, 20 and 25 of the first affidavit of Manuel Caal). I have already set out at paragraphs 36 and 37 above what Dr. Elizabeth Grandia had to say in her affidavits in these proceedings about customary Maya land management in Conejo Village.

55. From the totality of the evidence in this case, I am persuaded and satisfied that members of Conejo Village have interests in lands in that village based on Maya customary land tenure.

56. In relation to the village of **Santa Cruz**, first, this is how it is described in the **Maya Atlas** at p. 47:

"Santa Cruz village was first an alkilo, meaning that people lived in the forest far from each other in no particular order. In 1950, Santiago Canti, Benito Canti, Susano Canti, Lazaro Pop and Thomas Sho encouraged people to begin a village. As people were associated with the Catholic religion, they named the village Holy Cross or Santa Cruz."

Santa Cruz is a typical Maya village. It is situated next to the Maya ruin of Uch Ben Cah, giving it the appeal and aura of the ancient Maya civilization."

57. The claimants in respect of Santa Cruz village also filed affidavits in which they describe how they live in the village, occupy their lands, farm, hunt and fish. It is evident from their several affidavits that these claimants regard the lands in Santa Cruz as belonging to them as they did to their ancestors according to their Maya custom. In fact Mr. Aurelio Cal, the alcalde of Santa Cruz says in paragraph 22 of his affidavit that:

"On February 22, 2007, Santa Cruz Village submitted a written request to the government of Belize (a copy of which is annexed to his affidavit as AC 1) asking that it release a public statement stating that Santa Cruz enjoys rights to land and resources in the territory that we traditionally occupy. However, the government so far has failed to acknowledge or respond to this request."

58. There is also the affidavit evidence of Dr. Joel Wainwright in which he recounts the history of Santa Cruz village (see paras. 13 to 23) and in paras. 27 – 39 gives an account of the land use practices and social relations of land tenure. He gave a summary of his main findings as follows:

"48. Santa Cruz has been continuously occupied and used by Maya people since pre colonial times. The present(day residents of the village are aware of the long(standing cultural(geographic continuity of this place.

49. *With respect to its size, composition, geography, history and livelihoods, Santa Cruz is a typical Maya Community, like others in the Toledo District. Santa Cruz exemplifies the customary Maya land tenure system found in Toledo as described by academics who have studied the Maya people.*

50. *The villagers of Santa Cruz have occupied their land according to their customary norms throughout their occupation ..."*

59. Again, from the totality of the evidence, I am bound to find and conclude that the members of Santa Cruz Village have interests in the lands in that village based on Maya customary land tenure.

60. I must say that the defendants did not put forward any countervailing evidence on this score, save to aver that some of these Maya villages are of recent origins and their inhabitants could not have acquired interests in land according to customary tenure: see para. 7 of the first affidavit of Andre Cho and that of the first affidavit of Armin Cansino and paras. 9 and 10 of the first affidavit of Roy Cayetano respectively on behalf of the defendants.

61. I do not, in any event, think that the dates of establishment of particular villages are necessarily determinative of or fatal to the existence of customary land tenure or interests in land. I am satisfied by the overwhelming evidence that the Maya people had occupied land in what is today Toledo District and still continue to occupy these lands, including the members of the Conejo and Santa Cruz villages, based on Maya customary land tenure. – para. 30 of the InterAmerican Commission Report in the case of the **Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belizesupra.**

62. Moreover, from the facts in this case, I am satisfied that extensive documentary evidence, expert reports and Maya oral tradition, establish that the Maya communities presently in Southern Belize exist in areas that had formed part of the ancestral and historic territory of the Maya people since time immemorial, and certainly since prior to Spanish and later British assertions of sovereignty: see in particular, the first affidavit of

Grant Jones, paras. 7 – 38, the first affidavit of Richard Wilk, paras. 4 – 40, and generally, Grant Jones, **Maya Resistance to Spanish Rule: Time and History on a Colonial Frontier.**

Also, archeological sites, burial grounds and artifacts found in their lands demonstrate a longstanding, if not ancient, historical relationship of the Maya to this area. Therefore, it is eminently reasonable to conclude that the founding of Maya villages in Southern Belize in modern times clearly represents a continuity of cultural and land use patterns by the Maya people that spans centuries and certainly predates the arrival of the first Europeans: see in particular, paras. 5 – 14 of Wilk's first affidavit and paras. 18 – 67.

63. From the available evidence, it is manifest that there was and always had been a Maya presence in what is today Southern Belize. Therefore, I find and hold that claimed recent establishment of some Maya villages in Southern Belize, does not undermine the existence of Maya customary land tenure and interests in the Toledo District.

64. The Nature of the Claimants' interests in land based on Maya Customary Land Tenure

I now turn to the subsidiary but equally important question articulated in the second issue agreed upon, namely, the nature of the claimants' interests in land based on Maya customary land tenure.

65. In my considered view, I think the position regarding the determination or interpretation of customary title or interests in land was helpfully and, I dare say, authoritatively adumbrated by the Privy Council in the **Amodu Tijani** case **supra** when Viscount Haldane delivering the judgment of the Board stated:



"Their Lordships make the preliminary observation that in interpreting the native title to land, not only in Southern Nigeria, but other parts of the British Empire, much caution is essential. There is a tendency, operating at times unconsciously, to render that title conceptually in terms which are appropriate only to systems which have grown up under English law. But this tendency has to be held in check closely. As a rule, in the various systems of native jurisprudence throughout the Empire, there is no such full division between property and possession as English lawyers are familiar with. A very usual form of native title is that of a usufructuary right, which is a mere qualification of or burden on the radical or final title of the Sovereign where that exists. In such cases the title of the Sovereign is a pure legal estate, to which beneficial rights may or may not be attached. But this estate is qualified by a right of beneficial user which may not assume definite forms analogous to estates, or may, where it has assumed these, have derived them from the intrusion of the mere analogy of English jurisprudence ... In India, as in Southern Nigeria, there is yet another feature of the fundamental nature of the title to land which must be borne in mind. The title, such as it is, may not be that of the individual as in this country it nearly always is in some form, but may be that of a community. Such a community may have the possessory title to the common enjoyment of a usufruct, with customs under which its individual members are admitted to enjoyment, and even to a right of transmitting the individual enjoyment as members by assignment inter vivos or by succession. To ascertain how far this latter development of right has progressed involves the study of the history of the particular community and its usages in each case. Abstract principles fashioned a priori are of but little assistance, and are as often as not misleading" at pp. 402 – 404 (emphasis added).

66. This statement of the law has been recognized judicially as the "the definitive position at common law" by the Court of Appeal in Malaysia in **Kerajaan Negeri Selangor and others v Sagong Bin Tasi and others (2005) MLJ 289**. Gopal Sri Ram J.C.A. on the issue of indigenous or customary title to land viz a viz sovereignty or the radical title drawing support from the Privy Council's statement on this point in the **Amodu Tijani** case **supra** said that:

"... the fact that the radical title to land is vested in the Sovereign or the State (as in this case) is not an ipse dixit answer to a claim of customary title. There can be cases where the radical title is burdened by native or customary title. The precise nature of such a customary title depends on the practices and usages of each individual community ... What the individual practices and usages in regard to the acquisition of customary title is a matter of evidence as to the history of each particular community ... it is a question of fact to be decided ... by the primary trier of fact based on his or her belief of

where on the totality of the evidence, the truth of the claim made lies."

67. I entirely accept this statement with respect. From the evidence, I am satisfied that the claimants have, by the Maya customary land tenure extant in the Toledo District, individual and communal rights to the lands in Conejo and Santa Cruz Villages. These rights, I find, are of a usufructuary nature. That is to say, the right to occupy the land, farm, hunt and fish thereon, and to take for their own use and benefit the fruits and resources thereof. The fact that, as disclosed by the evidence, the claimants can enjoy a communal title by Maya customary land tenure was recognized by the Privy Council in the **Amodu Tijani** case and the existence of such title in other jurisdictions. This customary title, its nature and incidents were recently reaffirmed by the South African Constitutional Court in 2003 in **Alexkor Ltd. v Richtersveld Community (2003) 12 BCLR, 130**, where Chaskalson CJ, speaking for that Court stated:

"In the light of the evidence and of the findings by the SCA (Supreme Court of Appeal) and by the LCC (Land Claims Court), we are of the view that the real character of the title that the Richtersveld Community possessed in the subject land was a right of communal ownership under indigenous law. The content of that right included the right to exclusive occupation and use of the subject land by members of the Community. The Community had the right to use its waters, to use its land for grazing and hunting and to exploit its natural resources above and beneath the surface." (emphasis added)

68. I am therefore of the considered view, that on the evidence in this case, the communal title to lands in Conejo and Santa Cruz Villages in the Toledo District, inheres in the claimants in accordance with Maya customary land tenure. The nature of this title is communal, entitling the members of the community to occupy, use the lands for farming, hunting, fishing and utilizing the resources thereon as well as for other cultural and spiritual purposes, in accordance with Maya customary law and usage.

69. The core and nature of the Defence

Although the parties agreed on issues the determination of which would strictly be the remit of this judgment, in fairness to the defendants I must state the heart of their case as far as I understand it. From the amended Defence, which as I have already remarked, was done under prompting from the Court and rather late, the testimony from the defence witnesses' (all by affidavits), the only oral testimony for the defendants was by Mr. Munoz of the Government Press Office who put in evidence a silent video of some Maya Villages not including the two villages in the Toledo District in this case, and the submission, both oral and written, by Ms. Nichola Cho, the learned attorney for the

defendants, they seemed to have pitched their tent against the claimants on the principal ground of British sovereignty over British Honduras. This historical fact forms the central plank of the defence. By this historical fact, the argument runs, any claim or title to land the claimants might have had was extinguished by virtue of British sovereignty over the territory. Belize became independent, of course, on 21st September 1981 and its independent governments succeeded to the sovereignty that had belonged to the British Crown. This sovereignty, the argument further runs, was evidenced and consolidated by, as far land and title thereto was concerned, by the series of Crown Lands Ordinances. The defendants put in evidence copies of some of these Ordinances. The Crown Lands Ordinance 1886 was eventually repealed and replaced by the National Lands Act in 1992 – Chapter 191 of 2000, Revised Edition of the Laws of Belize.

70. Grants of land and leases were made under the Crown Lands Ordinance during the Colonial administration of British Honduras and these were continued to be made under the subsequent National Land Act of 1992.

71. Therefore it was submitted for the defendants, the claimants' title or any right to land had been extinguished, so they cannot now claim any right or title to land based on Maya customary land tenure. The territorial sovereignty that was acquired, first by the Crown, to which the independent government of Belize succeeded, had extinguished any right or interests in land not granted by the latter (that is, the defendants), so the argument ran.

72. There are many excellent accounts of the origins, development and progress of the Honduras Bay Settlement from which the presentday nation state of Belize evolved. This development saw the maturation of the country from its early origins as a settlement of English wood loggers from about 1759, to its formal declaration as a British Crown Colony in May 1862 and later to its proclamation of independence on 21st September 1981 – see the judgment of the Privy Council in **Attorney General of British Honduras v Bristowe (1880) 6 App. Cas. 143 (P.C.)** at pp. 146 – 148, for a judicial account of the country's historical development up to its Crown colony status. More on this case later.

73. For the purposes of this judgment however, I have principally borne in mind the information contained in paragraph 9 and following of the second affidavit of Richard Wilk. Professor Wilk relies on written and archival sources and makes extensive references to the authoritative collection edited by Sir John Alder Burdon between 1931 and 1934 entitled **Archives of British Honduras: Being Extracts and Précis Taken by a Committee from such Records as Exist on the Colony.**

74. What is today Toledo District, where the lands in issue in this case are situated, became part of the Honduras Bay Settlement in 1859, when the southern boundaries of the settlement were formally agreed by the 1859 **Convention between Her Majesty and the Republic of Guatemala relative to the Boundary of British Honduras** as extending to the Sarstoon River in the south as far as Gracias a Dios Falls 75. On 12th May 1862, the British Crown by Letters Patent created the Colony of British Honduras. The Crown therefore acquired sovereignty over the territory of the whole of British Honduras.

76. Did change in or acquisition of territorial sovereignty extinguish preexisting rights and interests in the land?

Did the acquisition of sovereignty over the territory of what is today the independent state of Belize, first by the Crown and later by the successive independent governments (including the defendants) overwhelm or eradicate any interests in or rights to land that the Maya people might have had? As I have found in paras. 61 to 63 above, there was longstanding Maya presence in Southern Belize well before and after the acquisition of sovereignty over the area by the Crown and later by the independent state of Belize.

77. I have given deep and anxious consideration to this aspect of this case. I am, however, convinced and fortified by authorities that the acquisition of sovereignty over Belize, first by the Crown and later, by independent governments, did not displace, discharge or extinguish preexisting interests in and rights to land. The mere acquisition or change of sovereignty did not in and of itself extinguish preexisting title to or interests in the land.

78. In particular, I do not think it is logical, reasonable or fair to hold that the 1859 treaty with Guatemala, by extending the southern borders of British Honduras (today's Belize) to the Sarstoon River, necessarily extinguished the preexisting rights of or interests of the Maya inhabitants of the area in their lands. The Crown by a combination of the various treaties with Spain and later with Guatemala, first acquired interests in British Honduras and by effective occupation and administration together with the passage of time, gained sovereignty over the territory which it legally passed on to independent Belize on 21st September 1981. This sovereignty did not without more however, affect or alter or extinguish the preexisting rights of the Maya people to their lands.

79. From the evidence, it is manifest that throughout the unfolding drama regarding the territory, first, between Spain and later Guatemala on the one hand, and the British authorities on the other, the Maya people were all the while living on their land. There was some forced removal of some of the



Maya people by Spanish authorities from some parts of the land, but the fact remains that they were never wholly removed so as to make the land **terra nullius** rendering it ownerless or unoccupied. The Maya, who are the indigenes of the land, remained with fluctuating numbers. And from the evidence, some of those whose ancestors had been removed, came back to their ancestral lands. There was much fluidity in the colonial borders with Guatemala. (see para. 19 of the joint affidavit of Choc and others, para. 48 of Wilk's first affidavit, paras. 63 to 65 of Jones' first affidavit and paras. 48 to 50 of the first affidavit of Wainwright) and para. 62 above.

80. There is no evidence in any event, to warrant me to find that the Maya of southern Belize as the indigenous inhabitants, ceded their lands or suffered them to be taken as spoils of conquest when the borders of British Honduras were extended south of the Sibun River in 1859, to include what is today Toledo District. There is no evidence even of any consultation with the indigenous Maya, or that they even knew what was happening to their lands. In the dark recesses of their forests they did not, I think it is fair to surmise, know about borders or of the extension of the borders such as they were, southwards of the Sibun River to the Sarstoon River which came to be regarded as vesting legal and proprietary title to their lands in the British Crown (and later the defendants as the Government of Belize, the successor to the Crown), as it is now contended for the defendants.

81. Indeed, how could they have? But the defendants did acquire territorial sovereignty over the area. Did this fact, as argued for the defendants, extinguish the preexisting rights to and interests in the land after the assumption of territorial sovereignty? As I have already said at paragraph 77 above, it is my considered view that it did not, I endorse with respect, the statement of principle on this point by Brennan J. in the High Court of Australia in **Mabo and others v Queensland (No. 2)** 145 CFR IFC 92/04 where he stated at paragraph 61:

"The preferable rule, supported by the authorities cited (the learned Justice having earlier referred to a number of authorities on this point), is that a mere change in sovereignty does not extinguish native title to land (the term 'native title' conveniently describes the interests and rights of indigenous inhabitants in land, whether communal, group or individual, possessed under the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants) the preferable rule equates the indigenous inhabitants of a settled colony with the inhabitants of a conquered colony in respect of their rights and interests in land and recognizes in the indigenous inhabitants of a settled colony the rights and interests recognized by the Privy Council in re Southern Rhodesia as surviving to the benefits of the residents of a conquered colony."

82. The whole of Belize, including the Toledo District, was, of course, acquired by the British Crown **not** by conquest but by **settlement**. This, of course, is not to overlook the historic routing of the Spanish forces in September 1798 by the settlers in the Battle of St. George's Caye. An event which is popularly commemorated on 10 th September each year. It is however, logical, rational and fair to conclude that if the inhabitants of a **conquered** colony did not **ipso facto** lose their prequest interests and rights in land, **a fortiori** therefore, the **indigenous** inhabitants of a **settled** colony could not have lost theirs without more, by the mere act of settlement or even by cession of their land to another or new sovereign. As Viscount Haldane stated in **Amodu Tijani supra** at p. 407 speaking of the 1861 treaty of cession by which King Docemo of Lagos ceded to the British Crown the port and island of Lagos with all the rights, profits, territories and appurtenances thereto:

"No doubt there was a cession to the British Crown, along with sovereignty, of the radical or ultimate title to the land, in the new colony, but this cession appears to have been made on the footing that the rights of property of the inhabitants were to be fully respected. This principle is a usual one under British policy and law when such occupations take place ... A mere change in sovereignty is not to be presumed as meant to disturb rights of private owners and the general terms of a cession are prima facie to be construed accordingly."(Emphasis added).

83. Importantly also, as to the effect of Crown grants which were first introduced in Belize by the Crown Lands Ordinance 1872, Viscount Haldane stated in **Amodu Tijani** at pp. 407 – 408: *"The introduction of the system of Crown grants which was made subsequently must be regarded as having been brought about mainly, if not exclusively, for conveyancing purposes, and not with a view to altering substantive titles already existing."*

84. In my respectful opinion, this principle is equally applicable to the Crown's rights in the then British Honduras flowing from the treaties with Spain and later Guatemala. I am of the view therefore that regardless of when territorial sovereignty was established over Belize, on the authorities, that legal and historical fact did not by itself, ordinarily, without more, extinguish preexisting rights or to interest in land that the indigenous people enjoyed.

85. Therefore, even if the 1859 treaty with Guatemala which extended the southern boundaries of British Honduras (now Belize) to the Sarstoon River, thereby incorporating Toledo District, could, at the highest, be taken to have effected a cession, it could not have operated so as to have overridden the preexisting rights and

interests of the Maya people of southern Belize in their land.

86. I find as well that the introduction of grants of lands by the various Crown Lands Ordinances, culminating in the National Lands Act – Chapter 191 of the Laws of Belize, R.E. 2000, did not operate so as to extinguish the preexisting Maya people's interests in and rights to their land. I conclude therefore that neither the several Crown Lands Ordinances nor the succeeding National Lands Act 1992, expressly or by implication overrode or extinguished the already existing Maya people's rights and interests in their lands. As Lord Denning stated in **Adeyinka Oyekan and others v Musendiku Adele (1957) 1 WLR 876** at p. 880:

"The courts will assume that the British Crown (and I may add in the context of this case, the Government of Belize no less), intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected. Whilst therefore, the British Crown, as sovereign, can make laws enabling it compulsorily to acquire land for public purposes, it will see that proper compensation is awarded to everyone of the inhabitants who has by native law an interest in it: and the courts will declare the inhabitants entitled to compensation according to their interests ..."

87. Finally on the question of the status and force of preexisting rights to and interests in land on the change of territorial sovereignty, I find, with respect, the decision of the Privy Council in **Attorney General of British Honduras (1880) 6 App. Cas. 143**, instructive in the circumstances of this case. The facts briefly were that Mr. James Grant, one of the settlers in the British Honduras settlement had acquired property called "Grant's Work" by "location" pursuant to "Burnaby's Code", which contained, among other things, rules regulating the allocation of plots of land among the settlers which came to acquire the name of "locations". In 1777, Mr. Grant made a will bequeathing this property to his manumitted slaves. The will was duly probated and the devisees of Mr. Grant went into possession. The last of the surviving devisees, Mary Grant, who had married and moved from "Grant's Work" located in Corozal to Sittee to live with her husband, sold "Grant's Work" in 1870, first to Mr. Bristowe, who in turn in 1878 resold it to the second respondent, Hunter. The appellant, the Attorney General for British Honduras, then brought an action for trespass against the respondents and claimed the property in the name of the Crown pursuant to the Crown Lands Ordinance of 1872. The Privy Council decided that Mr. Grant's devisees had passed on valid title to the respondents unaffected by the Crown's assumption of territorial sovereignty in 1817 over the territory which it had even before the formal declaration of the territory's colonial status in 1862. This was so, the Board reasoned, because "... in the interval which elapsed between the retirement of the Spaniards in 1798 (as their lordships euphemistically chose to describe the

routing of the Spanish at the Battle of St. George's Caye of that year!), and the assumption of territorial sovereignty by the British Crown, full possession of the land had been taken by the devisees, and that such possession had been continued by them and their assigns ...". Although the customary land tenure in issue in that case was that of the white settlers based on Burnaby's Code, it was evident that this was not displaced or extinguished either on the assumption by the Crown of territorial sovereignty over the territory, certainly by and after 1798 or by the formal declaration of the territory as a Crown colony in 1862 and the promulgation of the Crown Lands Ordinance in 1872. Such laws relating to possession of land were in fact expressly continued in force by section 62 of this Ordinance.

88. By the same token, therefore, I think it is eminently fair and logical to hold that, notwithstanding or despite the extension of the southern borders of the territory by the 1859 Treaty with Guatemala and the extension or assumption of the Crown's territorial sovereignty thereto, the preexisting rights of the indigenous Maya to their rights to and interests in their lands, were and remain, in my view, unaffected and continued in force.

89. I accordingly find the defendants' argument that the claimants' rights to and interests in their lands have been extinguished, to be unavailing in the light and circumstances of this case. Extinguishment or rights to or interests in land is not to be lightly inferred. There must, I think, be clear and plain legislative intent and action to effect it. I can find no evidence of this in this case, as I can find no authority for this in any of the several Crown Lands Ordinances put before me in this case. In fact, in section 62 of the Crown Lands Ordinance 1872, the first in a series of Crown Lands Ordinance in the colony of British Honduras until the enactment of the National Lands Act in 1992, it was expressly provided that "All existing laws relating to the possession of lands within the colony and to their survey, are continued in force in so far only as they may not be inconsistent with or repugnant to the provisions of this Ordinance." Surely this could not be taken to exclude Maya customary land tenure, which from the evidence had been existing in the territory even before contact with Europeans. And I can find nothing in Maya customary land tenure that could be said to be inconsistent with or repugnant to the Crown Lands Ordinance. So it is difficult to hold that this system of law relating to the possession of land had been extinguished: more clear and direct intention to do so would have been necessary. This rationale perhaps would support the judgments of both Chief Justice Parker of the Supreme Court of then British Honduras, and the Privy Council which vindicated the location system by which the defendant/respondent had acquired "Grant's Works" in the **Attorney General of British Honduras case supra**.

90. Again, I adopt with respect, the statement in **Mabo** of Brennan J. in his analysis of



extinguishment and indigenous title to land, when he stated, at para. 75:

"... the exercise of a power to extinguish native title must reveal a clear and plain intention to do so, whether the action be taken by the Legislature or the Executive. This requirement, which flows from the seriousness of the consequences to indigenous inhabitants of extinguishing their traditional rights and interests in land, has been repeatedly emphasized by courts dealing with the extinguishing of the native title of Indian lands in North America ..."

91. On the issue of **reservations** which has figured in the affidavits in this case, and as provided for in both the Crown Lands Acts and section 6 of the National Lands Act, I am inclined to agree with Brennan J. when he stated at para. 76:

"A fortiori, a law which reserves or authorizes the reservation of land from sale for the purpose of permitting indigenous inhabitants and their descendants to enjoy their native title works no extinguishment."

92. It is for all these reasons that I find and hold that the acquisition of territorial sovereignty by the defendants, as the Government of Belize, the linear successor to the Crown, and the system of reservation introduced over some parts of the land, by the Crown Lands Ordinances and the National Lands Act, did not extinguish the claimants' right to and interests in the land of the indigenes. The defendants became vested with the radical or ultimate title to the land as it no doubt possesses over all lands in Belize, when territorial sovereignty vested in first the Crown and then the Government of Belize, but this title is burdened by the preexisting rights to and interest of the claimants in the land, and these survived the defendants' acquisition of sovereignty, as a mere change of sovereignty is not to be presumed as meant to disturb rights of private owners. The preferable rule as Brennan J stated in **Mabo supra** at para. 61, a view in which I respectfully concur, is that a mere change in sovereignty does not extinguish native title to land. That is, the rights and interests of the indigenous inhabitants in the land before acquisition or change of sovereignty.

93. I therefore conclude that the villagers of Conejo and Santa Cruz, as part of the indigenous Maya people of Toledo District, have interests in land based on Maya customary land tenure that still survive and are extant.

94. The Constitutional implications of the claimants' interests in land based on Maya customary land tenure

I now turn to a consideration of the Constitutional

implications of the recognition that the claimants have interests in land based on Maya customary land tenure. These form the third issue agreed upon by the parties in this case. They have, however, subdivided this issue into four subheads, all touching and concerning the Constitution of Belize, in particular certain of its provisions dealing with the protection of fundamental human rights in its Part II.

95. I should at the outset state that under the constitutional law of Belize, the legality and hence the validity of an exercise of a sovereign power or any power in the public law domain, depends on the authority vested in the organ of government purporting to exercise it. The Constitution of Belize, declared by its section 2 to be the supreme law, determines the scope of authority to exercise any power over matters governed by municipal law including rights and interests in land – **Mabo supra** at para. 73.

96. (a) Do the interests of the claimants in lands based on Maya customary land tenure constitute "property" protected by sections 3(d) and 17 of the Constitution?

The starting point here, I think, is the preamble of the Belize Constitution which by an amendment introduced by Act No. 2 of 2001, now makes explicit reference to the collective group to which the claimants undoubtedly belong, namely, the **indigenous peoples of Belize**. The preamble states, among other things:

"WHEREAS the people of Belize ... (a) affirm that the Nation of Belize shall be founded upon principles which acknowledge ... faith in human rights and fundamental freedoms ... and the equal and inalienable rights with which all members of the human family are endowed ... (e) require policies of state which protect ... the identity, dignity and social and cultural values of Belizeans, including Belize's indigenous peoples ... with respect for international law and treaty obligations in the dealings among nations." (Emphasis added).

97. The Constitution's normative prescription regarding property are contained in sections 3(d) and 17. Section 3(d) provides:

"(d) protection from arbitrary deprivation of property."

And section 17 provides:

"17.(1) No property of any description shall be compulsorily taken possession of and no interest in or right over property of any description shall be compulsorily acquired except by or under a law that –

(a) prescribes the principles on which and the manner in which reasonable compensation therefore is to be determined and given within a

reasonable time, and

(b) secures to any person claiming an interest in or right over the property a right of access to the courts for the purpose of – "(Emphasis added)

And subsection (2) contains exceptions to the taking of property, under any law that might not offend the constitution's proscription on compulsory acquisition of property. None of this is applicable in this case.

98. Although there is no definition of what is "property" in the Constitution even after providing for its protection, a useful definition is however appropriately provided in section 2 of the Law of Property Act – Chapter 190 of Laws of Belize 2000, Revised Edition. This is along the lines that "property includes any thing in action and **any interest in real and personal property.**" (Emphasis added)

99. In the light of the conclusions I have reached in this case regarding the first and second issues agreed by the parties for the determination of this case, I am of the considered view that the interests of the claimants in land based on Maya customary land tenure are clearly deserving of the protection afforded by the Belize Constitution to property. That is to say, these rights and interest of the claimants according to Maya customary land tenure constitute under the Constitution "property" and should be so readily cognizable.

100. I am fortified in this conclusion by the finding in the Report of the InterAmerican Commission in the **Maya Communities case supra** when in considering the applicants' case in the light of the provisions of Article XXIII of the American Declaration on the Rights and Duties of Man, which is an integral part of the Charter of the Organization of American States of which Belize is a member. This Article provides in a not dissimilar fashion like the Belize Constitution, for the protection of property. The Commission stated in paras. 127 and 131 of its Report:

"(T)he Mopan and Ke'kchi Maya people have demonstrated a communal property right to the lands that they currently inhabit in the Toledo District. These rights have arisen from the longstanding use and occupancy of the territory by the Maya people, which ... predated European colonization and have extended to the use of the land and its resources for purposes relating to the physical and cultural survival of the Maya communities ... this communal property right of the Maya people is the subject of protection under Article XXIII of the American Declaration..." (Emphasis added).

101. Even though ascertaining the nature and incidents of indigenous title may not be easy, and as Viscount Haldane admonished in **Amodu Tijani supra**, the urge to characterize it along the

familiar English law concepts should be held in check, indigenous title or interests have their origins in and are given their contents by the traditional law acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of indigenous title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs – **Mabosupra** at para. 64. Indigenous title is now correctly regarded as **sui generis – Delgamuukw v British Columbia(1997) 3 SCR 1010**. It is now also accepted that indigenous title extends to all rights of indigenous inhabitants in land, whether community, group or individual, possessed under traditional laws and customs: see generally **The Reception of England Law Abroad**, B. H. McPherson (2007 Supreme Court of Queensland publication) at pp. 50 – 58 and cases there cited.

102. I therefore conclude that the claimants' rights and interests in lands based on Maya customary land tenure are not outwith the protection afforded by the Belize Constitution, but rather, constitute "property" within the meaning and protection afforded to property generally, especial here of the real type, touching and concerning land "communitarian property", perhaps, but property nonetheless, protected by the Constitution's prescriptions regarding this institution in its protective catalogue of fundamental human rights – see generally **Property and the Constitution**, edited by Janet McLean (Hart Publishing (1999)), especially Chapter 4 at pp. 81 – 82. Moreover, adopting the guidelines of the Privy Council in **The Queen v Reyes (2002) A.C.** that a generous and purpose interpretation is to be given to constitutional provisions protecting humans and that a court is required to consider the substance of the fundamental right at issue and ensure contemporary protection of that right in the light of evolving standards of decency that mark the progress of a mature society, I have no doubt that the claimants' rights to and interests in their lands in accordance with Maya customary land tenure, form a kind or species of property that is deserving of the protection the Belize Constitution accords to property in general. There is no doubt this form of property, from the evidence, nurtures and sustains the claimants and their very way of life and existence.

103. (b) Do the Government's acts and omissions violate the claimants' rights to property in sections 3(d) and 17 of the Belize Constitution?

This issue relates to a broadgauged complaint by the claimants against the defendants. They claim that the Government of Belize violates their property rights by failing effectively to recognize their customary land tenure or to secure their communal lands, by issuing to third parties (presumably nonMaya) concessions to extract natural resources from their villages, and by purporting or threatening to grant property rights within these lands that are not consistent with Maya customary land tenure. The claimants say that these actions



and omissions by the Government of Belize are part of a broad pattern of complete disregard for Maya customary property rights throughout the Toledo District.

104. The claimants complain as well that instead of extending legal and administrative protection to their property rights, government officials have told them and other residents in their villages that they have no secure rights in their lands unless they obtain government issued lease to those lands. The claimants further complain that the government (the defendants) has also issued a concession to conduct oil exploration over the whole of Toledo District to US Capitol Energy Ltd. and that seismic testing and oil exploration has begun within Conejo Village and neighbouring village lands without adequately consulting the affected Maya communities and they claim that this is in disregard of the Petroleum Act.

105. The claimants further complain that despite the TenPoint Agreement of October 2000 in which among other things, there was acknowledgment by the Government of Belize of Maya rights to land and resources, the defendants have behaved as if Maya customary property rights do not exist and that even in the Defence in this case, the defendants argue that the Maya people have no customary land rights.

106. The claimants filed several affidavits in which they aver these several acts and omissions by the defendants which they claim violate their right to property as protected by the Belize Constitution – see first joint affidavit of Gregorio Choc and others at paras. 7 – 8, 12, 18, 32 – 43, paras. 17, 18 – 22 of Manuel Coy's first affidavit, paras. 19 and 31 of Manuel Caal's first affidavit, paras. 53 – 58, and 7.6 of the first and second affidavits respectively of Elizabeth Grandia, paras. 5 and 7 of Andre Cho's first affidavit, paras. 71 – 75 of Richard Wilk's second affidavit and the first affidavit of John Makin, paras.

107. I am satisfied that the claimants have put a plethora of evidence before this Court attesting to the nonobservance or disregard by the defendants of the claimants' rights to and interests in their property. That these rights and interests in their property are anchored in Maya customary land tenure system, does not in my view, make them any less deserving of the Constitution's protection afforded to other forms or species of property. As Brennan J. observed with respect correctly, in my view, in **Mabosupra** at para. 69:

"... where an indigenous people (including a clan or group) as a community, are in possession of land under a proprietary native title, their possession may be protected or their entitlement to possession may be enforced by a representative action brought on behalf of the people or by a subgroup or individual who sues to protect or enforce rights or

interests which are dependent on the communal native title ... A communal native title enures for the benefit of the community as a whole and for the subgroups and individuals within it who have particular rights and interests in the community lands."

108. Moreover, I cannot help but note that despite the explicit recognition of the property rights of the Maya people in their traditional lands in the TenPoint Agreement of 2000 in its **clause 6**, the defendants have not taken any meaningful steps, according to the evidence, to delimit, demarcate or otherwise establish the necessary framework to clarify and protect the lands on which these rights exist. And this is so despite the efforts of the villagers of Conejo in 2005 to have a map of their village and its boundaries affirmed. They later presented this map to the Prime Minister, but nothing has happened.

109. I have given anxious consideration as well to this aspect of the claimants' claim. I am satisfied that on the evidence, the acts and omissions of the defendants regarding the claimants' rights to and interests in their lands, do not accord with the protective regime of the constitution regarding property. Yes, the Constitution's protection of property is to clad a protective shield against any **arbitrary deprivation** around that property (section 3(d) and to insulate that property from any compulsory taking or the compulsory acquisition of any interest in that property, save and except under a law that provides for reasonable compensation to be determined and given within a reasonable time, and secures access to the courts to the person affected to establish his interests, and to determine whether the taking of possession or acquisition of interest was for a public purpose, and to determine the amount of compensation to which the person affected may be entitled and to enforce the right to such compensation (section 17).

110. Although the evidence discloses substantial impairment and infringement of the claimants' rights to and interests in their lands by the nonobservance of these rights and interests. I am not however, satisfied that this impairment reaches the level of arbitrary deprivation or compulsory acquisition of the kind contemplated and provided for by the Constitution. But the impairment nonetheless violates the protection the Constitution affords to property in that they have granted concessions to third parties to utilize the property and resources located on lands belonging to the claimants.

111. (c) Do the defendants' acts and omissions violate the claimants' right to equality guaranteed by sections 3 and 16 of the Constitution?

The claimants say that the acts and omissions deposed to in the several affidavits filed in this case and attributable to the defendants (see paras. 103

106 above) are, as well, violative of their right to equality guaranteed by sections 3 and 16 of the Constitution. This complaint is premised on the failure by the defendants to provide legal protection to their Maya customary land tenure.

112. Section 3 of the Belize Constitution guarantees fundamental rights and freedoms to "every person in Belize ... whatever his race", and section 16 provides that "no law shall make any provision that is discriminatory either of itself or in its effect and no person shall be treated in a discriminatory manner by any person or authority." Treatment is discriminatory in the sight of the Constitution "when it afford(s) different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective description by ... race ... (or) place or origin ...whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description" – section 16(3) of the Constitution.

113. Whether any treatment is in fact discriminatory is a matter for appreciation in the light of the circumstances of the particular case. In some instances, the discriminatory treatment would be so selfevident that it is easily perceivable as such. On the facts of this case I am satisfied that the treatment accorded to the claimants' rights and interests in their land, in particular the defendants' failure to provide them with the necessary mechanism or protection necessary to exercise their rights to property fully and equally with other Belizeans is, in my view, discriminatory and does not accord with the right to equality guaranteed by sections 3 and 16 of the Belize Constitution. I find that this discriminatory treatment stems largely from the fact that the claimants are Maya and practice the customary land tenure system of their people. The failure of the defendants to recognize and validate this system falls short of the Constitution's guarantee of equality and nondiscrimination and is not justifiable under any of the exceptions contained in subsections (6), (7) and (8) of section 16.

114. I agree with the submission of the claimants that because of their communal aspect and unique source, Maya customary rights to lands and resources are by nature, different from the type of property rights routinely respected by government offices and ministries. Therefore, by failing to accommodate this difference by, for example, treating individualized leases as an adequate substitute for a Maya farmer's customary interest in his village lands (as deposed to in several affidavits), and by treating lands used collectively by Conejo and Santa Cruz Villages as vacant national lands, government officials, as agents of the defendants, are acting discriminatorily against the claimants.

115. (d) Do the defendants' acts and omissions

violate the claimants' right to life, liberty, security of the person and the protection of the law guaranteed under sections 3(a) and 4 of the Constitution?

The Constitution of Belize guarantees in section 3(a) that "every person in Belize is entitled to ... life, liberty, security of the person, and the protection of the law" and in section 4 that "A person shall not be deprived of his life intentionally ..."

116. From the evidence in this case, it is evident that the Maya claimants rely on agriculture, hunting, fishing and gathering for their physical survival. It is also clear that the land they traditionally use and occupy plays a central role in their physical, cultural and spiritual existence and vitality. The claimants have complained as well in these proceedings that the actions and omissions of the defendants by disregarding their rights to and interests in their traditional lands violate the security of their being and deny them the protection of the law.

117. I am inclined to agree with the claimants in this respect because, without the legal protection of their rights to and interests in their customary land, the enjoyment of their right to life and their very lifestyle and wellbeing would be seriously compromised and be in jeopardy. This, I find, will not be in conformity with the Constitution's guarantees.

118. International law obligations of the defendants regarding the claimants

I cannot part with this judgment without adverting to some of the obligations of the defendants, as representing the State of Belize, in international law. Of course, these are domestic proceedings, but undoubtedly in the light of the issues raised they engage in my view, some of the obligations of the State in international law. I find that some of these obligations resonate with certain provisions of the Belize Constitution itself which I have adverted to earlier.

119. The claimants in the arguments and submissions of their learned attorney, adverted to some of these obligations. Belize, of course, is a member of the international community and has subscribed to commitments in some international humanitarian treaties that impact on this case. A part of this commitment is to recognize and protect indigenous people's rights to land resources. The claimants in these proceedings are members of the Maya community, an indigenous group that has lived in Belize since time immemorial.

120. Treaty obligations

In contemporary international law, the right to property is regarded as including the rights of indigenous peoples to their traditional lands and natural resources. Belize is a party to several international treaties such as the **International**

Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 999 U.N.T.S. 171, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), 660 UNTS 195, and The Charter of the Organization of American States (OAS) 119 UNTS 3, all of which have been interpreted as requiring states to respect the rights of indigenous peoples over their land and resources.

121. For example, in the **case of Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua 79 Inter-Am. Ct.H.R. (Ser C) (2001)** that Court held that:

"Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory, the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations" at para. 149.

122. In the **Maya Indigenous Communities case supra**, before the InterAmerican Commission on Human Rights (an organ of the Organization of American States of which Belize is a member) found that the rights to property protected by the OAS Charter through Article XXIII of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, *"are not limited to those property interests that are already recognized by States or that are defined by domestic law, but rather that the right to property has an autonomous meaning in international human rights law. In this sense, the jurisprudence of the system had acknowledged that the property rights of indigenous peoples are not defined exclusively by entitlements within a state's formal regime, but also include that indigenous communal property that arises from and is grounded in indigenous custom and tradition"* at para. 171.

123. As a party to CERD, I believe it cannot seriously be argued that Belize is under an obligation to recognize and protect the claimants' Maya customary land tenure rights, as an indigenous group. The United Nations Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (which is mandated to monitor states' compliance with CERD) has confirmed that the failure of states to recognize and respect indigenous customary land tenure is a form of racial discrimination that is not compatible with CERD. The Committee therefore in 1997, issued a

call upon states:

"to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use communal lands, territories and resources and where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return these lands and territories."
General Recommendation XXIII: Rights of Indigenous Peoples para. 5 UN Doc A/52/18 Annex V. (Aug. 18, 1997).

124. The Committee in a letter dated 9th March 2007 to the defendants through Belize's Ambassador to the United Nations stated that it *"is preoccupied by reports regarding privatization and leasing of land without the prior consultation or consent of the Maya people, as well as the granting of concessions for oil development, logging and the production of hydroelectricity."* (Correspondence from Chairperson of CERD to Belize's Permanent Representative to the UN).

125. In my view, given Belize's commitment under CERD, the defendants should take this communication seriously and respond accordingly.

126. These considerations, engaging as they do Belize's international obligation towards indigenous peoples, therefore weighed heavily with me in this case in interpreting the fundamental human rights provisions of the Constitution agitated by the cluster of issues raised, particularly, the rights to property, life, security of the person, the protection of the law and the right not to be discriminated against. I draw particular support and inspiration from the preamble of the Belize Constitution which requires policies of the state to *"protect the identity, dignity and social and cultural values of Belizeans ... including Belize's indigenous peoples."*

127. Belize's obligations under customary international law and general principles of international law

Treaty obligations aside, it is my considered view that both customary international law and general principles of international law would require that Belize respect the rights of its indigenous people to their lands and resources. Both are, including treaties, the principal sources of international law: see Article 38 of the International Court of Justice. Customary international law evolves from the practice of States in matters of international concern and "general principles" are those commonly accepted by States and reflected in their international relations or domestic legal systems – See Ian Brownlie, **Principles of Public International Law (6th Ed.)** pp. 15 – 19. It is the position that both customary international law and the general principles of international law are separate and apart from treaty obligations, binding

on States as well.

128. Both sources of international law are discernible from international instruments, reports and decisions by authoritative international bodies, such as UN Commissions/Committees and those of regional human rights commissions and courts, states assertions and communications at the international and national levels and the actions of states internationally and domestically – see generally S. James Anaya, **Indigenous Peoples in International Law** (Oxford Univ. 2nd ed. 2004) pp. 16 – 26.

129. In the **Mary and Carrie Dann v United States**, Case 11.40, Report No. 75/02 of the InterAmerican Commission of Human Rights dated 27th December 2002, a case concerning claims by members of the Western Shoshone indigenous people to lands in the State of Nevada, U.S.A., the Commission stated that the general international legal principles in the context of indigenous human rights include the following:

* *“the right to indigenous peoples to legal recognition of their varied and specific forms and modalities of their control, ownership, use and enjoyment of territories and property”*,

* *“the recognition of their property and ownership rights with respect to lands, territories and resources that they have historically occupied, and*

* *“where property and user rights of indigenous peoples arise from rights existing prior to the creation of a state, recognition by that state of the permanent and inalienable title of indigenous peoples relative thereto and recognition that such title may only be changed by mutual consent between the state and respective indigenous peoples when they have full knowledge and appreciation of the nature or attributes of such property. This also implies the right to fair compensation in the event that such property and user rights are irrevocably lost”* at para. 130.

130. Moreover, although Belize has yet to ratify Convention No. 169 of the International Labour Organization concerning **Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries** (ILO No. 169) of 7th June 1989, it is not in doubt that Article 14 of this instrument contains provisions concerning indigenous peoples right to land that resonate with the general principles of international law regarding indigenous peoples.

131. Also, importantly in this regard is the recent **Declaration on the Rights of Indigenous Peoples** adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 September 2007. Of course, unlike resolutions of the Security Council, General Assembly resolutions are not ordinarily binding on member states. But where these resolutions or Declarations contain principles of general international law, states are not expected to

disregard them. This Declaration – GA Res 61/295, was adopted by an overwhelming number of 143 states in favour with only four States against with eleven abstentions. It is of some signal importance, in my view, that Belize voted in favour of this Declaration. And I find its **Article 26** of especial resonance and relevance in the context of this case, reflecting, as I think it does, the growing consensus and the general principles of international law on indigenous peoples and their lands and resources. **Article 26** states:

“Article 26

1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.

2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.

3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.”

132. I am therefore, of the view that this Declaration, embodying as it does, general principles of international law relating to indigenous peoples and their lands and resources, is of such force that the defendants, representing the Government of Belize, will not disregard it. Belize, it should be remembered, voted for it. In **Article 42** of the Declaration, the United Nations, its bodies and specialized agencies including at the country level, and **states**, are enjoined to promote respect for and full application of the Declaration’s provision and to follow up its effectiveness.

133. I therefore venture to think that the defendants would be unwilling, or even loath to take any action that would detract from the provisions of this Declaration importing as it does, in my view, significant obligations for the State of Belize in so far as the indigenous Maya rights to their land and resources are concerned. Finally, **Article 46** of the Declaration requires that its provisions shall be interpreted in accordance with the principles of justice, democracy, respect for human rights, equality, nondiscrimination, good governance and good faith.

134. I conclude therefore, that the defendants are bound, in both domestic law in virtue of the Constitutional provisions that have been canvassed in this case, and international law, arising from Belize’s obligation thereunder, to respect the rights to and interests of the claimants as members of the indigenous Maya community, to their lands and resources which are the subject of this case.

135. Conclusion



resources use, and

Although from my analysis of the claim relating to the deprivation of property and or it compulsory taking or acquisition, I am unable to so find in relation to the claimants' property in their lands, the impairment caused thereto however by the defendants by issuing permits to explore and exploit resources thereon are, in my view, of such significance that it is meet and proper to enjoin the defendants from so doing without adequate consultation and agreement with the claimants. This will be reflected in my order.

iv. issuing any concessions for resource exploitation and harvesting, including concessions, permits or contracts authorizing logging, prospecting or exploration, mining or similar activity under the Forest Act, the Mines and Minerals Act, the Petroleum Act, or any other Act.

A. O. CONTEH
Chief Justice
DATED: 18 th October 2007.

136. Accordingly, I order and grant as follows:

a) A declaration that the claimants Villages of Santa Cruz and Conejo and their members hold, respectively, collective and individual rights in the lands and resources that they have used and occupied according to Maya customary practices and that these rights constitute "property" within the meaning of sections 3(d) and 17 of the Belize Constitution.

b) A declaration that the Maya Villages of Santa Cruz and Conejo hold collective title to the lands their members have traditionally used and occupied within the boundaries established through Maya customary practices, and that this collective title includes the derivative individual rights and interests of Village members which are in accordance with and subject to Santa Cruz and Conejo and Maya customary law.

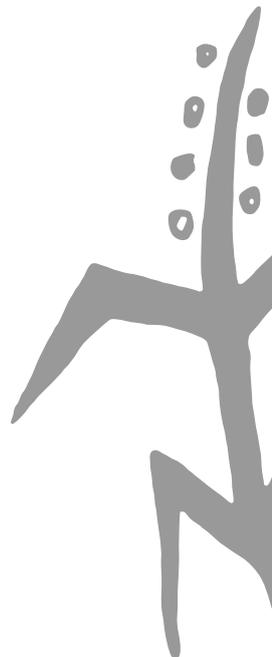
c) An order that the government determine, demarcate and provide official documentation of Santa Cruz's and Conejo's title and rights in accordance with Maya customary law and practices, without prejudice to the rights of neighboring Villages.

d) An order that the defendants cease and abstain from any acts that might lead the agents of the government itself, or third parties acting with its acquiescence or its tolerance, to affect the existence, value, use or enjoyment of the property located in the geographic area occupied and used by the Maya people of Santa Cruz and Conejo unless such acts are pursuant to their informed consent and in compliance with the safeguards of the Belize Constitution. This order include, but not be limited to, directing the government to abstain from:

i. issuing any lease or grants to lands or resources under the National Lands Act or any other Act,

ii. registering any such interest in land,

iii. issuing any regulations concerning land or



Judgment T-129 of 2011 of the Colombian Constitutional Court

Judgment T*129 of 2011 of the Colombian Constitutional Court Carlos Zapata

Judgement T*129 of 2011 is the most comprehensive guidelineso far given in the Colombian legal system of *what prior consultation should be*. When defining the integral elements of the right to consultation and, specifically, when referring to the importance of obtaining free, prior and informed consent before any intervention in ethnic territories and the communities' right to benefit sharing, the Constitutional Court applies a systematic interpretation of ILO Convention 169, also referring to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights. Thus, the Court introduced recent developments in international human rights law into the Colombian constitutional jurisprudence. In view of the above, the judgement can make a significant contribution to the recognition of the collective rights of indigenous peoples in the Americas, incorporating UNDRIP as a legally sound basis in the reasonings on indigenous peoples' rights.

Prior consultation and its development in the Colombian constitutional jurisprudence:

Since 1992 the Colombian Constitutional Court has developed a jurisprudential line in which prior consultation is recognized as a fundamental right of all indigenous peoples. This recognition is formally established in Article 4 of the political Constitution of 1991, which establishes the hierarchical superiority of the Constitution in the domestic order,¹ and in Article 93 of the same norm, which raises human rights treaties and conventions signed by the State to the same hierarchical level as the Constitution.² In 1991 the Congress of the Republic ratified ILO Convention 169 on indigenous and tribal peoples in independent countries through Law 21. Therefore, since that year, the constitutional jurisprudence recognizes Convention 169 and its provisions on matters of indigenous peoples' individual and collective rights as a norm constituting the *Block of constitutionality*.

The Colombian Constitutional Court has protected the right to prior consultation in two kinds of judgments. First, through its power to revise judgments on protection actions ruled in double instance. It bears mentioning that ethnic groups are the only ones that have been

1 Article 4: "The Constitution is norm of norms. In any incompatibility case between the Constitution and the law or other legal norm, the constitutional provisions will be applied".

2 Article 93: International treaties and conventions ratified by Congress, which recognize human rights and which prohibit their limitations, prevail in the domestic order. Rights and duties established in this Constitution shall be interpreted in the light of international human rights treaties ratified by Colombia.

jurisprudentially recognized with the capability to lodge a protection action as a collective subject. The protection action (or action or writ of *amparo*, as known in other countries) is actually a mechanism devoted to the protection of fundamental individual rights. Constitutional jurisprudence in the matter of prior consultation related to natural resources exploitation that has an impact on indigenous peoples' ancestral territories is broad. Especially relevant are judgments: **T*428/92, SU*039/97, T*652/98, T*634/99, SU*383/03, T*955/03, T*737/05, T*880/06, T*154/09 and T*769/09.**

The second protection mechanism is the abstract constitutional control of laws. The Constitutional Court has declared several laws totally or partially unconstitutional, stating that the executive branch and the legislature had omitted the prior consultation process on norms that would affect ethnic communities. In this regards, the following judgments can be reviewed: **C*418/02, C*891/02, C*208/07, C*921/07, C*030/08, C*227/08, C*461/08, C*615/09 and C*175/09, C*620 de 2003, C*461 de 2008, C*030 de 2008 and C*175 of 2009.** Recently, Judgment **T*909 of 2009** referred to the right to collective titling, amongst others. The wide number of judgments referring to the protection of the right to consultation through constitutionality control is directly related to the fact that the executive branch and the legislature have a very restricted understanding of consultation as a fundamental right. For these two branches consultation is a simple administrative process which, when regarding the exploitation of a territory, must be carried out as a requirement for the issuance of an environmental license. Prior consultation is regulated on Executive Order 1320 of 1998. This norm is still in force even though the Commission of Experts of the ILO and the Colombian Constitutional Court have stressed how far apart its precepts are from those of Convention 169. Additionally, legislative and administrative practice contradicts the right to *free, prior and informed consent* as stated in the United Nations Declaration on rights of indigenous peoples, proclaimed by the United Nations General Assembly on September 2007.

Despite significant jurisprudential improvement, legal gaps regarding prior consultation are still apparent. Constitutional jurisprudence has recognized prior consultation as a fundamental right, but it has fallen short at the time of defining the minimum integral elements shaping the right's effective fulfillment. This feeds the violation of the right to consultation and the proliferation of flawed proceedings or proceedings in which consultation does not get to happen. Nevertheless, Judgment **T*129 of 2011** moves forward qualitatively not only defining principles and values investing the right to consultation, but also pointing at some minimal proceedings for consultation processes to actually be participatory, democratic and respectful with the indigenous communities' will. This judgment is perhaps the main compendium of the constitutional jurisprudence on the matter and moves forward considerably on elements that distinguish the right to prior consultation from a simple administrative process, adding procedural elements that conform theright. It defines the State's founding obligations, the spirit of intercultural dialogue, timeframes and the negotiated construction and open ended aspects that make consultation a permanent process of recognition of the material equality between two different cultures with values that, sometimes, are far apart.



This is a summary of the Colombian State understanding of prior consultation.

The case presented in Judgment T*129 of 2011

Facts leading to Judgment T*129 of 2011 take place in the municipality of Acandí, located in the department of Chocó, in the border between Colombia and Panama. Representatives of the Chidima Tolo and Pescadito communities lodged the protection action. Both communities belong to the Embera Catío ethnicity, the first one is composed of 66 people, comprised by 13 families and the second one is composed by 8 families with a total of 49 people. According to the petitioners, both territories were titled as reservations by resolutions 005 and 007 of 2001 of the Colombian Institute for the Agrarian Reform (INCORA by its acronym in Spanish)³. Despite both communities belonging to the same ethnic group and being located very close to each other, INCORA did not title one continuous plot of land, which has allowed the possession to be disturbed.

The communities turn to the protection action because they consider that their rights to prior consultation, to participation, to collective property, to not be displaced, to due process, to the recognition of the ethnic and cultural diversity of the Nation, to life and to survival as an indigenous people have been violated. In their view, this situation takes place because the territory has become strategic for national development projects and exchange plans with Panama and Central America. The aggressions can be summarized as: **(i)** works pertaining a highway that would cut across the reservations; **(ii)** an electric interconnection project between Colombia and Panama; **(iii)** administrative processes regarding a mining concession for gold exploitation; and **(iv)** the unlawful invasion of the territory, as well as the danger of displacement, stemming from the economic expectations over the works and projects. The Superior Court of Quidbó, in first instance, and the Civil Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice denied the protection action lodged against different institutions involved in these matters.

State's founding principles stated by Judgment T*129/11

In this Judgment, the Constitutional Court ratifies prior consultation as a fundamental right for the integral protection of the country's ethnic communities. From this perspective, it questions the vision of prior consultation as a simple administrative process, considering it as a mechanism of vital importance for the protection of principles and assets essential for the State. Prior consultation remains subject to superior constitutional principles, which under the Court's consideration are constitutive of the Colombian pluri-ethnic and multicultural nation. In other words, the nation State is only conceivable with the decent survival of all ethnic groups making up that diversity (Article 7 of the Political Constitution). The State would no longer be what it is if one of its 102 peoples⁴ disappears. This is a key recognition considering that nowadays there are almost 18 peoples at the edge of extinction.

The Court establishes as an imperative criterion for prior consultation processes the *pro homine* principle, this is "the imposition of that interpretation which encourages respect for human dignity and, consequently, promotes the protection and guarantee of the human

³ Currently, ceased to function by itself and merged with the Colombian Institute for Rural Development.

⁴ Number recognized by the National Indigenous Organization of Colombia (ONIC by its acronym in Spanish).

rights and the fundamental rights observed by the Constitution". This is possible due to the fact that articles 1 and 2 establish human dignity as the basis for a social and democratic State based on the rule of law, which is the main goal of the Colombian nation.

Prior consultation does not only play a key role in the protection of ethnic diversity, the recognition of special rights for indigenous peoples and the preservation of autonomy and integrity of their territories. In the Court's view, consultation is also a mechanism that helps protect the cultural and natural wealth of all citizens of the State. In this sense, the Court upholds the jurisprudential line that defines what has been named as *the ecological constitution and the cultural constitution*. In regards to the first one, the Court questions the anthropocentric conception of nature and urges for the protection of life. It acknowledges indigenous peoples' special understanding of sustainable life and, consequently, the importance of prior consultation for issuing licenses and environmental management plans. *The cultural constitution* means that the Constitution protects the cultural patrimony of the Nation as a necessary dialogue between past and future generations. This imposes protection obligations to authorities as well as individuals. The court establishes one presumption: it is very likely that, where there are indigenous communities' settlements, there is also some archaeological patrimony of the Nation. Therefore, when analyzing exploitation or infrastructure projects, in addition to prior consultation and an environmental management plan, there must be an archaeological management plan, based on a preventive archaeology program. No work or project can be developed without these requirements.

Moreover, Judgment T*29 of 2011 makes a significant contribution to the ever-present debate in development matters: In the Government and capital investment's view, the needs of small communities cannot have preference over the country's general interests of development. The Judgment gathers development notions and concepts elaborated by the main faculties of anthropology of the country and civil society organizations, which constitute valuable inputs to this discussion. On this point, the Court was emphatic: "The 'general interest' and the majority understanding of the 'development' or 'progress' brought along by works of infrastructure cannot have abstract preference when said interventions take place in indigenous or ethnic territories". The Judgment states that cultural diversity is related to cosmogonies and representations of life, which are not compatible with the dominant uses and development notions. The Judgment added that this constitutes a material limit to market conceptions in which everything is merchandise. It is in this point where the protection of the multiculturalism and pluri-ethnicity of the Nation is required.

"Thus, an essential aspect of pluralism and ethnic and cultural diversity, particular to the indigenous peoples and other ethnic communities, is recognized; aspect which cannot be at the State's *ius imperium* disposal since its preservation would become endangered and its wealth would be undermined. Wealth that precisely resides in upholding the cultural difference and the need to recognize the other... Based on what has been displayed, it is necessary that the State guarantee and encourage, in an articulated way, full and effective implementation of the ethnic communities' fundamental right to prior consultation, since



foremost, the underlying elements of consultation allow reconciliation of standings and reaching a middle point for intercultural dialogue, in which the peoples exercise their right to autonomy with their own life plans, facing the economic models based on market economy or similar ones”.

Jurisprudential requirements to implement prior consultation and seek free and informed consent of the ethnic communities.

The literal transcription of the general rules adopted by the Court is as follows. They represent a significant contribution to establishing some clear proceedings for prior consultation. Consultation is recognized as a fundamental right essential for the protection of other principles and fundamental rights.

“In summary, every kind of act, project, work, activity or initiative intended to intervene in ethnic communities’ territories, regardless the affectation level, shall respect from the beginning the following rules:⁵

(i) Prior consultation is a right of fundamental nature and the ethnic communities’ prior consultation processes shall be developed according to this guiding criterion in both, its projection and its implementation.

(ii) Adversarial or confrontation attitude during prior consultation processes is not admitted. It is a dialogue among equals within their differences.

(iii) Procedures not complying with the essential requirements of prior consultation processes are not admitted, in other words, turning prior consultation into simple administrative processes, informative meetings or related proceedings is not admitted.

(iv) It is necessary to establish effective communication relations based on the principle of good faith, in which the specific circumstances of each group and the value of its territory and resources are pondered.

(v) It is mandatory not to set a single term to bring to fruition the consultation process and the pursue of consent, but instead that such term be adopted under a differential focus strategy according to characteristics of the ethnic group and its customs. Even more so, in the project’s feasibility or planning stage and not only right before its execution.

(vi) It is mandatory to define the procedure to follow in each prior consultation process, particularly, through a pre-consultative process and/or post-consultative to be held under common agreement with the affected community and the other participating groups. That is, participation must be taken into account not only in the stage prior to the process, but subject to subsequent revisions at short, medium and long term.

(vii) It is mandatory to perform a joint effort to ponder the interests at stake and to hold subject the rights, alternatives, proposals and interests of the affected ethnic groups only to those constitutionally peremptory prescriptions.

(viii) It is mandatory to seek free, prior and informed consent. The communities shall be able to determine the less harmful alternative in those cases in which intervention: **(a)** involve transfer or displacement of the communities due to the process, work or activity; **(b)** be related to storing or dumping toxic waste products in the ethnic lands; and/or **(c)** represent a severe social, cultural and environmental impact in an ethnic community, which leads to

⁵ Regarding the content of the fundamental right to prior consultation and jurisprudential rules, it is specially recommended to review Court **Judgments C*461 of 2008 and C*175 of 2009.**

risking its existence.

(ix) Authorities' control in environmental and archaeological matters is mandatory, in the sense of not issuing licenses without the verification of prior consultation and the approval of an Archaeological Management Plan pursuant to the law, under the appropriate penalty of not being able to start any kind of work or, in those under execution, order their suspension.

(i) It is mandatory to guarantee that the benefits derived from the execution of the work or resources' exploitation are equitably shared. As well as compliance with mitigating and compensating measures for actual damages.

(ii) It is mandatory that ethnic communities have the support of the Ombudsman's Office and the Federal Attorney General's Office in the consultation and consent seeking process. Including the option of counting with the support of international organizations whose mandates are oriented towards preventing and protecting the rights of the ethnic communities of the Nation.

If the previously remarked assumptions and factors are taken into consideration, it is expected that prior consultation and participation processes involving ethnic groups fully respect the rights at stake in these cases, such as the survival and cultural integrity of ethnic peoples. However, it is necessary to take into account that carrying out prior consultation and seeking informed consent does not justify future material violations of the fundamental rights of the affected groups by an administrative proceeding or authorization by the State or private entities; circumstance in which the State or concessionaires may be liable according to domestic and international regulations".

Carlos Zapata studied Law in the University of Antioquia, Colombia, and holds a Master's Degree on Human Rights, Intercultural studies and Development from UPO* UNIA. He has been Planning and Programmes Coordinator and Legal Advisor to the Organización Indígena de Antioquia (OIA); Executive Director of Centro de Cooperación al Indígena, CECOIN; and Coordinator of the Observatory of indigenous rights and public development policies. He is currently the President of the Board of Corporación Ensayos para la promoción de la cultura política.



COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT Judgment T*129/11 – selected extracts

(...)

VI. APPLICABLE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT.

1. Jurisdiction.

(...)

2. Case presentation and setting of the legal problems.

2.1. According to the set background, in this case indigenous peoples from the Chidima*Tolo reservation in favor of the Pescadito community (both of the Embera Katío ethnicity located to the north of the Chocó), file this writ of amparo putting forward two problems that, in their view, affect their fundamental rights to prior consultation, participation, collective property and ethnical and cultural integrity.

The former is related to the projected, construction of infrastructure works and the exploitation of natural resources within part of their territories, namely: **(a)** work related to the construction of a road that would run across the reservations; **(b)** the electric power interconnection project between Colombia and Panama; and **(c)** the formalities related to a gold mining concession.

With regard to the second problem, they warn that the territorial fragmentation stemming from the way in which the reservations were recognized, has facilitated the presence of settlers that irregularly occupy their territories and exploit their natural resources causing environmental harms to areas of the reservation and adjacent ones. Additionally, they report that because of the expectations derived from the aforementioned projects and the presence of groups outside of the law, the communities are in danger of displacement, situation, which they denounce, has not been solved by the State's jurisdictional agencies.

2.2. In accordance with the set factual specifications, the Fifth Reviewing Chamber will have to solve the following legal problems **(i)** whether the actions put forth by the responding entities have ignored the constitutional rights and guarantees of the indigenous communities in regards to exhausting prior consultation for the projection of infrastructure works and the exploitation of natural resources in their territories; **(ii)** whether it becomes necessary to take measures

related to compensation against hidden defects and/or enlargement of the territories for the alleged irregular occupancy thereof; **(iii)** the Court will examine whether the community is in danger of forced displacement or not.

2.3. With the aim of solving the set legal problems, the Constitutional Court will address the issues related to: **(i)** the special constitutional protection of the ethnical and cultural diversity of the Nation, acknowledgement on indigenous matters and autonomy in their territories; **(ii)** the State's and people's duty to protect the cultural and natural wealth of the Nation; **(iii)** the stress between different visions of development and the need for protection of the cultural and natural wealth of the Nation; **(iv)** the fundamental right of ethnic communities to prior consultation in regards to works, projects and/or activities that have the potential of affecting their territories; **(v)** the importance of obtaining free, prior and informed consent with regards to interventions in ethnic territories and the communities' right to benefit* sharing; **(vi)** the jurisprudential requirements for carrying out prior consultation and seeking free and informed consent; finally, **(viii)** it will examine and solve the specific case.

3. Special constitutional protection of ethnic and cultural diversity of the Nation. Acknowledgement of indigenous matters and autonomy in their territories.

The jurisprudence of the Constitutional Court that, in various contexts, has protected the indigenous communities of the country is broad and repeated. The mentioned precedent has been built upon the fundamental principles of the Constitution provided in Article Seven, concerning protection of racial and cultural minorities, which establishes that *"the State recognizes and protects the ethnical and cultural diversity of the Colombian Nation"*.

Essential elements are drawn from that article, such as the state's recognition and protection of ethnical and racial diversity. Thus, the Constitution, based on the principles of human dignity and pluralism, recognizes a special protection status with specific rights and prerogatives for the ethnic communities so that they can be part of the Nation under their own uses and custom.

Moreover, cultural diversity is related with the representations of life and worldviews, which most of the times are not synchronized with the ruling traditions or the dominant archetypes of the political, social, economic and productive organization or even in religion, race, language, etc. This bolsters the needs for State protection on

the basis of protecting multiculturalism and minorities.

The Constitution explicitly and directly protects indigenous communities in many aspects that are projected in the work of the legislative, executive and judicial powers. Taking this into consideration, **Articles 171 and 176 of the Political Constitution** provide for an indigenous circumscription in the Senate and House of Representatives of the Congress of the Republic, from which are drawn the right to vote and the opportunity to choose and to be chosen. In the matter of justice administration, **Article 246** provides for the possibility that indigenous peoples' authorities perform jurisdictional functions within their territory, in accordance with their own rules of conduct and procedures, as long as they are not contrary to the Constitution and the laws of the Republic. In the same way, as to the executive power and the administrative autonomy, **Article 286** grants indigenous territories the status of territorial entity.

Given that the legal problems examined in this case are closely related to the use and defense of indigenous territories, the Chamber deems appropriate to emphasize the guarantees provided in **Articles 63 and 329**, which grant collective property reservations the status of non-transferable, inalienable, imprescriptible and non-attachable.

In accordance with the mentioned precepts, **Article 330** states the way in which the territory is organized and the possibility of being organized under the following parameters:

"ART. 330. -In accordance with the Constitution and the laws, councils will govern indigenous territories, councils formed and regulated according to the customs of their communities and will exercise the following functions:

1. Supervise the application of legal regulations concerning land use and settlement of their territories.
2. Design the policies and plans, and programs of economic and social development within their territory in accordance with the National Development Plan.
3. Promote public investments in their territories and supervise their appropriate implementation.
4. Collect and distribute their funds.

5. Supervise the conservation of natural resources.

6. Coordinate the programs and projects promoted by the different communities in their territory.

7. Cooperate in keep law enforcement within their territory in accordance with the instructions and provisions of the National Government.

8. Represent the territories before the National Government and other entities to which they integrate; and

9. Those stipulated by the Constitution and the law.

PARAGRAPH. * Exploitation of natural resources in indigenous territories will be done without impairing the cultural, social, and economic integrity of the indigenous communities. In all decisions adopted with respect to the said exploitation, the Government will encourage the participation of the representatives of everycommunity.

(Underline not in original text).

It is understood from the previous paragraph that besides the indigenous councils' functions, the exploitation projects to be carried out in their territories arises as the possibility of assessing if a possible intervention of any nature would create harm to the economic, social or cultural integrity of the communities. Since the constitutional duty is that exploitation or intervention is carried out "without deterioration" of their rights, and the ones who actually know better what can harm or not their people and values are the communities themselves.

Also, it is appropriate to take into account the manner in which the constitutional jurisprudence has noted the respect for the territory on indigenous matters. In **Judgment T*252 of 1998**, the Court pointed out that collective property "on indigenous territories is of utmost importance within the constitutional scheme, since it is essential for the preservation of cultures and spiritual values of the peoples, which have been within them for centuries."

As a widening measure to the guarantees observed in the Constitution, Law 21 of 1991 approved the Convention 169 of the ILO "On indigenous and tribal peoples in independent countries, adopted by the General Conference of ILO at its 76th session, Geneva 1989". In the mentioned rule, among other aspects, it was specifically pointed out that governments must previously consult the indigenous



and tribal peoples every time there are legislative or administrative planned measures susceptible to directly affect them.

Measures that in accordance to what it is provided in the Preamble of the said Convention are aligned with the evolution of international law and the changes that indigenous and tribal peoples suffer all over the world, changes to which Colombia is no exception amidst the beginning of the XXI century. Therefore, and with the aim of materializing the desires of those peoples to assume control of their own institutions and ways of life, as well as its economic, cultural, social and political development, the fundamental right of the indigenous communities to prior consultation every time administrative or regulatory measures are planned is shaped.

Thus, Convention 169 observes the right of indigenous and tribal communities to participate in decision-making that affect their territories, prerogative that also helps protect the material and immaterial national patrimony. Therefore, Articles 6 and 7 of the mentioned convention establish the following:

ART. 6 * 1. In applying the provisions of this Convention, governments shall:

a) Consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures, which may affect them directly;

b) Establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programs which concern them; and

c) Establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.

2. The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.

ART. 7 * 1. The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programs for national and regional development, which may affect them directly.

2. The improvement of the conditions of life and work and levels of health and education of the peoples concerned, with their participation and cooperation, shall be a matter of priority in plans for the overall economic development of the areas they inhabit. Special projects for development of the areas in question shall also be so designed as to promote such improvement.

3. Governments shall ensure that, whenever appropriate, studies are carried out, in cooperation with the peoples concerned, to assess the social, spiritual, cultural and environmental impact on them of planned development activities. The results of these studies shall be considered as fundamental criteria for the implementation of these activities.

4. Governments shall take measures, in cooperation with the peoples concerned, to protect and preserve the environment of the territories they inhabit."

From the cited rules it can be concluded that Convention 169 of the ILO is the instrument through which the Colombian State has committed itself with its inhabitants and the international community as the mean to guarantee the rights of the indigenous and tribal peoples of the Nation to social, economic and cultural survival against the dilemma that arises when adopting administrative measures that can affect their territories. This instrument is part of the constitutional block.

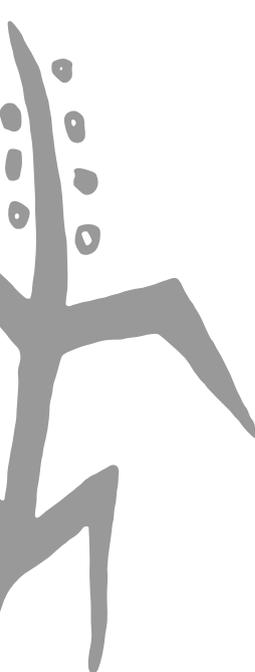
Based on the foregoing, it is appropriate to conclude that the Constitution provides the ethnic communities with a special protection on custom, autonomy and territory, guarantee that not only is within and ends in the rule, but that the authorities must effectively provide. To ignore those guarantees would endanger the identity of the ethnic peoples and would lead to the destruction of their characteristic independence, with severe harms to the preservation and appropriate development of their cultures and beliefs. Thus, if collective property on ethnic territory is a right of such peoples, then the corresponding rule is the respect and defense by all State's agencies and of course by individuals.

4. Regarding the obligation of the State and the people to protect the cultural and natural wealth of the Nation.

(...)

4.1. Ecological or environmental Constitution.

(...)



4.2. Cultural Constitution

(...)

4.3. Regarding the environmental license and the Archaeological Management Plan being obligatory for the protection of cultural properties.

(...)

5. Tension amongst the different visions of development and need for protection of the cultural and natural wealth of the Nation.

5.1. The “general interest” and the majority understanding of “development” or “progress” brought along by works of infrastructure cannot be abstractly preset when such interventions take place in indigenous or ethnic territories. To that regard, the Court’s jurisprudence, while facing the definition and the scope of the protection that the Constituent Assembly intended to set for ethnic groups, has established that, despite being subject to the Constitution and Law, it is mandatory to take into account that the axiological system contained in the Bill of Rights and Duties, especially the fundamental rights, constitute a material limit to the ethnic and cultural diversity principle and to the codes of values of the various indigenous communities that inhabit the national territory. That is to say, the cultural patrimony of the country.

Based on the foregoing, the State and the private sector should be prone to respect the uses and customs of the indigenous or ethnic communities of the Nation. That is to say, development projects or works that are planned and intended for execution in their territory cannot go to the extent of making nugatory their content by the simple existence of the legal rule. Thus, the axiological nature of the Constitution imposes the need to balance the relative importance of the values protected by the constitutional rule, such as diversity or pluralism, and those protected by the mandatory legal rules.

Thus, it is acknowledged an essential sphere of pluralism and ethnic and cultural diversity inherent to indigenous peoples and other ethnic communities, which cannot be object of disposal by the State’s *ius imperium*, since it would endanger its preservation and ruin its wealth, which precisely resides in keeping the cultural difference and the need to acknowledge the other. By virtue of the foregoing, the scope of the protection of the Colombian ethnic communities must be exercised

according to the uses and customs natural to the peoples object of protection, but respecting the mandatory laws on the matter that protect the higher constitutional values.

As far as acknowledging the ethnic groups in the Constitution, the clash between the possible understandings of development or progress and the ethnic groups’ need of protection, in the center of the discussions of the Constituent National Assembly, Professor Orlando Fals Borda said:

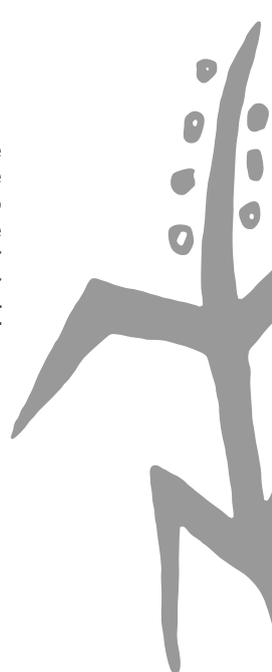
“It is evident that we are before a new and interesting phenomenon not only in Colombia but in the world there is a different conception of life that is arising among us and in other places, which tends to balance those deleterious effects that, what is called economic and social development has had when economic development as such is left to its extreme, development in itself of deleterious effects that lead communities of all countries to look back to the primal, to the roots, to those roots that feel threatened with that runaway development, by that threatening technology, so in Colombia it reaches this global movement of collective life defense, of a new way of life that appeals to a singular tradition that has looked convenient for the survival of mankind, and it is a world phenomenon not local only, since that my dear friends, is also the opportunity we have that the new Constitution of Colombia, celebrating the 500 years of the discovery of America, shows how to revive that living history, which is still alive among us, represented by the peoples who have been forgotten and exploited, the indigenous and the blacks, additionally to many other peasant peoples of the periphery”.

In accordance with the foregoing, it bears to take into account the concept of the Anthropology Departments of the Andes’ universities of Antioquia and Javeriana close to the case that at this moment bears the attention of the Court. To that regard, Universidad de los Andes said:

“Even though it is going to be now 20 years since our multiculturalism and ethnic diversity is officially recognized, we are far from fully assimilating the fact and acting accordingly.

(...)

We, Colombians should feel proud of these ancestral peoples whose abused descendants are still around us. It is a pity that we get to them to exploit their natural resources and the landscape that they have preserved and not to learn from their ancient wisdom agonizing together with their elders. But many foreigners appreciate the vast



mental and cultural treasure we have in our country by possessing so many different visions of nature, of universe, of beings.

The future reality of indigenous communities cannot be expressed in laws, we cannot legislate on their thinking, impose our rules emerged from our habits and worldview without having researched theirs, without knowing what is their worldview. It is known that notions as 'time' and 'space', and 'over' and 'under' are relative to each culture and depend on various factors, from historical to geographical.

The 'western' modern view must not be arbitrarily imposed on the views of societies that preceded us and that certainly have a better understanding of 'wellbeing' and 'balance'. These peoples that many of us call 'primitives', lived in harmony with nature for thousands of years until the arrival of our more technological modern society. How can we talk about our 'progress' or 'development' as assets for them as well? Have we asked them what 'progress', 'wellbeing', 'development' means for them? How will they understand terms as 'participation', 'consultation', 'consent', when we half*apply them or rig them in our own interest? Indigenous peoples should take part of the projects in their territories from its own perspective by the interested ones, so they understand our purposes and we understand their needs."

(...)

For the large majority of indigenous peoples, consulting with them also means consulting with their gods and consulting with nature. Amongst the *u'wa*, there must be talk with their *werjayas*, the people and their town council. Caciques in turn must communicate with the gods, who will indicate them the right decision so they can guide the people. This is their elementary perception, which also perfectly fits their cultural principles.

In regards to the issue on interpretations and meanings utilized in legal provisions and government's administrative acts in which decisions that affect the indigenous peoples' rights are made, it is worth mentioning terms as 'indemnity', which for the businessmen interested in the exploitation of natural resources or for the state's officials, has a clear meaning: *"damages compensation; economic consideration payable to the party who has suffered the damages, which arises as a result of a voluntary action from the individual who caused it"*.

It is unlikely that an indigenous person or an indigenous community can understand this definition in the same way in which the businessman or the state's official do, and as well it

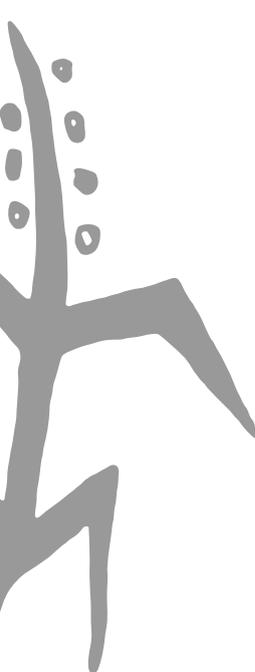
is unlikely that in their lexicon and vocabulary this definition exists with the same sense and meaning that the later ones give to it. It would be more equitable and reasonable that instead of granting payments under the concept of 'indemnity' for the actual damages, the state provided that the natural resources' exploitation companies located within indigenous territories, allowed the participation of native settlers in the project execution and equally shared with them the economic benefits obtained from such exploitation, no ridiculous proposal as far as the legislation so has it established, under items 1 and 2 of Article 15, of Convention 169 of the ILO. (Rojas S. 2010:28)"

Under similar assumptions, is relevant to highlight paragraphs of the intervention of the Anthropology Department of the University of Antioquia, which deemed:

"While specifically referring to the concepts given in the developmental speech, political scientist James Scott suggests that we codify these attitudes in a cognitive lexicon dividing the world into entities/things/categories that bring us together and others that do not:

[T]he lexicon used to organize nature typically exposes the controlling interests of the human users. In fact, the utilitarian discourse replaces the term 'nature' with the term 'natural resources', focusing on natures' aspects that can be appropriated for human use. A comparative logic extracts from a more generalized natural world, that flora or fauna with utilitarian value (usually tradable goods) and then, reclassifies those species that compete against, attack or in some way decrease the harvest of the valued species. Thus, plants that have value, become 'crops', the species competing against them are stigmatized as 'weeds' and the insects that eat them are stigmatized as 'pests'. Thus, trees that have value, become 'timber trees', while competing species become 'brush' or 'scrub'. The same logic is applied to fauna; high value animals become 'game' or 'cattle', while competing or hunting animals become 'predators' or 'undesirables' (1998:13).

This argument can be driven towards other perspectives that relate the different actors involved in the case of prior consultation, in which the bias that classifies nature as a resource for development also imposes values to the different actors, in accordance with their proximity or not to the operating criteria of the state and the majority society as to the concepts of 'development', 'progress' and also 'culture' and 'society'. It is a subtle argument, but in almost all cases, the privileged meanings of these concepts are those of the State and the majority society, because the definition and measurement criteria come from the



State's legislation and from the concept of a common good exclusive and excusing to other epistemologies. When the ethnic perspective is taken into consideration, there is a reductionist view, in which worldview, territoriality, ecology and, also the identity itself made by others, are criticized by essentialists and their incapability to share the developmental ideology of the majority society. This perspective ignores the same essentialist process in the creation of a national identity.

(...)

Anthropologists Alberto Arce and Norman Long talk about the representation of these identities by the State and the society when they suggest that the "contradictory nature of western discourses on modernity and globalism, which promises access to new ways of knowledge and resources, frequently end up denying the capability of local groups to think, argument and act by themselves" (2002:2). According to Bielawski (1996:226), they are discourses that take out of context the local knowledge – the local epistemologies – and that "extract" local data to set them in "scientific" categories. The ethnic other, and with a vulnerable population becomes a social and legislative construction, but from the majority society and from preconfigured categories of the otherness and not from an own autonomy that discusses with the majority society.

Part of the problem is that prior consultation is a special nature right granted to the ethnic peoples by social and historical preconditions related to their nature of historically discriminated indigenous peoples, and not a right granted for being Colombian with a different but legitimate epistemology, which plays in equal conditions with the controlling one. Due to this, when the indigenous, the African descendants or other members of a vulnerable population attempt to enforce their right to be consulted, they find themselves in the need to fit within the categories, set by the majority society, which classifies them as "others", "exotic", as condition to recognize them as special nature interlocutors in the national discourse on issues that concern all of us, including development, land use and natural resources, instead of being participant citizens in equal conditions in a multiethnic and multicultural country, in which those diverse epistemologies must also be part of the nation building."

Meanwhile, the Anthropology Department of the Javeriana University, presented the following arguments to approach the discussion on the stress arising among different development views, in this manner:

"There are sound anthropological arguments to argue for the need of recognizing the right to prior consultation to indigenous peoples, provided on Convention 169 of the ILO, or Law 21 of 1991 in Colombia.

U.S. anthropologist Thayer Scudder, of the California Institute of Technology, has conducted several investigations on the impact of development projects on the disappearance of indigenous peoples in different African countries. This researcher points out that:

"Big projects are imposed from above; they are imposed by national or regional agencies on a crazy population, which practically has no opinion or decision during the feasibility, planning and implementation studies stage" (Scudder 1973:45).

His research in Zambia, Rhodesia, Ghana, Egypt, Nigeria and Ivory Cost, has taken him to establish that, in regards to hydroelectric dams: independently from what governments do or do not know, they trigger a series of events that significantly alter the physical and biotic environment... In the same manner, certain aspects of the local population's life will suffer changes... Hundreds of professionals, technicians and thousands of workers will enter areas that, generally, have remained practically isolated, with a local population living in relatively self-contained and self-sufficient communities. The majority of workers (and it is common that only a small portion of them come from the local population) will settle on the area, even though hundreds and sometimes thousands of others will take part in deforestation and road construction to facilitate relocation. (Scudder 1968:168*169).

"But independently from the governments' intentions, the workforce will attract merchants, professors, evangelizing missions and the new roads will open areas to increase contact with the outside world. With no doubt, after a few years the local population will be included in a great extent within a national political(economic framework" (Scudder 1968:169).

The consequence of these changes, according to Scudder's research, is the incapability of creating technologies compatible with the traditional ways of life and the culture of the indigenous peoples. In Scudder's words:

"The simplification of a relatively rigid institution (in this case the agricultural rituals) or of the social system may assist the population to eventually change to new ways of behavior. In the case of compulsive relocation [the direct consequence of

development project imposition in an indigenous traditional territory], the term 'eventually' gains a greater significance, since I have presented the hypothesis by which, the capability of innovation is reduced during the transition period. During this time, the permanent or temporary cessation of certain behavioral patterns can be assumed as the cause of later stresses" (Scudder 1973:55).

In summary, according to Scudder, the inventive and adaptive capability of indigenous peoples is reduced, when it does not disappear, as a result of the changes produced by the development projects' imposition (Scudder 1973:54).

Scudder's comments are also based on the early works of anthropologist Clifford Geertz, especially those that analyze the involution of agricultural production ways as a result of the production projects' imposition to the indigenous peoples of Indonesia, by the Dutch government, during the Dutch colonization period.

In the case of Colombia, similar situations have been documented on the case of development projects' imposition to the indigenous peoples.

One of the broadest pieces of work in this sense was published by the Center for Indigenous Cooperation, (CECOIN for its acronym in Spanish), in the year 1995.

In regards to the road construction projects in the Amazon, researcher Hernando Muñoz establishes that, even though roads do not imply big infrastructure projects, it is precisely its frequency that implies a social, economic and environmental impact as great as that of hydroelectric dams or oil and mining complexes, to which roads are linked. These projects become a threat to the jungle ecosystem, as well as to the ways of life of the indigenous peoples in those ecosystems (Muñoz 1995).

Generally, as Muñoz argues, roads are linked to larger projects. In Putumayo's case, roads are linked to oil exploitation. These roads have created colonization focal points that limit the living space of the indigenous peoples in the Amazon (Muñoz 114).

Researchers, as Augusto Gómez, have broadly documented the dispossession, pauperizing and disappearance process of the Amazon indigenous peoples as a result of the oil exploitation imposition (Gómez 2005).

Among these cases it is necessary to mention the largest disappearance process of indigenous

peoples created by the rubber extractive economy, documented by Roberto Pineda Camacho in his Doctoral Thesis. Process to which, Professor Roberto Pineda Camacho refers as "Holocaust". (Pineda Camacho 1993)

In the case of the Bari people, of the Catatumbo region, researchers as the French ethnologist Robert Jaulin, have determined that the imposition of customs by the national society, through the colonization of indigenous territories, carried out with the purpose of delivering them development, constitutes a way of "ethnocide". With such term, the French author refers to the disappearance of a people through the abandonment of their customs and traditional ways of life and thinking (Jaulin 1973)."

With the anthropological criteria reflected by entities specialized in the matter, which according to the Court, contribute to broaden the view on the issue of prior consultation to ethnic communities and the need to preserve their uses and customs, it is relevant to take into account that within the state's protection initiatives, one of the ways of approaching and recognizing this issue has been through regulation, complemented with jurisprudence which has coated the ethnic groups of the Nation with rights and guarantees. The shortcomings and ambiguities of its implementation, as well as the lack of effectiveness of such mechanisms must be, according to the Court, solved among other factors, by greater participation and decision parameters of the ethnic communities in the different scopes that affect them, to the extent that under their worldview they can establish a less detrimental alternative that allow the physical survival and cultural integrity of such people. Alternatives that will be later referenced.

Besides, it bears taking into account that for the Colombian case, according to the report filed on January 8th, 2009 by the United Nations Special Rapporteur on the Situation of Indigenous Peoples in Colombia, within the monitoring of the recommendations made by the former Rapporteur, in regards to extension, adjudication and problems derived from the lands and natural resources, he pointed out:

"During the last decade, Colombia has moved forward in recognizing the territorial rights of the indigenous peoples in the country. Currently there are 710 titled indigenous reservations, located in 27 departments and in 228 municipalities of the country, that cover an extension, according to the Government, of approximately 34 million hectares, which is equivalent to 29.8% of the national territory."

"Nevertheless, many indigenous peoples' representatives point out that a large amount of hectares bought and delivered are non-productive or do not correspond to the cultural needs of the peoples. Only 7.68% of the indigenous reservations (an area of 1,290,000 hectares) are in agricultural border areas and they are inhabited by approximately 65% of the indigenous population. The remaining hectares are located in Amazon jungle areas, savannas of the Orinoco and desert in the Guajira."

Based on the foregoing information, the updated territory occupation by indigenous peoples be of 22% or 29.8% of the national territory, it is necessary that the State protects, in a special manner, the ethnic communities therein recognized and under the process of state recognition. Therefore, if that official data is taken into account, about 70% of the territory is not in possession of indigenous communities, areas in which, excepting those of other groups, either ethnic or protected by concrete regulations, the exploitation of natural resources in a Social and Democratic State with an Ecological Constitution as the one of 1991 can be carried out under a sustainable development scheme. Therefore, it is also necessary to review the issue of development and protection of the natural and cultural wealth in the light of economic terms, so it is valid to ask:

* What is the value of ecosystems and biodiversity in the view of the rest of the population in terms of water, air, decontamination and other sources?

* Are they a luxury good or a natural asset seeking balance against the affectation to the environment taking place in other areas of the country and hemisphere?

* What does it take to decontaminate a river from the kind of exploitation used in mineral extraction?

* Must the environment be protected because it is something beautiful and necessary?

* Is protecting ethnic communities an indispensable or dispensable goal?

* Can we, through the ethnic communities' knowledge and interaction with the environment, find formulas of non-accelerated extinction that western culture proposes?

* What is better in long terms, the assets existing from royalties and revenues derived from the exploitation of natural and cultural resources, or the

existence and protection of such wealth as an identity and belonging device for present and future generations?

Pursuant to the foregoing questions, it is valid to answer that the debate about "development" or "progress" in ethnic communities' territories must be analyzed in light of the involved peoples' development or progress. In other words, due to recognizing the worldview or simple view of ethnic peoples to what is usually called, in an abstract way, "general interest". Thus, it becomes indispensable for the Court to balance the recognition of the "other" and the "other" different views that can exist towards ethnic groups' development, which make part of the otherness and plurality natural to a Nation as Colombia, with which hawse have the privilege to coexist in the same territory.

Based on what has been analyzed, it is necessary that the State articulate, guarantee and incentive the real and effective application of the fundamental right to prior consultation of ethnic communities, since the underlying tools of consultation primarily allow to reconcile positions and reach an intermediate point of intercultural dialogue in which the peoples enforce their right to autonomy with their own life plans while facing economic models based on market economy or alike.

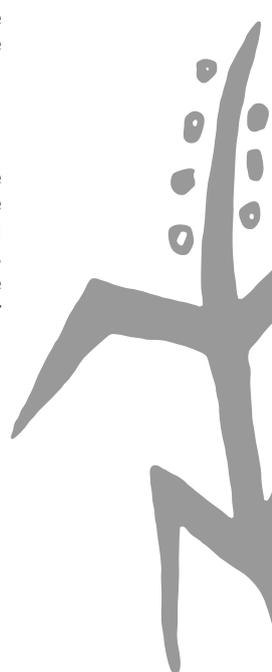
6. The ethnic communities' fundamental right to prior consultation in regards to works, projects and/or activities with the potential of affecting their territories. Jurisprudential reference on the matter.

6.1. Jurisprudence on prior consultation matters on protection judgments.

(...)

6.1.2 Conclusion. While the analysis methodology and concrete case solving has changed pursuant the natural demands of each matter, from the early stages it becomes apparent that the Court has treated prior consultation as a fundamental right, of which ethnic groups of the country are holders and at the same time indigenous, black, Afro-Colombian, Raizales, Palenqueras and Gypsies communities take part on.

As it was visible in the related jurisprudence, the Court, except for proximity reasons or in the situation of finding evidence that allow elucidating that prior consultation was indeed carried out, has ordered by majority, due to the severity of the analyzed problems, the suspension of projects or



works with the potential of affecting or that have affected ethnic communities' territories until the right to prior consultation is guaranteed. In the same manner, it has recently been ordered to seek free, prior and informed consent. Additionally, other measures have been put in place as compensation and reparation of the affected communities when the harm has been done or its potential is noticeable.

7. Regarding the importance of obtaining free, prior and informed consent in the case of intervention measures in ethnic territories and the communities' rights to benefit sharing.

7.1. Convention 169 of 1989, in Article 6.1, provides the following on prior consultation matters:

"ART. 6 * 1. In applying the provisions of this Convention, governments shall:

a) Consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures, which may affect them directly;

b) Establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programs which concern them; and

c) Establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.

2. The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, **with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.**"
(Bold emphasis not in original text).

In the highlighted sections of the rule, even though the Convention provides for the obligation to carry out consultation prior to any kind of intervention in the territory, it is also, set as an objective to reach an agreement or consent regarding the impact measures.

Similarly, Article 16 of the mentioned Convention

peremptorily provides that the relocation of indigenous peoples will only be possible under their free consent, with full illustration and knowledge:

"ART. 16. * 1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands, which they occupy.

2. When the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. When their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries when appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.
(Underline not in original text).

3. Whenever possible, these peoples shall have the right to return to their traditional lands, as soon as the grounds for relocation cease to exist.

4. When such return is not possible, as determined by agreement or, in the absence of such agreement, through appropriate procedures, these peoples shall be provided in all possible cases with lands of quality and legal status at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. Where the peoples concerned express a preference for compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees.

5. Persons thus relocated shall be fully compensated for any resulting loss or injury."

Based on the foregoing, applying a systematic interpretation of the Convention, it is possible to conclude, inferring from international law that the State has the duty to reach to obtain the affected communities' consent before adopting any kind of measures regarding the communities' relocation, since this would ignore to the breaking point the ethnics' rights to existence and integrity.

In fact, due to the need of bolstering the protection of the indigenous peoples, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, proclaimed by the UN General Assembly, provided:

"Article 32

1. Indigenous peoples have the right to determine

and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources.

2. States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources. (Underline not in original text).

3. States shall provide effective mechanisms for just and fair redress for any such activities, and appropriate measures shall be taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural or spiritual impact."

As seen, consent is a structural part of ILO Convention 169 of 1989, reason why the Inter* American Court on Human Rights, when examining the Saramaka vs. Surinam case, expanded on the importance of this prerogative of the indigenous communities. That was supported by statements of the UN Special Rapporteur for the protection of human rights of the indigenous peoples in relation to major development projects, as well as by various agencies and international organizations that have pointed out the need of adding the prior, free and informed consent to the simple consultation. Thus, the States and entities obliged and interested on the protection of indigenous rights will have to seek the consent of the tribal and indigenous peoples to carry out development or investment plans with impact on their territories. The prior criterion was taken by the Court's jurisprudence in Judgment T*769 of 2009, in the following terms:

"To the foregoing, this Entity clarifies that when addressing development or big scale investment plans with major impact within the territory of African descendants and indigenous peoples, it is the State's duty not only to consult such communities, but also to obtain their free, informed and prior consent according to their customs and traditions, since those populations, when exploration and exploitation plans and investments are executed in their habitat, they can go through deep social and economic changes, as the loss of their traditional territories, eviction, migration, depletion of necessary resources for physical and cultural survival, destruction and pollution of the traditional environment, among other consequences; reason why in these cases the communities' decisions can be deemed compulsory, due to the severe level of involvement they carry..."

However, the Chamber cannot leave aside the prior statement. It sets several questions as:

i) Can the free and informed consent be translated into a veto power of the ethnic communities to the intervention projects?

ii) Must consent only be sought in cases of large* scale development or investment plans?

iii) Are prior consultation and consent the only guarantees that the State and its concessionaires must grant to the ethnic communities?

(i) The answer to the first question pursuant to the current regulatory and jurisprudential development is not simple, since it is a problem of two difficult ends: since on one hand there is the veto prior consultation (which would be within the terms of the Convention but creates all sorts of resistance) and the information only prior consultation (which would not be complying with the Convention and that is frequently used to show compliance to the mentioned instrument). In accordance to what has been displayed, for the Court, the criterion that allows reconcile these extremes depends on the degree of affectation of the community, specific events in which consultation and consent can also determine the less harmful measure as protection measure for the communities.

For this reason, every process shall be qualified according to the particular characteristics of each real case, since what is at issue is not only the expectation of receiving certain economic benefits for an economic project, but to understand and acknowledge that what is at stake is the present and future of a people; of a group of human beings with the right to self*determination and to defend their physical and cultural existence, regardless of how "preposterous or exotic" their customs and ways of life may appear to some people.

In this point, the Court highlights the necessity that the discussion not be set on the terms of who vetoes who, but rather is above all, a place for dissertation among equals in the middle of differences; opportunity for states' agencies and concessionaires of the State to be able to explain in a concrete and clear manner the purposes of the work and for the community to be able to present their needs and points of view towards it.

Nevertheless, the various cases that have been subject to revision by this Court on this matter allow to conclude that prior consultation has not been carried out nor fulfilled with the rigor it deserves; since in the cases under review, it has been a



constant by the responding entities the assimilation of the consultation process to a simple procedure of informal meetings with neither reference nor consideration for the rights at stake in these processes. To that extent, it is essential for this Court that the process is not only limited to the stage prior to the intervention in ethnic territories, reason why formulas that allow balancing the purposes of Convention 169 of the ILO and the subsequent developments in the matter are required.

By virtue of what has been displayed, the Court finds it not possible of postponement that the affected communities can make use of the possibility of reviewing and stating their points of view on the intervention, not only in a prior fashion but during and after the implementation of the development work or plan. On that regard, according to the specifics and demands natural to each case, the revision timeframes for short, medium and long term must be set at the time of the initial consultation.

Besides, it is not valid to think in setting one single moment for materializing prior consultation and seeking consent, since homogenizing this type of processes would ignore the respect for the differences and circumstances of the various ethnic communities. Therefore, the process must be effected starting at the feasibility studies' or planning stage and not at the end; at the time prior to the execution, since this kind of practice ignores to the breaking point, the natural times of the ethnic communities, locating the consultation and consent seeking process as an obstacle and not as the opportunity to develop a dialogue among equals in which the other one's thoughts are respected, including the ones of the businessmen.

Such alternatives are complemented with the possibility of, not only the directly affected community but also the Permanent Committee for Consultation with Indigenous Peoples and Organizations provided in **Executive Order 1397 of 1996**, pursuant their functions, have the chance to support and take part in the discussion.

The mentioned option had already been outlined by the Court's jurisprudence in **Judgment T*382 of 2006**, in which it established:

"The option of using preparatory workshops in which the regulatory measures and the kind of consequences that these may have on each tribe are properly informed, for the subsequent execution of the respective Committee for Consultation.

According to this Chamber, in this context, the protection action would proceed to guarantee the

effective socialization of the information, that is, taking into account the uses and customs of each ethnic, and for the execution of a Committee for Consultation under the minimal provisions of Executive Order 1397 of 1996, in which the mechanisms to achieve consent are fomented and the creation of a complete, free, prior and informed consent is guaranteed." (Underline not in original text).

Based on the foregoing, an ethnic community cannot be obliged to give up its way of life and its culture for the simple arrival of an infrastructure work or exploitation project and vice versa. By virtue of it, in exceptional or extreme cases, State agencies and in a residual manner the constitutional judge, if the evidence indicates that community consent can determine the less harmful option, thus should be.

The foregoing displays the special protection that the Constitution grants to the ethnic minorities in those projects with the potential to undermine or vanish their ways of life, reason why the Court finds necessary that the prior consultation and informed consent of the ethnic communities generally be able to determine the less harmful option in those cases that: **(i)** involve the transfer or displacement of the communities due to the works or projects; **(ii)** are related to the storing or dumping of toxic waste products in the ethnic territories; and/or **(iii)** represent a significant social, cultural and environmental impact in an ethnic community, which lead to risking the existence of it, among others.

Now, in the event of exploring the less harmful option, with the participation of the ethnic communities, in the construction of it and the result from such process proves that all options are detrimental and that the intervention would lead to the group's annihilation or disappearance, the protection of the ethnic communities' rights will prevail under the *pro homine* interpretation principle.

In regards to this point, the *pro homine* interpretation principle imposes the application of legal rules favorable to humans and their rights; in other words, the imposition of that interpretation that ponders respect for human dignity and consequently the protection, guarantee and fomentation of the human rights and the fundamental rights provided in the Constitution. This principle is provided in Articles 1 and 2, given that they establish the respect for human dignity as foundation of the Social and Democratic Rule of Law. Likewise, it is an essential aim of the State to guarantee that all authorities of the Republic guarantee the principles, rights and duties established in the Constitution for all people in their



life, honor, properties and other rights and liberties.

The foregoing finds backing on the need to support the survival processes that ethnic communities have to face in the present, added to the fact that the extreme events pointed out by the Court go in harmony with the recommendations contained in the Special Rapporteur on human rights and fundamental liberties of indigenous peoples, James Anaya's, statements; on the Prior Consultation Law (*Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios*) recently approved by the Congress of Peru. In statements of May 26 of 2010, the mentioned official declared:

"The United Nations Declaration on Indigenous Peoples' Rights points out two examples of situations in which consent is demandable beyond being a consultation objective: the case in which the project leads to the group's transferring outside its traditional territory and the cases related to storing or dumping toxic waste products in indigenous territories (Arts. 10 and 29, par. 2, respectively). The Special Rapporteur would also add, as an example in which indigenous consent is required, the case of a natural resources' extraction activity installation proposal within an indigenous territory when those activities had significant social, cultural and environmental impacts."

(ii) Linked to the foregoing, underlies the need to answer the question related to the fact if consent must only be sought in cases of large scale development or investment plans. For the Chamber the answer is negative. According to this order, every administrative, infrastructure, project or work measure which intervenes or has the potential of affecting indigenous or ethnic territories should exhaust not only the process of prior consultation from the beginning, but it will be oriented under the principle of participation and recognition in a dialogue process among equals that will have as goal the prior, free and informed consent from the involved ethnic communities.

(iii) Prior consultation and consent are not the only guarantees the State and concessionaires must grant at the time of considering the "infrastructure or development" plans, since participation must be allowed as well as sharing the project's benefits in a reasonable manner with the directly affected peoples or ethnic community. This right is provided in Article 15 of Convention 169 of 1989, in the following terms:

"ART. 15. * 1. The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use,

administration and preservation of these resources.

2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub*surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programs for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities."

(Underline not in original text).

The prior provision is in harmony with what is established in Article 21.2 of the American Convention on Human Rights, which provides the protection for property rights, thus:

"Article 21.

1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.

2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.

3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law."
(Underline not in original text).

By virtue of the prior rule and in light of the one that at domestic level provides the right to compensation depending on each concrete case, it is appropriate to take into account that land use does not only go to the extent of a severe deprivation of a property title but that it translates into the impossibility of the community to regularly enjoy and use the territory. Therefore, not only the prior and informed consent must be obtained from the communities when there are plans to carry out large exploitation activities in indigenous territories, but in fact guaranteeing that the derived benefits from that exploitation are equitably shared.

In the same way, the Special Rapporteur on the situation of the indigenous peoples' human rights and fundamental liberties suggested that in order to guarantee *"the indigenous peoples' human rights in regards to large development projects, [States must*



guarantee] a mutually acceptable participation in the benefits [...]. In this context, pursuant Article 21.2 of the Convention, the participation in the benefits can be understood as a reasonable and equitable way of compensation that derives from the exploitation of lands and natural resources needed for the peoples' survival".

7.2 In accordance to what has been displayed, the intervention of the State or concessionaires thereof in ethnic communities' territories must be irradiated, from the planning or projection stage of every project, work or activity, not only by the fundamental right to prior consultation, but also by the obligation of having it focused on achieving the free, prior and informed consent of the ethnic communities and peoples. In addition to that, it is necessary to insist on the right to share the benefits derived from projects and works that involve intervention.

8. Jurisprudential requisites for carrying out prior consultation and seeking free and informed consent of the ethnic communities.

Jurisprudential requisites or rules.

8.1 According to the foregoing points of law the Chamber deems appropriate, in the case of the fundamental right to prior consultation, to restate the jurisprudential rules that the Constitutional Court has determined for such purpose, as well as concreting the expansion of the protection scope in the matter of participating and seeking free, prior and informed consent and the right to share the works' benefits, as the protection of the archeological wealth of the Nation.

In summary, every type of act, project, work, activity or initiative intended to intervene in ethnic communities' territories, regardless the affectation level, shall respect from the beginning the following rules:

(i) Prior consultation is a right of fundamental nature and the ethnic communities' prior consultation processes shall be developed according to this guiding criterion in their projection and implementation.

(ii) Adversarial or confrontational attitudes are not admitted during prior consultation processes. It is a dialogue among equals within the differences.

(iii) Procedures not complying with the prior consultation processes' essential requisites are not

admitted, that is, to turn prior consultation into simple administrative processes, informal meetings or related activities.

(iv) It is necessary to establish effective communication relationships based on good faith principles, in which the specific circumstances of each group and their importance of the territory and its resources are pondered.

(v) It is mandatory not to set a single term in the concretion of the consultation and consent seeking process, but instead that such term be adopted under a strategy of differential focus according to the particularities of the ethnic group and its customs. Especially in the project's feasibility or planning stage and not right before its execution.

(vi) It is mandatory to define the procedure to follow in each prior consultation process, particularly through a pre*consultative and/or post*consultative process to be carried out by mutual agreement with the affected community and other participants. That is, participation must be taken into account not only in the early stage of the process but subject to subsequent revisions at short, medium and long term.

(vii) It is mandatory to carry out a joint effort to ponder the interests at stake and to subject the rights, alternatives, proposals and interests of the affected ethnic groups only to those peremptory constitutional limitations.

(viii) It is mandatory seeking free, prior and informed consent. Communities shall be able to determine the less harmful alternative in those cases in which intervention: **(a)** involve transfer or displacement of the communities due to the project, work or activity; **(b)** be related to storing or dumping toxic waste products in the ethnic territories and/or **(c)** represent a severe social, cultural and environmental impact in an ethnic community, which leads to risking its existence.

In any case, in the event of exploring the less harmful options for the ethnic communities and from such process is proved that all are detrimental and that intervention would lead to annihilation or disappearance of the groups, the protection of the ethnic communities' rights under the *pro homine* interpretation principle shall prevail.

(ix) It is mandatory the authorities' control in environmental and archaeological matters, in the sense of not issuing licenses without the verification of prior consultation and the approval of an Archaeological Management Plan pursuant to the law, under the appropriate penalty of not being able to start any kind of work or in those under

execution, order their suspension.

(x) It is mandatory to guarantee that the benefits derived from the execution of the work or resources' exploitation are equitably shared. As well as, the compliance with mitigating and compensating measures for actual damages.

(xi) It is mandatory that ethnic communities have the support of the Ombudsman's Office and the Federal Attorney General's Office in the consultation and consent seeking process. Including the option of counting with the support of international organizations whose mandates are oriented towards preventing and protecting the rights of the ethnic communities of the Nation.

If the previously remarked budgets and factors are taken into consideration, it is expected that the prior consultation and participation process of the ethnic groups integrally respects the rights at stake in these types of cases, as the subsistence and cultural integrity of the ethnic peoples. However, it is necessary to take into account that carrying out prior consultation and seeking informed consent does not justify the future material violation of the fundamental rights of the affected groups by an administrative action or authorization of the State or particular entities; circumstance in which the State or concessionaires may be liable according to domestic and international regulations.

9. Case study.

9.1. Introduction.

(...)

9.2. Preliminary clarification.

(...)

9.3. Case decision methodology.

(...)

9.4. Regarding the road construction.

(...)

9.4.1 Perspective of the responding entities directly related to the road

problem or that intervened in this matter:

(...)

9.4.2 Regarding the answers and reports previously compared, the Chamber finds proven that there are plans to perform maintenance and construction works of the road called Titumate – Balboa – San Miguel – Acandí within the reservation areas but, due to different factors including budget related and technical ones, it has not been done.

The Court verified through the legal inspection that, regarding the Pescadito reservation, the layout of the road would connect directly to the community, since *"the road project would directly intervene the reservation area since it would run very close to the place with the highest population concentration of the Pescadito community. Additionally, the reservation Governor pointed out the southeastern mountain and forest, which is considered sacred by the indigenous people, since it is one of the best preserved areas of the reservation. Similarly, it was noted that only 80 meters away from the place where the horseshoe road ends, it disappears in a straight line since a variety of trees and plants make it difficult for the road to continue, up to the point of making it disappear."*

(...)

In regards to the impact that the road construction could have in the Chidima*Tolo reservation, the verification of the area was captured in the following terms:

"(...) the road would get back to the track within the reservation crossing over the Tolo river through a bridge that would cross in the places documented on photographs 62 through 65 of binder 4. Then, the road would go across the mentioned Torres settler's cattle exploitation area in a west, southeast direction to later turn north in a U shape. If it is like that, it is evident that a good portion of the reservation's houses and even the school should be relocated; to that extent photographs 26, 32, 33, 39, 40, 41, 42, 48 and 51 can be viewed."

Whereas the foregoing and what has been informed by the responding entities regarding their jurisdiction and what has been verified by the Court in the area, it is concluded that prior consultation has not been exhausted for the road construction. The previous assertion is supported by the



inspection to the indigenous communities carried out without consultation by the Logistics Agency of the Military Forces, by air, on May 20, 21 and 22 of 2009, involving representatives of the Acandí City Hall and Corpochocó, and from which it was concluded: "(1) the road has to be constructed in the remaining (4) kilometers, therefore the environmental license is required; additionally in these same 4 kilometers is evident the need of building a bridge with a span of (60) meters over the Tolo river which is not established in any chapter of the project. (2) There has been no social interaction neither the prior consultation process has been initiated. (3) There is no general technical information on the project. For such reason the General Management of the Logistics Agency has been requested not to start the work until the mentioned points are cleared and solved."

According to the foregoing and opposite to what was held by the magistrate judges in accordance to the consulted authorities, it is not regarding the simple maintenance of the pathway, but the construction of the road with all of its implications, therefore, as it was specified within the points of law of this order, the fundamental right to prior consultation of the ethnic communities must be observed from the beginning of every act or project involving intervention in the territory. The foregoing is so that during the whole stage of projection of this road case, the interests and unconflictualities of the communities potentially subject to affectation are observed at a technical and budget related level.

Such is the case that in the statement rendered by Mrs. Rosa Domicó before the Court, in Acandí Municipal Court, in regards to the road construction, she asserted:

"I want to talk about the road, we the community and myself are not in agreement with the road running within the territory of ours. QUESTIONED: Why? Because our culture, our tradition, everything gets lost, because the road brings a lot of problems to us, it will bring more soldiers, maybe more armed groups, more people will enter and there will be more cars and the smell of gasoline is not ours, that is not our culture, there will be forced displacement, there will be indigenous people disappearance and that is what we do not want."

Additionally, the Ombudsman Office on the project's report of the *Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada (Seccional Uraba)* on the time period of June 2008 through 2009, addressed a detailed chapter to the project of the pathway between Acandí and Uguía, specifying that such course would be part of the Pan-American road and that the layout, according to the report is one out of eleven (11)

options for the road construction:

"The construction of the Acandí-Uguía road stopped in the eighties due to the opposition of the communities of Chidima and Pescadito since its layout runs across the middle of both communities. Since then, the indigenous communities, now legally configured as Reservations, have opposed its completion since it harms the integrity of the Embera people.

Despite having a Reservation title, its right to the territory is at risk of being affected by the Acandí-Uguía road construction project, because its layout runs right through the middle of the Reservation; the community has informed that the road's work started in the nineties has affected part of its crops and the physical and cultural integrity of the community.

The road's implementation attempt caused problems to the Pescadito community including the division of the territory in two parts and the damage to the yucca and rice crops during the process of land removal; the passing by of motorbikes and tractors created puddles and harms to the river, which in its turn made some animals become ill, according to what it is apparent in Chidima Reservation.

The women of the indigenous community of the Pescadito Reservation assert that the road implies distress, since boys and girls are not used to cars and motorbikes and are afraid that they may run over them. Similarly, they say that within their culture, there are certain liberties and independence within the reservation territory that would be severely affected with the constant passing of people.

The layout of the road runs through the middle of both reservations and, specifically through places where the houses of the community are set. From the indigenous communities perspective, the road would imply a flow of non-indigenous people that would end up destroying the indigenous culture, since the boys and girls would be permanently exposed to the influence of the western culture. Now, they also state that due to the permanent flow of foreign people, women can no longer be bare-chested and in the houses a foreign characteristic to the Embera culture was introduced: rooms.

For the indigenous communities of Chidima and Pescadito, the road leads to the destruction of nature through logging for its construction and pollution of brooks, rivers and of the air caused by the constant passing of vehicles.

The indigenous communities state that they agree with the development of the Darién, * which would be presumably achieved with the completion of the road *, however, they do not agree with a development that affect their rights to autonomy and territory. In this regards the Asociación de Cabildos Indígenas Kuna Embera Katío del Darién – ACIKEK *, in notification of February 13, 2009, stated the following:

“In this opportunity we want to state that we are not against development and we also understand the concern of some social sectors due to our opposition. We, as indigenous peoples, want to have development in the region without detriment to our ancestral rights and damage to our territories, without risking socio*cultural processes. The municipalities of Acandí and Unguía are very big; therefore, we suggest studying alternative road layouts, which do not run through the middle or close to our territories.”

500 year ago the whole American continent belonged to the indigenous peoples: today only a small portion belongs to us and they want to run this and other megaprojects right through our territory. We fear that if they do, the indigenous communities be doomed to disappear.

In this sense, it is important to mention that vast livestock’s farms surround the indigenous territories: flat and treeless lands where vehicles can run when the owners of such lands allow so. In fact, at the moment it is possible to travel with off road vehicles from the village of Peñaloza in the south of Acandí to the village of Balboa in the north of Unguía, without going through the indigenous territories.

(...)

The Acandí*Unguía road appears as one of the possible ways for the Pan*American pathway (two out of the eleven possible stretches run through the municipalities of Acandí and Unguía), in which way the work gains significantly different connotations to the ones presented to the population when referring to the construction of a small road to link two municipalities.”

As we can learn from the report published by the Ombudsman’s Office, there are actual alternatives for the suggested road construction, without necessarily implying risk to the communities. If such criteria are taken into account, before works start, prior consultation and free, prior and informed consent seeking would no longer be a simple formality, in order to materialize what Convention 169 of the ILO seeks; protection and effective participation of the ethnic communities.

However, as set in the points of law of this order, given the existence of options to the road construction, which would involve the community’s transfer as documented, the Court finds that in this particular case the consent of the reservation’s authorities has the power to bind the final decision in which the less harmful option to the ethnic rights shall prevail.

9.4.3 By virtue of all that has been displayed, the Court will order the Department of the Interior and Justice that within the term of 48 hours following the service of this order, initiates the processes related to carrying out the prior consultation requested by Acandí City Hall on August 29, 2009, issuing copy to all parties involved in the process of road planning and execution, taking into account seeking prior, free and informed consent from the community and pondering actual options to modify the layout of the pathway to the options described in the Ombudsman’s Office report, included in the project Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada – Seccional Urabá on the time period of June 2008 through 2009 and to those that the community and the process determine.

Prior consultation and informed consent seeking must be respected under the criteria and guarantees described in this order. Meanwhile, it will be ordered the suspension of the works on the road called Unguía*Acandí or Titumate*Balboa*San Miguel*Acandí, in section K26*00 to K34*700 in the municipality of Acandí, in regards to the mentioned communities’ territory.

9.4.4 In harmony with the above and noting that part of the road’s project implies the intervention of four (4) kilometers, not for maintenance but for construction, the Court finds appropriate to warn the Corporación Autónoma para el Desarrollo del Chocó (Codechoco), that it must refrain from issuing an environmental license for the road construction, without exhausting prior consultation in the terms and sub*rules set in this order.

9.4.5 Additionally, the Acandí City Hall will be ordered to observe the rights of the area’s indigenous communities and the importance of recognizing and protecting the ethnic and cultural diversity of the Colombian Nation in the term displayed by the jurisprudence of this Entity. To materialize the above, the City Hall, through the educational institutions’ network of the municipality, must periodically and consistently hold pedagogic campaigns on the matter.

9.5 Regarding the bi*national electric



interconnection project between Colombia and Panama.

9.5.1 Perspective of the responding entities directly related to the issue of the electric interconnection or that intervened in it.

(...)

9.5.2 In reviewing chamber, with regards to the Interconexión Eléctrica SA*ESP (ISA) Company, the Court could corroborate that the entity has sought to respect the rights of the involved indigenous communities. In the reply received by this Court, it also submitted, in a detailed manner, the precedents for the electric interconnection Project between the Republics of Colombia and Panama. Subsequently, it reported environmental diagnostics, within which a study identified a group of feasible ideal corridors due to the presence of ethnic territories, which are considered of high environmental sensitivity for the project.

It submitted satellite images related to the environmentally*ideal corridors in the area where the Chidima reservation is located and it can be noted that outside the reservation there is a wide area in which ISA plans to lay out the line, without affecting such reservation, in the case that the project is carried out and the selected corridor is environmentally ideal.

ISA adds that it is uncertain whether the project will be carried out because it is still not known whether it is technically, legally and financially viable. For that reason, while the line is not projected to cross through the Embera's reservation, prior consultation could not be initiated, situation which has not occurred until now. ISA referred to the field activity carried out in 2007 and to setting marking points for ground*photo*control, used to take aerial photographs with the purpose of subsequently determining potential routes of the line's layout, but without involving the location of the towers.

The Court highlights that under the principles of participation on prior consultation and for what has been asserted by the petitioners in this protection action, contractor engineers of the Interconexión Eléctrica -S.A. -ISA Company requested Oscar Carupia, acting as representative of the reservation, his company during the visit for coordinates location necessary for the verification of the line's layout study.

However, according to the Chamber, it is not enough to request accompaniment to carry out

measurements, they must clearly and specifically illustrate which are the reasons for the measurements and that they do not necessarily mean that the towers will be set within the reservation such as it was clarified before this Entity. The above mentioned is supported by the statements rendered by petitioner Oscar Carupia in the proceeding held by the Court in Acandí Municipal Court to the question made by the legal representative of the Department of Mines and Energy in regards to the electric interconnection projects between Colombia and Panama, to what the gentleman replied:

"when measurements came in, a youth and a man for tower location or whatever that is called, this is, we come to measure, we said behind them many people will come who are not of the same ideology of ours, that is why it affects us in the sense that the tower will be located in the lot"

In addition, ISA concludes its intervention stating that due to the lack of certainty and viability of the work not only by the Colombian State but also the Panamanian, due to the inherent difficulties of legislations, financial resources, territories and the presence of indigenous communities, prior consultation would be carried out if the Colombia*Panama electric interconnection project went through the territory of the petitioning reservations, event in which *"it would obviously be carried out before initiating any activity as expressly provided in Convention 169 of the ILO, as it will be pointed out below, when it is unavoidable that a power transmission line crosses through an indigenous reservation, it is the community itself jointly with ISA who will define where the transmission line could be laid out in such a way that it causes the least affection to the community, to its sacred sites and to its special relationship with the land and its territory"*.

In regards to the studies, it annexed the following image, in which the environmentally ideal corridor can be spotted in the area where the Chidima reservation is located and it points out that outside the reservation, 2 kilometers away from the closest meeting point there is a wide area where ISA plans to lay out the line, without affecting such reservation, in case that carrying out the project is determined and the environmentally ideal ground corridor is chosen.

Additionally, the precedents of ISA in prior consultation matters were referenced, specifying that from its inception the company has counted on the participation of communities inhabiting in the vicinity of all of its projects, whether or not they are ethnic groups. To that regard, the Court transcribes what the company has informed with the purpose of highlighting the entity's work on corporate social

responsibility matters:

"Before the issuance of Executive Order 1320 of 1998 two properties of indigenous communities were affected and they actively participated in the line's layout definition process, which affected their reservation, given that this company is convinced that the communities have the right to participate in the environmental and social management of the projects developed by ISA, to continue surviving without losing their own identity, they have the capacity to determine by themselves the way and the pace of their development and that the fundamental right to have access to the essential utilities cannot undermine the rights of the communities, but that they must seek to coexist in harmony.

As far as prior consultations with indigenous communities, there have been two since the issuance of Executive Order 1320 of 1998: one with the community of Pastos, in Nariño and another one with the community of Arhuacos, in the Cesar. In both cases, as soon as ISA had the certainty that the line was going to run across the reservations of these indigenous communities, it contacted them with them with the purpose of having them participate on the definition of the lines' routes, seeking at all times not to affect the sacred areas of such communities, because ISA is aware of the special relationship that the indigenous communities have with their land and the right to self-determination of these communities, which it has respected at all times; the attached video provides evidence of it.

It is clear that when a transmission line has to run through an indigenous community territory there is affectation, for that reason despite ISA having more than 24,000 kilometers of lines in Colombia, it has only affected the territory of four indigenous communities and only because it was impossible to avoid it, because, in the case of the Pastos, the reservation was so large that there was no possible alternative and, in the case of the Arhuacos, both substations intended to be interconnected were within the State recognized ancestral territory.

Particularly, in the case of the Arhuacos, they defined jointly with ISA the place where the substation was going to be located within their territory and when excavations began, a cemetery was found which they were unaware of. For that reason ISA, together with the community, started an archaeological removal process while respecting the Arhuacos' rituals in order to transfer them, such as recorded in the attached video in which the whole process of the electric interconnection project of ISA with the mentioned indigenous community affecting their territory was documented.

Let it be noted then that as soon as ISA determines that it is unavoidable to affect an indigenous community's territory with a power transmission line, it starts a participation process with such community, with the purpose of letting them be the ones defining which sites cannot be affected for being considered sacred. And in any case, as it was expressed, if it is physically possible, this Company seeks to always avoid the crossing of any project through an indigenous reservation.

Based on the above, it is reaffirmed that if ISA eventually gets to affect the Embera's reservation or any indigenous community, with either the Colombia-Panama interconnection or any other line, it will get in contact immediately with the affected community so that, enforcing its right to self-determination, it actively participates in the project determining the line's layout in order to not affect the community's sacred or high importance sites.

Therefore, **ISA has not ignored any rights of the Embera indigenous community, because in the actual case it has not yet been determined that the line will affect their reservation;** furthermore, ISA is seeking, in case of choosing the ground corridor, to build the line on the opposite side of the Tolo River, where it has more than 2 kilometers of width at the narrowest point, to avoid affecting the Embera's reservations."

9.5.3 For the reasons presented in reviewing chamber, the Court will abstain from issuing any order to the entities involved in the electric interconnection project between Colombia and Panama. Nevertheless, it will warn the Interconexión Eléctrica ISA Company that in case the project be viable and if during the planning process the potential of affecting the petitioning ethnic communities is noticed, it immediately arranges their participation through a prior consultation process within the terms provided in this order and with greater precaution than the ones it had in the past as far as communities' protection.

9.6 Regarding the mining concession in the municipality of Acandí.

9.6.1 Perspective of the responding entities directly related to the issue of the alleged mining exploitation.

(...)

9.6.2 In relation to what Ingeominas has presented in this process, the Chamber finds appropriate to recall that Law 685 of 2001, authorizes the free exercise of mining except for the indigenous territories deemed and declared Mining Areas for Ethnic Minorities. Even though in this case the territory of the responding communities has not been declared as such, it cannot be understood that, before the presence of indigenous reservations, Article 330 of the Constitution and Article 15 of Convention 169 of the ILO, approved by Law 21 of 1991, regarding the right to prior consultation and to informed consent, can be ignored.

By virtue of the foregoing and what has been specified by the mining authority, currently the concessions granted to the Minerales del Darién Company; although the first one FLD*134 is expired; the truth is that the second one FLD*135 is in force, therefore, there is still overlapping by this concession. That means that the potentiality and risk of affecting the basin of the Tolo River remains latent, which would have negative repercussions on the Chidima and Pescadito reservations.

In relation to the above, from the inspection carried out by the Court in the reservations of Pescadito and Chidima of the Embera community, it could be verified that the Tolo River is a fundamental part of both communities since the main housing settlements and common areas are close to that affluent, from which they obtain the vital liquid. Thus, in any intervention or affectation to the river due to the type of exploitation that deep impact mining develops, it is indispensable to carry out prior consultation with the affected ethnic communities, and also to warn that any kind of intended future intervention to the river must illustrate from the beginning the scope of the work and seek the prior, free and informed consent pursuant the sub*rules of this order.

9.6.3 Moreover, the information submitted to reviewing chamber shows that there is illegal gold exploitation within the territories. Even though towards the end of last year and beginning of this one there is only one dredge left on the banks of the Tolo River, this one has caused the pollution of the affluent, with consequences such as the decrease of species, skin diseases, diarrhea, vomiting and other affectations of the community's health. Even though the Chamber has not confirmed the foregoing, it is necessary that the alleged irregularity be investigated by the agency with jurisdiction.

9.6.4 According to the above presented and given that the mining authority only informed about that related to the titles that had been granted to the company Minerales del Darién S.A., due to the lack of certainty of other concessions being executed,

with the potentiality of overlapping the reservations demanding protection and that there was an attempt, through a notice in a newspaper widely circulated at the national level, to seek the undetermined third parties that may be affected by what the Court has decided, amongst other factors by mining, understanding that mine exploitation has the potentiality of affecting the integrity and existence of the communities, the Entity shall order the Department of the Interior and Justice, Ingeominas, the Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), and the Department of Environment, Housing and Territorial Development, to suspend all prospecting activities, legal and illegal exploration, or similar activities in mining matters that are being carried out or that will be implemented, in the process of issuing concession contracts that have the potentiality of affecting the Embera Katío Chidima Tolo and Pescadito indigenous communities, until the prior consultation process and informed consent seeking from the involved ethnic communities is exhausted, within the terms and sub*rules established in this order.

9.7 Regarding the invasion, illegal occupation and environment's exploitation and of the state's omission of protection towards the danger of displacement of the involved community.

9.7.1 Perspective of the responding entities directly related to the issue of the alleged state's omission of protection and illegal exploitation of the territory.

9.7.2 Moving forward to the analysis of the actual problem, the Chamber finds proven that the indigenous reservation of Chidima was recognized in three lots and the indigenous reservation of Pescadito was recognized in one lot, through Decisions 005 and 007 of February 20, 2001 of Incora, which has also been accepted by the entities related to the protection process.

Regarding the judicial inspection carried out in the reservations' area by the Court, it was confirmed what was denounced by the petitioners in the following terms:

"(...) the commission proceeded to move through another route in a southwest direction to go across part of the Pescadito reservation. During the course of the way[it was pointed out] the area and the house occupied by an alleged settler, which is documented in photographs 66 through 69 of the referred binder."

"Once the photographs were taken, we proceeded to take back the track to Chidima reservation,

crossing along various lots that are currently used for extensive cattle exploitation and that are adduced to settler Jaime Uribe; in the said lots the use of land for ranching was noted, confirming the brand of the animals with the letters JUC, which is documented in photographs 40 through 45 of digital folder number 3.”

“Once the route on the mentioned lands came to an end, the largest housing concentration of Chidima reservation is reached next to the banks of the Tolo River; once the location of the community was verified, it was noted, on the western lot, separated by a wire fence, the land use for ranching by a settler named Iván Torres.”

In agreement with the above, we could confirm the impact suffered by the environment in the area through the logging of wide areas of forest and the use of the deforested areas for ranching, as it can be observed in the photographs taken during the inspection carried out in the area by the Constitutional Court.

Furthermore, the Court notices that according to the report of Proyecto Redes Territoriales de la Defensoría del Pueblo, which has been referenced in the paragraph dedicated to the Chidima reservation, the entity states:

“(…) it has a total population of 85 people and the titled territory is composed by three sections of land that amount 4,499 hectares granted through INCORA Decision No. 5 of February 20, 2001, becoming the largest reservation in the Colombian Darién; the community has requested that the titling be expanded to the border with Panama, given that the higher part of the Serranía del Darién has traditionally been used by the indigenous peoples for ceremony purposes as well as for gathering medicinal plants fundamental to guarantee the wellbeing of the community.”

The right to territory has been affected by the presence of settlers with right to private property and rights to improvements, every time they were settled in the area previous to the legal constitution of the reservation. Despite multiple requests of the Chidima indigenous community, the State has not carried out the compensation against hidden defects of the Reservation, so that the community can fully enjoy its right to territory. This situation has led to problematic consequences, given that some settlers have been logging the forest with the purpose of earning a higher economic remuneration when it is time to appraise the improvements' value; this timber logging has been carried out without the respective authorization of the environmental authority – Codechocó *, for that reason the community of Chidima has requested in

several occasions the intervention of such entity to take measures in the case to stop deforestation. (Underline not in original text).

Additionally, out of the evidence submitted by the attorneys of the Colombian Commission of Jurists, we specifically refer to the research held in 2008 by engineers Andrea Torres and Ernesto Parra Díaz, called “*Levantamiento de ocupación del suelo de los resguardos Chidima –Tolo y Pescadito jurisdicción del corregimiento Peñaloza, Municipio de Acandí, Departamento del Chocó*”. Within the mentioned research study they carried out verification measurements of the reservation area, the occupied lots, the claimed lands and other risks of occupation. There is documentation of the meetings held with the settlers and detailed photographs of the areas subject to exploitation. Within the recommendations made by the research, the Chamber highlights:

“through a meeting held with the settlers it was evident their intention to solve the lands problem, since they are conscious that their claim is not against the indigenous community but against INCODER, which bears the responsibility for solving such problem”.

It is also remarked the recommendation to reconcile with the deceased Juan Carupia, in the following terms: “reconcile with Mr. Carupia, an indigenous person from the Chidima Tolo community, who claims part of the land of lot 1 with the purpose of not hindering the process that is being carried out”. Finally, the research study “suggests pressuring the acquisition of the properties located among the lots of the Chidima Tolo reservation by Incoder”.

9.7.3 From the previously compared evidence, the Court finds evidence of the State’s omission, through its various entities in charge of safeguarding not only the integrity of the involved ethnic communities but also the protection of the environment. Such circumstances are openly related to the presence of armed forces and the presence of settlers on wastelands among other factors. By virtue of what has been referred, the Chamber finds it necessary that a comprehensive solution to the mentioned problem is addressed.

In this way, as expressed by the Incoder representative, pursuant Executive Order 2164 of 1995, developed by chapter XIV of Law 160 of 1994, in relation to the endowment and titling of lands to the indigenous communities for the constitution, restructuration, expansion and warranty against hidden defects of the indigenous reservations in the national territory, Article 85 of the said Law states:

"ARTICLE 85.*The institute shall study the land needs of the indigenous communities, to the effect of endowing them with the indispensable areas that supply their appropriate settlement and development, and it shall also carry out the study of the titles they present with the purpose of establishing the legal existence of the reservations.

With such objective it shall constitute or expand reservations with lands and it shall proceed to the compensation against hidden defects of those that were occupied by people not belonging to the respective party."

In the same sense, according to the mentioned executive order, Incoder is responsible for performing socioeconomic, legal and land tenancy studies of the indigenous communities with the goal of determining the different aspects related to the possession, tenancy, property, concentration, distribution and availability of the lands. As well as the use and exploitation of the lands that they were occupying and the fulfillment of the property's social function on reservation lands, according to the uses, customs and culture of the respective community; the quality, agrological conditions and use of the lands; the size and distribution of the population, its socioeconomic and cultural situation; the existing basic infrastructure, the identification of the main problems and the quantified determination of the land needs of the indigenous communities. References that allow the Institute and other entities composing the National System of Agrarian Reform and Peasant Rural Development to obtain a clear and accurate vision of an specific territory and its population so that they can take and perform the relevant programs.

On the same note, Article 5 of the mentioned executive order establishes the legitimacy of the socioeconomic, legal and land tenancy study that must be enforced in the constitution, restructuration and expansion procedures of the indigenous reservations. The article specifies that, when dealing with territorial expansion or compensation against hidden defects of the indigenous reservations and their conversion, the studies shall be updated or complemented in those cases in which the needs or suitability deems it appropriate.

According to the Chamber, considering the recommendations of the commission of experts of the ILO and the widely illustrated information regarding the integrity danger in which the Pescadito and Chidima reservations of the Embera Katío ethnicity and the ecosystems of the region are, it can be concluded that it is highly necessary that Incoder and other competent entities analyze the problem and develop a study involving leading and effective measures, contributing to the

materialization of the rights of the mentioned indigenous communities, as well as the most efficient way of protecting the natural resources and the region's environment.

9.7.4 By virtue of the above expressed, the Court will order Incoder that, within (8) days following the service of this order and in the period of 120 days (time period that is supported by Articles 10 and 14 of Executive Order 2164 of 1995), issues a properly founded decision which determines whether there is room for joining or expanding the reservations of Pescadito and Chidima. In the mentioned study the recommendations, reasons and evidence presented in this order must be observed, together with the ones that will necessarily be conducted by the entity and submitted to the process. By breaching this order, the Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER – will be subject to the conduct provided in Article 52 of Executive Order 2591 of 1991.

9.7.5 In regards to the situation of safety and protection needs required by the ethnic communities involved in this action of protection, as it was established in the preamble of this order, the Monitoring Special Chamber of Judgment T*025 of 2004 and its writs of execution transferred to the Fifth Reviewing Chamber the report crafted by the mentioned office on the situation of the Chidima and Pescadito communities of the Chocóan Darién.

The mentioned report specifically points out:

"Report on the situation of the indigenous community in Chidima

According to the reports received from various sources, the indigenous community in Chidima is currently in a high risk situation. The following facts confirm the situation:

1) The vulnerability of the leaders in the resistance processes:

* It has been pointed out that the *Autodefensas Gaitanistas de Colombia* has a list of people to kill, with the names of three leaders of Chidima. For the community, the murder of one of those persons (Juan Carupia) on March confirms the existence of such list and therefore there is a significant level of fear. Additionally, the nephew of another leader allegedly identified in the list, has been pointed out as a FARC informant.

* In Pescadito, the neighboring reservation, which has the same problems as Chidima, a leader (Eliécer Chamarro), was also threatened in the last weeks for boundaries/lands issues (but not by



megaprojects promoters).

* Apparently, the indigenous authorities have decided to remove Oscar Carupia (one of the leaders in the "list") from the area to guarantee his safety.

* The community expresses its distrust in the Army and its capability/will to defend them, because it has been seen marking and numerating trees within the reservation, precisely in the area of the road's path.

* It has been asserted that there is a campaign to intimidate and discredit the indigenous community in the area, and that they think there is no effective protection by the State.

2) The possibility of a fracture within the community:

* Until now, the two reservations in Acandí have consistently opposed the megaprojects. However, there are additional factors pressuring them and limiting their options:

* Presence of the Autodefensas Gaitanistas de Colombia – Besides the threats to the leaders, the Autodefensas Gaitanistas de Colombia has great control (economic, politic, social) in the municipality. The development of these megaprojects and the influx of more businesses to the area represent a very valuable opportunity to create income through extortion. Additionally, officials of a mining company (Grupo de Bullet) accompanied by people not attending their prospection duties have been seen within the reservation.

* Powerful landowners – In the Chocoan Darién there are about six people who own the vast majority of the land, mainly for ranching purposes. Extensive farms surround Chidima and the landowners' stance is very clear: They prefer the megaprojects to be developed in indigenous territories and they are in favor of the megaprojects because they will increase the value of their lands. Their relationships with members of AUC/AGC in the past and in the present are widely known.

* The neighboring communities – The area's Afro*

Colombians as well as the peasants are in favor of the megaprojects and this favors the perspective that indigenous people are the ones who are "against development", "allied with the guerrilla" and impede works that would benefit the local community.

* The municipal authorities are in favor of the megaprojects and there are complaints regarding the high level of corruption in Acandí. Therefore, there is no institutional support to take measures against the risks of the Chidima community.

* The indigenous leadership – Within the reports it is considered that the leadership of the Chidima High Governor is weak, given the level of disobedience within the community. It seems that there are two informal groups of leadership within the community that are more active than the Governor in terms of community mobilization. There is some level of tension in between the two groups that may weaken the capability of the community to be united while facing the current risks and may facilitate that one of the groups be co*opted by the actors and interests at stake (economic and others). Tensions and threats also increase due to the relationships of some leaders with social and human rights organizations as the *Comisión Intereclesial de Justicia y Paz*, which increases the possibility of threats by the AGC.

* There is a high safety risk for the Chidima leaders, due to the likely convergence of economic actors and the AGC's pressure, with severe consequences for the community, which may weaken the indigenous autonomy and unity and, in the worst scenario, cause its political and social fracture and the physical dispersion of the community."

According to the transcribed information, the Chamber finds it necessary, as an urgent protection measure, to move forward with priority in the Safeguard Plan ordered by the Constitutional Court in **Writ 004 of 2009**, which declared that the Colombian State is in the double obligation of preventing the causes of forced displacement of the indigenous peoples and assisting the displaced indigenous population with the differentiated focus that it requires.

For that purpose it ordered the design and



implementation of the Program for the Warranty of the Human Rights of those Indigenous Peoples affected by Displacement (including the Embera peoples' Ethnic Safeguard Plan), which includes the chronogram for its implementation and monitoring, and the components of prevention and attention, as well as the respect for the constitutional rationality criteria on public policies of ethno*cultural diversity.

Therefore, the Court will order the Department of the Interior and Justice that, within a maximum of (2) months beginning with this order, with the participation of the authorities mentioned in Writ 004 of 2009, that is, of the Social Action Office, of the ICBF Office, of the Department of Education, of the Department of Social Protection, of the Department of Defense and of the Office of Comprehensive Action against Landmines Program* , it prioritizes the ethnic safeguard Plan of the peoples identified in this order and the appropriate and effective protection mechanisms that guarantee the survival of the communities. The stated indigenous peoples' authorities must have effective participation in the fulfillment of this order.

In the same manner, the mentioned process must have the accompaniment of the Ombudsman's Office and the Federal Attorney General's Office, and it could have the accompaniment of non* governmental organizations with mandates oriented towards the prevention and protection of the rights of the ethnic communities of the Nation.

9.7.6 Furthermore, it will be ordered to the Department of Environment, Housing and Territorial Development and to the Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechoco), that within the scope of their jurisdictions, but under the philosophy of an articulated work, unfold the necessary measures to preserve and protect the environment in the areas referred in this order, specially by exhaustively verifying the rigorous compliance of the environmental impact and diagnostic studies of alternatives to the projects planned for implementation in the area.

Nevertheless, the Court emphasizes that what is at stake is the sustainable development and the economic growth as a whole; therefore, the exercise of the economic activity must be subject to the environmental rules issued with the purpose of keeping a healthy environment through a reasonable economic development and with the control of the environmental authorities. Thus, the commitment and the social liability of the companies is also required, making it important to clarify that to be socially liable does not mean only complying with legal obligations, but that it is desirable, within a Social and Democratic Rule of Law, that the private initiative goes beyond the simple fulfillment of the legal obligation, seeking to

remunerate the environment or the surrounding from which the economic wealth is derived, that is, the development of the communities where the work is done and to mitigate the negative impact to them.

In conclusion, it cannot be tolerated that the productive system impacts the environment extracting resources and generating waste products in an unlimited manner, and to this regard we insist, what is sought is that development satisfy the needs of the present without risking the capability of future generations to solve their own needs; also, because what is pursued is that the usage of environmental goods for consumption is not carried out falling into social debts for the future of the mentioned generations.

9.7.7 Furthermore, given that the reports and evidence submitted to the file under review do not prove the implementation of measures contributing to the protection of the archaeological wealth likely located under the affected areas, and generally by interventions and works of infrastructure of the studied projects, pursuant Law 1185 of 2008 and related ones, the Court will order the Department of Environment, Housing and Territorial Development and Codechocó to abstain from granting (or revoking if it is the case) the environmental license related to the matter in question that does not comply with the previous requirement pertaining the creation of a Preventive Archaeology program, which must be presented to the *Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh)*, under the appropriate penalty of not being able to carry out any work within the terms of Article 7.1 of Law 1185 of 2008.

9.7.8 Taking into account the replies submitted by the Department of Environment, Housing and Territorial Development to this action of protection, and especially because it was affirmed that such entity has no jurisdiction to authorize the environmental license for the road's construction and the mining exploitation denounced in the cases under review, the Court points out that its participation is final and binding for the authorization of such legal demand, reason why the Chamber finds necessary to warn such Department and Codechocó that pursuant Article 39 of Law 99 of 1993, *"The environmental licenses for mining exploitation, the construction of road infrastructure and forest exploitation permits and concessions, shall be granted by the executive director of the corporation with the prior knowledge of the board of directors and the approval of the Secretary of Environment."*

9.7.9 Likewise, in view of the passivity of the Corporación Autónoma del Chocó (Codechoco) regarding the examined and denounced issues within this action of protection, the Chamber finds it

appropriate to warn the entity that, pursuant **Article 39 of Law 99 of 1993**, the authority beyond the functions corresponding to regional autonomous corporations, has as a main duty of concern, to promote the awareness of the renewable natural resources and of the environment of the Chocoan region and its usage; to promote the use of appropriate technology and dictate provisions for the proper management of the particular Chocoan ecosystem and the rational sustainable exploitation of its renewable and non* renewable natural resources; as well as counseling the municipalities in the process of environmental planning and land use regulation and in the issuance of the regulation necessary for the control, preservation and defense of the ecological and cultural patrimony of the territorial entities.

Similarly, it is emphasized that, pursuant to the law, the entity has as its main function, the protection of the Chocoan environment as special area of ecological reserve of Colombia, of global interest as unique place of the humid*tropics mega* biodiversity. In developing its purpose, The Corporación Autónoma has the obligation to promote the integration of the indigenous and black communities that traditionally inhabit the region, to the process of preservation, protection and sustainable exploitation of resources and favor the cooperation and assistance of the international community to compensate the efforts of the local community for defending this unique ecosystem.

9.8 General measures to guarantee the respect and protection of the ethnic communities of the Nation.

9.8.1 The measures mandated in this order have two goals. The former is to help improve the situation of lack of protection suffered by the Embera ethnicity settled in the north of the Department of Chocó due to the works of infrastructure projected in their territories, as well as the land occupation by settlers, which in its turn affects the ecosystem and the natural resources of the area.

The latter goal is the need to take measures that contribute to the effectiveness of the fundamental rights of the ethnic communities in general. To accomplish this, the Court finds necessary to urgently decrease the disproportionate impact that the various administrative measures authorizing the exploitation of resources and the works of infrastructure have in the cultural and natural wealth of the Nation.

9.8.2 In examining the case under review, the Chamber notes that one of the main negative aspects of the proceeding of the various responding

entities and entities in charge of ensuring the protection of the ethnic communities' territory and the environment, is the clear lack of organization to deal with situations like the ones studied, that obviously have core aspects in common. In regards to the foregoing, in order to contribute to the materialization of a sustainable development scheme that respects the different development views and the balanced exploitation of the environment and natural resources, the Court will order the Department of the Interior and Justice, to create and implement within (8) months, an information and coordination mechanism that allow for the coordination of all the entities involved in this order related with the fundamental right to prior consultation and the achievement of free, prior and informed consent within the terms and points of law of this judgment.

In complying with the aforementioned order, governmental and nongovernmental entities deemed appropriate by the Department of the Interior and Justice, as well as the Ombudsman's office and the Federal Attorney General's Office, to guarantee and successfully achieve the order expressed herein, may participate in the mechanism.

The main goals of this order are focused in ensuring that the social and environmental impact projects related to the development or investment projects within the ethnic territories, implement appropriate measures and mechanisms that minimize the harm that the mentioned processes could have in the capacity of social, economic and cultural survival of the ethnic communities of the Nation. In that regard they must create and implement tools that effectively contribute to the achievement of free, prior and informed consent according to the customs and traditions of the determined ethnic group, in those cases that: **(a)** involve the transfer or displacement of the communities due to the work or project; **(b)** are related with storing or dumping toxic waste products in ethnic lands; and/or **(c)** represent a high social, cultural and environmental impact significant to an ethnic community, events in which, if the evidence indicates so, consent can determine the less harmful option for the ethnic communities.

In the same manner, in taking administrative measures needed to provide the members of the ethnic communities the effective and appropriate resources against acts that violate their right to property use and enjoyment according to their system of collective property. Likewise, it is essential to guarantee that the work's benefits and the resources' exploitation be shared equitably. As well as the mitigation and compensation measures for actual damages.

Additionally and given the information submitted to



the Court related to violent acts of pressure against members of the ethnic communities regarding works and projects that require prior consultation, the respective entities must establish, as mitigating measures, negative incentives regarding violent death or displacement of ethnic communities' members who participate or be recipients of such, resulting as a consequence also the stoppage of the consultation process and the impossibility of executing the intervention work or project. As well, positive incentives must be set related to the achievement of good practices in such processes.

9.8.3 Knowing that the infringement to the fundamental rights of the petitioning ethnic communities has been confirmed, the Chamber finds appropriate, as a measure of acknowledgement and respect to the petitioning indigenous group and especially as a symbolic order of compensation and satisfaction, that the Department of the Interior and Justice coordinate and finance the translation of the relevant parts of this judgment to the Embera language and strategically supply copies of it, within the respective ethnicity, as well as to the educational agencies that it deem appropriate.

9.8.4 In harmony with the points of law expressed and widely reiterated in this judgment, the Chamber finds necessary and urgent to consolidate at a regulatory and real level the rights of the ethnic communities of the country regarding the problems previously referred to; to that extent, the Court will urge Congress and the Presidency of the Republic so that, in the practice of their constitutional and legal jurisdictions, they regulate and through their competent agencies materialize the fundamental right to prior consultation and to free, prior and informed consent of the ethnic groups that make part of the Nation.

9.8.5 The Ombudsman's Office and the Federal Attorney General's Office, through their respective areas, will have the obligation of supporting, accompanying and monitoring the full accomplishment of this ruling, with the purpose of effectively guaranteeing the rights protected herein and the measures taken.

9.8.6 With the purpose of monitoring the fulfillment of this order, the Department of the Interior and Justice and the Department of Environment, Housing and Territorial Development will be ordered that, with the support of the Ombudsman's office and the Federal Attorney General's Office, within one (1) year, render to the Constitutional Court a detailed report of the accomplishment of the measures taken in this order. Without prejudicing the jurisdiction that the magistrate judge has pursuant Executive Order 2591 of 1991.

VII. DECISION

By virtue of the above, the Fifth Reviewing Chamber of the Constitutional Court, administrating justice, on behalf of the people and by order of the Constitution:

DECIDES

FIRST.* TO REMOVE the suspension of the terms ordered to decide this matter.

SECOND.* TO REVOKE, within the matter in question, the ruling rendered by the Civil Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice. In its place, **CONCEDE** the protection of the fundamental rights to prior consultation with the ethnic communities and to existence, autonomy, integrity and cultural and social identity of such peoples, as well as to the natural and cultural wealth of the Nation.

THIRD.* TO ORDER the Department of the Interior and Justice to begin, within 48 hours following the service of this order, the respective processes regarding the prior consultation requested by Acandí City Hall on August 29, 2009, issuing copies to all parties involved in the road planning and execution process, taking into account the seeking of prior, free and informed consent of the community pondering the real alternatives of modifying the layout of the road to the options described in the report of the Ombudsman's office, which lie in the project *Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada (Seccional Urabá)* of the periods June 2008 through 2009 and to the ones that the community and the process determine.

Prior consultation and informed consent seeking must be performed under the criteria and guarantees described in this order. Meanwhile, it is ordered the **SUSPENSION** of the execution of work on the road called Unguía*Acandí or Titumate*Balboa*San Miguel*Acandí, in the section K26*00 through K34*700 in the municipality of Acandí, in regards to the territory of the mentioned communities.

FOURTH.* TO WARN the Corporación Autónoma para el Desarrollo del Chocó (Codechocó) that it must refrain from issuing an environmental license for the road construction, without exhausting prior consultation in the terms and sub*rules set in this order.

FIFTH.* TO ORDER the Acandí City Hall to observe the rights of the indigenous communities of the area and the importance of recognizing and protecting the ethnic and cultural diversity of the Colombian Nation in the terms presented by this Entity's jurisprudence. In order to materialize the above, the Acandí City Hall, through the educational institutions' network belonging to the municipality, must periodically and consistently hold pedagogic campaigns on the matter.

SIXTH.* TO WARN the Interconexión Eléctrica ISA Company that, in case of the project being viable and if during the planning process the potential of affecting the petitioning ethnic communities is noticed, it arranges the participation through the prior consultation process within the terms provided in this order and with greater precautions than the ones it had in the past as far as communities' protection.

SEVENTH.* TO ORDER the Department of the Interior and Justice, Ingeominas, the Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), and the Department of Environment, Housing and Territorial Development, to **SUSPEND** all prospecting activities, legal and illegal exploration, or similar activities in mining matters that are being executed or that will be implemented, in the process of concession contracts with any person, that have the potentiality of affecting on this regards the Embera Katío Chidima Tolo and Pescadito indigenous communities, until the prior consultation process and seeking informed consent from the involved ethnic communities is exhausted, within the terms and sub*rules established in this order.

EIGHTH.* TO ORDER the Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) that, within (8) days following the service of this order and in the period of 120 days, issues a founded decision which determines whether there is room for joining or expanding the reservations of Pescadito and Chidima. In the mentioned study the recommendations, reasons and evidence presented in this order must be observed, together with the ones that will necessarily be conducted by the entity and submitted to the process. By breaching this order, the Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER – will be subject to the conduct provided in Article 52 of Executive Order 2591 of 1991.

NINETH.* TO ORDER the Department of the Interior and Justice that, within a maximum of (2) months beginning with this order, with the participation of the authorities mentioned in Writ 004 of 2009, that is, of the Social Action Office, of the ICBF Office, of the Department of Education, of the Department of Social Protection, of the

Department of Defense and of the Office of Comprehensive Action against Landmines Program* , it **PRIORITIZES** the ethnic safeguard Plan of the peoples identified in this order and the appropriate and effective protection mechanisms guaranteeing the survival of the communities. The stated indigenous peoples' authorities must have effective participation in the fulfillment of this order.

In the same manner, the mentioned process must have the accompaniment of the Ombudsman's Office and the Federal Attorney General's Office, and it could have the accompaniment of non* governmental organizations with mandates oriented towards protecting the safety and the rights of the ethnic communities of the Nation.

TENTH.* TO ORDER the Department of Environment, Housing and Territorial Development and to the Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), that within the scope of their jurisdictions, but under the philosophy of an articulated work, unfold the necessary measures to preserve and protect the environment in the areas widely referred in this order, especially by exhaustively verifying the serious execution of the environmental impact and environmental diagnostic studies of alternatives to the projects planned for implementation in the area.

ELEVENTH.* TO ORDER the Department of Environment, Housing and Territorial Development and Codechocó to abstain from granting (or revoking if it is the case) the environmental license related to the matter in question that does not comply with the previous requisite pertaining the creation of a Preventive Archaeology program, which must be presented to the Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), under the appropriate penalty of not being able to carry out any work within the terms of Article 7.1 of Law 1185 of 2008.

TWELVETH.* TO WARN the Department of Environment, Housing and Territorial Development and to the Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), about the duties and obligations pertaining them pursuant the applicable law established in points **(9.7.8 and 9.7.9)** of this order.

THIRTEENTH.* TO ORDER the Department of the Interior and Justice, to create and implement within a term not greater than (8) months, an information and coordination mechanism that allow the coordination of the involved entities with regards to the fundamental right to prior consultation and the achievement of free, prior and informed consent within the terms and points of law of this judgment.



In complying with the aforementioned order, governmental and nongovernmental entities could participate, as long as the Department of the Interior and Justice, as well as the Ombudsman's office and the Federal Attorney General's Office deem it appropriate to guarantee and successfully achieve the order expressed herein.

The main goals of this order are focused in ensuring that the social and environmental impact projects, related to the development or investment projects within the ethnic territories, implement appropriate measures and mechanisms that minimize the harm that the mentioned processes could have in the capacity of social, economic and cultural survival of the ethnic communities of the Nation in harmony with the applicable law of this order and particularly as specified in point **11.2** thereof.

FOURTEENTH.* In acknowledgement and respect for the petitioning indigenous group and especially as a symbolic measure of compensation and satisfaction, **TO ORDER** that the Department of the Interior and Justice coordinate and finance the translation of relevant parts of this judgment to the Embera language and strategically supply copies of it, within the respective ethnicity, as well as to the educational agencies that it deem appropriate.

FIFTEENTH.* TO URGE Congress and the Presidency of the Republic so that, in the practice of their constitutional and legal jurisdictions, they regulate and through their competent agencies materialize the fundamental right to prior consultation and to free, prior and informed consent of the ethnic groups that make part of the Nation. Through General Secretariat, send a copy of this judgment to the Presidency of the Republic and to the Presidencies of the Senate and House.

SIXTEENTH.* TO ORDER the Ombudsman's Office and the Federal Attorney General's Office, through their respective areas, that they support, accompany and monitor the full accomplishment of this ruling, with the purpose of effectively guaranteeing the rights protected herein and the measures taken. Through General Secretariat, officially communicate in writing the referred entities to coordinate and create the relevant commission for such purpose.

SEVENTEENTH.* TO ORDER the Department of the Interior and Justice and the Department of Environment, Housing and Territorial Development that, with the support of the Ombudsman's office and the Federal Attorney General's Office, within one (1) year, render to the Constitutional Court a detailed report of the accomplishment of the

measures taken in this order. Without prejudicing the jurisdiction that the magistrate judge has, to ensure fulfillment of the protection ruling pursuant Executive Order 2591 of 1991.

A copy of the previous report shall be sent to the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the ILO.

EIGHTEENTH.* RELEASE through General Secretariat the communication provided in Article 36 of Executive Order 2591 of 1991.

Let it be copied, notified, communicated, published and enforced.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Presiding Judge

NELSON PINILLA PINILLA
Judge

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Judge

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretary General

EUROPE



Europe and the rights of indigenous peoples

Loreto Ferrer

The Sámi people of the Scandinavian Peninsula and the Kola Peninsula are the only group in Western Europe to have claimed their identity as an indigenous people under international law. They live in Sweden, Norway, Finland and Russia. Except for those communities living in Russia, the Sámi are politically represented by three national Parliaments and, since 2000, by a joint body called the Sami Parliamentary Council. It is estimated that there are between 50.000 and 100.000 Sámi people. They see their traditional way of life threatened in all four countries, mostly due to projects, policies and regulations curtailing their rights over their traditional lands, territories and natural resources.

The EU and the Declaration

The European Union played a major role fostering the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. This was especially true in the last stages of the long process of negotiation.¹ In 2006, the EU together with GRULAC championed the adoption by the Human Rights Council of the draft submitted by the UN Working Group on the Draft Declaration (WGDD). The EU stated “although it had not been possible to reach agreement on all the articles, the WGDD text presented was the best possible outcome”.² The Nordic countries supported this intervention. Hence, the Human Rights Council adopted the Draft Declaration on 29 June 2006, during its first session. The text was then submitted to the UN General Assembly for consideration.

When, on December 2006, the formal adoption of the Declaration was deferred by the United Nations General Assembly (UNGA) at the behest of African countries to allow for further consultations,³ serious concerns on the future of the Declaration arose. In the months following, informal consultations took place between the main co-sponsors of the Declaration. Germany (then holding the Presidency of the European Union) and Norway

1 For more information on Declaration crafting process and the positions held by regional group see Claire CHARTERS; Rodolfo STAVENHAGEN(Eds.) (2009) Making the Declaration Work . Doc n° 127. IWGIA. Copenhagen.) and IWGIA yearly series “Indigenous World” containing a specific chapter on the UNDRIP.

2 CHARTERS, C; STAVENHAGEN, R. (2009)p123.

3 See Section 1 of this publication on the objections raised by the African Group, found at the root of the GA deferral.

were part of the team that met with the President of the UNGA on 9 February "to ensure that no formal mechanism would be established that could lead to the opening up of the text of the HRC Text and thus to new and interminable negotiations".⁴ The EU position, however, cannot be understood as revealing a monolithic position among its Member States. Some countries, particularly the United Kingdom and France, expressed their concern on the issue of collective rights, as potentially undermining individual rights. The provisions related to self-identification of indigenous peoples and self-determination were also contentious. Nonetheless, all EU Member States committed to the adoption of the Declaration without any changes to the text.

Rightfully, EU Member States were afraid that opening the text up for new changes would jeopardize the support so far granted by indigenous peoples' delegations to the HRC Text. The HRC Text was regarded as the best achievable compromise. The EU Member States, therefore, decided to only accept those amendments that had the support of the indigenous peoples' delegations and "not to participate in any working groups or procedures that might affect the integrity of the Declaration".⁵ The Nordic countries, especially Norway, were the strongest advocates for the adoption of the full text of the Declaration, finally proclaimed on 13 September 2007.

The outspoken EU support for the Declaration did not fade after negotiations came to an end. EU representatives have actively and consistently endorsed the UNDRIP in their statements before human rights bodies and fora:

"EU representatives have actively and consistently endorsed the UNDRIP in their statements before human rights bodies and fora"

"The adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in 2007 advanced the rights and ensured the continued development of indigenous peoples around the world. In line with the Declaration, the European Union seeks to promote the rights of indigenous peoples throughout the world... The European Union hopes to play an active role together with its partners in bringing forward initiatives to secure implementation of the standards set out in the Declaration."⁶

Statement by the spokesperson of HR Catherine Ashton, December 2010

"The EU welcomes the increased international consensus on the Declaration, notably that the four states that had voted against the resolution have in the meantime endorsed it. However, adopting a declaration alone is not enough: realising the rights remains a critical objective and the implementation of the said Declaration a genuine challenge."⁷

Friederike Tschampa, Delegation of the European Union to the United Nations. October 2011.

⁴ Ibid 2. p 129

⁵ The Indigenous World 2008. Kathrin Wessendorf (Ed). IWGIA. p 528

⁶ Statement by the spokesperson of HR Catherine Ashton, on the United States of America joining the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Brussels, 22 December 2010

⁷ 17 October 2011, New York *Statement by Statement delivered by Friederike Tschampa, Delegation of the European Union to the United Nations, at the UN General Assembly Third Committee Item 66 (a): Indigenous Peoples



EU policies and the rights of indigenous peoples

However, there is concern that the above referred proactive speech is often relegated and constraint to human rights and indigenous issues fora. The EU has failed to promote indigenous peoples' rights all across its external action. As an example, the EU has recently been promoting the use of the term indigenous "communities" instead of indigenous "peoples" within the framework of the Convention on Biological Diversity and other environmental negotiations.⁸ This fully contradicts the spirit of the UNDRIP, which is aimed at "peoples" as rights holders. Similarly, the UE has fallen short in mainstreaming the rights enshrined in the UNDRIP in foreign policies related to trade and investment. Hence, the recently signed Trade Agreements with Central America, Perú and Colombia have been widely criticized for not meeting the standards of the EU Human Rights obligations.⁹ ILO Convention No. 169 on indigenous and tribal peoples was not expressly included in the Agreements, although it has been ratified by most Latin American countries and Denmark, the Netherlands, Norway and Spain in Europe.¹⁰

Indigenous issues were first incorporated in the EU development agenda in 1997. In June 1997 the Development Council invited the Commission to present a policy paper on cooperation with, and support for, indigenous peoples. The Working Document set out some guidelines on development cooperation with indigenous peoples of the Community and Member States. The Development Council issued a Resolution in November 1998 "inviting the Commission, with Member States and in cooperation with indigenous peoples, to develop ways of practically implementing the policy outlined in the Working Document."¹¹ Further, the 2005 European Consensus on Development states that "the key principle for safeguarding indigenous peoples rights in development cooperation is to ensure their full participation and the free and prior informed consent of the communities concerned". Also, the rights of indigenous peoples are set as a priority under the European Instrument for Democracy and Human Rights. "The goals are to increase indigenous peoples' rights and capacity to control their own social, economic and cultural development, while enhancing territorial rights and capacity for sustainable management of biological resources."¹² The NGO community working with indigenous peoples, however, believe that, 15 years after the endorsement of the Working Paper, it is time to carry on an in depth revision of the EU development policy with indigenous peoples in the light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. There might be some

⁸ Despite the CDB text literally uses the phrasing "indigenous and local communities", for years there was an unspoken agreement among some Parties to use the term "indigenous peoples" as a vindication of the need to align environmental conventions with human rights standards.

⁹ The EU has an obligation, in the development and implementation of its external action, to respect human rights and foster the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty (Art. 21(2) and (3) TEU and Art. 207 TFEU)

¹⁰ For more information see "European Union: Trade Agreement with Colombia and Peru" submitted to the European Parliament by LSE Enterprise Ltd on behalf of the London School of Economics and Political Science and Consortium Partners. March 2012 (EXPO/B/INTA/FWC/20090/Lot 7/2021)

¹¹ Report from the Commission to the Council *Review of progress of working with indigenous peoples /* COM/2002/0291 final */

¹² http://eeas.europa.eu/human_rights/ip/index_en.htm

space for such task, since the EU High Representative, Catherine Ashton, recently stated that “in the new EU Human Rights Strategy, we have committed to taking a new look at our policy and further developing it in the context of the UN Declaration and in preparation for the 2014 World Conference on Indigenous Peoples.”¹³

Finally, the European Parliament has played a remarkable role in the promotion of the human rights of indigenous peoples. In 1994 the Parliament issued a key Resolution 0059 on “action required internationally to provide effective protection for indigenous peoples”.¹⁴ A number of Resolutions have followed calling on the protection of indigenous peoples in specific countries or situations.¹⁵

“ILO Convention No. 169 on indigenous and tribal peoples was not expressly included in the Agreements”

The regional Human Rights System

The Council of Europe gathers representatives of 47 Member States including all EU Member States, virtually covering the whole European continent. Its goal is to develop common and democratic principles based on the European Convention on Human Rights and other relevant texts. One of its main bodies is the European Court of Human Rights, an international court with the authority to hear cases and issue binding judgments, involving cases of alleged individual and inter-State violations of the European Convention on Human Rights (European Convention).¹⁶ The European Convention mostly enshrines individual civil and political rights. Unlike the Inter-American Human Rights System, the European Court has not developed jurisprudence recognizing collective rights of indigenous peoples based on progressive interpretations of the European Convention (see section on Latin America in this compilation about the Inter-American jurisprudence).¹⁷

Such interpretation, if given in the future, might be useful not only for those indigenous peoples living in the European Continent but, ideally, for other indigenous peoples in the world. There are currently many human rights activists and defender pushing for the recognition of extraterritorial jurisdiction of national and regional court so that Member States as well as private companies can be judged for human rights violations abroad. So far, however, according to the IFHR “There is no defined extraterritorial application of the

¹³ Brussels, 9 August 2012 13115/12 PRESSE 359. On the occasion of the international day of indigenous peoples.

¹⁴ Resolution adopted by the European Parliament in its plenary session in Strasbourg on February 9, 1994 Indigenous peoples A30059/94

¹⁵ See, among others, Resolution on the situation of human rights and indigenous minorities in Argentina; 2000 European Parliament Resolution on native Americans in the US – Dineh; 1995 Resolution on the situation of the indigenous peoples of Brazil;

¹⁶ Also important is the European Committee of Social Rights, which monitors the implementation of the European Social Charter and its Protocol. Additionally, Member States of the European Council are signatories to the 1995 Framework Convention for the Protection of National Minorities.

¹⁷ The Court has however, interpreted article 8 of the European Convention, enshrining the right to respect for private and family life, as providing protection for a minority's way of life. See *Noack and others v Germany* (Appl. No 46346/99 of 25 May 2000; also *Chapman v. the United Kingdom* (Appl. no. 27238/95, judgement of 18 January 2011).



European Convention. It depends mainly on the interpretation of the concept of jurisdiction made by the Court. For areas which are legally outside their jurisdiction, the European Court considers that the responsibility of Member States could be engaged because of acts of their authorities, such as judges, which produce effects outside their own territory. The Convention may also apply where a State Party exercises overall control over an area"¹⁸

After careful review, the editors were unable to find any court ruling referring to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. We have included in this compilation a ruling by a Swedish Court that, despite not directly mentioning the internationally recognized rights of indigenous peoples, falls on the side of the Sámi part recognizing customary land rights to the affected communities. The defenders largely based their argument and portrayal of the Sámi land rights on international human rights law and international standards on indigenous peoples' rights to lands and territories.

¹⁸ See "Corporate Accountability for Human Rights Abuses." March 2012. FIDH. Part III. Chapter I p 102





The Nordmaling Case

Jur. Dr. Mattias Åhrén

Background

The Sami people is indigenous to northern Finland, Norway, Sweden and the Kola Peninsula in the Russian Federation. The principal traditional livelihood of the Sami is reindeer husbandry. Reindeer husbandry is a semi-nomadic livelihood, where Sami reindeer herding communities migrate with their reindeer over large areas. Reindeer herding communities vary in size, but on average consist of a couple of family groups, whom together may hold 6-10,000 reindeer.¹ This is also the case in *Västerbotten County* in northern Sweden, the site of the *Nordmaling Case*. The Sami communities involved in the *Nordmaling Case* migrate roughly 400 km with their reindeer between the summer pasture areas around the Norwegian border in the west, and the winter pasture areas close to the Baltic Sea in the east, with spring and autumn lands in between.

Due to its nomadic nature, Sami reindeer herding land use differs considerably compared with land uses common to the Swedish majority population, such as agriculture and forestry. This has resulted in a complicated relationship with the Swedish legal system. When the Swedish settler population started to gradually colonize the Sami areas some 500 years ago, the Sami and Swedish populations initially enjoyed a relationship without much conflicts or friction. For most parts, the contacts between the two peoples were marked by trade and other exchanges with mutual benefits. This relative order and peace lasted for a couple of centuries. But as the Swedish population grew, conflicts between the Swedish society and Sami reindeer husbandry became increasingly common. These conflicts resulted in the Swedish Crown wishing to establish what rights the Sami population held to its traditional lands, and how these rights related to the rights and interest of the Swedish population. This topic has been subject to discussion from the 1700s to the present day.

When first seeking to establish what rights the Sami reindeer herding communities hold to their traditional lands, the Swedish Crown took a relatively positive position towards Sami

¹ Again, this is on average. There are both larger and smaller reindeer herding communities.

land rights. The Crown considered that the Sami communities held rights to land equal in status with that of the Swedish farming population.² The first Swedish legislation pertaining to the Sami – the 1886 and 1898 Reindeer Pasture Acts – basically confirmed that summer pasture areas in the mountain regions were for the sole use of the Sami reindeer herding communities. In addition, the Acts affirmed that the communities enjoyed winter pasture rights to land traditionally used in the lowland forested areas, irrespective of whether the land was privately owned. Unlike the summer pasture areas, which were demarcated, the winter pasture areas traditionally used were, however, not formally identified.

At the turn of the century, Swedish law hence formally recognized Sami reindeer herding communities' right to land. Notwithstanding, in the early 1900s theories started to float around within academia positing that with their nomadic lifestyle, the reindeer herding Sami could not establish rights to land. These theories were picked up by many legal scholars, Swedish official representatives and parliamentarians. By the mid 1900s, a large part of official Sweden nurtured a sentiment that Sami reindeer herding communities did not enjoy rights to their traditional territories. Rather, it was considered, reindeer husbandry could be pursued only due to a state privilege, which could be revoked at any time. The new negative perception towards Sami land rights was, however, never reflected in any formal change of legislation or other forms of law.

“The Court hence agreed that Sami reindeer herders have established property rights to land, and that such rights, as any other property right, enjoy protection under the Swedish Constitution”

Thus, when the Swedish Supreme Court presented its ruling in the so called *Taxed Lapp Mountain Case* in 1981, the Court did not accept the state privilege argument. In the case, the Sami asserted ownership right to a mountain area in the southern part of the Sami traditional territory. The Sami lost on the merits. Still, the Supreme Court affirmed that reindeer husbandry is not pursued based on a state privilege, but on immemorial prescription. The Court hence agreed that Sami reindeer herders have established property rights to land, and that such rights, as any other property right, enjoy protection under the Swedish Constitution. Article 1 of the 1971 Reindeer Herding Act – which had replaced the 1898 Reindeer Grazing Act without substantial material amendments – was amended to reflect this aspect of the ruling by the Supreme Court. The Supreme Court's ruling in the *Taxed Lapp Mountain Case* hence entailed an affirmation of that Sami reindeer herding communities hold property rights to lands traditionally used, including usufruct rights to privately owned winter pasture areas. But principal recognition of a right is one thing, realization of that something quite different.

Recall that the Sami communities' winter pasture areas were never demarcated. In the 1990s, Swedish land owners in northern Sweden initiated a series of lawsuits, claiming that Sami reindeer herding communities lacked customary grazing rights on their property. The first of these cases, the *Härjedalen Case*, involved the five southernmost Sami reindeer herding communities in Sweden. The Court of first Instance held, and the Court of Appeals

² These were not ownership rights proper according to today's understanding of property rights. But they were the strongest right to land a non noble could enjoy at the time.



concluded, that the onus of proving that customary rights applied to the land owners' property vested completely with the Sami communities. This turned out to be an insurmountable task, for mainly two reasons.

First, the Swedish courts required that the Sami reindeer herding communities provided evidence of their presence in each and every specific property/tract in the contested area. Moreover, the courts relied almost exclusively on written documentation pertaining to Sami presence in the disputed tracts. The courts did not allow themselves to be guided by topography, richness in pasture and other such facts evidencing that a tract is suitable for reindeer husbandry. Had such facts been considered, the courts may have seen that it would appear logical that reindeer husbandry has indeed traditionally been pursued in a tract if, as was undisputed in the case, (i) reindeer husbandry has historically been pursued in the larger area in general, and (ii) the tract offers good reindeer pasture.

Second, under Swedish law, similar to many other jurisdictions, establishing usufruct right to land through traditional use requires two material criteria to be fulfilled. The use must have been sufficiently (i) intense, and (ii) continuous.³ But "intense" and "continuous" are not terms of art. These concepts mean different things to different cultures. For instance, what is considered intense and continuous varies considerably between nomadic Sami reindeer herders and Swedish farmers, who regularly keep cattle stationary within fences. Swedish law has, not surprisingly, given the intensity and continuity criteria more precise meanings based on what is common in land uses typical to the Swedish culture, such as agriculture. In the *Härjedalen Case*, the Swedish courts applied the intensity and continuity criteria derived from Swedish agriculture, despite the fact that the case concerned Sami reindeer husbandry. One could say that the courts treated the reindeer as had they been cow or sheep.

Against this background, the outcome of the case was almost given. It is an almost insurmountable task for a nomadic culture which is oral in nature and aspires to leave no traces on the ground, to document its presence in a particular tract when courts fail to adjust the intensity and continuity criteria to that culture. If measuring Sami nomadic reindeer husbandry against intensity and continuity criteria set by a culture with fenced cattle, one can assume that the court will not find the Sami use of land to have been sufficiently intense or continuous. The Sami communities lost in both the Court of First Instance and Court of Appeals. The Supreme Court decided not to try the case.

In addition to the *Härjedalen Case*, at the time of the ruling by the Swedish Supreme Court in the *Nordmaling Case*, a Sami community had lost a parallel case in the Court of First Instance (the so called *Rätan Case*). Another Sami community had lost by default, lacking financial resources to defend itself before a court of law. Other cases of the same kind were in the pipeline. The entire Sami reindeer herding culture in Sweden appeared to be in danger.

³ In order to establish ownership right, the use must in addition have been sufficiently exclusive.

The Swedish Supreme Court's Ruling in the *Nordmaling Case*

The significance of the *Nordmaling Case* should be understood against the background provided above. Having addressed certain initial formal matters⁴, the Supreme Court turned to the material issues in the case. Doing so, the Court immediately took a principal position of significance to the outcome of the case. As mentioned, in the *Taxed Lapp Mountain Case*, the Supreme Court had concluded that Sami reindeer herding communities' right to land was based on immemorial prescription. A subsequent amendment to the Reindeer Herding Act reflected this aspect of the ruling. It was therefore essentially presumed that Sami land rights in Sweden were based on immemorial prescription. But in the *Nordmaling Case*, the Supreme Court broke with this position. The Court held that Sami reindeer husbandry rights are not based on immemorial prescription, but on customary use.⁵ This conclusion in principle became a cardinal stepping stone for the Supreme Court's argumentation throughout the ruling.

“...in the *Nordmaling Case*, the Supreme Court broke with this position. The Court held that Sami reindeer husbandry rights are not based on immemorial prescription, but on customary use”

Immemorial prescription is a legal institute associated with Swedish real estate law. A right to immemorial prescription is a right relating to an identified property. Consequently, when Sami usufruct rights to land were perceived to be based on immemorial prescription, Sami reindeer herding communities had to prove traditional use of a specific land area legally defined as a real estate. The point of departure for every law suit was always the real estate, and Swedish real estate law.

In the *Nordmaling Case*, the Supreme Court took an almost reversed position. Having inferred that the legal ground for Sami reindeer husbandry is not immemorial prescription, but customary use, the Court inferred that it follows from this principal conclusion that what the case must examine was not what third party rights burden a particular real estate. Rather, the relevant fact is where Sami reindeer herding communities have traditionally pursued reindeer husbandry.⁶ The significance of this principal conclusion becomes apparent when turning to the Supreme Court's analyses of whether the reindeer husbandry communities' customary use of land fulfilled the intensity and continuity criteria.

The Supreme Court held that the case examining not what third party rights burden a real estate, but where Sami reindeer herding communities have traditionally pursued reindeer husbandry, *requires taking into consideration the particular characteristics of reindeer*

⁴ *Nordmaling Case*, paragraphs 1-4

⁵ *Nordmaling Case*, paragraphs 5-10

⁶ See *Nordmaling Case*, paragraph 10. The Supreme Court also added that the collective nature of reindeer husbandry implies that it is not necessary to establish that the particular reindeer herding community, analyzed in isolation, has used the land area in question sufficiently intense and continuous. Rather, the community is allowed to rely on use also by other reindeer herding communities, when establishing right to land. This aspect of the case is important, as well. Over the years, there has been considerable migration among and within the Sami reindeer herding communities, not uncommonly as a result of forced reallocation. In certain parts of the Sami traditional area, it would therefore be associated with great difficulties for reindeer herding communities to establish right to land, if only allowed to rely on its own use.



husbandry.⁷ Applying this principle to the continuity criteria, the Court held that when determining how long interruptions can be accepted without the use being characterized as discontinuous, one must consider the manner in which reindeer husbandry is pursued. Rights to reserve pasture areas can be established also through relatively infrequent and irregular use, according to the Supreme Court.⁸ With regard to the intensity criteria too, the Court emphasized the need to take into account the characteristics of reindeer husbandry. The Court noted that reindeer husbandry requires large areas, due to *inter alia* that richness in pasture varies from year to year. The Supreme Court further observed that varying weather conditions result in various pasture areas being suitable for grazing from year to year. At times it is necessary to rest a pasture area for a number of years, in order to allow the lichen to grow back again. In conclusion, the Court held, an intensity criteria accustomed to the particularities of reindeer husbandry can be fulfilled despite the fact the area in dispute is not used on a regular basis, but rather to varying degrees from year to year, and with occasional longer periods of non-use.⁹

The Supreme Court did not fully accept the reindeer herding communities' argument that the burden of proof should be fully reversed. But the Court eased the burden of proof compared with previous similar cases, holding that the particularities of reindeer husbandry and the Sami culture should be considered also when evaluating the evidence.¹⁰ For instance, rather than relying almost exclusively on written documentation, the Supreme Court opened up for consideration of topography, richness in pasture etc.

Applying intensity and continuity criteria accustomed to reindeer husbandry, the Supreme Court held that general findings by governmental committees and similar surveys carried out in the late 1800s and early 1900s¹¹ sufficiently evidenced the Sami reindeer herding communities' traditional presence in the area. The Court found in favor of the communities, concluding that they had established property rights in the form of usufruct rights to the entire area in dispute. Also when establishing the geographical scope of the reindeer herding communities' rights, the Supreme Court allowed itself to be guided by the characteristics of reindeer husbandry. Having inferred that reindeer husbandry had traditionally been pursued in the *Nordmaling* area in general, the Court simply assumed that since the entire *Nordmaling* municipality offers good reindeer pasture, logically, reindeer husbandry must have been pursued in the entire area.¹²

Beyond Nordmaling

The *Nordmaling Case* is a genuine landmark case. As an immediate effect, the land owners in the mentioned *Rätan Case* withdrew their lawsuit against the Sami reindeer herding community. Assumingly, the land owners realized that following the *Nordmaling* precedent, they stood little chance of winning the case. One can presume that

⁷ *Nordmaling Case*, paragraph 12

⁸ *Nordmaling Case*, paragraph 12

⁹ See the *Nordmaling Case*, paragraph 56. In line with the Supreme Court's outlined view on the continuity and intensity criteria, the Court gave no weight to the concept of "tract", which had played such a prominent role in the rulings in previous similar cases.

¹⁰ *Nordmaling Case*, paragraph 19

¹¹ *Nordmaling Case*, paragraphs 31-48

¹² *Nordmaling Case*, paragraph 56

following *Nordmaling*, no more lawsuits pertaining to Sami reindeer herding communities' right to winter pasture will be filed in Swedish courts.

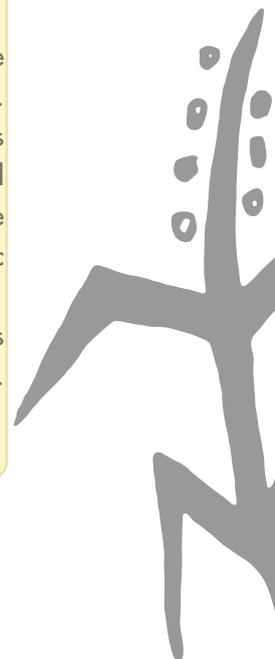
But the effects of *Nordmaling* go beyond the obvious. *Nordmaling* has given an enormous confidence boost to the entire Sami reindeer herding community. The reindeer herders have been strengthened in their fight with competing interests, which in addition to land owners include e.g. industry. A law suit where a Sami reindeer herding community claims exclusive hunting and fishing rights in the summer pasture areas is ongoing. The community is confident to win the case, a sentiment shared by most legal experts. If the community is successful, this constitutes a precedent allowing other reindeer herding communities to claim exclusive hunting and fishing rights in their summer pasture areas too. Further, having accustomed the continuity and intensity criteria to the Sami culture, why should the Supreme Court not accustom the exclusivity criterion as well? This would place the Sami reindeer herding communities in a position to claim ownership rights to waste areas in the Swedish mountain regions, as they have traditionally used these areas more or less exclusively.

Still, hopefully *Nordmaling* marks an end to * and not the beginning of – multiple lawsuits on Sami land rights issues. But that requires the Swedish government and parliament to realize how much *Nordmaling* has strengthened the bargaining position of the Sami reindeer herding communities. Swedish representatives have to sit down with the reindeer herders and work out a political solution based on their rights, securing the Sami reindeer herding communities' possibility to pursue Sami reindeer husbandry on their traditional land, also in the future.

Regardless whether the future solution is political or legal, *Nordmaling* marks a turning point in the Sami reindeer herders' fight for respect for their rights and culture. And all it took was a Swedish court to look at reindeer and see a reindeer – and not cow.

“The reindeer herders have been strengthened in their fight with competing interests, which in addition to land owners include e.g. industry”

Mattias Åhrén comes from a Sami reindeer herding community in Sweden. He is a doctor of law at the University of Tromsø, and holds Master of Law degrees from the Universities of Stockholm and Chicago. Åhrén has served as Junior Judge at Stockholm District Court and as an associate at Danowsky & Partners law firm in Stockholm. He heads the Saami Council's Human Rights Unit since 2002, and has represented the Sami people in various international processes, e.g. in the negotiations on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Åhrén was also a member of the Expert Group that crafted the Draft Nordic Sami Convention. He represents Sami reindeer herding communities in domestic and international processes, in particular vis-à-vis the extractive industry. In addition to human rights fora, Åhrén has participated actively in international processes pertaining to indigenous peoples' cultural heritage, e.g. under the auspices of WIPO and the CBD.



THE MATTER

Customary right for winter reindeer herding

APPEALED AGAINST THE DECISION

Court of Appeal for Upper Norrland Court 2007*09*19 in case T 155*06

VERDICT

The Supreme Court rejected the appellants in the first alternative claim. The Supreme Court established the Court of Appeal judgment.

The appellants' should jointly compensate the counterparties for costs incurred in The Supreme Court, Rans Sami community with 1 266 170 SEK, of which 1 056 666 SEK concerns attorney fees, Umbyn Sami community of 1 238 343 SEK of which 1 056 666 SEK concerns attorney fees, and Vapstens Sami community with 1 260 100 SEK, of which 1 056 666 SEK concerns attorney fees. The compensation shall be paid with interest according to paragraph 6 § Interest Act from the date of the Supreme Court's judgment until actual payment.

The appellants' claim for reimbursement of costs left without approval.

MOTIONS IN THE SUPREME COURT

The claimants (landlords Nordmaling municipality) has applied primarily to the Supreme Court that any customary right to reindeer husbandry is not borne by their properties. In the alternative, the landlords contend that the court declare that each of Ran, Umbyns and Vapstens Sami community

lacks a customary right to engage in reindeer herding on the respective landlords property in Nordmaling municipality. Furthermore, the property owners contend that the Court relieves them payment compensation for legal costs in the court of appeal and to order Sami communities to pay compensation for their costs in the District Court and the Court of Appeal.

Sami communities contest change.

The parties have claimed costs in the Supreme Court.

GROUND

Sami's permission to respond in the case

1. The Property owners contend primarily that the Supreme Court declare that any customary right to reindeer husbandry is not borne by their properties. According to § 1, second paragraph of the Reindeer Husbandry Act (1971:437) the Sami population have the right to reindeer husbandry. Given that the property owners action were only directed against three of the Sami communities in the whole country, the question arises if they are competent to respond to a case of collective reindeer herding rights as such.

2. A Sami community has the objective to, for the welfare of its members, pursue husbandry within the community's grazing area (§ 9 first paragraph Husbandry Act). It represents its members on issues related to reindeer herding rights, or their common interests in the reindeer industry in general (§ 10, second paragraph). There is no provision in the Reindeer Husbandry Act that gives the Sami community authority to represent anyone other than its members or to deal with anything other than the village grazing area and the members' common interests within reindeer husbandry in general. The Reindeer Husbandry Act identifies no jurisdiction to protect the Sami population's right under § 1, second paragraph (compare the provisions on the Sami Fund in § 28 second paragraph).

3. Due to the design of the law, the Sami communities lack the capacity to respond to the proceedings at a wider scale than that of their own Sami community. Property owners' primary claim should be dismissed and the case should only consider their alternative request.

4. Ran Sami Community has indicated that its members do not conduct reindeer husbandry on any of the properties involved in this case. Umbyns and Vapstens Sami communities have, each on its own behalf, stated that some of the properties in this case are located outside the community's reindeer husbandry area and that its members are not engaged in reindeer herding on such property. In cases where an action against any of the Sami communities involve a property where the Sami village members do not engage in reindeer herding, it is considered that the case relate to rights that the communities base on the Sami people's collective rights.

Customary rights

5. In § 1, second paragraph of the Reindeer Husbandry Act it is further stated that the reindeer herding right is based on immemorial custom. The section received its current form in 1993. It is clear that the quoted section of the paragraph was intended to clarify the origin of reindeer herding right. It was considered of importance for the reindeer herding Sami's position and security in their nourishment that it was underlined that the right to pursue reindeer husbandry is fundamentally built on ancient claims and not to the grant or legislation. (See Govt. 1992/93: 32 P. 90.) The change in the law occurred in conjunction with the

Supreme Court's ruling in the Taxed Lapp Mountain Case (NJA 1981, p 1), where the Supreme Court held that the right to pursue reindeer husbandry was ultimately based on immemorial prescription.

The second paragraph only covers information regarding the origin and legal nature of reindeer herding rights. The text has no legal consequences linked to this information. This information does not give insight nor is it useful regarding the question as to what extent the Sami communities hold rights to reindeer grazing on the property owners' property.

6. The relevant legal norm to be applied in the case is to be found in § 3, first subparagraph, of the Reindeer Husbandry Act. It states * in relevant parts * that reindeer may be conducted from 1 October to 30 April, within those areas outside the demarcated Sami reindeer grazing mountains where reindeer herding is conducted by age at certain times of the year. As can be inferred from the motives, this did not intend to imply any substantive changes with respect to the previously existing law and in the government bill presenting the Act referred to the legislative history of the 1928 Reindeer Grazing Act (see prop. 1971:51 p 158).

7. The Act (1928:309) on the Swedish Samis right to reindeer herding in Sweden were mentioned in the corresponding provisions on the districts which the Samis "after the old custom" visited with their reindeer. The government bill contains no further explanation of the phrase "after old custom". It is clear that no alteration of the law was intended. In the previous Reindeer Grazing Acts, both the 1898 Act as well as the 1886 Act, the same expression was used. No further meaning of the expression could be found. However, investigations regarding where customary rights to reindeer herding actually existed are reported.

8. It has never been prescribed by law that the Sami are entitled to winter grazing only to the extent where they can refer to such a right with support based on the rules on the immemorial custom in Chapter 15 of the old Land Law Code. The old Land Law Code refers to "old custom" or "of age". These terms may be considered synonymous. In the preliminary work references to immemorial prescription were not made frequently. When references are made it is usually used as an argument that the old custom should be applied as the rule of law. True, the bill to the current Husbandry Act does quote from a statement in the 1928 bill. It is stated that in disputes, the customary rights' applicability shall be tried by courts of law on the basis of such evidence that would have been required as proof of immemorial prescription (see prop. 1971: 51 P. 158). It should however be noted that this statement only applies to the evidence, and it dates from a time before the current Code of Judicial Procedure was inferred, which is based on the free trial proof principle.

9. In conclusion, it is considered that there is no support in any legal text or preparatory works for the position that the old Land Law Code's norms on immemorial prescription should be applied to determine rights to winter grazing. It is also noted that the rules in Chapter 15 of the old Land Code are less fitted for the assessment of the nomadic Sami reindeer herding rights.

10. The applicable rule is thus the provision in § 3 Husbandry Act that the Sami are entitled to winter grazing in those areas where reindeer herding is conducted by age at certain times of the year. What is to be examined is where the Sami after old custom do engage in reindeer herding. It must then first be determined what characterizes such a custom, and although the old Land Law Codes norms on immemorial prescription are not to be applied, some guidance can be retrieved from the application of this legal institution. However, a more liberal assessment can be made at times, based on how the reindeer herding is actually conducted. It may be added that the reindeer herding's collective nature means that there is no need to clarify what Sami has engaged in reindeer herding from time to time in the area where the customary rights is sought; Sami from different Sami communities can contribute to, uphold and maintain the customary rights.

11. It appears from the text of the law, that customary rights to reindeer herding may be fully exercised under the provisions of the Reindeer Husbandry Act. No restrictions are provided, such as that the reindeer herding can only be conducted in the wait was when the customary rights were established. However, even without statutory regulation, it may be assumed that the customary rights cannot be extended without restraint so that the reindeer herding causes property owners damage or injury to a much greater extent than was the case when the right was established. (Cf NJA 1982 Page 69.)

12. The first question is what time perspective that lies in the terms "of age" and "according to old custom." An underlying thought must simply be that the Sami have the right to practice reindeer husbandry where they have usually done so. It must be an actual practice that is well established and accepted. How long it takes to establish a right to winter herding in a particular region cannot generally be specified in years. In regards to the nature of reindeer husbandry, it takes more than a generation, and the period of 90 years that is usually required to establish rights through immemorial prescription can be a reasonable starting point. For the winter grazing to be characterized as a custom it has to be relatively frequently recurring. As to how the long interruptions may be accepted during the time when the right is established is determined by the manner in which reindeer herding is conducted.



With regard to reserve pasture areas, rights can be established although the reindeer graze on such areas relatively infrequently and irregularly. Since Chapter 15 of the old Land Code does not apply, paragraph 6 § Law (1970:995) on the introduction of the new Land Code is not relevant and there is no reason to hold that customary reindeer herding rights can not be established after 1971

13. Chapter 15. 1 § of the old Land Code on immemorial prescription requires that the possession has not been "restrained and claimed for". A similar requirement should apply to Saami customary rights to winter grazing. By indicating clear and valid objections a landowner can thus preventing the customary right to arise. Once the customary right has been established, such protests, however, cannot result in the termination of the right.

14. In the event the Court should conclude that the Sami communities have established customary rights to winter grazing on the property, the property owners argue that this right has expired due to inaction on the Saami communities' side. Given how the reindeer herding right legally regulated, it is, however, not easy to envision how it can ever be terminated other than in accordance with § 26 Husbandry Act. The right is a civil right and is held by the Sami population as a collective. It may be exercised by each Sami who is a member of a Sami community. This right is in principle, not transferable, and the possibility to sublet the right is restricted. (see Bengtsson, Sami Law * An Overview, 2004, p 56). The division into community areas, which are made by the Sami Parliament, is administrative in nature and does not change the fact that the reindeer husbandry right is a civil right. It can be argued that if one Sami community waive its reindeer herding right to a grazing area, the right does not cease to be, but can be practiced by members of other reindeer herding Sami communities. On the other hand, it may be regarded as inconsistent if a Sami community's action can establish reindeer herding rights, but not that it ends. The regulation does not seem well thought out. One possible solution is that a reindeer herding right ceases to exist due to a Sami community refraining from using the grazing area, but only with respect to that Sami community. If another Sami community then begins to pursue reindeer husbandry in the area based on the customary right, the original community will later be able to resume reindeer husbandry with the support of the unexpired collective reindeer husbandry right law. For a Sami community's reindeer husbandry right to cease, it must in any event be clear that the community has indeed intended to waive its right. The burden of proof must be considered to vest with the property owner. Circumstances beyond the Sami community's control, such as a power plant construction, preventing the Sami from using a particular area for reindeer husbandry does not automatically imply that the Sami community has waived its right to reindeer herding in the area.

Burden of proof etc.

15. Pursuant to Chapter 15 of the old Land Code, anyone who claimed rights based on immemorial prescription had the burden of proving his claim. The Sami communities have questioned whether not the burden of proof should be distributed differently in a case such as the present one. However, there are good reasons to apply the old burden of proof rule with regard to Sami customary right to winter pasture. It is another matter – as the Sami communities have also pointed to* that is that the false burden of proof can vary between the parties (see Ekelöf Others, Trial IV, 7 ed 2009, p 87 f.)

16. The Sami communities have further argued that they should be in receipt of a reduced burden of proof with regard to the claim that they have the right to reindeer herding on the counterparties' properties. They have put forward that they have particular difficulties in providing evidence due to the fact that the Sami are a people without written records, and whose story is based on oral tradition. They have also pointed out that several written sources have disappeared, e.g. in a fire in 1888 in Västerbotten County Administrative Board's archives.

17. What the Sami communities have put forward suggests that there are particular difficulties associated with investigating where reindeer herding has been pursued throughout history. However, this fact alone does not necessarily justify an evidence*relief for the Sami side, on the expense of the property owners. It is not clear that the property owners are in a better position to present evidence of facts relevant to the case. Moreover, one can not rule out the possibility that the property owners too, would have been able to find materials in the ruined county archives in support of their cause.

18. In support for an evidence*relief, the Sami communities have further argued that the reindeer herding right is a slight burden for the property owners, that there are other difficulties associated with proving the presence of reindeer herding than those mentioned above, the Sami have not had reason to believe that their right was called into question, that relevant documentation that has been prepared by Swedish authorities without purpose to document the presence of reindeer herding, that considerable financial resources are necessary to seek out evidence in support of the Sami communities' claim, and that the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination has called on Sweden to amend the rule of evidence in cases such as the present one. These arguments too, are not sufficiently compelling to conclude that the Sami communities should receive evidence*relief in a civil action against individual property owners, who cannot just be assumed to be in a better position to present evidence in the case.

The characteristics of reindeer herding

19. There are hence not sufficient reason to, set aside the rules of evidence usually applied in civil cases. It is another matter that the particular circumstances of the case shall be considered in the assessment of the evidence. The principle of free evaluation of evidence shall be applied, implying that the particularities of reindeer herding and other factors invoked by the Sami communities should be considered when the evidence is evaluated.

20. The Sami communities have elaborated extensively on national and international norms pertaining to the rights of the Sami as a minority and an indigenous people. They have also asserted that exploitation of natural resources in the north has negatively impacted on the Sami's ability to pursue reindeer husbandry in a traditional manner in their traditional territory. These arguments offer the Court the opportunity to emphasize that any potential shortcoming of the state in this regard can not, in proceedings between the Sami communities and property owners, justify depriving the property owners of any rights, is in favor of the Sami communities. The fact that Sami needs to retain its right to winter grazing in order to practice reindeer husbandry is not a relevant argument in this case, which concerns precisely whether the Sami communities are in position of the right to winter pasture they assert.

"Tract"

21. The word "tract" is used in the current Reindeer Herding Act, as well as in the previous reindeer grazing acts, to denote an area where customary rights to winter pasture may occur. The parties have presented different positions as to the meaning of the term in the context of the size of the winter grazing areas. The Sami communities argue that the term must be understood to refer to extensive winter grazing areas, while the property owners posit that the term refers to a strictly limited areas.

22. In common parlance, the word "tract" can not be said to have any special meaning indicating an area's size. It has no connection to registration of land property, nor to the administrative organization of Sweden's land mass. None of the preparatory works to any of the four laws on reindeer husbandry refer to the term. There is therefore no reason to assume that the legislature has placed any particular meaning in the word. The reference to "tract" in the Act can therefore not be understood as indicating the extent of the areas to which there is customary rights to winter pasture. The geographical scope of the reindeer herding rights must instead be determined by what the evidence presented in the case show as to where reindeer herding has traditionally been pursued. In doing so, what shall be considered is how reindeer husbandry commonly use the land.

23. When evaluating the issues at state, it is important to consider how reindeer herding is actually conducted. The Sami communities have emphasized that the reindeer herding exhibit characteristics rendering it unique. They have asserted amongst other things the following, which has been largely unchallenged by the property owners.

24. The reindeer has existed in Sweden since the Ice Age. The wild reindeer became extinct in the 1800s. The reindeer found in Sweden today is domesticated, although its original life patterns remain the same. In 2009, the number of reindeer in Swedish amounted to around 200 000 animals. The number of reindeer varies in cycles, depending on external factors such as the availability of lichen, conditions in the calving areas and the size of the predator population.

25. Reindeer herding is conducted in Sweden in two forms, forest reindeer herding, which use various types of vegetation in coniferous forests throughout the year, and mountain reindeer herding, which is conducted in grazing areas in the pine forest in the winter and in the mountains during the summer. The oldest form is forest reindeer herding, which in spring, summer and autumn are located in forested areas below the administrative cultivation border line. It is by its nature relatively stationary. Also the forest Sami were in older times at times forced to move to the coast to find pasture for their reindeer. Mountain reindeer herding is based on a different type of land use than forest reindeer herding, with long annual migrations between summer the pasture areas in the high altitude mountains in Sweden or even sometimes, all way down by the Norwegian coast, and the winter grazing areas in the forested areas down by the Baltic coast.

26. Until the mid 1900s the reindeer herders followed the herd on foot and on skis during the winter. They were assisted by dogs. Today, other means are used to move the reindeer such as snowmobiles, off-road motorcycle and in some cases helicopters. Other means are also used, such as the Internet, GPS and cell phone. Truck transport may also occur over long distances as obstacles in the terrain makes it impossible for the Sami move the reindeer on foot.

27. The reindeers relevant to the current case migrate each year from the mountain areas bordering to Norway down to the Swedish coastal areas and back. Various factors determine the reindeers' migration paths, but mostly where it can find pasture. The reindeer has a unique ability to digest and absorb the energy content in lichen. In winter, reindeer lichen represents up to 90 percent of the dietary intake. If the reindeer can not access the ground lichen, for instance because of a hard



snow crust, tree lichen may be an option. Another factor determining the migration paths is the reindeer cow's instinct to return to the calving grounds. The reindeer's migration pattern is also affected by human intervention in the terrain, such as motorways and railways.

28. One factor which every year directly impacts on the choice of migration paths is the weather conditions during the winter. There may be cases of extreme cold, heavy snow, periods of thaw resulting in snow crust, strong winds during the rainy and humid conditions and low temperatures resulting in ice*sleet on the ground, etc. The reindeer and the reindeer herders may then be forced to find other grazing areas than planned. However, moving the reindeer consumes energy and it is important to conserve pasture and the animal's strength. The reindeer herders therefore do not move the herd further down towards the coastal areas than necessary.

29. Winter herding can be divided into ordinary winter pasture areas and reserved pasture areas (pasture used due to icing on the ground or to other extraordinary circumstances). During normal climatic conditions, during regular winters, the Saami communities' reindeer usually roam themselves towards their regular winter grazing areas. During winters with irregular weather conditions, the reindeer move to the reserve pasture areas, which usually have good snow and pasture conditions.

30. Lichen grows slowly. In an area that has been subject to intense grazing, it takes a couple of decades for the lichen to grow up again to full size. For this reason, the Sami must periodically switch pasture areas.

The assessment of the case

31. Nordmaling municipality covers an area of about 30 x 40 kilometers at the coast of the Baltic Sea in the southernmost part of Västerbotten County. The property of the property owners that have sued the Sami communities are spread throughout the municipality, most sparingly in the western parts. In a partial ruling of October 11, 2006, which has become final, the Court of Appeals, without decision on the merits, affirmed the Court of First Instance's ruling with regard to sixteen of the property owners who had appealed the Court of First Instance's ruling. Also these properties are scattered around the municipality.

32. The presence of reindeer husbandry in various areas has been subject to investigation by governmental commissions at various times since the preparatory works for the first Reindeer Grazing Act. That Act was prepared by the 1882 Lapp Committee, which in its report made certain remarks as to Sami migration paths. These

are fully reproduced in the ruling by the Court of First Instance. Here, reference is only made to the parts (p. 43 ff. of the report) that has also been touched upon by the Court of Appeals.

Ran Lapp village Sami migrate east in December towards the coast, sometimes right down to the sea, and then march, like the other Lapps in this county, not only along and between rivers, but preferably more in a straight east to west line so that they cross the rivers. Their places of residence during the winter are determined primarily by the persons' dwelling places from which they received reindeer to care for. These *Mountain Lapps*, as well as the Sami of the County of Västerbotten in general, has a reputation of diligent caring for their reindeers. Gran Lapp Village follow the same migration paths as Ran Lapp Village Sami during both summer and winter. When the snow falls, the Lapps of Umeby and Vapsten Lapp Villages migrate east either to the forests around Lycksele, or, more commonly to the coastal areas. There, they stray without any real order across and along the valleys, not uncommonly all the way down to the coast. The Lapps of Vilhelmina and Doroteapariishes migrate east already in November towards Asele and Fredrika but then continue further east along the Angerman River, right down to the coast, where they even nest near Härnösand.

33. In its consideration, the committee argued, *inter alia*, as follows (p. 66 of the report).

During the winter, the Lapps of Norrbotten and Västerbotten Counties are allowed to frequent areas outside those they are referred during summer, to migrate in such ways they have traditionally done, including on private land. To the extent these winter migration paths do not go outside the Lapp demarcated land, they are explicitly authorised by the said paragraph in the Royal Decree. Many Lapps do, however, migrate further down to the northern coastal areas. No particular legislative act proclaims such a right; but since such migrations by the Lapps have occurred since time immemorial, without being contested,, one must assume that they are based on custom.

34. Four members of the Supreme Court criticized the committee's proposal that the Lapps' customary rights should be codified in a legislative act. With regard to this criticism, the minister (Bill 1886 No. 2 page 34 f) reminded that the Lapps' customary rights to migrate with their reindeer in winter time from the mountains down to certain populated northern coastal tracts for winter pasture in forested areas had occurred since ancient times and had never meet any resistance from the sedentary population. The coastal population had never complained about the presence of the Lapps during the winter. –The minister continued:

Against this background, and when the Lapps themselves regard their winter migration as a right

that vests with them due to use since time immemorial, there appears to be every reason to assume that the Lapps' migration during the winter to the tracts that they have customary frequented must not merely be an intrusion which the resident population has tolerated, but a genuine right, even if no legal provisions in support of this right yet exists

35. When the Parliament addressed the Bill, the special committee—as noted by the Court of First Instance – approved the proposed legislation and stated that the Lapps' migrations in wither time across private property is an immemorial and presumed custom, although not explicitly confirmed in law, which is based on a real right, the right to pursue the livelihood which constitutes the pre* condition for their existence as nomads on the earth whose first holders they were.

36. The conclusion of the legislative process was thus that the Sami in 1886 had established a customary right to winter grazing, which according to the 1882 Lapp Committee could be invoked in the coastal areas of Västerbotten County, all way down to the sea. It is not clear whether the grazing rights was perceived as pertaining to the entire coastal areas or whether it was limited to certain areas, and, if so, to which. As the Court of Appeal has pointed out, however, no circumstances have been revealed indicating that reindeer herding has not been carried out in Nordmaling.

37. From the facts in the case it is clear that the Committee had qualified composition. Therefore, there is reason to believe that its conclusion were not well founded. As the Court of Appeals has also noted, no objections were made with regard to the Committee's proposals by the County Board of Västerbotten County. The County Board's response to the proposal also shows that there had been advertised meetings where both the resident population and the Lapp population in the parishes primarily affected by the draft legislation had been offered the opportunity to comment on the proposal. It can also be noted that two of the members of the Committee were related to Nordmaling

38. Attached to the 1882 Lapp Committee report was a map, the so*called Hahrs map, which the parties have noted. The following is stated about the map (p. 22).

Since, as remarked above, reindeer herding is pursued differently in different parts of Norrland, a picture over the reindeer herders' and the settlers' relationship can not be painted unless a description over this relationship is made for every Lapp parish in areas close to the coast as well as in Jämtland and Härjedalen Counties. In order to make this survey intelligible and lucid, the Committee has supplemented the attached examples of Hahrs map over northern Sweden with migration paths, taxed Lapp mountains etc.

39. On the map, there are drawn dotted lines, starting in Norway and going through the inner parts of northern Sweden and in to Västerbotten and Angermanland Counties. There is no explanation on the map as to what the dotted lines represent. The property owners have asserted that the dotted lines represent migration paths and that, since the lines end in the inner parts of Sweden, the migration paths did not go all the way down to the coast. The Sami communities, on the other hand, have posited that the dotted lines do not represent migration paths but rather borders between the different Sami communities' reindeer grazing lands. In the absence of an explanation on the map as to what the dotted lines represent, it cannot be sufficiently established what the dotted lines represents, and one cannot give any significance to the map as evidence.

40. When the Reindeer Grazing Act had been in force for some time, the 1895 Lapp Legislation Committee was established, tasked with analyzing the effects of the Act and to propose improvements. During 1895, the Committee met with the settler population and the Sami, e.g. in Lycksele on 10 August 1895. In § 2 in the protocol from the said meeting, one can read e.g. the following.

As regards the migration, the following was presented:
that most of the Sorsele Lapps migrate along Vindelns, Uman's and the Jukta River's watercourses down towards Degerfors and Umeå, although a few families migrate further north to Norsjö, and occasionally all the way to Skellefteå; and that some Sorsele Lapps still migrate to Norway, but only to the mountain areas close to the border;
that most of the Tärna Lapps migrate on both side of the Uman River to Degerfors and occasionally down to the coast, although the south..side of the parish move along the Ore River to Orträsk and Bjurholm; and that the same Lapps' migration to Norway reaches the Rösvattnet lake, from which roaming reindeer reaches the vicinity of the church of Hattfjelldalen;
that the Lapps of the north of Villhelmina parish use to migrate along the Gideå and Lögde rivers across Asele, Hällan and Anundsjö down towards Ornskölds vik and Nordmaling; that from the south of the parish the migration goes, pass Asele and Fredrika churches along the Angerman River towards the coast and Härnösand and also further south all the way to Häggdånger; in addition the Lapps from the the parish use to move into Norway, the Lapps from the north of the parish to Hattfjelldalen in Norway and the Lapps from the south of the parish to Grong in North Trondhjems County, in July, August and parts of September.

41. § 3 of the Protocol includes the following comments.



All the Lapps reported that it was necessary for them to, when deep snow or icing on the ground resulted in the reindeers being able to find pasture, to move down to the coastal areas to access lichen; that the migration occurred only as a result of lack of pasture, and not with the intention to make contact with the settler population; and that the Lapps did not consider it possible to stop or restrict the migration to the coastal areas, and added that the migrations had not increased but had rather decreased since 1886, at least as far as the Sorsele Lapps are concerned.

42. In its report (p. 35) the Committee concluded that in the coastal areas of Västerbotten and Norrbotten Counties no attempts had been made to prevent the Lapps' winter migrations. The Committee did not propose any substantive changes with regard to the customary right to winter pasture. When the proposal was circulated, almost no objections were made in Västerbotten County. The provisions on customary rights were given essentially the same material content in the 1898 Reindeer Grazing Act, as in the 1886 Act.

43. The legislation process of 1898 thus concluded that the Sami had customary rights to winter pasture in Västerbotten County all the way down to the sea. There was also explicit evidence in support of that Nordmaling was used for winter grazing.

44. Also the 1895 Lapp Committee had a qualified composition. As mentioned, the committee traveled around in the concerned parishes and interviewed the population. The Committee's report was circulated for comments. The results of the investigation appear to be reliable.

45. At the beginning of the 1900s, new governmental studies on the reindeer husbandry were conducted. In the years 1912 and 1913 interviews were conducted comprising 80 Sami in Västerbottens County. As the Court of Appeals has reported, many of these witnessed that especially during winters with icing on the ground, they migrated to winter pasture areas in Nordmaling or its vicinity.

46. The customary right to reindeer husbandry was also examined by the 1919 Lapp Committee, who in 1920 held "hearings" with both Sami and settlers. The Committee summarized its findings in a report in 1923 (SOU 1923:51). With regard to Västerbotten County, the Committee relied primarily on the information that had emerged from the surveys in 1912 and 1913. The conclusion as far as Västerbotten County was concerned was that it appeared clear that the customary right applied to the county as a whole (a bet. page 104). During the subsequent circulation of the conclusion, it was not criticized, but Nordmaling municipality wanted the law to be amended through legislation.

47. The inquiries in the case demonstrate that the aforementioned reports were carried out in a competent and reliable manner. That is the case even if it should be true—as the property owners have claimed * that the 1912 report was not communicated with the concerned property owners and that the 1919 Lapp Committee did not visit Nordmaling.

48. What has been concluded with regard to the legislation processes that preceded the 1886 and 1898 Reindeer Grazing Acts strongly supports the Sami communities' position in the case that the Sami had established customary rights to winter grazing in Nordmaling already prior to 1886. The continued surveys during the first decades of the 1900s confirm this conclusion. The interview responses as to how the reindeer migrate are formulated in a manner so that it cannot be assumed that they * as the property owners have claimed * referred only to the time when the responses were given. Rather, the answers must be understood as describing a custom that had already been established. It is clear that their conclusions of these surveys were based on solid material, which is now no longer available. This material must be awarded significant weight as evidence in the case.

49. In addition, there is the other evidence that the Sami communities have invoked. A number of witnesses have testified to Sami from time to time having stayed with their reindeer in different parts of Nordmaling. With regard to the turn of the century 1900 and before, these witnesses have been secondary sources, the witnesses have restated what relatives in earlier generations have told about earlier times. Nothing suggests that the settler population then questioned that the Sami had the right to stay in Nordmaling with their reindeer.

50. The property owners have invoked statutes from the years 1723, 1748 and 1757, which in their judgment stipulated that the Sami were not allowed to stay outside their demarcated areas (*Lappmarken*), and have asserted that customary rights could not arise from unlawful reindeer herding. Associate professor Lennart Lundmark has, however, stated that these statutes did not apply to reindeer herder Sami, but only to Sami who lacked "legal defense". It is also clear that reindeer herding occurred in the 1800s outside *Lappmarken* without intervention by authorities. As the Court of First Instance has pointed out, these statutes were not addressed in the preliminary works to the Reindeer Grazing Acts. Therefore, it cannot be assumed that they have prevented the establishment of customary rights to reindeer herding.

51. In addition, the property owners have posited that there is no information on disputes pertaining to reindeer herding, and that this shows that reindeer herding has not been pursued in these areas. As has already been discussed in the case, it

is, however, difficult to draw conclusions from lack of information (conclusions e silentio). One possible explanation for why there have been no disputes can, for example, be that the property owners were aware of the existence of a customary right and therefore accepted reindeer husbandry. The absence of disputes does hence not necessarily allow the conclusion put forward by the property owners.

52. The property owners' assertion that reindeer herding has been pursued in Nordmaling only against compensation is not supported by the evidence in the case, nor is the claim that settler population protested against reindeer herding.

53. Also on the property owners' request, a large number of people have been heard in the case either as witnesses or as witnesses on oath. They have largely testified to the presence of reindeer in Nordmaling during the 1900s. Some people have also testified to that relatives in previous generations have not mentioned that there have been reindeer in Nordmaling. Statements of this nature does not contradict other information asserting that reindeer existed in specified locations in Nordmaling and cannot be said to reduce the reliability of such data.

54. Based on the above, it must be concluded that the Sami communities have evidenced that there existed a customary right to winter grazing in Nordmaling in 1886.

55. As regards the geographical scope of the customary right in Västerbottens County, the 1919 Lapp Committee declared that it may be concluded that the customary right embraced the County in its entirety. The interviews conducted in 1912 and 1913 make references to a number of locations in Nordmaling and the adjacent areas to which the Sami moved with their reindeer. Some additional villages are mentioned in the testimonies that the Sami communities have invoked. These places, where reindeer herding was hence pursued at the end of the 1800s, are scattered in various parts in and around Nordmaling with a certain concentration to the areas north of the Nordmaling bay.

56. When determining the area where reindeer herding has customarily been pursued one must * as pointed out above - take account of the characteristics of reindeer herding which determine what areas are used for pasture. The investigation in the case shows that winter grazing requires large areas, due to, inter alia, that the amount of pasture varies from year to year. Varying weather conditions results in one area that was used for pasture one year may not be available the following year. Once an area has been over* grazed, it takes a long time before the lichen has grown back again. In the meantime, the reindeer must seek pasture in other areas. The reindeer

herding area must therefore be vast, and is not limited to places where the reindeer have been observed in a given year. The winter pasture areas exist independent of municipal boundaries or administrative divisions. Nordmaling municipality covers an area of only about 30 x 40 kilometers. We have been informed that Nordmaling offers good quality grazing during particularly harsh winters.

57. The above confirms the conclusions by the 1919 Lapp Committee and the Court considers it proven that the established customary right applied to the whole Nordmaling municipality.

58. The property owners have, according to Court of Appeals' judgment, acknowledged that reindeer herding was pursued in Nordmaling or in its vicinity during a number of winters in the 1900s until 1930 and from 1966 and beyond. Already from this acknowledgment, it follows that the Sami communities have not intended to waive the reindeer herding right they have previously established.

59. In summary, it is shown that the Sami communities have right to winter grazing with their reindeers on the properties in dispute in the case. The property owners' suits therefore not granted.

60. Based on this outcome, the property owners shall cover the Sami communities' costs for the proceeding in the Supreme Court. Given the scope and complexity of the case, the sum claimed by the communities must be considered reasonable.

61. The property owners have asserted that the Sami communities * irrespective of the outcome in the case * shall cover SEK 100 000 of the property owners' legal fees. The basis for this claim is that the property owners posit that the Sami communities, in an attempt to surprise, submitted extensive new evidence just prior to the proceedings in the Supreme Court. It is true that Sami communities shortly before the the Supreme Court proceedings were to commence, presented extensive revised new material, that was in parts not lucid. However, there is no reason to believe that the purpose for doing so was reprehensible. The Sami communities have explained that the intention was to facilitate the trial. The property owners' claim is therefore not granted.

Those involved in the judgment were: Leif Thorsson, Severin Blomstrand (Rapporteur), Kerstin Calissendorff, Per Virdesten, Gudmund Toijer and Agneta Bäcklund Rapporteur Registrar: Karin Hellmont.



Con el apoyo de:



www.almaciga.org

