



HAL
open science

La diversité culturelle des peuples autochtones dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne : la reconstruction du paradigme de justice interculturelle

Melisa Lopez Hernandez

► To cite this version:

Melisa Lopez Hernandez. La diversité culturelle des peuples autochtones dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne : la reconstruction du paradigme de justice interculturelle. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017. Français. NNT : 2017GREAD012 . tel-02297785

HAL Id: tel-02297785

<https://theses.hal.science/tel-02297785v1>

Submitted on 26 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE LA COMMUNAUTÉ UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

Spécialité : **Droit public**

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par

Melisa LOPEZ HERNANDEZ

Thèse dirigée par **Jean-Charles FROMENT**

préparée au sein du **Centre d'Études et de Recherche sur la
Diplomatie, l'Administration Publique et le Politique CERDAP²**
dans l'**École Doctorale de Sciences Juridiques**

La diversité culturelle des peuples autochtones dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne : vers la reconstruction d'un paradigme de justice interculturelle

Thèse soutenue publiquement le **5 décembre 2017**,
devant le jury composé de :

Madame, Elisabeth CUNIN

Directrice de Recherche IRD, Présidente

Madame, Bénédicte FISCHER

Maître de Conférences Université Grenoble-Alpes, Membre

Monsieur, Jean-Charles FROMENT

Professeur Université Grenoble-Alpes, Directeur de Thèse

Monsieur, Carlos Miguel HERRERA

Professeur Université Cergy-Pontoise, Rapporteur

Monsieur, Rodrigo UPRIMNY

Professeur Université Nationale de Colombie, Rapporteur



RESUME

Les conflits juridiques autour du multiculturalisme et de la justice ethnique sont aujourd'hui au centre des débats juridiques et philosophiques. Dans ce contexte, la Colombie et ses conflits ethniques sont particulièrement représentatifs de ces débats. Ce pays est défini par la Constitution de 1991 comme un État multiethnique et pluriculturel. Les peuples autochtones ont été également reconnus et des droits au regard de leur différence culturelle ont été inscrits dans ce texte normatif. Dans ce cadre politique et juridique, la Cour Constitutionnelle du pays a joué un rôle fondamental dans l'interprétation et la définition de ces nouveaux droits. Pour l'analyse de la jurisprudence et de ce que nous appelons ici le paradigme de la justice interculturelle, nous nous appuyons sur la distinction faite par la philosophe Nancy Fraser à propos de la justice sociale en tant que reconnaissance et redistribution. Cette distinction marquera donc l'analyse que nous portons sur la question, et nous aidera en même temps à essayer de combler un vide dans les études concernant cette population. Cette grille de lecture de la question autochtone nous autorisera à mettre en évidence les limites de la reconnaissance de la diversité culturelle quand il s'agit de la question économique, de l'intérêt général ou de la raison étatique. Cela nous permettra aussi d'évaluer la cohérence du paradigme de la justice interculturelle et de sa philosophie implicite. Cette approche de la décision du juge implique que l'on considère que la jurisprudence peut comporter un fort composant de philosophie politique, ou en d'autres termes, que la jurisprudence contient une ou plusieurs philosophies implicites. C'est donc cette philosophie implicite qu'il nous intéresse ici tout particulièrement de mettre en évidence.

Mots clés : Droit constitutionnel, interprétation constitutionnelle, droits des peuples autochtones, Colombie, philosophie politique, multiculturalisme

ABSTRACT :

The legal disputes around the multiculturalism and around the ethnic justice are at the heart of the legal and philosophic debates. In this matter Colombia today and its current ethnic conflicts are particularly significant of these debates. This country is ruled through the 1991 Constitution as a multiethnic and multicultural State. Indigenous peoples have been also recognized as well and the rights tied to their cultural difference have been registered in this normative text. In this political and legal context, the Constitutional court of the country played a fundamental role in the interpretation and the definition of these new rights. As far as the analysis of the jurisprudence and what we call here paradigm of the intercultural justice are concerned, we shall rely on the distinction made by the philosopher Nancy Fraser about the social justice as a redistribution and a recognition. This distinction will thus lead the analysis which we develop about that subject, and will at the same time help us try to complement in the studies concerning this population. This framework of interpretation of the autochthonous question will authorize us to highlight the limits of the recognition of the cultural diversity when it comes to the economic question, the general interest or the state reason. It will also allow us to estimate the consistency of the paradigm of the intercultural justice and its implicit philosophy. This approach of the judge's decision involves that we consider that the jurisprudence can contain a strong bit of political philosophy, or in other words, that the jurisprudence contains one or several implicit philosophies. We are thus particularly interested here in highlighting this implicit philosophy.

Keywords : Constitutional law, constitutional interpretation, rights of indigenous peoples, Colombia, political philosophy, multiculturalism.

«La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur »

*A David, Sofia et Anna
por todo el amor y el tiempo que me dieron*

REMERCIEMENTS

C'est avec une grande émotion que j'écris ces mots de remerciements. La thèse est un long chemin et pendant son parcours j'ai eu l'énorme plaisir de rencontrer de merveilleuses personnes qui de près ou de loin m'ont aidée à aboutir ce travail.

Je tiens à remercier mon directeur de thèse, le professeur Jean Charles Froment qui a su, avec bienveillance et générosité, guider ma recherche. Merci pour votre disponibilité, votre écoute et votre confiance.

Je remercie également mon professeur Rodrigo Uprimny pour m'avoir transmis l'amour pour le droit, pour m'avoir appris que le droit a du sens quand il est mis au service des plus démunis et d'une société plus juste.

Cette thèse a été menée au laboratoire de recherche CERDHAP (aujourd'hui CERDAP²). Merci à tous ses membres d'avoir partagé leurs diverses cultures. À Carolina et Angel, merci pour cette belle amitié. Merci Paola Geraci pour ton écoute, ta gentillesse et pour avoir fait de ton bureau un endroit chaleureux et bienveillant.

Merci sincèrement à Marie-Julie Bernard pour sa disponibilité, son enthousiasme et ses conseils avisés. Nos discussions et les relectures n'ont fait qu'enrichir mon travail et mes réflexions. Merci pour ton écoute et ton encouragement.

Merci à Celia Himelfarb pour son empathie et son soutien.

Il y a peu de mots pour remercier Thierry Alvaro pour toutes les heures qu'il a dédiées à la relecture de toutes ces pages. Merci pour ta gentillesse, ton écoute, nos discussions engagées, et pour avoir largement contribué à faire de ce projet une réalité.

À tous mes relecteurs un grand merci, vous avez énormément participé dans la dernière phase de cette thèse : Alison, Anne-Carole, Augustin, Bénédicte, Camille, David, Francis, Hannah, Marie-Paul, Marine, Paola, Stéphanie, Thomas, Yannick et Vincent.

Merci à Marie-Paul et Francis pour m'avoir donné la chaleur d'une famille, pour tout le soutien que vous m'avez donné et qui m'a permis de mener ce projet à terme.

Merci à mes parents Carmen et Jaime pour toujours croire en moi, pour m'accompagner dans tous mes projets avec autant d'amour et d'infinie patience. Merci papa pour ton optimisme et pour être toujours mon plus grand soutien, malgré la distance. Merci à ma sœur et mes frères pour avoir réussi à m'encourager sans faille pendant ces longues années.

À toi David, merci, pour m'avoir accompagné tout au long de ce chemin, pour l'avoir rempli de couleur et de joie et pour m'avoir tenu fort la main à chaque fois que j'en ai eu le besoin.

SIGLES ET ABREVIATIONS

BID : Banque interaméricaine du développement

BID : Bureau international du travail

CCC : Cour Constitutionnelle de Colombie

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CERDAP2 : Centre d'Études et de Recherche sur la Diplomatie, l'Administration Publique et le Politique

Comité des DESC : Comité des droits économiques sociaux et culturels

Comité des DH : Comité des droits de l'Homme

Comité ERD : Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

Commission IDH : Commission interaméricaine des droits de l'homme

Convention ADH : Convention américaine des droits de l'homme

Cour IDH : Cour interaméricaine des droits de l'homme

CP : Constitution Politique de Colombie

CPLI : Consultation préalable libre et informée

CoPLI : Consentement préalable libre et informé

DESC : Droits économiques sociaux et culturels

FMI : Fonde monétaire international

MP : Magistrat rapporteur

OEA : Organisation des États américains

OIT : Organisation international du travail

OMC : Organisation mondiale du Commerce

ONG : Organisation non gouvernementale

ONU : Organisation des Nations Unies

OXY : Entreprise *Occidental Petroleum Co.*

PNUD : Programme des Nations Unies pour le développement

PSS : Protocole de San Salvador

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	V
SIGLES ET ABREVIATIONS	VII
SOMMAIRE	VIII
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE. DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA DIVERSITE CULTURELLE AU PARADIGME DE LA JUSTICE INTERCULTURELLE	34
TITRE 1. LE MULTICULTURALISME : ENJEUX PHILOSOPHIQUES ET JURIDIQUES.....	37
<i>Chapitre 1 : La reconnaissance de l'appartenance culturelle : vers une mise en valeur de la différence culturelle ?</i>	40
<i>Chapitre 2 : Le constitutionnalisme multiculturel : la mise en valeur de la diversité culturelle.</i>	73
TITRE 2. LE PARADIGME DE LA JUSTICE INTERCULTURELLE : VERS UNE JUSTE RECONNAISSANCE DE LA DIVERSITE CULTURELLE.....	111
<i>Chapitre 1 : La prise en compte de la cosmovision des peuples indigènes dans la décision du juge</i>	113
<i>Chapitre 2 : Droits Humains versus pratiques culturelles : une diversité culturelle limitée ...</i>	151
DEUXIEME PARTIE. AU-DELA DE LA RECONNAISSANCE LA QUESTION DE LA REDISTRIBUTION : VERS UNE REDISTRIBUTION DE LA TERRE ET DES RESSOURCES NATURELLES CULTURELLEMENT ADAPTEES	192
TITRE 1. DES PROJETS D'EXPLOITATION ECONOMIQUE SUR LES TERRES ANCESTRALES : LA MISE EN DANGER DE LA SURVIE ECONOMIQUE ET CULTURELLE DES PEUPLES INDIGENES.	195
<i>Chapitre 1. Le conflit entre deux modèles de développement économique</i>	197
<i>Chapitre 2 : La consultation préalable libre et informée (CPLI): un miroir du dilemme entre développement économique et reconnaissance de la diversité culturelle</i>	239
TITRE 2. LE CONSENTEMENT PREALABLE LIBRE ET INFORME (COPLI) DES PEUPLES INDIGENES : LA GARANTIE D'UNE REDISTRIBUTION CULTURELLEMENT ADAPTEE.....	282
<i>Chapitre 1. La libre détermination dans le développement</i>	283
<i>Chapitre 2. Le CoPLI et la justice interculturelle : vers un développement économique culturellement et écologiquement adapté</i>	322
CONCLUSION GENERALE	368
BIBLIOGRAPHIE	373
ANNEXES	394
ANNEXE 1 : CARTE DE POPULATIONS ETHNIQUES EN COLOMBIE	395
ANNEXE 2 : CARTES DE PROJETS D'EXPLOITATION MINIERE EN COLOMBIE	396

ANNEXE 3 : AUDIENCES PUBLIQUES DES AFFAIRES XÁKMOK KÁSEK CONTRE LE PARAGUAY ET DU CAS FERNÁNDEZ ORTEGA CONTRE LE MEXIQUE A LA COUR IDH	398
L'AUDIENCE PUBLIQUE DU CAS XÁKMOK KÁSEK CONTRE LE PARAGUAY.....	398
L'AUDIENCE PUBLIQUE DU CAS FERNÁNDEZ ORTEGA CONTRE LE MEXIQUE	404
COMMENTAIRES.....	408
TABLE DES MATIERES	412

INTRODUCTION GENERALE

Dans un communiqué publié le 25 janvier 2017, l'ONG Ammesty International alertait l'opinion internationale sur l'imminente violation des droits des peuples indigènes de *Standig Rock*. En effet, quelques jours auparavant, le président des Etats-Unis Donald Trump avait signé un décret autorisant la construction de l'oléoduc *Dakota Access* (DALP). Selon l'ONG, en choisissant de relancer ce projet, « le président Trump met en danger l'accès des populations autochtones à une eau salubre et semble indiquer aux Américains qu'il va accorder la priorité aux intérêts des industries extractives plutôt qu'aux droits fondamentaux de la population. Le gouvernement fédéral devrait obtenir le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones concernés par des projets d'infrastructures avant de les approuver¹ ».

Suite à cette décision gouvernementale, une des tribus Sioux a déposé devant un tribunal fédéral une demande pour faire cesser la construction de l'oléoduc, affirmant que ses droits constitutionnels seraient violés si la construction se poursuivait. Selon elle, ce projet pétrolier risque de polluer un lac qui est sa principale source d'approvisionnement en eau. En outre, « l'oléoduc désacraliserait les eaux sur lesquelles les membres de la tribu des sioux *Cheyenne River* se reposent pour leurs plus importantes pratiques religieuses », et cela constitue, selon eux, une violation de leurs droits religieux².

¹ Amnesty International, France, « Donald Trump prêt à violer les droits des peuples indigènes », 25 janvier 2017. Consulté sur : https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/donald-trump-pret-a-violer-les-droits-des-peuples-indigenes?utm_medium

² Nature et Environnement, « Oléoduc Dakota Access : les Amérindiens demandent l'arrêt de la construction », 9, février de 2017.

Consulté sur : https://www.sciencesetavenir.fr/nature-environnement/oleoduc-dakota-access-les-amerindiens-demandent-l-arret-de-la-construction_110485

Cet exemple, loin d'être un cas isolé, nous montre combien les disputes juridiques sur le multiculturalisme et la justice ethnique, sont aujourd'hui au centre des débats juridiques, politiques, et économiques dans le continent américain. Dans ce contexte la Colombie et ses conflits ethniques sont particulièrement représentatifs de ces débats.

La Colombie est définie par la Constitution de 1991 comme un État multiethnique et pluriculturel³. Les peuples autochtones ont été également reconnus par le nouveau texte et des droits au regard de leur différence culturelle ont été inscrits dans ce texte normatif. Dans ce nouveau cadre politique et juridique, la Cour Constitutionnelle du pays a joué un rôle fondamental dans l'interprétation et la définition de ces nouveaux droits. La jurisprudence de ce haut tribunal est considérée à l'échelle nationale et internationale comme l'une des jurisprudences les plus consistantes, riches et protectrices des peuples autochtones⁴, et dans la région latino-américaine, elle est suivie de près et étudiée par d'autres tribunaux⁵.

Dans ce contexte, il devient pertinent de se demander comment la Cour constitutionnelle de Colombie (CCC) interprète la reconnaissance des peuples autochtones ? Quelle lecture fait-elle des droits inscrits dans la Constitution à travers le prisme de la diversité culturelle ? Quelles sont les tensions qui découlent d'une telle reconnaissance ? Comme le montrent le cas cité plus haut, la diversité culturelle et les droits qu'elle implique deviennent fortement problématiques quand il s'agit du développement des grands projets économiques sur les territoires habités par ces peuples. Cela nous amène à une nouvelle interrogation : comment l'enjeu économique peut-il menacer la question culturelle ?

³ Par exemple, l'article 7 de la Constitution de Colombie : « El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana ».

⁴ Borrero C., *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente*, 2014, Bogota : Universidad Nacional de Colombia, 2014 p.16. ; Hoekema, A., « Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario », in, *Pluralisme juridique y alternatividad judicial. El otro derecho*, p. 26

⁵ D'après Camilo Borrero, cet activisme du juge constitutionnel a été un bon remède contre l'inaction du législateur face à ces questions. Borrero, C., *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Op.Cit.* p. 16.

L'objet de cette thèse sera donc de décrypter la jurisprudence de la CCC concernant les peuples autochtones, de reconstruire son paradigme de justice interculturelle et d'identifier la ou les philosophie(s) implicite(s).

La question autochtone est particulièrement intéressante pour cette approche analytique, notamment par les liens étroits qu'elle entretient avec des questions de philosophie politique, mais aussi par les enjeux économiques qu'elle implique pour les États.

Avant de poursuivre la présentation de cette thèse, il nous paraît donc indispensable de définir le concept de peuple autochtone, d'expliquer et de préciser le regard que nous portons sur la question de ces peuples (1). Cela nous permettra de montrer l'intérêt de la méthodologie de recherche (2), d'expliquer au lecteur les sujets qui sont exclus de notre thèse (3) avant d'annoncer le plan de notre étude (4).

1. Les peuples autochtones

Selon l'annuaire de l'Institut indigéniste interaméricain, il existe en Amérique latine entre 30 et 40 millions de membres appartenant à des peuples autochtones⁶. En Colombie par exemple, on trouve 87 peuples natifs qui comprennent environ 1, 392, 623 personnes⁷. À l'échelle mondiale, on parle de l'existence d'une population dont le nombre oscille entre 370 millions et 464 millions d'autochtones. Cependant, et malgré l'importance de cette population, sa définition n'est ni aisée ni univoque.

En ce sens, José R. Martínez Cobo, l'ancien Rapporteur spécial de la Sous-Commission des Nations Unies pour la lutte contre les mesures discriminatoires et

⁶ Couveinhas-Matsumoto, Delphine, Les droits des peuples autochtones et l'exploitation des ressources naturelles en Amérique latine, Paris : L'Harmattan. 2016, p.27. Voir aussi le site internet : <http://www.cepal.org/es/publicaciones/6940-censos-2010-la-inclusion-enfoque-etnico-construccion-participativa-pueblos>

⁷ Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) Colombia, una nación multicultural. Documento de la Dirección de Censos y Demografía Su diversidad étnica, 2007. Nous reviendrons sur cette question dans le chapitre 2.

pour la protection des minorités indique que plusieurs notions proches ont cherché à englober celle de peuple autochtone⁸. Très longtemps, ces peuples ont été insérés dans la catégorie des minorités. Aujourd'hui, cette qualification semble dépassée et les définitions visent davantage à la reconnaissance de droits spécifiques correspondants à leur identité en tant que groupe. Cette approche différente résulte du fait que dans certains cas, une définition fondée sur l'élément « minorité » ne permet pas, par exemple, de rendre compte de la réalité des sociétés bolivienne ou guatémaltèque⁹.

La conceptualisation du peuple autochtone est souvent aussi assimilée à celle de groupe ethnique. Par exemple, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans l'arrêt *Akayesu* du 2 septembre de 1998, a affirmé que « le groupe ethnique qualifie généralement un groupe dont les membres partagent une langue ou une culture commune. Pour qualifier un groupe de peuple autochtone ou indigène, il ne suffit pas que les personnes appartenant à ce groupe parlent la même langue, elles doivent partager une histoire, une identité commune¹⁰ ». Certains auteurs, dont Delphine Couveinhes-Matsumoto, sont en désaccord avec ce type de définitions car considérant que la qualification de groupe ethnique n'inclut pas nécessairement l'attachement du groupe à la terre qui caractérise, selon eux, les peuples autochtones¹¹.

Parmi les définitions des peuples autochtones, la plus communément admise demeure celle donnée par José R. Martinez Cobo : « par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et

⁸ Martinez Cobo, R, Étude sur la discrimination à l'encontre des peuples autochtones, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 1-4, 20 juin 1982, par 1, p.3 Citée par Couveinhes-Matsumoto, Delphine, *Op. Cit.*p.28

⁹ Couveinhes-Matsumoto, D. *Op. Cit.* p.28

¹⁰ Del Val, J., « Los pueblos indios y el Convenio 169 de l'OIT » *Revista del Senado de la Republica*, 1988, vol.4, n°11, pp 131.Citée par Couveinhes-Matsumoto, D., *Op. Cit.*p 30

¹¹ Couveinhes-Matsumoto, D., *Op. Cit.*p.30

elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constitue la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques¹²».

Dans un document de travail sur la notion de peuple autochtone, l'ancienne présidente du groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA), a signalé que ces populations étaient des groupes, dont les territoires ancestraux sont à l'intérieur de l'État actuel¹³. Selon ses propres mots : « En résumé, les facteurs considérés aujourd'hui comme pertinents par les organisations internationales et les experts juridiques (y compris les experts juridiques autochtones et les universitaires) pour comprendre le concept d'autochtone" sont :

- a) L'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné ;
- b) Le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions ;
- c) Le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte ; et
- d) Le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination, que cela soit ou non encore le cas¹⁴».

Plus récemment, l'autodéfinition est devenue un critère très important¹⁵. Dans la plupart des définitions proposées jusqu'à maintenant, le regard des dominants définissait et caractérisait le caractère autochtone d'un groupe de personnes. Aujourd'hui, la posture contraire, c'est-à-dire celle de l'autodéfinition, laisse le choix aux autochtones de « se définir ainsi et de déterminer leur identité, rompant ainsi avec la tradition occidentale paternaliste à leur égard¹⁶».

¹² Martinez Cobo, José R., Martinez Cobo, R, *Étude sur la discrimination à l'encontre des peuples autochtones*, *Op.Cit.* §.382.

¹³ Daes, Erica-Irene, *Document de travail sur la notion de « peuple autochtone »*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996, §.64

¹⁴ *Ibid.* §.69

¹⁵ Couveinhas-Matsumoto, D., *Op.Cit.* p. 32

¹⁶ *Ibid.*

Ce critère subjectif d'autodéfinition ou de sentiment d'appartenance a été pris en compte dans la définition juridique consignée dans l'article 1 de la Partie I de la Convention 169 de l'OIT :

« 1. La présente convention s'applique :

a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale ;

(b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles.

2. Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention.

3. L'emploi du terme **peuples** dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international¹⁷».

¹⁷ Article 1 de la Convention n° 169, relative aux peuples indigènes de l'OIT. Dans la Convention 107 du même organisme les populations autochtones étaient définies dans ces termes :

Article 1 : « 1. La présente convention s'applique :

(a) aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, dont les conditions sociales et économiques correspondent à un stade moins avancé que le stade atteint par les autres secteurs de la communauté nationale et qui sont régies totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale ;

(b) aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, qui sont considérées comme aborigènes du fait qu'elles descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation et qui, quel que soit leur statut juridique, mènent une vie plus conforme aux institutions sociales,

Pour sa part, la Déclaration des droits des peuples autochtones des Nations Unies de 2007 ne définit pas ce qu'est un peuple autochtone. De la même façon, la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, de l'OEA de 2016 ne comporte pas de définition de cette population non plus. Ainsi, dans son article 1-2, cette dernière Déclaration consigne : « L'auto-identification en tant que peuples autochtones sera un critère clé pour déterminer à qui s'applique la présente Déclaration » et les États « respecteront le droit à une telle auto-identification en tant qu'autochtone, individuellement ou collectivement, en accord avec les pratiques et les caractéristiques de chaque peuple autochtone¹⁸».

Ce manque de définition (tacite ou implicite) dans les dernières Déclarations est le résultat de l'incapacité des gouvernements et des représentants d'organisations autochtones à parvenir à un consensus sur une définition précise du peuple autochtone¹⁹. Lors de l'élaboration de la Déclaration de l'ONU ainsi que celle de l'OEA, les organisations représentant les peuples autochtones ont explicitement refusé qu'y soit établie une définition de ce qu'ils étaient²⁰. D'après la professeure en droit, Albane Geslin « L'on peut bien évidemment comprendre cette attitude par le fait que ces peuples se sont longtemps vus imposer des systèmes culturels, éducatifs, juridiques, économiques, politiques..., par définition de l'extérieur. Il y aurait donc là une forme d'expression de leur volonté de se réappropriier leur

économiques et culturelles de cette époque qu'aux institutions propres à la nation à laquelle elles appartiennent.

2. Aux fins de la présente convention, le terme **semi-tribal** comprend les groupes et personnes qui, bien que sur le point de perdre leurs caractéristiques tribales, ne sont pas encore intégrés dans la communauté nationale.

3. Les populations aborigènes et autres populations tribales ou semi-tribales mentionnées aux paragraphes 1 et 2 du présent article sont désignées, dans les articles qui suivent, par les mots "populations intéressées".

Nous verrons dans le développement de cette thèse, que la Convention 169 qui reforme la Convention n°107 cherchait principalement à mettre fin aux politiques assimilationnistes prédominantes jusqu'à cette époque.

¹⁸ Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, **Artículo I.**

« 1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.

2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena. »

¹⁹ Couveinhes-Matsumoto, *D.*, *Op. Cit.* p. 33

²⁰ Geslin, Albane., « La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative. *Annuaire Français de Droit International*, CNRS, 2011, LVI (année 2010), p.665

existence. Ainsi que le souligne M. Izard, « [i] identifier les cultures n'autorise [...] pas à en réifier l'existence ». Or, les définitions de l'OIT et de J.R.M. Cobo se présentent comme des systématisations de la notion de « peuple autochtone », comme décrivant un *donné*, alors même qu'elles ont été construites et ne sont que le *résultat* de l'analyse. Les peuples autochtones ne demandent donc rien d'autre que d'être les principaux acteurs de leur propre construction sociale²¹ ».

Pour sa part, la Cour Constitutionnelle de Colombie, a adopté une définition des communautés autochtones où le critère d'auto-identification occupe une place centrale. Selon elle, ces communautés sont définies comme des groupes sociaux partageant des caractéristiques culturelles et sociales (élément objectif) et une conscience d'identité de groupe telle que leurs membres se considèrent eux-mêmes comme faisant partie de la communauté (élément subjectif)²². Afin de déterminer si un individu ou une communauté peut être porteur de droits ethniques reconnus par la Constitution, la CCC prend en compte les éléments suivants : « i) la relation de la communauté avec un territoire déterminé est indicative de son identité ethnique, mais elle n'est pas un facteur déterminant pour confirmer ou exclure sa condition de titulaire des droits ethniques. Ceci s'explique parce que plusieurs communautés ont été victimes du déplacement forcé et ont été obligées de quitter leurs territoires ; ii) La reconnaissance formelle d'une communauté de la part de l'État contribue à démontrer son existence, sans que cela soit déterminant. En effet, l'identité collective se construit à partir de sa propre reconnaissance pouvant être prouvée à travers des études ethnologiques et autres méthodes pertinentes à cet effet ; iii) Le facteur racial est indicatif de l'existence d'une communauté ethnique s'il est considéré conjointement avec d'autres facteurs sociaux et culturels rendant compte d'une identité différenciée ; iv) Ni les autorités administratives, ni les autorités judiciaires ne sont habilitées à déterminer si une communauté ethnique existe, si elle est ethniquement diverse ou si un individu déterminé appartient ou non à une communauté. Cette détermination doit être réalisée par les propres communautés grâce à leur propre conscience identitaire et dans l'exercice de leurs autonomies²³ ».

²¹ *Ibid.*

²² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-576 de 2014.

²³ *Ibid.*

En outre, selon la Cour, « les caractéristiques permettant d'identifier et de différencier une communauté indigène et tribale du reste de la population, sont les caractéristiques ethnoculturelles propres à leurs membres, dans lesquels on peut souligner : (i) la manière particulière d'observer le monde ; et (ii) un système de valeurs propre et différent de la culture majoritaire²⁴».

Pour la CCC, la communauté autochtone est considérée comme une communauté ethnique. Nous verrons tout au long de ce travail que la Cour utilise de manière indistincte ou comme autant de synonymes, différents termes faisant référence aux communautés autochtones : peuple indigène, communauté indigène, minorité ethnique ou communauté tribale. Bien que ces termes puissent avoir des racines et des significations différentes, nous suivrons cette même logique et les utiliserons nous aussi en tant que synonymes.

L'approche de la question autochtone

En Colombie, la plupart des études autour de la jurisprudence constitutionnelle sur les droits des peuples indigènes a été réalisée à partir de l'approche théorique de Will Kimlicka, et plus particulièrement de la distinction que le philosophe opère entre restrictions internes et protections externes²⁵. Nous nous éloignerons de ce type d'approche, considérant qu'elle ne permet pas d'analyser de façon globale et critique la manière dont la Cour Constitutionnelle de Colombie comprend la question de la reconnaissance de la diversité culturelle.

²⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-576 de 2014. §. 2.5.3.4. La version originale : « De conformidad con los anteriores criterios, y en términos generales, lo que permite diferenciar e identificar a las comunidades indígenas y tribales del resto de la población, son las características étnico-culturales que le son propias a sus miembros, entre las que se destacan: (i) la particular manera observar el mundo; y (ii) un sistema de valores propio y distinto al de la cultura mayoritaria. »

²⁵ Voir par exemple les travaux de Camilo Borrero, notamment : Borrero Garcia, Camilo, *Multiculturalismo y Derechos Indigenas*, Bogota : Cinep-GTZ, 2003; et Borrero, Camilo, *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmatica ambivalente*, Bogota : Universidad Nacional de Colombia, 2014

Pour l'analyse de la jurisprudence et de ce que nous appelons ici le paradigme de la justice interculturelle, nous nous appuyerons plutôt sur la distinction faite par la philosophe Nancy Fraser à propos de la justice sociale en tant que reconnaissance et redistribution. Cette distinction marquera donc l'analyse que nous portons sur la question, et nous aidera en même temps à essayer de combler un vide dans les études concernant cette population²⁶. Cette grille de lecture de la question autochtone nous autorisera à mettre en évidence les limites de la reconnaissance de la diversité culturelle quand il s'agit de la question économique, de l'intérêt général ou de la raison étatique. Cela nous permettra aussi d'évaluer la cohérence du paradigme de la justice interculturelle et de sa philosophie implicite.

Ainsi donc, nous considérons que la question juridique des peuples autochtones ne doit pas être limitée à la simple reconnaissance de leur diversité culturelle et de droits différenciés à leur égard, mais que cela doit aussi impliquer un mode de redistribution des ressources naturelles sans lequel ces peuples verront leurs chances de survie se réduire dangereusement.

Cette approche de la décision du juge implique que l'on considère que la jurisprudence peut comporter un fort composant de philosophie politique, ou en d'autres termes, que la jurisprudence contient une ou plusieurs philosophies implicites. C'est donc cette philosophie implicite qui nous intéresse ici tout particulièrement de mettre en évidence.

²⁶ Une approche similaire, en ce qui concerne la distinction de Nancy Fraser, a été utilisée par César Rodríguez et Carlos Baquero dans l'ouvrage, *Reconocimiento con redistribucion, El derecho y la justicia étnico-racil en América Latina*, Bogota : Coleccion Dejusticia, 2015

2. Le lien entre philosophie politique et interprétation constitutionnelle : la méthodologie de recherche

L'étude critique des décisions des juges et plus particulièrement de celles des hauts tribunaux participe de manière remarquable au contrôle démocratique de leur travail. Selon Adriana Fuentes et Rodrigo Uprimny, « ce type d'analyse critique contribue d'une part à contrôler le pouvoir des juges et d'autre part, ce travail peut encourager le développement même de la jurisprudence²⁷ ».

En Colombie, les analyses et les études sur la jurisprudence ont été réalisées avec des approches différentes. Une première approche est fondée sur la tradition juridique continentale. Celle-ci consiste à extraire de la décision d'un juge des concepts afin de les organiser de façon thématique²⁸. Cette conception ne va tenir compte ni de la décision du juge, ni des faits qui ont donné lieu à l'affaire.

Une deuxième approche qui considère comme insuffisante cette première démarche propose quant à elle une méthodologie plus proche de celle de la *Common law*. Elle considère que le précédent juridique occupe une place centrale dans le système des sources, et de cette façon, les faits et la décision de l'affaire doivent être alors intégrés dans l'analyse²⁹.

Une troisième et dernière approche défendue et utilisée par des auteurs comme Catalina Botero, Adriana Fuentes, Juan Fernando Jaramillo, et Rodrigo Uprimny dans l'ouvrage *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Analisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia. (1992-2005)*³⁰, vise une analyse jurisprudentielle intégrant une réflexion philosophique, une construction dogmatique et conceptuelle et la décision concernant le cas. Cette démarche se donne pour

²⁷ Botero, C., Fuentes, A., Jaramillo, J.F., Uprimny, R., *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Analisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia. (1992-2005)*, Bogota : Legis, 2002, p.vxi

²⁸ *Ibid.* p. xv

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Botero, C., Fuentes, A., Jaramillo, J.F., Uprimny, R., *Op.Cit.*

objectif de réaliser une analyse critique de décisions des hauts tribunaux. Cette approche se fonde sur le fait que le système juridique colombien combine des éléments de la *Common Law* à des éléments de droit continental. Selon Rodrigo Uprimny, il existe une sorte de complémentarité entre la production du droit juridictionnel – empirique et inductive – de la *Common law* et la production législative – déductive et conceptuelle – du système continental. Dans ce contexte, une bonne analyse de la jurisprudence doit donc pouvoir articuler des réflexions sur les constructions dogmatiques avec l'étude du cas et de la décision qui l'accompagne et du précédent jurisprudentiel³¹.

On ajoute à ces éléments le fait que le droit constitutionnel et la jurisprudence en matière de droit de l'homme « sont devenus les plus philosophiques des disciplines juridiques. En d'autres termes, la réflexion juridique sur les droits fondamentaux devient la plus juridique des pratiques philosophiques³² ». Dans cette mesure, lorsque les droits constitutionnels ont un fort contenu moral et politique, ils doivent être juridiquement appliqués, et cela ouvre alors l'argumentation juridique au débat de la philosophie morale et politique³³.

La question à propos d'une certaine moralisation dans le raisonnement juridique constitutionnel a fait l'objet de réflexion d'importants philosophes et juristes. Nous retiendrons tout particulièrement le débat entre la posture minimaliste de Cass Sunstein (a) et le maximalisme de Ronald Dworkin (b) ainsi que les travaux d'Andrée Lajoie sur les jugements de valeurs (c). Nous ne prétendons pas résoudre cet important débat, cependant il nous paraît important de revenir brièvement sur les principaux arguments de ces auteurs afin de mieux comprendre et de justifier notre démarche méthodologique.

³¹ *Ibid.* p. xvii

³² *Ibid.* p. xix

³³ *Ibid.* À propos de la particularité de l'interprétation en droit constitutionnel voir, Brunet, P., *Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle. La notion de justice constitutionnelle*, sous la dir. de O. Jouanjan, O., Grewe, C., Maulin, E., et Wachsmann, P., 2005

a. Le minimalisme judiciaire chez Cass Sunstein

L'année 2007, Cass Sunstein³⁴ écrit un article intitulé « Des accords incomplètement théorisés en droit constitutionnel³⁵ ». Dans cet article, il recommande au juge la plus grande prudence au moment de prendre une décision concernant les cas dits « difficiles » non encore résolus par les politiques. Selon Cass Sunstein, le juge doit s'appliquer à résoudre ces affaires « difficiles » au cas par cas³⁶. Ainsi, selon lui, les juges ne doivent pas instrumentaliser l'affaire jugée pour imposer à la société civile par leurs jugements des théories politiques abstraites et trop généralistes. Les juges ne doivent donc pas fonder leurs décisions sur des principes provenant de grandes théories morales disant le bien et le mal. Ils doivent plutôt mobiliser des principes qu'il identifie comme appartenant au « niveau moyen » c'est-à-dire que ces principes doivent être compatibles avec plusieurs théories, et leurs décisions doivent se fonder en général sur des accords « incomplètement théorisés³⁷ ».

Ainsi pour Cass Sunstein, la société se caractérise par une pluralité de conceptions morales, à savoir des conceptions définissant ce qui est bien et ce qui est mal. Ces conceptions se définissent justement par leur antagonisme et ce n'est donc pas au juge d'abuser de sa position pour imposer à la société sa propre vision du monde.

Selon lui, si les visions du monde peuvent être radicalement antagonistes, les porteurs de ces mêmes visions s'accordent à se retrouver de façon consensuelle sur des principes et des pratiques constitutionnelles. Pour illustrer son propos, il prend l'exemple d'un discours que certaines personnes pourraient juger comme étant une

³⁴ Cass Sunstein est professeur de droit aux Universités de Chicago et Harvard. Il a été aussi assistant du juge de la Cour Suprême, Thurgood Marshal, et dans le gouvernement de Barack Obama aux États-Unis, il a été l'administrateur de l'OIRA (Office of Information and Regulatory Affairs)

³⁵ En V.O. « Incompletely theorized agreements in Constitutional Law »

³⁶ Voir : Sunstein, C., *One Case At A time : Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999, et Sunstein, C., *Legal reasoning and political conflict*, New York : Oxford University Press, 1996

³⁷ Sunstein, C. *Acuerdos carentes de una teoria completa en derecho constitucional, y otros ensayos*, Cali : Universidad Icesi, 2010, p.203

incitation à la violence et à la haine raciale sans que pour autant elles cessent de rester fermement attachées à la liberté d'expression comme principe constitutionnel³⁸. Ainsi, si l'on considère la liberté religieuse, elle reste un principe constitutionnel fondamental qu'il convient de protéger et de garantir. Pourtant l'attachement de chacun à ce principe constitutionnel a des origines qui varient en fonction des conceptions morales et philosophiques de chacun. Certains la défendront parce que celle-ci est considérée comme une liberté individuelle élémentaire, d'autres parce que cette liberté reste une garantie pour le maintien de la paix sociale et pour d'autre enfin, parce que l'homme serait avant tout un animal religieux. On peut donc considérer que des personnes peuvent se retrouver unies autour d'une pratique constitutionnelle même si ces mêmes personnes peuvent se révéler en désaccord quant aux théories sous-jacentes³⁹.

Pour Cass Sunstein, les « accords incomplètement théorisés » constituent un terrain privilégié pour les « cas difficiles » évoqués plus haut et marqués par de puissants antagonismes. Il considère donc ce type d'accords particulièrement important pour le droit constitutionnel. Toujours dans ce même sens, Cass Sunstein donne matière à réflexion à partir d'un nouvel exemple tiré de la Cour suprême de justice des États-Unis. Le juge Stephen Breyer raconta comment la Cour se trouva confrontée au dilemme philosophique concernant la finalité de la peine de mort en droit pénal⁴⁰. Certains postulats philosophiques s'opposaient frontalement : « le juste mérite » et « le modèle dissuasif ». Au final, confrontée à ce dilemme, la Cour décida d'abandonner les grandes théories pour revenir à une règle déjà appliquée lors d'un précédent⁴¹.

Ainsi, en droit, la façon de décider sera plus proche de l'application de la règle et de l'analogie avec d'autres cas similaires que de la résolution de grands conflits philosophiques et moraux⁴². Cette façon de faire permet aux différents acteurs du

³⁸ *Ibid.* p.204

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.* p. 209 Voir, Breyer, *The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest*, 17 *Hostra L.Rev.*1,14-19, 1988.

⁴⁰ Sunstein, C., *Op.Cit.* p. 210

⁴¹ Sunstein, C., *Op.Cit.* p. 210

⁴² *Ibid.* p.212

droit constitutionnel de s'accorder sur des principes abstraits applicables aux cas concrets. Les « accords incomplètement théorisés » jouent donc un rôle très important en droit constitutionnel et pour la société en général. Selon Cass Sunstein, les juges fondent donc leurs décisions sur ce type d'accords en utilisant des principes qu'il qualifie de non-complexes, c'est-à-dire non sophistiqués. Dans ce contexte, la cour ne se réfère pas à de grandes philosophies comme le kantisme ou l'utilitarisme pour justifier ses décisions mais celles-ci seront plutôt compatibles avec une multiplicité de théories philosophiques⁴³.

En outre, ces « accords incomplètement théorisés » sont importants pour l'édification d'une constitution et donc d'un droit constitutionnel autorisant la vie en société. La mise sous le boisseau de ces conceptions philosophiques permet alors de minimiser les conflits sans pour autant nier l'importance de chaque philosophie pour la vie de chacun.

Nous pouvons tenter de résumer la pensée de Cass Sunstein sur cette question en quatre points.

- 1- Les accords de ce type sont nécessaires pour la stabilité sociale. Dans un monde légal caractérisé par des désaccords concernant des questions fondamentales et hautement sensibles, ces accords revêtent une importance particulière⁴⁴.
- 2- Ces accords rendent aussi possible le vivre ensemble en permettant à chacun de faire preuve de respect mutuel envers les autres⁴⁵.
- 3- Ils rendent supportable le coût politique de désaccords profonds et durables. Si les acteurs du droit constitutionnel ne prennent pas en compte les grandes théories philosophiques alors ceux à qui le jugement a donné tort ne se sentiront pas pour autant lésés dans leurs convictions philosophiques⁴⁶.
- 4- Ces types d'accords permettent enfin à une société de pouvoir évoluer en ne s'enfermant pas dans une conception morale précise ou une conception philosophique déterminée qui constituerait un frein au dépassement de ses

⁴³ *Ibid.*p.217

⁴⁴ *Ibid.*p.219

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*p.221

propres contradictions. La société peut ainsi accepter une loi quelle que soit l'idéologie sous-jacente sans pour autant abandonner ses convictions profondes⁴⁷.

b. Le maximalisme judiciaire Ronald Dworkin

Ernst-Wolfgang Böckenförde⁴⁸ et Ronald Dworkin défendent quant à eux la thèse selon laquelle la Constitution fusionne des principes moraux et politiques, et dans cette mesure le raisonnement du juge constitutionnel doit tenir compte de cette dimension politique et morale dans ses décisions. Le juge se voit donc obligé d'élaborer des théories politiques destinées à expliquer et justifier la pratique juridique existante⁴⁹.

Selon Roland Dworkin, le travail quotidien des juges est fait de prises de décisions touchant un grand nombre de thèmes fondamentaux de la philosophie politique et morale⁵⁰. Ces questions philosophiques constituent bien souvent le cœur même du droit constitutionnel comme dans les décisions des hautes cours. Ainsi, des thèmes comme l'avortement, la discrimination positive, le suicide assisté ou la liberté d'expression illustrent parfaitement l'imbrication profonde existant entre certaines questions juridiques et de grandes questions philosophiques. Ronald Dworkin donne matière à réflexion en posant la question de la connexion entre l'avortement et le suicide assisté. Selon lui, si la constitution d'un pays autorise les femmes enceintes à avorter on peut alors légitimement s'interroger sur le fait d'autoriser les malades en phase terminale de décider quand et comment ils pourront mettre un terme à leur vie⁵¹. Existe-t-il une distinction moralement importante entre l'acte négatif de maintenir artificiellement la vie et l'acte positif d'administrer à un patient une dose

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Ernst-Wolfgang Böckenförde est professeur de droit public à Fribourg-en-Brisgau. Il fut également juge à la Cour constitutionnelle fédérale de 1983 à 1996.

⁴⁹ Cité par Botero, C., Fuentes, A., Jaramillo, J.F., Uprimny, R., *Op.Cit.*p. xx

⁵⁰ Dworkin, R., « Deben nuestros jueces ser filosofos ? Pueden ser filosofos ? » in, Rev. ISONOMÍA No. 32 / Abril 2010. En V.O. : Must our judges be philosophers? Can they be philosophers?.

⁵¹ *Ibid.*p.9

létale ? Pourquoi le gouvernement doit-il garantir le droit à la liberté d'expression si c'est au nom de cette même liberté que certains citoyens intolérants manifestent contre des groupes minoritaires⁵² ?

Dans ces interrogations que Roland Dworkin vient d'évoquer, d'importantes valeurs et questions morales sont en jeu. Ces principes se retrouvent alors bien souvent en tension. On peut ainsi affirmer que juges et philosophes partagent certains de leurs sujets de préoccupation et de leurs méthodes d'analyse et de réflexion⁵³. Ces deux professions cherchent donc à comprendre et à formuler des concept-clés où se manifestent la morale politique et la loi organique.

Les juges doivent par conséquent entretenir une certaine familiarité avec la littérature philosophique⁵⁴. Ainsi, pour Roland Dworkin il est difficilement imaginable que ces mêmes juges ignorent tout de ces écrits philosophiques. On peut donc affirmer que les juges et les philosophes s'enrichissent mutuellement de leurs travaux. Toutefois, si les juges doivent adopter une démarche philosophique pour leurs travaux, ils ne peuvent en aucune manière être considérés comme philosophes.

Dans le même sens, E.-W. Böckenförde souligne qu'il est impossible de déterminer la signification concrète d'un droit fondamental sans avoir formulé préalablement une « théorie constitutionnellement adéquate » sur les droits fondamentaux. Selon lui, les enjeux de la liberté d'expression sont très différents selon la vision que l'interprète peut avoir sur les droits, par exemple une vision libérale, une vision démocratique fonctionnelle des droits ou la conception propre à l'État social de droit⁵⁵».

Le maximalisme judiciaire de Ronald Dworkin a cependant suscité de nombreuses critiques. En premier lieu, on peut mentionner la critique selon laquelle la prise en considération du précédent juridique occupe une place centrale dans le travail du juge. Cela s'explique par le fait que le système doit nécessairement générer une sécurité juridique, laquelle est nécessaire à l'adhésion des citoyens à ce système.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*p.10

⁵⁵ Citée par Botero, C., Fuentes, A., Jaramillo, J.F., Uprimny, R., *Op.Cit.*p.xx

Malgré cette évidente réalité, en droit constitutionnel, le juge demeure confronté régulièrement à de nouveaux cas où les précédents juridiques sont absents ou inopérants et celui-ci doit alors élaborer de nouveaux concepts juridiques à partir de réflexions philosophiques sur ces cas inédits qui se présentent à lui⁵⁶.

Les juges et les philosophes ont des objectifs professionnels différents. Le premier, contrairement au second, ne doit pas rechercher la meilleure théorie possible mais plutôt repérer ou trouver l'intention originale du législateur. Cette démarche est quant à elle plus proche de celle de l'historien que de celle du philosophe. À cette critique, Roland Dworkin répond que cette démarche interprétative que l'on vient de décrire est aujourd'hui peu acceptée dans les milieux juridiques et plus particulièrement parmi les constitutionnalistes⁵⁷. En outre, Roland Dworkin souligne qu'une telle démarche ne peut être dissociée d'une réflexion en lien avec la philosophie politique et les différentes théories permettant de comprendre cette intention.

Pour certains, les juges ne peuvent laisser totalement de côté leurs affects et leurs jugements sont fortement empreints de leurs émotions, jugements que l'on pourrait qualifier de viscéraux. Le célèbre juge Holmes affirmait que pour évaluer la légalité d'une procédure lors d'une enquête, lui-même s'interrogeait pour savoir si cette procédure provoquait en lui des « nausées » et sa décision dépendait alors de la réponse à sa question⁵⁸. Cette thèse confirme l'hypothèse de l'intuitionnisme selon laquelle chaque personne possède en elle des facultés naturelles permettant de façon intuitive d'évaluer une question morale. Roland Dworkin affirme qu'aujourd'hui, cet intuitionnisme est fortement critiqué et assez peu accepté par la philosophie morale⁵⁹.

Les juges évitent les problèmes propres à la philosophie au nom du pragmatisme. Pour le juge, l'avenir de la communauté est plus important que toutes les autres formes de spéculation philosophique. Au lieu de se livrer à des questionnements philosophiques polémiques comme de savoir si l'État doit ou ne doit pas interdire

⁵⁶ Dworkin, R., *Op.Cit.*p.11

⁵⁷ *Ibid.*p.12

⁵⁸ *Ibid.*p.14

⁵⁹ *Ibid.*p.15

l'avortement, le juge doit plutôt formuler son raisonnement en des termes n'impliquant aucun raisonnement philosophique. Ainsi, en reprenant la question de l'avortement, le juge devrait plutôt formuler sa question comme suit : est-il plus bénéfique pour la communauté à long terme d'interdire l'avortement ou de l'autoriser ? Selon Roland Dworkin, cette posture est stérile et ne permet pas véritablement de sortir de ce dilemme. Pour lui, on ne peut pas déterminer à l'avance si les conséquences d'une décision constitutionnelle sont meilleures ou pires pour la communauté sans avoir préalablement et suffisamment pris en considération les questions philosophiques⁶⁰.

Les concepts que les juges utilisent tels que la responsabilité, l'égalité et la démocratie restent complexes, ce sont des notions à propos desquelles ni l'histoire, ni la législation, ni la culture n'ont pu donner de réponses satisfaisantes permettant d'atteindre un consensus quant à son interprétation.

Finalement, selon lui, l'intuitionnisme, le pragmatisme et le formalisme juridique demeurent des illusions puisque le travail du juge consiste fondamentalement à choisir entre des principes contradictoires⁶¹. Roland Dworkin ne considère pas comme aberrant ou irrationnel qu'un juge ou un avocat entretienne une certaine familiarité avec les principales théories les plus contemporaines de la philosophie juridique, morale et politique car ces théories sont, selon lui, indispensables pour formuler une appréciation sur un argument philosophique à propos d'un quelconque cas nécessitant une telle réflexion philosophique⁶².

c. Les jugements de valeurs

Andrée Lajoie professeure canadienne du droit, analyse la question du rôle de juge dans la production du droit. En analysant le discours judiciaire de la Cour suprême

⁶⁰ *Ibid.*p.16

⁶¹ *Ibid.*p.18

⁶² *Ibid.*p.21

du Canada, elle cherche à éclairer les modalités de l'élaboration du discours judiciaire, sa place dans la production de droit, et le rôle qu'y jouent les modalités respectivement judiciaire et sociale de construction des valeurs⁶³.

Selon elle, les juges de la plupart des cours constitutionnelles exercent un rôle « aux confins du juridique et du politique ». Cela a lieu, d'après elle, dans les deux dimensions interne et externe, « entre lesquelles s'entrecroisent des fonctions d'interprétations/application de la Constitution comme de la loi [...] et une production idéologique nécessaire à la reproduction de l'État⁶⁴ ».

Elle s'intéresse donc, à l'analyse qualitative des décisions des juges visant à identifier les idées et les conceptions des juges à partir du contenu de leurs écrits plutôt que de leur comportement, sans renoncer à expliquer leurs décisions. D'après elle, une démarche comme cela peut être décrite comme « plus qualitative que celles des réalistes et moins indéterministe que celle des *critical legal scholars*⁶⁵ ».

Dans ce sens, l'approche conceptuelle répond bien à ce type d'analyse qualitative. Il s'agit donc, des juristes canadiens dont les travaux ont en commun l'abandon de

⁶³ Lajoie, A., *Jugements de valeurs*, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1997.p.2

⁶⁴ *Ibid.*p.119

⁶⁵ *Ibid.*p. 132. Le mouvement réaliste américain surgit dans les années de l'Entre-deux-guerres, de la réaction à l'interprétation classique du droit issu du positivisme formaliste et des interrogations soulevées par la réponse de la *sociological jurisprudence*. Ce mouvement a voulu amener les juristes à tenir compte des facteurs sociaux qui influencent l'évolution du droit. Les réalistes contestaient l'un des postulats positivistes selon lequel les décisions judiciaires sont la conclusion logique d'un ensemble déterminé de principes, obtenue au terme d'un processus analytique objectif et quasi mécanique. Selon eux, le droit est le produit de l'activité des juges et s'intéressent aux facteurs susceptibles d'orienter le comportement judiciaire. « Leur définition du droit n'est pas stipulatif, mais descriptive ; ce sont des empiristes pour lesquels le droit est énoncé par des juges créateurs, dont il faut saisir le comportement si l'on veut prédire les règles ». Karl Llewellyn et le juge Oliver Wendell Holmes sont deux des représentants de cette école. Pour sa part, les *Critical Legal Studies* constitue un mouvement née dans les années soixante-dix et qui considère, comme l'école réaliste, que les normes juridiques ont un caractère politique et qu'elles ne peuvent pas découler d'un raisonnement logique fondé sur un ensemble déterminé de principes. Cette école va plus loin que l'école réaliste en considérant qu'il existe une liberté totale des choix politiques et juridiques « posant la théorie juridique comme un engagement politique ». La spécificité de leur méthodologie « se rattache au rôle subversif qu'ils accordent à l'histoire, à leur scepticisme critique à l'égard de la conceptualisation traditionnelle du champ juridique et à la dimension activement politique de leurs praxis ». Duncand Kennedy et Karl Klare sont des représentants de cette école. Ce dernier considérait par exemple, que la règle du droit a un caractère indéterminé, et face à ce constat, les juges s'adonneraient au conceptualisme social. Il serait donc un mode hybride de raisonnement juridique transformant en principes juridiques des concepts politiques et sociaux susceptibles de fonder ensuite un raisonnement juridique déductif et positiviste. *Ibid.* pp. 121-131.

l'énonciation exégétique du droit pour lui-même, en faveur d'une analyse visant à dégager la philosophie, les valeurs sous-jacentes et les concepts des décisions des juges « la plupart de temps dans le seul but de mieux saisir leur cheminement et d'éclairer leur démarche⁶⁶».

Parmi les représentants de l'analyse conceptuelle, Andrée Lajoie remarque les travaux de L. Hunter, qui situe son analyse dans une perspective théorique où l'image que chaque juge se fait du droit constitue l'arrière-plan de ses décisions judiciaires⁶⁷. L'image est considérée ici comme « l'échelle des valeurs d'un individu qui constitue le tamis le plus important pour filtrer les éléments extérieurs qui sont susceptibles de modeler l'image qu'il se fait de la réalité. Mais cette formation des images ne se fait pas dans un *vacuum* : elle résulte aussi des valeurs de ceux avec lesquels cet individu est en relation, notamment avec les récipiendaires ou les destinataires de ces images⁶⁸». Cette réflexion, lui permet d'affirmer que la collectivité occupe une place importante dans la construction des valeurs judiciaires, ainsi que l'effet du contexte normatif sur le résultat décisionnel⁶⁹. Cet élément (l'image) permet à Andrée Lajoie de faire le lien, dans le champ juridique avec l'analyse rhétorique de C. Perelman.

L'analyse rhétorique considère la décision judiciaire comme un discours dont les motifs constituent des moyens de persuasion d'un auditoire constitué de l'ensemble de ceux qu'elle affecte, actuellement, potentiellement, professionnellement ou à titre personnel⁷⁰. Cet auditoire est formé « d'abord des parties, et de leurs avocats, du public et des médias (l'auditoire universel) [...] et par « d'autres tribunaux, du Barreau, de la communauté universitaire, du législateur et des autorités gouvernementales, qui forment un auditoire particulier et seraient surtout préoccupés de la cohérence du droit⁷¹».

⁶⁶ *Ibid.* p. 130

⁶⁷ Voir : Hunter, L., « Bora Laskin and Labour Law : the Formative Years », *Supreme Court L.R.*, 431. 1984. Citée par : *Ibid.* p. 132

⁶⁸ *Ibid.* p. 133

⁶⁹ *Ibid.* p.133

⁷⁰ L'analyse rhétorique fonde ses principaux arguments dans les travaux en philosophie analytique de Wittgenstein et en droit de Perelman.

⁷¹ *Ibid.* p.134

Pour cette école, ils existent trois éléments essentiels dans l'analyse du raisonnement judiciaire : le contexte dans lequel le litige est survenu, les auditoires auxquels il s'adresse et les valeurs et attentes de ces auditoires⁷². Ces éléments particuliers à chaque cas permettront d'analyser les motifs invoqués par les juges au soutien de leurs décisions et destinées à persuader les auditoires. Andrée Lajoie remarque deux séries de contraintes délimitant l'aire dans laquelle ces arguments peuvent se déployer : « celles qui résultent du contexte où s'inscrit le litige, et celles qui découlent des attentes et des valeurs de l'auditoire ». D'après elle, dans le repérage de ces contraintes s'insère le lien avec l'analyse conceptuelle et plus particulièrement, celui d'« image ». Selon ses propres termes : « En effet, la conception que les juges se font de concepts flous et néanmoins centraux du droit constitue une représentation, une image de la réalité sociale à laquelle elle fait référence. C'est le contenu de base d'une idéologie⁷³ que les juges promeuvent à travers leur pratique judiciaire⁷⁴ ».

Ces images, dit-elle, ne se forment pas dans un *vacuum*, mais à l'intérieur du réseau des relations produites engendrées par les valeurs de la société déterminée où ils opèrent, du paradigme de la collectivité juridique à laquelle ils appartiennent, et d'où ils tirent leur légitimité. Cela implique donc, que l'on ne peut pas affirmer que les images que les juges ont de la réalité ne sont rien de plus que leurs convictions antérieures, car si tel était le cas, on serait alors en train d'affirmer que les décisions judiciaires ne sont que personnelles⁷⁵.

Cependant, selon Andrée Lajoie, les juges ne sont pas seulement influencés par les deux auditoires un universel et un particulier signalés par Perelman, mais aussi un

⁷² *Ibid.*

⁷³ D'après Andrée Lajoie, l'idéologie implique : « - un contenu constitué par une représentation plus ou moins adéquate de la réalité ; - un groupe porteur de la représentation du projet de *statu quo* ou de changement ; - mû par des intérêts avoués ou non, conscients ou non ; - visant un auditoire qu'il doit convaincre pour arriver à ses fins par des voies dialectiques ; - favorisant un groupe spécifique identique ou non à celui qui formule, sur cette même scène, en fonction d'une stratégie complexe, le contenu des valeurs et des pratiques de l'idéologie dont il est porteur, ayant des intérêts superposables ou au moins compatibles avec ceux des porteurs, mais nécessairement plus restreints que ceux de l'auditoire ; - en rapport plus ou moins étroit ou lointain avec les grands courants idéologiques qui traversent la société à un moment donné ». *Ibid.* p.135

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.* p.137

troisième constitué par la Cour elle-même, « qui se présente comme une sous-catégorie particulièrement influente de l'auditoire particulier qui constitue la communauté juridique » Et d'un quatrième, « nettement plus lourd : le gouvernement, dont les attentes traversent la dimension idéologique de ce rôle⁷⁶».

Andrée Lajoie se sert d'un autre élément pour sa démarche interprétative. D'après elle, dans l'analyse de l'interprétation judiciaire, le concept de *surdétermination* permet une meilleure compréhension du rapport que le juge entretient avec les valeurs de la société. « D'abord parce qu'il inclut la « pesée des valeurs » dans la production du droit elle-même plutôt que dans les sources externes comme le font les positivistes, sans pour autant donner aux valeurs un caractère intrinsèquement normatif comme le font même les plus récents *jus naturalistes*⁷⁷». À cela on peut ajouter aussi le fait que le concept de la *surdétermination* peut être utilisé dans un contexte étatique, ainsi que dans un contexte non-étatique.

La *surdétermination* implique donc, que le choix des valeurs pour un juge est limité par celles qui sont acceptables non seulement par la communauté d'interprétation judiciaire, mais aussi par les communautés politiques (internationales et locales) où s'inscrit cette interprétation. Selon elle, la *surdétermination* s'est construite comme un réservoir des valeurs collectives, qui ne peut pas être rattachée à un corps ou à un groupe social ou politique permanent ou même spécifique⁷⁸.

On disait plus haut que selon Andrée Lajoie la production du droit et de valeurs de la part de juges avait lieu dans un champ interne et dans un champ externe. Concernant le premier, il s'agit de la production de sens du texte normatif soumis à l'interprétation du juge. Selon elle, dans cette première phase d'interprétation du texte « le juge n'arrive pas vierge. Porteur au contraire d'une image préalable (Boulding, Sotone), d'un filtre tissé à même son échelle de valeurs personnelles (Hunter), préformé par sa communauté interprétative (Fisch), il aborde l'interprétation

⁷⁶ *Ibid.*p.138

⁷⁷ *Ibid.*p. 164

⁷⁸ *Ibid.*p. 166

à partir du contexte (Ricoeur), du récit narratif (Dworkin), des horizons, historique et textuel (Gadamer), des attentes des auditoires, particulier et universel (Perelman)⁷⁹».

Concernant le champ externe, selon Andrée Lajoie dans l'activité de juger il y a un caractère intrinsèquement politique, particulièrement en droit constitutionnel, et dans cette mesure toute théorie qui cherche à représenter adéquatement le rôle du juge dans la production du droit, doit intégrer cette dimension politique dont elle tente de rendre compte. D'après elle, cet effet politique, « recherché pour lui-même ou inconsciemment produit, s'est construit comme support à la fois concret et idéologique de l'État⁸⁰».

Dans ce rôle de support politique que les tribunaux (plus particulièrement les tribunaux constitutionnels) offrent à l'État, Andrée Lajoie distingue deux dimensions : une idéologique et une concrète. La première se profile sur le déficit de la légitimité du parlementarisme et le déclin de confiance à l'égard de la classe politique. Dans ce contexte, la parole de validation législative, partielle ou conditionnelle, qui sort de bouche de juge, entraîne un effet idéologique réel du support étatique⁸¹. La seconde dimension, concrète, se manifeste sous forme de suppléance ou d'appui. Dans le cas de la suppléance, le rôle judiciaire permet de répondre à des demandes d'évolution du droit lorsque la voie législative ou constitutionnelle est bloquée⁸². Dans d'autres circonstances, l'activité judiciaire servira simplement d'appui positif ou parfois négatif à l'activité du législateur ou du gouvernement. Andrée Lajoie signale que parfois, certaines interventions du judiciaire à l'égard du gouvernement ou du législateur nuisent à l'État ou lieu de le soutenir. L'auteure reconnaît qu'elle n'identifie pas toujours les circonstances précises dans lesquelles ces interventions ont lieu, mais qu'elles pourraient être reliées à des périodes d'anomie et à des mutations sociales⁸³.

⁷⁹ *Ibid.* p. 169

⁸⁰ *Ibid.* p. 176

⁸¹ Aux États-Unis où, dès la fin du XVIII^e siècle, la Cour suprême s'est instituée arbitre de la validité des lois sans y être expressément autorisée par la Constitution. *Ibid.* p. 177.

⁸² C'est par exemple le rôle qu'a joué la Cour suprême du Canada pour centraliser le partage des compétences législatives sous la pression de l'industrialisation et de l'instauration de l'État providence à une époque où toute modification de la constitution comportait beaucoup des risques. *Ibid.* p. 177

⁸³ *Ibid.* p. 179

Concernant le choix des valeurs, le juge n'est pas totalement libre et se trouve limité dans son activité interprétative par certains éléments. Selon elle, dans sa démarche, le juge ne pourra pas intégrer dans le flou du texte des valeurs qui répugnent absolument à cette communauté. Pour Andrée Lajoie, cela est dû en bonne partie, au fait que de ce choix de sens résultent des effets favorables ou nuisibles à l'État. De même, le juge ne pourrait pas intégrer des valeurs gênant la reproduction matérielle ou identitaire de la société dont les exigences se traduisent à travers la forme de cet État⁸⁴.

On peut aussi mentionner qu'il arrive parfois que les juges puissent affirmer certaines valeurs minoritaires de préférence aux valeurs de la majorité. Si on prend l'exemple de la Cour suprême du Canada, on peut observer que ce tribunal a fait prévaloir les droits des minorités autochtones, des gais et lesbiennes et des femmes marginalisées⁸⁵.

Sans vouloir nier l'importance de la réflexion théorique de Cass Sunstein, notre démarche méthodologique s'inscrit plutôt dans le cadre théorique des trois derniers auteurs évoqués plus haut. Nous considérons que la réflexion en philosophie politique occupe une place très importante dans la décision du juge constitutionnel, et que par conséquent la jurisprudence comporte une philosophie sous-jacente. Toutefois, et comme nous le verrons dans ce travail, ces philosophies peuvent être plus ou moins présentes selon l'intérêt de la décision du juge, et dans les cas où elle est moins évidente les arguments plus juridiques prendront une place plus importante.

Dans ce contexte, nous rechercherons la ou les philosophies implicites qui sous-tendent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne en matière de peuples indigènes ainsi que les constructions dogmatiques et conceptuelles. Nous écarterons ainsi de notre investigation les études portant sur la décision des juges et

⁸⁴ *Ibid.*p.186

⁸⁵ *Ibid.*p.196

réalisées selon la démarche de la ligne jurisprudentielle dont l'objectif demeure la recherche de la sous-règle⁸⁶.

Cela suppose donc une démarche interdisciplinaire où nous utiliserons des éléments de philosophie politique, d'anthropologie et de sociologie juridiques pour décrypter et comprendre la démarche interprétative de la Cour constitutionnelle de Colombie. Nous pouvons donc affirmer que cette thèse est une thèse se situant à la frontière de plusieurs disciplines dont la science politique, la philosophie politique et l'interprétation en droit constitutionnel.

L'intérêt de cette démarche est donc multiple. Elle a la vertu de systématiser la jurisprudence de façon à mettre en évidence d'importants dilemmes juridiques ayant aussi un fort contenu philosophique. Cela permet alors, d'évaluer de façon critique les décisions des tribunaux, d'identifier les arguments non normatifs de contenu moral et philosophique, les philosophies implicites, leur cohérence et leur permanence dans le temps. Enfin, elle nous permet de mieux saisir les défis et les enjeux auxquels ces décisions se confrontent.

À ce propos, Camilo Borrero signale qu'en Colombie, de manière particulière, les juristes font référence de manière unanime à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle dans leurs ouvrages⁸⁷. De cette façon, la jurisprudence de la CCC est devenue la source principale dans le débat autour des définitions et de l'argumentation des droits et des enjeux de leurs interprétations. Selon ses propres termes « si quelqu'un en Colombie souhaite étudier la conception philosophique comme la matérialité d'un droit, par exemple le droit de l'égalité, ou le droit au libre développement de la personnalité, sa source principale seraient les décisions de la CCC et dans une moindre mesure les études ou les analyses d'un auteur. Parallèlement, beaucoup de ces décisions, et notamment celles pour lesquelles les juges savent qu'ils doivent répondre à cet auditoire universel, finissent par constituer de larges traités qui ne sont pas simplement *obiter dictum*, mais qu'ils restructurent

⁸⁶ Voir les travaux de Diego Lopez, notamment : Lopez, Diego., *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis – Universidad de los Andes (2^a edición), 2006

⁸⁷ Borrero, Camilo, 2014, *Op. Cit.* p. 19

analytiquement tous les droits de l'homme et les règles procédurales afin de les pondérer et de les hiérarchiser⁸⁸».

Dans ce contexte, le travail rigoureux de suivi des décisions de la CCC prend une grande importance. D'une part, il est important que le tribunal dans ces décisions respecte une certaine cohérence dans les fondements et les arguments qui servent de base à leurs décisions. D'autre part, et en référence à la richesse de ces argumentations, la cohérence doit aussi être exigée des philosophies implicites dans ses décisions.

Le champ d'étude

Ce travail de recherche étudie la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie pendant une période assez large comprise entre 1997 et 2016. Cependant, nous ne bâtissons pas une périodisation des décisions juridiques car le temps en tant que durée historique ne sera pas pris en compte comme élément d'analyse. Nous essaierons plutôt d'identifier les différentes nuances des philosophies implicites et pour cela, nous nous appuierons sur les décisions les plus fondamentales.

Quant aux décisions de la Cour constitutionnelle, objet de notre étude, nous analyserons sans distinction les arrêts de *tutela* identifiés avec la lettre *T*, les arrêts de constitutionnalité identifiés eux par la lettre *C*. Nous analyserons également deux ordonnances de la Cour.

Même si nous ferons fréquemment référence aux décisions d'autres tribunaux – régionaux et nationaux –, il ne s'agira en aucune manière d'une étude comparée systématique. Le fait de citer ces autres jurisprudences n'a d'autre objectif que celui de comprendre la jurisprudence colombienne avec ses points forts et ses points faibles. « La perspective comparée doit faire partie intégrante des analyses dans le

⁸⁸ *Ibid.* p. 20

champ de droits fondamentaux, car malgré la diversité des régimes constitutionnels, les dilemmes qui comportent ces droits sont souvent similaires. Cela comme résultat du fait qu'en matière de droits fondamentaux une importante globalisation juridique s'opère, liée à la mise en place de systèmes internationaux de protection des droits de l'homme et à l'adoption des formules constitutionnelles semblables en la matière⁸⁹».

À cet égard, Julie Allard note que la mondialisation du droit désigne simultanément « l'ouverture du droit aux normes et aux décisions prises au niveau international ; les échanges juridiques (de normes et de décisions), qui ressemblent à bien des égards aux échanges commerciaux et font du « droit mondial » un vaste marché ; la délocalisation des litiges d'un for à un autre, ou d'une juridiction à d'autres dispositifs de règlement des litiges⁹⁰».

Selon elle, un autre élément qui caractérise cette mondialisation est bien qu'elle repose sur certaines affaires à l'origine particulières et nationales qui sont, dit-elle, « universalisables⁹¹». Selon ses propres termes, « Cette « universalisation » peut prendre deux formes : soit ces affaires vont être exportées par les juges eux-mêmes, elles vont servir d'exemples, dans leur singularité même, à travers un dialogue entre juges ; soit elles vont être exportées d'un for à un autre parce que l'injustice vécue dans une affaire particulière devient l'injustice de tous, elle est vécue et ressentie à un autre point du globe, et c'est au nom même de cette universalité de la souffrance que l'affaire peut être portée vers une juridiction à laquelle elle ne revient pas normalement. Reprenons en détail ces deux possibilités. Dans le cas du dialogue des juges⁹², les magistrats échangent des arguments, des interprétations et des solutions juridiques, d'une juridiction à l'autre, et parfois d'une nation à l'autre, d'un système international à un système national (ou inversement)⁹³. Ce dialogue peut

⁸⁹ Botero, C., Fuentes, A., Jaramillo, J.F., Uprimny, R., *Op. Cit.* p. xxi

⁹⁰ Allard, Julie, « La « cosmopolitisation » de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme », *Dissensus*, Revue de philosophie politique de l'ULg N°1, Décembre 2008, pp, 61-83.p.61

⁹¹ *Ibid.* p.62

⁹² Sur cette question voir *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice, Bruylant, Bruxelles, 2007. Citée par : Allard, J., *Op. Cit.*

⁹³ Julie Allard cite comme exemples de ce dialogue, les arrêts : *Lawrence v. Texas* de 2003 de 2003, où la Cour suprême des États-Unis décide d'invalider une loi texane pénalisant les relations homosexuelles en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

être relativement privé, notamment au sein des associations internationales de magistrats, mais il est aussi souvent rendu public quand les juges se citent entre eux dans leurs décisions⁹⁴».

La référence aux décisions des autres tribunaux a plusieurs fonctions pour les juges. Selon Julie Allard, les juges cherchent des solutions concrètes mais aussi des arguments de principe, et même parfois une sorte de légitimité qu'ils ne trouvent pas au niveau national⁹⁵. Dans la plupart des cas, ces affaires ne portent pas sur des questions juridiques internationales, mais plutôt sur des problématiques de la société particulièrement controversées. Les dilemmes moraux ou les controverses techniquement compliquées, l'absence d'une règle de droit pertinent ou même d'intenses débats publics sont donc au centre de ces jurisprudences⁹⁶.

D'après elle, ce dialogue entre juges et juridictions fait émerger un principe de comparaison : « les juges qui échangent des solutions les mettent également en comparaison. Ce principe comparatif symbolise le rôle nouveau joué par les magistrats dans le droit contemporain, mais aussi l'interdépendance entre droits et systèmes judiciaires⁹⁷ ».

Il est important de noter que le dialogue des juges n'implique pas que ces derniers renoncent à leurs systèmes juridiques particuliers au nom d'un droit plus global supposé commun. Il signifie plutôt que les juges tentent alors de percevoir leur propre système de façon critique, « en l'examinant avec le regard d'autres juges, d'autres cultures, d'autres mentalités⁹⁸ ».

Egalement, dans l'arrêt *Fairchild* de 2002, la Chambre des Lords britannique cite elle aussi des jurisprudences étrangères, dont celle de la Cour suprême du Canada dans une affaire concernant la responsabilité d'une entreprise à l'égard de la contamination à l'amiante de ses employés. Dans l'arrêt *Pretty c. United Kingdom* en 2002, la Cour européenne des droits de l'homme de reprendre l'argumentation des juridictions britanniques, citant elles-mêmes la Cour suprême du Canada, dans une affaire sur l'euthanasie. *Ibid.* p.63

⁹⁴ *Ibid.* p.63

⁹⁵ *Ibid.* p.63

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.* p.64

Notre démarche suit une méthodologie qualitative, combinant la systématisation d'information et la reconstruction analytique. En ce qui concerne le cadre théorique du premier chapitre, la méthodologie documentaire était destinée à la systématisation et à la synthèse de la pensée des auteurs les plus représentatifs des débats théoriques et philosophiques sur la question de la reconnaissance, du multiculturalisme et de l'interculturalisme. En ce qui concerne l'analyse des décisions de la Cour Constitutionnelle de Colombie et des autres tribunaux, nous avons suivi une démarche destinée à reconstituer les différentes philosophies implicites et leurs nuances. Pour cela, nous avons repéré les décisions « fondatrices » ou les cas emblématiques et à partir de là, nous avons identifié les différentes postures philosophiques et regroupé les principales décisions par rapport à ces dernières.

Enfin, nous pouvons affirmer que cette démarche méthodologique nous a permis de constater l'importance du débat philoso-politique dans l'étude de la jurisprudence constitutionnelle en matière des peuples autochtones. Ainsi, la Cour Constitutionnelle de Colombie a défini une conception ou paradigme de justice interculturelle où la reconnaissance de la diversité culturelle et de la cosmovision de ces peuples prend une place centrale. Ce paradigme se nourrit des débats philosophiques autour du multiculturalisme. On observe que le jugement de la Cour pourra se baser dans certains cas sur une version libérale et dans d'autres cas sur une version critique du multiculturalisme.

Ce paradigme de la justice interculturelle est mis à l'épreuve par deux aspects : d'une part les valeurs universelles incarnées par les droits de l'homme et d'une autre le modèle économique fondé dans l'extraction des ressources naturelles. Face à la question des droits de l'homme, la CCC répond avec l'idée du consensus interculturel pour définir les limites de la reconnaissance de la diversité. Quant à la question économique, la CCC se sert du consentement préalable libre et informé (CoPLI) en tant qu'échelle interprétative de la consultation de peuples autochtones la plus protectrice de leurs droits. Le CoPLI permet de protéger les territoires ancestraux du développement des projets économiques mais aussi d'assurer une conception de la justice garantissant la reconnaissance de la diversité culturelle et la redistribution des ressources culturellement adaptée.

En outre notre démarche a mis en évidence que le niveau de conceptualisation et de réflexion philosophique dépend de l'intérêt que le juge a dans le sens de la décision. Ainsi, plus le juge aura l'intention de faire prévaloir la question économique moins il fera référence à des arguments philosophiques ou plus ils seront implicites. Autrement dit, plus l'interprétation est restrictive des droits des peuples indigènes (afin de favoriser le développement d'un projet économique), plus les arguments purement juridiques ou techniques prendront une place importante dans l'argumentation du juge. A contrario, quand le juge mobilise le CoPLI et que la question économique n'est pas présente dans l'affaire, les arguments de contenu philosophique deviennent moins implicites et ouvrent les portes à une argumentation plus philosophique.

3. Les thèmes exclus.

Sans nier la pertinence et l'importance de certains thèmes en relation avec ce travail de recherche, nous avons délibérément choisi de ne pas les explorer plus avant par souci de ne pas nous disperser. En effet, étudier longuement certains de ces thèmes nous conduirait à nous éloigner de notre problématique principale.

Ainsi, nous avons fait le choix de ne pas approfondir la question du pluralisme juridique ni de l'inter-légalité et des débats qui entourent ces notions. D'une part, il existe une abondante littérature sur la question à laquelle nous renvoyons le lecteur⁹⁹.

⁹⁹ Voir : Parafan Simmonds, Carlos César: Cocultura, *Sistemas jurídicos páez, kogi, wayúu y tule*. Bogotá: 1995 ; Parafan Simmonds, Carlos César, Azcarate Garcia, Luis José et Zea Sjoberg, Hildur, *Sistemas jurídicos tukano, chamí, guambiano, sicuani*, Bogotá: Cocultura, 2000 ; Sanchez Botero, Esther, « Aproximacion desde la antropologia juridica a la justicia de los pueblos indigenas » En : De Sousa Santos, Boaventura et Garcia Villegas, Mauricio, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Vol.II, Bogotá : ICANH-Universidad de Coimbra, Uiversidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001. Esther Sanchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indigenas de Colombia. La tutela como medio para la construccion del entendimiento intercultural*, Bogotá : Universidad Nacional de Colombia-Unidad de investigaciones Juridico-Sociales y Politicas « Gerardo Molina » (UNIJUS), 2004 ; Zambrano, Carlos Vladimir, *Derechos, pluralismo y diversidad cultural*, Bogotá : Universidad Nacional de Colombia, 200, entre autres.

D'autre part, nous ne nous intéresserons pas au droit coutumier de chaque communauté ni au rapport de ce dernier avec le système normatif de l'État¹⁰⁰.

De la même façon, bien qu'en Colombie les communautés noires soient considérées par la Constitution de 1991 et la Cour constitutionnelle comme appartenant aux minorités ethniques¹⁰¹, nous avons cependant décidé pour des raisons méthodologiques et de sources – notamment une jurisprudence moins abondante – de nous concentrer pour ce travail de recherche sur les communautés indigènes.

D'autre part, même si la question du conflit armé occupe une place importante depuis plus de cinquante ans dans l'histoire contemporaine de la Colombie, nous y ferons référence sans pour autant l'intégrer comme élément d'analyse. En effet, nous pensons que le conflit armé n'a pas d'incidence majeure sur la conception de la justice interculturelle de la Cour constitutionnelle, mis à part les ordonnances 004 et 005 de 2009, de la même Cour.

Enfin, une analyse plus historique intégrant la conquête espagnole ainsi que l'occupation, l'acquisition de la terre et le statut des indigènes à cette époque ont également été exclus de cette étude. Même si l'occupation espagnole a marqué durablement la société colombienne dans ses structures, notre étude s'appuyant essentiellement sur la constitution de 1991 et sur les décisions de la Cour constitutionnelle à partir de cette période, nous n'utiliserons pas cet héritage historique comme élément prépondérant d'analyse.

¹⁰⁰ La question du droit coutumier des peuples autochtones peut être étudié selon trois approches différentes : La première consiste en la caractérisation même de ces systèmes normatifs. La deuxième vise à déterminer la possibilité que ces systèmes normatifs ont de générer des situations de pluralisme juridique, c'est-à-dire lorsque ces systèmes rencontrent le droit de l'État tout en conservant, face à ce système normatif, des prétentions de légitimité, d'efficacité et de validité. La troisième approche analyse les réseaux de communication qui s'établissent entre les différents systèmes ou ensembles normatifs, phénomène plus connu sous le nom d'inter-légalité. Borrero, Camilo, *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente*, Bogota : Universidad Nacional de Colombia, 2014. p. 21

¹⁰¹ Pour une approche anthropologique sur la question afro-colombienne, voir : Cunin, Elisabeth, *Métissage et multiculturalisme en Colombie, (Carthagène), le « noir » entre apparences et appartenances*, Paris : L'Harmattan, 2004

4. La présentation du plan

En suivant la logique de la problématique annoncée plus haut, ce travail de recherche s'intéressera à l'approche que la Cour constitutionnelle de Colombie a sur la question des peuples autochtones. Elle sera développée autour de deux axes principaux. La première partie s'intéressera principalement à la manière dont elle comprend la reconnaissance juridique de ces peuples. La deuxième partie étudiera alors cette même question sociale des peuples autochtones mais cette fois sous l'angle de la redistribution des ressources.

Dans la première partie, nous analyserons la reconnaissance de la diversité culturelle et du multiculturalisme tant dans sa dimension philosophique et politique que dans sa dimension juridique. Quant à sa dimension philosophique, nous nous attarderons dans un premier temps à l'étude des débats autour de la reconnaissance, du multiculturalisme et de l'interculturalité. Dans sa dimension juridique nous nous intéresserons à l'adoption de la diversité culturelle dans les nouvelles constitutions de la région. Cette première approche nous servira de grille d'analyse afin de décrypter le paradigme de la justice interculturelle formulé par la Cour constitutionnelle de Colombie. Cette démarche nous permettra ainsi d'analyser cette jurisprudence à la lumière de la philosophie politique.

Dans la deuxième partie, nous confronterons le paradigme de la justice interculturelle à la problématique de la redistribution des ressources et plus particulièrement au problème de l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes. Les interprétations et applications de la consultation préalable libre et informée (CPLI) seront un outil privilégié afin de comprendre le dilemme juridique et philosophique auquel se confronte l'idéal de l'interculturalité. Nous verrons que l'échelle du consentement dans l'interprétation et application de la consultation reste déterminante dans la définition du paradigme de la justice interculturelle. À cela nous devons ajouter comment la question environnementale et plus particulièrement celle du développement durable, seront mobilisées par le juge afin de renforcer son paradigme de justice interculturelle.

PREMIERE PARTIE. DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA DIVERSITE CULTURELLE AU PARADIGME DE LA JUSTICE INTERCULTURELLE.

La philosophie et les idéologies jouent un rôle important dans la décision judiciaire. On peut donc affirmer que la jurisprudence des tribunaux constitutionnels contient une dimension philosophique explicite ou implicite. Dans cette mesure, l'analyse de la jurisprudence doit aller au-delà de l'étude de la résolution du cas concret et de l'aspect purement normatif. Cet angle d'approche nous permet d'identifier et d'examiner d'une manière critique les différents paradigmes de justice qui se trouvent dans ces décisions afin de pouvoir évaluer leurs potentialités et leurs limites.

Cette réflexion ne fait sens que si on la rapporte aux problématiques les plus concrètes de la justice constitutionnelle. Pour cette raison, dans cette première partie nous montrerons comment on peut analyser les sentences des juges en essayant de mieux comprendre leur dimension philosophique. Le défi est donc de faire parler la jurisprudence et de mettre en lumière les différentes conceptions, ou les paradigmes de justice sous-jacents afin de pouvoir les analyser d'une façon critique.

Pour arriver à cet objectif nous nous servons d'une des problématiques touchant les sociétés contemporaines : la *reconnaissance*. Aujourd'hui, la plupart des demandes sociales concernent la lutte pour la reconnaissance d'une différence à propos de la nationalité, l'ethnicité, la race, le genre ou la sexualité. Cette question a un contenu politique et philosophique fort, et cela fait qu'elle devient particulièrement intéressante et illustre notre démarche.

La *reconnaissance* est un des thèmes centraux des analyses sur les théories de la justice, et pour la philosophe Nancy Fraser, elle ne peut pas être exclue d'une théorie de la justice sociale¹⁰². De plus, cette problématique n'est pas de l'intérêt exclusif de la philosophie politique, elle appartient aussi au monde du droit.

¹⁰² Fraser, N., *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, Paris : La Découverte, 2011, p. 13

Dans les pages qui suivent, nous étudierons le paradigme de justice sociale de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne (CCC) dans sa dimension culturelle. Nous verrons que la façon dont la CCC comprend la reconnaissance est fondée sur un dialogue interculturel. Ce dialogue permettra au juge de donner une nouvelle compréhension aux droits, laquelle se nourrit de la *cosmovision*¹⁰³ des peuples autochtones. Cette vision peut être aussi qualifiée de libérale car elle s'inscrit dans le cadre du respect des droits de l'homme.

La Colombie et sa Cour Constitutionnelle deviennent une scène et si l'on peut dire un laboratoire idéal pour étudier cet aspect de la justice sociale. D'un côté, c'est un pays qui se caractérise par la diversité culturelle, et par l'existence d'un important nombre de groupes indigènes. D'un autre côté, il occupe dans le continent américain la déshonorante deuxième place (après Haïti) dans le classement des pays les plus inégaux dans la distribution de la richesse. La Colombie se distingue aussi par de hauts indices de pauvreté de sa population, par une frappante inégalité et par des institutions faibles qui ne répondent pas d'une façon satisfaisante aux demandes sociales.

Paradoxalement, la Colombie compte avec une Constitution très généreuse dans la reconnaissance des droits. Elle consacre dans son texte la diversité culturelle de l'État et des droits spéciaux accordés aux groupes indigènes. Cette Constitution dispose, également, d'un important catalogue de droits économiques, sociaux et culturels, et de mécanismes pour leur protection judiciaire.

Le juge constitutionnel de la Colombie a dû répondre aux requêtes des citoyens qui demandaient la protection de ces nouveaux droits. Cependant, il n'y avait pas de précédent, au niveau national ni international. Cette situation fait que les décisions de la CCC deviennent pionnières en la matière. En faisant face à cette quasi-absence de précédents, le juge a créé une jurisprudence innovante, où la Cour ne se

¹⁰³ En espagnol le mot *cosmovision* fait référence à la vision du monde ou à la conception globale de l'univers. La Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=B5j9BD8>

limite pas à répondre aux problématiques juridiques d'espèces, mais crée aussi de nouveaux concepts d'un important contenu philosophique.

Plusieurs questions deviennent pertinentes : Quels sont les paradigmes de justice de la CCC en matière de justice sociale ? Comment la CCC comprend-elle la reconnaissance de la différence ethnique ? Ces paradigmes de justice sont-elles justes ? Jusqu'à quel point sont-elles cohérentes avec la finalité même de la protection des droits ? On essaiera donc de répondre à ces interrogations et, peut-être, d'en suggérer de nouvelles au lecteur.

Notre propos sera divisé en deux parties. Dans la première, nous analyserons la question du multiculturalisme dans sa dimension philosophique et juridique (Titre 1). Nous commencerons par étudier la reconnaissance de l'appartenance culturelle depuis l'angle d'approche de la philosophie politique (Chapitre 1) et de sa dimension constitutionnelle, notamment dans le constitutionnalisme multiculturel (Chapitre 2). Dans la deuxième partie nous nous plongerons dans l'examen de la jurisprudence de la CCC et de son paradigme de justice interculturelle (Titre 2). Nous commencerons ce titre en étudiant la démarche de la CCC, et la façon dont elle intègre la *cosmovision* des peuples indigènes dans ses décisions (Chapitre 1). Enfin pour conclure cette partie, nous analyserons comment la CCC a répondu aux tensions qui découlent d'une telle démarche interculturelle (Chapitre 2).

TITRE 1. Le multiculturalisme : enjeux philosophiques et juridiques

« *La reconfiguration des États latino-américains doit se fonder sur de véritables dialogues interculturels, niés pendant cinq cents ans ; et sur la prise de conscience que nous faisons face à des problèmes modernes, mais que leurs solutions ne sont pas modernes, dans la mesure où elles ne peuvent pas uniquement se fonder sur la rationalité dont nous avons hérité des Lumières*¹⁰⁴ »

Cette citation nous permet d'introduire la problématique du premier titre car elle nous montre bien les enjeux qu'implique la coexistence des cultures différenciées et de sa reconnaissance juridique. Cela implique de grands défis pour les États, tant au niveau des politiques publiques qu'au niveau juridique. Bien que dans les États latino-américains une véritable politique *néo-indigénista*¹⁰⁵ ait été développée, dans le cas de la Colombie, c'est sa Cour Constitutionnelle qui l'a mise en œuvre.

Un des aspects distinctifs des sociétés modernes est la diversité culturelle. En effet la plupart des pays sont composés d'une pluralité de groupes (ethniques, religieux, etc.) qui ont dans certains cas une langue, des coutumes ou des manières de penser assez différentes entre eux¹⁰⁶. Souvent cette situation implique de fortes tensions et d'importants antagonismes sociaux¹⁰⁷.

Cette problématique est à l'origine du renouveau des mouvements nationalistes, du développement des phénomènes d'affirmation identitaire et des demandes de reconnaissance des spécificités culturelles. On peut donc constater la complexité du sujet quand les autorités d'un pays déterminé veulent définir la langue officielle, les

¹⁰⁴ De Souza Santos, B., *Refundacion del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformacion Global, 2010 2010, p. 31

¹⁰⁵ Gros, C., et Dumoulin D., *Le multiculturalisme "au concret", Un modèle latino-américain?*, Paris: Presse Sorbonne nouvelle, 2011, p. 35

¹⁰⁶ Aujourd'hui l'on estime qu'il existe autour de 180 Etats indépendants. Ce chiffre demeure faible si l'on le compare au plus de 600 groupes linguistiques différents existants, et à plus de 5.000 groupes ethniques. Kymlicka, W., *Filosofía Política Contemporánea*, Barcelona : Editorial Ariel 1995,p. 1.

¹⁰⁷ Gargarella, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, Buenos Aires : Paidós Estado y Sociedad, 1999, p. 120

programmes d'enseignement, les traditions objet de célébration publique, ou le calendrier officiel, car ils se trouvent face à l'obligation de faire des choix qui peuvent difficilement satisfaire les différents groupes qu'intègrent ce pays.

Le multiculturalisme en tant que projet politique est l'une des manières de répondre à ces problématiques¹⁰⁸. Il a été conçu comme un projet de reconnaissance équitable des individus et des collectivités historiques dans l'espace public. Pour ses défenseurs, c'est le projet de traiter et de prendre en compte le pluralisme culturel ainsi que les rapports entre groupes majoritaires et minoritaires à l'intérieur d'une perspective d'égalité et de justice sociale¹⁰⁹.

Selon le contexte social et politique, le multiculturalisme aura des expressions différentes, et cela fait que l'on ne peut pas parler d'un seul et universel modèle de multiculturalisme. Le projet a circulé sur presque tous les continents, de l'Amérique du Nord à l'Europe mais aussi en Amérique latine, et selon le pays son appropriation a été différente. Dans ce dernier continent la question ethnique est au cœur du débat et pour certains chercheurs on peut même parler d'un modèle latino-américain¹¹⁰, où à partir des réformes constitutionnelles, les États ont été définis comme des nations multiculturelles dont la diversité est garantie et protégée par l'État.

Derrière la question du multiculturalisme, se trouve donc, une problématique philosophique : Est-il justifié de donner une protection spéciale à des groupes déterminés ? Cela implique de se demander si l'appartenance à une culture est ou non importante pour l'individu. Ces questions ont été l'objet de réflexion en philosophie morale et politique, dont les travaux ont aidé à structurer et à problématiser les débats autour du multiculturalisme.

Nous commencerons ce titre en examinant ces questions philosophiques afin de mieux comprendre les enjeux de la reconnaissance culturelle et du multiculturalisme

¹⁰⁸ Le mot multiculturalisme est aussi utilisé pour décrire des sociétés culturellement diverses à cause des processus migratoires. Bartolome, M., *Procesos Interculturales: antropologia politica del pluralismo cultural en América Latina*, Mexico : Siglo XIX Editores, 2008, p. 80

¹⁰⁹ Doytcheva, M., *Le multiculturalisme*, Paris : La Découverte, 2011, p. 5

¹¹⁰ Gros, C., et Dumoulin, D., *Op. Cit.* p. 23

(chapitre 1) avant de voir comment ces concepts théoriques trouvent une application concrète dans le contexte colombien en analysant leur traduction au niveau légal. (Chapitre 2). L'approche de ce premier titre nous permettra d'analyser la dimension philoso-politique de la jurisprudence de la CCC, concernant l'aspect culturel de la justice sociale.

Chapitre 1 : La reconnaissance de l'appartenance culturelle : vers une mise en valeur de la différence culturelle ?

Les questions liées aux injustices culturelles sont au centre des débats de la philosophie sociale et politique contemporaines, dont le déni de reconnaissance est considéré comme un de ses facteurs explicatifs. Certains philosophes pensent que l'appartenance culturelle est une question vitale pour l'existence de l'individu. Ils estiment que l'horizon des opportunités se trouve déterminé, dans une bonne mesure, par l'appartenance à une culture déterminée. Cette appartenance est considérée comme un des éléments qui déterminent l'identité de l'individu et qui facilitent les relations sociales.

Ces affirmations sont en effet très polémiques, car cela implique que l'État doit s'engager dans l'évaluation des différents projets de vie et des conceptions du bien, en laissant de côté le devoir de neutralité souhaité par le libéralisme. Ces questions mettent en évidence certaines dichotomies, qui peuvent s'avérer parfois dangereuses quand on les pousse aux extrêmes : individualisme *versus* communautarisme, universalisme *versus* relativisme culturel, etc. Dans les pages qui suivent nous étudierons les origines et les fondements de ces questions (*Section A*) et les propositions du multiculturalisme pour sortir de ces dilemmes (*Section B*).

Section A. L'Appartenance culturelle dans les théories de la justice : une question controversée

Un des débats centraux de la philosophie politique contemporaine est celui qui oppose les libéraux aux communautaristes. Dans ce débat, la question de l'appartenance de l'individu à une culture déterminée occupe une place très importante (§-1). Cette question deviendra aussi décisive dans les théories ultérieures de la reconnaissance (§-2).

§1- Le débat entre libéraux et communautaristes¹¹¹

La Théorie de la Justice du philosophe nord-américain John Rawls¹¹² a ouvert les portes à un intense et riche débat dans la philosophie politique contemporaine, qui perdurera jusqu'aux années quatre-vingt-dix. Deux pôles se sont formés, d'un côté les libéraux et de l'autre les communautaristes (1)¹¹³. La question de l'individu et de son appartenance à une culture devient le centre des controverses entre ces penseurs, et une des critiques principales à la théorie rawlsienne (2).

1. Le libéralisme rawlsien

La théorie de la Justice de John Rawls est une alternative aux visions utilitaristes et intuitionnistes de la justice¹¹⁴. Elle était pensée pour une société bien ordonnée, c'est-à-dire une société où n'existent pas l'extrême pauvreté ni l'abondance extrême. Elle est orientée vers la promotion du bien-être de ses membres.

¹¹¹ Chez les libéraux, on trouvera des penseurs plus ou moins proches de la théorie de John Rawls, tels que Ronald Dworkin, Thomas Nagel ou Bruce Ackerman, et chez les communautaristes des philosophes comme Michael Sander ; Alsadir MacIntyre et Charles Taylor.

¹¹² Dans l'année 1970 John Rawls écrit la *Théorie de la Justice*.

¹¹³ Pour Renaut, A., et Mesure, S., la controverse libéralo-communautariste est le prolongement ou la renaissance, avec l'affaiblissement de la pensée marxiste, d'un débat plus ancien qui oppose au XVIII^e siècle l'esprit des Lumières et romantisme allemand : pour le premier, universaliste et humaniste, il existe une nature commune à tous les êtres humains, par delà leurs différences, et c'est en raison de cette identité commune qu'il leur revient les mêmes droits; pour le second, particulariste et relativiste, rebelle contre la « tyrannie de l'universel », l'identité humaine doit être considérée, au contraire, comme étant toujours déjà culturellement située et différenciée. Renaut A. et Mesure S., *Les paradoxes de l'identité démocratique*, 1999. Cité par Doytcheva, M. *Op cit.*, p. 30

¹¹⁴ Selon la conception intuitionniste de la justice, il existe divers principes qui dans certains cas peuvent être en contradiction. La solution pour déterminer quel principe doit prévaloir consiste à nous laisser guider par nos propres intuitions. Cela dans la mesure où il n'existe pas une méthode objective nous permettant de savoir quel principe doit s'imposer dans un conflit. John Rawls critique dans cette conception l'absence d'une procédure permettant d'établir les principes qui doivent prévaloir en cas de tension. Pour sa part, la conception utilitariste considère que dans le cas des conflits entre principes, la solution dépendra toujours de l'intérêt de la majorité. De cette façon, la plupart des personnes intéressées (dans le conflit) seront satisfaites par la solution choisie. Selon John Rawls, il n'est pas possible de sacrifier les droits de certains individus pour satisfaire les droits d'une majorité donnée. Gargarella, R., *Op. Cit.* p. 22

Avant de continuer il faut signaler que dans cette partie on fera mention à la théorie de Rawls de manière très générale, car on reviendra sur elle dans la deuxième partie de cette thèse. Ce qui nous intéresse ici, c'est de montrer les termes dans lesquels la question de la reconnaissance a été abordée par la philosophie politique contemporaine, afin que l'on puisse conceptualiser l'aspect culturel de la justice sociale. Dans la deuxième partie on y reviendra pour problématiser l'aspect économique de la justice sociale.

Dans la théorie rawlsienne, il y a deux principes fondamentaux destinés à régir la société. Le premier concerne la liberté égale pour tous. Selon lui, les libertés et les droits fondamentaux (droits civils et politiques) doivent être garantis pour tous les individus, de façon prioritaire et non négociable. Le second principe est celui de la différence. Une inégale distribution est acceptable dans la société si : 1) elle bénéficie aux plus défavorisés et 2) elle est rattachée à des positions ouvertes pour tous (l'égalité des chances est respectée)¹¹⁵.

Pour faire le choix de ces principes, Rawls a créé un dispositif qu'il appelle la *position originale*. Cet outil d'analyse est une situation hypothétique dans laquelle les individus doivent choisir les principes d'organisation sociale les plus justes à leurs yeux et qui deviendront la base du « contrat social ». Pour garantir l'impartialité et une totale neutralité qui assure l'impartialité des principes, Rawls imagine que les individus se trouveront couverts par un *voile d'ignorance* de sorte qu'ils ignorent tout à propos de leurs propres identités : le sexe, l'âge, les caractéristiques physiques, les capacités intellectuelles, le statut social, etc. Dans cette situation, les individus choisiront la stratégie la plus rationnelle, celle qui permet d'être dans une bonne situation même s'ils se trouvent dans la position sociale la plus défavorable¹¹⁶. Les principes qui seront choisis sont : liberté pour tous, l'équité des opportunités et le principe de différence. Afin d'éviter que ces principes tombent dans l'anachronisme, John Rawls imagine un autre outil dit de « l'équilibre réflexif » qui permettrait aux individus d'adapter les principes aux besoins particuliers de chaque contexte¹¹⁷.

¹¹⁵ Rawls, J. *Théorie de la Justice*, Paris : Seuil, 1987, p. 303

¹¹⁶ Gargarella.R, *Op. Cit.* p. 31

¹¹⁷ *Ibid.*, p.38

En résumé, la théorie de la justice de Rawls a pour objectif d'établir par un accord une conception publique de la justice, où tous les citoyens seront capables d'adapter sa conduite à cette vision de la justice, indépendamment de sa propre conception du bien¹¹⁸.

La théorie de la justice est une reformulation du libéralisme classique du XVIIIe siècle, dont une des idées principales était l'importance donnée à l'autonomie individuelle. Selon cette vision, l'individu est la seule source de valeur morale dans la société. Par conséquent il est libre de choisir son mode de vie et de le changer s'il le souhaite. Pour le libéralisme, la collectivité en tant qu'entité occupe une place moins importante, et l'État pour sa part se caractérise par sa neutralité, et par le fait qu'il doit se limiter à fournir à chacun les conditions pour mener à bien le mode de vie qu'il a choisi¹¹⁹.

2. La critique communautariste

La critique principale que font les philosophes communautaristes au libéralisme rawlsien est celle d'avoir oublié la communauté et de s'être centré seulement sur les libertés individuelles. Le communautarisme comme posture philosophique est né aux États-Unis dans les années quatre-vingt et il s'est diffusé sur le continent européen et sous d'autres latitudes¹²⁰. Il s'est développé en permanente contradiction avec le libéralisme en général et contre le libéralisme rawlsien en particulier.

Certains auteurs considèrent que le communautarisme ne peut pas être qualifié de théorie homogène. On peut dire plutôt qu'il s'agit d'un rassemblement de plusieurs

¹¹⁸ Selon Renault E., l'une des difficultés les plus manifestes de l'approche rawlsienne tient cependant à l'articulation de l'approche constructiviste (la construction abstraite de principes de justice à partir d'une situation idéale) et de la fonction critique(l'application de ces principes à des sociétés réellement existantes). Cette question constitue l'un des points d'application de la critique communautarienne au libéralisme. Renault E. et Sintomer Y. (dir.) *Où en est la théorie critique ?*, Paris : La Découverte, 2003, p. 251

¹¹⁹ Gargarella, R., *Op. Cit.* p. 31

¹²⁰ *Ibid.* p. 7

études critiques du libéralisme¹²¹. Parmi les auteurs les plus représentatifs de ce courant on peut citer : Charles Taylor, Michael Sandel, Alasdair MacIntyre et Michael Walzer¹²².

La plupart des communautariens critiquent la façon dont le libéralisme conçoit l'individu. John Rawls par exemple, estime que l'être humain est antérieur à ses fins. Cela implique que les individus sont libres de questionner leur participation dans les pratiques sociales existantes, et de faire des choix en s'éloignant des telles coutumes, dans le cas où ils considèrent qu'elles ne méritent pas d'être suivies¹²³.

Pour le libéralisme le fait qu'une personne soit née dans une société déterminée, n'implique pas qu'elle ne puisse pas mettre en question son appartenance à sa communauté ou qu'elle ne puisse pas choisir des fins ou des projets de vie différents de celles de sa communauté ou de celles des autres membres. Pour les communautaristes, au contraire, dans une certaine mesure notre identité en tant que personnes se trouve déterminée par notre appartenance à une communauté. Par conséquent, l'autodétermination de l'individu s'exerce selon des rôles sociaux et non en dehors d'eux¹²⁴.

Ces derniers considèrent que la *position originale* de John Rawls est une situation hypothétique qui ne peut pas exister dans la réalité. D'une part, l'individu ne peut pas être compris et conçu indépendamment de ses circonstances et de son identité. D'autre part, la conception de justice qu'ont les individus est étroitement liée à leur identité, à leurs valeurs, et à la culture à laquelle ils appartiennent.

¹²¹ *Ibid.*, p. 124

¹²² Tel comme est signalé par Renault, E. et Sintomer Y., le caractère vague de ces notions permet à certains de refuser leurs assignation à l'un des deux camps, comme Taylor lorsqu'il présente sa propre position comme une forme de libéralisme (1994), ou comme Walzer lorsqu'il tente de démontrer que le débat du libéralisme et du communautarisme est un faux débat (1997). Renault E. et Sintomer Y. *Op.Cit.* p. 251

¹²³ Dans la vision Kantienne, la personne précède les rôles et les relations sociales. Dans cette mesure elle pourra arriver à être libre si elle a la capacité de voir en perspective tous les composants de sa propre situation sociale et de les juger selon les dictées de la raison. Kymlicka, W., 1995. *Op. Cit.* p. 229

¹²⁴ Gargarella, R., *Op. Cit.* p. 127

Chez les communautaristes les êtres humains sont toujours impliqués dans des contextes et des réalités sociales particulières. Ces contextes déterminent les manières de penser et d'agir des individus, plutôt qu'une quelconque rationalité¹²⁵. Pour eux, les convictions de l'individu influencent ses choix, alors qu'elles ne sont pas prises en compte dans la vision libérale de la justice. C'est pour cela que les communautaristes considèrent que la vision libérale échoue.

D'après le libéralisme, l'État doit être neutre face aux différentes conceptions du bien existantes dans une communauté déterminée et il doit garantir que la vie publique soit le résultat des libres accords entre les citoyens. Selon le communautarisme, l'État doit s'engager dans certains projets de vie, dans certaines conceptions du bien et dans une certaine organisation de la vie publique.

Certains communautaristes ne partagent pas le contenu du concept de justice chez les libéraux, dans le sens où il est fondé sur des principes universels, abstraits et anhistoriques. Pour eux, ce concept doit être nourri à partir de nos pratiques communes et selon la façon dont la communauté évalue ses biens. Chaque communauté donne une importance différente aux biens et la justice prend une place selon ses valorisations. C'est donc ce sens de la justice qui va déterminer la façon dont les droits et les ressources seront distribuées dans une société déterminée.

En ce sens, Michael Walzer considère que la distribution des biens doit se faire selon les traditions acceptées par la communauté. Dès lors, l'égalité ne sera pas toujours le seul critère, et la distribution pourra se faire selon d'autres principes communautaires. Chaque bien doit être distribué selon sa propre signification. Il considère aussi que si on peut bien accorder une certaine importance aux principes de justice, on ne peut pas établir une théorie universelle. Autrement dit, il ne pourrait exister de compréhension de la justice extérieure à une collectivité, car on ne peut pas se placer en dehors de son histoire et de sa culture¹²⁶.

¹²⁵ *Ibid.* p. 32

¹²⁶ *Ibid.* p.135

Les critiques les plus fortes du libéralisme rawlsien et en particulier à la pensée de l'illustration en général proviennent de Alasdair MacIntyre¹²⁷. Pour lui, la culture libérale a voulu se montrer comme une posture hégémonique, dont un des fondements est l'idée que tout phénomène culturel peut être traduit selon le langage de la modernité. Selon Alasdair MacIntyre, les traditions sont incompatibles entre elles et il n'existe pas de tradition neutre à partir de laquelle on puisse observer les autres. De cette façon, le jugement de n'importe quelle culture est un mélange d'éléments universels et locaux¹²⁸.

Ainsi donc, selon lui, toute conception de la justice est déterminée par un type de rationalité. Le conflit des traditions dans la société moderne est occulté par la rhétorique du consensus, qui déguise la radicalité des désaccords¹²⁹. Face à cette situation Alasdair MacIntyre estime que la seule solution est celle qui consiste à se tourner vers les sociétés communautaires où les fins peuvent être partagées et où l'on peut retrouver des valeurs communes¹³⁰.

Les critiques communautaristes ont impliqué une mise en question des bases et des principes de la pensée libérale. Cela a conduit plusieurs représentants du libéralisme à reformuler leurs théories. Rawls, par exemple, a réadapté sa théorie en la présentant comme une théorie politique et non comme une théorie métaphysique, où les jugements n'auront plus une valeur universelle et ne seront pas valides dans n'importe quel contexte et n'importe quelle époque¹³¹.

¹²⁷ *Ibid.* p.134

¹²⁸ *Ibid.* p. 140

¹²⁹ *Ibid.*, p.142

¹³⁰ Pour Victoria Camps la pensée de cet auteur est extrêmement radicale, car il se méfie de toute solution qui n'implique pas la transformation totale de l'organisation actuelle de la société. Camps, V., *Concepciones de la Etica*, Madrid : Consejo Superior de Investigaciones Cientificas, 2004, p. 23

¹³¹ Comme on l'a mentionné Rawls a reconnu qu'une des caractéristiques des sociétés modernes est l'existence d'un pluralisme des doctrines qui sont raisonnables mais incompatibles entre elles. L'objectif du *Libéralisme Politique* est de démontrer que malgré cette caractéristique on peut construire une conception de la justice qui soit partagée et qui puisse se maintenir dans le temps. Selon lui, il est nécessaire d'identifier les différents principes et conceptions sur l'individu et sur la société. Rawls considère que pour arriver à cet accord il est nécessaire d'établir ça qu'il appellerait un « consensus superpose ». Ce consensus aura pour finalité de rendre possible que les diverses conceptions raisonnables et opposées entre elles puissent entrer dans des accords de base. Cela serait un accord entre et raisonnables. De façon que chaque individu faisant partie d'un contexte pluraliste puisse adhérer à la conception publique de justice, si une telle conception de justice apparaît comme raisonnable aux yeux de toutes les personnes. Gargarella, R. *Op. Cit.* p. 196

Pour sa part, le communautarisme a aussi reçu d'importantes critiques¹³². Par exemple Will Kymlicka reproche à ces penseurs le manque d'analyses sur les cultures dans leurs réflexions. Selon lui, les communautaristes défendent les pratiques culturelles comme la base d'une politique du bien commun, mais ils négligent le fait que de telles pratiques ont été établies par des groupes minoritaires de la société. De même, il considère que la neutralité libérale offre l'avantage d'une meilleure intégration dans la mesure où elle refuse que les groupes marginalisés doivent s'accommoder au mode de vie défendu par les groupes dominants¹³³.

Comme on l'avait signalé au début, cette controverse philosophique a fait fureur au cours des années quatre-vingt, les communautaristes appelant à réévaluer les principes libéraux de l'individualisme et de la neutralité, les libéraux faisant valoir la contradiction potentielle entre aspirations communautaires et droits individuels. Elle finira par s'épuiser une décennie après, et un consensus s'est plus au moins établi autour de l'idée que la reconnaissance d'appartenances particulières n'est pas forcément incompatible avec les valeurs libérales et les exigences démocratiques¹³⁴.

§2 - Les théories de la reconnaissance

C'est donc sur la base de ce dernier consensus qu'ont été structurées les théories dites de la reconnaissance. On peut affirmer que de telles approches nourrissent d'une façon importante les débats autour de la justice sociale. Ces théories défendent l'idée (déjà exprimée par Hegel et Mead) selon laquelle l'identité se construit de manière intersubjective et dialogique. Ils considèrent que l'autonomie subjective et l'accomplissement personnel supposent de pouvoir être et de se savoir

¹³² Des représentants de l'École de Francfort considèrent que la critique communautarienne du « moi désincarné » et des philosophies sociales atomistes ne saurait fournir d'arguments convaincants contre la définition libérale de la justice, précisément parce que la question de la justice doit être considérée comme une question proprement normative et non comme une question descriptive. Renault E. et Sintomer Y. *Op. Cit.* p. 251

¹³³ Kymlicka, W. 1995., *Op. Cit.* p.253

¹³⁴ Doytcheva, M., *Op. Cit.* p.35

socialement intégré en prenant part à une forme de vie particulière¹³⁵. Ils vont donc soutenir la thèse de l'importance de la reconnaissance dans le processus de socialisation et d'individuation¹³⁶. Deux auteurs deviennent emblématiques de ces approches théoriques : L'allemand Axel Honneth qui a publié *La lutte pour la reconnaissance*¹³⁷ en 1992 (1), et le canadien Charles Taylor qui, la même année, a publié *Le multiculturalisme et la politique de la reconnaissance*¹³⁸ (2).

1. La reconnaissance chez Axel Honneth

Bien que la théorie d'Axel Honneth ait des points communs avec les approches de Charles Taylor, les conceptions sur la reconnaissance des deux auteurs ont d'importantes différences. Axel Honneth pour sa part cherche à renouveler la philosophie sociale dans une perspective critique. En partant d'un concept de la personne compris dans des termes d'intersubjectivité « au sein duquel la possibilité d'une relation harmonieuse à soi-même dépend de trois formes (sphères) de reconnaissance (amour, droit, estime sociale) [...] À ces trois modes de reconnaissance correspondent trois types de mépris, qui, par les réactions qu'ils suscitent chez l'individu, peuvent jouer un rôle dans la naissance de conflits sociaux¹³⁹. Les luttes pour les deux derniers : les luttes pour la reconnaissance juridique et les luttes pour la reconnaissance solidaire peuvent se situer à l'origine des luttes progressistes qui contribuent au progrès sociomoral¹⁴⁰» Comme le remarque Bausaure, le cadre conceptuel honnethien ne nous fournit pas les outils nécessaires à la théorisation des luttes pour la reconnaissance de l'identité culturelle¹⁴¹.

¹³⁵ Bausaure, M., " Axel Honneth et le multiculturalisme". In : *Droit et Société*. N° 78/2011. p. 341

¹³⁶ Guéguen, H., et Malochet, G. *Les théories de la reconnaissance*, Paris : La Découverte, 2012, pp. 77-78.

¹³⁷ En V.O.: *Kampf um Anerkennung*

¹³⁸ En V.O.: *Multiculturalism and « the politics of recognition »*

¹³⁹ Honneth, A. *La lutte pour la reconnaissance*, Paris : Les Éditions du CERF, 1992. p. 8

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 9

¹⁴¹ Bausaure, M. *Op. Cit.* p. 340

C'est seulement dans la sphère juridique de la reconnaissance que le multiculturalisme est évoqué par Axel Honneth, dans le sens du respect égalitaire des droits individuels des demandeurs d'asile et des immigrants. C'est pour cela que l'on n'approfondira pas plus sa théorie et que l'on continuera dans les pages qui suivent à parler de la théorie de la reconnaissance de Charles Taylor en tant que réponse aux injustices culturelles.

2. La politique de la reconnaissance de Charles Taylor

Charles Taylor en critiquant « l'atomisme libéral », défend plutôt une thèse sociale. Selon le philosophe, un certain nombre de conditions sociales et un certain type d'environnement favorable sont nécessaires pour permettre l'exercice des libertés individuelles¹⁴². La liberté de choisir ses convictions et son mode de vie n'a de sens que si la société nous offre différentes options. D'après lui, l'État libéral doit s'engager pour le respect et la sauvegarde du pluralisme en faveur de la « survivance culturelle¹⁴³ ».

Sa thèse est que « l'existence de notre identité est partiellement formée par la reconnaissance ou encore par son absence, ou par la mauvaise perception qu'en ont les autres : une personne ou un groupe de personnes peuvent subir un dommage ou une déformation réelle si les gens ou la société qui les entourent leur renvoient une image limitée, avilissante ou méprisante d'eux-mêmes. La non-reconnaissance ou la reconnaissance inadéquate peuvent causer du tort et constituer une forme d'oppression, en emprisonnant certains dans une manière d'être fautive, déformée et réduite¹⁴⁴ ».

Dès lors, chez Charles Taylor la reconnaissance n'est pas une politesse qu'on fait aux gens, mais un besoin humain vital¹⁴⁵. Ainsi donc, la reconnaissance ou la non-

¹⁴² Doytcheva. M., *Op Cit.*, p. 33.

¹⁴³ *Ibid.*, p.35

¹⁴⁴ Taylor, C., *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris : Aubier, 1992, (1994, Trad) p. 41

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 42.

reconnaissance ou la fausse reconnaissance de l'autre à mon égard sont déterminantes dans la façon dont je me comprends moi-même.

Charles Taylor défend la perspective de l'individualisme où tous les êtres humains ont la capacité de choisir leur projet de vie. Dans cette perspective, on cherche l'idéal de l'authenticité, c'est-à-dire la recherche d'un meilleur mode de vie où l'être humain comprend les implications de la connivence entre les êtres humains et avec la nature. Cela est fortement lié au processus de construction de l'identité individuelle qui est déterminée par le rapport avec autrui et par le fait que l'être humain se trouve immergé dans un horizon des perspectives qui sont déterminantes dans le choix qu'il fera¹⁴⁶.

La politique de la reconnaissance se fonde chez Charles Taylor sur une conception spécifique de l'identité humaine¹⁴⁷. Selon lui, les questions de l'identité sont une préoccupation moderne. L'homme moderne est porteur d'une identité au sens où il peut choisir lui-même ses valeurs, s'auto-définir. La source de ce phénomène se trouve dans la conjonction de deux facteurs : d'une part, l'effondrement des hiérarchies sociales qui avaient pour fondement l'honneur, d'autre part, une nouvelle conception de la dignité. Cette dernière est considérée comme universelle et égalitaire lorsque l'on parle de la *dignité inhérente à tout être humain*.

Selon le philosophe, la démocratie telle qu'on la connaît aujourd'hui a inauguré une politique de reconnaissance égalitaire qui se présente sous la forme de l'exigence de l'égalité de statut des cultures et des sexes. Elle est accompagnée d'une nouvelle conception de l'identité individualisée et particulière à la personne ; Charles Taylor parle d'un idéal de l'authenticité, en d'autres termes, de fidélité à soi-même.

L'identité, en tant que besoin humain vital, a pour spécificité d'être dialogique, c'est-à-dire d'être au moins partiellement formée par les relations avec autrui et sa

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Cette conception de l'identité humaine est influencée par la pensée des philosophes romantiques allemands comme Herder. Doytecheva, M. *Op. Cit.* p.39

reconnaissance¹⁴⁸. Étant donné que l'identité et la reconnaissance se trouvent dans une relation étroite, les développements des idéaux modernes d'authenticité engendreraient nécessairement un fort besoin de reconnaissance.

C'est pourquoi Charles Taylor estime que le déni de reconnaissance n'est pas simplement un manque de respect mais une « cruelle blessure » de l'identité, qui accable ses victimes d'une « haine de soi paralysante ». Dans ce sens, et comme on l'a déjà mentionné, la reconnaissance n'est pas une politesse qu'on fait aux gens, mais un besoin vital humain¹⁴⁹. Il convient donc de promouvoir ce qu'il appelle une politique de la reconnaissance égalitaire permettant aux groupes sociaux opprimés de se défaire d'une image de soi imposée, fausse et destructive¹⁵⁰. Cette politique est devenue essentielle et déterminante pour la culture démocratique. Aujourd'hui cette politique a pris la forme des exigences d'égalité de statuts pour les cultures et pour les sexes.

Charles Taylor distingue ainsi deux types de politiques compatibles avec les idéaux de démocratie et d'égale dignité. La première est une politique d'inspiration universaliste où l'accent est mis sur l'égalité de tous les citoyens, le contenu de cette politique est l'égalisation des droits et des attributions. La seconde est celle qu'il appelle une politique de la différence destinée à ce que chacun puisse se voir reconnaître une identité unique. Avec la politique d'égale dignité (universaliste) un ensemble identique des droits et des privilèges est reconnu de façon universelle ; avec la politique de la différence on reconnaît plutôt l'identité unique de l'individu ou du groupe, ce qui le distingue de tous les autres. Selon lui, la politique universaliste de premier type est une étape antérieure à la politique de second type, la politique de la différence¹⁵¹.

Bien que ces deux politiques soient fortement liées, elles divergent considérablement. La politique de premier type est une politique universelle, aveugle aux différences qui traite les citoyens de la même façon. Dans la politique du second

¹⁴⁸ Taylor, C. *Op. Cit.* p.52

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 42

¹⁵⁰ Doytcheva. M., *Op. Cit.* p.40.

¹⁵¹ Taylor. C., *Op.Cit.*p.57

type pour parvenir à une réelle égalité, on doit redéfinir la notion de non-discrimination, dans le sens de faire des distinctions le fondement d'un traitement différentiel¹⁵². Pour Charles Taylor, les mesures de discrimination positive permettent une certaine médiation entre ces deux types de politiques. La politique de la différence doit non seulement prendre acte des différences, mais reconnaître également leur valeur égale¹⁵³.

Ainsi, chez Charles Taylor, la société devrait s'engager pour la survie culturelle. La plupart des États nations s'engagent dans la survivance de la culture majoritaire. Désormais, dans une version hospitalière du libéralisme politique, l'État devrait aussi assurer d'autres formes et expressions culturelles¹⁵⁴.

La politique de la reconnaissance provient du principe de la différence. Ce principe permet de définir la potentialité de chaque individu de chaque culture pour définir sa propre identité, et par conséquent le respect réciproque entre cultures. Cela implique qu'il n'est pas justifiable sur un plan interculturel un impérialisme culturel qui prétend la supériorité de certaines cultures sur les autres. Selon Charles Taylor, toutes les cultures qui nourrissent une société et qui parviennent à se maintenir pendant une période de temps importante, ont forcément quelque chose à dire aux hommes¹⁵⁵.

En effet, si l'on voit les choses de cette façon, il sera possible de comprendre quel est l'apport que chaque culture fait à l'histoire. Chez Charles Taylor, pour parvenir à un tel propos il est nécessaire que l'on agrandisse l'horizon à partir duquel on interprète ce qui est important pour une culture déterminée. Dans ce sens, il est important de faire une fusion des horizons d'interprétation permettant de faire un

¹⁵² À ce propos, Charles Taylor nous donne l'exemple suivant : dans cette type de politique de reconnaissance les membres des tribus aborigènes obtiendront certains droits et certains pouvoirs dont ne bénéficient pas les autres Canadiens, si leurs demandes d'autonomie politique sont finalement acceptées ; certains minorités acquerront le droit d'en exclure d'autres pour préserver leur intégrité culturelle. *Ibid.* p. 59

¹⁵³ Selon les termes de Charles Taylor: "Ces deux politiques, toutes les deux fondées sur la notion du respect égal, se trouvent en conflit. Le reproche que la première politique fait à la seconde est de violer le principe de non-discrimination. La seconde reproche à la première de nier toute identité en imposant aux gens un moule homogène qui ne leurs est pas adapté, et que l'ensemble prétendument neutre des principes de dignité politiques aveugle aux différences est, en fait, le reflet d'une culture hégémonique." *Ibid.* p. 63

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 40

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 98

meilleur rapprochement de la manière dont autrui peut comprendre le monde. Cela implique aussi l'importance de développer des langages qui permettent de mieux exprimer le contact entre cultures¹⁵⁶. Malgré ces analyses, le philosophe est méfiant au moment de conclure que toutes les cultures ont une valeur égale.

Section B. Le multiculturalisme comme réponse

La section précédente nous a permis d'établir les termes dans lesquels le débat théorique sur la reconnaissance de l'appartenance culturelle de l'individu a eu lieu. Nous avons montré aussi, qu'un certain consensus avait été établi et que la plupart des conceptions sur la justice admettent que les circonstances culturelles sont déterminantes pour l'individu.

Par la suite, nous verrons comment les approches multiculturelles qui tiennent compte de ce consensus ont théorisé la façon dont les États contemporains doivent gérer la diversité culturelle de leurs sociétés (§1). Mais comme tout modèle politique et philosophique le multiculturalisme a suscité des critiques et de nouvelles réflexions. Aujourd'hui, dans les nouvelles analyses sur la justice sociale, on considère que la reconnaissance doit être accompagnée de mesures de redistribution, et que l'on doit viser, plutôt, des échanges culturels réciproques que l'assimilation d'une culture dominée par une autre culture dominante (§2).

§1- Le multiculturalisme : un projet politique et philosophique

Le terme multiculturalisme a plusieurs significations. Selon l'approche du mot que l'on veut privilégier, on décrira une société, on parlera d'un projet politique, d'une

¹⁵⁶ On peut se demander quels paramètres établir pour faire les analyses des cultures et qui sera la personne qui établira ces paramètres

politique publique ou d'une posture philosophique¹⁵⁷. En tant que projet politique, on fait référence à la façon dont les États gèrent la diversité culturelle de leurs sociétés (1). En tant que conception philosophique, on analyse comment une telle diversité peut être compatible avec les postulats du libéralisme, et les réflexions de Will Kymlicka sur la citoyenneté multiculturelle sont considérées comme la théorie représentative de la question (2).

1. le modèle politique du multiculturalisme

Au début des années soixante-dix, l'État canadien met en place une nouvelle politique destinée à donner un traitement spécial à la diversité culturelle et offrir une ouverture aux migrants. Le modèle prétendu aura la diversité comme base de l'identité nationale¹⁵⁸. Deux philosophes canadiens joueront un rôle très important dans la théorisation de ce nouveau modèle : Charles Taylor et Will Kymlicka.

Dans la décennie qui va suivre, le modèle politique de la diversité culturelle gérée par l'État se diffuse vers les États-Unis, et d'autres continents comme l'Europe et l'Amérique Latine. Les organisations internationales dont l'UNESCO et des experts transnationaux participent aussi à la vulgarisation du multiculturalisme, en promouvant des politiques d'éducation et de droits des peuples autochtones. Au milieu des années quatre-vingt-dix, les grands bailleurs de fonds s'ajouteront à cette entreprise de diffusion mondiale¹⁵⁹.

Aux États-Unis, les mesures qui institutionnalisent les dispositions issues du mouvement du *Civil Rights*¹⁶⁰ vont mettre au deuxième plan les politiques nommées multiculturalistes. Le modèle américain va donc être caractérisé par *l'affirmative action* qui vise à lutter contre les inégalités culturelles en prolongeant l'attribution des

¹⁵⁷ Suivant l'objectif de cette thèse, on s'attardera sur l'approche philosophique du terme, en mettant de côté les autres regards que l'on peut avoir sur le multiculturalisme. Cependant, et pour donner davantage de sens à notre approche, on introduira cette deuxième partie du chapitre en faisant une brève présentation de l'évolution de la question multiculturelle.

¹⁵⁸ Gros, C., et Dumoulin, D. *Op. Cit.* p. 17

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.17

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 18

droits individuels aux personnes appartenant aux minorités. Ces mesures en faveur de l'égalité raciale vont se matérialiser dans les cursus de scolarisation bilingues à l'école pour les migrants, dans l'implantation de chaires d'études ethniques à l'université, dans le recrutement préférentiel d'étudiants issus des minorités, et sur des programmes de discrimination positive (obligatoire dans l'administration et optionnelle dans le secteur privé)¹⁶¹.

C'est seulement au milieu des années quatre-vingt-dix que le mot multiculturalisme fera son apparition sur la scène politique et dans la presse nord-américaine¹⁶². Au départ, il sera appliqué aux programmes scolaires (que l'on vient de mentionner), où l'accent est mis sur la pluralité des valeurs et des cultures. Pour ses défenseurs, ce mot est synonyme « d'une Amérique sans discrimination ni préjugés, où aucune référence culturelle n'a la priorité, où l'identité nationale résulte d'une imbrication des thèmes culturels venant du monde entier¹⁶³».

Cependant, dès son arrivée il va être marqué par un sens controversé, et les attentats de 2001 vont orienter le débat sur l'immigration plutôt que sur son objet principal, la race. Les politiques se focaliseront sur l'Islam, la racialisation des identités, et les recensements ethniques¹⁶⁴.

Sur le continent européen, la France illustre l'exemple de l'intégration républicaine et de l'égalité des individus où l'appartenance culturelle n'est pas prise en compte. Le modèle français qui est souvent qualifié d'assimilationniste, occulte l'importance du phénomène migratoire. L'importation du terme multiculturalisme est tardive et très controversée¹⁶⁵. Bien que la vision dominante reste celle de l'intégration républicaine, durant les dernières décennies on remarque une prise de conscience

¹⁶¹ Doytcheva, M., *Op. Cit.* p. 56

¹⁶² Doytcheva, M. signale que entre 1992 et 1994 on peut observer une importante utilisation du terme multiculturalisme dans les grands journaux américains. Doytcheva, M., *Op. Cit.* p. 49.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 57.

¹⁶⁴ Les effets de ce virage géopolitique ont été, notamment, l'avance du "clash des civilisations", la mise en place des politiques migratoires plus dures et les discours sécuritaires. Gros, C., et Dumoulin, D. *Op. Cit.* p. 21

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 19

du caractère pluriethnique et multiculturel de la société française¹⁶⁶. Depuis 1981, on peut identifier des politiques à caractère multiculturel : « organisation d'un islam français, déclarations politiques sur la jeunesse black-blanc-beur ou mobilisations et premières mesures contre le racisme¹⁶⁷ ».

Dans la plupart des pays européens, les politiques multiculturelles sont appliquées à des groupes issus de l'immigration non européenne. Et derrière le terme multiculturalisme on trouve la question de l'identité nationale et pour le cas français, l'avenir du modèle d'intégration.

Pendant la dernière décennie ce mot a été fortement stigmatisé dans les médias et dans les livres, et il sera remplacé par le terme de diversité. Les études postcoloniales font leur apparition dans l'espace public français et vont contribuer au débat entre les partisans de la visibilité des minorités et de la lutte contre les discriminations, et les défenseurs du modèle universaliste de l'intégration républicaine¹⁶⁸.

L'Amérique Latine adoptera le mot multiculturalisme à partir de la fin des années quatre-vingt, et la connotation qu'on lui donnera sera différente de celle donnée en Europe. David Dumoulin et Christian Gross signalent que les élites gouvernementales de ce continent ont pris conscience de la nécessité de répondre aux mobilisations indigènes qui réclamaient la reconnaissance du pluralisme culturel comme une dimension nécessaire des démocratisations latino-américaines¹⁶⁹. Dans le chapitre suivant, on verra à partir du cas colombien comment le débat sur ce continent s'est centré sur les populations indigènes et la mise en valeur de leur culture.

Précédemment, il a été noté que le mot multiculturalisme est polysémique et que l'on peut avoir des approches différentes de celui-ci. Nous avons mentionné également l'importance du regard philosophique pour comprendre les enjeux de la justice

¹⁶⁶ Doytcheva, M. *Op. Cit.* p. 5

¹⁶⁷ Gros, C., et Dumoulin, D. *Op. Cit.* p. 19

¹⁶⁸ *Ibid.* p. 20.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 19

sociale dans son aspect culturel et de l'intérêt qu'un tel regard représente dans la démarche de cette thèse. Par la suite, l'approche philosophique de la question multiculturelle sera développée.

Rappelons-nous que la question de l'appartenance culturelle a eu une place très importante dans les débats de la philosophie politique des années quatre-vingt, notamment celui entre les libéraux et les communautaristes. En nous appuyant sur la théorie de Charles Taylor, on a mis en évidence l'importance de la reconnaissance de l'appartenance culturelle pour l'individu. Cependant, une telle reconnaissance peut se trouver en tension avec certains postulats du libéralisme, notamment avec les libertés fondamentales. C'est dans ce contexte paradoxal que le philosophe libéral Will Kymlicka a construit sa théorie.

2. Le multiculturalisme chez Will Kymlicka

Le philosophe canadien Will Kymlicka reprend ce débat en essayant de démontrer que la théorie libérale peut être compatible avec la reconnaissance et la protection des minorités culturelles. L'objectif de sa théorie est de donner une place à la différence culturelle tout en conservant les droits civils et politiques acquis¹⁷⁰. Pour lui, dans une société démocratique, la forme privilégiée des politiques multiculturelles est celle des droits des minorités. Ces droits, en étant limités par les principes de liberté et de démocratie, peuvent coexister avec les droits de la personne¹⁷¹. En citant le philosophe : « Une théorie complète de la justice dans un État multiculturel comprendra des droits universels, accordés aux individus indépendamment de leurs appartenances culturelles à un groupe, et certains droits déterminés en fonction de l'appartenance aux groupes ou des statuts spéciaux élaborés à l'intention des minorités culturelles¹⁷²».

¹⁷⁰ Doytcheva, M., *Op. Cit.* p. 35

¹⁷¹ Kymlicka, W., *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, Paris : La Découverte, 2001, p. 16

¹⁷² Ibid. p. 16

Le philosophe distingue dans les demandes des groupes minoritaires deux dimensions : les demandes de « contrainte interne » et les demandes de « protection externe¹⁷³ ». Les premières sont destinées à protéger le groupe contre les effets déstabilisateurs de la dissidence de ses membres, rétifs à adopter les pratiques et coutumes traditionnelles. Les deuxièmes permettent de protéger le groupe contre les effets résultant de décisions externes, par exemple des décisions économiques et politiques prises au sein de la société majoritaire et qui seraient défavorables au groupe. Elles garantissent les différentes pratiques qui sans le soutien de l'État ne trouveraient pas de place dans la société globale¹⁷⁴.

Selon Will Kymlicka, les régimes politiques démocratiques et particulièrement ceux qui pratiquent une politique libérale multiculturelle doivent rejeter les mesures de « contrainte interne », mais peuvent et doivent soutenir certaines « protections externes », notamment lorsqu'elles favorisent l'équité entre les groupes. Pour lui, le droit à la liberté, le droit de choisir son projet de vie, de le mettre en question et si besoin de le transformer est fondamental. Cependant, Will Kymlicka propose cette prohibition des contraintes internes, pour les cas où en l'absence de contrainte interne déterminée, la communauté se trouverait menacée de disparition, mais une telle contrainte devra toujours être temporaire et respecter le principe d'égalité et de respect de la dignité humaine¹⁷⁵.

Dans son analyse, le philosophe canadien est clair sur le fait que les droits déterminés en fonction de l'appartenance aux groupes culturels ne doivent pas être confondus avec les droits collectifs¹⁷⁶. Ces derniers font référence à des situations différentes comme par exemple celle de groupes syndicaux, ou encore les

¹⁷³ *Ibid.* p. 59

¹⁷⁴ Par exemple l'ouverture des magasins le dimanche, l'autorisation donnée aux policiers de porter le turban sikh ou l'enseignement des langues maternelles à l'école.

¹⁷⁵ Selon Will Kymlicka, peu de groupes revendiquent le droit d'exercer des contraintes internes. Ceci est plutôt le cas de quelques communautés religieuses (amish aux États-Unis, mennonites et hutterites au Canada) qui bénéficient de dérogations importantes. Kymlicka, W. *Op. Cit.* p. 58-71

¹⁷⁶ L'ancien premier ministre canadien Pierre Trudeau faisait partie de ces détracteurs des droits des minorités car ils pouvaient être confondus avec des droits collectifs. Il refusait l'idée d'accorder au Québec un droit à l'autonomie gouvernementale en affirmant qu'il croyait en la primauté de l'individu et que seul l'individu est détenteur de droits. *Ibid.* p. 59

réclamations des associations concernant la protection de l'environnement. Ces réclamations sont différentes de celles des minorités culturelles. C'est pour cette raison que l'auteur considère que ces deux catégories de droits ne doivent pas être confondues, car cela peut occasionner des malentendus que ne permettent pas de montrer les particularités des revendications des groupes culturels. De même, il est important de faire cette distinction dans la mesure où les droits collectifs peuvent être en tension avec les droits individuels. Au contraire, la théorie libérale du multiculturalisme cherche à parvenir à une harmonisation des droits des minorités avec les droits humains. Une autre raison pour laquelle on ne peut pas assimiler ces deux types de droits est que les droits collectifs peuvent être réclamés par les groupes uniquement, alors que les droits des minorités peuvent être réclamés aussi bien par les groupes comme que par les individus¹⁷⁷.

Pour Will Kymlicka, les politiques multiculturelles devraient reposer sur la protection d'une citoyenneté multiculturelle. Ce type de citoyenneté est une sorte de citoyenneté différenciée¹⁷⁸ qui prévoit des droits spécifiques pour différents groupes sociaux. Ces droits spécifiques ne sont pas les mêmes pour tous et ne sont pas non plus particuliers à chaque groupe. Pour sortir de ce dilemme, le philosophe propose de distinguer deux grands modèles de diversité culturelle qui impliquent des mesures de soutien spécifiques de la part des pouvoirs publics.

Selon lui, le terme de multiculturalisme a été utilisé d'une façon très large pour faire référence à la diversité des groupes sociaux victimes de stigmatisation ou d'exclusion sociale. C'est le cas des homosexuels, des personnes handicapées, des femmes, de la classe ouvrière, etc. Ces groupes font leurs demandes de reconnaissance en utilisant la terminologie du multiculturalisme. Ce manque de délimitation et de précision résulte, selon lui, du fait que la définition de culture est assez complexe. Le mot culture est employé pour faire référence aux coutumes des groupes et des associations, comme pour décrire la société moderne, urbaine et industrialisée.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 74-76

¹⁷⁸ Will Kymlicka emprunte cette expression à Marion Iris Young (1989). Doytcheva., *M.Op. Cit.* p. 37

Si l'on fait référence au multiculturalisme dans le premier sens de culture, on peut conclure que tous les États deviennent des États multiculturels, car à l'intérieur d'eux existe une variété de groupes et d'associations très différents entre eux, comme par exemple des groupes féministes ou des associations syndicales. Au contraire si l'on donne le deuxième sens au terme culture, pratiquement aucun État ne pourrait être considéré comme multiculturel, car la plupart des États partagent une culture moderne, urbaine et industrialisée.

Will Kymlicka nous propose d'utiliser le mot multiculturalisme seulement pour faire référence aux minorités ethniques¹⁷⁹. Il faut, de même, faire certaines distinctions à propos de ces minorités. Il s'agit d'identifier les types de rapport que ces groupes ont avec l'organisation politique globale, et aussi le type de rapport qu'ils souhaiteraient avoir avec elle. De cette façon, on peut établir qu'il existe deux types de minorités culturelles : 1. Les groupes ethniques et 2. Les minorités nationales.

Les premiers sont constitués d'immigrés volontaires, d'individus ou de familles. Le plus souvent, ils souhaitent s'intégrer à la société dans son ensemble et être acceptés comme membres à part entière. Ils recherchent la reconnaissance de leur identité ethnique. Cependant, leur objectif n'est pas celui de devenir une nation séparée et autonome par rapport à la société d'accueil, ils cherchent plutôt à faire que les institutions et les lois soient mieux adaptées aux différences culturelles. Les deuxièmes sont formés par les groupes qui existaient avant la création de l'État dans lequel ils se trouvent. Ils occupent un territoire ancestral, et constituent une communauté historique. Ces cultures intégrées souhaitent se maintenir comme sociétés distinctes, parallèles à la culture majoritaire, et exigent leur autonomie afin d'assurer leur survie en tant que sociétés distinctes. Ils demandent à l'État la reconnaissance des droits d'autonomie gouvernementale¹⁸⁰.

Dans le cas des revendications des nouveaux mouvements sociaux abordé précédemment, les associations formées par les « homosexuels, les femmes, et/ou les handicapés », on parlera, selon Will Kymlicka des droits de représentation

¹⁷⁹ Kymlicka, W. *Op. Cit.* p. 24

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 25-26

politique¹⁸¹. Ces droits permettent d'obtenir une meilleure participation dans le processus politique.

Le philosophe canadien nous propose une autre distinction pour comprendre sa conception de la citoyenneté multiculturelle. Il différencie, donc, les États polyethniques des États multinationaux. Les premiers sont les États qui acceptent l'immigration de personnes sans leur demander d'abandonner leur culture d'origine, par exemple les États-Unis ou l'Australie. Les deuxièmes sont les États formés par plus d'une nation¹⁸², soit de façon volontaire (par la voie d'accords), soit de façon involontaire (par le résultat des conquêtes militaires). Aujourd'hui la plupart des États sont à la fois polyethniques et multinationaux¹⁸³.

Distinguer les types de minorités et les types d'États nous permet de comprendre et d'évaluer la politique du multiculturalisme. Selon le philosophe il est donc nécessaire d'examiner la façon dont l'intégration historique des groupes minoritaires contribue à former leur identité, leurs aspirations et leurs institutions collectives.

Pour Will Kymlicka, il est fondamental que les États démocratiques répondent aux défis qu'implique la coexistence des diverses cultures dans un même espace. Pour cela ils doivent reconnaître et protéger tant les droits individuels que les droits pour les minorités ethniques et culturelles.

Les droits spéciaux permettent de conserver l'horizon culturel des individus. Selon Will Kymlicka, cela donne un sens à la liberté individuelle et à sa pratique, et par là l'on reconnaît aux individus l'importance de leur appartenance culturelle. Cette appartenance est un bien fondamental constitutif de la formation de l'identité individuelle. La reconnaissance de ces droits est une façon de lutter contre les inégalités sociales qui touchent aux minorités culturelles¹⁸⁴. Ainsi l'existence de ces minorités ne dépend plus de la volonté de la majorité.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 36

¹⁸² La nation est comprise dans sa théorie comme une communauté historique, plus ou moins institutionnelle, occupant un territoire donné, ou bien sa terre natale, et partageant une langue et une culture distinctes. *Ibid.* p. 25.

¹⁸³ *Ibid.* p. 46

¹⁸⁴ *Ibid.* p. 46

Will Kymlicka constate qu'il existe au moins trois formes de droits différenciés en fonction de l'appartenance à un groupe : 1) les droits à l'autonomie gouvernementale, 2) les droits polyethniques et 3) les droits spéciaux de représentation politique.

Les droits d'autonomie gouvernementale sont les droits destinés à protéger l'autonomie politique et la juridiction territoriale afin d'assurer le développement de la culture du groupe. Les revendications d'autonomie gouvernementale consistent, en général, à exiger un transfert du pouvoir vers une unité politique que contrôlent les membres de la minorité nationale et qui correspond à leur terre natale ou à leur territoire historique¹⁸⁵.

Les droits polyethniques sont destinés principalement aux groupes d'immigrants, aux groupes ethniques et aux minorités sans territoire. Ces droits ont pour but de permettre à ces groupes de manifester librement leur culture, sans que cela ne diminue leurs chances de succès au sein des institutions économiques et politiques de la société. Donc ils permettent une meilleure intégration dans l'ensemble de la société¹⁸⁶.

Enfin les droits de représentation, pour leur part, sont destinés à garantir la participation égalitaire des groupes ethniques et des nations dans les différents processus politiques, et dans les organismes ou institutions de représentation. Ces droits reposent sur le fait qu'actuellement les processus politiques de la plupart des États ne sont pas réellement représentatifs, car ils sont dominés par des hommes blancs, de la classe moyenne et sans handicaps. Une manière de surmonter cette situation est d'assigner un nombre de sièges, dans chaque législature, aux membres des groupes défavorisés ou marginalisés.

Ces droits différenciés en fonction de l'appartenance à un groupe garantissent l'existence des minorités culturelles. Cependant, Will Kymlicka considère que l'on ne

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 50

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 52

peut pas les considérer comme des droits absolus sans limite quelconque. Pour lui, ces droits sont limités par les principes de la liberté individuelle, de la démocratie et de la justice sociale.

Les travaux de Will Kymlicka ont contribué de manière significative aux discussions philosophiques et politiques concernant la diversité culturelle des États. Son analyse empirique et fortement documentée a enrichi le débat en le sortant de son caractère purement spéculatif. Toutefois, il a été objet d'importantes critiques¹⁸⁷, notamment celles qui concernent l'influence du contexte nord-américain dans son approche aux groupes minoritaires. Selon les critiques, la théorie libérale du droit des minorités de Kymlicka ne permet pas de rendre compte des processus de colonisation et de décolonisation qui ont marqué l'histoire des démocraties européennes¹⁸⁸. Certains considèrent aussi, que cette théorie reste limitée face au besoin de procéder à une réelle transformation de la différenciation des groupes de la société¹⁸⁹.

Toutefois, le cadre conceptuel que nous offrent les théories de Will Kymlicka et de Charles Taylor reste très utile à l'étude du modèle latino-américain du multiculturalisme. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, ce modèle est très proche de la politique de la reconnaissance et de la redéfinition de l'identité nationale par l'attribution de droits spéciaux aux minorités ethniques. De plus, ce

¹⁸⁷ Le philosophe Slavoj Žižek a formulé de fortes critiques envers le multiculturalisme. Pour lui, le multiculturalisme est la forme idéale de l'idéologie du capitalisme global. Il représente un type de racisme nié, inversé et autoréférencé, autrement dit un racisme hautain. Selon lui, dans le multiculturalisme on respecte l'identité de l'autre, en le considérant concevant comme membre d'une communauté authentique fermée. Ce regard de supériorité est possible grâce à la posture universaliste du multiculturalisme, depuis laquelle l'on peut apprécier et déprécier les autres cultures, pour le citer : « *le respect du multiculturalisme pour la spécificité de l'autre est justement la façon de réaffirmer sa propre supériorité* » Žižek, Slavoj. « Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional », 1998, p.22

¹⁸⁸ En critiquant la théorie de Will Kymlicka, Gabriel Rockhill se demande: « comment ces catégories permettent-elles de rendre compte de la situation d'un Algérien vivant en France après 1962, mais dont l'installation en France serait antérieure à l'indépendance de l'Algérie? Faut-il considérer cet homme comme un citoyen français, et si tel est le cas, à partir de quand? Est-il membre d'une minorité nationale qui aurait perdu son pays d'origine, ou représente-t-il un genre unique d'immigré post factum? » *Les droits culturels et les principes sociaux-démocrates*. Entretien de Alfredo Gomez-Muller et Gabriel Rockhill à Will Kymlicka. In: *Critique et subversion dans la pensée contemporaine américaine*. Paris : Éditions du Félin, 2010, p. 182.

¹⁸⁹ Selon Nancy Fraser, «le multiculturalisme officiel réalloue superficiellement le respect des identités actuelles des groupes existants; il soutient la différenciation entre les groupes.» Elle propose une approche déconstructiviste sur la reconnaissance, où l'on «restructure en profondeur les rapports de reconnaissance ; et l'on déstabilise la différenciation entre les groupes». Fraser, N. *Op. Cit.* p.36

cadre nous aidera dans l'analyse du paradigme de la justice interculturelle de la Cour Constitutionnelle de Colombie.

§-2 Après le multiculturalisme

Aujourd'hui, les réflexions théoriques sur la justice et la reconnaissance de la diversité culturelle ont pris un nouveau tournant. D'une part, elles montrent l'importance d'intégrer dans les analyses la question de la redistribution (1), et d'autre part, elles mettent en évidence l'intérêt d'aller au-delà du multiculturalisme afin d'arriver à des échanges culturels dans des conditions d'égalité (2).

1. Le multiculturalisme entre reconnaissance et redistribution

Depuis les années quatre-vingt-dix, les débats autour du multiculturalisme ont mis en évidence la tension entre la reconnaissance et la redistribution. Danielle Juteau signale que « toute position, pour ou contre le multiculturalisme, qui se construit sans voir ni analyser les rapports constitutifs de la différence risque de renforcer la naturalisation des êtres humains et de contribuer ainsi à leur exclusion¹⁹⁰ ».

C'est peut-être l'article de Nancy Fraser¹⁹¹ sur la politique de la reconnaissance et de la redistribution qui a le plus mis en lumière cette tension et qui par la suite a provoqué d'importants échanges, notamment dans le milieu de la philosophie politique¹⁹². Pour Nancy Fraser, les revendications de reconnaissance attirent

¹⁹⁰ Juteau, D., "Penser le multiculturalisme comme projet égalitariste", In: Gros, C., et Dumoulin, D. *Op. Cit.* p. 48.

¹⁹¹ Fraser, N., *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution. Op.Cit.*

¹⁹² On peut citer les philosophes Judith Butler "Merley Cultural", *New Left Review*, N°227, 1998; Iris Marion, Young, "Unruly Categories: A Critique of Nancy Fraser's Dual Systems Theory", *New Left Review*, N°222, 1997; Honnet, Alex, et Fraser, Nancy, *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*, Verso, Londres 2003; et Barry, Brian, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2001; entre autres.

l'attention sur la spécificité culturelle d'un groupe. Elles cherchent à promouvoir la différenciation des groupes. Les revendications de redistribution, au contraire, réclament la suppression des dispositifs économiques qui constituent le soubassement de la spécificité d'un groupe¹⁹³. Elles tendent à promouvoir l'indifférenciation entre les groupes. Ce dilemme devient problématique quand on se trouve face à la situation des personnes qui sont objet simultanément d'injustice culturelle et d'injustice économique. Selon Nancy Fraser ces personnes ont besoin à la fois de reconnaissance et de redistribution, c'est-à-dire, qu'ils ont besoin à la fois de revendiquer et de nier leur différence¹⁹⁴.

Selon Michel Wieviorka, la différence culturelle se trouve en lien direct avec la hiérarchie sociale, les inégalités, l'exclusion, et les discussions sur les droits culturels incluent nécessairement la prise en compte de l'injustice sociale¹⁹⁵. Cette imbrication de l'injustice sociale et du mépris culturel doit, pour lui, fonder l'action multiculturaliste. Cependant, dans l'expérience concrète de cette question, Wieviorka distingue deux grandes options : *le multiculturalisme intégré* et *le multiculturalisme éclaté*¹⁹⁶.

Le *multiculturalisme intégré* incorpore le culturel et le social en proposant des lois ou des mesures qui concernent simultanément la reconnaissance culturelle d'un groupe déterminé et la lutte contre les inégalités sociales dont souffrent ses membres. Wieviorka cite comme exemple les cas du Canada, de l'Australie et de la Suède. Au Canada, le multiculturalisme repose sur une législation qui concerne différents domaines dont la langue, l'éducation, la lutte contre les discriminations. La reconnaissance culturelle et les mesures sociales sont donc associées¹⁹⁷. En Australie, pendant l'année 1989 a eu lieu la promulgation du *National Agenda for Multicultural Australia*. Dans cette politique, les identités culturelles particulières et la

¹⁹³ Fraser cite l'exemple des revendications féministes pour l'abolition de la division sexuelle du travail. Fraser, N. *Op. Cit.* p. 20.

¹⁹⁴ D'après Nancy Fraser, le genre et la race représentent bien ce cas. *Ibid.* p.21 ss.

¹⁹⁵ Wieviorka, M., *La différence. Identités culturelles: enjeux, débats et politiques*, Paris : Éditions de l'Aube, 2005, p. 83

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 84.

¹⁹⁷ Rapellons-nous que le multiculturalisme a été adopté officiellement au Canada en 1971, sous l'impulsion du Premier ministre Pierre-Elliott Trudeau, et il a été incorporé dans la Constitution de 1982 sous la forme d'une Charte des droits et des libertés. *Ibid.*, p. 84

justice sociale sont prises en compte simultanément. Dans la dimension économique de ce modèle, on parle de la diversité productive, laquelle repose sur l'idée d'utiliser les compétences linguistiques et culturelles des immigrés pour améliorer les échanges économiques avec d'autres pays¹⁹⁸. Comme le signale Wieviorka dans le cas suédois, la politique multiculturaliste adoptée en 1975 se fonde sur trois principes : « niveau de vie égal pour les groupes minoritaires par rapport au reste de la population ; liberté de choix entre une identité ethnique et une identité culturelle proprement suédoise ; et enfin partenariat, l'idée étant ici d'assurer dans la sphère professionnelle des relations telles que tout le monde bénéficie du fait de travailler ensemble¹⁹⁹ ».

Le *multiculturalisme éclaté* repose quant à lui sur un principe de dissociation en s'intéressant à la différence culturelle sans prendre en charge la question sociale, pour lui, les inégalités sociales doivent être résolues par des politiques spécifiques²⁰⁰. Michel Wieviorka donne l'exemple des États-Unis pour illustrer le *multiculturalisme éclaté*. Dans ce pays, les problématiques liées aux injustices sociales et aux inégalités sont abordées depuis *l'affirmative action*²⁰¹. Par cette mesure politique on cherchait à mettre fin à toutes sortes d'inégalités sociales fondées ou renforcées par la discrimination raciale. Les populations ciblées étaient les groupes raciaux ou ethniques. Cependant, la reconnaissance culturelle n'était pas l'objet de *l'affirmative action*. Elle a plutôt fait l'objet de débats dans le champ de l'éducation, où l'on demande d'intégrer dans les manuels et programmes scolaires la participation des femmes (et des minorités) dans l'histoire²⁰².

Dans le même ordre d'idée, César Rodriguez G. et Carlos A. Baquero dans l'ouvrage : *Reconocimiento con redistribucion. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*²⁰³ proposent une typologie pour mieux comprendre les demandes de

¹⁹⁸ Dans le cas de l'Australie Wieviorka parle d'un *multiculturalisme total*. *Ibid.*, p. 86

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 87

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Cette expression est traduite en français par l'expression "discrimination positive". Pour Michel Wieviorka cette traduction est péjorative et disqualifiante. *Ibid.*, p.88

²⁰² *Ibid.*, p.90

²⁰³ Le titre en français : Reconnaissance avec redistribution. Le droit et la justice ethnique-raciale en Amérique Latine. Rodriguez, C., et Baquero, C., *Reconocimiento con redistribucion, El derecho y la justicia étnico-racil en América Latina, Op.Cit.* 2015.

reconnaissance culturelle et de redistribution : la reconnaissance libérale-intégrationniste, la reconnaissance multiculturelle-hégémonique et la reconnaissance multiculturelle contre-hégémonique.

La reconnaissance multiculturelle hégémonique opère une séparation nette entre les demandes de redistribution et les demandes de reconnaissance. Ce modèle est appliqué en Amérique Latine tant par les gouvernements de droite que par les gouvernements de gauche²⁰⁴. En contraste avec ce modèle, on trouve le paradigme libéral classique où l'on vise l'unité de la nation et l'assimilation des groupes ethniques²⁰⁵. Enfin, le modèle du multiculturalisme contre-hégémonique vise à résoudre la tension entre les demandes de redistribution et de reconnaissance en considérant que ces dernières impliquent une redistribution des ressources matérielles en faveur des groupes ethniques²⁰⁶.

²⁰⁴ Dans les gouvernements de droite les demandes de reconnaissance comme de redistribution sont minimisées. Dans les gouvernements de gauche, la redistribution est renforcée au détriment des demandes de reconnaissance. *Ibid.*, p. 40.

²⁰⁵ Selon Rodriguez, C. et Baquero, C., bien que ce modèle soit moins représentatif en Amérique Latine grâce au constitutionalisme multiculturel des années quatre-vingt-dix, il est encore défendu dans certains milieux intellectuels où l'on pense qu'il faut défendre l'égalité formelle et la prohibition de la discrimination plutôt que des mesures de discrimination positive. *Ibid.*, p. 42

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 44.

	Libéralisme intégrationniste	Multiculturalisme hégémonique ou néolibéral	Multiculturalisme contra - hégémonique
Principale demande	Liberté /égalité formelle	Diversité/égalité formelle	Diversité /égalité matérielle
Principe directeur	Assimilation sans discrimination	Diversité avec participation	Autodétermination avec des réparations
Paradigme juridique	Régulation	Gouvernance	Réparation
Statut juridique des indigènes et des populations afro-descendants	Objets des politiques	Objets des politiques / Sujets des droits individuels	Sujets des droits collectifs
Temps privilégié	Futur	Présent	Passé - futur
Institutions juridiques représentatives	Interdiction de la discrimination	Consultation non contraignante, pénalisation du racisme	Consentement préalable
Sources	Convention 107 OIT, Constitutions Nationales	Constitutions multiculturelles, Convention 169 OIT (interprétation restrictive)	Déclaration des droits des indigènes ONU Jurisprudence CIDH, Colombie, Brésil) Constitutions pluriculturelles (Bolivie, Equateur) Convention 169 OIT (interprétation expansive)
Principaux acteurs	Gouvernements	Gouvernements, Cours de Justice, OIT, Entreprises transnationales	Organisation indigènes et afro-descendant, ONU.

Source : Rodriguez, C. (2012)²⁰⁷

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 41. Une première version de ce tableau a été publié en : Rodriguez Garavito, C., *Etnicidad.Gov, los recursos naturales, los pueblos indigenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogota : Dejusticia, 2012, p. 51. Traduction de l'auteur.

2. Multiculturalisme ou interculturalité ?

En Amérique Latine, les débats autour du multiculturalisme ont adopté un nouveau virage. Dans les milieux de la recherche universitaire, la question de la reconnaissance de la diversité culturelle se pose aujourd'hui en termes d'interculturalité²⁰⁸, laquelle veut faire référence tant à la reconnaissance des diverses cultures qu'aux modalités de leurs échanges et de leurs traductions mutuelles.

D'après Camilo Borrero, on peut dire que l'on arrive à un certain accord théorique sur le sens des termes multiculturalisme et interculturalité. Le premier fait référence à une intégration des cultures subordonnées à une culture hégémonique ou majoritaire. Le deuxième représente les efforts pour arriver à une intégration horizontale ou mutuellement respectueuse entre cultures diverses, sans prendre en compte des questions comme les majorités et les minorités²⁰⁹.

Tant le multiculturalisme que l'interculturalité visent à l'égalité entre les diverses cultures. Ils considèrent que l'État ne doit pas être neutre face au pluralisme culturel. Cependant l'interculturalité ne fait pas de distinction entre cultures majoritaires et cultures minoritaires sinon entre cultures dominantes et cultures subalternes. En Amérique latine, par exemple, existent des cultures majoritaires qui ont été dominées par des cultures minoritaires²¹⁰.

²⁰⁸ Sur la question de l'interculturalité voir : Bartolomé, Miguel Alberto, *Procesos interculturales, antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, Siglo XXI Editores, Mexico, 2006. Et pour une approche sociojuridique de la question voir : Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, Lima, 2010, Borrero Garcia, Camilo, « multiculturalismo o interculturalidad » En : *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*. Carrillo Gonzales, Diana y Patarroyo, Nelson Santiago (ed), Bogota: Unijus, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

²⁰⁹ Borrero, C., *Op. Cit.* p. 67

²¹⁰ Cruz Rodriguez, E., « Pluralisme culturel y derechos humanos : la critica intercultural » *Justicia Juris*, 2012, p. 42. Des pays comme le Guatemala ou la Bolivie sont des exemples de cette situation.

L'interculturalité a un cadre normatif plus ambitieux que celui du multiculturalisme. Pendant que ce dernier défend la tolérance et la coexistence entre cultures, le premier vise au dialogue et à l'apprentissage mutuel²¹¹. Dans le cadre de l'interculturalité les rapports et l'apprentissage entre les cultures sont inévitables mais dans l'histoire ils ont été faits dans des conditions d'inégalité qui ont conduit au colonialisme et à l'assimilation ou à la discrimination. L'idée est donc que ces rapports aient lieu dans des conditions d'égalité, pour citer Catherine Walsh, « le contact et l'échange entre cultures doit être fait dans des termes équitables et dans des conditions d'égalité²¹² ». Elle reconnaît que cet échange est conflictuel mais que pourtant, il ne faut pas le supprimer mais plutôt l'orienter vers le développement individuel et collectif²¹³.

Dans le même sens, Fidel Tubino signale que le multiculturalisme essaye de reproduire des sociétés parallèles alors que l'interculturalité cherche à produire des sociétés intégrées avec des rapports symétriques entre les cultures²¹⁴.

Le multiculturalisme défend l'égalité entre cultures et la protection des droits de l'homme. Cependant, l'interculturalité montre que ce dernier tombe dans un paradoxe car il assume que la culture libérale est le cadre dans lequel tous les rapports entre cultures doivent avoir lieu dans la mesure où elle est moralement supérieure²¹⁵. Cette situation l'amène à créer une situation d'inégalité entre les cultures.

L'interculturalité pour sa part vise à la construction d'un espace neutre et ouvert aux différentes cultures où l'on puisse soumettre à la délibération les différences et les

²¹¹ *Ibid.* p. 42

²¹² Walsh, C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito : Universidad Andina Simon Bolivar-Abya-Yala, 2009, p.14.

²¹³ *Ibid.* p. 15.

²¹⁴ Tubino, Fidel (2005) "La praxis de la interculturalidad en los estados nacionales latinoamericanos", Cité par Cruz, R., *Op. Cit.* p. 44

²¹⁵ Cruz, R., *Op. Cit.* p. 46

problèmes communs sans imposer de façon unilatérale des critères monoculturels²¹⁶.

Plus qu'un ensemble de principes destinés à guider les rapports entre les cultures, l'interculturalité fait référence à un processus de dialogue. D'après Fidel Tubino, dans le dialogue interculturel il y a trois conditions qui doivent être définies par les différentes cultures : l'égalité, la réciprocité et le refus de la coaction. Ces conditions sont à la fois les conditions préalables au dialogue et le résultat du dialogue en lui-même²¹⁷.

Dans le domaine normatif, l'interculturalité suppose le respect de l'autonomie des différentes formes de droit propres à chaque culture. Les limites à cette autonomie peuvent être établies seulement par un consensus entre les différentes cultures intéressées²¹⁸.

Une des expressions de ce dialogue est l'herméneutique dia-topique. Cette démarche a été mobilisée dans la sociologie et l'anthropologie juridique pour aborder la question de la redéfinition des droits de l'homme depuis une perspective interculturelle.

Conclusion du chapitre 1

La philosophie politique nous donne un cadre conceptuel important pour comprendre la place que, dans une théorie de la justice sociale, doivent avoir la diversité culturelle et l'appartenance de l'individu à une culture déterminée. Ce cadre

²¹⁶ Selon Camilo Borrero, l'interculturalité a le défaut de ne pas donner une réponse satisfaisante à la protection des droits de l'homme et aux limites de la tolérance. Si l'on n'établit pas de limites à la tolérance on peut finir par légitimer des pratiques et des conceptions culturelles qui vont à l'encontre des idéaux comme le respect, le vivre ensemble, l'égalité ou les droits de l'homme. Borrero, C., "¿Multiculturalismo o interculturalidad?", 2009, p. 68. Cité aussi par Cruz, R. *Op. Cit.* p. 47

²¹⁷ Dans le chapitre 4, on étudiera plus en détail la méthode de l'herméneutique diotopique pour définir des droits de l'homme interculturels.

²¹⁸ La décision C-359 de 1996 de la Cour Constitutionnelle de Colombie illustre bien le consensus interculturel. Cette décision sera analysée dans le chapitre 4.

théorique est un outil privilégié pour interpréter les décisions des juges en matière de justice sociale.

On peut donc affirmer que la compréhension de la justice dépendra de l'histoire et de la culture d'une société déterminée. En ce sens, une théorie de la justice doit faire une place au contexte culturel, dans la mesure où l'individu se définit en bonne partie par rapport à lui. Autrement dit, la reconnaissance que l'on accorde à l'individu doit prendre en compte son appartenance culturelle en tant que bien fondamental à la formation de son identité individuelle²¹⁹.

La plupart des États contemporains se caractérisent par la diversité culturelle de leurs sociétés. Si l'on considère que l'appartenance culturelle est déterminante pour l'individu, une théorie complète de la justice dans un État multiculturel devra inclure des mesures de reconnaissance d'une telle diversité. Cependant, si on parle d'un modèle capable de garantir la justice sociale, on doit aussi intégrer des mesures de redistribution. L'injustice sociale n'est pas seulement le déni de reconnaissance mais aussi de conditions économiques inégales.

Chaque État a un modèle multiculturel particulier, l'Amérique Latine par exemple, a défini le sien à partir de la reconnaissance de la diversité culturelle et de ses peuples autochtones. Les questions que l'on peut se poser maintenant sont celles de savoir : comment peut-on traduire juridiquement la question multiculturelle ? Comment les États d'Amérique Latine, et plus particulièrement la Colombie, l'ont adoptée dans leurs constitutions ?

²¹⁹ Kymlicka, W., 2001, *Op. Cit.* p. 46

Chapitre 2 : Le constitutionnalisme multiculturel : la mise en valeur de la diversité culturelle.

Dans les années quatre-vingt-dix, l'étasunien James Tully se demandait si une constitution moderne pouvait reconnaître la diversité culturelle et lui faire une place. Il considérait cette problématique comme une des questions des plus difficiles et importantes de la période politique du XXI siècle. Selon lui, cette problématique caractérise l'époque qui vient, car, quand elle n'est pas décrite par rapport à l'époque précédente et dite « post-impériale » ou « postmoderne », elle est souvent décrite, selon ses propres termes, comme une époque de diversité culturelle. La question, pour lui, n'est pas de savoir s'il faut être pour ou contre la diversité culturelle, mais il s'agit plutôt de se demander au préalable : Quelle attitude critique ou quel esprit faut-il pour que justice soit rendue aux demandes de reconnaissance culturelle²²⁰?

Le nouveau constitutionnalisme latino-américain a peut-être répondu, en partie, aux questionnements de James Tully. Dans les nouvelles Constitutions de cette région, la question de la diversité culturelle est devenue un des éléments centraux de la définition de l'État. Elle a été reconnue en tant que principe, de même que le caractère multiculturel de la société, dont la culture des peuples indigènes occupe une place très importante. Une des expressions d'une telle reconnaissance est la consécration des droits « différenciés » en fonction de l'appartenance au groupe, tels que des droits à l'autonomie gouvernementale et juridique des communautés indigènes.

Pour mieux comprendre la vision de la CCC sur la question sociale des peuples indigènes, il est donc nécessaire d'étudier le contexte régional qui a donné lieu au multiculturalisme (*Section A*). Nous verrons que la Colombie est un des pays pionniers de la reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle et du caractère multiculturel de sa société (*Section B*).

²²⁰ Tully, J., *Une étrange multiplicité, le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Bordeaux : La Presse de l'Université de Laval, 1999, p.1

Section A. Le modèle latino-américain : la question indigène au centre du débat.

Dans le chapitre précédent nous avons expliqué comment le modèle politique de la diversité culturelle gérée par l'État avait été diffusé sur presque tous les continents. On soulignait aussi que dans chaque pays le multiculturalisme a une signification particulière et que chaque État a mis en place des politiques publiques différentes. Dans la région sud américaine cette question continue à être l'objet des débats tant académiques que philosophiques.

Une des caractéristiques du modèle latino-américain est que la problématique des peuples indigènes et, dans une moindre mesure celle des populations noires, va définir le contenu des politiques multiculturelles (§-1). Une deuxième et très importante caractéristique est que la politique de la reconnaissance de la diversité culturelle a été intégrée dans les Constitutions de la plupart des pays de la région, en donnant lieu au constitutionnalisme multiculturel (§-2).

§-1 Un débat articulé autour de la question indigène

Aujourd'hui, il n'est plus question de nier la diversité culturelle des États en voulant assimiler les minorités ethniques à la culture majoritaire mais de la mettre en valeur en reconnaissant que l'appartenance culturelle est déterminante pour l'individu (1). Dans ce changement de modèle, les mouvements indigènes ont joué un rôle décisif pour rendre visibles leurs demandes de reconnaissance sur la scène internationale (2).

1. De l'assimilation à la reconnaissance de la différence culturelle

En Amérique Latine, le terme de multiculturalisme est utilisé à partir de la fin des années 1980. Comme le signalent David Dumoulin et Christian Gros à cette période, « les élites gouvernementales, prennent alors conscience de la nécessité de répondre aux mobilisations indigènes réclamant une reconnaissance du pluralisme culturel comme une dimension nécessaire des démocratisations latino-américaines. La rupture avec le modèle précédent assimilationniste accompagne donc le tournant néolibéral et l'ouverture à la mondialisation économique. Les débats latino-américains sont donc centrés sur les populations indigènes et les « 500 ans » de domination et de spoliation territoriale qu'elles ont subies. Des liens sont alors tissés entre les droits de l'homme, la lutte contre les inégalités économiques et la reconnaissance de la dignité culturelle²²¹ ».

Dans cette région, la question multiculturelle va plus loin que les débats européens et nord-américains. Dans les milieux de la recherche universitaire, la question de la reconnaissance de la diversité culturelle se pose en termes d'interculturalité²²², lequel fait référence tant à la reconnaissance des diverses cultures qu'aux modalités de leurs échanges et de leurs traductions mutuelles. Sur la question de la décolonisation le cas de la Bolivie et de l'Équateur sont les plus représentatifs. Dans ces deux pays, les gouvernements de gauche ont voulu se distancer du multiculturalisme perçu comme proche des idéologies néolibérales. Pour eux, la reconnaissance officielle des cultures indiennes était comprise aussi comme une forme de décolonisation de l'État²²³.

²²¹ Gross, C. et Dumoulin, D., *Op. Cit.* p. 21

²²² Sur la question de l'interculturalité voir : Bartolomé, Miguel Alberto, *Procesos interculturales, antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, Mexico: Siglo XXI Editores, 2006. Et pour une approche sociojuridique de la question voir : Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, Borrero García, Camilo, « multiculturalismo o interculturalidad » En : *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*. Carrillo Gonzales, Diana y Patarroyo, Nelson Santiago (ed), Bogota: Unijus, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

²²³ *Ibid.*, p. 22

Contrairement au modèle nord-américain, le modèle latino-américain se caractérise par le fait de donner priorité à la reconnaissance sur la redistribution. C'est un modèle qui met l'accent sur la politique de la reconnaissance en redéfinissant le concept d'identité nationale et en attribuant aux minorités ethniques des droits à l'autonomie juridique et de gouvernement ainsi que des droits collectifs sur la terre. D'autre par, la question ethnique et noire et plus particulièrement indigène est au centre du modèle.

Comme on l'a mentionné au début de cette section, le modèle multiculturel des années quatre-vingt-dix va transformer le modèle précédent assimilationniste qui avait débuté dans les années trente. À cette époque, les régimes nationaux populaires cherchaient la construction d'une grande nation métisse. Les gouvernements avaient comme objectif de consolider une masse populaire et d'en finir avec la fragmentation sociale en tant qu'héritage colonial que les oligarchies avaient maintenu après les indépendances. Pour arriver à cela, il fallait intégrer les populations des campagnes venues en masses habiter dans les villes, articuler les régions grâce à des institutions nouvelles et éduquer le peuple dans les écoles de la République. La nation est donc pensée comme un projet unificateur, où le sort des indigènes et des noirs est, dans les termes de Christian Gros et David Dumoulin « diversement scellé »²²⁴. Des politiques publiques « assimilationnistes » ou indigénistes ont été mises en place pour favoriser la nationalisation des indigènes²²⁵.

Ce projet d'une nation fondée sur une culture homogène a été très mobilisateur. Il a eu un important pouvoir symbolique concernant l'idéal d'égalité. Dans certains pays comme le Mexique, l'indigénisme est même défendu par les cercles intellectuels du pays²²⁶.

Au début des années soixante-dix apparaissent dans certains pays tels que la Colombie, l'Équateur, le Pérou ou la Bolivie les premières organisations ethniques réclamant au niveau local ou régional la reconnaissance des droits collectifs liés à leur condition de premiers occupants. Ces premières mobilisations précèdent les

²²⁴ *Ibid.*, p. 28

²²⁵ Les populations Afro-descendants ont été soumises à une sorte d'invisibilité. *Ibid.* p. 29

²²⁶ *Ibid.* p. 29.

processus de démocratisation des années quatre-vingt, l'adoption des politiques néolibérales et le processus de globalisation.

L'arrivée du multiculturalisme dans la région s'est produite dans un contexte particulier : la chute du mur de Berlin, l'imposition du programme économique du consensus du Washington, la conférence de Rio qui a fait rentrer dans l'agenda international la crise environnementale, l'entrée sur la scène nationale et internationale des nouvelles organisations indigènes. Au niveau juridique, l'adoption de la Convention 169 de l'OIT (Organisation International du travail) établit des droits pour les peuples indigènes destinés à protéger son identité culturelle²²⁷.

D'après Christian Gros et David Dumoulin, on peut faire un lien explicite entre la démocratisation des systèmes politiques, l'adoption des politiques néolibérales, le processus de globalisation et la reconnaissance publique du multiculturalisme²²⁸.

2. La mobilisation internationale des ONG indigènes

Afin de pouvoir comprendre les demandes de reconnaissance des populations indigènes dans les Constitutions et les débats politiques nationaux, il est nécessaire de faire référence au contexte global des mobilisations de ces peuples.

L'apparition des peuples indigènes dans les différents ordres juridiques a été accompagnée de l'irruption et de la consolidation du mouvement indigène transnational²²⁹. La présence des peuples autochtones sur la scène internationale n'est pas un phénomène récent mais elle a pris une nouvelle dimension au cours des trois dernières décennies.

²²⁷ *Ibid.* p. 32

²²⁸ *Ibid.* p. 32

²²⁹ Rodriguez, C. et Baquero, C., 2015, *Op. Cit.* p. 27

Dès le début du siècle dernier, une délégation amérindienne s'était rendue auprès de la Société des Nations pour faire valoir les droits de souveraineté de sa nation par les autres États, revendication qui est restée sans succès²³⁰. Plus tard, lors de la création de l'Organisation des Nations Unies en 1945, les peuples autochtones ont cherché de nouveau à faire reconnaître leur droit à l'autodétermination en s'appuyant sur la Charte des Nations Unies. Cette nouvelle tentative a aussi été vaine. Il faudra donc attendre le début des années soixante-dix pour que les Nations Unies s'intéressent plus directement aux droits des peuples autochtones²³¹.

L'année 1971 est une date clé pour l'activisme indigène. Cette année-là, a eu lieu la résolution de la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU qui a chargé la Sous-commission pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités de faire une étude sur le problème de la discrimination contre les populations indigènes, et de proposer des mesures pour son éradication²³².

Dix années après, ce mandat de l'ONU a donné lieu au rapport « Martinez Cobo »²³³ et au début des années quatre-vingt le document a été rendu public. En se démarquant des conceptions précédentes, le texte reconnaît et valorise la place des populations autochtones au sein des États en même temps qu'il laisse de côté les idées d'assimilation²³⁴.

Dans son rapport, José Martinez Cobo disait : « Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre ceux qui, liés par une continuité historique avec

²³⁰ Le premier ambassadeur autochtone qui approcha formellement la communauté internationale fut le chef Cayuga Deskaheh qui se rendit à la Société des Nations comme représentant des Six Nations des Iroquois. Pendant son séjour de plus d'un an à Genève alors qu'il tentait d'obtenir de la Société des Nations la reconnaissance de sa cause qui avait été examinée avec sérieux par un certain nombre de délégations la Société ne l'a finalement pas entendu. Organisation des Nations Unies, Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies, *Les peuples autochtones se font entendre*, DPI/2309, Avril, 2003, New York, p.5

²³¹ Porteilla, R., et Dreroche, F., « Le mouvement international des peuples autochtones : Bilan, enjeux et perspectives » Consulté sur : <http://www.institutidrp.org/contributionsidrp/peuples%20autochtones%202004.pdf>

²³² Conseil économique et social des Nations Unies, Res 1589(L), 21 mai de 1971, 50th Sesión, 1st Spp, UN Doc E/5044 (1971) 16, Par.7 Cité par Rodriguez C., et Baquero, C., 2015 *Op. Cit.* p. 27

²³³ Entre 1981 et 1984, José Martínez Cobo a présenté son étude en cinq volumes. Cette étude a marqué un tournant. Il a lancé un appel éloquent invitant la communauté internationale à prendre des mesures décisives en faveur des peuples autochtones. *Les peuples autochtones se font entendre. Op. Cit.* p. 6

²³⁴ Porteilla, R., et Dreroche, F. *Ibid.* p.1

les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distincts des autres segments de la société qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des segments non dominants de la société et ils sont déterminés à conserver, développer et transmettre aux futures générations leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques²³⁵.

À cela, on peut ajouter les mobilisations des peuples indigènes et des organisations non gouvernementales (ONG) des droits de l'homme qui ont abouti à la création du Groupe de travail sur les populations indigènes des Nations Unies. Le Groupe a été créé en 1982. Il a produit la première version de la Déclaration sur les droits des peuples indigènes, laquelle a eu sa version finale treize ans après avec son approbation par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2007. Selon César Rodriguez, ce document constitue l'icône de la globalisation des droits des indigènes. Selon ses mots : « En effet, la Convention 169 de l'OIT de 1989 et la Déclaration constituent le point central de référence du droit international sur le sujet²³⁶ ».

Cependant, ce n'est qu'au début des années quatre-vingt-dix, que divers événements vont contribuer à la visibilité du mouvement international des peuples autochtones en lui donnant une grande ampleur : la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de Rio en 1992, l'année internationale des peuples autochtones en 1993, la révolte des Indiens du Chiapas au Mexique en 1994, ainsi que la mise en place d'une décennie internationale (1995-2004) en faveur des peuples autochtones²³⁷.

À l'occasion de l'année internationale des peuples autochtones, l'ambassadeur itinérant auprès de l'ONU pour l'Année internationale des populations autochtones

²³⁵ ONU. *Les peuples autochtones se font entendre*. Op. Cit. p. 9

²³⁶ Rodriguez C., et Baquero, C Op. Cit. p.28

²³⁷ Porteilla, R. et Dreroche, F. Op. Cit. p. 2

disait : « La lutte internationale en faveur des peuples autochtones a revêtu une importance capitale surtout au cours des dernières années du fait qu'il est désormais possible d'examiner cette question au sein du système des Nations Unies. Il a été difficile auparavant aux peuples autochtones et aux États Membres de l'Organisation des Nations Unies d'aborder la question des droits des peuples autochtones. Cependant le temps et la détermination ont permis de réaliser un progrès certain²³⁸.

On peut affirmer que ces événements ont permis aux peuples autochtones de prendre part aux débats sur leur rôle dans la gestion de l'environnement et du développement compte tenu de leur savoir et pratiques traditionnels. Également, ils ont contribué à la consolidation de ces groupes en tant qu'acteurs nationaux et internationaux en vue de trouver des solutions aux problèmes qui se posent à leurs communautés dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement, du développement, de l'éducation, de la santé, de la paix et de la sécurité²³⁹.

D'après César Rodriguez et Carlos Baquero, le *leitmotiv* du mouvement global indigène a été la revendication du droit à l'autodétermination de leurs peuples²⁴⁰. Ce droit inscrit partiellement dans ces instruments juridiques, plus particulièrement dans la Déclaration que dans la Convention de l'OIT. Bien que les demandes des indigènes n'impliquent pas la sécession, elles cherchent différents degrés d'autonomie sur leurs territoires et leurs ressources en conformité à leur conception sur l'économie et le développement.

²³⁸ONU, *Les peuples autochtones se font entendre*, Op. Cit.p.2

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Rodriguez, C., et Baquero, C. Op. Cit. p.28

§-2 La réception du multiculturalisme dans les nouvelles constitutions latino-américaines

La reconnaissance de la multiculturalité et de la diversité culturelle est un des aspects centraux de nouvelles constitutions de la région latino américaine, dont le cas colombien devient un exemple très représentatif. La façon dont ils ont été consignés dans ces textes permet de parler d'un constitutionnalisme multiculturel. Dans les pages qui suivent, on décrira très brièvement cette nouvelle vague constitutionnelle en nous appuyant principalement sur les textes du constitutionnaliste Rodrigo Uprimny (1), puis nous nous concentrerons sur la problématique des peuples indigènes dans ces nouveaux textes (2).

1. La nouvelle vague constitutionnelle

Comme l'affirme Rodrigo Uprimny, depuis le milieu des années 1980, et plus particulièrement, à partir des années 1990, l'Amérique latine a connu une intense période de changements constitutionnels. On pourrait affirmer que la quasi-totalité des pays de la région ont vécu une réforme constitutionnelle. Dans certains cas, il s'agissait de l'adoption d'une nouvelle Constitution, et dans d'autres, de l'introduction de réformes très importantes dans les Constitutions en vigueur²⁴¹. Dans le premier groupe, on trouve, le Brésil en 1988, la Colombie en 1991, le Paraguay en 1992, l'Équateur en 1998 et en 2008, le Pérou en 1993, le Venezuela en 1999 ou la Bolivie en 2009. Dans le second se trouvent les réformes de l'Argentine en 1994, du Mexique en 1992 ou du Costa Rica en 1989.

²⁴¹ Uprimny, R., « Les Récentes transformations constitutionnelles en Amérique Latine : Un effort de créativité démocratique ? » *La gouvernance en révolution(s), Chroniques de la gouvernance*, Paris: Institut de recherche et débat sur la gouvernance, (IRG), 2012, pp .245-255 p.245

Ces changements constitutionnels présentent des différences nationales très importantes, mais ils ont également de nombreux points communs²⁴². Ces points communs permettent de parler d'un constitutionnalisme latino-américain²⁴³, et pour certains analystes, d'un nouveau paradigme constitutionnel tout simplement²⁴⁴. Selon ces derniers, la nouveauté du modèle repose dans une large reconnaissance des droits avec des instruments qui garantissent leur effectivité, et l'approfondissement des mécanismes de participation démocratique²⁴⁵.

Il est important de signaler que cette dynamique constitutionnelle continue à se développer, tel est le cas de la nouvelle réforme constitutionnelle du Venezuela en 2009 dans laquelle la limitation des mandats présidentiels a été supprimée²⁴⁶, et en 2011, de la réforme Constitutionnelle du Mexique qui a intégré les traités des droits de l'homme dans la Constitution.

La plupart de ces Constitutions et de ces réformes donnent un contenu idéologique à la définition de l'État et à la régulation des droits et des devoirs citoyens. Elles sont très généreuses dans cette reconnaissance des droits aux citoyens. Elles consacrent des droits civils et politiques de la tradition libérale, et aussi des droits économiques sociaux et culturels tels que l'éducation, le logement ou le droit à la santé. Les droits collectifs occupent aussi une place importante dans ces textes, par exemple le droit à l'environnement et les droits spéciaux d'autonomie et de citoyenneté des groupes indigènes. Quant à l'organisation de l'État, les nouveaux textes constitutionnels ont en commun le renforcement de l'indépendance de la justice, la création des organes de contrôle et l'équilibre entre les pouvoirs exécutif et judiciaire, des organes électoraux autonomes et le renforcement des processus de décentralisation²⁴⁷.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Uprimny, R., "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos," en Rodríguez, C. (dir). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* 2011.

²⁴⁴ Herrera, C.M, (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui: entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris : Éditions Kimé, 2015., p. 10.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.11.

²⁴⁶ Art 230 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela.

²⁴⁷ Uprimny,R., 2011. *Op. Cit.*p. 117ss.

Cependant, il existe des différences significatives quant à l'origine et à la nature du processus constitutionnel, comme à l'intensité et à l'orientation idéologique des changements. Ces différences permettent de dire que les processus constitutionnels du Venezuela, de la Bolivie de l'Équateur et dans une moindre mesure celui de la Colombie, représentent un véritable et authentique nouveau constitutionnalisme latino-américain. Selon Rodrigo Uprimny, cette nouvelle tendance constitue une rénovation des pratiques constitutionnelles dans la région mais elle pourrait aussi représenter une alternative face au constitutionnalisme européen et étasunien²⁴⁸. Les éléments distinctifs de ce constitutionnalisme sont : l'importance donnée au principe de la souveraineté populaire, la diversité culturelle, la pluri-nationalité, la prise en compte de la question environnementale, une intervention plus importante de l'État dans l'économie et la promotion des alternatives économiques au capitalisme²⁴⁹.

Dans le même sens, Carlos Miguel Herrera parle d'un « constitutionnalisme du Sud » qui selon lui, « comporterait une rupture avec la direction actuelle prise par le constitutionnalisme européen, mais également a sa propre histoire, en remettant au centre de la discussion la question des fondements démocratiques du constitutionnalisme²⁵⁰».

D'après Rodrigo Uprimny, il y a deux aspects à remarquer dans ces nouvelles constitutions : d'une part, le traitement spécial donné aux droits de l'homme²⁵¹ qui selon lui, « a entraîné une application importante par des juges nationaux des standards internationaux des droits de l'homme²⁵²»²⁵³. D'autre part, « la

²⁴⁸ *Ibid.* p.115.

²⁴⁹ *Ibid.* pp.116-117

²⁵⁰ Herrera, C.M., *Op. Cit.* p.12

²⁵¹ Sur cette question voir : Ayala, Carlos. 2002. "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Ricardo Mendez Silva (ed.), *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. UNAM, México, 2002. Manili, Pablo Luis,. "La recepción del derecho internacional del derecho humano por el derecho constitucional iberoamericano", en : Ricardo Mendez Silva (ed.), *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. UNAM, México, 2002. Abregú, Martín; Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Nuenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2004. Références citées par Uprimny, R., *Op.Cit.*

²⁵² Uprimny, R., 2012, *Op. Cit.* p. 247

reconnaissance de la multiculturalité (ou même de la plurinationalité) et des compétences propres de la juridiction indigène, avec l'ouverture du droit international des droits de l'homme, s'est traduite par un pluralisme accentué en Amérique latine. Ce dernier a érodé le système traditionnel des sources juridiques et le rôle central qu'avaient la loi et la réglementation gouvernementale dans les ordonnancements juridiques nationaux²⁵⁴».

D'ailleurs, la façon dont l'unité nationale est comprise est considérablement modifiée. Celle-ci n'est plus entendue comme le résultat de l'homogénéisation des différences culturelles mais plutôt comme la reconnaissance de la diversité culturelle et du pluralisme. La nation est donc définie à partir de son caractère pluriethnique et pluriculturel et la promotion de la diversité devient un principe. D'après, Rodrigo Uprimny « nous nous trouvons face à une sorte de constitutionnalisme de la diversité²⁵⁵».

Pour sa part Carlos Miguel Herrera en reprenant les thèses de Sousa Santos, nous dit que cette diversité peut être « déclinée sous des modalités différentes et nous aurions ainsi une diversité sociale, qui implique la reconnaissance de l'interculturalité, de la pluriethnicité, et de la pluri-nationalité. Mais il existerait aussi une diversité économique, qui conduirait à reconnaître dans les nouvelles constitutions divers types de propriété (étatique, communautaire, communal, coopérative, outre qu'individuelle). Et pour finir, une diversité politique, combinant plusieurs types de démocratie : représentative, participative, délibérative, référendaire et communautaire²⁵⁶».

Ce nouveau constitutionnalisme va mettre en question deux caractéristiques de la nation et de l'État du constitutionnalisme moderne libéral. La première, l'espace géopolitique homogène où les différences ethniques, culturelles, religieuses ou

²⁵³ La Cour Constitutionnelle de Colombie est spécialement réceptive à la jurisprudence des Tribunaux régionales comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁵⁴ Uprimny.R. ,2012, *Op. Cit.*p.247.

²⁵⁵ *Ibid.*p. 246

²⁵⁶ Herrera, C.M., *Op. Cit.* p. 13

régionales ne sont pas prises en compte ou parfois sont même supprimées. La deuxième, l'existence d'un seul système juridique caractérisé par une force coercitive sans rivale garantissant la souveraineté intérieure et extérieure de l'État. Selon les termes de Boaventura de Sousa Santos : « Contrairement à (ce modèle), la volonté constituante des classes populaires, dans les dernières décennies, se manifeste sur le continent à travers une vaste mobilisation sociale et politique qui configure un constitutionnalisme depuis le bas. Dans ce modèle, les protagonistes sont les exclus et leurs alliés, avec l'objectif d'élargir le champ politique au-delà de l'horizon libéral. Dans ce nouveau constitutionnalisme on trouve un nouveau caractère institutionnel (la pluri-nationalité), une nouvelle territorialité (avec des autonomies asymétriques) une nouvelle légalité (le pluralisme juridique) un nouveau régime politique (la démocratie interculturelle) et de nouvelles subjectivités individuelles et collectives (comprenant des individus, communautés, nations, peuples, nationalités). Ces changements, dans leur ensemble pourront garantir la réalisation des politiques anticapitalistes et anticoloniales²⁵⁷ ».

Selon Rodrigo Uprimny, le constitutionnalisme latino-américain récent appartient donc à un nouveau genre : « il aspire à la transformation avec une forte composante égalitaire ». Ces processus constitutionnels ont cherché à approfondir la démocratie et à combattre les exclusions et les inégalités sociales, ethniques et de genre. La plupart des réformes conduisent à des textes qui, plutôt que de « regarder en arrière » (*backward looking*), se projettent vers l'avenir (*forward looking*)²⁵⁸. Au lieu d'essayer de codifier les relations de pouvoir existantes, ces documents juridiques tendent à tracer un modèle de société à construire. Il s'agit donc, selon les termes d'autres auteurs tels que Mauricio García, de Constitutions « aspirationnelles (aspiracionales) » ou, d'après Boaventura de Sousa Santos, de Constitutions « transformatives ». Ces termes font allusion aux nombreuses promesses de droits

²⁵⁷ De Sousa Santos, B., *Refundacion del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima : Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformacion Global, 2010, p.71

²⁵⁸ Rodrigo Uprimny reprend les termes de Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence, The Role of Law in Political Transformation", en *Yale Law Journal*, vol. 106, no 7, 1997. 2012. Uprimny, R., *Op. Cit.*p.

et de bien-être pour tous intégrées dans ces textes : en cela, elles constituent une proposition de démocratie fondée sur l'inclusion²⁵⁹.

Il est important de signaler que pour certains chercheurs, il faut relativiser le caractère nouveau ou transformateur de ces constitutions. Selon eux, on n'est pas en présence de véritables modifications dans la structure de pouvoir. Et dans les cas où l'on a voulu reconnaître des pouvoirs à des nouveaux sujets, telles reconnaissances se limitent à des nouvelles déclarations des droits, sans trouver une réelle traduction dans l'exercice du pouvoir politique²⁶⁰.

2. Des Constitutions ouvertes à la diversité culturelle.

La reconnaissance de la diversité culturelle est donc un des points que ces nouvelles constitutions ont en commun. Elles protègent spécialement les groupes traditionnellement discriminés tels que les indigènes et les communautés noires. Dans certains pays, des droits spéciaux et différenciés de citoyenneté sont même reconnus à ces communautés. Elles reconnaissent également leur langue, qui est admise comme langue officielle, un pouvoir judiciaire propre et une autonomie dans leurs territoires en accord avec leurs *cosmovisions*.

La Constitution colombienne de 1991 a été la première à reconnaître la justice des communautés indigènes conforme à leurs coutumes et usages dans la limite du cadre constitutionnel. Dans son article 246, elle dit : « *les autorités des peuples indigènes pourront exercer des fonctions juridictionnelles dans leur domaine territorial, en conformité à leurs normes propres et procédures, à condition qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois de la République. La loi établira les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire de*

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Herrera, C.M., *Op. Cit.*, p.14. Sur ce point de vue voir : Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires: Katz Editores, 2014

*la nation*²⁶¹ ». Cette reconnaissance a été aussi établie dans les Constitutions du Paraguay art. 63, du Pérou art. 149, de la Bolivie art. 71, de l'Équateur art. 191 et du Venezuela art. 260.

On peut dire que les Constitutions qui accordent une reconnaissance plus radicale à la diversité culturelle ont été les Constitutions de la Bolivie et de l'Équateur. Dans ces Constitutions, l'État est défini comme un État plurinational ou même comme une nation des peuples. Elles intègrent certaines visions du monde des indigènes telles que sa notion du bien vivre et la *Pachamama* en tant que sujet juridique : « la nature, ou Pachamama, où se reproduit et réalise la vie, a droit au respect de son existence et à la conservation et régénération de ses cycles vitaux, structures fonctionnelles et processus évolutifs²⁶². Selon Rodrigo Uprimny, « ces Constitutions dépassent le cadre du constitutionnalisme libéral, même dans sa version pluriculturelle et multiethnique, pour avancer vers des formes constitutionnelles plurinationales, interculturelles²⁶³ ». En général, les Constitutions et les réformes du continent ont avancé dans le sens de la reconnaissance d'une forme de citoyenneté différenciée et multiculturelle.

Cependant, il existe des différences dans la façon dont les constitutions reconnaissent la diversité ethnique. On peut donc trouver trois types de constitution²⁶⁴:

1. Un constitutionnalisme pluraliste libéral où il n'existe pas de reconnaissance des droits spéciaux aux communautés ethniques. C'est le cas des ordres constitutionnels du Chili, de l'Uruguay et du Costa Rica.
2. Un constitutionnalisme multiethnique et multiculturel. C'est le cas de la Colombie et notamment de sa jurisprudence constitutionnelle.

²⁶¹ Traduction de l'auteur. La version originale en espagnol de l'article 246 de la Constitution colombienne dit : « Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. »

²⁶² Article 71 de la Constitution équatorienne. Traduit de l'espagnol au français par Uprimny, R., 2012

Op.Cit.p. 247

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

3. Un constitutionnalisme plurinational et interculturel. C'est le cas des dernières constitutions de l'Équateur et de la Bolivie.

Raquel Yrigoyen affirme que les nouvelles constitutions dans leur version pluraliste supposent une rupture avec le paradigme du constitutionnalisme libéral moniste du XIX siècle et du paradigme du constitutionnalisme social intégrationniste du XX siècle²⁶⁵. Dans le premier paradigme, l'État était configuré selon le principe du monisme juridique où l'on reconnaissait qu'une seule loi devait s'appliquer à tous les citoyens et l'État-nation était représenté par une seule culture. Le projet constitutionnel de cette époque cherchait à assimiler les indigènes au reste de la population. Dans le deuxième paradigme qui a été inauguré par la Constitution du Mexique de 1917, le modèle de l'assimilationnisme libéral a été remis en question. On reconnaissait les communautés indigènes mais en conservant un idéal intégrationniste. L'objectif de ce modèle de constitutionnalisme social assimilationniste était d'intégrer les indigènes à l'État et au marché mais sans mettre en question l'identité de l'État-nation et du monisme juridique et culturel.

Le monisme culturel et juridique sera remis en question seulement avec l'arrivée du constitutionnalisme pluraliste de la fin du XX siècle lequel, selon Raquel Yrigoyen, peut être divisé en trois périodes. Ces périodes correspondent à trois cycles constitutionnels où les droits des indigènes sont reconnus²⁶⁶. Le premier cycle comprend la période entre 1982 et 1988. On peut identifier cette période comme celle du constitutionnalisme multiculturel. Il se caractérise par l'introduction du concept de la diversité culturelle et linguistique, pour la reconnaissance du droit individuel et collectif à l'identité culturelle et pour la consécration de certains droits territoriaux. Les Constitutions du Guatemala de 1985 et du Nicaragua de 1987 sont représentatives de cette première étape²⁶⁷. La reconnaissance des droits des

²⁶⁵ Yirigoyen Fajardo, R. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en Rodríguez, Cesar (dir.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p.139

²⁶⁶ *Ibid.*, p.141

²⁶⁷ La Constitution du Canada de 1982 est pionnière dans la reconnaissance de l'héritage multiculturel et des droits aux peuples autochtones. Yrigoyen, R., *Op. Cit.* p. 141

indigènes et d'un système des autonomies a fait partie du processus de réconciliation et post-conflit de ces deux pays.

Le deuxième cycle comprend la période entre 1989 et 2005, laquelle, d'après Yrigoyen, correspond au constitutionnalisme pluriculturel. Dans cette période, les constitutions garantissent le droit individuel et collectif à l'identité culturelle. Le pluralisme culturel devient un principe fondamental de l'État et les droits des communautés indigènes sont plus détaillés et augmentés : par exemple les idiomes indigènes deviennent des langues officielles, le droit à l'éducation bilingue interculturel. Les droits fonciers, le droit à la consultation et à d'autres formes de participation sont reconnus. Ces droits sont mis en concordance avec la Convention 169 de l'OIT sur les Peuples Indigènes et Tribaux des Pays Indépendants. De même que le pluralisme juridique est reconnu en garantissant une autonomie juridictionnelle des communautés indigènes. Les Constitutions de la Colombie (1991), du Mexique et du Paraguay (1992), du Pérou (1993), de la Bolivie et de l'Argentine (1994), de l'Équateur (1996 et 1998) et du Venezuela illustrent ce deuxième modèle.

Le dernier cycle comprend les dernières constitutions de la Bolivie (2009) et de l'Équateur (2008). Il coïncide avec l'approbation de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes (2006-2007). Ce cycle représente un projet de décolonisation orienté vers la refondation de l'État à partir de la reconnaissance des racines millénaires des peuples indigènes niées pendant la première fondation républicaine²⁶⁸. Ces deux Constitutions représentent le paradigme de la diversité culturelle dans lequel les différences sont reconnues dans un projet d'État nation. Ce projet est dirigé vers le paradigme de la pluri-nationalité dans lequel les peuples indigènes sont reconnus en tant que cultures diverses mais aussi comme des nations originelles. Ces deux constitutions reconnaissent aux peuples indigènes le droit à l'autodétermination, le droit de se gouverner selon leurs traditions et leurs droits coutumiers. Elles établissent aussi le principe de l'interculturalité, lequel se manifeste dans la reconnaissance des droits depuis une perspective indigène. Par exemple, dans la Constitution de l'Équateur, il y a un titre dédié au régime de bien

²⁶⁸ *Ibid.* p. 149.

vivre ou *sumak kawsay*. Également, des instances plurinationales ont été créées dans lesquelles il doit y avoir des représentants du système national de justice et du système de la justice indigène. Tel est le cas en Bolivie du Tribunal Constitutionnel, de la juridiction agro environnemental et de la Cour Suprême de Justice²⁶⁹.

Selon César Rodriguez, la convergence entre le mouvement global pour les droits des indigènes et le constitutionnalisme multiculturel devient évidente dans l'incorporation des règles de la Conventions 169 de l'OIT : la moitié des pays qui ont ratifié cette Convention au niveau mondial sont dix pays de l'Amérique latine²⁷⁰.

Section B. La Colombie, pionnière dans la reconnaissance juridique de la diversité culturelle

Dans les pages précédentes, nous avons montré comment les questions du multiculturalisme et de l'interculturalité occupent aujourd'hui une place très importante dans le droit constitutionnel latino-américain. Dans cette section on s'attardera sur le cas de la Colombie qui dans ce contexte régional devient particulièrement intéressant.

La Constitution de Colombie est pionnière dans la région par rapport à la reconnaissance du caractère multiculturel de sa nation (§1) et dans l'attribution des droits spéciaux pour les minorités autochtones (§2). Certains analystes considèrent que le droit constitutionnel de ce pays est celui qui va le plus loin dans la reconnaissance du principe de l'autodétermination²⁷¹.

²⁶⁹ Selon Boaventura de Sousa Santos les Constitutions de la Bolivie et de l'Equateur nous confrontent à des questions comme la refondation de l'État et de la démocratie. De Sousa Santos, B. "La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional" en OSAL (Buenos Aires: CLACSO). 2007.

²⁷⁰ Rodriguez, C. et Baquero, C. *Op. Cit.* p.29

²⁷¹ Cesar Rodriguez cite comme exemple le décret 1953 de 2014 sur l'autonomie indigène. Dans cette disposition normative, une partie du budget national est attribuée aux entités indigènes afin qu'elles puissent administrer et organiser leur système de santé et d'éducation. Rodriguez C. et Baquero C., *Reconocimiento con redistribucion*, 2015, *Op. Cit.* p. 31

§1- La reconnaissance constitutionnelle de la Colombie comme un État multiculturel

La Colombie se définit comme un Etat multiculturel et pluriethnique où toutes les cultures ont une protection constitutionnelle (1). Cette diversité culturelle est interprétée par la CCC comme un droit fondamental des communautés mais aussi des individus (2).

1. Le statut constitutionnel de la diversité culturelle

Depuis la période de la colonisation espagnole, la Colombie s'est construite avec la participation et l'interaction de trois cultures différentes : afro-américaine, indigène et européenne. Aujourd'hui, le pays compte plus de quarante millions d'habitants. Les afro-américains représentent 12% de cette population, les indigènes 1.75 % et les 86,25% restants sont constitués par la population métisse²⁷².

La population indigène est assez variée. Elle est formée par quatre vingt sept peuples natifs qui comprennent environ 1, 392, 623 personnes. Ils parlent 64 langues amérindiennes lesquelles se regroupent en 13 familles linguistiques²⁷³. Les peuples aborigènes sont distribués sur la quasi-totalité du territoire national et possèdent sous forme de *resguardos*²⁷⁴ près d'un tiers du territoire de la nation²⁷⁵. Dans ces

²⁷² Bonilla, D., "Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Analisis del caso colombiano." En: *Conferencia en el 3er seminario internacional de investigacion, la investigacion en ciencias sociales y estudios politicos*, 2005, p. 1

²⁷³ Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) *Colombia, una nación multicultural*. Documento de la Dirección de Censos y Demografía *Su diversidad étnica*, 2007. Ces statistiques sont controversées par certaines organisations indigènes qui affirment l'existence de plus de 102 peuples indigènes. Elles dénoncent la violation de leur droit fondamental à être reconnu par l'État. Voir annexe 1

²⁷⁴ Le *resguardo* est un territoire sur lequel habitent un ou plusieurs groupes indigènes, selon leurs traditions culturelles. Ces groupes jouissent du droit à la propriété collective de ces espaces territoriaux. Selon l'article 21 du Décret 2164 de 1995 « le resguardo est une institution légale et sociopolitique à caractère spécial, elle est formée par une ou plusieurs communautés indigènes. Les communautés ont un titre de propriété collective qui leur permet de jouir de toutes les garanties de la

territoires les indigènes vivent selon une organisation sociale, politique et économique propre et selon des valeurs et des traditions culturelles différentes de celles de la culture majoritaire.

Quant à la population afro-américaine, elle compte dix millions des personnes. La plupart de cette population est intégrée à la culture majoritaire et habite principalement sur les côtes atlantique et pacifique. Cependant, il existe trois communautés qui n'ont pas vécu le même processus d'assimilation : les *Palenqueros* sur la côte atlantique, certaines communautés rurales sur la côte pacifique et les *Raizales* dans l'île de San Andres, Providencia et Santa Catalina²⁷⁶.

Ce caractère multiculturel de la société colombienne a donc été reconnu dans la Constitution de 1991. Comme le signale Roberto Pineda, avant cette Constitution, les communautés indigènes avaient fait aboutir d'importantes revendications, en grande partie grâce à leurs propres luttes et mouvements sociaux. Cependant, les droits acquis dans ce texte normatif ont ouvert un nouveau scénario de reconnaissance de leur identité et d'autres droits sociaux qui ne peuvent pas être minimisés²⁷⁷.

D'importants changements ont eu lieu dans ce nouveau paradigme constitutionnel. L'anthropologue du droit Esther Sanchez cite trois d'entre eux : i) Le passage d'un Etat de droit à un État social de droit, a contribué à la modification de l'égalité formelle en égalité réelle. Cela devient, selon elle, particulièrement important si l'on tient compte du fait que les indigènes et les afro-américains ont été dans l'histoire du pays les populations qui ont le plus souffert des inégalités sociales²⁷⁸; ii) La transition d'un État mono-culturel à un État multiculturel et pluriethnique a permis la

propriété privée. Dans ces territoires les communautés vivent selon leurs traditions et leurs droits coutumiers. » La Constitution Politique établit dans les articles 63 et 329 que les resguardos ont un caractère inaliénable, imprescriptible et insaisissable.

²⁷⁵ Pineda, R., « Jurisprudence constitutionnelle et dilemmes face à « l'indien acculturé » », In : Gros C., et Dumoulin, D., *Le multiculturalisme, Un modèle latino-américain ? Op. Cit.* p. 185

²⁷⁶ Les Palenqueros sont des communautés d'origine africaine qui parlent un mélange d'espagnol avec divers dialectes africains. Les Palenques ont été créés pendant la période Coloniale par des esclaves qui ont échappé à leurs maîtres.

²⁷⁷ *Ibid.*, p.186

²⁷⁸ Dans les différentes statistiques nationales concernant les taux de mortalité infantile, de la malnutrition, de l'accès aux services de santé, et aux services d'eau potable et d'électricité les populations indigènes et noires se trouvent en dessous de la moyenne nationale.

reconnaissance et la mise en valeur des différentes ethnies et cultures ; iii) Le passage d'un système normatif où le sujet individuellement considéré était le seul porteur des droits à un système qui reconnaît aussi des droits aux sujets collectifs comme les peuples indigènes²⁷⁹. Ces changements ont permis au texte normatif d'être un peu plus en concordance avec la réalité des populations culturellement diverses.

Dans l'arrêt C-208 de 2007, la CCC a souligné que le constituant de 1991 souhaitait revendiquer la question ethnique : « Il (le constituant) a donc voulu redéfinir la politique indigéniste en lui donnant un statut constitutionnel. Les raisons qui ont motivé ce changement de politique ont été : la pluralité des ethnies qui se trouvent sur le territoire national et le besoin de sauvegarder la valeur intrinsèque des cultures natives en tant que partie de l'identité nationale. En ce sens dans la Constitution ont été établis des mandats orientés pour garantir d'un côté la protection des communautés traditionnelles et d'un autre côté promouvoir le respect de leurs valeurs culturelles et ancestrales²⁸⁰ ».

Dans ce nouveau contexte constitutionnel, le multiculturalisme est reconnu et protégé d'une manière particulière, et trouve son fondement dans les prémisses suivants: (i) En Colombie il existe une diversité de cultures et d'identités ethniques. (ii) Toutes ces cultures méritent le même respect et le même traitement. (iii) Elles constituent l'identité générale du pays. (iv) Elles sont titulaires - en égalité de conditions - du droit de se reproduire et de se perpétuer sur le territoire et dans le temps²⁸¹.

Le traitement spécial que l'ordre juridique donne aux communautés traditionnelles, en tant que groupes sociaux clairement différenciés, se manifeste dans l'article 1 de la Charte politique où la Colombie est définie comme un État démocratique, participatif et pluraliste. De façon plus concrète dans les articles 7 et 10 du même

²⁷⁹ Sanchez, E., « El ejercicio de la jurisdicción especial indígena como fuente de legitimidad del Estado colombiano » In : *La legitimidad del poder en los países andino-amazónicos, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Recorrido internacional de debate y propuestas sobre la gobernanza, Perspectivas suramericanas, Encuentro de Lima Perú, IRG, 2009.*, p. 48.

²⁸⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt C-208 de 2007. § 4.

²⁸¹ *Ibid.*

texte est mentionné un des principes fondamentaux de l'État : la reconnaissance et la protection de la diversité ethnique et culturelle de la Nation colombienne, et l'attribution du statut de pilier de la nation à la culture et à ses différentes manifestations. Ces normes constitutionnelles vont s'ajouter aux dispositions de la Convention N°169 de la OIT approuvée par la loi 21 de 1991.

Pour la CCC, le principe de la diversité ethnique n'est pas une simple déclaration rhétorique, sinon mais constitue une manifestation au niveau juridique du caractère démocratique, participatif et pluraliste de la République colombienne. Il obéit aussi à « l'acceptation de l'altérité liée à la reconnaissance de la multiplicité des formes de vie et des systèmes de compréhension du monde différents de ceux de la culture occidentale²⁸²».

Dans ces conditions, dit la Cour, la Constitution permet à « l'individu de définir son identité selon ses différences spécifiques et ses valeurs ethniques et culturelles concrètes, et non selon un concept abstrait et général de la citoyenneté comme celui des Etats libéraux unitaires et monoculturels²⁸³. Cela peut être traduit par l'intérêt d'adapter le droit aux réalités sociales afin de satisfaire les besoins de reconnaissance des groupes caractérisés par leur différence culturelle. En conclusion, la reconnaissance de la diversité culturelle obéit à l'impératif de construire une démocratie plus inclusive et participative telle qu'elle est signalée dans la Constitution. Egalement, elle a la finalité d'être cohérente avec une conception de la justice selon laquelle, la justice n'est pas un idéal complet si l'on ne répond pas aux revendications de reconnaissance des individus et des communautés²⁸⁴».

Cette conception de la démocratie vise à garantir la coexistence des différents groupes minoritaires culturels et socialement différents. Dans ce modèle, l'État a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour garantir la préservation et la continuité de leurs traditions culturelles.

²⁸² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-510 de 1998, § 4.3. Voir aussi arrêts T-380 de 1993 et C-104 de 1995

²⁸³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-496 de 1996. § 2.1

²⁸⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-428 de 1992 et T-496 de 1996

2. L'identité culturelle : un droit fondamental

La diversité ethnique et culturelle est considérée par la CCC comme un droit constitutionnel fondamental. Ce droit est donc reconnu aux groupes humains qui se caractérisent par une culture spécifique et différenciable, comme aux individus qui font partie de ces groupes²⁸⁵.

Les communautés indigènes sont définies comme l'ensemble des familles avec des origines amérindiennes qui partagent des sentiments d'identification avec un passé aborigène. Ces groupes humains conservent des caractéristiques et des valeurs propres à leur culture traditionnelle, un gouvernement et un type de contrôle social qui les différencie des autres communautés rurales. Le principe de la diversité culturelle garantit à ces groupes un statut spécial, lequel se manifeste dans plusieurs droits : l'exercice des facultés normatives et juridictionnelles propres dans leur domaine territorial selon leur droit coutumier (art 246); le droit de se gouverner par leurs propres autorités selon leurs usages et coutumes (art 330) ; la circonscription électorale spéciale pour l'élection des sénateurs et des parlementaires (art 171 et 176) ; et le droit à la propriété de leurs *resguardos* et de leurs territoires (art, 63 et 329).

Pour la CCC, les droits des communautés indigènes ne doivent pas être confondus avec les droits collectifs des autres groupes humains. Selon elle, chaque communauté indigène est un véritable sujet collectif et non pas l'addition des individus particuliers qui partagent une série de droits²⁸⁶.

Les droits fondamentaux des communautés indigènes sont : le droit à la subsistance qui dérive du droit constitutionnel à la vie (art. 11) ; le droit à l'intégrité ethnique,

²⁸⁵ Sur le droit fondamental à la diversité culturelle voir les arrêts : T-380 de 1993, C-349 de 1995, SU-510 de 1998 et T-778 de 2005.

²⁸⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-496 de 1996

culturelle et sociale, lequel découle de la protection de la diversité et du caractère pluraliste de la nation (art. 1 et 7) ; le droit à la propriété collective (art. 58,63, y 329) et le droit de participer aux décisions relatives à l'exploitation de ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires²⁸⁷.

Dans la jurisprudence constitutionnelle l'identité culturelle a le caractère de droit fondamental²⁸⁸. La CCC définit ce droit subjectif comme la faculté de tout groupe indigène et de ses membres à faire partie d'un patrimoine culturel tangible ou intangible déterminé. Il implique aussi l'interdiction d'être forcé à appartenir à une culture différente ou d'y être assimilé²⁸⁹.

Selon le haut tribunal, ce droit a deux dimensions, une collective et une individuelle. Dans la première, on vise la protection constitutionnelle des communautés traditionnelles qui ne partagent pas la façon de vivre de la société majoritaire, en permettant qu'elles puissent se développer selon leur propre culture. Dans la deuxième, la protection mentionnée concerne aussi chacun des membres des communautés autochtones en garantissant qu'ils puissent s'autodéterminer à l'intérieur et en dehors de leurs territoires selon leur propre *cosmvision*. De cette façon, coexistent le droit de la collectivité d'être différente et le droit de l'individu appartenant à cette même collectivité d'être aussi différent.

Dans sa dimension collective, le droit à la diversité ethnique et culturelle se manifeste dans d'autres droits constitutionnels tels que : a) la protection de la richesse culturelle de la nation (art 8) ; b) le droit à l'autodétermination des peuples indigènes (art. 9 et 330) ; c) le droit au caractère officiel de leurs langues et dialectes et le droit à recevoir une éducation bilingue (art 10) ; d) le droit des communautés indigènes à être consultées dans les décisions qui les concernent (art. 40-2,329 et 330) ; e) le respect de l'identité culturelle en matière éducative (art.68) ; f) la reconnaissance de l'égalité et de toutes les formes de culture (art 70) ; g) la protection du patrimoine archéologique de la Nation (art 72) ; (h) le droit à une

²⁸⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-510 de 1998. Voir aussi les arrêts : T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 De 1996, T- 496 De 1996 et SU-039 de 1997.

²⁸⁸ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-778 de 2005.

²⁸⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-973 de 2015, § 5.1.3

participation spéciale à l'élection des sénateurs et des représentants (art 171 et 176) ;i) le droit d'appliquer son droit coutumier (j) ; le droit à la propriété collective des terres des communautés indigènes (art 329) ;k) le droit de se gouverner selon leurs usages et coutumes (art 330).

Afin de déterminer le titulaire du droit à l'identité culturelle et son contenu, la Cour opte pour la définition d'ethnie selon laquelle pour constater l'existence d'une ethnie on doit identifier dans un groupe humain deux conditions : une subjective et une autre objective. La première condition fait référence à la conscience ethnique, « la conscience qu'ont les membres de leur spécificité, c'est-à-dire de leur propre individualité et en même temps le sentiment d'être différents des autres groupes humains. Le désir conscient d'appartenir au groupe²⁹⁰ ».

La deuxième, au contraire, fait référence aux « éléments matériels qui différencient le groupe et qui normalement sont connus par le terme de culture. Ce dernier renvoie à l'ensemble des créations, des institutions et des comportements collectifs d'un groupe humain, en d'autres termes, aux systèmes des valeurs qui caractérisent une collectivité humaine. Dans cet ensemble on trouve des caractéristiques comme la langue, les institutions politiques et juridiques, les traditions, les souvenirs historiques, les croyances religieuses, les coutumes (folklore) et la mentalité ou psychologie collective qui émerge comme conséquence des éléments partagés²⁹¹ ». La Cour conclut que dans cette définition, on peut trouver les peuples indigènes en tant que groupes humains qui ont une culture spécifique et différenciable.

Finalement, on peut citer la décision C-742 de 2006 où la CCC affirmait que la reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle et la protection des différentes manifestations culturelles de la Nation est une expression de la richesse humaine et sociale des peuples. Egalement, la Cour dit que « la protection de la diversité culturelle est une valeur essentielle à la reconnaissance des dialogues interculturels

²⁹⁰ Cour Constitutionnelle Colombie, arrêt T-349 de 1996. § 2.2

²⁹¹ *Ibid.* Pour établir cette définition la Cour s'appuie sur l'étude de De Obieta Chalbaud, José A., *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Madrid: Editorial Tecnos, 1989. P. 39 ss.

afin de créer des sociétés diverses plus organisées où l'on peut résoudre les conflits sociaux²⁹²».

§2. Des droits spéciaux pour les peuples indigènes

Le modèle multiculturel défendu dans la Constitution de 1991 implique l'attribution de certains droits déterminés en fonction de l'appartenance aux groupes. Ces droits spéciaux reconnus aux minorités ethniques concernent le droit à l'autodétermination (1) et, en lien direct avec celui-ci, le droit à la juridiction indigène (2).

1. Le droit à l'autodétermination des communautés indigènes.

Dans la Déclaration de l'ONU sur les Droits des Peuples Indigènes le droit à l'autodétermination est établi dans les termes suivants :

« Article 3

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

Article 4

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes²⁹³».

Une des manifestations du droit à l'autodétermination est l'autonomie politique reconnue aux peuples autochtones. C'est-à-dire la possibilité pour ces peuples de

²⁹² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-742 de 2006.

²⁹³ Déclaration de Nations Unies sur les peuples autochtones, 13 septembre 2007.

décider de la façon d'organiser leur vie communautaire selon leurs propres institutions et leurs coutumes²⁹⁴.

Selon André Hoekema, l'autonomie politique fait référence à la mise en œuvre du droit à la libre détermination des peuples. C'est donc la capacité formellement garantie d'une communauté à s'autogouverner, d'avoir son propre gouvernement, son propre territoire, de s'autogérer et d'administrer ses propres ressources selon ses normes. Cette capacité est garantie par le droit international²⁹⁵.

La CCC entend par autonomie des communautés indigènes : la capacité qu'a un groupe ethnique de se donner sa propre organisation sociale, économique et politique. C'est donc le droit qu'ont ces peuples de décider pour eux mêmes des affaires de leur propre communauté dans le domaine culturel, spirituel, politique et juridique, selon ses référents propres et en conformité avec les limites mentionnées dans la Constitution et la loi. Pour la Cour, le pluralisme et la diversité ne sont pas étrangères à l'unité nationale, ni aux valeurs constitutionnelles supérieures²⁹⁶.

L'autonomie indigène est garantie dans trois domaines de protection différents, lesquels doivent être analysés selon un point de vue interne ou externe à la communauté. D'un point de vue externe, le respect pour l'autonomie indigène demande la reconnaissance du droit à participer aux décisions qui les concernent²⁹⁷. Cette reconnaissance suppose que dans la relation entre ces peuples et l'État, la consultation préalable des communautés indigènes joue un rôle déterminant, afin d'assurer que les valeurs culturelles, spirituelles et politiques des communautés indigènes soient prises en compte par l'Administration publique²⁹⁸. De cette façon, ces peuples ont le droit d'être consultés préalablement dans les décisions qui les concernent, dans les termes indiqués par la Constitution et la loi.

²⁹⁴ Selon Rachel Sieder la reconnaissance du droit à la libre détermination est la base pour la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie des peuples indigènes. Sieder, R., « Pueblos indigenes y derecho(s) en América Latina. » In : Garavito, Rodriguez, 2011, *Op. Cit.* p. 310

²⁹⁵ Hoekema, A., « Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario » En : *Pluralisme jurídico y alternatividad judicial. El otro derecho*, N°26-27, Abril, ILSA, 2002, PP.63-98, p. 73.

²⁹⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-973 de 2009. § 6.1

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Dans la deuxième partie de cette thèse on approfondira la question de la consultation préalable.

Dans le domaine externe et en ce qui concerne la participation politique des communautés, elles ont le droit d'avoir une représentation à l'Assemblée Nationale. Ainsi, les communautés indigènes ont une circonscription électorale spéciale. Pour la Cour, la soumission de ces peuples à la réglementation quant à la participation électorale ne remet pas en cause son autonomie, ni la protection de son identité culturelle. Ce dernier dans la mesure où il ne s'agit pas de régler les aspects internes concernant le gouvernement des communautés et son autodétermination, mais de la façon dont ces communautés participent à la conformation du pouvoir public de l'État, dans des conditions d'égalité²⁹⁹.

La CCC, dans l'affaire T- 755 de 2005, a établi une exception ethnoculturelle concernant l'âge des indigènes participant au processus électoral. À cette occasion, le haut tribunal a statué qu'en matière de représentation politique, la diversité culturelle est projetée en dehors des territoires indigènes afin d'assurer un minimum de représentation au niveau national (art. 171 et 176). Les normes qui réglementent cette participation deviennent un statut spécial de représentation politique indigène. Ce dernier est une façon de matérialiser la démocratie participative et le pluralisme de l'État³⁰⁰.

Dans le même sens, la Cour IDH a estimé que la constitution d'un parti politique était étrange aux usages et coutumes de l'organisation indigène Yatama du Nicaragua, ce qui était une violation de ses droits à l'égalité et à la participation politique³⁰¹.

Enfin, pour la CCC, il existe un troisième domaine de reconnaissance de l'autonomie de ces communautés au niveau interne. Il concerne l'autodétermination des règles juridiques à l'intérieur des peuples indigènes. Cela suppose : i) le droit des communautés de décider de leur façon de se gouverner et de choisir leur type de gouvernement ; (ii) le droit d'exercer des fonctions juridictionnelles à l'intérieur de leur domaine territorial ; (iii) et le droit de propriété de leurs *resguardos* et territoires,

²⁹⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-169 de 2001

³⁰⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-778 de 2005

³⁰¹ Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Caso Yatama vs. Nicaragua, 23 juin 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

dans les limites établies par la Constitution et la loi. D'après la Cour, l'autonomie politique et juridique se trouve en relation directe avec l'autogestion territoriale et elle agit comme un instrument de réaffirmation de l'identité des communautés indigènes.

La Convention 169 de l'OIT dans son préambule établit : « Prenant acte de l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leur développement économique propres et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des Etats où ils vivent ; »

Les facultés des communautés indigènes en matière politique impliquent une série de droits dans leurs territoires³⁰² : (i) le droit de choisir le mode de gouvernement, (ii) le droit de consolider et de déterminer leurs institutions politiques et leurs autorités traditionnelles ; (iii) la possibilité d'établir en conformité à leurs usages et coutumes dans les limites de la loi, les fonctions des autorités traditionnelles³⁰³, (iv) la détermination des procédures et conditions pour élire leurs autorités. Concernant ce dernier, la CCC a dit que bien que les autorités indigènes doivent agir conformément à ce qu'ils ont déjà fait dans le passé, les communautés indigènes peuvent modifier et actualiser ces procédures d'élection, en raison de leurs facultés législatives internes, et (v) qu'elles ont le droit de définir les instances internes de résolution de leurs conflits électoraux³⁰⁴.

En ce sens, la Cour a établi que l'autodétermination et le contrôle propre du destin politique des peuples indigènes est important pour la conservation de leurs cultures. Le droit de choisir leurs représentants et d'être gouvernés par une autorité qui reconnaît leurs usages et leurs coutumes, est une forme de survie ethnique et communautaire. Cela demande des mesures de la part de l'État destinées à garantir ces droits. De cette façon et en conformité à la Constitution et aux traités

³⁰² Le domaine territorial peut être identifié au resguardo. Cependant, la CCC dans l'affaire C-921 de 2007 a dit que cette identification n'est pas forcément nécessaire car le territoire est seulement un des éléments du concept du resguardo qui fait référence à l'endroit où les groupes indigènes exercent leur droit fondamental à la propriété collective. En conséquence les resguardos sont quelque chose de plus que la terre et quelque chose de moins que le territoire indigène. C'est-à-dire que ces termes ne sont pas les mêmes dans la conceptualisation constitutionnelle.

³⁰³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-292 de 2003.

³⁰⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-973 de 2009. *Op.Cit.* § 6.4

internationaux, l'État colombien est dans l'obligation d'adopter des mesures nécessaires pour que les peuples indigènes et tribaux puissent assumer le contrôle de leurs institutions. Ce dernier suppose que les communautés indigènes puissent prendre leurs décisions sans l'ingérence d'un tiers³⁰⁵.

Finalement, dit la CCC, l'autonomie politique des communautés indigènes se trouve en lien direct avec les droits individuels de leurs membres, tels que le droit d'élire et d'être élu, à participer à la formation et au contrôle du pouvoir politique ainsi que à la prise de décisions (art. 1 et 2). Cependant, souligne la Cour, en interprétant ces droits politiques, il faut tenir compte de la diversité ethnique de manière à ce que les institutions internes des communautés indigènes déterminent *prima facie* l'exercice et le contrôle de ces droits politiques, sauf dans les circonstances où elles sont ouvertement contraires à la Constitution³⁰⁶.

2. La juridiction indigène.

Une deuxième manifestation de la reconnaissance de l'autodétermination des peuples autochtones est la reconnaissance de leur droit coutumier et de la possibilité de résoudre leurs conflits selon leurs coutumes et leurs droits. Dans les termes de la CCC « une des expressions de l'autonomie des communautés indigènes est bien la juridiction spéciale indigène³⁰⁷ ».

Les autorités des peuples indigènes peuvent administrer la justice dans leurs territoires, selon leurs normes et leurs procédures à condition qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution et à la Loi. Les autorités indigènes ont donc la possibilité

³⁰⁵ *Ibid.* § 6.5 Sur ce point voir aussi les arrêts : T-979 de 2006, T-254 de 1994 et SU-383 de 2003.

³⁰⁶ À l'occasion de l'affaire T-605 de 2005 la Cour devait étudier les cas d'une communauté indigène qui avait empêché certains membres de la même communauté de participer aux élections des autorités traditionnelles sous le prétexte d'un manque de temps, dû à des problèmes d'organisation de la journée électorale. Selon la Cour, bien que dans les territoires indigènes existe l'autonomie politique en conformité à leurs coutumes, ils ont le devoir de garantir d'une façon adéquate l'organisation des procédures électorales afin que les membres de la communauté puissent exercer leur droit de vote.

³⁰⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-728 de 2002.

d'être le juge naturel des délits et des actions commis par les membres de la communauté à condition qu'ils respectent le *fuero* indigène³⁰⁸.

L'article 246 de la Constitution établit la juridiction indigène dans les termes suivants :

« Les autorités des peuples indigènes pourront exercer des fonctions juridictionnelles dans leurs domaines territoriaux, en conformité avec leurs propres normes et procédures, à condition qu'ils ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois de la République. La loi établira les formes de coordination entre cette juridiction spéciale et le système national³⁰⁹ ».

Dans l'interprétation de cette norme, la CCC dit qu'elle montre quatre éléments centraux de la juridiction indigène : (i) l'existence des autorités juridictionnelles propres des peuples indigènes, (ii) le pouvoir d'établir des normes et des procédures propres, (iii) la subordination de cette juridiction et de ces normes à la Constitution et à la loi. Les deux premiers éléments forment le noyau de l'autonomie donnée aux communautés indigènes. Ce noyau comporte un domaine juridictionnel et un domaine législatif, dans la mesure où elle implique la création des normes et des procédures. Le dernier élément constitue le mécanisme d'intégration des systèmes juridiques indigènes dans le contexte du système juridique national³¹⁰.

Concernant le *fuero* indigène, l'arrêt T-728 de 2000 de la CCC a défini celui-ci en tant que droit : « C'est le droit dont jouissent tous les membres des communautés indigènes, pour le fait d'appartenir à celles-ci, le droit d'être jugées selon leurs normes et leurs procédures. (...) Cette reconnaissance est dû à l'impossibilité de traduction fidèle des normes des systèmes indigènes au système juridique national et vice-versa³¹¹ ». Dans le même sens, dans l'affaire T-617 de 2010 le *fuero* indigène

³⁰⁸ Sur la juridiction indigène voir les arrêts : T-254 de 1994, C-037 de 1996, C-139 de 1996, T-349 de 1996, T-496 de 1996, T-523 de 1997, T-344 de 1998, SU-510 de 1998, T-523 de 1997, T-266 de 1999, T-023 de 2000, T1009 de 2000, T-606 de 2001, T-1022 de 2001, T-1127 de 2001, T-048 de 2002, T-239 de 2002, et C-370 de 2002, T-001 de 2012.

³⁰⁹ Traduction de l'auteur

³¹⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C- 139 de 1996. Voir aussi arrêt T-349 de 1996.

³¹¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-728 de 2000.

a été défini comme « un droit fondamental de l'individu indigène qui est structuré à partir de divers facteurs, parmi lesquels on trouve le facteur territorial et le facteur personnel. Sa finalité est de protéger la conscience ethnique de l'individu, et de garantir que le droit pénal fondé sur la culpabilité est en vigueur. Malgré son caractère individuel, le *fuero* opère comme une garantie pour les communautés indigènes dans la mesure où il protège la diversité culturelle³¹²».

La juridiction indigène est définie par la CCC comme un droit fondamental et collectif des communautés indigènes. Cela implique que les délits et les conflits qui ont lieu sur le territoire d'une communauté (élément territorial) ou qui ont été commis par un membre de celle-ci (élément personnel) doivent être résolus en conformité à leurs normes, leurs procédures et leurs autorités. La décision prise par cette juridiction a la même valeur qu'une sentence de l'ordre judiciaire³¹³.

Dans le cas où un indigène commet un acte répréhensible à l'encontre d'une personne qui ne fait pas partie de sa communauté et en dehors du domaine géographique du *resguardo*, le juge pénal doit prendre en considération les éléments suivants : quand la conduite de l'indigène est seulement sanctionnée par le système juridique national, en principe, le juge pénal est compétent pour connaître le cas. Cependant, le juge doit déterminer si l'agresseur au moment de commettre la conduite illicite comprenait qu'une telle conduite était négative³¹⁴. En deuxième lieu, si la conduite est sanctionnée dans les deux systèmes juridiques, le juge pénal doit prendre en compte la conscience ethnique du sujet et le degré d'isolement de la culture à laquelle il appartient. Ce dernier permet de déterminer si l'indigène doit être jugé par le système national ou par le système indigène³¹⁵.

À l'occasion de l'affaire T-001 de 2012, la CCC a affirmé que les communautés indigènes ont le droit à ce que la juridiction indigène soit respectée de façon à ce que

³¹² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-617 de 2010.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt C-370 de 2002.

³¹⁵ *Ibid.*

dès qu'un cas est traité par cette juridiction, la décision adoptée ait la même valeur hiérarchique qu'une décision de la justice ordinaire³¹⁶.

En faisant référence à cette interprétation, André Hoekema affirme que la CCC a donné un caractère plus large à la juridiction indigène. Selon lui, cette juridiction a un caractère substitutif, en opposition à un caractère simplement complémentaire et subordonné au droit étatique³¹⁷.

En résumé, et selon la jurisprudence constitutionnelle, il existe quatre critères pour déterminer l'applicabilité du *fuero* indigène et de la juridiction indigène :

- 1) Le critère objectif : en principe toute controverse qui a eu lieu sur le territoire indigène doit être résolu dans la communauté ;
- 2) Le critère territorial : la communauté peut juger toute conduite commise dans son domaine géographique ;
- 3) Le facteur personnel : les membres de la communauté doivent être jugés par celle-ci en prenant en compte le degré d'appartenance à sa communauté, c'est-à-dire que l'individu doit partager la *cosmovision* de la communauté. Ce critère est aussi appelé critère subjectif ;
- 4) Le facteur institutionnel : il doit exister des normes, des procédures et des coutumes qui ont un certain degré de prévisibilité. Ces éléments sont déterminants pour établir *el fuero* et l'application de la juridiction indigène. Cependant, ils peuvent avoir des exceptions, lesquelles doivent être résolues par le juge. Il devra déterminer si dans le cas concret on doit appliquer la normativité de l'ordre national ou la normativité de la communauté en question³¹⁸.

Concernant la tension qui peut avoir lieu entre la juridiction indigène et la juridiction nationale, Raquel Yrigoyen souligne : « la Cour Constitutionnelle de Colombie a résolu la contradiction constitutionnelle en disant que le principe de pluralisme juridique pourrait devenir vide si la juridiction indigène devait être soumise à toute la

³¹⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-001 de 2012, §4.2.5

³¹⁷ Hoekema, A., *Op. Cit.* p.68

³¹⁸ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-001, § 4.2.15. Selon André Hoekema, dans les cas des conflits de compétence de la juridiction indigène la CCC a suivi un concept d'autonomie indigène large. Hoekema, A., *Op. Cit.* p. 80

Constitution et les Lois. (...). Cependant, cette jurisprudence ressemble au modèle du pluralisme juridique subordonné colonial. Dans ce modèle, la juridiction indigène est seulement expliquée par la diversité culturelle : une justice entre indigènes, limitée au territoire de la communauté pour des cas mineurs. Cette justice ne concerne pas les blancs même dans les cas où ils attentent aux biens juridiques des indigènes³¹⁹».

Pour certains auteurs, la reconnaissance constitutionnelle du pluralisme juridique comme dans le cas colombien, met en question l'identité de l'Etat de Droit du XIX siècle. Le monisme juridique est remplacé par une sorte de pluralisme juridique encadré constitutionnellement³²⁰.

Une des questions analysées dans les recherches en droit est bien celle des problématiques liées au pluralisme juridique, où le droit indigène prend une place assez importante³²¹. Comme le signale André Hoekema, ce dernier droit est inclus dans un grand groupe de « droits » dits droits non étatiques, ou *folk law*³²².

André Hoekema parle de deux types de pluralisme juridique. D'une part, le pluralisme juridique formel unitaire, c'est-à-dire la coexistence de deux ou plusieurs systèmes de droits reconnus par le droit étatique, parfois dans la même constitution. Cependant, le droit officiel se réserve la possibilité de déterminer de façon unilatérale la légitimité et le domaine d'application des autres systèmes de droits. Dans cette perspective le droit coutumier a un rôle complémentaire³²³.

³¹⁹ Yrigoyen R., *Op. Cit.* p. 148

³²⁰ *Ibid.* p. 146

³²¹ Jacques Vanderlinden définit le pluralisme juridique comme « *la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordres différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation* ». Le pluralisme juridique est donc une soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordres juridiques. L'individu n'est donc plus un sujet de droit mais un sujet de droits. Vanderlinden, Jacques, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » p. 574–583.

URL:http://www.google.com/url?q=http%3A%2F%2Fwww.institutgouvernance.org%2FIMG%2Fpdf%2Fvanderlinden_nouvelleapprochepluralismejuridique.pdf&sa=D&sntz=1&usg=AFrqEzflQ2NKdKrlruqnPL3kRqxVxGthaQ

³²² Hoekema, A., *Op. Cit.* p. 67

³²³ D'après André Hoekema, la Convention 169 de l'OIT est un exemple de ce pluralisme juridique faible. *Ibid.*, p. 71

D'autre part, le pluralisme formel égalitaire, dans ce cas le droit officiel ne se réserve pas la faculté de déterminer unilatéralement la légitimité et le domaine d'application des autres systèmes de droits reconnus. Dans cette perspective le droit officiel reconnaît la validité des autres systèmes normatifs. La communauté qui est à l'origine de cette normativité est considérée comme une partie constitutive de la société entière. En conséquence son droit est reconnu comme partie intégrale de l'ordre légal national. Il existe donc une sorte de simultanéité égalitaire des ordres normatifs. Le droit indigène peut se substituer au droit national dans les domaines sociaux où son applicabilité est prioritaire³²⁴.

Selon André Hoekema, le caractère de pluralisme égalitaire ne se perd pas avec l'existence d'une réglementation destinée à fixer les limites de l'applicabilité du droit indigène dans le domaine territorial et personnel³²⁵. Cependant, cette réglementation ne peut pas être changée de façon unilatérale par l'autorité nationale, sinon le droit indigène perdrait son caractère autonome.

Esther Sanchez considère qu'en Colombie il existe une tension constante entre un modèle de pluralisme juridique unitaire, et un modèle de pluralisme juridique égalitaire. Selon elle, ce pluralisme juridique montre que le droit des peuples indigènes substitue le droit étatique dans les domaines sociaux où son applicabilité était dominante. Ce modèle a incité les juges à prendre en compte dans certains cas les sentiments, les opinions et les obligations sociales dérivées des normes de *folk law*³²⁶.

La reconnaissance de l'existence de plusieurs systèmes juridiques oblige l'État à examiner et à décider les cas qui sortent de la juridiction ordinaire, sur la base des précédents culturels des sujets concernés par le cas³²⁷.

³²⁴ *Ibid.*, p. 71.

³²⁵ *Ibid.*, p. 72.

³²⁶ Sanchez, E., « Justicia multiculturalismo y pluralismo juridico ». Communication présentée dans le *Primer Congreso Latinoamericano « Justicia y Sociedad »*, Universidad Nacional de Colombia, 20 al 24 de octubre, Bogotá., p. 6

³²⁷ *Ibid.* p. 9

Dans la vision libérale du multiculturalisme, le pluralisme juridique peut être analysé comme la multiplicité des cultures avec des droits différenciés pour chacune, qui peuvent exister sans avoir de rapports entre elles. D'après Catherine Walsh, ce modèle cache les inégalités sociales, et les institutions de la culture hégémonique sont maintenues et privilégiées. Au contraire une vision interculturelle de ce phénomène permet le développement des négociations et des échanges culturels³²⁸.

Dans le cas colombien, on peut parler de l'existence d'un pluralisme juridique interculturel³²⁹. Bien que la juridiction indigène et le droit coutumier soient valables seulement quand il s'agit de personnes indigènes dans leur domaine territorial, la démarche interprétative utilisée par la CCC dans le contrôle des décisions communautaires met en évidence le caractère interculturel de ce pluralisme.

Conclusions du chapitre 2

La question ethnique est au centre du modèle multiculturel de l'Amérique Latine. Ce modèle constitue une rupture avec l'ancien paradigme de l'assimilation, en établissant la diversité culturelle comme une valeur.

Ce modèle n'a pas échappé au nouveau constitutionalisme de la région. L'État n'est plus le symbole du monisme culturel mais plutôt un garant de la diversité des modes et des conceptions de vie. On parlera donc d'un constitutionalisme de la diversité en dépassant le paradigme du constitutionalisme libéral moniste du XIXème siècle et du constitutionalisme social intégrationniste du XXème siècle³³⁰.

Dans ce constitutionalisme, l'accent est mis sur la reconnaissance d'une citoyenneté multiculturelle. On reconnaît des droits universels mais aussi des droits spécifiques en fonction de l'appartenance aux groupes.

³²⁸ Walsh C., « La problemática de l'interculturalidad y el campo educativo » Communication présentée dans le : Congreso de la OEI, multiculturalismo, identidad y educación, 16 de Abril 2002. Universidad Andina Simon Bolivar, Quito, Ecuador. Cité para Sanchez, *Op. Cit.* p. 10.

³²⁹ *Ibid.* p.10

³³⁰ Yrigoyen, F. *Op. Cit.* p. 193.

La Constitution colombienne illustre bien ce modèle où la diversité culturelle est interprétée comme un droit fondamental. L'autodétermination des peuples autochtones est consignée dans le texte constitutionnel. Elle se manifeste dans la reconnaissance des droits d'autonomie territoriale, gouvernementale et juridictionnelle.

Conclusion du Titre 1

L'étude des problématiques sociales telles que la coexistence des identités culturelles différentes demande des analyses que croisent les perspectives philosophiques et juridiques. Cette analyse nous paraît indispensable quand on veut décrypter les dimensions philosophique et politique sous-jacentes dans les décisions des juges qui abordent ces questions.

Dans notre cas d'étude, on peut donc remarquer des rencontres importantes entre ces deux dimensions. En effet, le modèle multiculturel colombien décrit dans sa Constitution et interprété par la Cour constitutionnelle du pays nous montre des éléments communs avec la théorie libérale du multiculturalisme.

Ce modèle a une forte composante égalitaire qui vise à combattre l'exclusion et le déni de reconnaissance en établissant des nouveaux droits aux groupes traditionnellement exclus. Cependant, au premier regard, on constate que sur le plan strictement normatif l'accent est mis sur la reconnaissance plus que sur la redistribution.

Les défis du constitutionalisme multiculturel sont d'une grande ampleur, notamment pour le juge constitutionnel. Quelle démarche doit-il appliquer pour répondre aux demandes de justice des peuples indigènes ? Quelle place dans le droit étatique doit-il accorder aux différents systèmes normatifs coutumiers ? Comment doit-il répondre aux tensions entre les valeurs universelles et celles de la diversité culturelle ?

TITRE 2. Le paradigme de la justice interculturelle : vers une juste reconnaissance de la diversité culturelle

Dans le titre précédent, nous avons traité la question de la reconnaissance de l'appartenance culturelle et avons montré son importance particulière dans les débats de la philosophie politique contemporaine. On a montré, également, que cette question transcende les débats purement philosophiques pour devenir une problématique centrale de droit constitutionnel, notamment en Amérique Latine, et particulièrement pour le droit constitutionnel colombien.

Le moment est donc venu de voir comment ces discussions théoriques et ce cadre normatif prennent du sens dans les décisions du juge constitutionnel. La Cour Constitutionnelle de Colombie est un excellent laboratoire pour analyser la problématique des peuples indigènes. Dans les mots d'André Hoekema « *La Cour de Colombie est le seul endroit juridique dans le monde où l'on délibère et l'on décide intensément et régulièrement sur des cas de conflits multiculturels très concrets. C'est pour cela qu'une telle analyse a une valeur édifiante pour tous ceux qui, dans la lutte sociale quotidienne ou à travers des travaux de recherches universitaires s'intéressent à un avenir où l'on respecterait la diversité culturelle sans pour autant laisser désintégrer la société en tant que telle*³³¹ ».

À travers sa jurisprudence, on peut reconstruire l'imaginaire de justice de ce haut tribunal sur la question sociale indigène, et notamment sur la reconnaissance de la diversité culturelle. Bien que dans cet imaginaire, la diversité culturelle reste bien encadrée dans l'ordre constitutionnel, à maintes occasions la Cour ouvrira la porte au dialogue interculturel. Dans ces cas, on ne sera pas en présence du modèle libéral du multiculturalisme mais plutôt dans un modèle d'échange culturel. La Cour ne se limite pas à constater l'existence des droits déterminés en fonction de l'appartenance aux groupes mais, son rôle devient plus actif et audacieux car elle va dialoguer avec des valeurs et des coutumes non occidentales.

³³¹ Hoekema, A., « Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario ». *Op. Cit.* p. 26.

Les cas qui concernent la protection des droits fondamentaux des communautés indigènes nous montrent que le juge va au-delà de la simple application de la Constitution. En effet, le juge intègre des visions du monde alternatives dans l'interprétation de ces droits (Chapitre 1). Cependant la protection du principe de la diversité culturelle peut devenir problématique quand il s'agit de répondre à la tension de ce principe avec le principe d'universalité des Droits de l'Homme (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La prise en compte de la *cosmovision* des peuples indigènes dans la décision du juge

Dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne et plus particulièrement dans les affaires ethniques, l'appartenance culturelle est considérée par le juge comme une question vitale pour l'existence de l'individu. Cette appartenance est vue comme un des éléments qui détermine l'identité individuelle et qui facilite les relations sociales.

De même, pour la CCC la reconnaissance de la diversité culturelle en tant que valeur constitutionnelle se concrétise dans le dialogue interculturel. Ses décisions reposent sur une démarche que l'on peut qualifier d'interculturelle. Dans son approche de la question indigène, le juge constitutionnel s'appuie sur l'idée d'un dialogue entre la culture dominante et les cultures indigènes. Cette démarche lui permet de donner une nouvelle compréhension des droits constitutionnels, laquelle se nourrit de la *cosmovision* de ces peuples.

Cette jurisprudence innovatrice a contribué de façon importante à l'interprétation des droits constitutionnels en les adaptant aux réalités des peuples indigènes (*Section A*). De plus, ces décisions permettent de comprendre ce que signifie un dommage selon les valeurs culturelles d'une communauté indigène déterminée (*Section B*).

Section A. Une interprétation culturelle des droits.

Une notion caractéristique des droits de l'homme est son universalité, c'est-à-dire qu'ils sont appliqués à tous les hommes et à toutes les femmes au-delà des critères temporels et spatiaux. Les droits des groupes indigènes sont un des cas où le concept d'universalité devient insuffisant pour donner des solutions aux besoins de protection. À ce propos la CCC dit : « Il ne s'agit pas d'une opposition radicale aux idées de la dignité humaine revendiquées par les droits de l'homme. Il ne s'agit pas

non plus d'un particularisme que puisse mettre en cause le noyau dur de ces droits. Simplement, les systèmes pluriculturels ont mis en évidence que la protection des droits humains demande la reconnaissance d'un contenu spécial qui doit être en accord avec une façon de vivre qui a son propre concept sur la dignité et la solidarité³³²».

En suivant ce raisonnement, la jurisprudence constitutionnelle a mis en évidence le fait que les communautés indigènes sont titulaires de tous les droits fondamentaux et qu'en plus elles sont titulaires de droits spécifiques avec un regard différencié. Ainsi, elles ont des droits collectifs indispensables pour garantir leur existence et leur conservation en tant que sujets juridiques avec une autonomie et une identité propre³³³. Parmi ces droits on trouve le droit à la propriété collective des terres ancestrales (§1) et des droits sociaux tels que les droits à l'éducation et à la santé ethniques (§2).

§-1 La conception collective de la propriété de la terre : la reconnaissance de la notion ancestrale

Pour les peuples indigènes, le droit à la terre a une signification qui va au-delà de la simple reconnaissance de sa possession collective. Ce droit implique aussi la reconnaissance d'un ensemble des garanties culturelles et sociales. C'est pour cela que ces peuples luttent pour la défense du territoire ancestral. Ce concept est plus large que celui du droit à la terre. Il intègre la reconnaissance des autres droits collectifs dont la possibilité de disposer des ressources naturelles selon leurs cultures, de protéger les lieux sacrés et de mener une vie selon leurs visions du

³³² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-063 de 2010

³³³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-049 de 2013

monde. La jurisprudence de la CCC a joué un rôle très important dans la construction et l'interprétation de cette notion³³⁴.

La CCC en s'appuyant sur la cosmovision des communautés autochtones, les traités internationaux et les décisions de la Cour IDH a fait une interprétation plus large et innovante du droit à la propriété privée. Dans cette nouvelle interprétation, la Cour établit la dimension collective de ce droit et son caractère fondamental (1) en intégrant la notion d'ancestralité (2).

1. Le droit fondamental à la propriété collective de la terre.

La Cour Constitutionnelle colombienne a une des jurisprudences les plus riches de la région sur le droit à la propriété collective des terres des populations indigènes. Depuis ses premières décisions, la CCC a signalé que ce droit a un caractère fondamental.

L'arrêt T-188 de 1993³³⁵ est considéré comme la décision fondatrice sur la question. Dans cette affaire le haut tribunal a établi le caractère fondamental du droit à la propriété collective. Selon ses mots : « Le droit à la propriété collective des territoires indigènes a une importance essentielle pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples aborigènes. Cette circonstance est reconnue dans des accords internationaux qui ont été approuvés par l'Assemblée législative³³⁶, dans lesquels il est souligné la relation spéciale des peuples indigènes avec leurs territoires. La terre pour eux n'est pas seulement leur principal moyen de subsistance mais un élément

³³⁴ Herreno Hernandez, L., « Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia », En : Revista *El otro derecho*, N° 31-32, Bogota : ILSA, 2004, p.247

³³⁵ Dans cette affaire la communauté indigène de Paso Ancho demandait à l'Etat la reconnaissance juridique de son territoire en tant que resguardo. Dans sa décision la CC.C. a protégé le droit fondamental à la propriété collective de la communauté indigène, et elle a ordonné à l'Etat la réalisation d'études socio juridiques destinées à la constitution d'une ou des plusieurs resguardos dans le territoire où habitait la communauté. Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-188 de 1993.

³³⁶ Loi 21 de 1991 qu'a approuvé la Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux. O.I.T Adoption : Genève, 76ème session (27 juin 1989) (Entrée en vigueur : 05 sept. 1991)

intégrant la *cosmovision* et la religiosité de ces peuples. De plus, le Constituant a souligné l'importance fondamentale du droit au territoire des communautés indigènes : « sans ce droit les précédents droits (le droit à l'identité culturelle et à l'autonomie) ont seulement une reconnaissance formelle. Pour survivre et pour développer sa culture le groupe ethnique a besoin du territoire dans lequel il habite [...]»³³⁷ »³³⁸ ».

Pour la Cour ce droit a une importance majeure dans le cadre constitutionnel, car il est essentiel pour la préservation des cultures et des valeurs spirituelles des peuples indigènes³³⁹.

À l'occasion de l'affaire T-693 de 2011³⁴⁰ la CCC affirmait que la plupart des peuples indigènes ont un concept du territoire qui est étranger à la culture occidentale³⁴¹. Pour ces peuples la terre se trouve étroitement liée à leur existence tant du point de vue religieux, politique, social, qu'économique. La terre n'est pas un objet de domination sinon un élément de l'écosystème avec lequel ils interagissent. C'est pour cela que pour beaucoup de peuples indigènes et tribaux, la propriété de la terre est collective et non individuelle³⁴².

³³⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia, "Los Derechos de los Grupos Etnicos", Constituyente Francisco Rojas Birry, *Gaceta Constitucional* No. 67. p. 18.

³³⁸ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-1988 de 1993. Voir aussi les arrêts: SU-039 de 1997, SU-510 de 1998. MP, T-652 de 1998, T-525 de 1998, et T- 698 de 2011.

³³⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-525 de 1988.

³⁴⁰ En août de 2006 le Ministère de l'environnement, du logement et du développement rural avait donné à l'entreprise Meta Petroleum Limited un permis pour la construction d'un oléoduc sur le territoire de la communauté indigène Achagua et Piapoco. Ce permis avait été accordé sans la préalable consultation du peuple indigène. Cour Constitutionnel de Colombie. T- 693-2011. Parr. 1.2.2

³⁴¹ Voir aussi l'arrêt SU-383 de 2003. L'organisation des Peuples Indigènes de l'Amazonie a porté plainte contre le gouvernement et d'autres institutions publiques car ces institutions avaient ordonné la fumigation aérienne des herbicides sans avoir consulté les peuples indigènes. Cela a produit des dommages environnementaux importants sur leurs territoires. Le haut tribunal de Colombie a dit : la conception du territoire des peuples indigènes et tribaux n'est pas en accord avec la vision de l'organisation de l'espace du reste des personnes de la nation colombienne, car pour l'indigène, la territorialité ne se limite pas uniquement à une occupation et une appropriation de la forêt et de ses ressources. La Cour a ordonné au gouvernement de consulter les peuples indigènes. Décision critique car la Cour a pu ordonner directement la suspension des fumigations avec du glisofato.

³⁴² En citant à la Cour IDH le tribunal colombien dit « *Concernant le concept collectif de la propriété de la terre la CIDH a considéré dans l'affaire de la Communauté Mayagna Awas Tingni que le concept communal de la terre - inclusive comme lieu spirituel - et ses ressources naturelles fait partie de son droit coutumier. Même si le lien de la communauté avec le territoire n'est pas écrit, il intègre sa vie quotidienne. Le droit à la propriété collective a une dimension culturelle. En résumé, l'habitat fait partie de sa culture, qui est transmise de génération en génération.* » Cour Constitutionnelle de Colombie Sentence T-693 de 2011. 4.5.1.

Au niveau régional avec l'affaire de la Communauté Mayagna Awas Tingni la Cour IDH³⁴³ engage une démarche interculturelle, et prononce une décision fondatrice par laquelle elle assume les défis qu'implique la prise en compte du multiculturalisme dans l'application de la Convention Interaméricaine des Droits de L'Homme. Cet arrêt est aussi la première décision judiciaire internationale qui a établi les droits collectifs des peuples indigènes à la terre et aux ressources naturelles³⁴⁴. Dans l'interprétation de l'article 21 de la Convention la Cour IDH intègre les *cosmovisions* et les spécificités culturelles des communautés autochtones du continent américain afin d'élargir la protection de cet article³⁴⁵.

Dans ce cas, la Cour IDH se fondant sur les témoignages des personnes de la communauté concernée et sur des rapports d'experts, a conclu que pour les indigènes, le bien foncier est considéré comme une propriété collective, car celle-ci ne se concentre pas seulement sur un individu mais sur le groupe et sa communauté. De même pour la Cour IDH, la nature de la relation que les indigènes ont avec la terre doit être reconnue et être comprise comme la base fondamentale de leur culture, de leur vie spirituelle, de leur survivance économique, de leur préservation et de la transmission de leur culture aux générations futures³⁴⁶.

Dans le cas Yaxkey, la Cour IDH avait considéré que la culture des communautés autochtones correspondait à une forme de vie particulière de voir le monde, d'être et d'agir. Cette particularité est fondée sur l'étroite relation qui existe entre leurs territoires traditionnels et les ressources qui s'y trouvent. La terre et ses ressources ne sont pas seulement leur principal moyen de subsistance, mais aussi des éléments

³⁴³ Cour IDH arrêt Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. 31 Aout 2001

³⁴⁴ Les instruments internationaux qui forment le Système Interaméricain de protection des Droits de l'homme ne reconnaissent pas expressément le droit des peuples indigènes et tribaux aux territoires ancestraux. Ruiz Chiriboga, O. et, Donoso, G., « Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones », consulté sur : <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf> . p. 43

³⁴⁵ L'article 21 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme dit :

1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social.

2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi.

3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi.

³⁴⁶ Cour IDH, arrêt Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

intégrant leur cosmovision, leur religiosité et, par conséquent, leur identité culturelle^{347 348}.

La Cour IDH reprend ses affirmations dans l'arrêt *Xákmok Kásek* en disant : « il existe une tradition communautaire sur la terre, dans le sens où l'appartenance à celle-ci n'est pas centrée sur l'individu, mais sur le groupe et sa communauté. Les indigènes ont le droit de vivre librement sur leurs propres territoires. L'étroite relation avec leurs territoires doit être reconnue et prise en compte car elle forme la base fondamentale de leur culture, de leur vie spirituelle, de leur intégrité et de leur survivance économique. Pour les communautés autochtones, la relation avec la terre n'est pas simplement une question de possession et de production, sinon un élément matériel et spirituel fondamental dans la préservation et transmission de leur culture³⁴⁹ ».

Pour la Cour IDH, bien que la notion de propriété collective de la terre ne corresponde pas à la conception classique de propriété, elle doit être protégée selon l'article 21 de la Convention. Pour elle, on ne peut pas considérer qu'il existe une seule façon de concevoir la relation avec les biens. Une manière différente de comprendre les choses impliquerait de nier la diversité des coutumes et des croyances des peuples, et par conséquent de laisser sans effet la protection de l'article 21 de la Convention pour beaucoup de personnes³⁵⁰.

³⁴⁷ Cour IDH, arrêt *Comunidad indigena Yakye P.* 125. Cite aussi pour Rinaldi, Karine, "Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain des droits de l'homme", in : Hennebel, Ludovic, et Tigrudja, Hélène, (dir), *Le particularisme interaméricain des Droits de l'Homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris : Éditions Pedone, 2009, p. 223

³⁴⁸ Cette interprétation de la Cour IDH est en concordance avec l'article 13 de la Convention 169 de l'OIT : « les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêtent pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés à la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou les territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation.»

³⁴⁹ Cour IDH arrêt *Xákmok Kásek* §. 14 Voir aussi: Cour IDH arrêt *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa V. Paraguay*, supra nota 20, §. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. §. 90.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 14

2. La reconnaissance de la notion ancestrale et spirituelle

La CCC et le droit international des Droits de l'Homme ont interprété que le droit au territoire comprend :

- (i) Le droit à la constitution de *resguardos* dans les territoires que les communautés indigènes ont occupé traditionnellement ;
- (ii) Le droit à la protection des domaines sacrés ou d'importance forte vis-à-vis de la culture et des rites indigènes, même s'ils se trouvent en dehors des *resguardos* ;
- (iii) Le droit de disposer et d'administrer leurs territoires ;
- (iv) Le droit de participer à l'utilisation, à l'exploitation et à la conservation des ressources naturelles renouvelables sur le territoire et ;
- (v) Le droit à la protection des domaines d'importance écologique.

Le concept de territoire est dynamique dans le sens où il comprend tout l'espace qui est nécessaire pour qu'un peuple indigène puisse accéder aux ressources naturelles. Cet espace rend possible sa reproduction matérielle et spirituelle, selon ses propres caractéristiques d'organisation sociale et productive³⁵¹.

C'est pour cela, dit la CCC, qu'il est important d'élargir le concept du territoire des communautés ethniques au niveau juridique³⁵², afin d'intégrer à celui-ci les zones qui constituent le domaine traditionnel de leurs activités culturelles et économiques, et

³⁵¹ Balza Alarcón, R., "Tierra, territorio y territorialidad indígena. Un estudio antropológico sobre la evolución en las formas de ocupación del espacio del pueblo indígena chiquitano de la ex-reducción jesuita de San José", in: *Serie pueblos indígenas de las Tierras Bajas de Bolivia. Santa Cruz de la Sierra*, 2001, p. 80. Cité par la CCC dans l'arrêt T-693 de 2011.

³⁵² En citant le concept technique du professeur Herinaldy Gomez de la Universidad del Cauca, la Cour dit : le domaine territorial d'une communauté ethnique ne fait pas référence exclusive à ce qui est juridiquement reconnu comme propriété, mais il implique aussi les frontières et les espaces où la communauté ethnique développe ses pratiques traditionnelles fondamentales pour sa survie ethnique et culturelle.

non pas seulement celles qu'ont été reconnues en tant que *resguardo*³⁵³. Cette interprétation permet de renforcer la relation spirituelle et matérielle de ces peuples avec leurs terres et aussi de contribuer à la préservation et à la transmission de leurs coutumes. La CCC reconnaît que cette notion du territoire est différente de celle de la culture occidentale, pour laquelle le territoire est un concept qui tourne autour de l'espace physique peuplé dans lequel la société a des rapports de coopération et de compétition, et sur lequel elle exerce des droits de propriété³⁵⁴.

Pour les communautés indigènes le territoire traditionnellement occupé et ses ressources naturelles n'ont pas de finalités mercantilistes. Ils sont étroitement liés à l'existence et à la survie de la communauté en tant que groupe culturellement différencié, d'un point de vue religieux, politique, social et économique. Pour cette raison, la reconnaissance du droit à la propriété, à la possession et à l'utilisation des terres et des territoires occupés d'une façon ancestrale et collective est fondamentale pour l'existence et la survie de la communauté³⁵⁵.

Le territoire est donc le lieu où les communautés indigènes se développent selon leur culture, leur savoir et leurs coutumes. Le lien que ces peuples établissent avec leurs territoires va au-delà de la conception matérielle des choses, car il comporte des éléments spirituels.

Concernant l'élément spirituel de la notion du territoire, la CCC a manifesté dans l'arrêt SU-383 de 2003³⁵⁶, et en s'appuyant sur les écrits du professeur Clemente Forero³⁵⁷ que « *dans la délimitation de l'entité territoriale indigène on doit tenir en compte : la concurrence des intérêts dans les lieux sacrés et le changement fréquent d'emplacement caractéristique basique des peuples chasseurs et cueilleurs* ».

De même, en citant la Cour IDH, la CCC dit, « *Pour eux la terre signifie plus qu'une simple source de subsistance, elle est une source nécessaire pour la continuité de la vie et de l'identité culturelle des membres du peuple Saramaka. Les terres et les ressources de ce peuple font partie de son essence sociale, ancestrale et spirituelle.*

³⁵³ Voir l'article 14 de la Convention 169 de la OIT.

³⁵⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-693 de 201, §. 4.5.1

³⁵⁵ *Ibid.* § 4.5.2

³⁵⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-383 de 2003.

³⁵⁷ Foreo, C., "*Descentralización y Ordenamiento Territorial*". J. J. Vieco et al. (Editores), *Territorialidad Indígena y Ordenamiento en la Amazonía*, 2000, p. 140.

Sur ce territoire, la communauté Saramaka pratique la chasse, la pêche et la récolte. Ils cueillent des plantes à des fins médicales [...]. Les lieux sacrés se trouvent à plusieurs endroits du territoire, et le territoire en tant que tel a une signification spirituelle pour eux³⁵⁸».

Dans l'affaire T-547 de 2010³⁵⁹ la CCC a ordonné la suspension de la construction d'un port dans une zone sacrée des communautés indigènes de la Sierra Nevada. Selon la Cour, la communauté n'avait pas été consultée et la construction avait violé le droit à l'intégrité culturelle des communautés.

Egalement, dans l'affaire C-030 de 2008³⁶⁰, la Cour a considéré que la loi sur les forêts pouvait occasionner des effets négatifs dans des endroits du territoire indigène. Bien que ces endroits n'eussent pas été reconnus juridiquement comme propriété collective de la communauté, la Cour a considéré qu'ils faisaient partie de son habitat naturel, de manière que son affectation pouvait toucher significativement la façon de vivre de la communauté. Pour la CCC, les communautés ont une relation étroite avec leur environnement qui est plus étendu que les frontières formelles de leurs territoires. La loi sur la forêt peut avoir des effets importants sur la conservation de la biodiversité, les ressources naturelles et la culture. Pour ces raisons, la loi a été déclarée inconstitutionnelle.

Dans ce sens, la Cour IDH a déclaré que l'occupation ancestrale du territoire suffit à l'obtention du titre de propriété. La possession d'un territoire n'est pas une modalité qui conditionne le droit à la récupération des terres autochtones ou tribales. Les communautés ont le droit de revendiquer des terres désormais propriétés d'un tiers, la validité temporelle de ce droit de revendication persiste tant que la relation matérielle et spirituelle existe entre ces populations et leur territoire³⁶¹.

Dans l'affaire Moiwana contre le Surinam, la communauté n'avait pas un titre légal sur ses terres traditionnelles. Juridiquement le territoire appartenait à l'État. Cependant la Cour IDH a pris en compte le fait que les membres de la Communauté

³⁵⁸ Cour IDH Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, arrêt du 28 novembre de 2007.

³⁵⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-547 de 2010

³⁶⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-080 de 2008

³⁶¹ Cour IDH Comunidad indigena Awas tingni, CIDH arrêt Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra nota 5, §. 135 a 149. Cour IDH arrêt Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, supra nota 20, §. 127 et § 130.

Moiwana avaient une relation « omni-compréhensive » avec leurs terres traditionnelles, et son concept de propriété est collectif et non individuel. En plus, l'occupation traditionnelle de l'Aldea Moiwana avait été reconnue et respectée pendant des années par les communautés indigènes voisines³⁶². De cette façon, pour la Cour IDH le fondement de la propriété collective est l'utilisation et l'occupation historique, les droits territoriaux des peuples indigènes et tribaux existent même sans actes étatiques ou titre formel de propriété³⁶³.

De même dans le cas Xákmok Kásek la Cour IDH a dit que, bien que les membres de la communauté ne disposent pas de la possession des terres qu'ils réclament, la spécificité de la relation qu'ils entretiennent avec ce territoire traditionnel leur confère le droit à demander sa protection³⁶⁴.

Pour déterminer l'existence de la relation des communautés autochtones avec leur terre, la CIDH a établi que : 1) cette relation peut être manifestée de différentes manières selon le peuple indigène et ses circonstances particulières, 2) la relation avec la terre doit être possible. Certaines manifestations de cette relation peuvent inclure des liens spirituels ou cérémoniels, la chasse, la pêche ou la récolte de fruits et d'aliments, l'utilisation de ressources naturelles liées à leurs coutumes et d'autres éléments caractéristiques de sa culture³⁶⁵.

Dans le cas où les terres réclamées se trouvent en possession de particuliers ou d'entreprises, l'État ne peut pas nier le droit de la communauté sous prétexte que ses terres sont exploitées, car un tel raisonnement implique de ne pas reconnaître la relation spéciale qui unit ces communautés avec la terre, et en conséquence de ne pas rendre réellement possible l'idée de récupérer leurs terres ancestrales³⁶⁶.

Les spécificités culturelles de la Communauté Xákmok Kásek peuvent être synthétisées : une langue propre (le sanapa y Enxet), des rites de chamanisme et d'initiation masculine et féminine, des savoirs ancestraux de chamanes, une manière de commémorer leurs morts et une relation avec le territoire. Tout ceci est pour eux

³⁶² Cour IDH, Comunidad Moiwana Vs. Surinam, §. 130.

³⁶³ Cour IDH, Comunidad Indígena Sawhoiyamaxa Vs. Paraguay, §. 128.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *Ibid.* p 39

essentiel à leur manière particulière d'exister. Pour la Cour toutes ces pratiques culturelles ont été fragilisées à cause du manque de terre³⁶⁷.

La CIDH a donc décidé dans l'affaire Communauté Xákmok Kásek contre Paraguay que la dévolution des terres traditionnelles aux membres de la Communauté autochtone est la mesure de réparation la plus adéquate. L'État ne peut pas s'abstenir de cette obligation en argumentant que ces terres sont la propriété d'autres personnes et qu'elles soient rationnellement exploitées. Cependant, si l'État, pour des raisons objectives et fondées se trouve dans l'impossibilité de restituer les terres réclamées, alors, il devra fournir à la communauté une solution alternative en proposant des terres qui fassent partie de ce territoire ancestral. La détermination des terres alternatives devra se faire avec l'accord de la Communauté et en prenant en compte leurs modes de prise de décision propre³⁶⁸.

§2- Des droits sociaux culturellement adaptés

Une catégorie importante des droits de l'homme est celle des droits économiques sociaux et culturels (DESC). Ces droits sont destinés à garantir un niveau de bien-être matériel en accord avec la dignité humaine. La Constitution colombienne reconnaît dans son texte un important nombre de ces droits et le juge constitutionnel a développé une très riche et innovatrice jurisprudence concernant sa protection et définition. Bien que ces droits soient reconnus à tous les citoyens, la Cour Constitutionnelle fait une interprétation adaptée aux particularités culturelles des peuples indigènes. Tel est le cas du droit à l'éducation (1) et du droit à la santé (2).

³⁶⁷ Cour IDH arrêt Comunidad indigena Xakmok Kasek. § 44

³⁶⁸ Cour IDH, arrêt Comunidad indigena Xakmok Kasek. §. 73

1. Droit à l'éducation

À partir de la décision C-208 de 2007 la CCC a développé une jurisprudence riche et très abondante en ce qui concerne le droit à l'éducation des peuples indigènes, c'est-à-dire *l'ethno-éducation*. Dans cette affaire, la CCC devait répondre à la demande d'un membre de la communauté Indigène Nasa Kwet Wala qui considérait que certains articles du décret 1278 de 2002 étaient contraires à la Constitution Politique de la Colombie de 1991, notamment au droit des groupes ethniques à recevoir une formation adaptée à leur identité culturelle. Le haut tribunal a décidé que le décret était conforme à la Constitution mais qu'il n'était pas applicable au recrutement et formation des enseignants des institutions éducatives de la population indigène.

D'après la CCC, la Constitution de 1991 a produit un changement substantiel dans la politique indigéniste gouvernementale. Pour elle, on est passé d'un système d'assimilation et d'intégration des communautés indigènes à la culture majoritaire, à un système pluraliste et participatif. Ce nouveau modèle accepte et respecte la multiplicité des façons de vivre et de comprendre le monde, différent de celles de la culture occidentale. Il défend la reconnaissance des valeurs ethniques et du droit des minorités traditionnelles à vivre et à se développer selon leurs valeurs³⁶⁹.

Ainsi, les politiques d'éducation ne sont plus destinées à accélérer les processus d'intégration des communautés traditionnelles aux modèles de vie de la société majoritaire. Au contraire, l'État a l'obligation d'adopter pour les groupes ethniques un système éducatif différent de celui de la majorité en accord avec leurs particularités culturelles^{370 371}.

Dans ce contexte, les peuples indigènes ont le droit fondamental à *l'ethno-éducation*. Pour la Cour, ce droit permet de matérialiser l'autonomie, l'identité ethnique et culturelle des communautés. Une éducation aux nouvelles générations fondée dans

³⁶⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-208 de 2007. Ces affirmations ont été reprises dans l'arrêt T-871 de 2013.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ L'article 68 de la Constitution de Colombie établit: Les intégrants des groupes ethniques auront droit à une formation qui respecte et développe son identité culturelle.

les traditions, les croyances, la langue, et l'histoire des ancêtres, permet à la communauté indigène de préserver ses coutumes et sa culture³⁷².

Pour la CCC, grâce à la reconnaissance constitutionnelle et au développement légal de *l'ethno-éducation*, le droit à l'éducation n'est plus un facteur de désintégration culturelle et de discrimination pour les communautés ethniques. Pour les communautés, ce droit devient un moyen très important pour sortir de l'exclusion et de la discrimination, et aussi pour la conservation et le respect de leurs cultures, de leurs langues, de leurs traditions et connaissances³⁷³.

Le droit à l'éducation et notamment l'ethno-éducation : (i) en plus d'être un droit fondamental à caractère universel prédicable de toutes les personnes en général, il devient un droit fondamental avec un contenu spécifique pour les membres des communautés indigènes ; (ii) il a une importance spéciale et essentielle pour garantir un nombre important des droits fondamentaux, tels que la dignité humaine, la liberté, l'égalité, le libre développement de la personnalité, le droit de choisir un métier, le droit au travail, le minimum vital, et tous les autres droits associés à l'exercice d'une pleine citoyenneté ; (iii) il fait partie du contenu normatif du droit fondamental à la diversité et à l'identité culturelle ; (iv) et sa protection implique la garantie de la survie et de la préservation de la richesse ethnique et culturelle des communautés indigènes³⁷⁴.

Selon la jurisprudence constitutionnelle, le droit à une éducation spéciale pour les communautés traditionnelles est un droit fondamental à double voie. D'une part, il s'agit d'un droit connaturel à tous les êtres humains, et d'autre part, c'est un droit qui fait partie pour les communautés indigènes du droit fondamental à l'identité culturelle³⁷⁵.

³⁷² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-208 de 2007. Voir aussi les arrêts : T-116 de 2011, T-514 de 2012, et T-871 de 2013.

³⁷³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-049 de 2013. La Cour reprend l'argument du Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 14. E/CN.4/2005/88

³⁷⁴ Cour Constitutionnel de Colombie arrêts C-208 de 2007, T-379 de 2011, et T-049 de 2013.

³⁷⁵ *Ibid.* Le droit fondamental des communautés indigènes à recevoir une éducation spéciale est aussi reconnu par la Convention 169 de l'OIT :

La jurisprudence constitutionnelle a établi que les composants du droit de *l'ethno-éducation* sont³⁷⁶:

1. Le caractère bilingue³⁷⁷. *L'ethno-éducation* doit préserver la langue native des communautés indigènes en plus de l'apprentissage de l'espagnol³⁷⁸.
2. Le régime spécial pour le recrutement et la formation des enseignants des communautés indigènes³⁷⁹.
3. L'État doit promouvoir la formation des éducateurs dans la connaissance des cultures et des langues des groupes ethniques³⁸⁰.
4. Les programmes *d'ethno-éducation* doivent se fonder avant tout sur la territorialité, l'autonomie, la langue, la vision du monde de chaque peuple, son histoire et identité selon ses usages et ses coutumes³⁸¹.

« Article 26 : Des mesures doivent être prises pour assurer aux membres des peuples intéressés la possibilité d'acquérir une éducation à tous les niveaux au moins sur un pied d'égalité avec le reste de la communauté nationale.

Article 27 : 1. Les programmes et les services d'éducation pour les peuples intéressés doivent être développés et mis en œuvre en coopération avec ceux-ci pour répondre à leurs besoins particuliers et doivent couvrir leur histoire, leurs connaissances et leurs techniques, leurs systèmes de valeurs et leurs autres aspirations sociales, économiques et culturelles.

2. L'autorité compétente doit faire en sorte que la formation des membres des peuples intéressés et leur participation à la formulation et à l'exécution des programmes d'éducation soient assurées afin que la responsabilité de la conduite desdits programmes puisse être progressivement transférée à ces peuples s'il y a lieu.

3. De plus, les gouvernements doivent reconnaître le droit de ces peuples à créer leurs propres institutions et moyens d'éducation, à condition que ces institutions répondent aux normes minimales établies par l'autorité compétente en consultation avec ces peuples. Des ressources appropriées doivent leur être fournies à cette fin. »

³⁷⁶ Pour établir ces critères la CCC s'appuie dans la Constitution de Colombie 1991, la Convention 169 de l'OIT, la loi 115 de 1994 et le décret réglementaire 804 de 1995.

³⁷⁷ Cour Constitutionnel de la Colombie arrêt T-379 de 2011, T-049 de 2013.

³⁷⁸ Selon le Rapporteur spécial de l'ONU sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des indigènes, la langue est le moyen essentiel pour la transmission de la culture, les valeurs et la cosmovision des indigènes. Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2005/88. 6 janvier 2005. Français. Original : Espagnol.

³⁷⁹ Cour Constitutionnel de Colombie arrêts C-208 de 2007, T-379 de 2011, T-049 de 2013.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Le Rapporteur spécial de l'ONU sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des indigènes a indiqué que pour l'UNESCO les programmes d'éducation doivent avoir une pertinence culturelle et linguistique. Ils doivent reconnaître et promouvoir l'histoire, les valeurs, les langues, les traditions orales et la spiritualité. Aujourd'hui les peuples indigènes demandent des programmes d'éducation adaptés à leurs différences culturelles. Ces programmes doivent inclure les langues indigènes et considérer des méthodologies pédagogiques alternatives. *Ibid.* § 45. Cité dans les arrêts T-049 de 2013 et T-379 de 2011.

5. La gestion et l'administration institutionnelles, du calendrier scolaire, des espaces, des conditions géographiques, des conditions climatiques, de la gouvernance scolaire, et des contrats pédagogiques³⁸².
6. La participation de la communauté indigène est fondamentale et obligatoire pour *l'ethno-éducation*. Cette participation faite référence à la consultation préalable des communautés indigènes dans la formulation des projets qui les concernent³⁸³.

Dans l'affaire T-871 de 2013 la CCC reprend les affirmations du Rapporteur spécial pour la situation des Droits de l'homme et des libertés fondamentales des indigènes :

« [...] Le droit à l'éducation est essentiel pour des millions d'autochtones de par le monde, parce qu'il s'agit non seulement d'un moyen de sortir de l'exclusion et de la discrimination qu'ils subissent depuis toujours mais aussi d'un moyen de jouir de leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs connaissances, de les préserver et de les respecter.

En matière d'éducation, la discrimination s'est principalement manifestée par la tendance à se servir de l'école comme d'un instrument privilégié pour favoriser l'assimilation des peuples autochtones avec le modèle culturel de la majorité ou de la société dominante.

Les programmes scolaires sont généralement conçus pour les enfants urbains et sont fort éloignés du milieu autochtone. En effet, pendant longtemps et dans de nombreux pays, l'objectif même de l'éducation donnée aux autochtones était de « civiliser » les enfants en leur enseignant la langue, la culture et le savoir du groupe dominant, les colons d'abord puis le groupe ayant la nationalité majoritaire. L'enseignement assuré par l'État était conçu à cette fin, tout comme celui qui était dispensé par les missions religieuses. Des générations entières d'enfants

³⁸² Cour Constitutionnel de la Colombie arrêts C-208 de 2007, T-379 de 2011, T-049 de 2013

³⁸³ La Convention 169 de l'OIT dans l'article 27 alinéas 1 fait référence à la consultation préalable en ce qui concerne l'ethnoéducation : « Les programmes et les services d'éducation pour les peuples intéressés doivent être développés et mis en œuvre en coopération avec ceux-ci pour répondre à leurs besoins particuliers et doivent couvrir leur histoire, leurs connaissances et leurs techniques, leurs systèmes de valeurs et leurs autres aspirations sociales, économiques et culturelles ».

autochtones sont passées par ces écoles où ils subissaient une discrimination d'ordre linguistique, religieux et culturel. [...]

Étant donné la diversité des conditions de vie des peuples autochtones de par le monde, il n'existe pas de modèle unique d'éducation autochtone ; la pédagogie doit être adaptée à la situation. Il existe déjà de nombreux exemples de réussite d'enseignement interculturel bilingue, mais tous les pays où vivent des autochtones n'ont pas adopté cette forme d'enseignement. De plus, d'après de nombreuses études, même quand elle est prévue sur le papier, sa mise en œuvre laisse beaucoup à désirer et les résultats concrets ne sont pas toujours entièrement satisfaisants³⁸⁴ ».

Dans le système interaméricain, la Cour IDH dans l'affaire Xakmok Kasek contre l'Équateur, a affirmé que quand il s'agit de satisfaire le droit à l'éducation basique des communautés indigènes, l'État doit inclure dans sa protection une perspective *d'ethno-éducation*. C'est-à-dire qu'il doit adopter des mesures positives destinées à ce que l'éducation soit culturellement adaptée d'un point de vue ethnique différencié³⁸⁵.

2. Le droit à la santé.

Dans la jurisprudence constitutionnelle de Colombie, la santé est considérée comme un droit fondamental et comme un service public garanti par la Constitution et le bloc de constitutionnalité. Ce droit est reconnu à tous les individus sans distinction de genre, d'origine et d'âge entre autres.

³⁸⁴ ONU. Conseil économique et social. Commission des Droits de l'Homme. Droits de l'homme et questions autochtones. Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2005/88. 6 janvier 2005. Français. Original : Espagnol. § 14,41 et 49.

³⁸⁵ Cour IDH. Affaire Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, arrêt 24 de août de 2010. Párg. 211. Cité aussi dans Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-871 de 2013. *Op.Cit.*

Cependant, la CCC a signalé l'importance d'utiliser un regard différencié au droit à la santé des populations autochtones. Ce regard trouve son fondement dans le principe de la diversité ethnique et culturelle et dans l'exigence de l'adaptabilité culturelle du droit à la santé. À cela s'ajoute le fait que l'État en vertu du principe d'égalité doit adopter des mesures avec un regard différencié afin d'assurer la jouissance du droit aux communautés indigènes.

Le droit à la santé des communautés indigènes implique : le droit de produire et d'utiliser leurs propres médecines traditionnelles ; le droit d'organiser des services de santé sur leur responsabilité et de les contrôler ; et de mettre en place la prestation des services de santé par les membres de la communauté selon leurs croyances et vision du monde³⁸⁶.

Dans l'arrêt C-377 de 1994, la CCC a révisé la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi 14 de 1962 sur l'exercice de la médecine et de la chirurgie. Selon le demandeur en vertu du principe du pluralisme idéologique le législateur ne

³⁸⁶ L'article 25 de la Convention 169 de l'OIT stipule :

« 1. Les gouvernements doivent faire en sorte que des services de santé adéquats soient mis à la disposition des peuples intéressés ou doivent leur donner les moyens leur permettant d'organiser et de dispenser de tels services sous leur responsabilité et leur contrôle propres, de manière à ce qu'ils puissent jouir du plus haut niveau possible de santé physique et mentale.

2. Les services de santé doivent être autant que possible organisés au niveau communautaire. Ces services doivent être planifiés et administrés en coopération avec les peuples intéressés et tenir compte de leurs conditions économiques, géographiques, sociales et culturelles, ainsi que de leurs méthodes de soins préventifs, pratiques de guérison et remèdes traditionnels.

3. Le système de soins de santé doit accorder la préférence à la formation et à l'emploi de personnel de santé des communautés locales et se concentrer sur les soins de santé primaires, tout en restant en rapport étroit avec les autres niveaux de services de santé.

4. La prestation de tels services de santé doit être coordonnée avec les autres mesures sociales, économiques et culturelles prises dans le pays. »

Dans le même sens l'article 24 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

« 1. Les peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital. Les autochtones ont aussi le droit d'avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les services sociaux et de santé.

2. Les autochtones ont le droit, en toute égalité, de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Les États prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation de ce droit. »

peut pas réglementer l'exercice de la médecine d'une telle façon que cela empêche ou limite sa pratique par des empiriques. Dans sa décision la CCC a établi que la médecine traditionnelle des communautés indigènes est protégée par la Constitution dans son article 7.

Dans son argumentation, la Cour a dit : « la liberté de choisir une profession n'empêche pas au législateur d'exiger des diplômes adaptés. [...] Cela ne veut pas dire que les sorciers, les chamanes ou les guérisseurs qui exercent leurs métiers, selon des pratiques ancestrales, dans des certains groupes humains ne peuvent pas exister. Cette activité est protégée par l'article 7 de la Constitution qui ordonne à l'État l'obligation de reconnaître et de protéger la diversité ethnique et culturelle³⁸⁷ ».

À l'occasion de l'affaire T-214 de 1997³⁸⁸, la Cour devait décider si la décision de ne pas autoriser le transfert d'un détenu indigène âgé, d'un centre de réclusion de la capitale à un centre de réclusion proche de sa communauté indigène afin de recevoir les soins de la médecine traditionnelle, violait ou non le droit fondamental à la santé.

La CCC a décidé de protéger le droit à la santé. Selon elle, bien que l'État ne soit pas dans l'obligation de proposer une médecine alternative aux détenus, le métier de guérisseur indigène est protégé par la Constitution, et par conséquent dans le cas où les détenus demandent une attention médicale de ce type, l'État doit pondérer dans chaque cas particulier la protection du droit à la santé et des principes de la diversité culturelle et de l'autonomie culturelle.

Dans l'affaire C-063 de 2010³⁸⁹ la CCC devait étudier la constitutionnalité de l'article 14 de la Loi 1122 de 2007 concernant l'affiliation de la population déplacée à une EPS³⁹⁰ publique de l'ordre national. Selon la requête cet article ne respecte pas le droit des communautés indigènes en situation de déplacement car on leur impose de s'inscrire dans un régime de santé qui ne prend pas en compte les particularités culturelles de ces communautés. La Cour a jugé que la disposition normative était

³⁸⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt C-377 de 1994

³⁸⁸ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-214 de 1997.

³⁸⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt C-063 de 2010

³⁹⁰ Entité de promotion de la santé (EPS)

conforme à la Constitution, dans le sens où la population indigène déplacée pouvait s'inscrire dans une EPS indigène ou une EPS publique de l'ordre national.

Dans ses considérations, le haut tribunal a dit que le régime de protection sociale des communautés indigènes se caractérise par :

- i. une conception plurale du service de la santé. Cela impose aux opérateurs juridiques qui vont mettre en place ce service, de prendre en considération l'environnement naturel, les types de maladies, le type d'alimentation, les méthodes traditionnelles de guérison, les médicaments et les autres éléments qui différencient les communautés indigènes du reste de la société majoritaire.
- ii. un système d'assurance de la santé qui doit répondre aux conditions de vie des communautés indigènes. Cela veut dire que le système doit prévoir des allocations, des affiliations collectives pour toute la communauté et la participation des autorités traditionnelles dans la prise de décisions.
- iii. Un système de santé qui doit prévoir un plan obligatoire de santé adapté aux besoins de chaque communauté. Il doit tenir compte des aspects propres à la communauté, tels que son cadre épidémiologique, ses méthodes de guérisons et ses médicaments.

Pour la CCC, l'État est dans l'obligation de construire un système de santé qui soit en accord avec les besoins propres des peuples indigènes. La reconnaissance et la protection de la diversité culturelle sont des raisons suffisantes pour la création d'un système de santé spécial. Ce système de santé doit s'organiser autour d'éléments culturels tels que la conception de la maladie et de son traitement, ainsi que sur des éléments socio-économiques particuliers comme l'existence d'une économie collective opposée à celle du marché. Ces éléments permettent de justifier que l'État établisse un régime spécial de sécurité social en matière de santé pour les communautés indigènes³⁹¹.

³⁹¹ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt C-088 de 2001. Dans cette affaire, la Cour décide sur les objections du Président de la République sur la constitutionnalité du projet de loi 067 /99 Senado - 193/99 Camara

Concernant le financement du système de santé indigène, la CCC a dit que la reconnaissance de la diversité culturelle suppose de prendre en considération un modèle économique différent de celui de la production capitaliste. Cela veut dire que l'on ne peut pas obliger des personnes à cotiser à ce système quand leurs réalités culturelles les empêchent de le faire³⁹².

Suivant cette argumentation dans l'arrêt C-864 de 2008³⁹³ la CCC dit « Ces dispositions légales répondent aux particularités du *modus vivendi* des peuples indigènes et de leurs membres. On sait qu'ils ne connaissent pas l'économie des capitaux et de la propriété privée, ils s'organisent plutôt autour des systèmes de propriété collective et du troc. Pour cette raison, en plusieurs occasions, les individus membres de ces peuples n'ont pas une capacité de paiement en argent. L'étude faite pour les antécédents historiques de la loi montre avec clarté que l'accès aux services de santé de la population indigène ne peut pas être défini par l'argent, dans la mesure où les économies de ces peuples ne sont pas de nature monétaire³⁹⁴ ».

Section B. L'influence de la vision du monde des peuples indigènes dans la conception du dommage immatériel

La reconnaissance du particularisme culturel de peuples autochtones va être mobilisée par le juge au moment d'interpréter la signification des violations des droits de ces populations. Le préjudice qu'entraînent les atteintes à leurs droits sera aussi défini selon leurs *cosmovisions*.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ Cour Constitutionnelle de la Colombie arrêt C-864 de 2008. Dans cette affaire, la CCC devait décider si la loi 691 de 2001 violait le droit à l'égalité car les expressions « peuples indigènes, indigènes et indigène » excluaient les communautés afro descendantes ou noirs des bénéfices spéciaux d'accès et de la participation au système de santé prévus dans cette loi. La CCC a décidé de déclarer constitutionnelles ces expressions, cependant elle a exhorté l'Assemblée législative à réguler les services de santé adaptés aux réalités culturelles et économiques des communautés ethno culturelles non indigènes.

³⁹⁴ *Ibid.*

C'est notamment la catégorie du dommage immatériel qui nous permet de mieux comprendre la démarche interculturelle utilisée par le juge. Le juge constitutionnel et le juge interaméricain vont revisiter cette notion en intégrant les valeurs culturelles et spirituelles de la communauté (§1). De même, les réparations et compensations que le juge ordonnera pour réparer ces dommages vont être adaptées aux particularités culturelles (§2).

§ 1- Le dommage immatériel

Les souffrances spirituelles et la mise en danger de la transmission de la culture intègrent le concept du dommage immatériel (1). Les violations des droits individuels produisent aussi un dommage au niveau collectif, le préjudice individuel aura donc une dimension collective (2).

1. Le dommage culturel

Un des graves problèmes humanitaires de la Colombie est le phénomène du déplacement forcé des populations. Cette grave situation s'inscrit dans le contexte du long conflit armé interne que vit le pays depuis les années cinquante. Bien que le phénomène ait une histoire longue, c'est entre les années 2000 et 2002 avec l'aggravation du conflit que le déplacement forcé a augmenté significativement. En effet, près de quatre cent mille personnes ont dû quitter leurs terres pour des raisons en lien avec le conflit armé³⁹⁵.

³⁹⁵ L'année 2002 a été considérée comme une année catastrophique pour le déplacement forcé en Colombie, 85 % des départements du pays ont été victimes de ce phénomène. Cette année a été caractérisée par la fin du processus de paix entre le gouvernement et les FARC, la fin du mandat présidentiel de Pastrana et le début du gouvernement de Uribe. El Tiempo, "Colombia alcanzó tasa récord de desplazamiento", 29 avril 2003. Citée par : Rodriguez, C., et Rodriguez, D.,

Les peuples autochtones sont parmi les principales victimes de cette grave crise humanitaire. Ils sont touchés de manière démesurée par le conflit armé et en particulier par le déplacement forcé³⁹⁶. Dans ce sens, la CCC a souligné : « il y a en Colombie un risque d'extermination physique et culturelle de trente-quatre peuples autochtones³⁹⁷ ».

La Cour Constitutionnelle colombienne a émis une décision paradigmatique concernant le problème du déplacement forcé. Dans l'arrêt T-025 de 2004³⁹⁸ et les ordonnances 004 et 005 de 2009 la Cour a estimé que la situation des personnes déplacées était un « état de choses inconstitutionnel³⁹⁹ ». Pour le haut tribunal, ces personnes se trouvaient dans une situation de vulnérabilité extrême à cause des graves conditions de santé et de malnutrition. À cela s'ajoutait le fait que les autorités publiques chargées de la question n'avaient pas octroyé la protection opportune et adéquate aux victimes.

C'est bien l'ordonnance 004 de 2009 qui ici nous intéresse tout particulièrement. Cette décision, appelée aussi l'ordonnance « autochtone », porte sur la « sauvegarde ethnique » des peuples indigènes en risque d'extermination physique et culturelle à cause de l'impact démesuré du déplacement forcé⁴⁰⁰. À travers cette décision, la CCC entendait obliger le gouvernement à établir un programme de garantie des droits fondamentaux des peuples autochtones et le développement de 34 plans de sauvegarde ethnique pour 34 peuples en risque d'extermination.

Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, Bogota : Colección Dejusticia, 2010, p. 68.

³⁹⁶ Santamaria, A., « Les peuples autochtones colombiens entre reconnaissance juridique et violence locale », In, Gros, C., et Dumoulin, D., (dir.), 2011. *Op. Cit.* p. 241

³⁹⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, Ordonnance 009 de 2009.

³⁹⁸ Dans l'arrêt T-025 de 2004 la CCC a étudié cent huit recours présentés par mille cent cinq familles dans vingt-deux villes du pays. Les défendeurs ont été une dizaine d'institutions et de fonctionnaires publics de l'ordre national et local. Le fondement de la requête a été la non exécution de la part de l'État de son devoir de protection à la population déplacée et le manque de réponses efficaces aux différentes demandes des requérants. Pour une analyse détaillée de cette arrêt voir : Rodriguez C. et Rodriguez, D. *Op. Cit.* p. 81.

³⁹⁹ Avec la déclaration de un « état de choses inconstitutionnel » la CCC déclare la violation massive des droits et elle peut ordonner à l'État l'adoption de politiques publiques et des programmes bénéficiant aux personnes qui n'ont pas fait partie des requérants. *Ibid.* p. 83

⁴⁰⁰ Santamaria, A. *Op. Cit.* p. 242

Dans cette décision, la Cour a déterminé que les politiques publiques concernant le déplacement devaient avoir une dimension différenciée pour les groupes ethniques. Selon le tribunal cette dimension a pour objectif de garantir une aide humanitaire, des programmes sociaux et des politiques publiques adaptées à l'identité et réalité culturelle des communautés⁴⁰¹.

Ces politiques publiques doivent aussi prendre en compte la relation que les peuples indigènes ont avec leurs terres et territoires. Le haut tribunal a établi que, le déplacement forcé affecte négativement la dimension collective du droit à la propriété de la terre. Pour les juges, la perte ou l'abandon du territoire ancestral signifie le déracinement du peuple indigène, et cette situation implique la disparition des référents culturels de la communauté directement liés au territoire⁴⁰².

En outre, le déplacement des leaders et des autorités traditionnelles indigènes a des conséquences négatives sur l'intégrité culturelle, notamment la rupture du tissu social⁴⁰³. Selon la CCC le rôle central que jouent ces autorités et ces leaders dans leurs cultures fait que son déplacement est particulièrement nocif pour la préservation des structures sociales et ethniques de leurs communautés respectives⁴⁰⁴. Dans ce sens la Cour a ordonné la création des projets de sauvegarde ethnique qui mettent l'accent sur la protection des leaders, des autorités traditionnelles et des autres personnes en danger dû à leurs rôles dans la communauté⁴⁰⁵.

L'ordonnance 004 de 2009 constitue donc une décision paradigmatique pour comprendre ce que signifie le dommage pour les peuples indigènes et plus spécifiquement le dommage culturel. Pour la CCC, la question sociale de ces

⁴⁰¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, Ordonnance 004 de 2009. Voir aussi: Rodriguez C., et Lam, Y., « Etnorreparaciones: la justicia étnica colectiva y la reparación a pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia. », In : Bergsmo, Morten, Rodriguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo y Saffon, Maria Paula (dirs.), *Justicia distributiva en sociedades en transición*, Torkel Opsahl Academic Epubliser, Oslo, 2012, pp. 347-399. 2012, p.352

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.* p. 32

⁴⁰⁴ *Ibid.* p.13.

⁴⁰⁵ *Ibid.* p. 34.

peuples passe par l'intégration de sa vision du monde à la définition des concepts comme celui du dommage. Autrement dit, le juge constitutionnel reconnaît que la différence culturelle joue un rôle déterminant pour la compréhension de la signification d'une violation des droits pour une communauté indigène.

La démarche interculturelle appliquée par la CCC dans le cas de déplacement forcé, met en évidence l'importance du point de vue des victimes au moment d'évaluer la conduite qui est à l'origine d'une violation de droits. Le cas des groupes indigènes est notamment le meilleur exemple. Ces groupes, à cause de leurs caractéristiques, peuvent souffrir d'une façon disproportionnée des effets d'une telle conduite. Dans ce sens, le point de vue des victimes doit avoir un poids très important dans la décision du juge.

Federico Lenzerine nous dit qu'au moment de définir des termes tels que le dommage, la responsabilité, la perte ou autres expressions similaires, on doit se servir du regard des personnes et/ou des groupes impliqués directement dans la situation et on doit éviter de tomber sur des critères stéréotypés. Quand ces termes concernent la vie des peuples indigènes, ils ne doivent pas être interprétés selon la vision matérialiste occidentale, car les indigènes ont une philosophie de vie communautaire très différente⁴⁰⁶.

Dans ce sens Ana Vrdolijak estime que l'évaluation des pertes dont peuvent souffrir les peuples indigènes doit être réalisée en intégrant la façon dont la communauté comprend sa propre culture. C'est-à-dire d'une manière holistique, symbolique, communautaire et intergénérationnelle⁴⁰⁷.

Cette approche interculturelle a été aussi appliquée dans l'affaire T-769 de 2009 de la CCC. Dans son jugement la Cour a pris en compte le concept du Rapporteur Spécial sur la situation des droits humains et libertés des Peuples indigènes : « À chaque fois que l'on développe des projets à grande échelle dans des espaces

⁴⁰⁶ Lenzerini, Federico, *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press. 2008. p.15. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24777.pdf>

⁴⁰⁷ Vrdoljak, Ana, "Reparations for Cultural Loss", in, Lenzerini, F.(Dir.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.227.

occupés par les peuples indigènes, il est probable que les communautés soient obligées de vivre des changements sociaux et économiques profonds que les autorités compétentes ne sont pas capables de comprendre et encore moins de les anticiper⁴⁰⁸»

La notion du dommage immatériel à partir d'une perspective autochtone a été aussi adoptée par la Cour IDH. Dans les termes du professeur Ghislain Otis :

« La Cour (IDH) a déployé un effort constant pour adapter l'évaluation des dommages moraux à la singularité du rapport des communautés autochtones avec leurs terres traditionnelles. Elle estime que le préjudice moral découle à la fois de l'impact de la dépossession sur les conditions de vie, et donc sur la dignité des autochtones, mais aussi du tort découlant du déracinement culturel et spirituel occasionné par la dépossession foncière [traduction] :

En outre, la Cour note que la signification spéciale de la terre pour les peuples autochtones en général, et pour la communauté Yakye Axa en particulier (supra para. 137 et 154), implique que toute atteinte à la jouissance ou à l'exercice de leurs droits territoriaux est préjudiciable aux valeurs fondamentales des membres de ces peuples dont l'identité, la vie et la capacité de transmettre leur patrimoine culturel aux générations futures peuvent être menacées ou irrémédiablement diminuées. (Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay 2005: paragr. 202-203 ; conclusions similaires dans Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay 2006, § 221-222)⁴⁰⁹»

Suivant cette perspective, dans le cas *Massacre Plan Sanchez vs Guatemala*⁴¹⁰ la Cour IDH a considéré que « Dans l'*aldea (hameau) Plan Sanchez* la structure

⁴⁰⁸ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-769 de 2009 P. 34

⁴⁰⁹ Otis, G., « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in, *Recherches amérindiennes au Québec*, 2009, Vol.39, N° 1-2, 2009, p. 105.

⁴¹⁰ Dans ce cas, des membres de l'armée du Guatemala ont massacré 268 personnes appartenant au peuple Maya Achi. Les personnes survivantes ont été obligées d'enterrer les corps incinérés des victimes sur le lieu du crime. Cour IDH. Caso masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No 105.

communautaire traditionnelle a été remplacée par des militaires et des chefs *de las PAC*. Les leaders qui ont survécu au massacre n'ont pas pu continuer à exercer leurs rôles dans la communauté à cause des représailles des militaires. La volonté de la communauté, fondée sur le consensus entre ses membres ainsi que sur le respect des normes et valeurs Mayas a été éliminée et remplacé par des pratiques autoritaires. L'imposition de la structure militaire a touché la vie communautaire de Plan Sanchez dans la mesure où le groupe a été déstructuré et a perdu ses référents culturels⁴¹¹»

2. Le dommage spirituel

Le juge constitutionnel reconnaît que la communauté indigène a une singularité propre et qu'elle doit être considérée comme un sujet collectif. Cette considération va impliquer que certains droits fondamentaux et plus particulièrement le dommage doivent être compris aussi d'une manière collective.

À plusieurs occasions, le juge constitutionnel de Colombie a déclaré que « Les droits des communautés indigènes ne se réduisent pas à ceux de leurs membres individuellement considérés. Ces droits appartiennent à la communauté en tant que telle. La communauté est dotée d'une singularité propre, elle est un sujet collectif autonome et non la simple addition de ses membres⁴¹²» Dans ce sens, dit la Cour, les droits fondamentaux des communautés indigènes ne doivent pas être confondus avec les droits collectifs des autres groupes humains.

Cette interprétation a des conséquences importantes dans l'évaluation du dommage vécu pour un indigène. La violation d'un droit fondamental d'une personne qui appartient à une communauté autochtone pourrait être ressentie comme une violation des droits fondamentaux de la communauté en tant que groupe, mais aussi comme une transgression des valeurs communautaires.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêts T-380 de 1993, et T-769 de 2009

La *cosmovision* d'un peuple indigène est donc mobilisée par le juge pour mieux comprendre le dommage. Ainsi, ce qui à l'origine constituait la violation d'un droit fondamental d'un ou de plusieurs indigènes pourrait être considéré par le juge comme une violation des droits et des croyances de la communauté à laquelle il appartient. De cette manière, la spiritualité et les autres valeurs culturelles du peuple vont être intégrées à la notion du préjudice, notamment les croyances sur la relation entre les vivants et les morts seront prises en considération par les juges pour évaluer le dommage.

La particularité du préjudice a donc poussé le juge à constater des violations là où il n'y en aurait pas eu pour des personnes non autochtones⁴¹³. Selon l'ancien président de la Cour IDH, Antonio Augusto Cançado Trindade, « Le dommage spirituel, une forme aggravée du dommage moral a une relation directe avec le plus intime de la personne humaine, c'est-à-dire son être intérieur ses croyances dans le destin humain et son rapport avec les morts. Ce dommage spirituel, ne donnerait pas lieu à des réparations pécuniaires sinon à d'autres formes de réparation⁴¹⁴ ».

Plusieurs décisions de la Cour IDH nous permettent de mieux illustrer la catégorie du préjudice spirituel. À l'occasion de l'affaire *Massacre de Plan Sánchez contre le Guatemala*, la Cour IDH a considéré comme dommage le fait que la communauté n'ait pas pu enterrer selon ses rites et traditions, les indigènes qui ont été massacrés et par la suite incinérés⁴¹⁵. La Cour IDH a pris en compte, au moment de faire l'estimation des dommages, le fait que dans les traditions du peuple Maya Achi, les rites et les coutumes prennent une place essentielle dans la vie communautaire. La spiritualité de cette communauté se manifeste dans l'étroite relation qui existe entre

⁴¹³ Rinaldi, K., "Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection de droit de l'homme", in: *Les particularisme interaméricaine des Droits de l'Homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Op. Cit. 2009, p. 245

⁴¹⁴ Cour I.D.H. Caso. Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Opinion separée Juez A.A Cançado Trindade Paragraphe.71

⁴¹⁵ Dans ce cas, des membres de l'armée du Guatemala ont massacré 268 personnes appartenant au peuple Maya Achi. Les personnes survivantes ont été obligées d'enterrer les corps incinérés des victimes sur le lieu du crime.

les vivants et les morts. Celle-ci s'exprime, à partir de la pratique des rituels d'enterrement, comme une forme de contact permanent, en solidarité avec les ancêtres⁴¹⁶.

Afin de faire l'estimation des dommages immatériels dans l'affaire Escué Zapata contre la Colombie⁴¹⁷, la Cour IDH a pris en compte l'importance de la relation entre les vivants, les morts et la terre pour la culture Nasa. Dans cette culture, lorsque l'enfant vient au monde c'est comme s'il germait de la terre tout en restant attaché à elle par le cordon ombilical. Et quand la personne meurt, elle doit être semée dans la terre. La Cour IDH a considéré que la longue attente des restes du corps du leader indien Zapata, tué arbitrairement par l'armée colombienne, a eu des répercussions négatives, à caractère spirituel et moral, pour sa famille et sa culture, affectant ainsi l'harmonie du territoire⁴¹⁸.

Dans l'affaire Moiwana la Cour IDH a pris en compte pour déterminer la violation de l'article 5 de la Convention le fait que dans la culture N'djuka existe des rituels spécifiques lors du décès d'un membre de la communauté. Après l'attaque dont la communauté a été victime, ces rituels n'ont pas pu être respectés car les membres de la communauté ont dû fuir de leur territoire⁴¹⁹. L'impossibilité d'enterrer leurs morts a été considérée comme une transgression morale ayant provoqué la colère

⁴¹⁶ À fin d'estimer le préjudice occasionné à la communauté de Plan Sanchez La Cour a pris en compte les faits suivants :

- a) les victimes n'ont pas pu enterrer leurs familiers exécutés dans le massacre. Ils n'ont pas pu non plus effectuer les rites funèbres selon ses coutumes.
- b) Pendant un lapse du temps les victimes n'ont pas pu réaliser des cérémonies, des rites et des autres manifestations traditionnelles. Cela a affectée la transmission de la culture.
- c) Les femmes et les personnes âgées font la transmission orale de la culture *maya achi*, sa disparition a produit un vide culturelle.
- d) La structure communautaire traditionnelle de Plan Sanchez a été remplacée par un système de contrôle militaire où les leaders de la communauté n'ont pas pu continuer à jouer leur rôle à l'intérieur de la communauté.
- e) Les victimes ont été discriminées dans l'accès à la justice en générant un sentiment d'exclusion et de mépris. Caso masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No 105.

⁴¹⁷ Cour I.D.H. caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Serie C No. 165

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ À l'issue d'une opération militaire effectuée dans l'Aldea de Moiwana des agents de l'Etat du Guatemala et des collaborateurs ont blessé et assassiné plusieurs membres de la communauté. Lors de cette opération militaire, l'Aldea a été brûlé et détruite.

de l'esprit de la personne décédée mais aussi de ses ancêtres, et entraîné des maladies physiques affectant le lignage complet⁴²⁰. La Cour IDH a considéré que l'impossibilité d'effectuer les rituels funéraires ainsi que le déplacement de la population ont occasionné à la communauté Moiwana de la souffrance émotionnelle, physique, spirituelle et économique. Ces souffrances ont violé l'article 5.1 de la Convention⁴²¹.

Egalement, dans l'affaire Efraín Bámaca c. Guatemala, la Cour IDH a pris en compte la conception de la famille de l'ethnie Mammaya⁴²². Dans la vision du monde de cette ethnie, la famille se compose des vivants et des morts. Pour eux les ancêtres ont une présence dans la communauté, et jouent un rôle culturel, spirituel et religieux très important. Le rite de l'enterrement a une signification majeure dans la cohésion sociale et spirituelle de la communauté⁴²³: « (il permet que) l'esprit de la personne puisse rejoindre son corps, qu'il puisse rencontrer ses ancêtres, et fermer le cycle de la vie et de la mort. Ces rites funèbres *mam* sont vécus comme un événement joyeux. Ils sont une porte de communication du monde des vivants avec le monde des morts, parmi les offrandes que la personne morte amène de l'autre côté. La réalisation de ces rites permet l'intégration culturelle [...] C'est pour cela que le corps

⁴²⁰ Dans l'affaire Moiwana Vs. Surinam la Cour IDH a pris en compte le faits suivants pour déterminer le dommage immatériel occasionné à la communauté.

- a) L'impunité concernant l'attaque à l'Aldea a généré un sentiment d'humiliation, de colère et d'impuissance aux membres de la communauté. Les victimes avaient peur de la vengeance des esprits car les responsables n'avaient pas été punis.
- b) Les victimes n'ont pas pu réaliser les rites funèbres. À cause de cela les indigènes avaient peur de contracter des maladies d'origine spirituelle. Ces maladies pouvaient toucher le lignage et le manque d'une réconciliation pouvait perdurer pendant de générations.
- c) Le lien de la communauté avec son territoire a été interrompu d'une façon violente. Dans la mesure où pour la culture N'djuka la relation de la communauté avec le territoire a une importance vitale. Le déplacement forcé les a touchés de façon émotionnelle, spirituelle, culturelle et économique.

Cour I.D.H. Caso. Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005.

⁴²¹ Cour IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124

⁴²² Les faits de cette affaire concernent la disparition forcée de l'indigène Efraín Bámaca Velásquez

⁴²³ Dans une opinion séparée le juge Cançado Trindade dit: « dans l'affaire Bámaca Velásquez, la Cour a reconnu l'importance du respect des restes d'une personne morte et de la signification spéciale de cela pour la culture maya à laquelle appartenait la victime monsieur Efraín Bámaca Velásquez. Dans cette affaire la Cour a dit à plusieurs occasions que pour la culture maya le cycle de la vie et de la mort se ferme avec les rites funèbres qui permettent une connivence entre les vivants et les morts et une rencontre de générations. »

de la personne morte est très important pour la célébration des rituels funéraires⁴²⁴». La Cour IDH a considéré que la conservation des restes d'une personne morte fait partie du droit à la dignité humaine⁴²⁵.

§ 2- Les réparations aux dommages

Nous avons vu que le juge constitutionnel et le juge interaméricain ont adapté la notion du dommage aux particularités culturelles des groupes autochtones. Cette démarche implique que les mesures pour réparer ces préjudices devront suivre cette même logique interculturelle, c'est-à-dire être conséquents avec les spécificités culturelles.

Si le préjudice pour les populations indigènes est considéré tant au niveau individuel que collectif, les programmes ou mesures de réparation doivent donc adopter cette double dimension (1). Pour garantir l'adéquation et l'efficacité de ces mesures, il faudrait également assurer la participation des victimes dans la démarche de sa formulation (2).

1. L'élément collectif des mesures de réparation.

Les réparations doivent tenir compte de la nature collective du dommage qui a été occasionné au groupe indigène. Cette considération doit aussi être appliquée dans le cas des violations commises à l'encontre d'un ou plusieurs membres du groupe. Les réparations devront donc impliquer des mesures bénéficiant tant aux individus qu'au groupe ethnique⁴²⁶.

⁴²⁴ Cour IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, 22 février de 2000

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Rodriguez, C., et Lam, Y., *Op. Cit.* p. 377

Un exemple qui illustre bien cette question est notamment le cas de la violation des droits des peuples indigènes occasionnée par le déplacement forcé. La compensation des préjudices occasionnés par ce délit doit être évaluée tant du point de vue collectif qu'individuel⁴²⁷.

Dans l'ordonnance 004 de 2009 la CCC a estimé que le déplacement forcé touche particulièrement la dimension collective du droit à la propriété des terres des groupes ethniques. De même, le déplacement des leaders et des autorités traditionnelles a des conséquences négatives sur l'intégrité culturelle, dont la rupture du tissu social⁴²⁸.

Pour sa part, la Cour IDH, à plusieurs reprises a reconnu que dans les cas de personnes ou communautés indigènes, les mesures de réparation doivent intégrer un élément collectif pour qu'elles soient effectives. De cette façon, la réparation octroyée à la communauté à part entière, est un composant important de la réparation individuelle.

Dans le cas de la communauté de Mayagna (Sumo) Awas Tingni la Cour IDH a ordonné à l'État du Nicaragua le paiement de cinquante mille dollars comme dédommagement. Dans cette démarche, la Cour n'a pas pris en compte les membres individuellement considérés mais le groupe. Selon la Cour, le facteur décisif dans l'estimation de la réparation pécuniaire a été l'intérêt collectif de la Communauté Awas Tingni⁴²⁹. De même, la Cour IDH afin de garantir la réparation de la dimension collective du dommage, a ordonné la création d'un fond pour le développement des programmes communautaires en matière de santé, de logement et d'éducation⁴³⁰. Elle a également ordonné l'investissement de ressources (fonds) pour l'ouverture d'une école qui avait été fermée⁴³¹.

Dans l'affaire Sawhoyamaya, le juge interaméricain a ordonné au Paraguay d'investir

⁴²⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, Ordonance 004 de 2009, *Op.Cit.* § 24

⁴²⁸ *Ibid.* §32

⁴²⁹ Rodriguez, C., et Lam, Y., *Op.Cit.* Comentario de Schönsteiner (2008: 137) sobre el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (Corte IDH 2001: párr. 169).

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

l'équivalent de la somme d'un million de dollars américains dans la construction d'infrastructures communautaires et l'offre de services, notamment sanitaires et éducatifs⁴³².

La Cour IDH parle aussi de la nécessité de compenser les autochtones pour « l'atteinte à leurs valeurs culturelles et spirituelles fondamentales ». Selon Ghislain Otis, dans la détermination des modalités de compensation pécuniaire du préjudice moral, le juge interaméricain s'attache également à intégrer le particularisme des droits autochtones, et particulièrement leur dimension collective⁴³³.

L'affaire de Fernández Ortega contre le Mexique est un cas emblématique de cette question, car il nous montre bien la double dimension de la compensation aux dommages dans le cas des peuples autochtones. Une violation des droits tel que l'agression sexuelle d'une femme autochtone entraîne des dommages non seulement au niveau individuel mais aussi collectif. Les réparations devront donc refléter cette question.

En mars 2002 Madame Fernández Ortega se trouvait dans sa maison avec ses quatre enfants quand trois membres de l'armée mexicaine sont entrés dans sa maison sans son autorisation. Ces militaires lui ont demandé des informations en pointant leurs armes sur elle. Elle a été obligée de se mettre à terre, puis l'une de ces personnes l'a violée sous le regard des autres militaires⁴³⁴.

Quelques jours après l'agression sexuelle dont elle a été victime, Fernandez alla porter plainte auprès des autorités étatiques. Mais son témoignage rencontra l'indifférence des fonctionnaires. Mme Fernandez ne parlait pas espagnol et les fonctionnaires ne parlaient pas la langue Me'phaa⁴³⁵.

Dans l'affaire Fernandez Ortega la Cour IDH a estimé que les États doivent garantir l'accès à la justice aux membres des peuples autochtones. Pour cela l'État doit offrir

⁴³² Cour IDH Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, 2006, §. 224-225

⁴³³ Cour IDH Caso del Pueblo Saramaka c Suriname 2007. Citée aussi par Otis, G., *Op. Cit.* p. 105

⁴³⁴ Cour IDH Caso Fernandez Ortega y otros v Mexique, 30 août 2010. Excepcion Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Serie. N° 215.

⁴³⁵ *Ibid.* p. 31

une protection effective qui prenne en compte leurs particularités propres, leurs caractéristiques économiques et sociales, son droit coutumier et ses coutumes en général⁴³⁶.

De même, pour la Cour IDH, les États doivent offrir des mesures de réparations. Une attention adaptée aux souffrances physiques et psychologiques des victimes doit être octroyée. Ces mesures doivent prendre en compte les spécificités ethniques et le genre des personnes⁴³⁷.

Quant aux réparations, la Cour a pris en compte le fait que pour la Communauté Me'phaa, il est fondamental que l'auteur d'une faute reconnaisse publiquement son acte. Ceci dans la mesure où dans les processus de justice communautaire, cette reconnaissance est le premier pas pour la « guérison » des dommages au tissu communautaire⁴³⁸.

Par conséquent la Cour IDH a ordonné à l'État de faire un acte public de reconnaissance de sa responsabilité internationale pour les dommages commis à l'égard d'Ines Fernandez et à sa communauté. Dans cet acte, l'État devait faire référence aux violations des Droits de l'Homme qui ont été établies dans l'arrêt de la Cour. Cette reconnaissance devait se faire au travers d'une cérémonie publique, avec la présence des victimes, des autorités étatiques, des autorités et des membres de la communauté. La cérémonie devait se dérouler en langue espagnole et Me'phaa. Toute la cérémonie devait se faire et s'organiser avec l'accord de Ines Fernandez⁴³⁹.

Pour la CIDH les réparations doivent avoir une dimension communautaire destinée à réintégrer la victime dans son espace vital et d'identification culturelle, ainsi qu'à rétablir le tissu communautaire. Dans cette mesure, le tribunal interaméricain impose à l'État de fournir les conditions économiques pour que la communauté Me'phaa puisse établir un centre communautaire de la femme. Ce centre doit être géré par les

⁴³⁶ *Ibid.* p. 73

⁴³⁷ *Ibid.* p. 86

⁴³⁸ *Ibid.* p. 84

⁴³⁹ *Ibid.* p. 84

femmes Me'phaas, et développer des activités éducatives sur les droits de l'homme et les droits des femmes. L'État doit aussi faciliter le travail des institutions et des organisations de la société civile spécialisées dans les droits de l'homme, et soutenir les activités de capacitation communautaire, lesquelles devront s'adapter à la *cosmovision* de la communauté⁴⁴⁰.

2. La participation des victimes dans la formulation de mesures de réparation.

Selon César Rodriguez, dans la plupart des cas de violation de droits d'un peuple indigène, on peut observer que le rétablissement de la vérité sur les violations et la garantie de justice ont une signification spirituelle et culturelle pour le groupe indigène touché. Il y a des violations qui peuvent mettre en danger l'existence du groupe⁴⁴¹. C'est pour cela que le dialogue interculturel est déterminant au moment d'établir les réparations.

Les spécificités locales prennent une place très importante au moment de réparer les dommages occasionnés par une violation des droits des peuples indigènes. Si ces spécificités ne sont pas prises en compte et les mesures de réparation se font d'une façon générale on pourrait occasionner un dommage encore plus grave que celui que l'on cherche à réparer⁴⁴².

En d'autres termes la procédure de détermination et d'implémentation des mesures de réparation doit être orientée par les principes de reconnaissance et de revendication du groupe ethnique en tant que collectivité⁴⁴³.

À ce propos, César Rodriguez et Yukyan Lam, signalent quatre critères : 1) Pendant toute la procédure de détermination des mesures d'*ethno-réparation* il est nécessaire

⁴⁴⁰ *Ibid.* p. 94

⁴⁴¹ Rodriguez, C., et , Lam, Y., *Op.cit*, note de bas page 14, p. 364.

⁴⁴² *Ibid.*p.369.

⁴⁴³ *Ibid.*, p.369

de consulter le groupe ethnique. Le groupe doit avoir un certain degré de contrôle dans la mise en place des mesures de réparation⁴⁴⁴ 2) les mesures de réparation doivent respecter l'identité culturelle spécifique du groupe ethnique. 3) les *ethno-réparations* doivent toujours prendre en compte la dimension collective des violations et des mesures de réparations. 4) Pour que la réparation des dommages soit effective, la détermination des mesures doit partir du spécifique et elle doit être focalisée sur la satisfaction des besoins du groupe ethnique⁴⁴⁵.

Dans le cas des populations déplacées la CCC a ordonné au gouvernement d'établir un *Programme de Garantie des Droits des Peuples Indigènes* touchées par le déplacement forcé. Le programme doit prendre en considération les paramètres constitutionnels de participation des organisations qui défendent les droits des peuples indigènes, ainsi que les leaders des peuples indigènes⁴⁴⁶.

La formulation et la mise en place de ces mesures doivent être guidées par l'identité culturelle du groupe ethnique^{447 448}. Dans ce sens, la CCC a obligé le gouvernement colombien d'inclure dans les Projets de Sauvegarde Ethnique des outils pour le renforcement de l'intégrité culturelle et sociale de chaque ethnie bénéficiaire⁴⁴⁹.

Ces mesures ont été appliquées par la Cour IDH. Par exemple, dans l'affaire

⁴⁴⁴ Le Comité pour l'Élimination de la Discrimination Raciale a recommandé à l'État australien de mettre en place des mécanismes de dialogue avec les peuples autochtones du pays afin de trouver des solutions adaptées aux peuples et qui respectent les engagements de l'État concernant la Convention Internationale sur l'Élimination de toutes les Formes de Discrimination Raciale. Rodriguez, C., et Lam, Y. *Op Cit.*, p. 370.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 370

⁴⁴⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie Ordonnance 004 de 2009, § 33

⁴⁴⁷ Rodriguez C., et Lam, Y., *Op. Cit.* p. 373.

⁴⁴⁸ Ce principe se trouve dans plusieurs instruments internationaux : La Convention 169 de la OIT dans son art 5.a et b dit : « En appliquant les dispositions de la présente convention, il faudra reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples et prendre dûment en considération la nature des problèmes qui se posent à eux, en tant que groupes comme en tant qu'individus et respecter l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions desdits peuples » La déclaration dans l'article 40 établie : « Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. **Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés** et les normes internationales relatives aux droits de l'homme. »

⁴⁴⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie Ordonnance 004 de 2009 § 34

massacre de Plan Sanchez contre le Guatemala, la Cour IDH a établi un comité destiné à s'intégrer à la communauté afin de formuler les méthodes d'évaluation médicale et psychologique, permettant aux membres du groupe indigène de participer à la création de la politique publique en matière de santé⁴⁵⁰. La Cour a ordonné aussi à l'État l'investissement de ressources pour l'entretien de la chapelle où les membres de la communauté ont rendu hommage aux victimes assassinées lors du massacre⁴⁵¹.

Dans les affaires de la Communauté Moiwana c. Surinam⁴⁵², la Communauté Indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay⁴⁵³ et la Communauté Indigène Yakye Axa c. Paraguay⁴⁵⁴ et la Communauté Saramaka c. Suriname 2007⁴⁵⁵ la Cour IDH a imposé aux États l'obligation de constituer des fonds spéciaux de développement au bénéfice de l'ensemble de la communauté dont les droits ont été lésés, la gestion dudit fonds étant confiée à un comité paritaire comprenant au moins un représentant autochtone, un représentant de l'État et un troisième membre choisi d'un commun accord par les parties⁴⁵⁶.

Le plus souvent les réparations ordonnées par la Cour IDH consistent en la tenue d'un événement public et officiel de reconnaissance de responsabilité et la diffusion dans le journal officiel et dans les médias des extraits clés du jugement condamnant les autorités pour violation des droits des autochtones⁴⁵⁷. Les réparations cérémonielles doivent être exécutées au sein de la communauté autochtone en présence de hautes autorités de l'État et avec la participation des autochtones. L'événement doit se dérouler selon un protocole convenu avec la partie autochtone,

⁴⁵⁰ Rodriguez C., et Lam, Y., *Op Cit.*, p.381

⁴⁵¹ Cour IDH 2004 §. 104

⁴⁵² Communauté Moiwana v. Surinam 2005 § 214-15

⁴⁵³ Communauté Indigène Sawhoyamaxa v. Paraguay 2006, § 224-25

⁴⁵⁴ Communauté Indigène Yakye Axa v. Paraguay, 2006, § 205-206

⁴⁵⁵ Caso del Pueblo Saramaka c Suriname 2007, § 202

⁴⁵⁶ Otis, G. *Op. Cit.* p. 105

⁴⁵⁷ La Cour IDH exige de l'État qu'il diffuse le jugement par des canaux facilement accessibles aux autochtones, dont les stations de radios locales comportant une programmation en langue autochtone (Comunidad Indigena Sawhoyamaxa c. Paraguay 2006 § 236 ; Comunidad Indigena Yakye Axa c. Paraguay 2005, §222 ; Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname 2007, §196

respecter la culture ou les coutumes autochtones et comporter l'usage des langues autochtones⁴⁵⁸.

La participation des victimes doit impliquer la prise en compte des besoins qui ont été manifestés par les peuples indigènes dans la formulation de mesures de réparations. Cette démarche permet de garantir un caractère adéquat et l'efficacité des mesures.

Ce principe est très important car cela évite de tomber dans la formulation de mesures paternalistes et peu adaptées aux réalités des peuples intéressés. Selon Gabriella Citroni et Karla Quintana, les mesures qui sont perçues par la communauté comme des mesures qui proviennent de l'extérieur deviennent des mesures inutiles et à long terme elles peuvent produire des effets négatifs⁴⁵⁹.

Un exemple qui illustre bien cette question est l'affaire *Aloebotoe c. Surinam*. Dans cette affaire la Cour IDH a mobilisé le droit coutumier de la communauté pour appliquer les réparations. Il existait un conflit sur les critères de détermination des héritiers des victimes. D'un côté la Commission IDH demandait l'application des coutumes de la tribu et de l'autre côté l'Etat de Surinam sollicitait l'application du droit civil⁴⁶⁰.

La Cour IDH a décidé d'appliquer le droit coutumier de la tribu Saramaka afin de déterminer les héritiers des victimes. La polygamie fait partie des coutumes de ce peuple. La Cour a estimé que le droit des affaires familiales de l'État du Surinam n'était pas appliqué par la communauté de Aloebotoe⁴⁶¹. Ainsi, la Cour IDH a jugé que les réparations devaient être élargies à toutes les veuves et leurs fils.

⁴⁵⁸ Otis, G. *Op. Cit.* p. 105

⁴⁵⁹ Citroni, G., et Quintana K., « Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights », in, Lenzneri, F., (dir.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*, Oxford : Oxford University Press, 2008, p.380

⁴⁶⁰ Ruiz, O., et Donoso, G., *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana : Fondo y Reparaciones*, *Op.Cit.* p.92

⁴⁶¹ Dans cette affaire le secrétariat de la Cour IDH a fait un déplacement à Guajaba, Surinam pour faire une enquête. Ce type de démarche a eu lieu à nouveau dans l'affaire *Sarayaku Vs. Ecuador*. À cette occasion le juge et président de la Cour IDH Diego García-Sayán, la Juge Radhys Abreu Blondet, et le personnel du secrétariat.

Conclusions du chapitre 1

La Cour Constitutionnelle de Colombie a créé une démarche interculturelle pour résoudre les cas qui concernent les droits des populations autochtones. Cette méthode interprétative trouve son fondement dans le dialogue entre les valeurs et les normes de l'État, et celles des communautés indigènes.

La prise en compte par le juge de la cosmovision indigène l'a amené à interpréter certains droits fondamentaux, les dommages et les réparations selon une perspective indigène. C'est-à-dire, le principe de la diversité culturelle implique l'adaptation des droits aux particularités ethniques. Selon la Cour une telle approche permet aux peuples indigènes de sortir de l'exclusion et de la discrimination. On peut donc affirmer que pour garantir l'égalité il est indispensable de reconnaître la différence.

Certaines explications de la CCC illustrent le regard différencié des droits impliquant une redistribution des ressources que l'on peut appeler de *redistribution culturellement adaptée*. Par exemple, dans les décisions C-088 et C-864, la Cour établit que le service de santé de la population indigène ne peut pas être défini selon un système d'économie monétaire. Pour le juge, la santé en tant que service public doit être structurée selon le mode de vie et le type d'économie des indigènes.

Chapitre 2 : Droits Humains versus pratiques culturelles : une diversité culturelle limitée

Dans le chapitre précédent nous avons montré comment la Cour Constitutionnelle de Colombie, à travers sa démarche interculturelle, mobilise les visons du monde des communautés indigènes pour faire une interprétation des droits adaptée à leurs besoins et à leurs réalités culturelles. On pourrait donc affirmer que le juge constitutionnel a pris au sérieux le principe de la diversité culturelle et que ses décisions dans une grande mesure ont su répondre aux injustices culturelles dues au déni de reconnaissance dans lequel les peuples autochtones de Colombie se sont trouvés pendant de longues années.

Cependant, la reconnaissance du principe de diversité culturelle et d'autonomie politique et juridique des communautés indigènes devient fortement problématique quand certaines pratiques non libérales de ces communautés ne respectent pas les droits de l'homme. C'est donc dans ces cas difficiles que ce principe trouvera ses limites et que le vieux débat sur l'universalisme et le relativisme culturel prendra une place dans les analyses des cas.

En faisant une place à la diversité culturelle dans un cadre constitutionnel qui protège des valeurs universelles, la CCC devra donc se confronter au défi d'une « praxis interculturelle des droits de l'homme⁴⁶² ». Sa jurisprudence oscillera entre la défense de ces valeurs et la défense d'un certain particularisme culturel (1). Néanmoins, elle trouvera une issue favorable à ce débat en établissant une position intermédiaire fondée sur un consensus transculturel (2).

⁴⁶² Eberhard, C., *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris : Éditions des écrivains, 2002, p. 15

Section A. Entre l'universalisme et le particularisme culturel.

La diversité culturelle et les droits spécifiques pour les minorités ethniques ont-ils une place dans un contexte normatif caractérisé par des valeurs universelles. Comment doit-on répondre à la tension entre l'universalisme et le particularisme culturel ? Ce sont unes des questions auxquelles le juge constitutionnel a dû répondre dans les affaires où une personne, indigène ou non, mettait en question les pratiques culturelles d'un peuple indigène déterminé, car il les considérait contraires à la Constitution.

Défendre l'universalisme ou le particularisme culturel implique aussi que l'on défende une certaine posture philosophique sur l'individu, l'appartenance culturelle et la justice. Pour répondre à ces problématiques la CCC a dans certains cas, opté pour la défense d'une vision universaliste des droits en privilégiant les droits et libertés fondamentales sur la diversité culturelle (1), et en d'autres occasions elle a privilégié le respect du particularisme culturel pour garantir la survie culturelle (2).

§1 - Les libertés fondamentales : des valeurs universelles appliquées à toutes les cultures.

Une des positions de la CCC a été de donner la priorité aux droits fondamentaux sur la diversité culturelle et, plus particulièrement, sur le droit à l'autonomie des peuples indigènes. Dans cette perspective, la reconnaissance de la diversité culturelle reste limitée et les valeurs de la société majoritaire sont considérées comme un modèle à suivre pour toutes les autres cultures. Les premières décisions de la Cour sur cette question établissent un cadre interprétatif assez restrictif sur la diversité culturelle (1), elles déterminent que les droits individuels sont des droits universels applicables à toutes les cultures (2).

1. Une diversité culturelle constitutionnellement encadrée

L'affaire T-254 de 1994⁴⁶³ est un des premiers cas où la CCC est confrontée à la tension qu'impliquent l'unité et la diversité culturelle. Il s'agissait pour la Cour de déterminer si la punition imposée à un indigène de la communauté était ou non constitutionnelle. Dans cette affaire, les autorités de la communauté autochtone *El Tambo* ont puni un de leurs membres avec son expulsion et celle de sa famille pour avoir commis divers délits⁴⁶⁴. Les autorités ont décidé aussi de confisquer tous ses biens et de ne pas autoriser le fils de l'indigène à reprendre la terre de son père.

La Cour a considéré que les autorités ne pouvaient pas prendre les propriétés de l'indigène sans effectuer un type de compensation quelconque, car cela équivaut à la peine de la confiscation laquelle est interdite par la Constitution⁴⁶⁵. Également, la sanction qui a été imposée à la famille ne respecte pas le principe de la responsabilité pénale individuelle. Pour la Cour cette punition est aussi disproportionnée car les conséquences matérielles et culturelles, telles que le changement de l'horizon culturel pour l'indigène et la perte de toutes ses ressources économiques, sont particulièrement préjudiciables. Par contre, l'expulsion de la communauté de l'indigène puni, ne contredit pas la Constitution dans la mesure où l'on ne peut pas assimiler cette punition à l'exil, lequel est interdit par la Constitution et implique l'expulsion du pays.

Pour la CCC, la reconnaissance de l'autonomie politique et juridique aux communautés autochtones doit être comprise dans le respect des paramètres établis dans la Constitution. C'est-à-dire qu'elle doit être exercée selon les pratiques et les

⁴⁶³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-254 de 1994.

⁴⁶⁴ L'indigène sanctionné avait volé des produits agricoles et des animaux.

⁴⁶⁵ L'article 34 de la Constitution de Colombie établie : « Se prohíben las penas de destierro, prision perpetua y confiscacion. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social».

coutumes de la communauté à condition que celles-ci ne contredisent pas la Constitution et la loi⁴⁶⁶. Ce cadre normatif est destiné à assurer l'unité nationale.

En analysant ces paramètres, la CCC a établi quelques critères d'interprétation en cas de tension entre le principe de l'unité nationale et celui de la diversité et de l'autonomie indigène⁴⁶⁷:

- i. **Plus grande est la conservation des pratiques et des coutumes indigènes, plus grande sera l'autonomie reconnue.** Selon la CCC, en Colombie, les communautés indigènes ont souffert à des degrés différents de la destruction de leurs cultures à cause du processus de colonisation et des politiques d'intégration postérieures. Cette situation implique que l'on doit distinguer entre les groupes indigènes qui conservent leurs coutumes et pratiques culturelles des groupes qui ne les conservent pas. Les premiers doivent jouir d'une autonomie et d'un respect de leurs coutumes plus importants et les deuxièmes doivent être soumis à un degré majeur aux lois de la république⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Arts 246 et 330 de la Constitution de Colombie : **Article 246** : « Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. ». **Article 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; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. 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.»

⁴⁶⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-254 de 1994, § 7 et ss.

⁴⁶⁸ Ce critère d'interprétation a reçu des critiques importantes. Par exemple Daniel Bonilla signale qu'un tel critère encourage le gel des cultures indigènes car il ne prend pas en compte le fait que la plupart des groupes indigènes ont une culture qui est le résultat d'un processus d'hybridation des

- ii. **Les droits fondamentaux constituent un minimum obligatoire de connivence de tous les citoyens.** Le respect de la Constitution et des lois de la république est un devoir de tous les citoyens, inclus les indigènes. Les droits fondamentaux sont la limite matérielle du principe de la diversité ethnique et culturelle

- iii. **Les normes de l'ordre public de la république sont prioritaires sur les pratiques et les coutumes des communautés indigènes.** Pour cela ces normes doivent protéger une valeur constitutionnelle hiérarchiquement supérieure au principe de la diversité ethnique et culturelle. L'autonomie gouvernementale des peuples indigènes doit être pratiquée selon leurs coutumes et leurs pratiques en respectant les lois qui protègent des valeurs constitutionnelles de hiérarchie supérieure.

La CCC reconnaît qu'il existe une tension entre la reconnaissance constitutionnelle de la diversité ethnique et culturelle et la consécration des droits fondamentaux. Selon elle, ces derniers ont un fondement philosophique dans des normes transculturelles à vocation universelle destinées à garantir la paix entre les nations. Également, la Cour considère que le respect de la diversité culturelle suppose l'acceptation des *cosmovisions* et des standards évaluatifs différents et parfois contraires aux valeurs d'une éthique universelle.

Pour la Cour, on doit rejeter le relativisme éthique extrême. En s'appuyant sur les arguments de la philosophe hongroise Agnès Heller, la Cour dit que le véritable respect de la diversité culturelle impose le respect absolu des paramètres d'évaluation des diverses cultures. Cela, selon elle, oblige à défendre un relativisme

différentes traditions. Certaines communautés ont des valeurs traditionnelles mais aussi des valeurs plus ou moins modernes qui se trouvent en constant conflit. D'autres groupes se différencient difficilement des communautés paysannes, et finalement on trouve des communautés qui organisent leurs vies selon des coutumes qui n'ont pas beaucoup changé pendant des siècles. Selon lui les cultures indigènes se trouvent en constant changement et par conséquent la pureté culturelle ne devrait pas être le critère à partir duquel on interprète les droits d'autonomie des groupes indigènes. Bonilla, D., "Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Analisis del caso colombiano." *Conferencia en el 3er seminario internacional de investigacion, la investigacion en ciencias sociales y estudios politicos*, Universidad Nacional de Colombia, octubre 2005, p. 16.

modéré. De même, on doit admettre la comparaison des cultures sur le postulat de la tolérance et du respect de la spécificité culturelle, sauf dans le cas d'une inacceptable situation coercitive susceptible d'attenter à la vie, à l'intégrité ou à la liberté de la personne. Selon la Cour, il est nécessaire de défendre des minimums universels éthiques qui transcendent la spécificité des différentes cultures et qui permettent de construire un cadre du respect entre les civilisations⁴⁶⁹. Les chartes internationales des droits de l'homme obéissent à un tel raisonnement, et on les considère comme « la preuve historique la plus importante du consensus *omnium gentium* sur un déterminé système des valeurs⁴⁷⁰».

Selon la CCC, l'idée que les droits fondamentaux sont une limite au principe de la diversité ethnique et culturelle est acceptée par le droit international. On considère que les droits humains sont un code universel de connivence et de dialogue entre les cultures et les nations. Ils sont une condition pour la paix, la justice, la liberté et la prospérité de tous les peuples. La Cour s'appuie dans la Convention 169 de l'OIT articles 8 et 9 :

«

Article 8

- 1. En appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier.
- 2. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international. Des procédures doivent être établies, en tant que de besoin, pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe.
- 3. L'application des paragraphes 1 et 2 du présent article ne doit pas empêcher les membres desdits peuples d'exercer les droits reconnus à tous les citoyens et d'assumer les obligations correspondantes.

⁴⁶⁹ Heller, A., *Beyond Justice*, 1988. Citée par la CCC, arrêt T-254 de 1994.

⁴⁷⁰ Bobbio, N., "Presente y Futuro de los Derechos del Hombre" 1964, p. 132. Citée par la CCC, arrêt T-254 de 1994.

Article 9

- 1. Dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectées.
2. Les autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine ».

Dans ses considérations, la CCC a estimé que la communauté indigène *El Tambo* ne conservait pas la langue parlée par ses ancêtres ni une partie importante des coutumes et des traditions ancestrales. Cependant, dit la Cour, la communauté choisit ses propres autorités et elle a une administration collective de la terre. De même, les membres de la communauté partagent un objectif : ils s'identifient avec un passé autochtone commun, ils conservent des caractéristiques et des valeurs propres de sa culture, ainsi qu'un type de gouvernement et de contrôle social qui leur permet de s'identifier comme une communauté indigène.

En s'appuyant sur ces considérations le haut tribunal a décidé que la communauté *El Tambo* devait adopter une nouvelle décision conforme aux dispositions constitutionnelles. La punition que les autorités indigènes pouvaient imposer à l'indigène accusé devait respecter les principes de la légalité, de la procédure régulière, et de la responsabilité pénale individuelle.

La CCC dans cette décision opte pour une posture libérale de défense des Droits de l'homme. Selon elle, les groupes indigènes doivent respecter en toutes circonstances les droits individuels en tant que valeurs universelles et absolues⁴⁷¹. Ces droits ne sont pas culturellement relatifs car ils doivent être appliqués par tous les États et par toutes les communautés. Ils sont au-delà des frontières et ils font partie de l'idée universelle de justice.

⁴⁷¹ Bonilla, D., 2005, *Op. Cit.* p. 14

La vision de la nature humaine que défend la CCC dans cette affaire est celle d'un individu libre et égal aux autres. La conséquence de cette position dans la sphère publique est que tous les individus doivent avoir des droits destinés à s'opposer aux interventions injustes de l'État et de la communauté à laquelle ils appartiennent, sans prendre en compte les particularités culturelles.

2. Les droits individuels : des droits universels et absolus

L'arrêt T-254 de 1994 montre bien une des positions de la CCC face à la tension entre la reconnaissance de la diversité culturelle et les droits fondamentaux.

Pour la Cour, les droits individuels ne sont pas culturellement relatifs. Ils doivent être appliqués par tous les États et par toutes les communautés⁴⁷².

La reconnaissance de l'appartenance culturelle est interprétée par la CCC selon une perspective libérale de la justice. Rappelons-nous que pour le libéralisme, l'autonomie individuelle a une importance centrale. Selon cette vision, l'individu est la seule source de valeur morale dans la société. Par conséquent il est libre de choisir son mode de vie et de le changer s'il le souhaite. Pour le libéralisme, la collectivité en tant qu'entité occupe une place moins importante, et l'État pour sa part se caractérise par sa neutralité, et par le fait qu'il doit se limiter à fournir à chacun les conditions pour mener à bien le mode de vie qu'il a choisi.

Cela implique que les individus sont libres de questionner leur participation dans les pratiques sociales existantes. Ils peuvent, donc, faire des choix en s'éloignant de telles coutumes, dans le cas où ils considèrent qu'elles ne méritent pas d'être suivies.

Pour le libéralisme, le fait qu'une personne naît dans une société déterminée, n'implique pas qu'elle ne puisse pas mettre en question son appartenance à sa

⁴⁷² *Ibid.* p.14

communauté ou qu'elle ne puisse pas choisir des fins ou des projets de vie différents de celles de sa communauté ou de celles des autres membres.

Certaines opinions séparées des magistrats de la CCC nous montrent bien cette approche⁴⁷³. Bien que les arguments utilisés par les juges dans ces opinions ne fassent pas partie de la décision de la Cour, il nous paraît important de les mentionner car ils illustrent bien cette position. Dans l'opinion séparée de l'arrêt T-349 de 1996, le magistrat Herrera manifestait que les droits individuels se trouvent au-delà des frontières politiques car ils font partie de l'idée universelle de justice. Selon lui, le droit à la légalité dans la procédure est un droit universellement reconnu qui peut être accepté par la coutume des communautés indigènes. Dans toute procédure juridique réalisée par un groupe autochtone les garanties de ce droit peuvent être appliquées, notamment le droit à la défense⁴⁷⁴.

Le magistrat Hernandez Galindo dans son opinion dissidente de l'affaire SU-510⁴⁷⁵ de 1998 manifestait que la reconnaissance constitutionnelle de la dignité de toutes les personnes et de leurs droits, concerne aussi les indigènes. D'après lui, on ne peut pas les considérer comme des êtres inférieurs ou des êtres sans conscience individuelle, incapables de faire des choix religieux même si ces choix ne correspondent pas aux croyances ancestrales de la communauté.

En faisant référence à la tension entre le droit à la liberté religieuse et les droits d'autonomie de peuples indigènes, le magistrat dit, « la liberté religieuse est garantie quand l'on protège aussi le droit fondamental des prédicateurs de chaque religion à prêcher les dogmes de leurs religions même dans des territoires indigènes. Cela permet aux indigènes comme aux autres citoyens de choisir la religion qui leur convient le plus. On ne protège pas les coutumes traditionnelles des peuples

⁴⁷³ La Cour constitutionnelle de Colombie suit la tradition anglo-saxonne où le juge qui n'est pas d'accord avec la majorité de ses collègues et donc avec le jugement a le droit de rendre publique son opinion. Elle peut être dissidente s'il est en désaccord avec la solution, concordante s'il approuve la solution mais n'est pas d'accord avec le raisonnement qui aboutit à cette solution. Pour une explication des opinions séparées voir l'interview à l'ancien président de la président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa sur : <http://www.justice-en-ligne.be/article382.html>

⁴⁷⁴ Magistrat Herrera Vergara, opinion séparée de l'arrêt T-349 de 1996.

⁴⁷⁵ On étudiera cette affaire de manière plus détaillée dans la section suivante.

indigènes en empêchant leurs membres de connaître de nouveaux éléments pour la formation de leurs consciences individuelles. Cela implique une sorte de paternalisme qui n'est pas en accord avec la Constitution. La Constitution n'exclut pas les indigènes de la protection des libertés fondamentales seulement par le fait d'avoir des origines différentes du reste de la population. Bien que l'exercice du droit de promulgation d'une religion doive se faire dans le respect des normes communautaires, les autorités indigènes n'ont pas des droits absolus et ils ne peuvent pas violer les droits fondamentaux des membres de la communauté en les empêchant d'avoir accès aux autres croyances religieuses⁴⁷⁶».

Egalement, le magistrat Naranjo Mesa dans son opinion séparée de l'arrêt SU-510 de 1998 a manifesté que le principe de la diversité ethnique et culturelle n'a pas la primauté sur les droits fondamentaux. Pour lui, le droit à la liberté de conscience et le droit à la liberté de religion ne dépendent pas du contexte culturel dans le lequel l'individu naît. Ces libertés émanent de la condition humaine de l'homme libre et rationnel et cela permet à l'individu de s'autodéterminer. Selon lui, on peut considérer qu'après le droit à la vie, le droit à la liberté de conscience a une importance particulière due à son lien avec la rationalité de l'être humain. Ce droit est le même dans tous les contextes socioculturels. On ne peut pas limiter ce droit en vertu de la protection des autres biens telle que la diversité culturelle⁴⁷⁷.

D'après le magistrat Naranjo Mesa, à la différence des libertés et des droits fondamentaux, les caractéristiques d'une culture déterminée sont des constructions humaines susceptibles d'être changées. Ces caractéristiques ne sont pas des facteurs inhérents à la condition humaine, laquelle au contraire, est invariable. Bien que la diversité culturelle soit une valeur, on ne peut pas considérer qu'elle émane de la condition humaine. La liberté d'autodétermination est inhérente à l'être humain. C'est pour cela que le droit à la liberté de conscience doit être prioritaire sur n'importe quelle valeur culturelle⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Magistrat Hernandez Galindo, opinion séparée de l'arrêt SU-510 de 1998.

⁴⁷⁷ Magistrat Naranjo Mesa, opinion séparée de l'arrêt SU-510 de 1998.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

Nous pouvons distinguer dans la décision T-254 de 1994 et dans les opinions séparées citées plus haut, la défense d'un modèle multiculturel libéral comme celui défendu par Le philosophe Will Kymlicka. Rappelons-nous que ce philosophe distingue dans les demandes des groupes minoritaires deux dimensions : les demandes de « contrainte interne » et les demandes de « protection externe ». Les premières sont destinées à protéger le groupe contre les effets déstabilisateurs de la dissidence de ses membres, rétifs à adopter les pratiques et coutumes traditionnelles. Les deuxièmes, permettent de protéger le groupe contre les effets résultants de décisions externes, par exemple des décisions économiques et politiques prises au sein de la société majoritaire et qui lui seraient défavorables.

Selon Will Kymlicka, les régimes politiques démocratiques et particulièrement ceux qui pratiquent une politique libérale multiculturelle doivent rejeter les mesures de « contrainte interne », mais peuvent et doivent soutenir certaines « protections externes », notamment lorsqu'elles favorisent l'équité entre les groupes. Pour lui, le droit à la liberté et le droit de choisir son projet de vie sont fondamentales⁴⁷⁹.

§2- Le respect du particularisme culturel : la seule garantie de la survie des minorités culturelles.

Une deuxième interprétation que la CCC fait de la tension entre l'unité et la diversité culturelle, est celle de privilégier la défense du particularisme culturel. Bien que la Cour ne tombe pas dans la défense d'un relativisme culturel extrême, elle estime que la reconnaissance du principe de la diversité culturelle implique une ouverture à d'autres visions du monde et au respect de pratiques culturelles diverses. Dans cette interprétation, l'autonomie politique et juridique des peuples indigènes doit être maximisée (1), et la survie de la culture traditionnelle est considérée comme un droit fondamental (2).

⁴⁷⁹ Kymlicka, W., 2001, *Op. Cit.* p. 58-71

1. La maximisation de l'autonomie des communautés indigènes.

La CCC a aussi opté pour une maximisation de l'autonomie des communautés indigènes et pour une certaine défense du particularisme culturel. Selon la Cour, « la reconnaissance constitutionnelle de la diversité ethnique et culturelle oblige l'État à garantir la coexistence pacifique de toutes les façons de voir le monde. Cette mission de l'État est conflictuelle car souvent ces conceptions sont antagonistes et parfois même incompatibles avec les valeurs qu'il a choisies pour garantir la connivence. Il existe, notamment, une tension entre la reconnaissance des groupes culturels avec des traditions, des pratiques et des ordres juridiques divers et les droits fondamentaux à caractère universel. Pendant que la plupart des personnes considèrent que ces derniers sont nécessaires pour la compréhension entre les nations, il y a aussi des personnes qui s'opposent à l'existence des postulats supraculturels comme une façon de réaffirmer sa différence et parce que selon leur *cosmovision* ces postulats ne sont pas contraignants.

En d'autres termes, même s'il est clair qu'il existe une difficulté pour comprendre les cultures selon un point de vue universel, l'État doit assurer la paix sociale et favoriser le vivre ensemble à l'intérieur de son territoire. Pour cela, il doit garantir les droits de ses associés en tant que citoyens avec la reconnaissance de leurs besoins particuliers en tant que membres de groupes culturels différents. Dans cette tâche, il est interdit à l'État d'imposer une conception du monde particulière, même si pour lui elle est précieuse, car dans le cas contraire il ne respecterait pas le principe de la diversité ethnique et culturelle ni le principe de traitement égalitaire pour toutes les cultures⁴⁸⁰».

Dans l'affaire T-349 de 1996⁴⁸¹ le juge a établi que la diversité culturelle est justement reconnue si les groupes indigènes ont un niveau élevé d'autonomie. Pour

⁴⁸⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-523 de 1997. §. 2.1.

⁴⁸¹ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-349 de 1996. Voir aussi les arrêts : C-139 de 1996 et T-523 de 1997.

la CCC, la seule façon de protéger et de promouvoir la diversité culturelle est celle où l'on permet aux peuples indigènes de vivre leurs traditions en accord avec leurs visions du monde. L'unique intervention légitime que peut faire l'État dans la vie d'une communauté est celle qui est destinée à protéger une valeur supérieure à la diversité culturelle.

Dans cette affaire, les autorités indigènes ont capturé un des membres de la communauté car il était soupçonné d'avoir participé à l'homicide d'un autre membre de la communauté. L'indigène s'est échappé et il s'est livré aux autorités nationales. Les autorités indigènes ont jugé l'indigène par contumace et l'ont condamné à huit années de prison ferme. Quelque temps après, la communauté a décidé d'augmenter la peine à vingt ans de prison ferme dans une institution pénitentiaire du niveau national. Les familles des victimes et de l'indigène incriminé étaient présentes dans le jugement, tel que prévu dans la tradition de la communauté.

La Cour a considéré que la reconnaissance de la diversité culturelle est orientée de façon à permettre aux minorités de défendre leurs traditions face aux interventions injustifiées de la culture majoritaire. C'est pourquoi, selon la Cour, le principe de la diversité culturelle doit être interprété dans le sens où l'autonomie des communautés indigènes soit maximisée et les mesures destinées à sa restriction doivent être minimisées. Cette interprétation est la seule façon de garantir la survie culturelle des minorités.

Cependant les restrictions à l'autonomie des peuples indigènes sont légitimes quand elles sont nécessaires pour protéger une valeur constitutionnelle de hiérarchie supérieure. Également, ils le sont quand le coût à supporter pour la communauté est le moins significatif et finalement quand les caractéristiques de la minorité ont été prises en compte.

Pour la Cour, l'autonomie de la communauté indigène et la possibilité de maintenir la cohésion du groupe, dépend de la possibilité pour elle d'établir et d'organiser ses relations internes. Les limites à cette autonomie doivent être minimales, c'est-à-dire qu'elles doivent être mobilisées pour empêcher toute atteinte intolérable niant les

biens les plus précieux pour l'homme : la vie, la prohibition de l'esclavage et l'interdiction de la torture⁴⁸².

Dans sa décision, la Cour a jugé que la communauté Embera-Chami avait violé le droit de la légalité de la peine, car les autorités indigènes avaient imposé une peine qui n'était pas prévue dans son ordre juridique. La Cour a décidé de demander à la communauté si elle souhaitait juger à nouveau l'indigène en imposant une sanction traditionnelle, ou si au contraire elle souhaitait que le cas soit décidé par la justice ordinaire.

La CCC a repris ce raisonnement dans l'affaire T-523 de 1997 et a déterminé que le fouet comme mesure de punition n'était pas contraire à la Constitution. Dans ce cas, un indigène de la communauté Paez avait été condamné à soixante coups de fouet et à son expulsion de la communauté pour avoir assassiné une autorité indigène.

Selon la Cour, le fouet en tant que punition montre clairement la tension entre deux types de pensée : celui de la société majoritaire et celui de la communauté Paéz. Pour la première on punit l'individu car il a commis un délit. Pour la deuxième, la punition se fait pour rétablir l'ordre de la nature et pour dissuader les membres de la communauté de commettre des fautes dans l'avenir. La première désapprouve les châtiments corporels car ils sont une atteinte à la dignité humaine. La deuxième les considère comme un élément purificateur nécessaire pour l'individu qui a commis une faute afin qu'il puisse se sentir libéré.

Face à cette problématique, la Cour se pose la question suivante : Doit-on privilégier la vision de la culture majoritaire ? La Cour répond en disant : « Non, car dans une société qui se considère pluraliste aucune vision du monde ne doit être privilégiée et encore moins être imposée aux autres. Selon les préceptes constitutionnels, la *cosmovision* des groupes aborigènes doit faire l'objet du plus grand respect. Les

⁴⁸² Voir aussi : les arrêts T-001 de 2012, T-097 de 2012. Dans la section suivante on développera plus en détail cette question.

seules restrictions, comme l'a dit ce tribunal, sont le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction de la torture⁴⁸³».

D'après la CCC, le fouet en tant que punition ne peut pas être assimilé à la torture dans les termes de l'article 1 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁴⁸⁴. Pour le juge, toutes les sanctions ne produisent pas des souffrances qui rentrent dans cette catégorie⁴⁸⁵. Dans la communauté Paez, le fouet est une des sanctions les plus utilisées comme mesure punitive. Il s'agit de donner un coup de fouet dans la partie inférieure de la jambe de l'indigène puni. Bien que cette peine produise une affliction, pour la Cour, sa finalité n'est pas ici d'occasionner une souffrance excessive, mais de représenter la foudre en tant qu'élément de purification de l'individu. C'est donc, une figure symbolique ou un rituel qui est utilisé par la communauté pour sanctionner l'individu et pour retrouver l'harmonie⁴⁸⁶.

Dans cette affaire, la CCC a jugé que l'on ne peut pas imposer aux communautés indigènes les systèmes de sanctions ou de punitions de la culture occidentale. Une telle imposition n'est pas compatible avec le principe de la diversité culturelle. « D'autre part, la Cour trouve pleinement justifié la réponse de la communauté qui

⁴⁸³ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-523 de 1997. § 3. 3.3

⁴⁸⁴ Article premier :

1. Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelque qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

⁴⁸⁵ Selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme toutes les peines corporelles ne peuvent pas être assimilées à la torture. Pour qu'elles soient considérées comme telle, les souffrances occasionnées doivent être graves et cruelles. La souffrance doit être analysée selon les circonstances de chaque cas en particulier : la durée de la peine, les effets physiques et moraux, le sexe et l'âge de la personne, et même le contexte politique dans lequel la peine est appliquée. Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-523 de 1997.

⁴⁸⁶ Dans l'arrêt T-349 de 1996 la Cour a établi que la pratique du *cepo* (fouet) de la communauté embera-chami n'était pas un traitement cruel ou inhumain, car il s'agit d'une punition qui fait partie de sa tradition et que la communauté la considère importante pour son effet d'intimidation et pour sa courte durée.

s'oppose à la pratique des institutions étrangères comme un mécanisme de préservation de sa culture. L'attitude des juges d'instance de vouloir imposer l'utilisation d'un avocat dans cette affaire est contraire au principe de la diversité ethnique et culturelle, car dans une société qui reconnaît l'existence de différentes façons de voir le monde, il n'est pas souhaitable de privilégier les pratiques d'une cosmovision déterminée, ni d'exiger qu'un groupe humain renonce aux traditions et aux valeurs déterminantes pour la survie de sa culture⁴⁸⁷».

2. Le droit à la survie de la culture traditionnelle.

Dans l'affaire SU-510 de 1998 les autorités d'une communauté indigène Arhuaca ont imposé des restrictions à la liberté religieuse de certains membres de sa communauté car ils professaient la religion du pentecôtisme qui n'est pas la religion traditionnelle. L'église pentecôtiste avait conseillé aux indigènes de ne pas accepter les autorités religieuses et politiques de la communauté et de remettre en question certaines traditions importantes de la communauté tels que la consommation de la feuille de coca ou l'adoration de la nature. Les autorités indigènes ont pris la décision de fermer le lieu de culte de cette église, d'interdire les cérémonies religieuses et les activités des évangélistes. De même, les autorités ont puni physiquement et ont enfermé en prison certains membres de l'église pentecôtiste. Le pasteur a été expulsé de la communauté.

Après une analyse des preuves et des expertises, la CCC a conclu que la structure de la culture Arhuaca était incompatible avec les valeurs promulguées par l'église pentecôtiste. Cette culture est théocentrique et les domaines religieux, politique et familial se trouvent étroitement liées. Cela veut dire qu'un changement des croyances religieuses implique une transformation de toute la structure politique de la communauté. De plus, le caractère individualiste des valeurs pentecôtistes se trouve en contradiction avec la vision collective de cette culture et de ses valeurs et coutumes.

⁴⁸⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T- 523 de 1997. *Op.Cit.* §. 3.3.2

Selon la Cour, la Constitution garantit le droit aux individus de choisir son projet de vie, de le mettre en question et de le changer s'ils le considèrent nécessaire. Les individus peuvent aussi appartenir à plusieurs groupes et décider sur le degré d'implication qu'ils souhaitent avoir avec chacun.

Les communautés indigènes ont des droits spéciaux que les autres citoyens n'ont pas grâce à l'occupation d'un territoire ancestral et d'une culture propre. La finalité de ces droits est celle de protéger les différentes cultures et de promouvoir son épanouissement. Cependant, pour la Cour, la Constitution n'impose pas aux membres des communautés indigènes l'obligation de vivre dans leurs cultures, c'est-à-dire que les indigènes ont la possibilité de quitter leurs communautés s'ils le souhaitent.

D'après la CCC les principes constitutionnels sur la diversité culturelle sont des valeurs juridiques réelles qui doivent être utilisées comme des critères d'interprétation constitutionnelle. Ces principes représentent l'acceptation de la multiplicité des formes de vie différentes de celles de la culture occidentale.

En outre, pour la CCC, les communautés indigènes doivent être considérées comme des sujets de droits différents aux membres qui forment la communauté. En tant que sujets, les communautés ont le droit à la vie, c'est-à-dire le droit à la survie culturelle, le droit à l'intégrité ethnique et culturelle, le droit à la propriété collective de leurs terres et le droit de participer aux décisions sur l'exploitation des ressources naturelles que se trouvent sur leurs territoires.

La Cour reconnaît que l'exercice de l'autonomie indigène peut générer des tensions avec certaines normes de l'ordre national, notamment avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution. Cependant, dans ce type de situations l'interprète doit être guidé par le principe de maximisation de l'autonomie et de minimisation des restrictions. Autrement dit, pour la CCC, le principe de la diversité culturelle doit être prioritaire quand il n'existe pas un intérêt constitutionnel de hiérarchie supérieure, tels que les biens les plus précieux pour l'être humain.

La Cour a décidé que les autorités du groupe indigène pouvaient limiter la liberté religieuse des membres de leur communauté afin de garantir la survie de leur culture traditionnelle. Selon le haut tribunal, la reconnaissance de l'autonomie judiciaire et gouvernementale des communautés indigènes implique que les autorités indigènes soient autorisées à décider sur la vie publique et privée en conformité à leurs traditions et coutumes.

Le haut tribunal a considéré que les traditions et la cohésion de la communauté étaient menacées par les idées promulguées par l'église pentecôtiste. Le caractère théocentrique de la communauté autochtone se trouve en tension avec les dogmes et pratiques du groupe évangélique. Pour la Cour, si l'on oblige une communauté indigène à accepter la présence d'une religion sur son territoire, on l'oblige alors à organiser sa vie avec des valeurs différentes de la tradition de laquelle elle se réclame. Une telle situation peut contribuer à la disparition de cette même communauté.

Selon la Cour, les groupes indigènes ont l'obligation de respecter les droits individuels de leurs membres. L'exception à cette règle est l'existence de preuves suffisantes qui démontrent que la culture traditionnelle peut disparaître si les autorités indigènes n'implémentent pas des restrictions aux droits de ses membres.

La Cour a jugé que les peines imposées et les restrictions aux activités évangélisatrices étaient légitimes. Les groupes indigènes ont le droit de préserver leur religion et de décider du degré et de la façon d'établir contact avec le monde blanc. Le territoire de la communauté s'est trouvé en étroite relation avec la vision théocentrique du monde et par conséquent on ne peut pas le considérer comme un espace public où l'on peut débattre sur les différentes religions du monde. L'arrivée des nouveaux dieux sur le territoire indigène constitue une profanation des symboles sacrés de la culture traditionnelle.

Les autorités indigènes ont le droit d'interdire l'entrée des individus étrangers sur son territoire et dans la communauté. Son territoire est protégé par l'article 669 du Code civil.

Néanmoins, la Cour a considéré qu'il n'est pas légitime que les autorités arhucas punissent les membres de la communauté pour le fait d'avoir abandonné la vision du monde traditionnelle et qu'ils en adoptent une nouvelle. Dans ce sens, les autorités indigènes ne peuvent pas empêcher les membres de l'église pentecôtiste à participer aux cérémonies religieuses hors du territoire indigène.

La problématique de la liberté de culte à l'intérieur des communautés indigènes a été aussi étudiée dans l'affaire T-1022 de 2001. Dans ce cas, la Cour devait décider si la communauté indigène Yanacoma pouvait empêcher l'église Pentecôtiste de faire et d'organiser des manifestations religieuses à l'intérieur de son territoire.

Dans son argumentation, la CCC prétend qu'à cause de la colonisation, les communautés indigènes ont souffert de l'implantation généralement violente des institutions politiques et religieuses étrangères à leurs cultures. Dans ce contexte, la communauté Yanacoma a adopté le catholicisme comme religion du groupe.

Selon la Cour, les racines et les valeurs qui permettent la permanence d'un peuple indigène ne sont pas fixes ni statiques. Au contraire la communauté indigène doit être comprise comme une société mobile qui de façon permanente vit des mutations plus ou moins significatives⁴⁸⁸.

Pour le haut tribunal, le conflit entre les autorités indigènes et les représentants de l'église pentecôtiste va plus loin que la simple confrontation entre la religion catholique et la religion protestante. Cette confrontation religieuse a eu des conséquences sur la structure politique, sociale et économique de la communauté. En effet, les indigènes qui se sont convertis à la religion pentecôtiste refusent certains aspects du mode de vie et des traditions ancestrales de la communauté.

D'après la CCC, la survie culturelle est un droit fondamental⁴⁸⁹. Dans ce sens, quand les membres de la communauté indigène qui se sont convertis à la religion du pentecôtisme ne reconnaissent pas les autorités de la communauté et ne pratiquent

⁴⁸⁸ Cour constitutionnelle de Colombie arrêt, T- 1022 de 2001

⁴⁸⁹ Voir aussi : Cour constitutionnelle de Colombie arrêts: T-342 de 1994 et SU-039 de 1997.

plus les activités communautaires, ils attendent au droit de la communauté à maintenir sa culture. Les autorités indigènes ont donc le droit de prendre des mesures pour protéger la culture communautaire.

La Cour reconnaît qu'il est légitime d'estimer qu'à l'avenir, la communauté Yanacona peut accepter une religion différente de la religion catholique comme celle du pentecôtisme. Cependant, un tel processus devra se faire en respectant l'identité et la culture du peuple Yanacona et non l'inverse comme le voulaient les Pentecôtistes dans cette affaire. Pour la Cour, les valeurs culturelles peuvent être transformées par des forces endogènes ou exogènes à condition que l'on préserve « l'identité dynamique qui constitue la pierre angulaire de la communauté indigène⁴⁹⁰ ».

La Cour a décidé que les droits à l'intégrité ethnique et culturelle du peuple Yanacona ont la primauté sur le droit à la liberté religieuse. Les membres de la communauté qui participent aux célébrations religieuses du pentecôtisme devront le faire en dehors du territoire de la communauté. Pour sa part, les autorités indigènes ont le droit d'expulser du territoire le prédicateur de l'église pentecôtiste.

Section B. L'accord interculturel

Pour placer la diversité culturelle dans l'ordre constitutionnel tout en garantissant l'unité nationale et le respect des droits de l'homme, la CCC établit un consensus transculturel qui est représenté par certains droits devant respecter toutes les cultures (1). Néanmoins, la Cour ne se limite pas à instaurer un tel consensus elle met aussi en place, une démarche fondée sur le dialogue et la concertation interculturelle, notamment dans les cas des enfants indigènes (2).

⁴⁹⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-1022 de 2001. *Op.Cit.* § 4.

§-1. Le droit à la vie, l'interdiction de la torture, la prohibition de l'esclavage : le consensus entre les cultures.

La Cour considère qu'il existe certains droits qui doivent être respectés par toutes les cultures, dans la mesure où ils représentent les biens et les valeurs les plus importantes pour l'être humain. L'atteinte à ces droits est presque considérée comme une négation de la personne même et de sa condition humaine (1). Ce consensus interculturel s'inscrit dans un contexte dans lequel le caractère universel des droits de l'homme est fortement contesté et les demandes d'une réinterprétation culturelle de ces droits se font de plus en plus présentes (2).

1. Les valeurs transculturelles

Dans la section précédente, nous avons signalé que le principe de la maximisation de l'autonomie indigène est destiné à garantir la survie de l'identité culturelle et la cohésion du groupe. Nous affirmions aussi, que pour la Cour ce principe peut être limité seulement par ce qui est véritablement intolérable, c'est-à-dire toute atteinte aux biens les plus précieux de l'homme.

Pour la CCC, ces biens se trouvent représentés dans le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction de la torture. D'après la Cour, il existe deux raisons qui peuvent justifier le choix de ces droits : « en premier lieu, on peut parler de l'existence d'un véritable consensus interculturel seulement en ce qui concerne le respect de ces droits⁴⁹¹. En deuxième lieu, ce groupe de droits fait partie du noyau intangible des droits de l'homme, reconnu par tous les traités des droits humains. Ces droits ne peuvent pas être suspendus même dans des situations de conflit armé.

⁴⁹¹ La Cour fonde son argumentation sur le consensus dans les références bibliographiques suivantes: Abdullahi Ahmed An-na'im, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment" en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y Richard Falk, "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights".

En effet, l'article quatre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 (approuvé pour la Loi 74 de 1968) établi :

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur de peau, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. [...]

Également, l'article 15 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* de 1950 établie :

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3 (interdiction de la torture), 4 (interdiction de l'esclavage de la servitude) (paragraphe 1) et 7.

D'autre part, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (approuvé par la Loi 78 de 1986) dans son article 2 paragraphe 2, dispose :

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture.

Finalement, l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* de 1949, relatives à la guerre (approuvé par la Loi 5 de 1960), prévoit :

« En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties du conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

[...]

A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus (Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes) :

a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;

[...]

c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ; [...] ⁴⁹² »

Dans l'arrêt T-002 de 2012 la CCC a signalé que l'article premier de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité » représente le consensus auquel tous les États sont arrivés en matière des Droits de l'homme. Il existe certains droits essentiels qui émanent de la nature humaine⁴⁹³. Pour la Cour, ces droits ne peuvent pas être méconnus en argumentant des raisons de type culturaliste. Cependant, l'évaluation d'une éventuelle atteinte aux droits à la dignité humaine et à la légalité dans la procédure, doit se faire en prenant en compte les spécificités culturelles de la communauté en question.

⁴⁹² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-349 de 1996. § 2.3 Voir aussi arrêt SU-510 de 1998.

⁴⁹³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-002 de 2012. Note de bas de page 24.

À l'ensemble des droits qui représentent le consensus, la CCC ajoute le droit à la légalité dans la procédure et le droit à la légalité des peines et des délits. Selon la Cour, la Constitution exige que le jugement se fasse en conformité aux normes et aux procédures de la communauté indigène. Cela présuppose l'existence d'une procédure qui est antérieure au jugement des conduites. Cette exigence ne peut pas aller plus loin de ce qui est nécessaire pour assurer la prévisibilité des actes des autorités indigènes, sinon on ne respectera pas les façons propres de production des normes et des rituels autochtones du jugement.

Afin de pouvoir déterminer ce qui est prévisible dans une communauté, le juge devra consulter les spécificités de l'organisation sociale et politique de la communauté en question, ainsi que son ordre juridique. Le principe de légalité en accord avec la prévisibilité n'implique pas de faire place à l'arbitraire, car les autorités indigènes sont obligées d'agir de la même manière qu'elles l'ont fait dans le passé, en accord avec leurs traditions. Cela n'implique pas que les normes communautaires doivent devenir des normes statiques dans la mesure où toute culture est essentiellement dynamique⁴⁹⁴.

2. Les droits de l'homme face au défi de la diversité culturelle

Le consensus interculturel de la CCC s'insère dans un contexte académique où l'universalité aveugle des droits de l'homme est fortement questionnée. On accepte de plus en plus que l'universalité doive être interprétée selon le langage de la diversité culturelle.

Les droits de l'homme qui pouvaient apparaître au sortir de la Seconde Guerre mondiale comme un projet mobilisateur de société pacifiée semblent de plus en plus contestés. Le mouvement qui critique les droits de l'homme remettant en question leur prétention à l'universalité en relevant leur caractère occidental s'est affirmé avec

⁴⁹⁴ *Ibid.*

la multipolarisation du monde qui a suivi la chute du mur de Berlin et l'effondrement d'un monde bipolaire flanqué de quelques nations non-alignées⁴⁹⁵.

Dans la Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne en 1993, le caractère universel de ces droits a été affirmé, ainsi que l'engagement de tous les États à les faire respecter. Cependant, des critiques quant à la relativité des droits de l'homme ont été évoquées lors de la conférence des gouvernements d'Asie, du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord.

Bien que la déclaration réaffirme le caractère universel, indissociable et interdépendant des droits de l'homme, elle ouvre une petite porte à la diversité culturelle.

« Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité en leur accordant la même importance. S'il convient de pas perdre de vue l'importance de particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales⁴⁹⁶».

La dynamique des droits de l'homme intègre la notion de culture. Selon Christoph Eberhard, cette évolution qui n'est pas sans provoquer des heurts et des remises en question même dans la théorie la plus large des droits de l'homme constitue un véritable défi d'ouverture/réinterprétation culturelle d'approche de ces droits⁴⁹⁷.

Pour preuve de cette ouverture, on constate la réappropriation du discours des droits de l'homme et de sa formalisation par d'autres cultures. Même s'ils n'ont pas une

⁴⁹⁵ Eberhard, C., *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, 2002. *Op. Cit.* 2002, p.13

⁴⁹⁶ Déclaration et programme d'action de Vienne adoptés par la conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin de 1993. Paragraphe 5. P.20 Cité aussi par Eberhard, C., *Op. Cit.* p. 54

⁴⁹⁷ Eberhard, C., 2002, *Op. Cit.* p. 67

véritable valeur juridique les déclarations non-occidentales⁴⁹⁸, sont un exemple de réponse aux besoins interculturels⁴⁹⁹.

Dans la Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, adoptée par l'UNESCO en 1966 ont été établis les premiers pas à une reconnaissance de la culture comme entité à part entière⁵⁰⁰.

« 1. Toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées.

2. Tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture.

3. Dans leur variété féconde, leur diversité et l'influence réciproque qu'elles exercent les unes sur les autres, toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité⁵⁰¹ ».

Vingt ans après la déclaration sur le droit au développement adoptée par l'Organisation des Nations Unies réagissant à la déculturation de nombreux pays sous la vague de l'uniformisation technique et culturelle, réaffirme la composante culturelle du développement. Selon Norbert Rouland, cette déclaration a contribué à faire des droits culturels des véritables droits à l'identité et à la différence⁵⁰².

En faisant référence à cette déclaration, Patrice Meyer-Bisch écrit : « le droit culturel est reconnu comme un composant nécessaire de l'identité des individus et des peuples. Ce n'est plus un droit à participer à une vie culturelle générale, ni seulement

⁴⁹⁸ Le début des années quatre-vingt a vu apparaître un grand nombre des déclarations de droit de l'homme se réclamant des traditions juridiques et des courants de pensée non occidentaux ayant une vocation à l'universalité. Par exemple, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 28 juin 1981, qui a l'originalité de conjuguer les droits de l'homme avec les droits des peuples. La Déclaration universelle des droits de l'homme en Islam de 1981 et la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam de 1990. Et la Déclaration de Bangkok de 1993. *Ibid.*, p.72ss

⁴⁹⁹ *Ibid.* p. 68

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ Article 1 de la Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale. UNESCO. Citée par Eberherad, C., *Op. Cit.*p.70

⁵⁰² Rounald, N., « L'archipel des droits de l'homme » Sélection d'articles (1989-1995). LAJP. P. 198. Consulté sur : «http://rs.sqdi.org/volumes/08.1_-_rouland.pdf

à bénéficier des avantages de la science et de la technique, ce n'est plus un simple besoin ou une aspiration mais un droit de l'homme authentique, c'est-à-dire un droit à être soi-même, à parler sa langue, à transmettre des valeurs personnelles et nationales à ses enfants, à appartenir à un peuple et à concevoir avec lui un développement endogène [...] ⁵⁰³».

Dans l'article « Vers un droit universel, la fin d'un vieux rêve » François Ost mettait en question la possibilité d'appliquer, sur le terrain juridique, la thèse de Francis Fukuyama qui, dès 1989, annonçait « la fin de l'histoire ». Selon cette thèse, après l'effondrement du communisme soviétique, il n'y aurait plus d'alternative crédible à l'économie libérale de marché à l'américaine. Le capitalisme démocratique, ou la « démocratie de marché » est la seule véritable vision de la modernité, et, selon sa logique interne, cette vision va s'imposer progressivement au monde entier, ce qui devrait donner naissance à une civilisation universelle qui marquera la fin de l'histoire ⁵⁰⁴.

Pour réfuter cette idée François Ost se sert de l'image de la babélisation : « C'est un phénomène bien connu des linguistes : sitôt un langage s'est-il imposé de façon dominante, qu'il commence à subir un mouvement de différenciation interne, signe de sa réappropriation singulière par les groupes de locuteurs ⁵⁰⁵». Pour lui, les ordres juridiques n'échappent pas à ce phénomène.

Ainsi, si la Déclaration universelle des droits de l'homme, doit être conciliée avec la Convention de l'Unesco sur la diversité culturelle qui présente cette diversité comme « caractéristique inhérente à l'humanité » et la qualifie de « patrimoine commun de l'humanité ». François Ost affirme : « il faut donc en convenir : notre patrimoine est

⁵⁰³ Meyer-Bisch, P., *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*. Suisse: Editions Universitaires Fribourg, 1992.P.215. Citée par Eberhard. *Op. Cit.*p. 70.

⁵⁰⁴ Ost, F., « Vers un droit universel, la fin d'un vieux rêve ? », in Marcel SENN *et al.*, *Archiv für Rechts- un Sozialphilosophie*, 2010, p.55.

⁵⁰⁵ François Ost cite l'exemple de l'esperanto, qui selon lui, a payé son succès relatif d'une telle « fatalité » babélieuse. *Ibid.*, p. 65

diversifié, et l'humanisation s'entend à la fois d'un mouvement d'universalisation qui rapproche et de poussées de spécialisation qui diversifient⁵⁰⁶».

Les droits de l'homme reflètent donc des logiques contradictoires. Selon François Ost, l'étude attentive de l'abondante casuistique qu'ils génèrent révèle que, loin de fonctionner comme des concepts fixes constituant un socle de valeurs universelles, ils opèrent « comme des processus transformateurs qui déclenchent un mouvement de mise en compatibilité des différences⁵⁰⁷ ». Les exemples de la technique strasbourgeoise de la « marge nationale d'appréciation », de même que la notion canadienne d'« accommodements raisonnables » sont, parmi d'autres, des procédés destinés à concilier l'homogénéisation transnationale des solutions et les particularités nationales (dans le premier cas) ou les valeurs collectives (dans le second)⁵⁰⁸.

François Ost se pose les questions suivantes : est-il possible, dans un monde pluraliste et pluriculturel, de formuler des principes de justice et des règles de discussion valables universellement, indépendamment de la diversité des personnes, des communautés et des cultures ? Ne pourrait-on découvrir, dans le champ politique, un principe qui opérerait à la manière de la « main invisible » sur le marché⁵⁰⁹?

Il répond à ces questions en proposant l'alternative cosmopolitique. Cette alternative « tracerait la troisième voie entre le Charybde de l'arrogance universaliste et le Scylla de l'insularité particulariste. » Il s'agit de penser les conditions sinon d'un universel *a priori*, du moins d'une visée d'universel, une *universalisation* construite à partir d'une multitude de points de vue différents.

⁵⁰⁶ *Ibid.* p. 64

⁵⁰⁷ François Ost reprend cette affirmation de M. Delmas-Marty, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, in *Cours et travaux du Collège de France, résumés 2007-2008*, p. 528

⁵⁰⁸ Ost, F. *Op. Cit.* p. 64

⁵⁰⁹ Question à la quelle les libéraux ont répondu positivement.

§-2. Une démarche interculturelle

La Cour ne se limite pas à établir un consensus culturel comme limite à la diversité culturelle, sinon qu'elle va mettre en place une démarche interculturelle fondée sur le dialogue et la concertation. Les affaires des enfants indigènes vont être l'opportunité pour le juge de la mettre en place (1). Cette démarche s'inscrit dans un contexte académique où la méthode de l'herméneutique diatopique et dialogal est mobilisée pour réinterpréter les droits de l'homme selon l'optique de l'interculturalité (2).

1. Le cas des mineurs indigènes

Le 2 septembre 2014 le journal colombien *El espectador* publiait une information intitulée « Quand la justice indigène s'impose » où il parlait d'« Une histoire d'amour touchée par la vision de la société majoritaire⁵¹⁰ ». Dans l'article le journal faisait référence à l'affaire T-921 de 2013⁵¹¹ où la CCC avait étudié le cas d'une mineure indigène de la communauté Embera-Chami qui était tombée enceinte dans le cadre d'une relation amoureuse avec un indigène de la même communauté. Au moment des faits, la mineure avait treize ans et son compagnon vingt-six ans. La relation comptait cependant avec l'approbation des deux familles et celle de la communauté.

Afin de faire des contrôles médicaux, la mineure est allée à l'hôpital du village le plus proche de la communauté. À l'hôpital, le cas de la mineure a été remis au Ministère Public car le personnel médical considérait que la mineure avait été l'objet d'une agression sexuelle. Le compagnon de la mineure a été arrêté et mis en prison. Ultérieurement, les autorités indigènes ont demandé au juge chargé de l'affaire de renvoyer le cas à la juridiction indigène pour pouvoir prendre une décision selon les traditions et les coutumes de la communauté. Le cas est monté au niveau du Conseil

⁵¹⁰ Journal, *El Espectador*, « Cuando la justicia indigena se impone », Nacional, 02 /09/2014. Colombia

⁵¹¹ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-921 de 2013.

Supérieur de la judicature (CSJ) qui a décidé que l'affaire devait être connue par la juridiction nationale car il s'agissait de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵¹². Selon les magistrats du CSJ, cet intérêt est prioritaire sur les droits d'autonomie politique et juridique des communautés indigènes.

La CCC a décidé de se prononcer sur ce cas et de déterminer si la présumée agression sexuelle commise sur une mineure indigène devait ou non être connue par la juridiction indigène de la communauté Embera-Chami. Les affaires sur les conflits de compétence entre la juridiction indigène et la juridiction de l'ordre national où un enfant indigène est concerné, ont permis à la Cour de consolider une jurisprudence innovatrice sur les droits de ces enfants.

Pour prendre ses décisions le haut tribunal s'est fondé sur une démarche interculturelle assez originale. D'une part, il va dialoguer avec les visions du monde des communautés indigènes afin de déterminer ce qu'est un enfant pour ces communautés. D'autre part, il va accorder une place importante au dialogue et à la concertation institutionnelle, de manière à ce que les communautés et les institutions concernées puissent donner au cas concret, une solution adaptée à la culture de la communauté et aussi au consensus des droits établis par la jurisprudence. Pour la CCC, l'appartenance culturelle d'un enfant indigène a une valeur constitutionnelle. Cela permet de protéger ses droits, mais aussi de préserver la diversité culturelle du pays. Le principe du droit international sur l'intérêt supérieur de l'enfant doit donc être interprété en prenant en compte les circonstances culturelles de l'enfant.

Dans l'affaire T-921 de 2013 la CCC fonde sa décision sur sa jurisprudence précédente⁵¹³ et sur les témoignages des experts et des indigènes de la communauté Embera-Chami. Concernant ces derniers, la Cour remarque que les récits des quatre femmes indigènes coïncidaient dans plusieurs aspects : « dans son

⁵¹² L'intérêt supérieur de l'enfant est le reflet d'une norme largement acceptée par le droit international. Cette norme donne un traitement préférentiel, en accord avec sa caractérisation juridique en tant que sujet de spéciale protection. De cette façon, on garantit à l'enfant un développement intégral et harmonieux en tant que membre de la société. Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-503 de 2003 et C-256 de 2008.

⁵¹³ Sur la jurisprudence concernant les droits des enfants indigènes voir : arrêts T-030 de 2000, T-1127 de 2001, T-617 de 2010, T-001 de 2012 et T-002 de 2012.

ethnie il est fréquent que les filles de douze et de quinze ans s'établissent en couples avec des hommes plus âgés qu'elles. Il est normal aussi qu'à cet âge-là, les jeunes filles se marient. Quand une femme indigène a sa première menstruation, culturellement ça signifie qu'elle peut avoir des enfants, et qu'elle n'est pas soumise à des restrictions pour être en couple⁵¹⁴».

La CCC a manifesté que l'intérêt supérieur de l'enfant indigène doit être établi en prenant en compte les spécificités et le regard différencié des mineurs qui appartiennent à une communauté. Cela permet de concilier les droits des enfants mineurs avec le principe de l'identité éthique et culturelle⁵¹⁵.

Le haut tribunal reprend les considérations de l'affaire T-617 de 2010 et indique que dans les cas où le bien-être des enfants indigènes est impliqué, « le juge ne peut pas se limiter à évaluer le cas depuis une perspective occidentale. Il doit assurer la protection de l'intégrité, de la santé et de la survie du mineur. Cette protection il doit se faire en considérant que le mineur indigène est gardien des savoirs ancestraux et des valeurs culturelles qui conforment le patrimoine culturel de la Nation. Ce patrimoine nous permet de nous reconnaître comme une nation avec une identité complexe et respectueuse de l'égalité dans la différence⁵¹⁶».

La CCC a considéré que l'intérêt supérieur du mineur n'est pas incompatible avec l'application du principe d'autonomie juridique indigène, car la juridiction indigène doit aussi garantir les droits de l'homme et plus particulièrement les droits de l'enfant⁵¹⁷. Le haut tribunal a donc décidé que l'affaire devait être renvoyée à la juridiction indigène, concrètement aux autorités de la communauté Embera-Chami. « Cette décision n'est pas une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, au contraire, on

⁵¹⁴ *Ibid.* §.6.11.13

⁵¹⁵ *Ibid.* §.6.1.1

⁵¹⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-617 de 2010. N. 7. Dans cette affaire la CCC devait décider si les autorités de la communauté indigène de Tuquerres pouvaient statuer sur l'agression sexuelle commise par un indigène sur une mineure de la communauté, ou si l'affaire devait être connue par la juridiction de l'ordre national. La Cour a décidé de protéger le droit à l'autonomie juridictionnelle de la communauté en lui remettant le cas.

⁵¹⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-921 de 2013. *Op.Cit.* §. 8.3.2.5

permet aux autorités indigènes de protéger un tel intérêt selon les paramètres de la diversité ethnique et culturelle⁵¹⁸».

Des faits similaires avaient été l'objet d'étude dans l'affaire T-002 de 2012. À cette occasion, la Cour devait se prononcer sur le droit des deux communautés indigènes à décider sur l'agression sexuelle commise sur deux mineurs appartenant aux deux communautés.

Concernant l'intérêt supérieur du mineur, la Cour a dit, « la priorité des droits de l'enfant ne doit pas être comprise comme un mandat abstrait d'application mécanique. Cet intérêt doit être examiné dans le cadre de circonstances spécifiques de chaque cas particulier. C'est pour cela que cette Cour a précisé que les juges de *tutela* qui connaissent des cas où des mineurs sont impliqués, doivent orienter leurs décisions vers la matérialisation de l'intérêt supérieur de chaque enfant individuellement considéré. Le juge doit : (i) considérer spécialement les critères juridiques significatifs du cas concret et (ii) il doit peser attentivement les circonstances factuelles qui entourent le cas⁵¹⁹».

Bien que les décisions du juge constitutionnel concernant l'intégrité sexuelle des mineurs soient l'expression de la lutte de l'État pour protéger l'intégrité, et la santé des mineurs, quand il s'agit des mineurs indigènes cette lutte ne peut pas se faire dans des termes qui excluent la diversité. « En d'autres termes, le juge constitutionnel ne peut pas perdre de vue le fait que le mineur indigène est, en soi, un dépositaire et un diffuseur de sa propre culture. La protection de ses droits constitue en même temps une opportunité précieuse de perpétuer les savoirs et les coutumes ancestrales fondamentales pour la conservation de la diversité et la promotion du respect de la différence⁵²⁰».

⁵¹⁸ *Ibid.* §. 8.3.2.6

⁵¹⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T- 002 de 2012. §. 1.1

⁵²⁰ *Ibid.* §. 1.1

L'aspect consensuel de la démarche interculturelle de la CCC peut être bien apprécié dans l'affaire T-030 de 2000⁵²¹. Dans ce cas, la Cour avait protégé le droit des deux enfants jumeaux de la communauté indigène des U'WA. Les jumeaux avaient été donnés par ses parents à l'institut colombien chargé de la protection de la famille (ICBF) car ils ne pouvaient pas les garder dans la communauté. Les U'WA n'acceptaient pas les naissances multiples, dans la mesure où ils sont considérés comme un facteur contaminant pour la communauté. Selon la tradition, ils doivent être abandonnés à l'endroit où ils sont nés pour que la nature puisse s'en occuper.

Face à la possibilité de l'adoption des enfants, les autorités U'WA ont demandé à l'ICBF de les garder pendant une période de sept mois. Temps pendant lequel, les autorités indigènes souhaitaient réaliser des consultations à l'intérieur de la communauté afin de pouvoir prendre une décision définitive sur le sort des jumeaux.

La Cour a accédé à la demande des U'WA en ordonnant la non-adoption des enfants. Également, elle a ordonné la constitution d'un groupe interdisciplinaire sur la coordination de l'ICBF. Le groupe devait décider sur le moment opportun pour effectuer le transfert des enfants à la communauté, et faire les recommandations pertinentes à la communauté U'WA pour qu'elles puissent s'occuper des jumeaux.

Dans le même sens, à l'occasion de l'affaire T-001 de 2012, la CCC a dit « les solutions dans ce type de conflits doivent refléter le consensus interculturel. Elles doivent se faire à partir d'instances de dialogue, de communication et de concertation. De cette façon, en examinant les solutions apportées aux cas on peut constater l'irruption d'une réglementation à caractère mixte ou syncrétique car on conjugue dans la résolution de cas des enfants indigènes, des instances gouvernementales et des autorités indigènes et également la participation de l'enfant concerné⁵²²».

D'autre part, la Cour signale que dans les processus judiciaires ou administratifs dans lesquels un enfant indigène est impliqué, on doit protéger simultanément ses

⁵²¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-030 de 2000.

⁵²² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-001 de 2012, *Op.Cit.* §. 4.3.23

droits individuels et ses droits collectifs à l'identité culturelle et ethnique⁵²³. En principe, ces conflits doivent être résolus par la communauté de l'enfant et selon les traditions communautaires. Cependant quand la juridiction indigène ou la communauté attente aux limites de sa juridiction, l'affaire pourrait être décidée par la juridiction nationale.

2. La démarche diatopique

L'approche interculturelle au droit et, notamment aux droits de l'homme, est aussi une des questions centrales pour l'anthropologie juridique comme pour certains sociologues⁵²⁴. Le dialogue entre les cultures est un des aspects caractéristiques des démarches utilisées par ses disciplines. Dans les termes de Christophe

⁵²³ Au niveau international la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones établi dans ses principes : « le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants, conformément aux droits de l'enfant ». Egalement elle dispose dans l'article 7 que « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre. » Cette régulation cherche à éviter les cas de génocide ethnique et des générations volées, comme a été le cas en Australie, aux Etats Unies et au Canada. Dans le cas de l'Australie dans l'année 1915 la législation concernant le programme 'Aboriginal Protection Act (APA) permettait aux autorités publiques de prendre les enfants aborigènes de leurs familles pour les inclure dans des programmes gouvernementaux d'assimilation. Une politique similaire a été adoptée au Canada avec la création des « écoles résidentielles » où les enfants indigènes étaient amenées. Dans les années soixante-dix, ces écoles ont été fermées à cause de mauvais résultats. Aujourd'hui on les considère comme l'exemple d'une politique d'assimilation forcée. En 1978 aux Etats-Unis, le Congrès du pays a adopté la Loi *The Indian Child Welfare Act* qui cherche la protection des enfants autochtones qui se trouvaient dans des procédures judiciaires et que allaient être enlevés de leurs familles et tribus. À propos de ce sujet voir : BOSA, Bastien, "Itinerario de 'un niño robado': de la asimilación al Black – Power; en: AAVV, Luchas indígenas y trayectorias postcoloniales, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 140 a 160. LIBESMAN, Terri. Child welfare approaches for Indigenous communities: international perspectives. En : <http://www.aifs.gov.au/nch/pubs/issues/issues20/issues20.html>. GRAHAM, Lorie M. Reparations, Self-Determination, and the Seventh Generation.

En : <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss21/47-104.pdf>

⁵²⁴ Il existe une très riche littérature sur le sujet. Voir entre autres : Prabhu, Joseph, *The Intercultural Challenge of Raimond Panikkar*, USA, Orbis Books, 1996. Le Roy, Étienne, *Le jeu de Lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit*, France, LGDJ, Col. Droit et Société, Série anthropologique, 1999. Vachon, Robert, (ed) *Alternatives au développement. Approches interculturelles à la bonne vie et à la coopération internationale*, Victoriaville, Quebec, Institut Interculturel de Montréal, Éditions du fleuve, Col. Alternatives, 1990. Du même auteur : « La rencontre des cultures ; perspectives de diverses cultures. Une introduction. », *Revue Monchanin*, Vol.X,n°4,Cahiers 57,pp.2-7.

Eberhard « la démarche dialogale et son herméneutique diatopique⁵²⁵ sont primordiales pour aborder de manière interculturelle le droit et les droits de l'homme en nous ouvrant aux diverses cultures juridiques⁵²⁶ ».

Dans les pages qui suivent nous nous attarderons très brièvement dans l'explication de quelques versions de la démarche dialogale. Cela nous permet d'inscrire dans le débat académique la jurisprudence interculturelle que l'on vient d'étudier dans la sous-section précédente.

Raimon Panikkar a été peut-être un des précurseurs de la démarche diatopique et dialogale. Il s'est servi d'une telle approche pour ses travaux sur le dialogue interculturel et religieux des traditions chrétiens, hindou, bouddhiste et séculaire. « Pannikar cherchait une méthode permettant le dialogue entre fois différentes et qui peuvent apparaître comme mutuellement exclusives sans tomber dans les travers soit d'une superficialité permettant le consensus mais n'apportant finalement aucun enrichissement et aucune meilleure compréhension, soit d'un affrontement ouvert dans lequel on risque de tomber dans des débats plus substantiels⁵²⁷ ».

Comme le signale Christophe Eberhard, au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (LAJP), c'est Michel Alliot qui a posé les prémisses à cette démarche en proposant sa théorie des archétypes juridiques⁵²⁸. La définition d'Étienne Le Roy de la démarche diatopique et dialogale et les travaux du LAJP privilégient implicitement le mouvement vers une théorie *interculturelle du droit*, c'est-à-dire une prise en compte dans le cadre scientifique occidental des expériences « juridiques » autres tout en respectant ce qui fait leur originalité⁵²⁹.

⁵²⁵ Selon Christophe Eberhard cette démarche fait écho à certains développements récents en théorie du droit comparé et semble pouvoir enrichir ces débats. L'anthropologie du Droit dont la visée est d'étudier le phénomène juridique dans sa totalité et dans son universalité à partir de l'étude de la diversité des expériences humaines est forcément confrontée au problème du comparatisme auquel le diatopisme et le dialogisme tentent d'apporter quelques solutions. Eberhard, C. *Op. Cit.*

⁵²⁶ Eberhard, C. *Op. Cit.* p. 114

⁵²⁷ *Ibid.* p.115

⁵²⁸ *Ibid.*, p.117

⁵²⁹ *Ibid.*, p.120

Dans la même lignée, le canadien Robert Vachon⁵³⁰ invite à aller plus loin qu'une simple théorisation interculturelle du droit, et ouvre les voies à une *approche interculturelle au Droit*. Robert Vachon fait prendre conscience de la nécessité de nous émanciper d'un cadre uniquement dialectique (où la Raison, ou *logos*, est reine) pour aller à travers lui (*dia-logos*) et reconnaître la dimension de nos présupposés implicites ou *mythos*. Ceci implique que dans la rencontre interculturelle, ce ne sont pas uniquement nos rationalisations que nous avons à remettre en question mais qu'il s'agira aussi de s'inscrire dans un nouvel horizon, dans un nouveau mythe, celui du « pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité⁵³¹ ».

Pour Robert Vachon « L'interprétation diatopique est celle qui essaie de découvrir ces diverses cultures juridiques radicalement différentes, les rassemble dans un dialogue qui permet l'émergence d'un mythe dans lequel on peut entrer en communion et qui nous permet de nous entendre en nous mettant ensemble sous le même horizon d'intelligibilité, sans que cet horizon soit exclusivement le sien propre (dia-topos : qui transperce les *topoi* pour aller rejoindre le *mythos* dont elles sont l'expression). L'interprétation diatopique est celle qui essaye de comprendre la texture du contexte et qui essaye de surmonter la distance, non du présent au passé, ou du passé au présent, mais du présent au présent⁵³² ».

Finalement, mais non moins important, nous pouvons citer le sociologue portugais, Boaventura de Sousa Santos qui a mobilisé aussi la méthode de l'herméneutique diatopique pour faire une reformulation des Droits de l'Homme, notamment de son caractère libéral occidental. Pour arriver à une ré-conceptualisation de ces droits Santos a établi cinq prémisses⁵³³:

⁵³⁰ Robert Vachon, a été le directeur scientifique de l'ancien Institut Interculturel de Montréal.

⁵³¹ Pour lui la démarche du comparatiste doit relever de tous les 'sites' (*topoi*, en grec) culturels et apporter des explications (*logoi*) qui soient partageables par chacune de ces cultures sans altération substantielle de ce qui fait sa spécificité. » *Ibid.* p.121.

⁵³² Vachon, R., « L'Étude du pluralisme juridique une approche diatopique et dialogal », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, N°29, p. 168. Cité aussi par Eberhard. Op.cit.

⁵³³ De Sousa Santos, B., *De la Mano de Alicia, lo Social y lo Político en la Postmodernidad*, Bogota: Nuevo pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes 1998.p. 355 s

1. La tension entre universalisme et relativisme culturel renvoie à un faux débat. Selon Santos, ces deux extrêmes conceptuels sont tous les deux dangereux. Bien que l'on puisse considérer toutes les cultures comme relatives, la posture philosophique du relativisme culturel n'est pas correcte. Toutes les cultures cherchent à avoir des valeurs ultimes, mais la posture universaliste est aussi erronée. Face à l'universalisme, Bouaventura de Sousa Santos propose des dialogues transculturels de problèmes isomorphes. Face au relativisme, il propose l'établissement de critères transculturels afin de distinguer entre les politiques progressistes et les politiques régressives. Cela permet selon lui que le débat sur les droits de l'homme évolue vers un dialogue dans lequel les différentes cultures puissent se confronter sur les principes de la dignité humaine.
2. Toutes les cultures ont des conceptions à propos de la dignité humaine, mais toutes les cultures ne considèrent pas la dignité humaine comme un droit de l'homme. C'est pour ça qu'il est important de comprendre les préoccupations isomorphes entre les différentes cultures. Les différents noms, les concepts, et les diverses visions de monde peuvent transmettre des préoccupations et souhaits similaires et mutuellement intelligibles.
3. Toutes les cultures ont des conceptions incomplètes et problématiques sur la dignité humaine. Cette incomplétude est le résultat de l'existence d'une pluralité des cultures. Selon Boaventura de Sousa Santos, si chaque culture était complète comme elle le prétend, il existerait une seule et unique culture.
4. Toutes les cultures ont des prémisses différentes à propos de la dignité humaine. Certaines prémisses sont plus larges et avec un degré plus élevé de réciprocité, d'autres sont plus ouvertes à des cultures différentes.
5. Toutes les cultures réorganisent les personnes et les groupes sociaux selon deux principes compétitifs d'appartenance hiérarchique. Le premier opère à travers des hiérarchies entre unités homogènes. Le deuxième opère à travers des différences et des entités uniques.

Pour Boaventura de Sousa Santos, ces cinq points sont les prémisses d'un dialogue transculturel sur la dignité humaine. Un tel dialogue peut éventuellement nous conduire à une conception syncrétique sur les droits de l'homme. Cette conception, au lieu de contribuer à l'implantation de faux universalismes peut devenir comme une sorte de constellations des sens (significations) locaux mutuellement compressibles⁵³⁴.

Le dialogue transculturel implique un échange entre cultures différentes, c'est-à-dire entre des univers de sens différents. Tels univers de significations impliquent une grande variété des *topois*. Les *topois* sont des lieux communs d'une culture déterminée. Ils fonctionnent comme des prémisses d'argumentation en rendant possible la production et les échanges de ces derniers. Selon Santos, il peut être très difficile de comprendre une culture depuis les topois d'une autre culture. C'est pour cela que la démarche de l'herméneutique diatopique peut aider à sortir de cette problématique⁵³⁵.

Cette démarche s'est fondée sur l'idée que les topois d'une culture sont aussi incomplets que la culture où ils se sont produits. Le manque de complétude n'est pas visible depuis le regard interne de la culture même. Ce dernier s'explique dans le fait que l'idéal de la totalité induit à prendre la partie comme la totalité.

Le propos dernier de l'herméneutique diatopique de Boaventura de Sousa Santos est celui d'arriver à la complémentarité des différentes cultures. La reconnaissance des faiblesses et des incomplétudes réciproques est la condition *sine qua non* d'un dialogue transculturel. Selon Santos, il est important de tenir compte qu'entre les diverses versions de chaque culture, on doit choisir celle qui est la plus représentative du plus grand cercle de réciprocité. C'est-à-dire la version la plus englobante de la reconnaissance de l'autre. De cette façon la démarche pourra faire que les langages natifs soient mutuellement intelligibles et traductibles⁵³⁶.

⁵³⁴ *Ibid.* p.357

⁵³⁵ *Ibid.* p.357

⁵³⁶ Pour expliquer sa démarche Santos donne l'exemple suivant : Il établit un dialogue diatopique entre les droits de l'homme et les topos de l'umma dans la culture islamique. Les passages du Coran dans lequel est cité le mot umma sont tellement divers, que l'on ne peut pas les déterminer d'une façon très précise. Par contre on peut déterminer que ce mot fait référence à des groupes ethniques

Conclusions du chapitre 2

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie a mis en évidence que la reconnaissance juridique de la diversité culturelle dans des États libéraux implique de fortes tensions normatives, notamment entre certaines pratiques culturelles et les droits de l'homme. Dans la résolution de ces dilemmes le droit de la diversité culturelle peut donc rencontrer des limites.

Nous constatons que malgré l'absence d'un seul type de réponse ou d'une ligne jurisprudentielle sur la tension évoquée plus haut, les différentes nuances dans les décisions de la Cour, accordent une place importante à l'appartenance de l'individu à une culture déterminée et à la diversité des modes de vie. L'oscillation de la jurisprudence montre aussi que le débat sur la question est particulièrement complexe, probablement en raison de son fort contenu moral.

Même si l'on peut critiquer d'un point de vue empirique l'existence de l'accord interculturel qui est proposé par la Cour Constitutionnelle de Colombie, nous pouvons dire aussi que philosophiquement et juridiquement l'accord est une réponse appropriée aux tensions normatives. Il respecte un certain équilibre entre la diversité culturelle et les valeurs universelles tout en protégeant en même temps la communauté et l'individu. C'est donc un individu pour qui ses liens culturels et communautaires sont importants, mais qui en même temps est un individu libre. Ce consensus suit une méthodologie semblable à celles des recherches académiques sur les démarches de l'herméneutique dialogale et diatopique.

linguistiques ou religieux qui font l'objet d'un plan de salvation divine. Au fur et à mesure que l'activité prophétique du Mahomet s'est répandue, les ummas arabes sont devenus plus explicites et en conséquence se sont transformés dans l'umma des musulmans.

Depuis les topos de l'umma l'incomplétude des droits de l'homme se trouve dans sa conception individualiste. C'est pour cela qu'ils ne peuvent pas représenter la solidarité et les liens collectifs indispensables pour qu'une société puisse survivre en tant que telle. Cette situation explique la difficulté des conceptions occidentales des droits de l'homme pour inclure les droits collectifs des groupes sociaux ou des peuples. D'autre part, depuis les topos des droits de l'homme, l'umma donne priorité aux devoirs au détriment des droits. C'est pour cette raison que l'umma peut tolérer les inégalités entre les hommes et les femmes, ou entre les musulmans et les non musulmans. *Ibid.* p. 359.

D'autre part, il est important de souligner que le statut que donne la Cour à la survie culturelle comme un droit fondamental, peut être considéré comme une contribution importante au débat philosophique.

Conclusions du titre II

En interprétant le principe de la diversité culturelle et les différents droits des peuples autochtones, la Cour Constitutionnelle de Colombie a établi un paradigme de justice interculturelle. Même s'il n'y a pas qu'un seul type de réponse face aux dilemmes normatifs, certains éléments nous permettent de parler d'un paradigme de justice.

Dans cette conception de justice, la diversité culturelle a une place très importante, elle est considérée comme étant quelque chose d'essentiel pour la société. De même, la communauté ethnique est reconnue comme un sujet des droits. Et l'on estime que l'appartenance à une culture déterminée est une valeur pour l'individu.

Ce modèle vise à garder un équilibre entre la diversité et l'universalité. D'une part les droits universels sont adaptés aux particularités : ils sont interprétés selon la différence culturelle. D'autre part l'on considère que toutes les cultures doivent respecter certaines valeurs communes. Nous pouvons affirmer que la justice interculturelle cherche à garantir le vivre ensemble de la société toute en protégeant l'ensemble des diverses identités individuelles et collectives.

DEUXIEME PARTIE. AU-DELA DE LA RECONNAISSANCE LA QUESTION DE LA REDISTRIBUTION : VERS UNE REDISTRIBUTION DE LA TERRE ET DES RESSOURCES NATURELLES CULTURELLEMENT ADAPTEES.

Dans la philosophie politique contemporaine certains auteurs comme Nancy Fraser, ont souligné que la lutte pour la reconnaissance était devenue la forme paradigmatique du conflit politique à la fin du XXe siècle⁵³⁷. Selon elle, « dans ces conflits postsocialistes, l'identité collective remplace les intérêts de classe comme lieu de mobilisation politique, et l'injustice fondamentale n'est plus l'exploitation mais la domination culturelle. De plus, la reconnaissance culturelle évince la redistribution économique comme remède à l'injustice et objectif des luttes politiques⁵³⁸». Dans ce contexte, une théorie critique de la reconnaissance doit donc comporter des éléments de la politique de la différence culturelle qui puissent être combinés à une revendication sociale d'égalité⁵³⁹.

Cette réflexion philosophique nous permet de mettre en évidence le défi auquel se confronte le paradigme de la justice interculturelle de la Cour Constitutionnel de Colombie : le problème de la redistribution de ressources naturelles. Comme nous l'avons vu dans les pages précédentes ce modèle de justice cherche à protéger les diverses cultures coexistant dans l'État, et les droits et modes de vie des communautés ethniques. Cependant, le modèle économique fondé dans l'extraction et exploitation des ressources naturelles, défendue par l'État est souvent conçu et mise en œuvre en méconnaissant les droits de la diversité culturelle.

Cette problématique a été portée par les communautés indigènes devant les tribunaux et constitue, aujourd'hui, une des principales réclamations juridiques de ces communautés. La situation d'injustice qui est mise en évidence dans ces cas,

⁵³⁷ Fraser N. *Op. Cit.* p. 13

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.* p. 14

dans les termes de Nancy Fraser, relève simultanément du culturel et du socio-économique⁵⁴⁰.

La question des industries extractives en territoire autochtone, a été également au centre de l'action du James Anaya, Rapporteur Spécial de l'ONU sur les Droits des Peuples Autochtones. Ses rapports ont permis de mettre en lumière la nature transversale de la question minière vis-à-vis des droits des peuples autochtones⁵⁴¹. Ces conflits montrent les inégalités et discriminations dont sont victimes les peuples autochtones, notamment pour ce qui a trait à la reconnaissance de leurs droits sur leurs terres et leurs ressources naturelles⁵⁴².

La consultation préalable libre et informée (CPLI) aux peuples indigènes est au centre de ces affaires, et à travers elle, se cristallisent les réclamations de reconnaissance culturelle et de justice économique. La CPLI est une institution relativement récente du droit international qui a été stipulée dans la Convention 169 de l'OIT de 1989⁵⁴³. Elle permet aux peuples indigènes d'être consultés sur toute mesure qui les concerne. « L'incidence de la CPLI dans les régulations et conflits sur les droits des indigènes a été tellement profonde que plus qu'une simple institution, elle a constitué une nouvelle approche sur les droits ethniques et le multiculturalisme, avec un langage et des règles distinctives⁵⁴⁴» Cette institution a ouvert la porte à des interprétations qui restreignent les droits des communautés indigènes mais aussi à d'autres interprétations où leur droit à la libre détermination est protégé.

Dans cette deuxième partie nous essayerons de décrypter la façon dont la CCC répond au dilemme évoqué plus haut. Dans un premier temps nous soulignerons que le développement des projets économiques sur les territoires des communautés indigènes met en péril leur existence (Titre premier). Nous verrons, que le dilemme

⁵⁴⁰ *Ibid.* p.15

⁵⁴¹ Levacher, C., *Les sociétés transnationales minières face au droit des peuples autochtones. Quels acteurs, pour quels enjeux ?*, Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones, Septembre, 2012, Consulté sur : <http://gitpa.org/web/RAPPORT%20CLAIRE.pdf>. p. 13.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ Rodriguez, C., *Etnicidad.Gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogota : Dejusticia, 2012, p. 15

⁵⁴⁴ *Ibid.*

qui comporte cette problématique est le résultat d'une tension structurelle à la réforme de l'État en Amérique latine : des constitutions très généreuses en droits, dont les droits de la diversité culturelle, et en parallèle, des politiques économiques gouvernementales méconnaissant ces droits⁵⁴⁵ (Chapitre 1). La CPLI devient une sorte de miroir de cette tension et sa version la moins protectrice a été appliquée par les juges de la région dont la CCC, en favorisant nettement ces politiques économiques et en limitant les droits d'autodétermination des communautés ethniques (Chapitre 2).

Néanmoins, dans un deuxième temps, nous verrons que dans une jurisprudence plus récente, le paradigme de la justice interculturelle de la CCC réussie à donner réponse au défi de la redistribution des ressources naturelles (Titre deuxième). Dans le système international des droits de l'homme, le droit des communautés autochtones à la libre détermination dans le développement est de plus en plus défendu. Ce droit peut véritablement être garanti quand ces communautés peuvent disposer et décider des ressources naturelles se trouvant dans leurs territoires. À cela nous pouvons ajouter la prise de conscience du besoin d'un développement et d'une industrie respectueuse de l'environnement (Chapitre 1). Dans ce contexte la CCC mobilise la version la plus exigeante de la CPLI, c'est-à-dire le consentement préalable libre et informé (CoPLI), pour répondre aux demandes de communautés ethniques ou les réclamations de reconnaissance et de redistribution se croisent (Chapitre 2).

⁵⁴⁵ Uprimny, Rodrigo, « Agendas economicas de modernizacion del Estado y reformas constitucionales en America Latina : encuentros y desencuentros ».P.1. Document de travail cours Réforme à la Justice en Amérique latine, Master 2 Administration Droit et Territoire. Université Pierre Mendes-France, Grenoble 2. Avril 2008.

TITRE 1. Des projets d'exploitation économique sur les terres ancestrales : la mise en danger de la survie économique et culturelle des peuples indigènes.

Dans son ouvrage *Le nouvel impérialisme*, David Harvey note que la période actuelle est caractérisée par « la fusion d'un processus économique régi par l'accumulation du capital et d'un projet politique fondé sur la maîtrise d'un territoire, de ses habitants et de ses ressources naturelles⁵⁴⁶ ». La plupart des populations indigènes sont donc victimes de ces processus et de ces politiques qui se font, souvent, sur le déni de leurs droits et de leurs cultures.

En effet, les territoires habités par les communautés indigènes recèlent une grande richesse des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables. Dans l'actuel contexte économique, ces ressources représentent une source de richesse non négligeable, pour les différents acteurs économiques du marché international (L'État, et les entreprises transnationales). Toutefois, l'exploitation de ces ressources représente pour les peuples indigènes, des dommages culturels et environnementaux pouvant même mettre en péril leurs existences.

Cette situation met en évidence d'importants dilemmes autour de la question de la reconnaissance de la diversité culturelle et de la coexistence des diverses visions sur le développement, sur un même État. En nous appuyant sur les thèses de Rodrigo Uprimny nous verrons que l'explication de cette tension peut se trouver dans les processus de réforme de l'État en Amérique latine (Chapitre 1).

Dans ce contexte la consultation préalable libre et informée (CPLI) devient donc une sorte de miroir de ces tensions. Dans la convention 169 de l'OIT et dans les différentes déclarations des droits des peuples indigènes, il a été établi que les États doivent consulter les peuples indigènes sur toute mesure qui les concerne, afin de garantir leur droit à la participation et à l'autodétermination. Cependant, les États ainsi que certaines interprétations des juges limitent clairement le contenu de la

⁵⁴⁶ Batou, Jean, "Les habits neufs de l'impérialisme". Préface du livre : *Le prairies ordinaires*, 2010, p. 9.

CPLI, en optant pour la version la moins protectrice de cette disposition normative (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le conflit entre deux modèles de développement économique

La diversité culturelle, implique aussi la diversité des visions sur le développement économique, sur la jouissance de la terre et de leurs ressources naturelles. Cette question devient problématique quand les États à l'initiative de leurs gouvernements veulent entreprendre des projets économiques qui concernent les terres ancestrales indigènes et les ressources qui se trouvent sur les sous-sols de ces terres.

D'un côté, les gouvernements orientés sur un vision capitaliste de l'économie voient dans ces ressources une source de richesse qui doit être exploitée comme n'importe quel autre bien du marché, afin de financer les différentes politiques de l'État. Cette conception du développement correspond à la vision du néolibéralisme. Selon David Harvey, le néolibéralisme considère « le libre-échange comme « une morale en soi, capable de fonctionner comme guide de toute action humaine, et de remplacer toutes les convictions morales défendues jusqu'alors », il souligne l'importance des relations contractuelles dans l'espace du marché. Il stipule que le bien social sera maximisé si l'on maximise l'étendue et la fréquence des échanges commerciaux, et cherche à faire entrer toutes les actions humaines dans le domaine du marché⁵⁴⁷ ».

De l'autre côté, les communautés autochtones considèrent ces projets économiques comme une violation à leurs droits et à leurs cultures. Pour eux, leurs terres et leurs ressources ont souvent une valeur sacrée qui ne peut pas être commercialisée, et de ces ressources dépend aussi la survie de ces communautés.

Une des origines explicatives de cette tension peut être trouvée dans le paradoxal processus de réforme de l'État de l'Amérique du Sud, où se confrontent les programmes de restructuration économique de l'État et les Constitutions généreuses en droits (*Section A*). Les exemples de cette problématique ne manquent pas, mais

⁵⁴⁷ Harvey, D., *Le nouvel impérialisme*, 2010, *Op. Cit.* p.18

deux d'entre eux sont particulièrement illustratifs : l'affaire U'wa et l'affaire Urra (*Section B*).

Section A. La contradiction de la réforme de l'État en Amérique Latine : l'origine de la tension ?

Dans les États d'Amérique latine, la reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle et des droits des communautés autochtones est remise en question par les politiques économiques gouvernementales. Ces politiques placent l'exploitation des ressources naturelles au cœur de leurs modèles de développement économique. Cela est souvent fait en méconnaissant le mode de vie et la culture de ces communautés. Cette situation, à son tour, met en évidence une tension propre au multiculturalisme entre la reconnaissance de la diversité culturelle et la redistribution des ressources.

Dans une bonne mesure, cette tension peut être expliquée dans le processus, parfois contradictoire de la réforme de l'État en Amérique latine. En effet, on trouve d'une part des Constitutions particulièrement garantes des droits et d'autre part des programmes de modernisation de l'État méconnaissant ces mêmes droits (§.1). La politique économique de Colombie qui s'appuie principalement sur un modèle d'extraction des ressources naturelles devient donc un cas illustrant bien cette situation, car cette politique mise en place ne prend pas suffisamment en considération les droits des communautés indigènes sur leurs territoires (§2).

§.1 Les nouvelles constitutions et les agendas de modernisation de l'État : des processus contraires.

Les processus de réforme de l'État en Amérique latine ont été faits pendant les dernières décennies, par la voie des réformes constitutionnelles et aussi par les agendas des modernisations de l'État (AEME) (1). Ces deux voies différentes ont été

fondées à plusieurs occasions sur des logiques différentes et même parfois antinomiques (2).

1. La réforme de l'État en Amérique latine : entre réformes constitutionnelles et réformes économiques.

L'adoption du multiculturalisme et des droits des indigènes dans les nouvelles constitutions des années quatre-vingt-dix, s'est faite parallèlement à d'autres réformes constitutionnelles destinées à faciliter l'implémentation des politiques néolibérales dans le cadre de la globalisation. Cela a impliqué, dans plusieurs pays, la réduction du rôle social de l'État et des droits sociaux, la flexibilisation des marchés et l'ouverture des frontières aux entreprises transnationales. Par exemple, la Constitution péruvienne a reconnu d'une part le caractère pluriculturel de l'État et le pluralisme juridique, mais d'autre part, elle a supprimé le caractère inaliénable, imprescriptible et insaisissable des terres indigènes. À ce propos Raquel Yrigoyen note que « dans la pratique, cela a permis à un nombre important d'entreprises transnationales de s'installer sur les territoires indigènes avec l'objectif de réaliser des activités d'extraction, en donnant lieu à de nouvelles formes de spoliation des terres assez similaires à celles qui eurent lieu au XIX siècle. Autrement dit, l'adoption simultanée des postulats néolibéraux et des droits des indigènes dans les Constitutions, entre autres facteurs, a eu comme conséquence pratique la neutralisation des nouveaux droits conquis. À cela s'ajoute, d'autres facteurs tels que la violence, les actions des pouvoirs locaux, le trafic de drogue et les groupes paramilitaires⁵⁴⁸ ».

Dans ce même sens, Rodrigo Uprimny soutient la thèse selon laquelle « à partir du milieu des années quatre-vingt, les États d'Amérique latine ont été réformés selon deux volets. D'une part, les transformations institutionnelles résultant des « agendas économiques de modernisation de l'État (AEME) » préconisées principalement par

⁵⁴⁸ Yrigoyen, R., « El horizonte del constitucionalismo pluralista : del multiculturalismo a la descolonización » *Op.Cit.*p.143

les organismes multilatéraux de crédit dont, le Fond Monétaire International (FMI), la Banque Interaméricaine de développement (BID), ou la Banque Mondiale. Les AEME ont conduit à d'importantes réformes économiques et à une redéfinition profonde de la fonction économique et sociale des institutions politiques de la région. D'autre part, les intenses processus de réforme constitutionnelle qu'ont vécus la plupart des pays du continent pendant les deux dernières décennies⁵⁴⁹».

Selon lui, le rapport entre ces deux volets de la modernisation de l'État en Amérique latine a été complexe. En effet, parfois ces aspects ont été complémentaires et en d'autres occasions ils se sont retrouvés en tension⁵⁵⁰.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la plupart des réformes constitutionnelles du continent véhiculaient un contenu idéologique dans la définition de l'État ainsi qu'un nombre significatif de droits aux citoyens. Concernant ce dernier, les nouvelles constitutions prévoient des droits civils et politiques de tradition libérale, de droits économiques sociaux et culturels et aussi dans des certaines constitutions, des droits spéciaux aux communautés ethniques⁵⁵¹.

De son côté, l'État n'est plus compris comme étant le résultat de l'homogénéisation des différences culturelles mais, s'impose plutôt comme le reflet de la diversité culturelle et du pluralisme. Dans cette logique la nation est donc définie à partir de son caractère pluriethnique et pluriculturel⁵⁵².

Concernant les AEME, Rodrigo Uprimny signale qu'elles ont été marquées par différents moments. Le premier, est celui du consensus de Washington. Cette expression a été créée par l'analyste américain John Williamson⁵⁵³, dans un

⁵⁴⁹ Uprimny, R, «Agendas economicas de modernizacion del Estado y reformas constitucionales en America Latina : encuentros y desencuentros », 2008, *Op. Cit.* p.1

⁵⁵⁰ D'après Rodrigo Uprimny, la réussite d'une modernisation démocratique de l'État en Amérique latine dépend, dans une large mesure, de la cohérence entre les AEME et les reformes constitutionnelles. *Ibid.* p.1

⁵⁵¹ Uprimny, R. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafios", *Op. Cit.* p.113.

⁵⁵² *Ibid.* p 246

⁵⁵³ Voir: Williamson, John. "What Washington Means by Policy Reform" en Williamson, John(ed). *Latin American Adjustment. How Much Has Happened. Washington:Institute for Internacional Economics.* 1990.

document où il fait une description des dix politiques d'ajustement structurel promues par les fonds financiers multilatéraux (la BM et le FMI) et par le gouvernement des États-Unis. Ces politiques étaient destinées à gérer les crises de la dette intérieure et extérieure des pays pendant les années 80. Elles constituaient en même temps, les conditions pour faire des prêts économiques aux pays qui traversaient des crises profondes, comme c'était le cas de la plupart des économies des pays Latino-américaines⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ Garcia M., Rodriguez, C., Uprimny, R., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, 2009, Bogotá: Norma, 2006 Bogotá: p. 113 ss. Voir aussi: <http://www.monde-diplomatique.fr/cahier/ameriquelatine/consensuswashington> . Les dix recommandations sont les suivantes :

1. Discipline budgétaire : Dans la mesure où les grands et prolongés déficits fiscaux contribuent à l'inflation et à la fuite de capitaux, les gouvernements doivent les maintenir au niveau le plus bas.
2. Priorités de frais publics : les subventions doivent être réduites ou être éliminées. La dépense publique doit être réorientée vers la santé, l'éducation et l'infrastructure.
3. Réforme Fiscale : la base fiscale doit être étendue, la majorité de la charge fiscale doit passer d'impôts directs à des impôts indirects, et le taux marginal d'impôts doit être modéré.
4. Des taxes d'intérêt : les marchés financiers nationaux déterminent les taxes d'intérêt du pays. Les taxes réelles positives d'intérêt diminuent la fuite des capitaux et augmentent l'épargne.
5. Taux de change : les pays en développement doivent adopter un taux de change « compétitif » qui promeut les exportations en les rendant plus intéressantes sur le marché extérieur.
6. Libéralisation des échanges: les taxes doivent être diminuées et ne doivent jamais être appliquées à des biens intermédiaires pour produire des biens et des services d'exportation. (promouvoir le libre-échange)
7. L'élimination des barrières à l'investissement direct étranger : l'investissement étranger doit être stimulé, parce qu'il apporte le capital et les connaissances nécessaires pour la croissance économique et l'augmentation des exportations.
8. Des privatisations : le secteur privé agit d'une manière plus efficiente, parce que ses administrateurs ont, soit un intérêt économique direct dans l'augmentation des bénéfices de l'entreprise, soit obligation de rendre des comptes aux personnes qui ont des intérêts dans l'entreprise. Les entreprises appartenant à l'État doivent être privatisées.
9. La réforme de la réglementation des marchés pour assurer l'élimination des principales barrières à l'entrée et à la sortie : le règlement excessif promeut la corruption et discrimine les petites entreprises qui n'ont ni accès ni influence dans les hautes sphères de la bureaucratie. Les gouvernements doivent dérégler l'économie.
10. Droits de propriété : les droits de propriété doivent être impérativement protégés. Les lois trop faibles et les systèmes judiciaires inefficaces réduisent les stimulants pour l'accumulation de la richesse.

Le Consensus de Washington reflète la conception néoclassique de la pensée économique. Cette conception s'oppose au keynésianisme et aux postulats du libéralisme régulé. Elle défend aussi l'idée de démonter l'État providence et favoriser la libéralisation de l'économie. Le consensus impliquait donc, une redéfinition de la fonction économique de l'État, l'abandon du modèle étatique protectionniste et de sa fonction dans la redistribution de la richesse⁵⁵⁵.

Cet ensemble de politiques a été adopté par la grande majorité des États latino-américains pendant la période des années 90, soit d'une manière radicale dont au Chili, en Argentine ou au Pérou, soit d'une façon modérée comme au Brésil, au Costa Rica ou en Colombie⁵⁵⁶. Dans certains cas, ces politiques ont été prises en raison des exigences des agences multilatérales, et dans d'autres cas, à l'initiative des gouvernements et de leurs conseillers économiques qui partagent l'idéologie néo-classique. À ce propos David Harvey signale, « Au départ, il y a la constitution de ce groupe d'économistes connus sous le nom de *Chicago Boys* du fait de leur attachement aux théories néolibérales de Milton Friedman, alors professeur à l'Université de Chicago. Ce groupe fut invité à plancher sur la reconstruction économique du Chili après le coup d'État de Pinochet. Il y avait en son sein des Chiliens dont la formation avait été assurée par un programme mis en place dans le contexte de la guerre froide pour contrer l'influence de la gauche en Amérique latine. Le résultat est connu : démantèlement de toutes les formes d'organisation populaire, comme les centres de santé communautaires dans les quartiers pauvres, « libéralisation » du marché du travail, notamment à l'encontre des syndicats et surtout, négociations de prêts avec le FMI de manière à imposer les solutions économiques néolibérales : privatisation des biens publics et des ressources naturelles comme de la protection sociale⁵⁵⁷ ».

⁵⁵⁵ Estrada, J., *Construcción del Modelo Neoliberal en Colombia, 1970-2004*, Bogotá: Ediciones Aurora, 2004

⁵⁵⁶ Uprimny, Rodrigo, « Agendas económicas de modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina : encuentros y desencuentros ». *Op. Cit.* P. 17. Voir aussi : Ocampo, José Antonio, *Reconstruir el futuro. Globalización, desarrollo y democracia en América latina*. Bogotá : Norma, 2004.

⁵⁵⁷ Harvey, David, *Brève histoire du néo-libéralisme*, Paris : Les Prairies ordinaires, 2014.

Voir aussi. <http://www.franceculture.fr/emissions/lessai-et-la-revue-du-jour-14-15/breve-histoire-du-neo-liberalisme-revue-du-mauss>

Les différentes critiques formulées à l'encontre du consensus de Washington, signalaient que l'adoption de cet agenda politique avait impliqué l'instauration d'un modèle néolibéral accentuant les problèmes de pauvreté et d'inégalité sur le continent⁵⁵⁸.

En raison de différents facteurs, le consensus de Washington est entré en crise à la fin des années quatre-vingt-dix. Ces éléments ont été : la promotion des idées du néo-institutionnalisme, le déclenchement d'une série d'effets nuisibles des programmes d'ajustement structurel, et la constatation qu'en Amérique latine les problèmes de pauvreté et d'iniquité sociale étaient encore des problèmes irrésolus. Les défenseurs de ces politiques néolibérales ont donc proclamé une seconde étape de réformes structurelles qui complètent le consensus initial de Washington⁵⁵⁹.

La crise asiatique de 1997 mettait en évidence les risques de déréglementation recommandée par le premier Consensus. Pour les idéologues de la première étape des réformes, cet exemple montrait l'importance de créer des institutions de supervision et des formes de régulation des marchés, afin d'éviter l'avènement d'une crise semblable.

Suivant cette logique, en 1998 pendant la deuxième conférence des Amériques à Santiago du Chili, les représentants des États ont souligné l'importance des institutions publiques dans la promotion d'un développement stable et égalitaire. On commence donc à parler d'un consensus de Santiago remplaçant celui de Washington. Un de ses fondements était celui d'octroyer un rôle important à l'État dans le développement et l'intégration économique et sociale⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Uprimny, Rodrigo, « Agendas economicas de modernizacion del Estado y reformas constitucionales en America Latina : encuentros y desencuentros ». *Op. Cit.* p.18

⁵⁵⁹ *Ibid.* p.18

⁵⁶⁰ La Banque Mondiale, dans son rapport de 1997, sur le développement mondial a noté : « S'il est indéniable que le développement par l'Etat a échoué, il en est de même du développement sans l'État, comme nous le voyons trop clairement dans les souffrances des populations de pays où, comme au Liberia et en Somalie, la puissance publique est anéantie ». Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1997, L'État dans un monde en mutation*. Washington. Avant-propos.

Les nouvelles réformes institutionnelles seraient destinées à flexibiliser le droit du travail en essayant de protéger les droits des travailleurs, l'établissement de codes et des standards financiers, et le renforcement des institutions de surveillance de l'économie et de la justice en général⁵⁶¹. L'objectif était donc de garantir un État de droit efficace capable d'assurer un développement stable⁵⁶². Ainsi, à la fonction de protection des droits de propriété, s'ajoute le renforcement des pouvoirs des juges et des hauts tribunaux pour punir la corruption publique, résoudre de manière plus efficace les conflits commerciaux et promouvoir la rapidité des processus judiciaires⁵⁶³.

2. Deux types de réformes en contradiction

Rodrigo Uprimny note que les logiques et les finalités des AEME et des réformes constitutionnelles ont été différentes et même parfois opposées. Cela, notamment parce que pendant que ces dernières se caractérisent pour un contenu « aspirationnel » et socialement incluant, les premières obéissaient plutôt à la logique économique préconisée par la première version du consensus de Washington.

En effet, les réformes constitutionnelles ont centré leurs discours sur le renforcement de la démocratie, l'élargissement de la citoyenneté, la protection des droits sociaux et la promotion de l'égalité sociale. Les AEME, au contraire, ont été fondées sur la

⁵⁶¹ Dans ce nouveau processus deux éléments deviennent déterminants : d'un côté les rapports annuels de la Banque Mondiale dans lesquels commencent à souligner le rôle de l'État et des institutions publiques dans le développement, spécialement à partir du rapport de 1997 « L'État dans un monde en transformation ». Et d'autre côté, la deuxième rencontre des Amériques effectué en Santiago du Chili en 1998, où on souligne, également, l'importance de l'État dans le développement et dans l'intégration économique et sociale. Uprimny, R. *Op.Cit.* p.19

⁵⁶² *Ibid.* p. 21

⁵⁶³ Certains auteurs soulignent comment, de manière implicite, le nouvel ensemble de réformes néo-libérales est caractérisé par le renforcement du contrôle social en général, et de l'appareil pénal en particulier. Selon eux, les réformes néo-libérales ont un aspect libertaire, notamment par la protection sélective de libertés (comme par exemple celles relatives à la propriété privée), et ont aussi un aspect répressif, par le renforcement de l'appareil pénal. Garcia, M., Rodriguez, C., Uprimny, R. *Op. Cit.* p. 116-117

croissance à partir de la libéralisation économique et de la stabilisation macroéconomique. Pour elles, les droits sociaux ne devaient pas être considérés comme un composant de l'État, dans la mesure où les fonctions de ce dernier devaient être limitées à celles prévues par le libéralisme classique : la protection de la propriété privée, la garantie de la liberté contractuelle, et la défense nationale et de l'ordre public⁵⁶⁴.

Selon Rodrigo Uprimny, même si dans de certains cas les deux volets de réforme de l'État semblaient protéger les mêmes valeurs, ils le faisaient avec des logiques et des objectifs très différents. R. Uprimny évoque le cas suivant : « les AEME et les réformes constitutionnelles ont considéré que les États devaient promouvoir une éducation basique, mais le cadre conceptuel et philosophique qui leur a servi de fondement était différent. Pendant que les Constitutions ont établi l'éducation comme un droit de l'homme pour toutes les personnes, les AEME considèrent l'éducation comme un investissement en capital humain. Le fait d'adopter l'un ou l'autre point de vue a des conséquences importantes dans des situations concrètes. Prenons par exemple le cas de la garantie d'accès à l'éducation des personnes souffrant d'un handicap cognitif grave. Si l'on considère que l'éducation est un droit de l'homme, l'État doit alors garantir le droit à l'éducation à toutes les personnes y compris celles qui ont ce type de handicap. Au contraire, si l'on considère que l'éducation est un investissement en capital humain, les raisons pour lesquelles les autorités doivent dépenser des ressources dans l'éducation de ces personnes ne sont pas claires, car le taux de retour sur cet investissement serait très bas de même que sa capacité productive⁵⁶⁵ ».

Également, la reconnaissance des droits des indigènes et plus particulièrement du droit de participer aux décisions qui les concernent a été l'objet de réformes constitutionnelles et aussi des AEME. Cependant, comme dans l'exemple précédent, cette reconnaissance s'appuie sur des logiques différentes⁵⁶⁶. D'un côté, les

⁵⁶⁴ Uprimny, R. *Op.Cit.*p.25

⁵⁶⁵ *Ibid.*p.26

⁵⁶⁶ Cesar Rodriguez appelle ces directives des règles de droit flexible : ce sont des principes opérationnels des banques multilatérales et privées qui imposent aux compagnies qui opèrent sur les territoires indigènes, ou des codes de conduite des compagnies minières qui exploitent ces territoires.

nouvelles Constitutions ont été fondées sur le prisme de changement du paradigme de l'assimilation à celui de la reconnaissance de la différence culturelle. Elles ont donc garanti expressément le droit à l'autodétermination de ces peuples et le droit de décider selon leurs cultures et leurs visions de monde.

Contrairement à ce que nous venons de voir, les AEME, obéissaient à une logique néolibérale du marché et cherchaient plutôt à faire des communautés indigènes de véritables sujets juridiques capables de réaliser des contrats et de participer au marché économique en tant que sujets libres et égaux des autres acteurs économiques. D'après César Rodriguez, dans l'application de la consultation des peuples indigènes on peut constater la logique du multiculturalisme hégémonique, c'est-à-dire, la consultation en tant que « manifestation de la liberté contractuelle entre parties formellement égales. ». C. Rodriguez cite les travaux de Comaroff et Comaroff à propos de *l'Ethnicité. Inc.* « il s'agit du processus de marchandisation de la culture et de la transformation entrepreneuriale de l'identité dans lequel il est inséré⁵⁶⁷ ». Il y a une projection du sujet entrepreneur du néolibéralisme au plan de l'existence collective. » Dans la version de l'Ethnicité.gov, il y a une projection du sujet juridique néolibéral au plan des droits collectifs. Il s'agit du sujet juridique collectif à qui on reconnaît des droits (néo) libéraux primordiaux : la liberté contractuelle et la légalité dans la procédure⁵⁶⁸ ».

Le cas de l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes montre bien la logique de l'intérêt des AEME pour la protection du droit à la participation des peuples indigènes. Dans ce contexte, les entreprises transnationales intéressées par l'exploitation de ces ressources peuvent donc négocier avec les communautés indigènes qui habitent les territoires où se trouvent ces ressources. Ainsi, les communautés se trouveront sur un pied d'égalité avec les entreprises et les États pour ce qui concerne les consultations et les négociations.

Rodriguez, C. *Etnicidad.Gov, los recursos naturales, los pueblos indigenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, 2012, *Op. Cit.* p.30

⁵⁶⁷ Comaroff, J. and Comaroff, J., *Ethnicity.Inc*, Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 20

⁵⁶⁸ Rodriguez, C., 2012, *Op. Cit.* p. 28

Nous voyons donc, que dans les processus récents de transformation de l'État en Amérique latine, la question indigène n'échappe pas aux dilemmes nés des logiques contradictoires des réformes constitutionnelles et des AEME. Les réflexions de César Rodriguez sur ce qu'il appelle *l'ethnicité.gov* nous rappellent cette tension. D'après lui, la question indigène et plus particulièrement la consultation sont aujourd'hui un champ juridique intensément disputé. D'une part, on trouve la domination de la légalité néolibérale, centrée sur la liberté contractuelle et la légalité de la procédure, et d'autre part la légalité fondée sur l'autodétermination qui défend le mouvement indigène. Cela a donc d'importantes conséquences pour ce qui concerne la redistribution des ressources et du pouvoir⁵⁶⁹.

Un deuxième aspect qui oppose les AEME et les réformes constitutionnelles, est celui de la procédure d'adoption. Pendant que la restructuration économique des États d'Amérique latine préconisée par les AEME a été faite, souvent, par des décrets présidentiels et par des décisions des banques centrales. Les réformes constitutionnelles, au contraire, ont été adoptées, dans la plupart des cas, par des assemblées constituantes⁵⁷⁰. Cet aspect devient encore plus problématique car comme on l'a dit précédemment, les logiques et finalités de ces deux volets étaient différentes.

Par la suite nous verrons comment la question indigène a été victime de cette contradiction. En effet, d'une part les nouvelles constitutions ont donné une protection spéciale aux territoires des communautés indigènes et à leurs cultures, mais d'autre part, les gouvernements par la voie des décrets ont fait de ces territoires un objet du marché capitaliste.

⁵⁶⁹ *Ibid.* p.38

⁵⁷⁰ Uprimny, R. *Op.Cit.* p. 24

§2 - La politique du gouvernement fondée sur l'exploitation des ressources naturelles : la mise en péril des territoires indigènes

L'exploitation des ressources naturelles est devenue aujourd'hui une source fondamentale du modèle économique capitaliste. Souvent cette exploitation est faite sur des territoires habités par des populations indigènes en mettant en danger leurs modes de vie (1). La Colombie est un exemple très représentatif de cette situation, ses derniers gouvernements ont fait de l'économie extractive le moteur du développement du pays en méconnaissant les droits des communautés autochtones propriétaires des terres où se trouvent les ressources naturelles à exploiter (2).

1. Les territoires indigènes victimes des économies extractives.

Le contexte de globalisation est caractérisé par l'accroissement des activités humaines, la course à la consommation et à l'énergie. Cela conduit au développement de projets d'envergure censés répondre aux besoins croissants de la population mondiale en matières premières et laissant simultanément entrevoir une intensification de ce changement global⁵⁷¹.

La mise en œuvre de ces projets est conditionnée par l'ouverture des pays aux capitaux étrangers, en impactant d'une manière évidente les domaines, économique, géopolitique, ou environnemental. Également, ils font entrer en jeu un certain nombre d'acteurs, dont les entreprises minières transnationales, qui affectent profondément les processus démocratiques de prise de décision. Dans ce contexte, le développement des mégaprojets miniers à l'échelle mondiale rappelle les critiques formulées par Hannah Arendt à propos de la modernité et de la mainmise de

⁵⁷¹ Colloque Ressources minières dans les Amériques : Mutations du continent. 11,12 et 13 juin 2014. Grenoble.

l'économique sur le politique, ou celle évoquée par Jürgen Habermas sur l'érosion de l'« État social⁵⁷²».

Selon, David Harvey la nouvelle importance économique de l'industrie extractive, jalonnée par la demande des pays comme la Chine en matières premières, a conduit une compétence transnationale pour les ressources naturelles et, par conséquent, par les territoires de frontière qui n'ont pas été encore explorés⁵⁷³. César Rodriguez signale, que ce sont précisément ces territoires où les communautés indigènes habitent et où les conflits à propos de la consultation préalable sont les plus aigus⁵⁷⁴.

Le continent de l'Amérique latine est donc, particulièrement concerné par cette problématique car ses terres recèlent des ressources naturelles de grande valeur. Néanmoins, les endroits où il y a une majeure concentration sont généralement occupés de manière ancestrale par les peuples autochtones. Afin d'en permettre l'exploitation ; les gouvernements autorisent fréquemment l'installation d'entreprises et donc l'expulsion des peuples autochtones de leurs terres⁵⁷⁵.

L'extraction des ressources naturelles sur les territoires indigènes de ce continent n'est pas un phénomène nouveau, il n'est pas non plus associé exclusivement aux priorités des économies globalisées, et aujourd'hui en crise. Dans les documents historiques nombreux sont les traces montrant des formes d'exploitation des biens naturels imposées par les colonisateurs aux peuples amérindiens, spécialement des ressources comme l'or et l'argent.

À ce propos, Delphine Couveinhes-Matsoumoto note, « Dès le XVème siècle, le continent a subi des pillages et des massacres importants lors de la colonisation espagnole et portugaise. De manière classique, l'exploitation des ressources naturelles opposait l'État et les peuples autochtones mais cette situation a évolué avec l'expansion des activités des entreprises. Au cours du XXIème siècle, la relation

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ Harvey, D., *Le nouvel impérialisme*, 2010, *Op.Cit.*

⁵⁷⁴ Rodriguez C., 2012, *Op. Cit.*p.13

⁵⁷⁵ Couveinhes-Matsumoto, D., *Les droits des peuples autochtones et l'exploitation des ressources naturelles en Amérique latine*, 2016, *Op.Cit.* p. 45

conflictuelle entre l'État et ces peuples s'est détériorée en raison de la recherche et de l'exploitation des richesses du sous-sol par l'État, le plus souvent sans égard aux droits des peuples autochtones [...]. L'exploitation de ces ressources par les entreprises étrangères est une autre source de tension, encore plus forte. En effet, les ressources naturelles de l'Amérique latine sont très convoitées par les entreprises. Au début des années 2000, l'exploration de cette région représentait plus de 22 % des investissements réservés par les entreprises à cette fin dans le monde⁵⁷⁶».

Ces ressources sont considérées comme des moteurs dans les moments clés de l'accumulation de la richesse ou du capital. Cela a été le cas dans les contextes coloniaux, pendant la révolution industrielle et dans la consolidation du capitalisme. Nous pouvons observer, à l'heure actuelle, que ces biens naturels deviennent des éléments salvateurs au moment où les économies des pays « développés » connaissent un certain déclin⁵⁷⁷.

L'extraction des ressources naturelles a été donc, une constante dans l'histoire de l'Amérique latine. Ce modèle économique présente des cycles d'expansion et de contradiction liées notamment aux dynamiques politiques et économiques internationales. Nous pouvons aussi affirmer que le développement de ces activités extractives met en évidence d'une part des conflits d'intérêts et des visions du monde différents. D'autre part qu'il est une source de violations des droits fondamentaux, notamment ceux des populations indigènes.

Dans ce sens, le rapporteur Spécial des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes a noté : « Le Rapporteur Spécial est convaincu que les projets d'extraction des ressources naturelles et autres méga projets menés sur les territoires indigènes ou à proximité de ceux-ci, constituent une des sources la plus importante d'abus des droits des peuples indigènes dans le monde. Dans sa forme la plus répandue, le modèle d'extraction des ressources naturelles sur les territoires des peuples

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p.47

⁵⁷⁷ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, gobernabilidad democrática e industria extractivas. (PNUD) « Estudio de caso, Minería en territorio indígenas del Guainía en la Orinoquia y la Amazonia colombiana » Mendoza, Diana (Consultora) Noviembre 2012.

indigènes compromettent la libre détermination des peuples indigènes dans les sphères, politique, sociale et économique⁵⁷⁸».

Également, le programme de gouvernance démocratique du PNUD, souligne que la prolifération des projets extractifs de grande envergure sur les territoires indigènes a des impacts négatifs sur les droits individuels et collectifs des peuples indigènes. Selon le PNUD, ces projets mettent en péril leurs formes d'organisation et de gouvernement en introduisant des priorités nouvelles dans leur vie quotidienne. Cela conduit au déplacement, à l'affaiblissement des autorités traditionnelles, à de nouvelles formes de représentation et à des tensions à propos des biens, du territoire et de la culture⁵⁷⁹.

Aujourd'hui, les peuples indigènes et les gouvernements d'Amérique latine se confrontent à cause de l'activité minière. Les gouvernements motivés par la croissance économique ont créé des cadres normatifs visant à attirer l'investissement étranger et les entreprises pétrolières et minières. Dans la plupart des cas, les projets d'exploration des ressources ont lieu sur les territoires ancestraux des peuples indigènes qui s'opposent à cela⁵⁸⁰.

Une des principales causes des conflits entre les communautés indigènes et les États réside dans le fait que ces derniers prennent des décisions de manière unilatérale pour octroyer des concessions à des entreprises privées sur les territoires indigènes et sur leurs ressources naturelles. Souvent les communautés sont informées par l'entreprise propriétaire de la concession quand elle est déjà installée sur leur territoire et quand les activités d'exploitation et d'exploration des ressources qui se trouvent dans le sous-sol ont déjà commencé. À ce propos Luis Vittor dit, « dans la plupart des cas, les communautés indigènes n'ont pas d'autre option que

⁵⁷⁸ Naciones Unidas (ONU), Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos 18o período de sesiones. Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011

⁵⁷⁹ PNUD « Estudio de caso, Minería en territorio indígenas del Guainia en la Orinoquia y la Amazonia colombiana ... *Op.Cit.* P. 6

⁵⁸⁰ Vittor, Luis « Indigenous people and Resistance to Mining Projects », in :*Revista, Harvard Review of Latin America*, 2014., p.50

d'initier un processus de négociation dans des conditions d'inégalité pour céder leurs territoires⁵⁸¹ ».

Dans ce sens, la CCC et la Commission IDH ont signalé, que les communautés indigènes développent sur ces territoires des activités économiques propres à leurs cultures. Ces modèles de développement sont mis en danger par le modèle du développement économique extractif. Les concessions et les autorisations environnementales sont accordées sans prendre en considération ces réalités culturelles différentes.

En outre, la plupart des territoires habités par les peuples indigènes se caractérisent par le fait d'être des endroits où sont concentrés des domaines d'une très riche biodiversité. Cette situation est évidente dans le cas de l'Amazonie qui concentre un grand nombre des communautés indigènes et dans le même temps reste une région possédant une des plus importantes biodiversités de la planète⁵⁸².

2. La « locomotive minière » du gouvernement colombien.

Dans son étude sur l'activité minière sur les territoires indigènes de l'Amazonie et de l'Orinoquia colombiennes, le PNUD a signalé que les deux derniers gouvernements ont centré le développement économique de la nation dans l'extraction de ressources non renouvelables, l'activité minière et les hydrocarbures. Dans cette logique, ces gouvernements ont opté pour approfondir les paramètres néoclassiques de l'économie globale pour les pays latino-américains, c'est-à-dire la « primarisation » de l'économie, la promotion de l'investissement des capitaux étrangers et l'adoption des traités de libre commerce. Dans ce contexte, le PNUD

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*

note que « la production normative en matière minière n'a pas de précédents dans l'histoire du pays⁵⁸³ ».

Depuis la dernière décennie, les gouvernements ont commencé à créer des conditions pour assurer un cadre juridique à l'industrie minière et pétrolière. Afin de garantir cela, ils ont réduit les régimes de protection des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables. Ce nouveau corpus normatif a modifié certains aspects de la Constitution dont la vision de l'économie nationale, le principe de viabilité fiscale, *regalias* (qui consiste en une rétrocession d'une partie des bénéfices acquis à la collectivité territoriale correspondante) et l'exploitation des ressources naturelles⁵⁸⁴.

Ce cadre juridique minier/pétrolier régule des aspects spécifiques à la gestion de ressources naturelles non renouvelables, et traite aussi des questions sur les ressources naturelles en général et l'environnement. Également, il régule un aspect central des droits collectifs comme la reconnaissance de l'existence et de la déclaration de présence d'un peuple indigène ou d'une communauté ethnique sur un territoire déterminé.

L'année 2010, dans le plan du développement (2010-2014), le président de la Colombie, Juan Manuel Santos, a donné le rôle de locomotive au secteur minier-énergétique, afin de jalonner les autres secteurs économiques et de générer des ressources pour l'investissement social. Selon, la revue *Portafolio*, ce secteur est devenu le plus important de l'économie. Grâce aux ressources que cela apporte - équivalents au trois-quarts du budget national – l'on peut financer le logement social, la totalité de l'éducation publique pendant quatre ans, ou financer le programme de réseau de voies [...] l'exploitation de ces ressources apporte quelque chose qui est aussi fondamental : de l'énergie pour la croissance économique laquelle permet la création d'emplois. [...] La production du pétrole a augmenté de 40 % en assurant la charge de nos raffineries et des nouvelles exportations [...] et une production de gaz

⁵⁸³ (PNUD) « Estudio de caso, Minería en territorio indígenas del Guainia en la Orinoquia y la Amazonia colombiana ... *Op. Cit.* p. 32

⁵⁸⁴ *Ibid.* p. 32. Voir : les Actos legislativos 3 et 5 de 2011.

suffisante pour répondre à la demande de deux millions de familles qui ont eu du gaz pour la première fois de leurs vies [...]»⁵⁸⁵.

Selon l'ex-ministre de l'économie Rudolf Hommes, l'activité minière apporte beaucoup d'avantages au développement et à la croissance économique du pays. Cela a des effets positifs comme en Australie où le taux de chômage est inférieur à 5 % en grande partie grâce à l'activité minière qui est une source importante de travail, et qui à son tour a des effets positifs sur des autres services dont le travail dans la santé. Pour lui : « La Colombie est un pays pauvre, qui a souffert du retard dans le développement industriel et celui de l'activité minière. Si l'investissement privé arrive dans ce dernier secteur, est-il censé de le laisser partir quand une grande partie de la population est au chômage ? Un pays pauvre peut-il se permettre de rejeter une importante source de richesse ? La réponse est non, au contraire, on doit inciter cette activité, et réduire l'avantage que nous a pris le Chili et le Pérou et de ne pas faire certaines de leurs erreurs. Cette politique menée n'a pas permis à ces pays d'éviter les conflits entre les communautés et les entreprises. C'est pour cela que le gouvernement, les entreprises et la société civile doivent arriver à trouver un développement avec l'activité minière⁵⁸⁶».

D'après Felipe Marquez représentant d'AngloGold Ashanti Colombie, l'activité minière en Colombie a d'importants avantages pour le pays. Pour lui, cette activité développe une chaîne professionnelle et technique ainsi que des biens et des services qui vont générer un grand dynamisme dans plusieurs secteurs productifs. Il ne s'agit pas uniquement de l'activité minière, mais aussi d'un énorme processus d'enchaînements sociaux et productifs générant à leur tour du développement pour le pays. Selon ses propres mots : « Ces ressources dynamisent l'économie spécialement dans les régions où les projets sont développés [...] le pays gagne et le développement local gagne aussi [...] C'est pour cela qu'il vaut la peine de penser et de repenser que ce que signifie l'activité minière pour le développement intégral du

⁵⁸⁵ Gonzales E.,T.,(Ministre de Mines et de l'énergie) « Qué paso con la locomotora-minero-energetica ? » *Rev Protafolio*, Agosto 11, 2015.

⁵⁸⁶ Holmmes, Rudolf, « El desarrollo minero » En : *El Tiempo*, 23 febrero, 2012

pays et de nous donner l'opportunité de construire, comme beaucoup d'autres pays, une histoire de progrès et de croissance à 360 degrés⁵⁸⁷ ».

Par la voie d'un recours de *tutela* l'ONG tierra digna (la terre digne) a demandé à la CCC de déclarer l'inconstitutionnalité des zones stratégiques minières de la politique de développement économique de gouvernement, car les communautés concernées par cela n'avaient pas été consultées. Selon les requérants cette politique violait leurs droits à l'alimentation, à l'accès à l'eau, à l'environnement sain et au patrimoine culturel. D'après une des représentantes de l'ONG « il est préoccupant que dans cette politique l'on engage des zones d'une importante biodiversité, dont le Choco et l'Amazonie. Une de ces zones est considérée comme l'étoile hydrique la plus importante du pays⁵⁸⁸ ».

Dans la politique du gouvernement, les régions de l'Amazonie, du Vaupés, de Guainia, Vichada et Choco, étaient potentiellement exploitables et pouvaient être l'objet d'une concession d'exploitation à une entreprise.

La CCC dans l'arrêt T-766 de 2015 a dit que selon sa jurisprudence la consultation préalable est applicable dans l'adoption des mesures législatives ou administratives affectant directement les communautés ethniques. Pour le haut tribunal, les concessions concernant les projets d'exploitation minière, les licences environnementales pour l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes, et les projets d'infrastructure qui concernent les communautés indigènes, doivent être l'objet d'une consultation préalable.

Cette idée avait déjà été exposée dans l'affaire C-366-2011. En effet, d'après la CCC « les thèmes comme le territoire, la jouissance de la terre ou l'exploitation des ressources naturelles dans les zones où se trouvent les communautés ethniques, sont des questions qui doivent être l'objet d'une consultation préalable. Cela est entendu dans la mesure où la définition de l'identité des communautés ethniques est

⁵⁸⁷ Marquez R., F., « La Minería : 360° de impacto » *Mundo Minero*, 23 Marzo, 2013.

⁵⁸⁸ « Corte Constitucional frena en seco la locomotora minera » *El Espectador*, Bogota, 11 juin 2016. D'après le journal, avec cette décision la CCC a stoppé la politique minière du gouvernement. Cette politique était destinée à fonctionner de la même manière que celle du pétrole.

étroitement liée au rapport qu'elles entretiennent avec la terre et à la façon particulière de la comprendre. Ce dernier est complètement différent de la définition de la terre dans un sens patrimonial et de sa jouissance en termes économiques, propre à la pratique sociale majoritaire⁵⁸⁹».

En parlant de cette décision, le journal *El Espectador* disait que cette décision s'insérait dans un débat où d'une part le secteur minier demandait une révision de la portée de la consultation préalable afin de garantir avec certitude les règles du jeu. D'autre part, ceux qui défendent l'environnement demandent des politiques visant à empêcher que les conflits sociaux environnementaux deviennent une bombe à retardement. Ce débat (jeu à somme nulle) selon le journal « paraît avoir un vainqueur, car avec cette décision, la CCC a stoppé net la locomotive minière du président Juan Manuel Santos⁵⁹⁰ ».

Pour la CCC, bien que les résolutions ministérielles remises en cause soient des mesures administratives de caractère général, elles touchent directement les communautés ethniques et par conséquent elles ont dû être consultées. Cela dans la mesure où au moment de déclarer et de délimiter leurs territoires collectifs comme des zones stratégiques minières, le destin économique et productif de ces terres a été modifié. De même, au moment d'établir que ces territoires seraient l'objet d'un processus de sélection objective, lequel finirait avec sa concession à un particulier par son exploitation minière, ils ont créé une restriction dans l'usage de ce territoire et ils ont imposé un modèle de développement basé sur l'industrie extractive. Pour la CCC, « la seule déclaration et délimitation des territoires collectifs des communautés ethniques comme zones stratégiques minières met en danger leur subsistance, leur identité ethnique et culturelle, leurs usages et valeur, leurs coutumes traditionnelles, leurs formes de production et d'appropriation du territoire, leur cosmovision et leur histoire ».

Pour ces raisons, la CCC a jugé que les résolutions ministérielles déclarant des zones stratégiques minières sur leurs territoires collectifs et sans la préalable

⁵⁸⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-366 de 2011.

⁵⁹⁰ « Corte Constitucional frena en seco la locomotora minera » *El Espectador*, 11 de junio, 2016.

consultation avaient violé le droit fondamental de la consultation préalable, le droit au territoire et à la diversité des communautés ethniques.

Dans un entretien avec le journal *El Espectador* l'économiste catalan Joan Martinez Alier affirmait que la croissance de l'intérêt des entreprises étrangères pour l'exploitation des ressources naturelles dans le pays peut être expliquée « quand l'économie est en croissance (elle dépense plus d'énergie et plus de ressources et elle va les chercher n'importe où). Par exemple : on extrait du pétrole d'endroits où l'on ne devrait pas l'extraire, dont l'Amazonie. On n'avait jamais eu autant de commerce de matières primaires du sud vers le nord comme aujourd'hui. À l'époque de la colonisation, ils avaient de petites embarcations pour transporter des minéraux, aujourd'hui il y a des bateaux de pétrole et de charbon tout le temps⁵⁹¹ ».

D'après lui, « la politique minière de Colombie est une mauvaise politique car bien qu'il puisse y avoir une croissance économique, l'environnement ne va pas bien. Si l'on fait un calcul correct et que l'on prend en compte les dommages environnementaux non réparables causés par l'extraction, le PIB n'augmenterait pas de 5 % comme on dit, mais il pourrait être en décroissance ».

Dans le même sens le professeur en économie Mario A. Valencia soutient la thèse selon laquelle le développement économique fondé sur une politique d'investissement étranger dans l'extraction minière entraîne par conséquent, une perte des ressources naturelles et la perte des possibilités de développement pour la nation. Selon ses propres termes, « Il n'y a pas de preuve historique ni statistique d'un processus de perte de l'intérêt national plus excessif que celui que vit la Colombie sous l'actuelle politique que le gouvernement a appelée « la locomotive minière énergétique⁵⁹² ».

⁵⁹¹ « Dos miradas de la minería » *El Espectador*, Bogota, 10 février 2013.

⁵⁹² Valencia, Mario Alejandro « La gran minería no es un buen negocio para Colombia », in, *Revista Deslinda*, Edición 51, Nov, 2012.

Section B. Des projets économiques sur les terres ancestrales : l'affaire U'wa et U'rra

La réalisation des projets économiques sur les territoires des communautés indigènes met en lumière de forts dilemmes philosophiques, politiques et normatifs. Ces dilemmes sont représentés par les tensions entre les différentes conceptions du développement de l'État et celles des communautés indigènes. Pour l'État, l'exploitation des ressources naturelles représente une source de richesse et de financement des politiques d'intérêt général, alors que, les communautés indigènes considèrent ces exploitations comme une atteinte à leurs cosmogonies, et à leurs cultures ainsi qu'un danger pour leur survie. L'affaire de la communauté indigène Uwa contre l'exploitation du pétrole sur son territoire (§-1) et l'affaire Urra où la communauté indigène Embera-Katio s'est opposée à la construction d'un barrage hydroélectrique sur son territoire (§-2), sont des exemples qu'illustrent bien ces dilemmes.

§.1 l'affaire UWA et la politique des hydrocarbures.

L'affaire U'wa est un cas qui met en évidence d'une part, les divergences qu'implique l'exploitation des ressources naturelles, en l'occurrence, le pétrole, sur le territoire des communautés indigènes (1), Et d'autre part, la tension juridique entre la participation des indigènes dans les décisions les concernant et la puissance étatique (2).

1. L'exploitation du pétrole en territoire U'wa : la tension entre la cosmovision indigène et l'intérêt de la Nation.

Au début des années quatre-vingt-dix la compagnie pétrolière de Colombie (Ecopetrol) avait signé un contrat avec deux entreprises multinationales, l'OXY et la

SHELL, pour l'exploration et l'exploitation d'un domaine de 209.000 hectares dans la région connue comme « *Las Selvas de Sarare* » dans la cordillère orientale. Cet espace est traversé par plusieurs rivières qui naissent dans *la Sierra Nevada del Cocuy*⁵⁹³.

Ce domaine se caractérise par une topographie complexe et par une grande diversité de climats et de paysages humides tropicaux. On y trouve des vallées, des glaciers, des forêts, de la haute montagne et des forêts alluviales. C'est une zone considérée comme un des lieux les plus menacés d'extinction de la planète⁵⁹⁴.

La population qui habite cette région est aussi très diverse. Elle est constituée par des paysans originaires de diverses parties du pays, la plupart d'entre eux, déplacés à cause de la violence. On y trouve aussi, le peuple indigène U'wa ou Tunebos qui occupe la partie nord orientale de la Sierra.

La signature du contrat entre l'État et les multinationales s'est déroulée à la même période que l'adoption de la nouvelle Constitution de 1991. Rappelons-nous que cette nouvelle constitution reconnaît la diversité ethnique et culturelle de la Nation colombienne et prévoit aussi la réalisation d'une consultation préalable des communautés indigènes sur tout projet de développement pouvant affecter leur intégrité sociale et culturelle.

L'anthropologue Margarita Serje note que c'est précisément dans le déroulement de la réunion de consultation avec la communauté U'wa que l'on trouve le noyau de la controverse qui aura une grande résonance dans la vie publique du pays et dans le milieu des écologistes. Un des aspects centraux de l'argumentation de l'État est la définition même de la consultation. Pendant la réunion « Un des représentants U'wa a demandé si la consultation était destinée à dire oui ou non au projet. Une des fonctionnaires de l'État a répondu en disant que la consultation n'est pas conçue pour dire oui ou non à un projet sinon pour que la communauté puisse comprendre comment elle pourrait être affectée par les travaux qui vont être réalisés, pour étudier

⁵⁹³ Serje, M., « ONG,s Indios y petroleo : el caso U'WA a traves de los mapas del territorio en disputa », in, *Bulletin de l'Institut français d'études andines*, 32 (1) 2003, p.P. 101-131, p. 104

⁵⁹⁴ *Ibid.* p.105

quelles sont les incidences socioculturelles du projet et pour proposer des solutions, mais aussi pour communiquer les avantages auxquels la communauté va accéder [...] la consultation n'est pas un permis donné par des indigènes sinon l'appréciation des impacts possibles d'un projet sur un peuple indigène⁵⁹⁵».

De cette façon, l'État considérait comme indiscutable le fait que la décision concernant le projet pétrolier soit entre ses mains. Selon son point de vue, la question était d'identifier avec l'aide des indigènes, les aspects du projet qu'il fallait ajuster. Le résultat de la réunion de la consultation a été un grand malentendu entre les différentes parties. Alors que, l'État et les entreprises avaient compris que la décision de constituer une commission interculturelle destinée à faire quelques modifications au projet avait été prise à l'unanimité, les représentants du peuple U'wa considéraient, eux, que la décision allait être prise lors d'une prochaine réunion après avoir consulté la communauté et ses leaders. Pour les indigènes la proposition de l'État était un piège car l'exploitation du territoire allait se faire en échange des bénéfices du développement. Pour eux, ces bénéfices se traduisent en termes de pollution de l'environnement, construction de routes sur leur territoire, mais aussi l'arrivée massive de colons, l'urbanisation et invasion de leurs territoires, la déforestation, la corruption, la militarisation et la violence⁵⁹⁶.

La discussion durant cette réunion a mis en évidence un dilemme épistémologique. Dans leurs interventions, les représentants des U'was se définissent comme un peuple traditionnel, un peuple qui a gardé un certain degré de pureté en protégeant ses lois et ses savoirs de la menace que représente pour eux la civilisation occidentale. *« Nous, le peuple U'wa, nous sommes et nous vivons dans un monde différent de celui du blanc. Peut-être qu'il n'est pas différent d'un point de vue physique, du sol, de la lune, des montagnes et des rivières, mais notre façon de le comprendre, de le concevoir et de l'étudier est différente [...]. Nous les U'wa nous concevons le territoire comme l'essence de la vie, nous avons une manière très spéciale de contrôler l'environnement, notre comportement envers lui s'explique par des mythes et des croyances, des coutumes qui remontent à l'origine de notre*

⁵⁹⁵ Actes de la réunion de consultation à la communauté U'wa. Cite par Serje, M., *Op.Cit.*, p. 106.

⁵⁹⁶ *Ibid.* p.106

monde, de notre peuple et de notre culture : notre mission a été celle de maintenir l'équilibre originel⁵⁹⁷ ».

Avec cette réunion, le gouvernement a considéré que la formalité de la consultation avait été respectée. Avant la tenue de la deuxième réunion prévue, le Ministère de l'environnement a octroyé le permis pour commencer le projet pétrolier. Lors de cette deuxième réunion, le gouvernement a communiqué sa décision aux représentants de la communauté indigène. Les fonctionnaires de l'État attendaient de la part de ces derniers une information concernant les lieux sacrés pour modifier si besoin la phase d'étude sismique. Cependant, le porte-parole des indigènes a affirmé que pour eux, la totalité « *du resguardo était sacrée et donc qu'ils ne pouvaient pas établir d'endroits spécifiques à protéger⁵⁹⁸ ».*

À la suite de ces événements, les représentants de la communauté indigène ont manifesté publiquement leur opposition à l'exploitation pétrolière synonyme, selon eux, d'un ethnocide. D'après la communauté, l'État n'a pas pris en compte son point de vue et dénonce sa négligence dans la formalisation juridique de son territoire en tant que *resguardo*. Et toujours selon les indigènes, la Constitution établit clairement que les initiatives de développement ne peuvent pas être menées à terme si les indigènes considèrent qu'elles mettent en péril la vie de la communauté et sa culture. Ils affirment : « Nous préférons une mort digne, fidèle à la fierté de nos ancêtres qui se sont confrontés aux colonisateurs et aux missionnaires⁵⁹⁹ ».

Les différents journaux du pays publièrent cette information. Pour sa part, le journal *El Nuevo Siglo* annonce « cinq mille indigènes menacent de se suicider ». *El Tiempo*, de son côté titre : « Suicide chez les U'wa⁶⁰⁰ ». Ces articles disaient que les U'wa affirmaient vouloir faire comme leurs ancêtres Tunebos qui en 1540 se sont donné la mort en se jetant dans un précipice pour ne pas être soumis à la volonté des colonisateurs.

⁵⁹⁷ Document « Uwichita » de l'organisation Asou'wa présenté dans l'Audience u'wa pour la vie, 20 juillet 1996. Citée par Serje, M., *Op. Cit.*p. 107

⁵⁹⁸ Acte de la réunion de suivi de la consultation avec le peuple U'wa, OXY, 27 janvier 1995, Citée par Serje, M., *Op. Cit.*p. 108

⁵⁹⁹ Manifeste public du peuple U'Wa, juin 1995. Citée par Serje, M., *Op. Cit.*p. 108

⁶⁰⁰ Motta V., R., « Suicidion en los U'wa », *El Tiempo*, 27 janvier 1998.

Dans leur lettre à l'opinion publique, les U'wa disaient : « Plus d'une fois et à de multiples reprises, nous avons dit que la terre est notre mère, que nous ne voulons pas et nous ne pouvons pas la vendre. Mais il semble que l'homme blanc ne le comprend pas très bien, il insiste pour que nous la cédions, la vendions ou que nous maltraitions notre terre [...] Nous nous demandons : Est-ce que l'homme blanc a la coutume de vendre sa mère ? Nous ne le savons pas ! [...] Nous savons que le *riowa* a donné un prix à toutes les choses vivantes, y compris la Terre. Il vend son propre sang et il veut que nous fassions la même chose sur notre territoire sacré avec le sang de la terre (*ruiria*) qu'ils appellent le pétrole. Tout cela est étranger à nos coutumes. Tout être vivant a du sang : tout arbre, tout végétal, tout animal, la terre aussi, et le sang de la terre (*ruiria*, le pétrole) et celui qui donne la force à tout, aux plantes, aux animaux et aux êtres humains. Toutes les propositions économiques sur ce qui est sacré pour nous - comme la terre ou son sang - sont une insulte pour nos oreilles et pour nos croyances. Ce monde n'a pas été créé par le *riowa* ni aucun de ses gouvernements [...] l'univers appartient au *Sira* (Dieu) et nous, les U'wa nous nous contentons uniquement de l'administrer. Nous sommes seulement un fil du tissu *ukua* mais le tisseur, c'est lui. C'est pour cela que nous les U'wa, nous ne pouvons pas céder ni maltraiter, ni vendre la terre ni son sang et pas plus ses créatures, car cela ne fait pas partie des principes du tissu. Mais l'homme blanc se considère comme le propriétaire, il l'exploite et l'asservit à sa manière. Cela n'est pas bien, cela rompt l'équilibre et casse l'*ukua*. Si nous ne pouvons pas vous vendre ce qui ne nous appartient pas, vous ne devez pas non plus vous approprier de ce que vous ne pouvez pas acheter. Certains chefs blancs font peur à leur peuple avec notre décision de suicide collectif comme dernier recours pour défendre notre Terre-mère [...]»⁶⁰¹.

Selon Margarita Serje, les déclarations publiques de la communauté U'wa ont eu des conséquences importantes : la mobilisation de l'opinion publique nationale et l'attention de la presse internationale, le soutien des organisations de défense de l'environnement et des droits de l'homme. La résonance internationale de l'affaire

⁶⁰¹ Peuple U'wa, *Lettre des U'wa au monde*. Publié par l'Agenda Latinoamericana : 2000. Consulté sur : <http://servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=397>

U'wa a été tellement importante que, en avril de 1988, la communauté indigène reçoit une importante reconnaissance de sa gestion environnementale : le prix Bartolome de Las Casas du Prince d'Asturies et le Prix Goldam, considéré comme le Nobel de l'environnement⁶⁰².

De leur côté, les fonctionnaires de l'État et les représentants des entreprises ont fait des déclarations dans la presse en disant que les indigènes étaient victimes du pouvoir d'intimidation de la guérilla, raison pour laquelle ils s'opposent au développement pétrolier⁶⁰³. L'entreprise de l'État, Ecopetrol, a fait une campagne publicitaire avec la devise « sans pétrole il n'y a pas de vie » par laquelle ils voulaient montrer les avantages des hydrocarbures en disant que sans eux, nous serions des véritables « hommes des cavernes ». De la même façon, les fonctionnaires de l'entreprise dans leurs déclarations publiques affirmaient qu'il n'était pas possible que « les intérêts de trois mille U'was s'opposent aux intérêts et au bien commun de trente-cinq millions d'habitants⁶⁰⁴ ».

2. Les U'wa devant les tribunaux : la reconnaissance de la diversité culturelle subordonnée à la puissance de l'État.

Le Défenseur du peuple, représentant de la communauté U'Wa, a porté plainte contre le Ministère de l'environnement et l'entreprise OXY, pour la violation des droits fondamentaux de cette communauté. D'après le Défenseur du peuple, la réunion qui a eu lieu le 10 janvier de 1995 et à laquelle ont assisté les représentants de l'Etat, des entreprises et de la communauté indigène, ne pouvait pas être considérée comme une réunion de consultation préalable. Par conséquent, l'autorisation du projet de prospection et d'exploitation pétrolière sur le territoire de la communauté ne devait pas être inappliquée.

⁶⁰² Serje, M., *Op. Cit.* p. 109

⁶⁰³ Cardenas, D., « U'wa no desapareceran por culpa de OXY », *El Tiempo*, 2 février 1997.

⁶⁰⁴ Serje, M., *Op. Cit.* p.109. Voir aussi les déclarations du Ministre de l'Énergie de l'époque, Luis Carlos Valenzuela en : *Semana* (Bogotá) N° 911 (18 de octobre de 1999).

Le Défenseur du Peuple avait demandé au Conseil d'État l'annulation de l'acte administratif par lequel le Ministère avait octroyé ladite autorisation. Cependant, le haut tribunal a jugé que cet acte était conforme à la norme supérieure dans la hiérarchie juridique. Dans ses considérations, il affirme que la consultation préalable des peuples indigènes prévue dans la Convention 169 de l'OIT ne peut pas être interprétée en termes absolus : « il s'agit simplement d'une finalité ou d'un objectif qui doit viser la consultation et non nécessairement un accord ou le consentement des communautés. La compréhension de cela en termes absolus va à l'encontre d'un des principes fondamentaux de l'État démocratique : les autorités légitimes ont la faculté d'adopter par elles-mêmes les décisions qui émanent de leurs compétences. Dans le cas qui nous concerne ici, seul le Ministère de l'environnement a la compétence d'octroyer l'autorisation environnementale⁶⁰⁵».

Pour sa part, la Cour Constitutionnelle a indiqué que l'exploration des ressources naturelles sur les territoires indigènes doit se faire de manière compatible avec la protection de l'identité sociale, culturelle et économique des peuples indigènes. L'intégrité de ces peuples est un droit fondamental car elle est liée à leur subsistance en tant que groupe humain et en tant que culture. C'est pour cela, dit la CCC, que la Constitution a prévu la participation des communautés indigènes dans la prise de décisions sur les projets d'exploitation des ressources naturelles sur leurs territoires. De cette façon, la participation des communautés est aussi un droit fondamental, dans l'adoption de ces décisions.

La consultation préalable des peuples indigènes doit envisager⁶⁰⁶ :

«

- a. La communauté doit avoir la pleine connaissance du projet d'exploitation de ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire.
- b. La communauté doit être informée des éventuelles conséquences qu'implique l'exécution du projet, et qui peuvent mettre en danger sa cohésion sociale, culturelle et économique.

⁶⁰⁵ Conseil d'État de Colombie, Section première du contentieux administratif, arrêt du 14 septembre de 1995.

⁶⁰⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-039 de 1997, § 3.3

c. La communauté doit pouvoir évaluer librement les avantages et les inconvénients du projet et être entendue sur ses inquiétudes concernant la défense de ses intérêts. La communauté doit pouvoir participer librement et efficacement à la prise de décision de l'autorité étatique, laquelle dans la mesure du possible, doit aboutir à un accord.

Quand ce dernier n'est pas possible, la décision de l'autorité doit être dépourvue d'arbitraire et d'autoritarisme. Elle doit être objective, raisonnable et proportionnelle à l'obligation de l'État de protéger l'identité culturelle, sociale et économique de la communauté en question.

La simple information ou notification d'un projet à une communauté indigène n'a pas la valeur d'une consultation. Les réunions de consultation doivent donc respecter les critères mentionnés. »

Concernant l'acte de la réunion de consultation de la communauté U'wa, la CCC remarque qu'une des fonctionnaires du Ministère de l'intérieur avait affirmé lors de cette réunion que « la consultation n'était pas une permission demandée à la communauté, sinon une appréciation sur les possibles conséquences d'un projet sur elle. [...] Le peuple U'wa doit réfléchir sur les aspects relatifs à son intégrité culturelle qui peuvent être touchés, et les commenter afin de prévoir les mesures à adopter⁶⁰⁷ ».

Le représentant du Ministère des Mines et de l'énergie a expliqué aux indigènes la politique des hydrocarbures du gouvernement et le projet en question. Il a affirmé, également, que dans « l'éventualité des dommages produits par l'exploration du pétrole, ils seraient indemnisés. Pour cela, il y a des négociateurs spécialisés⁶⁰⁸ ».

Quant à la communauté, elle avait dans plusieurs documents, manifesté son désaccord avec la réalisation du projet pétrolier sur son territoire, car il mettait en danger sa survie en raison des changements culturels, économiques et cosmogoniques. Selon eux, la consultation dans les termes prévus par la

⁶⁰⁷ *Ibid.* § 5.1

⁶⁰⁸ *Ibid.*

Constitution et la Convention n'a pas été épuisée avec les réunions de janvier 1995⁶⁰⁹.

Dans sa décision, la CCC adopte ce dernier argument de la communauté indigène en indiquant que les rencontres de l'OXY avec les membres de la communauté, ne peuvent pas être considérées comme une consultation dans les termes prévus par la Convention 169 de l'OIT. Pour la CCC, seul l'État est compétent à mettre en place la consultation en raison des « intérêts que cela implique : celles de la communauté indigène et celles de la politique environnementale et de développement du pays⁶¹⁰ ».

Ainsi pour la CCC, l'autorisation délivrée par le Ministère de l'environnement a été faite sans respecter les droits à la participation de la communauté U'wa. En conséquence, le haut tribunal ordonne la mise en place d'une consultation dans un délai de trente jours.

Cette décision n'a pas été prise à l'unanimité, quatre des neuf magistrats ont manifesté leur opinion dissidente. Selon eux, la conciliation du besoin d'exploitation de ressources naturelles et du respect de l'intégrité culturelle, sociale et économique des communautés indigènes, doit se faire par la voie des mécanismes de participation promus par l'action gouvernementale.

Cependant « la loi n'a pas prévu que la consultation ait une valeur contraignante pour le gouvernement ni qu'elle constitue un pouvoir de veto pour les communautés indigènes. Elle est simplement un instrument qui facilite la conciliation entre deux finalités que la Constitution a considérée comme compatibles. [...] La participation des communautés indigènes dans des projets d'exploitation de ressources naturelles, est une participation dans une procédure administrative et non une participation politique⁶¹¹ ».

⁶⁰⁹ *Ibid.* § 5.5

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ Opinion dissidente de l'arrêt SU-36 de 1997, des Magistrats : Herrera Vergara, Hernando, Naranjo Mesa, Vladimiro, Moron Diaz, Fabio et Vidal Perdomo, Jaime

Dans ce sens, selon les magistrats, le juge compétent pour décider sur la procédure administrative de l'autorisation environnementale est le Conseil d'État et non la Cour Constitutionnelle. En outre, la discussion sur les dommages que peut occasionner un projet d'exploitation des ressources naturelles aux valeurs culturelles des communautés indigènes doit se faire dans sa phase d'exploitation et non dans sa phase d'exploration⁶¹².

Après la décision de la CCC d'ordonner à l'État la réalisation d'une consultation préalable avant d'autoriser l'exploration sismique sur le territoire indigène, les U'wa ont surpris leurs alliés qui célébraient cette victoire juridique avec un communiqué dans lequel ils ont refusé l'arrêt de la CCC. Les U'wa réaffirmaient que leur volonté n'était pas celle d'être consultés sur le projet mais qu'ils rejetaient purement et simplement celui-ci, car il allait à l'encontre de sa cosmovision⁶¹³. Selon les propres mots de la communauté U'wa : « Nous ne comprenons pas pourquoi on nous demande de participer à une audience s'ils savent déjà ce que nous allons dire, c'est la même chose que nous disons depuis le début⁶¹⁴ ».

Aujourd'hui l'affaire U'wa est devenue un cas emblématique à cause de la résonance internationale qu'elle a eu mais aussi parce qu'elle représente bien les conséquences de l'abîme existant entre la vision d'une économie extractive de l'État et la conception du peuple U'wa sur le territoire et le pétrole (toutes les deux sacrées et intouchables), au point où la communauté a annoncé un suicide collectif en cas de prospection pétrolière sur son territoire⁶¹⁵.

Parallèlement à la procédure devant la CCC pour la protection de droits fondamentaux, dans la juridiction contentieuse administrative le Conseil d'État étudiait la légalité de l'acte administratif par lequel l'autorisation environnementale avait été délivrée. Quelques jours après la décision de la CCC, le 4 mars de la même année, le Conseil d'État décide sur le fond de l'affaire et confirme la position, selon

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Rodriguez, C., *Etnicidad.Gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, 2012. *Op.Cit.* p. 64

⁶¹⁴ Comunicado a la opinion publica. Comunicado U'wa, 10 febrero de 1997. Citée en : Rodriguez, C., *Op.Cit.* p. 64

⁶¹⁵ *Ibid.* p.63

laquelle la consultation avait respecté la procédure légale et qu'elle n'était pas contraignante pour le gouvernement sinon qu'elle était simplement une formalité procédurale. « Le Conseil d'État en session plénière, considère que l'interprétation exégétique de l'article 330 de la Constitution amènera à des extrêmes absolument irréconciliables avec la Constitution Politique. L'article 102 de cette dernière, indique que le territoire et les biens publics appartiennent à la Nation. Cela veut dire que la Constitution établit le domaine éminent, c'est-à-dire le droit de l'État, fondé sur le principe de souveraineté, d'utiliser le territoire à des fins d'intérêt public ou social. D'autre part, on doit tenir compte de l'article 322 qui affirme que l'État est le propriétaire du sous-sol et des ressources naturelles non renouvelables. Face à ces considérations et à ces normes, la Salle note que la licence environnementale octroyée à la Sociedad Occidental de Colombia Inc., objet de la controverse, a été précédée d'une consultation de la communauté indigène U'wa [...]. En conclusion, la licence n'a pas été délivrée en violation des normes constitutionnelles et légales en rapport avec la participation des communautés indigènes. La consultation n'implique pas l'existence en termes absolus d'un accord ou du consentement de la communauté indigène en relation avec l'autorisation à délivrer, sinon qu'elle doit se faire avec cet objectif. Dans ce sens, on peut expliquer que le résultat de la consultation comprenait quelques accords et des conclusions, qui devaient être exécutés postérieurement, sans que cette exécution soit nécessaire pour délivrer la licence, car ces accords et ces conclusions ont été définis en obligations des parties pour le développement de l'activité objet de la licence⁶¹⁶».

Concernant à la décision de la CCC pour la même affaire, le juge administratif suprême a signalé : « Le Conseil d'État considère nécessaire de déclarer que la présente décision résout de manière définitive la controverse juridique formulée par le Défenseur du Peuple, à travers le recours de *tutela*, décidé par la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt SU-36 de 1997, comme à travers le recours de nullité dans la juridiction contentieuse administrative. Par conséquent, l'ordre de suspension de l'autorisation environnementale doit être levé et les autres dispositions adoptées dans le même arrêt⁶¹⁷».

⁶¹⁶ Conseil d'État de Colombie, Salle Pleine du contentieuse administratif, arrêt 673, 4 mars de 1997
⁶¹⁷ *Ibid.*

§.2- L'Eau, l'énergie et le peuple Embera-Katio

L'affaire Urra est, à son tour, un bon exemple de la tension qui existe entre la reconnaissance de la diversité culturelle et l'intérêt général représenté par le développement des projets économiques en territoires indigènes (1). Dans ce cas les décisions juridiques, montrent que parfois les réparations des préjudices culturels peuvent devenir plus dommageables pour la communauté indigène que le dommage d'origine (2).

1. La construction d'un barrage électrique en territoire Embera-Katio : la diversité culturelle subordonnée à l'intérêt public.

La communauté Embera Katio habite à trois heures de route de Tierralta, un des épicycles du conflit armé en Colombie. À la fin des années quatre-vingt-dix, cette région est devenue le siège des attaques des groupes paramilitaires et des narcotrafiquants pour prendre le contrôle du territoire de la guérilla. Ce territoire était particulièrement riche en ressources naturelles, dont l'eau, des minéraux et des terres fertiles. Pour arriver à leurs fins, les paramilitaires ont déplacé plus de 30.000 habitants de Tierralta. Ils ont perpétré vingt-deux massacres dans le département de Cordoba et ont assassiné plusieurs personnes dont au moins neuf leaders indigènes Embera-Katio, qui s'opposaient à la construction du barrage électrique Urra⁶¹⁸.

La rivière Sinu, qui traverse tout le département, a une importance fondamentale pour la communauté Embera, qui a construit son économie et sa culture autour

⁶¹⁸ Rodriguez C., Orduz, N., *Adios rio. La disputa por la tierra, el agua y los derechos de los indigenas en torno a la represa de Urra*, Bogota : Dejusticia, 2012, p. 15

d'elle. La communauté a appris à adapter son mode de vie aux cycles de pluies et des inondations en faisant de cela un atout pour développer ses cultures vivrières⁶¹⁹.

Le projet de construction d'un barrage dans cette région est né au milieu du XXe siècle mais n'avait pas pu être concrétisé. Les politiciens de la région défendaient le projet de barrage électrique d'Urura, disant d'une part qu'il serait le moteur du développement pour la région de la Côte Atlantique et d'autre part, qu'il serait une solution pour contrôler les coûteuses inondations sur les terres agricoles de la région⁶²⁰.

Entre-temps, le gouvernement avait pris la décision de déclarer une partie de cette région comme Parc National Naturel Paramillo. Une partie du domaine de ce parc correspondait à l'endroit où le projet du barrage allait être développé, mais également à une partie du territoire occupé par des communautés indigènes. Selon les propres mots de César Rodriguez et Natalia Orduz, « Depuis cela, la présence des indigènes serait une écharde dans le côté des projets du gouvernement et de la classe dirigeante de la région⁶²¹ ».

Le gouvernement n'a pas fait participer les indigènes à cette nouvelle réorganisation de leurs territoires, ni au projet de construction du barrage. Cependant, la rumeur de sa construction était devenue une sorte de fantasme pour la communauté. Comme le manifestait une des indigènes en 1982 « la communauté est meurtrie dans ses entrailles, car elle va perdre sa terre avec la construction du barrage d'Urura qui est en plein territoire que nous avons hérité de nos ancêtres. *Urrado* veut dire dans notre langue 'rivière d'abeilles', ce sont de minuscules abeilles de couleur noire qui produisent un délicieux miel et de la cire [...]. Mais maintenant les abeilles blanches sont arrivées avec leur épine de mort et leur miel amer. Leur miel sera répandu dans toute la vallée en couvrant nos maisons, nos cultures, nos animaux et peut-être même nos enfants⁶²² ».

⁶¹⁹ *Ibid.*p.31

⁶²⁰ *Ibid.* p. 43

⁶²¹ *Ibid.*p.44

⁶²²Uran Carmona, Alexandra, "Colombia – Un Estado militarizado de competencia". Alemania: Universitat Kassel. 2008. Citée par Rodriguez, C., et Orduz, N.,*Op. Cit.*p.46

Dans un climat de tensions à propos des conséquences du projet sur l'environnement et les communautés indigènes, le gouvernement national a adopté « le plan d'expansion du secteur électrique 1986-1990 ». Dans ce document, le barrage d'Urra est devenu l'objectif privilégié de la politique énergétique du pays. À travers une circulaire, le Ministère des mines et de l'énergie déclare l'utilité publique du domaine destiné à la Centrale Hydroélectrique d'Urra⁶²³».

Le 13 avril de 1993 le Ministère de l'environnement a délivré une licence environnementale pour la construction d'un barrage électrique et le changement de parcours de la rivière Sinu. L'État avait décidé de laisser en attente la deuxième autorisation visant à remplir le barrage et le mettre en fonctionnement⁶²⁴.

La construction d'une muraille pour changer le cours de la rivière a surpris les indigènes, qui du jour au lendemain n'ont pas pu continuer à se nourrir de la pêche. À la suite des manifestations dénonçant cette situation le 22 novembre 1994, l'Entreprise Urra, la communauté indigène Embera-Katio et la ONIC ont souscrit un acte d'engagement, constituant la base du processus de consultation préalable à délivrance de l'autorisation pour la deuxième partie du projet hydroélectrique. Dans l'accord était prévue l'élaboration d'un plan de développement connu comme le Plan d'Ethno-développement.

La veille de cette rencontre, la ministre de l'environnement a reçu une lettre des représentants des entreprises et commerçants de la région « Il est préoccupant que les décisions soient prises sur la base d'une conception erronée du projet. Cela impliquerait des préjudices irréparables pour l'économie nationale, générant également, un préjudice important pour les attentes économiques et sociales de la région qui visent une amélioration de sa qualité de vie [...]. Nous considérons inappropriée la réalisation de l'audience publique car l'autorisation environnementale

⁶²³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-652 de 1998. Voir : Ministerio de Minas y Energía de Colombia, Resolución 27 del 20 de febrero de 1989 "por la cual se declara de utilidad pública una zona para la Central Hidroeléctrica Urrá I". En MAVDT, Dirección de Licencias, Trámites y Permisos Ambientales, expediente 112, folio 546. Citée par : *Ibid.* p.50

⁶²⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-652 de 1998.

a déjà été octroyée et les bénéfices du projet pour la population sont incontestables⁶²⁵».

Dans le même sens, l'entreprise Urra S.A. a fait une communication au ministère de l'environnement où elle indiquait qu'« en réponse aux inquiétudes formulées dans l'audience publique du projet, l'interprétation que le Ministère fait de la Convention 169 OIT n'est pas appropriée. L'identité ethnique et culturelle ne peut pas être le fondement d'une pétition d'autorisation environnementale, car une chose est le droit à participer aux décisions administratives [...] et une autre chose bien différente est celle de soutenir que ces décisions n'ont pas à être prises par l'administration mais par les communautés [...]. Les projets d'intérêt national et spécialement ceux de l'expansion électrique, par définition légale, ne peuvent pas être subordonnés aux intérêts particuliers⁶²⁶».

Ce plan était constitué par huit programmes différents : la gestion durable du territoire habité par le peuple Embera-Katio, la gestion environnementale et socio-économique de la rivière Verde, le développement de la pêche, l'éducation, la santé, les loisirs et la culture.

Le 23 octobre 1996, dans un nouvel accord établi entre l'entreprise, l'État et la communauté indigène, cette dernière avait demandé le paiement du « service environnemental », l'entretien des forêts et des eaux, et sa participation aux bénéfices de la production de l'électricité. Plus tard, l'entreprise a refusé l'obligation de payer un pourcentage sur les bénéfices du projet, et à la place elle a proposé le paiement pour le service environnemental correspondant au 1 % établi par la loi qui devait être redistribué entre les habitants de la région touchée, dont les Embera.

Le 15 septembre de 1997 l'entreprise Urra S.A a demandé la modification de l'autorisation environnementale pour remplir et mettre en fonctionnement le barrage.

⁶²⁵ Président de l'Association de petites et moyennes industries (ACOPI), Président de la Chambre de Commerce, et Président de la Fédération National de Commerçants (Fenalco), Communication au Ministère de l'environnement, 2 mars de 1995. Cité en : *Ibid.*, p. 68

⁶²⁶ Urra-Direction environnementale et Socio-économique. Communication au Ministère de l'environnement. Réponse aux inquiétudes formulées dans l'audience publique sur le projet, 30, mars de 1995. Cité en : *Ibid.* p. 69.

Cependant, le Ministère en charge a refusé d'accéder à cette demande en raison du non-respect de l'accord avec la communauté. Le Ministère a ordonné à l'entreprise la réalisation d'une consultation avec les communautés touchées par les travaux du projet, en indiquant que cela était indépendant des activités qu'elle avait réalisées avec les communautés indigènes. Pour sa part, le Ministère des mines et de l'énergie a manifesté son désaccord en affirmant que cela affecterait le remplissage du barrage et sa mise en fonctionnement⁶²⁷.

Afin d'accélérer les projets économiques mis en attente (U'wa et Urra) à cause des problèmes avec les communautés indigènes, le gouvernement a émis le décret 1320 de 1998 régulant la consultation préalable. Cependant, les critiques du secteur social n'ont pas tardé, elles affirmaient que ce décret ne garantissait pas pleinement la protection de l'intégrité ethnique, socio-économique et culturelle des peuples indigènes. Une des caractéristiques du décret étant les délais très courts pour effectuer le processus de consultation⁶²⁸.

2. Les Embera-Katio devant les tribunaux : L'indemnisation des dommages, pire que les dommages en eux-mêmes.

Dans ce contexte la communauté a décidé de porter plainte devant les tribunaux de justice à travers un recours de *tutela*. La communauté considérait que l'État ne devait pas délivrer la licence environnementale car la réglementation sur la consultation préalable n'avait pas été respectée, et elle a demandé aussi de véritables études sur l'impact environnemental.

Le 22 juillet la CCC a ordonné la suspension du remplissage du barrage comme mesure provisoire en attendant une décision sur le fond. Le président de la République Ernesto Samper n'a pas apprécié cette décision « On prendra toutes les mesures nécessaires pour faire réviser la décision de la Cour Constitutionnelle et défendre les droits des autres que sont les droits de la majorité [...]. Avec la centrale

⁶²⁷ *Ibid.*, p.87

⁶²⁸ *Ibid.*, p.90

hydroélectrique d'Urra, plusieurs choses sont en jeu et cela doit être compris par les organismes juridictionnels, afin qu'ils ne permettent pas qu'un projet de cette envergure soit affecté par les intérêts d'une minorité [...]. On ne doit pas seulement défendre les intérêts de deux familles indigènes [...] mais aussi les droits de 300 mille personnes à qui on aurait pu éviter le risque d'inondations si aujourd'hui on avait commencé à remplir le barrage⁶²⁹».

Le 10 novembre, la CCC a pris des décisions concernant le fond de l'affaire en établissant un arrêt pionnier en droit international des droits des indigènes, où elle a donné raison aux réclamations des Emberas⁶³⁰. Le haut tribunal a protégé les droits fondamentaux à la survie, à l'intégrité ethnique, culturelle, sociale et économique et le droit à la participation du peuple Embera-Katio.

Dans ces considérations la CCC reprend ses affirmations concernant l'importance d'harmoniser la politique d'exploitation de ressources naturelles et l'obligation de protéger l'intégrité des peuples autochtones qui occupent ces territoires. Egalement, elle rappelle le caractère fondamental de la participation des communautés indigènes aux décisions qui peuvent les affecter, dont l'exploitation des ressources naturelles.

La CCC a jugé que l'autorisation environnementale pour la construction de la centrale hydroélectrique d'Urra a été octroyée de façon irrégulière en méprisant les droits fondamentaux du peuple Embera-Katio, car ce peuple n'a pas été consulté. Avec cette autorisation le principe du caractère multiculturel de la nation a été violé et le droit à la subsistance des Emberas a été gravement affecté⁶³¹. La Cour a, donc, ordonné « l'indemnisation du peuple indigène pour un montant qui garantit au moins sa survie physique, pendant qu'il définit les changements culturels, sociaux et économiques auxquels il ne peut plus échapper et sur lesquels les propriétés du projet et l'État en violant la Constitution ne lui ont pas laissé le choix⁶³²».

⁶²⁹ Pulgarín, C., "En Urrá debe primar el interés de la mayoría", *El Tiempo*, 1 de agosto 1998

⁶³⁰ Rodríguez C., Orduz, N., *Ibid.*, p. 96

⁶³¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-652 de 1998. § 5.

⁶³² *Ibid.*

Selon la CCC, si les Embera-Katio et l'entreprise ne réussissent pas à trouver un accord sur le montant de l'indemnisation, la communauté indigène devra s'adresser au Tribunal Supérieur Judiciaire de Cordoba, afin de fixer le montant de l'allocation alimentaire et du transport que devra payer l'entreprise à chacun des membres de la communauté indigène pour une période de quinze ans. Cette allocation est destinée à garantir la survie physique de ce peuple pendant qu'il adapte ses usages et ses coutumes aux modifications culturelles, économiques et politiques qui ont été introduites par la construction du barrage électrique et sur lesquels elle n'a pas été consultée. Cette allocation devra être payée le temps nécessaire à la communauté pour qu'elle puisse éduquer la génération suivante et empêcher la disparition à moyen terme de sa culture⁶³³.

Dans sa décision, la CCC a manifesté que le changement forcé dans l'économie de subsistance du peuple indigène avait touché son droit au minimum vital. Dans ce sens, la diminution des ressources pour la pêche, l'abattage de la forêt, la réglementation du Parc National du Paramillo qui empêche la rotation des cultures, ont renforcé la pénurie de ressources en altérant les conditions naturelles qui permettaient à la communauté de mener une existence digne.

La communauté Embera-katio, selon la Cour, ne peut plus développer son économie traditionnelle de subsistance basée sur la diversité de produits naturels. Pour survivre, elle sera obligée de s'intégrer à l'économie de marché, par exemple en commercialisant les produits de son activité de cueillette. Mais paradoxalement, la législation sur la protection environnementale leur interdit de s'adonner à cette activité car leurs terres se superposent avec le Parc National.

La CCC a donc ordonné au Ministère de l'environnement et aux institutions en charge de créer un régime spécial pour le domaine du *resguardo* indigène qui se superpose avec le parc national naturel de Paramillo. Selon les propres termes de la CCC « la protection écologique du parc national ne peut pas se faire aux dépens de la disparition forcée de ce peuple indigène⁶³⁴ ».

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.* § 6.

Concernant l'autorisation de remplir le barrage, la CCC a ordonné à l'État la mise en place d'un processus de consultation préalable avec les communautés touchées. Considérant que le même tribunal avait déclaré inconstitutionnel le décret 1320 de 1998, les autorités chargées de réaliser la consultation devaient se guider par les critères procéduraux établis dans la décision. Cependant, note la CCC, que si les parties n'arrivent pas à trouver un accord, « la décision de l'autorité doit être dépourvue de l'arbitraire et de l'autoritarisme, en conséquence elle doit être objective, raisonnable et proportionnelle à la protection de l'identité sociale, culturelle et économique de la communauté indigène⁶³⁵ ».

D'après César Rodriguez et Natalia Orduz « la décision (de la CCC) a résolu la controverse concernant le remplissage du barrage à la faveur du peuple indigène, en établissant une jurisprudence qui aujourd'hui, encore, est un point de référence international sur le sujet. Mais une fois la consultation réalisée, elle a laissé intacte la poursuite et la finalisation du projet. La continuité d'Urro n'était pas remise en cause dans la consultation. Cette dernière était limitée à la négociation d'un accord sur la prévention d'impacts futurs et l'atténuation de ceux qui ont déjà été produits ainsi que la compensation pour la perte de l'usage et de la jouissance d'une partie des terres du resguardos, et la participation dans les bénéfices de l'exploitation des ressources naturelles. La Cour a borné le champ de la consultation en délimitant les contenus, les délais et l'influence des indigènes sur la décision finale. La CCC a écarté le pouvoir de décision des indigènes, non seulement pour ce qui concerne le projet, mais aussi sur les questions annexes de la consultation [...]. Dans la pratique, l'arrêt a ordonné une pause au projet, une brève parenthèse, de sorte que le gouvernement puisse rassembler les points de vue des indigènes et les incorporer à sa décision de la manière la plus satisfaisante pour lui⁶³⁶ ».

Pendant les années qui ont suivi à cette décision, la situation de la communauté Embera-katio a empiré. D'une part le barrage allait être rempli en inondant certaines zones habitées sans la préalable réinstallation de la communauté, et que d'autre

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ C.Rodriguez et N.Orduz. *Op. Cit.* p.99

part, la situation de violence avait aussi augmenté. En novembre de 1999, Ils ont décidé d'organiser une manifestation et de marcher jusqu'à la capitale du pays. Ils ont occupé les alentours du Ministère de l'environnement dans des conditions de précarité et d'insalubrité extrêmes. Comme l'a signalé une des manifestantes au journal *El Tiempo* « Urra est en train de faire mourir les indigènes, c'est mieux de venir ici et mourir de froid et de faim. Nous ne serions pas ici, si on n'était pas en train de nous enlever notre culture, nos ressources, nos poissons et si les paramilitaires n'étaient pas en train de nous menacer⁶³⁷ ».

Un des leaders de la communauté est intervenu lors d'une rencontre à l'Université Nationale de Colombie.

« Selon nos croyances, l'eau et les poissons sont un bien commun qui doit être partagé avec toutes les personnes. Nous croyons que Karabi (dieu) nous a confié la responsabilité de préserver l'eau et la forêt pour les indigènes et les non indigènes. La survie de mon peuple dépend des rivières. La rivière (*Do*) donne le nom aux endroits par où il passe en créant des histoires [...]. Il y a presque vingt ans, J'ai connu le développement. Un jour un curé du nom Betancourt, nous a dit que si nous n'acceptons pas le barrage nous allons aller en enfer. Pour nous le développement est synonyme de mépris pour nos droits, la mort des poissons, la division de notre communauté et la mort de Lucindo Domico. Le développement pour nous veut dire qu'on a changé d'endroit les dépouilles de nos morts comme s'ils étaient des ossements d'animaux. Le développement pour nous c'est l'inondation de 28 lieux sacrés. Nous croyons que pour les paysans et pour les pêcheurs le développement n'a pas été meilleur, cela a amené l'assèchement du marais et des zones humides. Le développement veut dire qu'on nous a enlevé les marais pour les donner aux riches de Cordoba. Jusqu'à présent, ce que nous connaissons du développement c'est que ceux qui défendent la vie et l'environnement sont qualifiés d'égoïstes ; et les cinq politiciens et les banques qui veulent gagner de l'argent avec Urra on dit d'eux qu'ils représentent l'intérêt de la nation. Si c'est cela le développement, alors ils ont raison, leurs accusations sont fondées, nous sommes en désaccord avec ce

⁶³⁷ *El Tiempo*, "Lamento embera llegó a pie al Minambiente", 18 de diciembre de 1999. Cité aussi par : *Ibid.*, p. 123

développement. Le remplissage d'Urta a commencé le 18 novembre, mais il y a 130 Embera qui n'ont pas été réinstallés et qui ne veulent pas l'être. Je me pose la question suivante : Ils vont les inonder aussi, ou ils vont les faire partir à coups feus ? Urta a commencé à faire les paiements en espèce aux communautés de la rivière Esmeralda et cela a produit beaucoup de problèmes, beaucoup de douleur. Ça me fait mal de vous dire que de ces communautés, il y en a déjà 200 qui habitent en Tierralta, car ni la Cour Constitutionnelle, ni Urta, ni nos frères n'ont été capables de dire « non » à cet argent maudit et de se rendre compte que l'argent de poche est mauvais. Nous avons toujours demandé que l'argent ne soit pas de l'argent de poche mais plutôt, des ressources pour des projets collectifs. [...] ⁶³⁸».

Conclusion du chapitre 1

La reconnaissance de la diversité culturelle et plus particulièrement, les droits des peuples autochtones à la propriété collective de leurs territoires ancestraux, et le droit à l'autodétermination, sont mis en question par le modèle économique de l'État. Ce questionnement met en évidence des fortes tensions structurelles dans la définition de l'État en Amérique Latine. D'un côté, les peuples autochtones bénéficient d'une large reconnaissance de leur diversité culturelle et de leur autonomie, mais d'un autre côté, ils sont victimes des politiques économiques fondées dans l'économie extractive. Sous des arguments utilitaristes, la reconnaissance est donc, subordonnée à l'intérêt de la majorité qui vise à défendre ces types des politiques économiques.

Les affaires U'wa et Urta font ressortir des dilemmes profonds sous-jacents à la reconnaissance des droits en fonction de l'appartenance culturelle dans des États régis par l'économie capitaliste du marché : Quel degré d'autonomie ont les groupes autochtones face à la politique économique de l'État ? Quel niveau de participation ont ces groupes dans la définition et la mise en place des politiques économiques ?

⁶³⁸ Discurso de Kimy Pernía en el foro de la Maestría de Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional, de Colombia, Bogotá, 2 de diciembre de 1999, *Ibid.* p. 124

Chapitre 2 : La consultation préalable libre et informée (CPLI): un miroir du dilemme entre développement économique et reconnaissance de la diversité culturelle.

Un des sujets les plus controversés et polémiques du droit international des droits de l'homme est celui de la consultation préalable des peuples indigènes (CPLI). À l'époque de l'adoption de la Convention 169 de 1989 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), la consultation était considérée comme un sujet presque invisible qui intéressait seulement les spécialistes de la question. Deux décennies après, elle est devenue l'objet d'importants conflits juridiques, politiques et sociaux où les intérêts économiques en jeu pèsent de tout leur poids ainsi que la survie des peuples indigènes⁶³⁹.

La CPLI met donc en évidence des dilemmes importants, notamment celui de la reconnaissance de la diversité culturelle dans des contextes marqués par la vision capitaliste du développement économique. Cela devient très évident dans les cas d'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes. Dès ses origines, la CPLI a été marquée par les polémiques autour du degré de participation des peuples indigènes sur les questions économiques et politiques qui les affectaient, c'est-à-dire que la question a été de savoir comment garantir leur autodétermination mais en même temps comment l'encadrer. Ces polémiques ont accompagné l'adoption de la CPLI dans les législations des pays d'Amérique latine (*Section A*). Cela a permis des interprétations restreintes de la CPLI par les Cours régionales et notamment celles de la CCC (*Section B*).

⁶³⁹ C.Rodriguez et N.Orduz. *Op.Cit*, p.11

Section A. La consultation préalable libre et informée (CPLI).

En Amérique Latine, plusieurs cas illustrent les dilemmes qu'implique la CPLI : La discussion de plus de quinze ans sur la consultation du peuple u'wa dans le cas d'un projet d'exploration pétrolier en Colombie ; en 2009 la dispute violente qui a eu lieu au Pérou à cause du manque de consultation des peuples indigènes de l'Amazonie à propos des lois touchant leur économie et leur culture⁶⁴⁰ ; et plus récemment, la réclamation du peuple Sarayaku en Équateur pour protéger son territoire de l'exploration pétrolière.

Malgré l'existence d'une réglementation internationale qui régule la consultation, les diverses approches sur sa finalité ont donné lieu à d'importantes tensions dans son application (§-1). Cela se reflète dans l'adoption et l'interprétation qu'ont faites les gouvernements des États latino-américains de cet instrument (§-2).

§-1. La CPLI dans la régulation internationale.

La consultation préalable a été régulée par les organismes internationaux dont l'OIT et l'ONU. Elle est définie dans des termes très généraux et les détails procéduraux ne sont pas développés. Pour certains analystes de la question, cette réglementation se caractérise par sa dispersion et par un niveau de contrainte différent selon le système normatif⁶⁴¹ (1). À cette dispersion normative s'ajoutent les lignes de conduite et les politiques des organismes financiers multilatéraux qui établissent aussi des standards sur la consultation dans les projets économiques qu'ils financent (2).

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ Rodriguez, C., et Orduz, N., *La consulta previa : dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del derecho de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, 2012. *Op. Cit.* p. 7

1. La CPLI dans les instruments internationaux : L'OIT et l'ONU

L'OIT a été créée en 1919 et devient la première agence spécialisée des Nations Unies en 1946. Les principaux objectifs de cette organisation sont : « promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le dialogue social dans le domaine du travail »⁶⁴². En 1957, l'OIT adopte la Convention 107 qui consacre de manière générale quelques droits aux peuples indigènes sur leurs territoires habités traditionnellement. Dans cette Convention la consultation n'était pas encore établie. Cet instrument a reçu d'importantes critiques, notamment celle de sa philosophie de l'intégration des indigènes à la modernité. En réponse à cela, l'OIT a décidé en 1989, de rédiger la Convention 169 sur les Peuples Indigènes et Tribaux dans des Pays Indépendants. Cette Convention est encore aujourd'hui considérée comme l'un des instruments les plus anciens et les plus importants de la protection des communautés indigènes⁶⁴³.

La Convention 169 établit l'obligation aux États de consulter les peuples indigènes dans les situations où ils pourraient être directement affectés. Par exemple, dans l'adoption des mesures législatives (art. 6), la formulation et la réalisation des plans et des programmes de développement⁶⁴⁴ nationaux et régionaux (arts. 6 et 7)⁶⁴⁵ et

⁶⁴² Organisation Internationale du Travail, À propos de l'OIT sur : <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--fr/index.htm>

⁶⁴³ Rodriguez, C., Morris, M. (dir), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogota : Ediciones Uniandes, 2010, p.19

⁶⁴⁴ À ce propos la CEARC a dit « La commission ne saurait trop souligner l'importance qui s'attache à garantir le droit des peuples indigènes et tribaux de décider de leurs priorités en matière de développement à travers une consultation et une participation effective à toutes les étapes du processus, en particulier lorsque l'on décide de modèles de développement et des priorités dans ce domaine. Méconnaître de telles préoccupations et ne pas permettre une telle participation ne peut avoir que des répercussions graves sur la mise en œuvre des programmes et des projets de développement affectant des peuples indigènes et tribaux et sur les chances de réussite de ces programmes et projets, puisqu'ils ne coïncideront probablement pas avec les aspirations et besoins de ces peuples. *CEARC, Observations générales de 2009 et 2011 relatives à la convention n°169*. Citée par : Bureau International du Travail Genève, *Manuel à l'usage des trois mandats de l'OIT, Comprendre la Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 2013.P.16

⁶⁴⁵ L'article 6.1 de la Convention 169 de l'OIT dit :

1. En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent :
 - (a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement ;
 - (b) mettre en place les moyens par lesquels lesdits peuples peuvent, à égalité au moins avec les autres secteurs de la population, participer librement et à tous les niveaux à

dans les projets d'exploitation des ressources naturelles sur leurs territoires (art ; 15)⁶⁴⁶. Ce dernier cas est le plus controversé en l'Amérique Latine.

La consultation (CPLI) est donc considérée comme la pierre angulaire de la Convention 169⁶⁴⁷. Elle représente un sujet de grande importance pour les conséquences qu'elle peut avoir sur les droits des peuples indigènes. Par exemple, la possibilité qu'une mesure prise par un gouvernement, sans la préalable consultation, puisse être contestée et éventuellement annulée⁶⁴⁸.

D'après la Convention les consultations doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances. Concernant les procédures appropriées, la commission d'experts de l'OIT a affirmé :

« Les gouvernements sont également tenus de s'assurer que les peuples autochtones disposent de toutes les informations pertinentes et qu'ils soient en mesure de les comprendre pleinement. Il doit être laissé suffisamment de temps aux

-
- la prise de décisions dans les institutions électives et les organismes administratifs et autres qui sont responsables des politiques et des programmes qui les concernent ;
 - (c) mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples et, s'il y a lieu, leur fournir les ressources nécessaires à cette fin.
 -
2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées.

⁶⁴⁶ L'article 15 de la Convention 169 de l'OIT dit :

1. Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources.

2. Dans les cas où l'Etat conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités.

⁶⁴⁷ Organisation Internationale du Travail, El Convenio 169 de la OIT : pueblos indigenas e inclusion social, 11 de septiembre de 2011, sur http://www.ilo.org/americas/oficina-regional/dirección-regional/WCMS_178820/lang--es/index.htm :

⁶⁴⁸ Courtis, C., « Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 in indigenous peoples », in, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol.6, N°. 10, 2009, pp. 52-8, p. 64

peuples autochtones pour pouvoir mettre en œuvre leur propre processus de décision et de participer de manière effective, suivant une démarche conforme à leurs traditions culturelles et sociales. Ainsi, la consultation offre un moyen d'instaurer un dialogue interculturel. Cela présuppose un réel effort de compréhension du fonctionnement des processus traditionnels de décision et des cultures des peuples autochtones ainsi qu'une adaptation aux formes de consultation de ces peuples, y compris le temps qu'il leur faut pour cela.

Les procédures sont donc appropriées dès lors qu'elles créent des conditions favorables à la recherche d'un accord ou d'un consensus sur les mesures proposées, sans considération du résultat obtenu. Une démarche basée sur des audiences publiques ne suffirait pas⁶⁴⁹».

Sa finalité doit être celle de parvenir à un accord ou d'obtenir le consentement de la communauté.⁶⁵⁰ Concernant ce dernier, l'OIT rappelle dans son *Manuel à l'usage des trois mandats* qu'« En ce sens, la convention n° 169 ne donne pas aux peuples autochtones un droit de veto, puisque parvenir à un accord ou obtenir un consentement constitue l'objectif de consultation mais n'en constitue pas une obligation isolée. Toutefois, les organes de contrôle de l'OIT ont indiqué très nettement qu'une simple réunion d'information, dans le cadre de laquelle les peuples autochtones pourraient être seulement entendus, sans avoir aucune possibilité d'influer sur la prise de décision, ne saurait être considérée comme satisfaisante aux dispositions de la convention. [...] Il convient également de souligner que même si le processus de consultation se conclut sans que l'on parvienne à un accord ou un consentement, la décision prise par l'État reste sous l'obligation de respecter les droits substantiels reconnus par la convention, tels que les droits des peuples autochtones sur les terres qu'ils occupent traditionnellement et leurs droits de propriété⁶⁵¹».

⁶⁴⁹ Bureau International du Travail Genève, *Manuel à l'usage des trois mandats de l'OIT, Comprendre la Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 2013. OP.Cit. p19

⁶⁵⁰ Dans le chapitre suivant on approfondira sur la problématique du consentement.

⁶⁵¹ Bureau International du Travail Genève, *Manuel à l'usage des trois mandats de l'OIT, Comprendre la Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 2013. OP.Cit.p.19

La consultation est aussi régulée dans la Déclaration des Peuples Indigènes adoptée par les Nations Unis en septembre de 2007⁶⁵². Cette Déclaration est le plus récent instrument international en matière de consultation préalable. Bien que la déclaration ne soit pas formellement contraignante, elle représente un compromis important pour les États qui l'ont signée⁶⁵³.

En matière de consultation la Déclaration de l'ONU va plus loin que la convention 169 de l'OIT car elle inclut le principe du consentement libre, préalable et informé dans les cas où les communautés indigènes doivent quitter leurs territoires et dans l'adoption et l'application des mesures législatives et administratives qui les affectent. La Déclaration prévoit aussi la réparation aux peuples indigènes pour tous les biens d'ordre intellectuel, culturel ou spirituel qui ont été perdus sans leur consentement.

Nous pouvons donc voir que la Consultation (CPLI) est définie d'une façon très générale en laissant une marge d'appréciation assez large aux États. En effet, la Convention 169 de l'OIT autorise un certain niveau de souplesse dans son interprétation afin que chaque État puisse définir les termes de la consultation, de façon à ce qu'elle puisse être ajustée à chaque situation en respectant la diversité culturelle⁶⁵⁴.

2. Les organismes financiers multilatéraux

Des organismes financiers dont la Banque mondiale et la Banque Interaméricaine du développement ont émis des politiques et des standards qui concernent les peuples indigènes. Ces mesures ont deux types de finalités : i) elles conditionnent les prêts pour des projets déterminés à son accomplissement et ii) elles servent de

⁶⁵² La Déclaration des peuples indigènes de l'ONU a été adoptée avec 143 pays à faveur et 4 en contre : l'Australie, le Canada, La Nouvelle Zélande et l'États Unis, et 11 pays se sont abstenus de voter.

⁶⁵³ Rodriguez, C., Morris, M., (dirs), *OP.Cit.* p. 21

⁶⁵⁴ Rodriguez, C., et Orduz, N., *La consulta previa : dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construccion del derecho de reparacion y restitution de tierras para pueblos indigenas en Colombia*, 2012, p. 7

mécanisme d'autoévaluation des activités réalisées par les mêmes organismes⁶⁵⁵. Ces politiques ont une importance particulière en ce qui concerne la consultation et la question indigène en général. Selon les propres mots de César Rodriguez et Meghan Morris, « [ces mesures] sont pertinentes pour trois raisons. En premier lieu, parce que les dits organismes donnent des crédits aux projets de développement qui peuvent toucher directement les peuples indigènes et leurs territoires. Deuxièmement, car la mission institutionnelle de tels organismes a une relation directe avec le développement économique et la pauvreté, et par conséquent cela concerne les peuples indigènes. Finalement, leurs politiques formelles peuvent éventuellement servir d'outil politique de lutte pour les peuples indigènes et leurs alliés⁶⁵⁶».

La Banque mondiale⁶⁵⁷ a émis plusieurs politiques opérationnelles définissant les directives pour le fonctionnement des opérations financières et techniques. Certaines établissent les critères pour la réalisation de la consultation préalable aux peuples indigènes dans le cadre des projets du développement financé par la banque. En ce sens, la politique opérationnelle OP 4.01⁶⁵⁸ sur l'impact environnemental, la Banque établit le cadre normatif pour le financement des projets qui touchent les communautés indigènes. Une des conditions requises dans cette politique est la réalisation d'un processus de consultation avec les groupes affectés. Elle doit être effectuée dans les phases d'étude, de la prise de décision et de l'exécution du projet.⁶⁵⁹ En outre, le rapport final sur l'industrie extractive de 2004 prévoit que la Banque mondiale acceptera dans le choix de ses investissements seulement des projets qui ont obtenu le soutien des communautés touchées, à travers un processus

⁶⁵⁵ Rodriguez, C., Morris, M., (dirs). *OP.Cit*, p. 35. D'après les auteurs ce type de mesures constituent « le droit mou » (*derecho blando* en espagnol), et par conséquent il n'est pas contraignant pour les États et son accomplissement dépend du contrôle et suivi fait par les mêmes organismes.

⁶⁵⁶ *Ibid.* p.36

⁶⁵⁷ La Banque Mondiale est un organisme multilatéral qui offre de l'assistance financière et technique aux pays en voie du développement avec l'objectif de réduire la pauvreté. On compte plus de 180 pays qui participent en tant qu'actionnaires.

⁶⁵⁸ Banco Mundial, *Política Operacional OP 4.01, Evaluación Ambiental*

⁶⁵⁹ Rodriguez, C., Morris, M., (dirs), *Op. Cit.* p.37

de consultation libre, préalable et documenté. Il est aussi indiqué que ces communautés doivent participer aux bénéfices du projet⁶⁶⁰.

Pour sa part la Corporation financière internationale⁶⁶¹ dans son manuel de 2007 sur les pratiques pour les entreprises qui font des affaires sur des marchés émergents, propose des principes généraux sur les rapports entre les entreprises et les communautés⁶⁶². Le manuel inclut des recommandations sur la façon dont les entreprises peuvent établir des relations durables avec les acteurs potentiellement touchés par les projets du secteur privé, et des recommandations spéciales pour des groupes particuliers comme les communautés indigènes. De manière générale, il indique qu'il est fondamental de consulter les communautés affectées d'une façon avérée depuis le début des projets et de développer une gestion adéquate des réclamations. Concernant les communautés indigènes le document signale qu'elles peuvent être plus particulièrement touchées par les projets et que dans cette mesure un processus de consultation plus long doit être formulé. Il est aussi indiqué qu'il est important d'identifier les représentants légitimes de la communauté afin d'avoir une communication culturellement appropriée⁶⁶³.

Bien que le manuel consacre la consultation préalable d'une manière détaillée, il établit aussi que les résultats de ces derniers n'ont pas un caractère obligatoire pour l'entreprise⁶⁶⁴.

La Banque interaméricaine pour le développement a publié en 1990 les *Stratégies et procédures pour des questions socioculturelles en rapport avec l'environnement*. Cette politique reconnaît les droits des peuples indigènes sur leurs territoires et, leurs

⁶⁶⁰ Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, Hacia un Mejor Equilibrio: el Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas, Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas, Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, 2004, p. VI.

⁶⁶¹ La Corporation financière internationale est une filiale du Groupe de la Banque Mondiale. Elle s'occupe du secteur privé.

⁶⁶² Corporación Financiera Internacional, "Relaciones con la comunidad y otros actores sociales: manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes", 2007, pp. 33-43.

⁶⁶³ Rodriguez, C., Morris, M., (dirs),. *Op. Cit.* p. 38

⁶⁶⁴ Corporación Financiera Internacional, "Relaciones con la comunidad y otros actores sociales: manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes", *OP.Cit.* p. 40

ressources, et manifeste l'importance de les consulter dans les cas des opérations financés par la Banque qui les affectent⁶⁶⁵.

En 1998 la BID a émis la politique opérationnelle sectorielle sur la réinstallation involontaire. Cette politique stipule que la consultation des communautés est nécessaire seulement quand il existe une décision de développer un projet de réinstallation. D'après elle, la consultation doit être réalisée d'une façon opportune et culturellement appropriée, avec un groupe représentatif de personnes de la communauté. Pour la Banque les résultats de la consultation ne sont pas obligatoires. Cependant, ils doivent être inclus dans le plan de réinstallation⁶⁶⁶.

Finalement on peut citer la politique opérationnelle sur les peuples indigènes de 2006 qui a été émise par l'Unité des Peuples indigènes et du développement communautaire du BID. Cette politique prévoit un cadre plus large de situations dans lesquelles la consultation préalable doit être réalisée à travers des processus culturellement adaptés. Elle indique aussi que la consultation doit avoir la finalité de trouver un accord ou d'avoir le consentement⁶⁶⁷.

§2. Les tensions dans son interprétation et adoption

La Consultation préalable est un des sujets le plus discutés quand il s'agit d'analyser la question indigène. La création de cet instrument a été accompagnée par d'importants dilemmes à propos du niveau de participation que devaient avoir les indigènes dans les décisions économiques et politiques des États (1). Son adoption en Amérique latine n'a pas échappé à ces tensions et plusieurs cas deviennent donc des exemples qui illustrent parfaitement ce cas de figure (2).

⁶⁶⁵ Banco Interamericano de Desarrollo, Comité de Medio Ambiente, *Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente*, 1990. Citée par Rodriguez C., Morris, M., (dirs), *Op. Cit.* p. 39

⁶⁶⁶ Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa OP-710, Reasentamiento Involuntario, Política operativa y documento de antecedentes, 1998, V(2).

⁶⁶⁷ Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena, 2006, pp. 7-12.

1. Une interprétation controversée depuis ses origines

Depuis ses origines, les dilemmes sur l'interprétation et l'adoption de la CPLI ont été présents. Rappelons-nous qu'une des finalités de la Convention 169 avait été de remplacer l'intégration des peuples indigènes par leur participation dans les affaires les concernant. Pour les délégués de l'OIT l'objectif de la Convention 107 selon lequel on devait faciliter de manière progressive l'intégration des peuples indigènes dans leurs communautés nationales, devait être changé. Pour eux l'intégration devait être remplacée par la participation⁶⁶⁸.

Cependant le concept de participation générait d'importants désaccords. Pendant que la majeure partie des experts soutenait les propositions des organisations (comme celle du Conseil Mondial des Peuples Indigènes), selon laquelle le concept de participation impliquait pour les communautés indigènes le contrôle de leurs conditions socio-économiques. Pour les délégués des employeurs, ce concept n'impliquait pas le principe de l'autodétermination des peuples indigènes⁶⁶⁹. Devant ce désaccord, les experts ont conseillé à l'OIT d'opter pour une formule où la participation des peuples indigènes soit assurée autant que possible dans le contrôle de leur développement économique, social et culturel. Pour concrétiser cette idée les experts ont proposé la création d'un instrument ou mécanisme procédural tel que la consultation préalable. Cette institution envisageait que dans les cas où il ne serait pas possible d'obtenir le consentement du peuple indigène concerné, la formalité de la participation soit respectée avec la réalisation d'une discussion publique, laquelle devait compter sur la participation des représentants des indigènes⁶⁷⁰.

Les tensions à propos du concept de participation ont perduré pendant les années qui ont précédé l'adoption du texte final de la Convention 169. La plupart des États se sont opposés à la formule de consultation qui cherchait le consentement. Finalement en 1989 l'OIT décide, en accord avec les représentants des États,

⁶⁶⁸ Rodriguez, C., Baquero., C.A, *Reconocimiento con redistribucion, El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, 2015, *Op. Cit.* p. 47

⁶⁶⁹ *Ibid.* p. 48. Sur cette question voir : Barsh, Russel, "Revision of ILO Convention 107", En : *The American Journal of International Law*, 81, No.3 1987.

⁶⁷⁰ *Ibid.* p. 48

d'adopter la version la moins protectrice de la consultation des peuples indigènes et de l'inclure dans la Convention 169⁶⁷¹. De cette façon l'article 15.2 de la Convention a été rédigé dans les termes suivants⁶⁷² :

« Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités ».

César Rodriguez et Carlos Andrés Baquero signalent que malgré ces tensions en Amérique latine, la consultation a été intégrée dans les discours des peuples indigènes, dans leurs réclamations de reconnaissance et d'autodétermination. Les conflits socioenvironnementaux de la région sont un bon exemple de cela⁶⁷³. Mais paradoxalement, les gouvernements et les entreprises ont aussi adopté ce discours. Selon eux, cela est dû au fait que dans la version de participation adoptée dans la Convention 169, et dans les constitutions latino-américaines, la consultation est subordonnée à la priorité du développement économique. Cela explique bien le fait que les entreprises transnationales comme les banques multilatérales ont également adopté ce discours et l'ont intégré dans leurs politiques de développement afin de répondre aux critiques sur l'impact de ces opérations sur les peuples indigènes⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 49.

⁶⁷² Pour certains auteurs comme James Anaya, le langage conditionné dans lequel a été adopté la consultation, reflet du refus des États de faire reconnaître expressément le droit à l'autodétermination des peuples indigènes dans la mesure où cela pourrait impliquer un droit de sécession. Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid : Editorial Trotta, 2005. P. 101.

⁶⁷³ César Rodriguez et Carlos Andrés Baquero citent l'exemple du conflit de l'Etat chilien avec le peuple mapuche qui essaye de récupérer ses territoires dans la Arcaunia et la dispute entre l'État de Mexique et les femmes cucapas qui s'opposent à l'expropriation de la pêche artisanale dans la Basse-Californie. Rodriguez, C., Baquero, C.A., *Op. Cit.* p. 50

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p.51

Pour illustrer cet argument, les auteurs citent le cas de la Banque interaméricaine du développement (BID) qui a intégré les termes de la participation et de la consultation dans son approche sur le développement avec identité, cette approche est le guide de sa politique opérationnelle concernant les peuples indigènes⁶⁷⁵. Le discours de la directrice du BID est un bon exemple : « Les peuples indigènes sont de plus en plus intéressés par l'utilisation de leurs ressources naturelles, comme moyen d'amélioration de leurs conditions de vie sociales et économiques⁶⁷⁶».

La vision du développement économique fondé sur les économies d'extraction et la production des biens primaires a aussi été adoptée par les gouvernements de la région latino-américaine. Au Brésil, par exemple, le gouvernement a manifesté que la CPLI était seulement une formalité procédurale qui devait céder à la priorité de la génération de l'énergie en tant que source du développement de la nation. Sous cet argument, ce pays n'a pas respecté les mesures provisoires émises par la Cour IDH, dans lesquelles le tribunal avait ordonné la suspension de la construction du Barrage de Belo Monte jusqu'à la réalisation de la consultation au peuple indigène⁶⁷⁷.

2. L'adoption de la CPLI en Amérique Latine : le reflet de la tension

Les conflits socioenvironnementaux ont augmenté considérablement dans la région sud-américaine. Cela est sûrement dû à la richesse naturelle du continent, à l'important nombre de communautés ethniques et à l'accroissement des projets économiques d'extraction dans les territoires de ces communautés. Dans ce contexte la CPLI est devenue aujourd'hui l'outil privilégié de la régulation des droits des indigènes en Amérique Latine et dans le droit international en général.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p.51

⁶⁷⁶ Deruyttere 2004.p.41 Cité par Rodriguez, C., Baquero, C.A., *Ibid.p* .51

⁶⁷⁷ Dans une des décision de cette affaire le haut tribunal fédéral de Brasilia a dit : « on ne peut pas succomber à la politique environnementale isolationniste des communautés indigènes. Il doit y avoir une politique de développement intégrationniste dans le traitement de ces sociétés. » TFB, Deuxième action publique, MP. 2011. Cité par Rodriguez, C., Baquero, C.A., *Ibid.*, p.52

Dans le contexte latino-américain la régulation de la CPLI n'a pas été homogène. On trouve les cas des pays qui n'ont pas voulu réglementer le sujet et qui ont laissé aux autorités municipales et nationales le pouvoir de décision sur la question. Le Mexique, l'Argentine, le Brésil et le Venezuela sont donc un bon exemple de cette première tendance. À ce propos, César Rodriguez et Carlos Andrés Baquero signalent que dans ces pays « Il y a un contraste entre le vide juridique et les croissantes demandes indigènes pour l'application de la Convention 169 et de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Les décisions judiciaires n'ont pas comblé ce vide : au Mexique, la Cour Suprême de Justice a timidement mis en place la réforme constitutionnelle de 2011 qui incorpore les traités internationaux (La Convention 169 entre autres) au bloc de constitutionnalité ; en Argentine, la Cour Suprême de Justice ne s'est pas encore prononcée sur le sujet, et au Brésil, par exemple, le Suprême Tribunal Fédéral a fait une interprétation très souple de la constitutionnalité du Décret 788 de 2005, par lequel l'Assemblée Nationale a autorisé la construction de Belo Monte⁶⁷⁸ ».

En revanche, d'autres pays ont adopté une législation sur la question, mais la version adoptée de la CPLI est la moins contraignante et finit par méconnaître les standards de protection établis par le droit international. Le Chili, par exemple, a mis presque une décennie pour adopter la Convention 169. En 2009 le pays a finalement régulé la CPLI à travers le Décret 124. Selon César Rodriguez et Carlos Andrés Baquero, dans toute la région, la législation chilienne est la moins protectrice de la question. Dans ce pays, la CPLI est limitée expressément à une formalité de réception des opinions, sans conditions ni conséquences permettant de garantir son caractère préalable, libre et informé⁶⁷⁹.

Le décret 124 de 2009 a été très contesté par les organisations indigènes du pays. Après plusieurs mois de discussions, le gouvernement a émis un nouveau décret, le décret 066 de 2013. Cependant, dans cette nouvelle disposition normative, les demandes des groupes indigènes n'ont pas été prises en considération malgré le

⁶⁷⁸ Rodriguez, G. et Baquero, D. *Op. Cit.* p 53.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 54

travail préalable du gouvernement avec ces groupes. À nouveau la norme adoptée contient une version flexible de la CPLI⁶⁸⁰.

Dans l'arrêt du 27 avril de 2012 la Cour Suprême du Chili a eu l'occasion de se prononcer sur le droit à la consultation préalable. La Cour a accueilli la demande de protection d'une communauté indigène contre le développement d'un projet minier car le droit à la consultation préalable n'avait pas été respecté. Néanmoins cette décision protectrice reste minoritaire dans la jurisprudence chilienne⁶⁸¹. De même, les décisions des tribunaux supérieurs de justice sont assez restrictives en ce qui concerne l'interprétation des droits des peuples indigènes. Par exemple, ces jugements excluent la consultation préalable dans les cas des adjudications et des concessions des ressources naturelles situées dans des territoires indigènes.⁶⁸² Dans ce sens certains juristes chiliens considèrent que la majorité des décisions de la Cour Suprême de ce pays adoptent une vision restrictive de l'application de la Convention 169 de l'OIT. D'après eux, la jurisprudence de la Cour assimile les normes sur la participation citoyenne contenues dans la législation environnementale aux standards sur le droit à la consultation de la Convention, lequel selon eux n'aurait pas de fondement⁶⁸³.

En Bolivie, la CPLI est consacrée dans la Constitution Politique de 2009 et elle a été réglementée dans le cas de l'exploitation pétrolière⁶⁸⁴. Bien que cette réglementation soit plus protectrice que celle du Chili, dans la pratique elle a été affaiblie par le

⁶⁸⁰ *Ibid.* p.54

⁶⁸¹ Il faut noter que les décisions de la Cour Suprême de justice dans le cas du recours en protection ne sont juridiquement contraignantes que pour le cas d'espèce.

⁶⁸² Hible, Jean-Jacques, « Le droit à la consultation préalable des communautés indigènes et la position novatrice de la Cour Suprême chilienne ». Les blogs pédagogiques de l'université Paris Ouest. 20 /05/2015 Consulté sur : http://blogs.u-paris10.fr/content/le-droit-à-la-consultation-préalable-des-communautés-indigènes-et-la-position-novatrice-de-l#_ftnref12

⁶⁸³ Sur cette question voir : Contesse, Jorge et Lovera, Domingo « El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena : prologo del incumplimiento », *Anuario de Derecho Publico*, Universidad Diego Portales, 2011. Cité par Hible, Jean-Jacques.

⁶⁸⁴ Loi 3058 de 2005 et le Décret 29033 de 2007. Une des critiques formulées à la législation de Bolivie est qu'elle se préoccupe seulement du pétrole en laissant de côté la régulation de la consultation sur l'exploitation des autres ressources naturelles dont la minière, la métallurgique ou la forestière. Voir : *El derecho a la consulta previa, libre et informada de los pueblos indigenas- la situacion de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru*, DPLF-OXFAM.2011

manque de volonté politique du gouvernement et par les restrictions qui ont été établies par la Cour Constitutionnelle du Pays.

Par exemple, dans les cas de la réalisation des activités d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures et des minéraux, ainsi que dans l'exploitation de l'eau et des ressources naturelles renouvelables la CPLI n'est pas mise en œuvre par l'État⁶⁸⁵. Au niveau juridictionnel, la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt 0045 de 2006 a déclaré anticonstitutionnel le réquisit du consentement préalable des communautés ethniques établi dans la loi des hydrocarbures⁶⁸⁶.

Le Pérou a régulé la CPLI dans la loi 29.785 de 2011 et dans le décret réglementaire de 2012. Cette loi définit l'encadrement juridique pour organiser le dialogue dans le processus d'exploration des ressources naturelles au sein des territoires indigènes⁶⁸⁷. Bien que dans la loi il est établi que son interprétation doit se faire en conformité à la Convention 169 comme dans le cas de la Bolivie, le gouvernement a considérablement limité son champ d'application. Par exemple, elle peut être appliquée seulement aux peuples indigènes qui réunissent certaines conditions inscrites dans le droit national, dont l'enregistrement dans une base de données « la Base de Datos ». Comme le signalent César Rodriguez et Carlos Andrés Baquero, cette condition va à l'encontre du droit international de la CPLI car elle établit plus de réquisits aux peuples indigènes que ceux qui sont déjà établis dans la Convention 169⁶⁸⁸. En outre, le fait de laisser entre les mains de l'État la décision finale d'approuver ou non le projet limite considérablement la CPLI. À cela s'ajoute la restriction contenue dans le décret d'application de la loi, selon laquelle les résultats du processus de la consultation ne lient pas, sauf en ce qui concerne les accords entre les parties⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 8

⁶⁸⁶ Rodriguez C., et Baquero, C.A., *Op. Cit.* p. 54

⁶⁸⁷ Gallardo, M.B., « Droits des peuples : la nouvelle loi sur la consultation préalable des peuples indigènes au Pérou », In : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 juin 2012.

⁶⁸⁸ Rodriguez C., et Baquero, C.A., *Op. Cit.* p. 55

⁶⁸⁹ Gallardo, M. *Op. Cit.*

La justice constitutionnelle du Pérou a eu un rôle ambivalent⁶⁹⁰. D'une part, elle a pris des décisions protectrices comme celle où elle a condamné l'État pour ne pas avoir réalisé de consultation préalable même si ce dernier justifiait son action par l'absence de lois sur la consultation. Cette même Cour a interdit la réalisation de la dernière phase d'exploration pétrolière dans le domaine de protection régionale « Cordillera Escalera », habitée par des communautés natives. D'autre part, la Cour a restreint la CPLI quand elle établit qu'au Pérou la consultation est seulement obligatoire à partir de juin 2010⁶⁹¹.

En Équateur, la réglementation sur la CPLI définit un cadre normatif peu strict et très général. Par exemple dans le décret exécutif 1 247 de 2002 sur la consultation dans des projets pétroliers, le gouvernement a rendu plus flexible les exigences concernant les projets d'intervention dans l'Amazonie⁶⁹². La consultation des communautés de cet endroit est limitée et en parallèle les projets d'exploitation dans cette région ont augmenté.

En matière de justice constitutionnelle, la Cour Constitutionnelle a émis des décisions contradictoires comme celle où elle déclare la constitutionnalité de la loi minière (qui a été adoptée sans une consultation préalable), en même temps elle critique le manque de consultation en affirmant que cela est une condition nécessaire dans la procédure législative⁶⁹³. En Équateur, nombreux sont les cas où l'application de la CPLI fait défaut dans les projets économiques d'exploitation de ressources naturelles, générant ainsi d'importants conflits entre l'État, les entreprises et les peuples indigènes. Un exemple très emblématique est le cas de l'exploitation du pétrole dans le territoire de la communauté Sarayaku qui a été connu et décidé par la Cour IDH. Mais aussi d'autres cas dont l'exploration du pétrole sur le territoire des

⁶⁹⁰ OXFAM, *El derecho a la consulta previa, libre et informada de los pueblos indigeneas- la situacion de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru*, Op. Cit. p. 14

⁶⁹¹ *Ibid.* p.14

⁶⁹² Ce décret a été promulgué pour le gouvernement équatorien en réponse à la décision de la Cour IDH dans l'affaire Sarayaku contre l'Équateur. Dans sa décision la Cour IDH avait ordonné au gouvernement de consulter les peuples indigènes pour le développement des projets sur leurs territoires. Le gouvernement a donc promulgué le décret en flexibilisant le réquisit de la consultation dans les projets qui se développent dans la jungle. Rodriguez C., et Baquero, C.A., *Op. Cit.* p.55

⁶⁹³ OXFAM, *El derecho a la consulta previa, libre et informada de los pueblos indigeneas- la situacion de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru*, Op. Cit. p. 12

peuples indigènes plus isolés comme les Tagaeri et Taromenane, ont impliqué la déforestation de leur territoire traditionnel considéré comme une réserve mondiale de biosphère⁶⁹⁴.

En Colombie, deux textes normatifs régulaient la CPLI. Le premier, le décret 1 320 de 1998 a été déclaré inconstitutionnel par La Cour Constitutionnelle du pays et c'est grâce à cette jurisprudence qu'on a pu combler le vide juridique sur la question. À la fin des années 2013 l'actuel gouvernement a promulgué le décret 2 613 qui réglemente le droit de la CPLI.

En faisant référence à la promulgation de ce dernier décret, Carlos Andrés Baquero affirme que le gouvernement a reproduit la même erreur que lors de la première réglementation en ne consultant pas les différents peuples ethniques du pays. D'après lui, cette disposition normative réduit la protection établie par la réglementation internationale⁶⁹⁵. Une des critiques évoquées par les organisations ethniques était que le gouvernement avait limité le droit de la consultation aux communautés qui ont un titre de propriété sur leurs territoires, en mettant de côté les communautés qui sont en train d'en faire la demande à l'État et les communautés déplacées par le conflit armé⁶⁹⁶.

En analysant la CPLI dans le contexte latino-américain, César Rodriguez et Carlos Andrés Baquero indiquent que « Dans l'application de la CPLI, régulièrement on peut constater la tension caractéristique de *l'ethnicite.gov*. D'une part, le multiculturalisme hégémonique - centré dans la procédure de la consultation en tant que manifestation de la liberté contractuelle entre parties formellement égales. D'autre part, la légalité des droits des indigènes, qui évalue ces procédures en fonction de son résultat, c'est-à-dire, du degré dans lequel ces procédures permettent que les peuples indigènes acceptent ou refusent un projet ou une décision, dans l'exercice de son droit à l'autodétermination⁶⁹⁷ ».

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 12

⁶⁹⁵ Baquero, Carlos Andrés, "Y ahí vuelve la burra al trigo". *Revista semana*, 31 de enero 2014.

⁶⁹⁶ Rodriguez, C. et Baquero, C.A., *Op. Cit.* p.58

⁶⁹⁷ *Ibid.* p.58

En ce qui concerne la CPLI dans les cas des mesures législatives la CCC a dit :

L'État doit réaliser la consultation préalable d'une mesure législative seulement quand cette mesure peut affecter directement les communautés ethniques. (CCC arrêts : C-461 de 2008 et C-030 de 2008.) Selon la Cour, l'affectation existe quand le statut d'une personne ou d'une communauté est altéré, soit parce que l'on l'impose des restrictions ou des contraintes, soit parce qu'on lui confère des bénéfices (C-030 de 2008).

Concernant le moment pour la réaliser, la CCC indique que la consultation doit être effectuée avant le dépôt du projet de la loi à l'Assemblée législative. (C-175 de 2011). Pour le tribunal en accord avec le droit international, la consultation peut être effectuée seulement avec les peuples et les organisations légitimement représentatives. Concernant la procédure, la jurisprudence colombienne a établi qu'il doit y avoir une étape pré consultative où les participants doivent se mettre d'accord sur les termes dans lesquels la consultation va être réalisée. Cependant, certaines formalités minimales doivent être respectées par toutes les consultes : elle doit être libre, c'est-à-dire sans aucun type de coaction ; elle doit être réalisée de bonne foi c'est-à-dire qu'elle n'est pas une simple formalité mais un moyen pour trouver des accords⁶⁹⁸.

La CCC a défini la consultation préalable comme : « c'est un instrument fondamental pour préserver l'intégrité ethnique, sociale, économique et culturelle des communautés indigènes et pour assurer, par conséquent leur subsistance en tant que groupe social (C-418 de 2002), selon les priorités de leur processus de développement (C-030 de 2009), ainsi que pour garantir la reconnaissance et la protection de la diversité culturelle et ethnique de la nation (C-175 de 2008) De cette façon la consultation n'est pas une fin en soi sinon qu'elle est un moyen pour protéger les droits à l'existence, à la vie, à la participation et dans certains cas le droit de ne pas être forcé de quitter leurs territoires (C-461 de 2009) »⁶⁹⁹ ».

⁶⁹⁸ *Ibid.*p.9

⁶⁹⁹ *Ibid.*p.10

Selon la situation, la consultation peut avoir deux types d'effets. D'une part, une mesure législative peut être déclarée inconstitutionnelle quand l'État n'a pas réalisé la consultation, ou bien quand il l'a effectué mais sans aucun respect des formalités. D'autre part, les cas où malgré la réalisation de la consultation, il n'y a pas eu un d'accord entre les parties. La CCC a dit que dans cette situation le dernier mot appartenait à l'État. Récemment, le tribunal a signalé que dans des certains cas, il faut obtenir le consentement de la communauté ethnique.

Section B. L'interprétation limitée de la CPLI : la reconnaissance culturelle sans redistribution

La section précédente nous a permis de voir que la façon dont la CPLI a été consacrée dans la Convention 169 de l'OIT donne aux juges nationaux un cadre assez large d'interprétation. Certains d'entre eux vont limiter, nettement, les possibilités de garantir aux peuples indigènes une pleine reconnaissance, accompagnée d'une redistribution adéquate des ressources.

La Cour Constitutionnelle de Colombie a pris des décisions qui vont dans ce sens-là. Certaines affaires, où le droit des communautés indigènes sur leurs ressources naturelles est remis en question par des projets économiques sur leurs territoires, montrent comment la CCC en limitant les effets de la CPLI, restreint le droit des indigènes sur leurs ressources (1). Dans cette interprétation, les aspects procéduraux prennent une place centrale dans la décision du juge. Ce qui facilitera la mobilisation de la CPLI en tant qu'instrument juridique par les acteurs économiques du capitalisme pour développer leurs projets (2).

§.1 La CPLI, ni droit absolu ni droit de veto : l'autodétermination de peuples indigènes limitée

Une manière de limiter les effets de la CPLI au profit du développement des projets économiques sur les territoires indigènes, est d'établir que cet instrument juridique n'est pas un droit absolu (1), et qu'il ne donne pas non plus le droit de veto aux communautés indigènes (2). Nous verrons dans cet alinéa que les cas de la législation minière et des forêts sont en cela de bons exemples.

1. La CPLI n'est pas un droit absolu

À l'occasion de l'affaire C-891 de 2002⁷⁰⁰ la CCC devait se prononcer sur le recours de contrôle de constitutionnalité qu'avait présenté l'Organisation Nationale Indigène de Colombie (ONIC). L'ONIC estimait que certaines dispositions du nouveau Code des Mines (loi 685 de 2001) allaient à l'encontre de la Constitution. Selon l'ONG, la relation qu'ont les peuples indigènes avec leurs territoires ancestraux et leur caractère collectif, pouvait être difficilement comprise dans le Code des Mines. Ce code obéit à une logique commerciale où le concept de territoire est défini en termes de propriété privée. À ces arguments s'ajoutait le fait que les peuples indigènes n'avaient pas été consultés selon les termes de la Convention 169 de l'OIT.

Après avoir examiné les preuves, la CCC a estimé que le processus de consultation des peuples indigènes avait échoué. Malgré plusieurs tentatives des entités gouvernementales pour discuter avec ces peuples sur le projet de loi, les différentes parties n'ont pas réussi à trouver un accord. La Cour a donc jugé que les entités gouvernementales chargées de la consultation avaient respecté leur mandat, en organisant des scénarios de discussion du projet de loi avec les organisations indigènes afin de les intégrer aux processus de rédaction finale du texte.

⁷⁰⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-891 de 2002.

Bien que la CCC reconnaisse l'importance du droit à la participation indigène, lequel est concrétisé dans la CPLI, elle estime que celui-ci n'est pas un droit à caractère absolu. Comme le dit la CCC : « Cependant, comme l'on l'a déjà dit, le droit de consultation indigène n'est pas absolu. Bien que la Constitution ordonne l'encouragement de la participation des communautés indigènes aux affaires qui sont en rapport avec l'exploitation des ressources naturelles, en aucun cas on peut considérer qu'il est nécessaire de trouver un accord en tant que condition *sine qua non* pour le dépôt d'un projet de loi. À vrai dire, l'irréductible exigence d'un tel accord ferait annuler l'initiative législative de l'exécutif en la matière⁷⁰¹ ».

Également, la CCC signale que l'obligation du gouvernement de favoriser des mécanismes effectifs et raisonnables de participation des communautés indigènes aux affaires qui les concernent doit être considérée comme un principe général. Cependant, elle ajoute que si le gouvernement ne réussit pas à trouver un accord avec ces dernières, le processus législatif, dans les affaires d'intérêt général auquel appartient le cas minier, ne doit pas être suspendu.

Comme fondement de ce raisonnement, la Cour cite le rapport de l'Organisation des États Américains (OEA) et l'Université d'Harvard sur le projet « Bloque Samore » : « *Selon cette explication (Guide pour l'application de la Convention 169 de l'OIT), les dispositions signalées impliquent que les gouvernements doivent réaliser un processus de consultation destiné à permettre la concertation avec les peuples indigènes, sur les décisions qui les affectent directement. En outre, ce processus doit être tel que les peuples indigènes puissent participer et exercer une certaine influence dans toutes les phases de la prise de décision des projets en rapport avec leurs terres. Selon le guide de l'OIT, cela ne veut pas dire que les peuples indigènes ont droit de veto sur les initiatives de développement promues par l'État. Quand la concertation n'est pas possible, la décision sur le projet de développement appartient à l'État. Toutefois, si l'État décide d'aller à l'encontre de la position indigène, il devra*

⁷⁰¹ *Ibid.* § 20

justifier sa décision et établir, entre autres, que le projet ne viole pas l'intégrité culturelle indigène, mais qu'au contraire il en tirera bénéfice [...]»⁷⁰².

La Cour a considéré que dans l'affaire C-891 de 2002, les formalités du processus de consultation ont été respectées par le gouvernement. Elle a donc jugé qu'il n'y avait pas eu de violation du principe de participation et du droit fondamental de la consultation des peuples indigènes, en ce qui concerne l'exploitation des ressources minières sur leurs territoires⁷⁰³. De plus, la CCC a déclaré que le Code des Mines était conforme à la Constitution.

Dix années après cette décision, la CCC dans l'arrêt C-366 de 2011 a eu à nouveau l'occasion de se prononcer sur la législation qui réglementait l'activité minière. Le haut tribunal devait étudier la constitutionnalité de la loi 1382 de 2010 qui modifiait l'ancien Code des Mines. Bien que la Cour ait déclaré ce code inapplicable à cause de la non-réalisation de la consultation préalable, elle a décidé de différer les effets de l'arrêt pendant deux années jusqu'à ce que le législateur réglemente la question. Cette décision a reçu d'importantes critiques. La Commission colombienne de juristes, par exemple, affirme que cette décision impacte négativement le droit de la CPLI car elle permet l'application des normes qui n'ont pas été soumises à la consultation des peuples indigènes⁷⁰⁴.

De la même façon, le droit à la consultation préalable a été considérablement limité par l'arrêt C-196 de 2012⁷⁰⁵. Dans cette affaire, la CCC devait déterminer si l'accord international sur les bois tropicaux de 2006 était ou non conforme à la constitution et s'il devait être soumis à la consultation des communautés ethniques avant son approbation. Selon la Cour, l'accord ne portait pas atteinte aux intérêts des peuples indigènes car il n'avait en lui aucune mesure concrète affectant directement les

⁷⁰² Organización de Estados Americanos / Universidad de Harvard - Proyectos en Colombia. "Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré" Informe elaborado por Theodore Macdonald y Yadira Soto. Washington, 1997. p. 13.

⁷⁰³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-891 de 2002. *Op.Cit.* § 24

⁷⁰⁴ Comisión Colombiana de Juristas, Boletín N°6 : Serie sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, Agosto 18 de 2011.

http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n6_consulta_previa.pdf

⁷⁰⁵ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-196 de 2012

peuples indigènes et tribaux de Colombie. Pour cette raison, l'accord et la loi qui l'approuvaient n'étaient pas soumis à l'obligation de consultation préalable.

De plus, selon la CCC, la signature de l'accord international sur les bois tropicaux constitue une forme de respect des obligations internationales et constitutionnelles de préservation soutenable de l'environnement. Cet accord permet aussi de protéger la forêt en tant que moyen de préservation des peuples indigènes.

Cependant, plusieurs intervenants dans le processus de contrôle de constitutionnalité ont affirmé que l'État devait consulter les communautés ethniques en conformité à la Convention 169 de l'OIT. L'Université Nationale de Colombie avait présenté un document où elle indiquait que l'accord aurait dû être soumis à la consultation des peuples indigènes car celui-ci implique d'une part, une façon de concevoir l'exploitation de la forêt, et d'autre part, des objectifs susceptibles d'affecter les communautés.

Toujours selon la même Université, il est impossible d'exclure les communautés ethniques de la question forestière. Selon ses propres mots, « Dans la région du Pacifique et de l'Amazonie près de 41.6 % de la forêt appartient aux communautés indigènes et afro colombiennes. En effet, 72 % du territoire des *resguardos* indigènes, c'est-à-dire 22,5 millions d'hectares, correspond à des domaines forestiers et 69,4 % des terres des communautés afro colombiennes soit près de 2,6 millions d'hectares, sont couverts par la forêt. Ces communautés dépendent quasi totalement des ressources de la forêt » Pour l'Université, ce traité comporte une vision occidentale de l'appropriation de la nature, laquelle est fondée sur la théorie du développement durable. « Cela implique pour les communautés indigènes l'usage commercial de l'extraction de bois. On ne peut pas les imposer cette nouvelle façon de s'approprier la nature, car elle va à l'encontre des pratiques de ces communautés. Dans le préambule du traité (alinéas m et n), on attribue à ces groupes le devoir de collaborer à la promotion d'une gestion durable de la forêt. Cette collaboration est

considérée comme cruciale pour l'amélioration de l'application de la législation de la forêt et pour la promotion du commerce légal du bois⁷⁰⁶».

En conclusion, pour l'Université, l'accord n'était pas compatible avec la vision des communautés ethniques qui habitent dans la forêt. Pour ces dernières, la nature n'est pas un objet susceptible d'être commercialisé, et en cela, l'exploitation de la forêt a un impact très fort sur leur identité et leur survie.

La CCC ne partage pas cet avis. Pour elle, l'accord ne représente ni un modèle de développement particulier, ni un accord commercial destiné à promouvoir l'industrie extractive de la forêt. Au contraire, la CCC rappelle que « l'accord se trouve d'une part en conformité avec le mandat constitutionnel visant à procurer un développement soutenable de l'environnement, et d'autre part, avec le consensus international sur l'importance de parvenir à un modèle de développement durable. En effet, ce traité international n'impose pas un nouveau paradigme de développement extractif aux peuples indigènes. Au contraire, le traité est la réponse de la communauté internationale à un problème grave comme ceux de l'abattage illégal des forêts et de la déforestation constituant, tous les deux, un risque pour la survie des communautés ethniques. Le traité, n'est pas non plus un accord commercial sur les bois tropicaux destinés à imposer l'extraction de bois. Il représente la création d'une instance internationale destinée à répondre à un problème réel et inéluctable comme celui de l'abattage non régulé de la forêt. La réglementation internationale du commerce de bois n'équivaut pas à imposer un modèle extractif de développement, mais au contraire, au contrôle de ce modèle sur la base de la protection de l'environnement. La Constitution n'oblige pas l'État à supprimer le commerce du bois, qui est un fait économique indéniable, sinon à le mettre en accord avec la protection

⁷⁰⁶ Les alinéas l),m), et n) de L'accord international de 2006 sur les bois tropicaux disent :

l) reconnaissant l'importance de la collaboration entre les membres, les organisations internationales, le secteur privé et la société civile, y compris les communautés autochtones et locales, et d'autres acteurs pour promouvoir une gestion durable des forêts;

m) reconnaissant aussi l'importance d'une telle collaboration pour faire mieux respecter le droit forestier et promouvoir les échanges de bois exploité dans le respect de la légalité;

n) notant aussi que le renforcement des capacités des communautés autochtones et locales qui dépendent des forêts, y compris des propriétaires et des gestionnaires de forêts, peut contribuer à la réalisation des objectifs du présent Accord;

de l'environnement pour arriver à une écologie durable. Dans cette mesure, l'accord est entièrement compatible avec le cadre constitutionnel et international existant⁷⁰⁷ ».

Pour ces raisons, la CCC a jugé le traité des bois tropicaux conforme à la constitution, et que l'État n'était pas obligé de consulter les communautés ethniques pour son approbation.

Cette décision n'a pas été prise à l'unanimité. Dans une opinion séparée, le magistrat Jorge Ivan Palacio Palacio a manifesté son désaccord avec la position majoritaire de la Cour⁷⁰⁸. Selon lui, le gouvernement était dans l'obligation de consulter les communautés indigènes avant de présenter la loi d'approbation du traité devant l'Assemblée législative, car cette disposition internationale les affectait directement.

Pour le magistrat, les obligations qu'impose le traité sur la commercialisation et l'exploitation des bois tropicaux affectent sans aucun doute la vie, la cosmogonie et le développement des peuples indigènes du pays. Cette convention adopte une véritable politique générale en matière d'exploitation du bois tropical et, en Colombie les territoires habités par les divers groupes ethniques correspondent en grande partie aux sols affectés à l'exploitation de ces bois. Selon les propres termes de ce magistrat, « L'État accepte des engagements internationaux qui ont une répercussion sur la façon de vivre et sur le rapport étroit que les groupes humains mentionnés entretiennent avec la nature. Par exemple, selon les données du Système d'Information Environnemental de Colombie (SIAC), la couverture des *resguardos* indigènes représente 27 % de la surface du pays, cela comprend : 43 % des forêts naturelles de la Nation (26, 485,028 hectares), 1 % des forêts cultivées (819 hectares), et 7 % de la végétation secondaire. Il existe des *resguardos* où la couverture de la forêt correspond à plus de 95 % du territoire, c'est le cas pour les communautés Andoque, Curripaco, Cubeo, Desano, Ticuna, Wananos, Nukak et certains peuples Embera. Seules les sept zones reconnues comme réserves naturelles par la Loi 2 de 1959 – de l'Amazonie, Central, du Cocuy, du Pacifique, de

⁷⁰⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-192 de 2012.

⁷⁰⁸ Opinion séparée du Magistrat Jorge Ivan Palacio Palacio de l'arrêt C-196 de 2012

la Sierra de los Motilones, de Rio Magdalena y de la Sierra Nevada de Santa Marta-regroupent 266 *resguardos* avec une population estimée supérieure à deux cent cinquante mille indigènes⁷⁰⁹».

Dans son argumentation, le magistrat évoque le cas de l'exploitation du bois en Bahia Solano dans le département du Choco, où une communauté ethnique avait décidé de signer un accord d'exploitation de bois – qui comprenait deux cent mille arbres - avec une entreprise canadienne. Ce projet a eu des conséquences nocives pour les communautés qui habitaient ce territoire, dont la corruption et le pillage des ressources naturelles.

De plus, pour le magistrat, la consultation préalable est une garantie du droit à la participation des peuples indigènes, tel qu'il est prévu par la Constitution et par la Convention 169 de l'OIT. Dans ce sens, la consultation est une conséquence directe du droit des communautés ethniques à décider des priorités concernant le processus de développement et de préservation de leurs cultures en tant que moyen de subsistance.

Concernant la décision de la Cour d'ordonner au président de la République de consulter les peuples indigènes après la mise en place du traité, le magistrat dit que cela ne peut pas être assimilé à un processus de consultation préalable, libre et informé. Pour lui, la disposition normative va être consultée a posteriori, c'est-à-dire quand l'Assemblée législative aura déjà effectué son approbation et la Cour le contrôle de constitutionnalité, approuvant par la même occasion la politique d'exploitation des bois des forêts tropicales⁷¹⁰. Le magistrat termine son opinion séparée en disant : « Je conclus en manifestant que l'on est, véritablement, face à un processus de consultation qui sera réalisé comme une formalité en annulant le droit fondamental des communautés ethniques. Cela s'est traduit par une consultation entendue comme une simple formalité ou une consultation sur le papier, et non comme une véritable consultation. Globalement, on ne demanderait pas à ces

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Le Magistrat Nilson Pinilla a aussi présenté une opinion séparée de l'arrêt C-196 de 2002, dans laquelle il manifeste son désaccord face à la décision de la cour d'ordonner la consultation après l'approbation du Traité. D'après lui, cette décision dénature le caractère préalable de la consultation.

communautés si l'arbre peut ou ne peut pas être abattu, on leur demandera simplement quand l'arbre pourra être abattu⁷¹¹».

2. La CPLI n'est pas un droit de veto

Dans l'affaire C-891 de 2002, la CCC mobilise un deuxième argument pour limiter les effets de la CPLI : la consultation n'est pas un droit de veto aux politiques de développement des États. Pour affirmer cela, la CCC s'appuie sur le protocole d'application de la Convention 169 élaboré par l'OIT et le Centre International pour les Droits de l'Homme et le développement démocratique de Montréal. La Cour cite le document : « Aucun segment de la population nationale de n'importe quel pays possède le droit de veto sur les politiques de développement qui concerne la totalité du pays. Pendant les discussions destinées à l'adoption de la Convention, certains représentants indigènes ont affirmé que cela permettrait aux gouvernements de faire ce qu'ils souhaiteraient mais la conférence ne l'a pas compris de cette manière. L'article 7 exige des gouvernements de réaliser de véritables consultations dans lesquelles les peuples indigènes et tribaux auraient le droit d'exprimer leur point de vue et d'influencer le processus de prise de décision. Cela signifie que les gouvernements ont l'obligation de créer des conditions permettant à ces peuples de contribuer activement et efficacement au processus de développement. Dans certains cas, cela peut se traduire par dans des actions destinées à aider ces peuples à acquérir la connaissance et les capacités nécessaires pour comprendre et décider des options de développement existantes⁷¹²».

⁷¹¹Opinion séparée du magistrat Jorge Ivan Palacio Palacio. *Op.Cit.*

⁷¹² Dans le document, Un manual, Proyecto para promover la politica de la OIT sobre los pueblos indigenas y tribales la OIT avait aussi manifesté que la consultation ne donne pas un droit de veto aux peuples indigènes. Cependant, l'OIT dit, en cas de désaccord cela n'implique pas que la communauté ne puisse rien faire. L'OIT cite l'exemple des communautés Cree de Manitoba (Canada) qu'ont souffert des dommages écologiques et la dépossession de leurs terres comme conséquence d'un grand projet hydroélectrique. Ces communautés se sont opposées à ce projet mais ils n'ont pas réussi à empêcher sa réalisation. En 1977 ils ont négocié avec le gouvernement fédéral un ensemble des compensations connu comme l'Accord des eaux du Nord. Dans cet accord, les communautés ont obtenu des nouvelles terres et la gestion de la flore et de la faune qui se trouvait dans ces terres. Ainsi comme la garantie d'approvisionnement en eau potable. Un manual, Proyecto para promover la politica de la OIT sobre los pueblos indigenas y tribales. OIT, Ginebra, 2003, p. 16

Également, dans l'arrêt T-547 de 2010 la CCC s'est prononcée sur les effets de la consultation en disant clairement qu'elle ne donne pas lieu à un droit de veto aux communautés indigènes⁷¹³. Dans cette affaire, la CCC devait décider de l'autorisation environnementale accordée par le gouvernement à l'entreprise Brisa, pour la construction du port multi-objet sur le territoire ancestral des communautés indigènes qui habitent la Sierra Nevada de Santa Marta. L'endroit où le port allait être construit correspondait à une partie du territoire considéré comme sacré par ces communautés car il était, entre autres choses, destiné à la réalisation des cérémonies.

La Cour a décidé de protéger les droits des peuples indigènes et d'ordonner la suspension des travaux. Elle a également ordonné la réalisation d'un processus de consultation destiné à établir les impacts que le projet pouvait provoquer sur les communautés indigènes concernées. La consultation devait aussi avoir comme objectif de déterminer les mesures nécessaires pour prévenir et réparer de tels dommages. Pour la Cour, ce processus devait être réalisé dans une période de quatre-vingt-dix jours.

Dans sa décision, la Cour fait référence aux effets de la consultation. D'après elle, il faut considérer que : « Dans le processus de consultation, on doit prendre en compte le besoin d'harmoniser les différentes visions qui ont une incidence sur le territoire. Cela implique que la consultation doit être orientée vers une harmonisation des intérêts des différentes communautés. Chacune a des droits différents qui ne peuvent pas s'exclure mutuellement. Ainsi, la garantie des droits de certains ne peut pas conduire à la négation des droits des autres. Il n'y a pas de droit de veto, ni de projets qui ne prennent en considération la cosmovision particulière de ces communautés⁷¹⁴».

Cette argumentation a été reprise dans l'affaire T-693 de 2011. À cette occasion, le haut tribunal devait répondre au recours présenté par le représentant de la

⁷¹³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-547 de 2010.

⁷¹⁴ *Ibid.* §. 5.3

communauté indigène Achagua. Selon la communauté, le ministère de l'environnement avait violé ses droits en tant que peuple indigène en octroyant l'autorisation environnementale à l'entreprise Meta Petroleum Limited pour la réalisation d'un projet d'exploitation pétrolière sur son territoire. À cela s'ajoutait le fait qu'une telle autorisation avait été émise sans la préalable consultation du peuple indigène. Ce projet a eu des impacts préjudiciables sur le territoire indigène notamment pour sa forêt. En outre, l'oléoduc traversait la rivière Meta par un endroit considéré comme sacré par la communauté en raison de son importance religieuse et écologique.

Après l'examen des preuves, la CCC a en effet considéré que le projet d'exploitation pétrolière avait affecté un domaine sacré de la communauté, territoire d'une grande valeur écologique, sociale et économique. La consultation était donc une procédure nécessaire avant d'entreprendre la construction de l'oléoduc. Pour le haut tribunal, cette consultation aurait pu permettre à la communauté indigène de limiter les effets négatifs (culturels, économiques et sociaux) que la construction a produits sur son territoire. Pour ces raisons, la CCC a jugé que les droits du peuple indigène avaient été violés.

Cependant, la CCC a estimé qu'il n'était pas souhaitable de suspendre le fonctionnement de l'oléoduc. Pour les juges, cette infrastructure apportait d'importants bénéfices au pays, et sa fermeture impliquerait d'énormes coûts économiques et sociaux⁷¹⁵. Afin de limiter les impacts sur la communauté Achagua, la Cour a ordonné aux institutions concernées de réaliser une consultation des indigènes. Celle-ci devait être destinée à déterminer les mesures de compensation culturelles liées aux impacts et préjudices occasionnés par la construction de l'oléoduc sur le territoire ancestral.

Dans son argumentation, la Cour affirme que la finalité de la consultation préalable est : (i) donner aux communautés la pleine connaissance des projets et des décisions qui les concernent directement – tels que les projets d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles sur leurs territoires ; (ii) informer les

⁷¹⁵ *Ibid.* §. 4.7.6.2

communautés sur la façon dont le projet peut affecter leur cohésion sociale, leur culture, leur organisation économique et politique et leur survie en tant que groupe culturel ; (iii) donner l'opportunité aux communautés de s'exprimer librement sur les avantages, les inconvénients et la viabilité du projet⁷¹⁶.

La CCC rappelle sa jurisprudence en réaffirmant que la consultation préalable doit chercher le consentement des communautés ethniques face à des mesures qui peuvent les affecter directement. Un tel consentement est indispensable quand les mesures impliquent le déplacement des communautés, quand les mesures impliquent le stockage ou le déversement de déchets ou de résidus toxiques sur les territoires ethniques, ou quand les mesures mettent en péril l'existence du groupe indigène. Toutefois, la CCC va limiter considérablement les effets de cette interprétation en soulignant que « dans ce cas, la gravité des éventuelles conséquences fait que l'obligation des autorités de mener des processus de concertation avec les communautés ethniques est renforcée, **sans que cela signifie en aucune manière que l'on donne aux communautés un droit de veto**⁷¹⁷ ».

D'après la CCC, vu que la Convention 169 de l'OIT n'établit pas de règles sur l'application de la CPLI et la Loi interne non plus, on doit se soumettre au caractère souple de la procédure de la Convention et au principe de bonne foi. Autrement dit, c'est aux États de définir les conditions dans lesquelles la CPLI doit être mise en place, sans oublier que la consultation doit être réalisée de façon effective et destinée à aboutir à des résultats positifs. Cela ne veut pas dire que l'on doit établir de délais ou poser des conditions inéluctables pour sa réalisation. Il s'agit, dit la Cour, de promouvoir des espaces de participation opportuns permettant une intervention efficace avec des porte-paroles suffisamment représentatifs, selon le type de mesure à adopter⁷¹⁸.

De plus, pour la CCC, en cas de désaccord entre les parties de la consultation, le gouvernement doit prendre la décision finale : « Quand l'accord ou la concertation n'est pas possible, la décision de l'autorité doit être dépourvue d'arbitraire et

⁷¹⁶ Voir aussi : Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU- 039 de 1997

⁷¹⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-693 de 2011

⁷¹⁸ *Ibid.* Voir aussi : Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-769 de 2009

d'autoritarisme ; en conséquence, elle doit être objective, raisonnable et proportionnelle à la finalité de l'État de protéger l'identité sociale, culturelle et économique de la communauté indigène. Dans tout le cas, l'autorité doit prévoir les mécanismes nécessaires pour limiter, corriger ou réparer les effets que ces mesures peuvent produire sur la communauté et qui impliquent un préjudice pour elle ou pour un de ses membres⁷¹⁹».

§.2. La formalité du droit au service du développement économique.

Dans l'interprétation de la CPLI comme simple formalité, les questions procédurales vont prévaloir sur les droits substantiels des peuples indigènes (1). L'approche sociojuridique de la CPLI dans la pratique met en évidence qu'une telle interprétation est aussi mobilisée par les acteurs du capitalisme pour le développement de leurs projets (2).

1. La CPLI : davantage une formalité qu'un droit

L'affaire T-154 de 2009⁷²⁰ est la première décision où la CCC n'a pas accédé à la demande de protection sollicitée par une communauté indigène qui dénonçait la construction d'une infrastructure sur son territoire⁷²¹, car le recours de *tutela* n'avait pas été présenté selon les termes prévus par la loi. Dans cette affaire, les communautés indigènes de la Sierra Nevada de Santa Marta s'opposaient à la réalisation d'un projet d'irrigation sur leur territoire. Bien que plusieurs réunions de consultation aient été réalisées, elles n'avaient pas impliqué toutes les communautés concernées et toutes les pétitions des assistants indigènes n'avaient pas été prises en compte.

⁷¹⁹ Rodriguez C., et Orduz N., *la consulta previa :dilemas y soluciones...* 2012,.Op. Cit. p. 10

⁷²⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T- 154 de 2009.

⁷²¹ Borrero, C., *Derechos Multiculturales (étnicos) en Colombia, Una dogmatica ambivalente*, 2014, Op. Cit. p.327.

Pour se prononcer sur cette affaire, la CCC s'est appuyée sur le principe d'opportunité. Selon le haut tribunal, bien que la *tutela* puisse être présentée à n'importe quel moment, cela ne veut pas dire que ce recours est recevable indépendamment du retard dans la présentation de la pétition. Autrement dit, pour la CCC, la *tutela* n'est pas opportune quand le recours est présenté après un laps de temps considérable. Elle doit être instaurée à partir de la date où les faits ont eu lieu ou au moment où l'action qui menace les droits du requérant a débuté.

Dans son argumentation, la Cour cite une de ses jurisprudences : « l'existence d'un délai de caducité ne peut pas être interprétée comme si le recours de *tutela* n'eut pas un délai raisonnable pour sa présentation. Le caractère raisonnable de ce délai est déterminé par la finalité même du recours de *tutela* qui doit être soupesé pour chaque cas concret. Selon les faits, le juge est donc chargé d'établir si la *tutela* a été présentée dans un délai raisonnable et adéquat, de façon à ce que les droits des tiers ne soient pas lésés⁷²²».

Dans cette affaire, l'autorisation environnementale pour effectuer le projet cité a été expédiée le 10 août 2005 et le recours de *tutela* a été présenté le 14 décembre 2007. Pour la Cour, les deux années qui ont passé peuvent être considérées comme excessives, estimant alors que la *tutela* était hors délai.

La communauté avait justifié ce retard par la situation des droits de l'homme délicate que vivait alors le peuple Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta. Cette situation avait eu comme conséquence des problèmes d'organisation à l'intérieur de la communauté pour la prise de décisions collectives face aux demandes de construction de projets de grande ampleur sur son territoire. Cependant, pour la Cour, cela ne démontrait nullement l'impossibilité réelle d'exercer un recours de protection devant la justice.

À cela s'ajoutait le fait que des réunions de consultation avaient été effectuées avec une bonne partie des communautés indigènes de la Sierra Nevada de Santa Marta.

⁷²² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-961 de 1999

Selon la Cour, cela permet de conclure que grâce à ces communautés et à la notoriété du projet, les autres communautés se trouvaient dans la possibilité d'être informées elles aussi de la situation.

La Cour a donc décidé de confirmer le jugement d'instance qui n'avait pas concédé la protection demandée à la communauté. Dans son raisonnement, elle cite la décision d'instance : « il n'est pas opportun ni raisonnable qu'une fois la procédure épuisée, laquelle a donné des facilités [aux indigènes] et quand l'exécution du projet a débuté, d'exercer un recours exceptionnel de protection des droits⁷²³ ».

Il faut noter que cet arrêt de la CCC n'a pas été une décision prise l'unanimité. Le magistrat Humberto Antonio Sierra Porto a émis une opinion séparée où il manifeste son désaccord avec la décision de la majorité⁷²⁴. Selon le magistrat, le principe d'opportunité implique que l'analyse *in concreto* que fait le juge doit comprendre l'évaluation des circonstances qui ont donné lieu au retard dans la présentation du recours de *tutela* devant un juge. De cette façon, il peut trouver les motifs qui justifient le retard et le recours de tutela sera alors recevable⁷²⁵.

Dans ce sens, dit le magistrat, les critères qui doivent orienter le juge au moment de déterminer dans un cas concret si le retard est raisonnable ou non sont : i) s'il existe une raison valable pour l'inactivité des requérants ; ii) si cette inactivité viole le noyau fondamental des droits des tiers affectés par la décision et iii) s'il existe un lien de causalité entre le retard dans la présentation du recours et la violation des droits des personnes intéressées⁷²⁶.

D'après le magistrat, dans cette affaire, il y a des motifs justifiant le retard dans la présentation de la *tutela*, notamment les difficultés concernant l'organisation et la communication de la part du gouvernement avec les diverses communautés qui

⁷²³ Conseil Supérieur de la Judicature, Section juridictionnel disciplinaire, arrêt de 18 juin de 2008

⁷²⁴ Opinion séparée du magistrat Humberto Sierra Porto de l'arrêt T-154 de 2009.

⁷²⁵ Pour donner cet argument le magistrat s'appuie sur la décision T-654 de 2006 de la Cour Constitutionnelle de Colombie.

⁷²⁶ Le magistrat cite les arrêts : T-684/2003, T-654/2006, T-1084/2006, T-844/2008, et T-743/2008, de la Cour Constitutionnelle de Colombie.

habitent la Sierra Nevada de Santa Marta. Cela a rendu difficile la prise de décisions collectives face à des projets de construction sur le territoire ancestral.

Selon lui, le droit fondamental à la CPLI implique que chaque fois que les gouvernements prévoient des mesures législatives ou administratives qui peuvent affecter les communautés indigènes, ces dernières devraient être consultées, selon des processus appropriés et en particulier à travers leurs institutions représentatives. Cette disposition implique l'obligation *ius-fundamentale* pour le gouvernement colombien de faire connaître les projets sur les territoires indigènes, de façon opportune et véritable à toutes les communautés concernées.

Cela implique que pour communiquer les projets et leurs conséquences sur les communautés et afin d'arriver à un dialogue interculturel satisfaisant, il est nécessaire de les convoquer par des moyens et des procédures adéquats, c'est-à-dire conformes aux croyances et aux traditions spécifiques de chaque communauté. Cela implique que le juge de *tutela* ne peut pas prendre en compte un seul critère pour établir la pertinence ou non d'un moyen de communication pour transmettre l'information, ni faire des déductions a priori fondées sur des conceptions occidentales dominantes. Au contraire, le juge doit analyser les circonstances en prenant en considération les usages et les coutumes propres à chaque communauté et garantir que toutes les communautés concernées puissent exprimer leurs avis et leurs objections face au projet.

Selon les propres mots du magistrat : « Dans ce sens, le droit fondamental de la consultation préalable ne s'épuise pas avec une simple procédure. Ce droit n'est pas une simple formalité sans contenu substantiel. La consultation n'est pas une fin en soi, mais plutôt un processus garantissant l'accès à l'information aux groupes ethniques et l'expression de leurs considérations face aux projets. De cette façon, on permet leur participation et la défense de leurs droits dans le cadre d'un débat dans des conditions d'égalité avec l'État. L'objectif de ce dernier est de garantir une

harmonie entre les intérêts des deux extrêmes de la relation et d'éviter l'autoritarisme étatique⁷²⁷ ».

D'après le magistrat, le processus de communication de la consultation préalable n'a pas été effectué conformément aux coutumes des groupes indigènes concernés. Cela a empêché la communauté Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta d'avoir accès à l'information sur le projet. Cette situation n'a pas été prise en compte par le Ministère chargé de l'affaire et l'autorisation environnementale a été octroyée, violant le droit à la consultation préalable de la communauté.

Le magistrat a conclu que la CCC aurait dû prendre en compte cette situation au moment d'évaluer le principe d'opportunité au vu des circonstances particulières de ce cas. Par conséquent, le jugement d'instance a dû être révoqué et à sa place une décision protégeant les droits de la communauté en question a dû être prise⁷²⁸.

2. Entre démocratisation et domination : la CPLI dans la pratique.

César Rodriguez professeur et chercheur en sociologie juridique analyse les effets de la CPLI dans la pratique. Selon lui, la CPLI a quatre effets : l'effet de déplacement, l'effet trompeur, l'effet domination et l'effet d'émancipation⁷²⁹.

Concernant le premier, le chercheur a constaté que les différentes étapes du processus de la CPLI remplacent ou décalent les conflits essentiels. Il y a donc un fort contraste entre les intérêts des différentes parties (l'entreprise, l'État et la communauté indigène) et les discussions des consultations centrées sur les formalités, les délais, les recours juridiques, les notifications, les certifications de représentation légale, etc.⁷³⁰.

⁷²⁷ Opinion séparée du magistrat Humberto Sierra Porto de l'arrêt T-154 de 2009

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ Nous développerons ce dernier effet dans le chapitre suivant.

⁷³⁰ Rodriguez, C., *Etnicidad.Gov, los recursos naturales, los pueblos indigenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, 201, *Op.Cit.* p.56

D'après César Rodriguez, le rôle central qu'a acquis la CPLI dans le contexte de la mondialisation et plus particulièrement pour ce qui concerne la question indigène, est dû précisément à l'effet de déplacement. Selon ses propres mots : « la CPLI a un pouvoir de transformer la substance en forme, elle a la capacité d'offrir un point de rencontre entre des acteurs qui défendent des positions assez différentes, et même des positions antagoniques. Cette capacité est encore plus renforcée – et le caractère transnational de la CPLI devient encore plus utile – dans les contextes où les différences entre les parties sont plus profondes et potentiellement explosives⁷³¹ ».

La CPLI comme le droit procédural en général ont une fonction de rendre commensurable les aspects de la vie. Dans le cas de la CPLI, l'apparence de neutralité juridique est poussée à l'extrême car ses règles font référence à des instruments universels de mesure : le temps, l'argent, et l'espace. Cela se traduit en délais, plannings, coûts et localisation des consultations. Comme le dit César Rodriguez, « ces formalités permettent la communication entre réalités incommensurables⁷³² ».

Dans son analyse, César Rodriguez évoque la réflexion faite par Simmel (1977) à propos de l'argent. Selon ce dernier, l'argent est un instrument de nivellement des situations différentes et elle a une similitude fonctionnelle avec le droit. Cela explique le rôle central qu'ont les indemnisations dans les consultations entre l'État, les entreprises et les peuples indigènes. Une bonne partie du processus de consultation est dédiée aux calculs des dommages environnementaux et culturels que peut occasionner le projet économique et à accorder une forme de compensation, au peuple lésé. Cette situation se présente aussi dans les cas où le projet économique a déjà commencé sans la préalable consultation de la communauté, ou dans le cas où la consultation n'a pas été effectuée correctement. Dans ces affaires, les juges se limitent alors à déterminer la modalité et le montant de l'indemnisation.

⁷³¹ *Ibid*, p. 57

⁷³² *Ibid*.p.58

Par exemple, dans l'affaire Urra la CCC a ordonné à l'entreprise d'indemniser le peuple Embera-katio à hauteur d'un montant garantissant sa survie physique, pendant que « le peuple effectue les changements culturels, sociaux, économiques auxquelles ils ne peuvent plus échapper, et que l'entreprise et l'État ne leur ont pas laissé le choix⁷³³ ». Le haut tribunal a donc déterminé que l'indemnisation devait être une somme d'argent correspondant à une allocation alimentaire et de transport. Cette allocation devait être payée par l'entreprise à chaque membre de la communauté pendant une période de vingt ans⁷³⁴. Pour la CCC, l'allocation devait garantir la survie physique de ce peuple et permettre « d'éduquer la génération suivante afin d'assurer que cette culture ne disparaît pas à moyen terme⁷³⁵ ».

Comme l'affirme César Rodriguez « la décision de la CCC d'ordonner l'indemnisation en argent de la communauté a eu des conséquences profondes et probablement irréversibles, et certaines sont mêmes tragiques, [...] Comme l'a exprimé un des leaders Embera dans notre entretien, beaucoup de communautés étaient autosuffisantes grâce à la rivière qui permettait d'avoir une culture et une l'économie fluviale. Aujourd'hui, ces communautés dépendent exclusivement de l'allocation pour leur survie. En d'autres termes, son identité collective a été transformée en une décennie et aujourd'hui elle est définie par le rôle des Emberas en tant que consommateurs individuels dans l'économie du marché [...]. Ce processus de marchandisation, d'individualisation et de paupérisation de l'identité a été accompagné de l'effet de déplacement juridique^{736 737} ».

Un deuxième effet des processus de consultation est, selon lui, l'effet trompeur : dans la négociation, quand on a l'impression que les parties ont fini de traiter un sujet

⁷³³ Cour Constitutionnelle de Colombie, Ordonnance de clarification de l'arrêt T-652 de 1998, 1 décembre 2008 ;

⁷³⁴ L'allocation équivaut aujourd'hui à quatre-vingt dollars par mois et par personne.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ Rodriguez, C., *Etnicidad.Gov, los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, 201, *Op. Cit.* p. 60

⁷³⁷ Les leaders emberas considèrent qu'un des principaux dangers pour la survie culturelle de son peuple face au projet d'élargir le barrage électrique, est que les communautés acceptent l'inondation de leurs territoires en échange de la prorogation de l'allocation - indemnisation ordonné par la CCC. *Ibid.*, p. 61

ou qu'elles ont trouvé un accord⁷³⁸, il est très courant que la conversation revienne sur ces mêmes questions ou que la même discussion recommence à zéro lors d'une réunion postérieure. La plupart des consultations n'obéissent pas à une démarche linéaire, au contraire, elles se caractérisent par les ralentissements, les répétitions et les malentendus⁷³⁹».

Le cas des Urra, à nouveau, illustre bien cet effet de la consultation. Un des principaux points de désaccord entre l'entreprise, l'État et le peuple Embera-katio était celui de savoir si à un moment donné il y avait eu un accord. Pendant que les premiers considéraient qu'après la décision de la CCC ils avaient réussi à trouver un consensus avec les Embera pour remplir le barrage, ces derniers avançaient qu'un tel accord n'avait jamais existé. À ce malentendu s'ajoute une division au sein du peuple Embera. Une partie de la communauté affirmait qu'effectivement il y avait eu un accord, pendant qu'une autre assurait le contraire. D'après César Rodriguez « cette situation a comme conséquence une incertitude totale, l'intensification de la méfiance entre les parties, et l'augmentation, au lieu de s'atténuer, de la volatilité de la situation sur le terrain⁷⁴⁰».

Selon lui, ces situations trompeuses et les constantes périodes d'incommunication entre les parties peuvent être expliquées dans le fait que les consultations incarnent un véritable court-circuit discursif. Dans les consultations se croisent des connaissances et des réclamations avec des racines épistémologiques radicalement différentes. Selon ses propres mots : « immergées dans un perceptible court-circuit historique, les consultations combinent des réclamations indigènes « prémodernes », des économies extractives typiques du capitalisme « moderne » et des formes de gouvernance « postmodernes », tout cela se fond dans le creuset des formes juridiques modernes : la garantie de la procédure et la liberté contractuelle⁷⁴¹».

Les réunions de consultations mélangent des sujets assez différents et les agendas sont en constante discussion. Pendant que les fonctionnaires de l'État et les

⁷³⁸ Par exemple, quand l'information sur le projet a été diffusée ou quand les parties en arrivent à un consensus concernant le planning des réunions. *Ibid.*, p. 61

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 62.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 62.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 63

représentants des entreprises cherchent à limiter la discussion aux questions procédurales (les formalisations des accords, les certifications des listes de présence, les détails des indemnisations etc.), les interventions des représentants indigènes reviennent constamment sur les sujets de la sacralité de la terre et des ressources naturelles, sur l'histoire collective et les dénonciations des violences dont ils sont victimes⁷⁴².

Cependant, tous les malentendus ne sont pas involontaires. Les différentes parties font une utilisation stratégique des lois, des arrêts des juges et des dispositifs juridiques, et les normes procédurales sont souvent utilisées pour défendre leurs intérêts substantiels. Dans certains cas, par exemple, l'invocation des normes procédurales a aidé les communautés indigènes à retarder la construction des projets économiques sur leurs territoires. D'après César Rodriguez, l'interprétation et l'application des normes procédurales est une extension de la lutte politique – la lutte pour le territoire, l'autodétermination et les ressources⁷⁴³.

Concernant l'effet domination, César Rodriguez nous dit que les différentes parties dans la consultation ne se situent pas dans un rapport d'égalité mais plutôt dans une relation asymétrique. Selon ses propres termes : « Au lieu des conditions idéales décrites par les théoriciens de la gouvernance, la réalité de la consultation est plus semblable à un acte privé de négociation qu'à un acte public de délibération. Et, comme tout acte contractuel, la consultation reproduit et légitime les différences structurelles de pouvoir entre les parties. Dans ce sens, elle renforce les relations de domination entre, les entreprises, l'État et les peuples indigènes⁷⁴⁴».

Cet effet se manifeste par de multiples formes. Les consultations dans la pratique deviennent des processus privatisés. Elles sont administrées, financées et contrôlées par les entreprises intéressées par le territoire indigène. « À plusieurs occasions, je me suis rendu à des endroits où des consultations devaient avoir lieu dans des véhicules affrétés par l'entreprise, en compagnie de leurs représentants et aussi des fonctionnaires publics qui n'ont pas de financement, ni d'autre moyen de

⁷⁴² *Ibid.* p.65

⁷⁴³ *Ibid.* p.66

⁷⁴⁴ *Ibid.* p.66

transport. Dans les enclaves des économies extractives où ont lieu une bonne partie des consultations, l'entreprise devient l'État pour toutes les situations pratiques : d'elle dépend l'accès au lieu de rencontre, les autorités locales sont en relation avec elle et une bonne partie de la population reste subordonnée à travers des relations de travail ou de dépendance économique indirecte avec elle⁷⁴⁵».

L'effet domination est dû aussi aux inégalités économiques entre les parties. Les conditions de pauvreté empêchent une participation libre et informée comme le préconise la CPLI. À cela s'ajoute, notamment dans le cas de la Colombie, le contexte de violence qui alimente la coercition dans les consultations.

Cette relation asymétrique de pouvoir entre l'entreprise et la communauté, est accentuée par le rôle de témoin officiel que l'État acquiert. Dans les consultations, l'État n'accomplit pas son rôle de régulateur ni de garant des droits des citoyens.

En outre, cet effet domination peut aussi être subtil. Selon César Rodriguez, la seule participation des communautés indigènes aux consultations et /ou aux différents litiges fait que leurs réclamations doivent s'accommoder de la logique procédurale et du langage juridique de la CPLI. Cela transforme les réclamations substantielles (l'autodétermination et la reconnaissance de la cosmovision indigène) en des réclamations procédurales (les formalités de la CPLI)⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ L'effet domination peut prendre un caractère violent dans le contexte d'un conflit armé quand les opérations de l'entreprise comptent sur la protection de groupes armés illégaux. Dans le cas d'Urra l'entreprise a eu le soutien des groupes paramilitaires, qui considéraient que le barrage était essentiel pour les intérêts des propriétaires terriens. *Ibid.*, p. 67

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 70.

Conclusion du chapitre 2

La CPLI en tant que droit vise à garantir la participation des communautés indigènes dans les décisions qui les concernent. Cette participation implique, à son tour, une reconnaissance du droit à l'autodétermination de ces communautés. Cependant, dans les États qui se définissent comme des États multiculturelles, la CPLI devient un instrument très controversé car elle reflète le dilemme entre le développement économique et la diversité culturelle.

Les termes larges dans lesquels la CPLI a été réglementée ont permis des interprétations restrictives, dont celles de la CCC. Bien que la communauté indigène soit prise en compte dans la mise en place des politiques et des projets économiques, cela est fait comme une formalité plus que comme une reconnaissance à leur droit d'autodétermination.

Dans ce type de décisions, la reconnaissance de la diversité culturelle est soumise au développement économique. Elle peut même être mobilisée comme une forme de légitimation des projets économiques capitalistes. Nous pouvons donc affirmer qu'ici l'idéale de la justice sociale n'est pas complet car la reconnaissance des communautés autochtones n'implique pas une redistribution des ressources adéquate.

Conclusion du Titre I

Les projets d'exploitation des ressources naturelles sur les territoires des communautés indigènes, mettent à l'épreuve le paradigme de la justice interculturelle. Ces projets sont un véritable danger pour l'existence de ces communautés tant d'un point de vue physique comme d'un point de vue culturel. Mais dans le même temps, ils représentent des intérêts économiques pour l'État.

La tension entre l'obligation de l'État de protéger la diversité culturelle et l'ouverture au développement des projets sur les territoires indigènes, est une des conséquences de la façon dont l'État en Amérique Latine est défini. Cette tension s'exprime dans l'interprétation et dans l'application de la CPLI.

Dans ce contexte, la posture de la CCC dans les décisions que nous venons d'analyser met en évidence, dans les termes de Daniel Bonilla, une vision libérale du multiculturalisme⁷⁴⁷. Dans cette vision, la CPLI est comprise comme une institution légale qui oblige au dialogue entre deux parties qui partagent des intérêts, mais qui peuvent, aussi, s'occasionner des préjudices mutuellement. L'égalité est garantie et représentée dans des critères formels normatifs, visant à encadrer les actions de chaque partie. La consultation a comme fondement les droits de l'autonomie, de l'intégrité culturelle et de la propriété. La séparation entre la consultation et le consentement est très nette, car il est dit de façon explicite que les communautés autochtones n'ont pas le droit de veto. En outre, les représentants des communautés sont subordonnés aux autorités nationales, qui ont le pouvoir politique et le pouvoir de faire la loi. Dans cette version de la CPLI, l'égalité entre parties n'est pas vraiment garantie, car il existe une partie qui domine la relation, en se montrant plus puissante que l'autre. Les possibilités d'un dialogue interculturel sont fortement réduites, dans la mesure où le dialogue est horizontal. Finalement on peut noter, que la recherche

⁷⁴⁷ Bonilla, D., « Self-government and Cultural Identity: The Colombian Constitutional Court and the Right of Cultural Minorities to Prior Consultation. », in: Bonilla, D. (ed), *Constitutionalism of the Global South. The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, New York : Cambridge University Press, 2013, pp 243-290.

d'un accord entre les parties devient un objectif secondaire car l'autorité étatique peut imposer sa décision.

TITRE 2. Le consentement préalable libre et informé (CoPLI) des peuples indigènes : la garantie d'une redistribution culturellement adaptée.

Nous venons de voir que le modèle de développement économique fondé sur l'économie extractive peut devenir une véritable entrave à la reconnaissance de la diversité culturelle et aux droits territoriaux des peuples autochtones. Dans ce contexte, la version la moins protectrice de la CPLI peut se constituer en un outil fragilisant cette reconnaissance et l'autonomie de ces groupes.

Cependant, une deuxième approche plus protectrice des communautés indigènes et de l'interculturalité, est donc défendue par la CCC. Cette approche s'insère dans un contexte où les instances internationales des droits de l'homme acceptent que l'autonomie des peuples indigènes est possible quand ces derniers peuvent disposer de leurs ressources naturelles selon leurs modes de vie. Une situation contraire pourrait compromettre leur existence. L'industrie extractive doit donc prendre en compte cette situation ainsi que le respect de l'environnement (Chapitre 1).

En mobilisant le CoPLI la CCC garantit donc que la diversité culturelle est véritablement prise en compte dans la redistribution des ressources naturelles. Pour la CCC, le développement économique du pays ne peut se faire en niant les droits des peuples indigènes et leur cosmovision, ni en mettant en danger, l'équilibre écologique. Le paradigme de la justice interculturelle se fonde sur une conception de la justice intégrant la reconnaissance et la redistribution adéquate des ressources naturelles (Chapitre 2).

Chapitre 1. La libre détermination dans le développement

Dans le système international des droits de l'homme, un consensus a été établi concernant le droit des peuples autochtones de décider de leur mode de développement. Selon les principes et les différentes recommandations, les États doivent mettre en place des dispositions nécessaires garantissant que leurs politiques de développement se réalisent en prenant en compte les droits de ces peuples.

Dans ce contexte, on remarque un progrès important dans la compréhension du droit à la terre comme étant indissociable du droit sur les ressources naturelles qui s'y trouvent (*Section A*). À cela s'ajoute la vague de préoccupations environnementales qui ont permis aux peuples autochtones de mettre le doigt sur des cas concrets⁷⁴⁸, dont l'industrie extractive et ses conséquences sur leurs territoires et modes de vie. De cette façon, ces préoccupations leur ont permis de revendiquer l'autodétermination dans l'utilisation de ces ressources (*Section B*).

Section A. Le droit à la terre : un droit indissociable du droit aux ressources naturelles

Rappelons-nous que dans le chapitre trois de cette thèse on avait traité du droit à la propriété collective des terres ancestrales des peuples autochtones. Nous affirmons, à cette occasion, que le juge constitutionnel de Colombie et le juge interaméricain avaient reconnu le caractère collectif de ce droit et son importance toute particulière

⁷⁴⁸ Levacher, C., *Les sociétés transnationales minières face au droit des peuples autochtones. Quels acteurs, pour quels enjeux ?*, Groupe International des Travail pour les Peuples Autochtone, Septembre, 2012. p. 13. Consulté sur : <http://gitpa.org/web/RAPPORT%20CLAIRE.pdf>

pour les communautés indigènes. Cela s'explique par le fait que la terre se trouve étroitement liée à leur culture, à leur mode de vie et à leur existence⁷⁴⁹.

Par la suite, nous verrons que le système interaméricain de protection des droits de l'homme ainsi que certaines décisions de la CCC, ont établi que le droit à la terre n'a pas de sens pour les indigènes que s'il est accompagné du droit sur leurs ressources naturelles (1). En protégeant ce droit, le juge a reconnu que ces ressources étaient nécessaires non seulement à la subsistance des indigènes mais qu'ils représentaient aussi une valeur spirituelle et culturelle fondamentale (2).

§.1 Le lien particulier des peuples indigènes avec leurs ressources naturelles

Dans le système américain de protection des droits de l'homme, on considère que les ressources naturelles se trouvant sur les territoires indigènes doivent être intégrées dans le contenu du droit à la terre (1). Dans ce contexte, la Cour IDH a développé cette conception en clarifiant le fait que les ressources naturelles ayant un lien avec la culture sont concernées par cette interprétation. Des interprétations semblables ont aussi été retenues par la CCC, dans des affaires concernant les activités minière et forestière du pays (2).

1. Le droit sur les ressources naturelles : un élément inhérent du droit à la terre

La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme (Commission IDH) a signalé que les peuples indigènes et tribaux ont des formes de vie uniques et que leur cosmovision se fonde sur un rapport étroit avec la terre⁷⁵⁰. Selon elle, en fonction du peuple dont il est question, ce rapport particulier se manifeste de diverses manières, qui peuvent inclure « les us et coutumes ou la présence traditionnelle, la préservation

⁷⁴⁹ Chapitre 1, *Section A*, Titre 2, Partie 1.

⁷⁵⁰ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, §. 155.

des sites sacrés ou cérémoniaux, des peuplements ou des cultures occasionnelles, la cueillette saisonnière, la pêche, la chasse, l'usage coutumier des ressources naturelles ou des autres éléments caractéristiques de la culture indigène ou tribale »⁷⁵¹ De cette façon, pour la Commission IDH, la garantie du droit à la propriété communautaire des peuples indigènes doit considérer que la terre est étroitement liée à leurs traditions, leurs coutumes, leurs langues, leur art et rituels, leurs connaissances et leurs usages en rapport avec la nature, leurs arts culinaires leur droit coutumier, leurs habits, leurs philosophies et leurs valeurs⁷⁵²».

Dans ce contexte, les ressources naturelles font donc partie du contenu du droit à la terre. Cela signifie que les peuples indigènes ont des droits de propriété sur les ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires. La jurisprudence de la Cour IDH a étendu que ce droit concerne les ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires et qui sont nécessaires à leur survie, et au développement de leurs cultures⁷⁵³.

Cette interprétation a pour objectif de garantir aux peuples indigènes la continuité de leur mode de vie traditionnel, ainsi que la protection de leur identité culturelle, de leur structure sociale, de leur système économique, de leurs coutumes et de leurs croyances traditionnelles. Dans le même sens, la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes prévoit que le droit de propriété des indigènes s'applique aussi aux ressources naturelles utilisées dans leurs économies traditionnelles ou ayant des usages culturels, spirituels ou cérémoniels⁷⁵⁴:

Article 15 de la Convention 169 de l'OIT :

⁷⁵¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, §. 131.

⁷⁵² La CIDH reprend l'affirmation de la Cour IDH dans : Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, §. 154.

⁷⁵³ Organización de los Estados Americanos (OEA) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. §. 181

⁷⁵⁴ *Ibid.* §.182

« 1. Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources. »

Article 26 de la Déclaration de l'ONU :

Article 26

« 1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.

2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis.

3. Les États, accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés ».

De façon connexe, les droits culturels d'un peuple indigène peuvent s'étendre à des activités en lien avec les ressources naturelles, dont la chasse et la pêche⁷⁵⁵. Selon, la Commission IDH, la vie des membres des communautés indigènes dépend fondamentalement des activités de subsistance – l'agriculture, la chasse, la pêche, la cueillette, etc – qui sont réalisées sur leurs territoires⁷⁵⁶. Le lien de ces communautés avec la terre et avec les ressources naturelles est protégé également par d'autres droits de la Convention américaine, dont le droit à la vie, à la dignité, la liberté de conscience et de religion, la liberté d'association, la protection de la famille

⁷⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7; citado en CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, §. 130, nota al pie No. 97. Cité en *Ibid.* Par.184

⁷⁵⁶ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, §. 140(f)

et le droit de circulation et de résidence⁷⁵⁷. En d'autres termes, le lien particulier des peuples indigènes avec les ressources naturelles est fondamental pour la réalisation effective des droits de l'homme des indigènes et elle mérite, donc des mesures spéciales de protection⁷⁵⁸.

D'après la Commission IDH, les États doivent prendre des mesures effectives pour protéger les droits des peuples indigènes en ce qui concerne les ressources naturelles⁷⁵⁹. Ces mesures doivent être en accord avec leurs modèles culturels. La reconnaissance du droit coutumier de ces peuples est nécessaire afin qu'ils puissent faire valoir leurs droits sur les ressources naturelles et pour la reconnaissance de leur possession ancestrale⁷⁶⁰.

Le droit sur les ressources naturelles n'est pas conditionné à l'existence d'un titre formel de propriété ni à un processus de délimitation ou de démarcation du territoire. Ce droit existe même en l'absence d'actes étatiques qui le déclarent⁷⁶¹. Cela dans la mesure où la propriété collective des peuples indigènes sur leurs terres et leurs ressources naturelles est fondée sur des modèles traditionnels d'usage et d'occupation ancestrale⁷⁶². Par conséquent, les États violent les droits de ces peuples quand ils octroient des concessions aux entreprises pour la prospection ou

⁷⁵⁷ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awatitzi v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awatitzi Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, §. 140

⁷⁵⁸ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, §. 128

⁷⁵⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awatitzi v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awatitzi Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, §. 140(e).

⁷⁶⁰ CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, §. 57.

⁷⁶¹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awatitzi v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awatitzi Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, §. 140(a).

⁷⁶² CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awatitzi v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awatitzi Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, §. 140(a).

l'exploitation des ressources naturelles qui se trouvent sur les territoires ancestraux n'ayant pas été délimités, ou qui ne font pas l'objet d'un titre de propriété⁷⁶³.

Pour la CIDH, dans la mesure où les droits de propriété des indigènes préexistent à leur formalisation juridique par des procédures étatiques, la mise en œuvre des projets d'investissement ou de développement concernant les ressources naturelles qui se trouvent sur ces terres doivent respecter les formalités procédurales comme n'importe quel droit de propriété. Les peuples indigènes ont droit à ce que l'État les protège face à des tiers ayant des intérêts dans l'exploitation de leurs ressources naturelles, surtout quand ces terres ne sont pas l'objet d'un titre de propriété⁷⁶⁴.

2. Des ressources traditionnelles en lien avec la culture.

La jurisprudence de la Cour IDH concernant le droit à la propriété sur les terres ancestrales a inclus explicitement dans le contenu de ce droit, les ressources naturelles utilisées traditionnellement par les peuples indigènes et qui se trouvent en lien avec leurs cultures. Cette utilisation comprend l'usage matériel mais aussi d'autres, à caractère spirituel ou culturel.

Dans l'affaire *Yakye Axa*, la Cour IDH parle pour la première fois du droit à la terre et aux ressources naturelles liées à la culture des peuples indigènes. Dans ce cas, la communauté indigène *Yakye Axa* avait porté plainte contre l'État du Paraguay, pour le non-respect de son droit à la propriété ancestrale. La communauté avait demandé à l'État la reconnaissance de son territoire. Cependant, dix ans plus tard, ce dernier n'avait toujours pas répondu à cette demande de revendication territoriale. Cette situation avait empêché la communauté d'avoir accès à la propriété et à la possession de son territoire, la plaçant dans une situation de vulnérabilité alimentaire

⁷⁶³ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, §. 153.

⁷⁶⁴ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, §. 1066, 1071, 1137 – Recomendaciones 1 a 4.

et sanitaire. Cela avait, à son tour, menacé l'intégrité culturelle et la survie de la communauté⁷⁶⁵.

Dans son argumentation, la Cour IDH dit : « le rapport étroit des peuples indigènes avec leurs territoires traditionnels et leurs ressources naturelles, liés à leurs cultures, ainsi que les éléments immatériels qui découlent de cela, doivent être protégés selon l'article 21 de la Convention Américaine. Sur ce point, comme dans d'autres cas, le tribunal a considéré que le terme « biens » utilisé dans ledit article, intègre « ces choses matérielles qui peuvent être appropriées, ainsi que tout droit qui peut faire partie du patrimoine d'une personne ; ce concept comprend tous les meubles et immeubles, les éléments matériels et immatériels et tout objet immatériel susceptible d'avoir une valeur »⁷⁶⁶».

Deux ans après, dans le cas du peuple Saramaka contre le Surinam⁷⁶⁷, le tribunal régional confirme et développe le raisonnement de l'affaire Yakye Axa. La Cour IDH devait se prononcer sur la construction d'un barrage électrique et l'inondation du territoire du peuple Saramaka pendant les années soixante⁷⁶⁸. Cette situation avait eu plusieurs conséquences négatives pour le peuple indigène : le déplacement de la communauté, la réduction des ressources naturelles nécessaires à sa subsistance et la destruction de ses lieux sacrés. Il faut aussi noter que pour la construction de ce

⁷⁶⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Voir aussi : Ramirez, Andrés, D., « El caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay », *Revista I.I.D.H.*, 2005, n°41, pp.347-364, Fuentes, Carlos Ivan, « *Universalidad y diversidad en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos : Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa.* », *Revista CEJIL*. N° 69. Septiembre 2006

⁷⁶⁶ *Ibid.* §. 137. Traduction libre « En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor » » Voir aussi : Cour IDH arrêt *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 176, §. 144

⁷⁶⁷ Corte IDH, arrêt *Pueblo Saramaka v Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172

⁷⁶⁸ Selon la législation de l'État de Surinam, le peuple Saramaka n'était pas propriétaire des terres qu'il habitait, il avait une simple autorisation pour occuper et utiliser ces terres. L'État était donc propriétaire de toutes les ressources naturelles du territoire.

barrage, le peuple n'avait pas été consulté et il n'avait pas, non plus, donné son consentement⁷⁶⁹.

Dans cette affaire la Cour régionale a reconnu le droit des peuples autochtones d'accéder aux ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires, et de les utiliser. Ce droit est une conséquence de l'utilisation et de l'occupation de leurs terres traditionnelles. Pour le tribunal, la garantie de ce droit permet d'assurer la subsistance économique, sociale et culturelle des peuples indigènes, et au contraire, le non-respect de celui-ci peut mettre en danger la survie de la communauté. Selon la Cour, le droit à la terre n'a pas de sens s'il n'est pas en lien avec les ressources naturelles qui sont utilisées traditionnellement et qui sont nécessaires à la survie, au développement et à la continuité du style de vie du peuple.

Selon les termes de la Cour IDH : « De cette façon, le droit d'utiliser et de jouir du territoire perdrait tout son sens dans le contexte des communautés indigènes et tribales, si ce droit n'est pas lié aux ressources naturelles qui se trouvent sur le territoire. Pour cette raison, les réclamations de titres de propriété des terres par les membres des peuples indigènes et tribaux, découlent de leur besoin de garantir la sécurité et la permanence du contrôle et de l'usage des ressources naturelles. En protégeant l'utilisation et la jouissance aux communautés de leurs territoires, l'article 21 de la Convention vise à protéger, dans le même temps, ce lien entre le territoire et les ressources naturelles nécessaires à la survie physique et culturelle des communautés. On comprend par cette analyse, que les ressources naturelles se trouvant sur les territoires des peuples indigènes et tribaux, protégés par les termes de l'article 21, sont les ressources naturelles utilisées traditionnellement et qui sont nécessaires à la survie, au développement et à la continuité de leur style de vie⁷⁷⁰ ».

Par conséquent, l'analyse des preuves, dans un cas concret, doit être destinée à démontrer : i) l'existence d'un rapport spécifique avec le territoire ; ii) l'existence d'une relation particulière avec les ressources naturelles ; et iii) que le territoire et les

⁷⁶⁹ Cour IDH, arrêt Pueblo Saramaka v Suriname. 28 novembre de 200, § 12.

⁷⁷⁰ *Ibid.* §. 122

ressources naturelles sont nécessaires à la survie physique et culturelle de la communauté ou du peuple en question⁷⁷¹.

D'après la Cour, toute activité d'exploration ou d'extraction des ressources naturelles sur le territoire d'une communauté peut affecter directement ou indirectement ses ressources naturelles. Les dommages sont directs quand la ressource traditionnelle est précisément la ressource exploitée. Ils sont indirects quand l'extraction d'une ressource qui n'est pas utilisée par la communauté peut porter préjudice à la jouissance d'une autre ressource, utilisée traditionnellement. Dans l'affaire Saramaka, l'abattage de la forêt causait un dommage direct car la forêt était une ressource traditionnelle. Cette situation a eu pour conséquence des préjudices indirects, comme des difficultés dans l'accès aux sources d'eau potable et à l'interruption de la pêche. Celle-ci a produit des dommages presque plus importants que ceux produits par les atteintes directes⁷⁷².

D'après le tribunal, une interprétation correcte de l'article 21 de la Convention ne permet pas de conclure que l'on doit empêcher les États de faire des concessions destinées à l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles. Afin de déterminer si la restriction du droit à la propriété est légitime, dans les cas concernant les territoires indigènes, l'État doit vérifier que la restriction du droit à la propriété ne porte pas atteinte aux traditions et aux coutumes de la communauté, de façon à ne pas menacer son existence.

La Cour IDH a donc considéré que les États ne peuvent autoriser le développement de projets économiques sur les territoires des peuples autochtones, s'ils mettent en péril la capacité de survie de ces peuples. Pour déterminer un tel risque, l'État doit consulter le peuple indigène concerné, avant la mise en œuvre de ces projets.

Afin de garantir que les concessions sur les territoires indigènes ne conduisent pas à une négation de l'existence de ces peuples, la Cour IDH a établi que les États

⁷⁷¹ Ruiz C., O., Donoso, G. *Pueblos Indigenas y la Corte Interamericana : Fondo y Reparaciones*. Op. Cit. p.63

⁷⁷² Cour IDH, arrêt Pueblo Saramaka v Suriname.§. 169. Dans dans cette affaire, un des expert a souligné que l'abattage de la forêt du territoire Saramaka pouvait être qualifié comme étant "la pire planification jamais réalisée, une des plus néfastes et générant un important gaspillage."

doivent assurer plusieurs points : i) la participation effective des peuples indigènes dans la prise de décisions concernant les projets de développement, d'investissement, d'exploration ou d'extraction, selon leurs traditions et leurs coutumes ii) le peuple doit bénéficier raisonnablement du projet qui se développe sur son territoire ; iii) une étude préalable sur l'impact social et environnemental doit être réalisée. Selon le tribunal, ces critères sont destinés à préserver la relation particulière que les indigènes entretiennent avec leur territoire, et leur subsistance en tant que peuple autochtone⁷⁷³.

Un des aspects novateurs de cet arrêt est que pour la première fois, la Cour IDH fait allusion au consentement libre, préalable et informé des peuples indigènes. En effet, pour le tribunal, les États doivent obtenir le consentement de ces peuples pour la réalisation des projets pouvant avoir un impact profond sur leurs droits de propriété⁷⁷⁴.

Pour la Cour IDH, l'État doit garantir le partage raisonnable des profits du projet avec le peuple indigène concerné. Selon la Cour, ce concept de partage des bénéfices se retrouve dans plusieurs instruments juridiques internationaux concernant les peuples indigènes et tribaux. Il s'agit donc là d'un droit inhérent au droit d'indemnisation reconnu par l'article 21.1 de la Convention⁷⁷⁵.

Concernant les études sur l'impact social et environnemental (EISA), la Cour a signalé que leur importance est due au fait qu'elles permettent d'évaluer l'éventuel dommage ou impact qu'un projet de développement ou d'investissement peut avoir sur la propriété et sur la communauté indigène. Cela permet de mesurer objectivement les atteintes potentielles sur la terre et sur les personnes.

Pour la Cour IDH, toutes ces études doivent être réalisées en prenant en compte les standards internationaux et les bonnes pratiques, en respectant les traditions et la culture des peuples ethniques. C'est donc l'État qui doit superviser les entreprises chargées de leur réalisation. Ces études doivent permettre de conclure de façon

⁷⁷³ *Ibid.* p. 239

⁷⁷⁴ *Ibid.* §. 134

⁷⁷⁵ *Ibid.* §.138

certaine si la mise en œuvre des projets met en péril la survie des peuples indigènes et tribaux. Selon la Cour, « le critère permettant à l'État d'autoriser la concession d'un projet implique que le niveau d'impact de ce même projet ne nie pas la capacité du peuple à survivre en tant que peuple tribal⁷⁷⁶».

La Cour IDH a jugé que la concession pour exploiter les forêts sur le territoire de la communauté Saramaka avait endommagé l'environnement. La détérioration de la nature avait eu un impact négatif sur les terres et sur les ressources naturelles que les membres du peuple Saramaka utilisaient traditionnellement. L'Etat n'avait pas effectué d'études environnementales pour estimer les éventuels dommages et il n'avait pas non plus consulté le peuple indigène. Pour ces raisons, la Cour a déclaré la violation de l'article 21 de la Convention⁷⁷⁷.

La Cour constitutionnelle de Colombie a aussi retenu l'interprétation, selon laquelle le droit à la terre implique des droits sur les ressources naturelles. Dans l'affaire T-380 de 1993 la CCC avait signalé⁷⁷⁸ « la reconnaissance du droit de la propriété collective sur les *resguardos* (art 329 de la Constitution) en faveur des communautés indigènes comprend la propriété collective sur les ressources naturelles non renouvelables existant sur leurs territoires. Loin d'usurper les ressources de la nation, l'acte indiquant que les biens *baldios* peuvent constituer des *resguardos* indigènes, est compatible avec le rôle fondamental de ces groupes dans la préservation de l'environnement. La prévalence de l'intégrité culturelle, sociale et économique de ces communautés sur l'exploitation des ressources naturelles sur leurs territoires, devient une limite constitutionnelle explicite à l'activité économique de l'exploitation forestière⁷⁷⁹».

À l'occasion de l'affaire T-652 de 1998, dite Urra, la CCC a jugé que la construction du barrage électrique sur le territoire du peuple Embera-katio était devenue plus préjudiciable pour l'intégrité culturelle et économique du peuple indigène que le déni de reconnaissance subi pendant la colonisation espagnole. Cette construction, les a

⁷⁷⁶ *Ibid.* §.129 et 154

⁷⁷⁷ *Ibid.* §. 154.

⁷⁷⁸ Voir aussi : CCC arrêts : T-188 de 1993 et T-125 de 1993.

⁷⁷⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-652 de 1998. §. 6.

empêchés de jouir de leurs ressources naturelles. Le barrage les a mis dans l'impossibilité de développer leur économie fondée sur la chasse la cueillette, et les cultures saisonnières qui leur avaient permis de survivre pendant des siècles⁷⁸⁰.

Dans l'affaire C-891 de 2002, le haut tribunal a signalé que la législation minière avait une importance vitale pour les communautés indigènes et pour les autres groupes ethniques. En effet pour la CCC, l'exploration et l'exploitation des ressources minières qui se trouvent sur leurs territoires « est directement liée à la signification particulière qu'ils donnent au territoire⁷⁸¹ ». Pour la CCC, dans la conception holistique de la terre des peuples indigènes, les ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires ancestraux font partie de leur sphère vitale de leur façon d'interagir avec la nature et de leur histoire culturelle et socio-économique. De cette manière, le principe de la participation de l'article 2 de la CPC⁷⁸² acquiert une importance majeure quand il s'agit des peuples indigènes⁷⁸³.

Un argument semblable avait été évoqué par la CCC dans l'affaire C-030 de 2008. Le haut tribunal a considéré que la loi forestière pouvait occasionner des effets pervers sur les domaines des territoires indigènes. En effet, même si ces domaines n'ont pas été formalisés en tant que propriétés collectives des communautés ethniques, ils font partie de leur habitat naturel. Cela implique qu'une atteinte à ces territoires peut altérer significativement le mode de vie de ces communautés. « Les communautés établissent une relation étroite avec leur environnement naturel au-delà des frontières formelles de leurs territoires, et la loi forestière peut avoir un impact important sur la biodiversité, la terre et les ressources hydriques, etc.⁷⁸⁴ ».

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-891 de 2002. §.12

⁷⁸² Constitution Politique de Colombie, art. 2 : « Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitucion; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nacion; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...) »

⁷⁸³ *Ibid.* §. 14

⁷⁸⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-030 de 2008. §. 5.1

§.2 la valeur spirituelle et culturelle des ressources naturelles.

Dans l'affaire du peuple Sarayaku contre l'État de l'Équateur, la Cour IDH a reconnu que les ressources naturelles ont une valeur particulière pour les communautés indigènes, car mis à part le fait d'être nécessaires à leur survie physique, elles ont aussi une signification spirituelle fondamentale dans leur cosmovision (1). Certains auteurs reconnaissent que d'un point de vue juridique non occidental, le droit à la terre ne peut être dissocié des ressources naturelles (2).

1. L'affaire Sarayaku : la protection de la valeur spirituelle de la forêt

La déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes et tribaux reconnaît expressément que dans les cultures de ces peuples, les ressources naturelles ont une valeur spirituelle :

Article 25 :

« Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. »

Dans l'affaire Sarayaku, la Cour IDH devait étudier le cas du permis délivré par l'État de l'Équateur à une entreprise pétrolière pour réaliser des activités d'exploration et d'exploitation sur le territoire du peuple indigène Kichwa Sarayaku⁷⁸⁵. Le permis avait été donné sans avoir préalablement consulté le peuple ni avoir obtenu son consentement. Pendant la phase d'exploration, l'entreprise avait installé des explosifs en plusieurs endroits du territoire. Cette situation avait mis en danger la population en empêchant les indigènes de se déplacer librement et de chercher tout

⁷⁸⁵ Cour IDH, Pueblo indigena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Arrêt du 27 juin de 2012. §. 2

ce dont ils avaient besoin pour survivre. De la même façon, cette entrave constituait aussi un obstacle à leurs manifestations culturelles.

D'après la Cour IDH, l'économie de ce peuple est fondée sur l'agriculture familiale et collective, la chasse, la pêche et la cueillette des aliments selon ses traditions et ses coutumes ancestrales. On considère que 90 % de ses besoins alimentaires sont satisfaits avec des produits provenant de sa terre et 10 % seulement avec des produits provenant de l'extérieur de la communauté. Dans la *cosmovision* du peuple Sarayaku, le territoire est lié à un ensemble de significations : la forêt est vivante et les éléments de la nature ont des esprits qui sont connectés entre eux. La présence de ces esprits sacralise les lieux. Seuls les Yachaks peuvent accéder à certains endroits sacrés et interagir avec leurs habitants.

À partir des années soixante-dix, l'État équatorien a pour sa part accentué le développement de l'exploitation des hydrocarbures, en concentrant son intérêt dans la région amazonienne du pays. L'État a pris des mesures destinées au contrôle du pétrole, et l'activité pétrolière est devenue un domaine stratégique de l'économie nationale⁷⁸⁶. Cela a conduit à une importante croissance économique et à un puissant processus de modernisations de l'infrastructure des principales villes.

Durant cette période, l'État avait pris des mesures visant le contrôle absolu de la ressource pétrolière, dans une perspective politique nationaliste et sous l'égide d'une philosophie de sécurité nationale. Le secteur pétrolier était donc devenu un domaine stratégique de la politique économique du pays. Cependant, la question environnementale et indigène n'étant plus une priorité dans les politiques gouvernementales⁷⁸⁷, le développement de cette industrie extractive a eu un coût environnemental significatif pour le pays. Cela eut de graves conséquences comme des déversements importants de pétrole dans la nature, la contamination des rivières

⁷⁸⁶ *Ibid.* §. 59

⁷⁸⁷ À L'heure actuelle l'Equateur est le cinquième État producteur de pétrole et le quatrième exportateur parmi les pays d'Amérique latine.

par les déchets de la production des hydrocarbures, et la contamination par les combustions de gaz naturel⁷⁸⁸.

Dans ses considérations, la Cour IDH reprend sa jurisprudence et signale : « en raison de la connexion intrinsèque des membres des peuples indigènes et tribaux avec leurs territoires, la protection du droit à la propriété, à l'utilisation et à la jouissance sur celui-ci est nécessaire afin de garantir leur survie. C'est-à-dire que le droit d'utiliser et de jouir du territoire n'a pas de sens si ce droit n'est accompagné de la protection des ressources naturelles qui se trouvent sur ce même territoire. C'est pour cela que de la protection des territoires des peuples indigènes et tribaux découle aussi pour eux la garantie de pouvoir contrôler et utiliser les ressources naturelles dont ils ont besoin. Cela permet par voie de conséquence de maintenir leur mode de vie. Il est donc nécessaire d'interpréter l'article 21 de la Convention en prenant en compte ce lien entre le territoire et les ressources naturelles utilisées traditionnellement par les peuples indigènes et tribaux. Cela est nécessaire pour leur survie physique et culturelle, ainsi que pour le développement et la continuité de leur *cosmovision*, afin de garantir que leur identité culturelle, leur structure sociale, leur système économique, leurs coutumes, leurs croyances et traditions distinctes soient respectées, garanties et protégées par les États⁷⁸⁹».

Pour la Cour IDH, si les communautés sont dans l'impossibilité d'avoir accès à leurs territoires, elles ne pourront pas utiliser selon leurs traditions, les ressources naturelles nécessaires à leur survie. Cette situation impliquerait aussi, pour elles, l'impossibilité d'avoir accès aux systèmes traditionnels de santé et à d'autres fonctions socioculturelles, et cela les soumettrait, par conséquent, à des conditions de vie précaires, à la violation de leurs droits de l'homme et à l'atteinte de leur mode de vie⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Miguel San Sebastian y Anna-Karin Hurtig, "Oil exploitation in the Amazon basin of Ecuador: a public health emergency" (2004) 15: 3 Rev Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health (expediente de Prueba, tomo 8, folios 4326 y ss) . Citée par la Cour IDH, *Op Cit.* § 59.

⁷⁸⁹ *Ibid.* §146. Voir aussi l'affaire Yakye Axa Y Sawhoyamaxa. Cour IDH Saramaka V. Surinam. COUR IDH. §. 122

⁷⁹⁰ Voir aussi : Cour IDH Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, §. 164, et Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, §. 132, y Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay, §, 205, 207, 208.

D'après la Cour IDH, le peuple Sarayaku a la propriété communale de son territoire dont sa possession s'exerce de façon ancestrale. La communauté a un lien culturel, immatériel et spirituel avec son territoire. Selon ses membres, la forêt est vivante et les éléments de la nature sont peuplés d'esprits, qui sont reliés entre eux. La Cour cite le témoignage d'un membre de la communauté : « comme ici, il y a des gens qui habitent dans le sous-sol, ucupacha. Il y a des beaux peuples là-bas en bas, il y a des arbres, des lacs et des montagnes. Parfois, on entend des portes se fermer dans les montagnes, ceci témoigne de la présence des hommes qui habitent là-bas... Le caipacha est là où nous habitons. Dans le jahupacha vit le puissant, l'ancien savant. [...] ⁷⁹¹ ».

La Cour IDH a conclu que l'entreprise pétrolière avait touché des zones d'une grande importance environnementale et culturelle, nécessaires à la subsistance alimentaire des Sarayaku. En 2003, l'entreprise avait détruit au moins un des lieux d'importance capitale de la vie spirituelle du peuple Sarayaku. Pour les Sarayaku, la destruction des arbres sacrés dont celui nommé « Lispungo » a constitué une violation de leur *cosmovision* et de leurs croyances culturelles. L'arrivée des hélicoptères a détruit une partie de la montagne Wichu Kachi, en occasionnant selon eux, le départ des esprits propriétaires de cet endroit sacré. Dans la *cosmovision* du peuple Sarayaku, cela a rendu cet endroit stérile, -une la stérilité matérielle- et a provoqué la fuite des animaux, jusqu'à ce que la spiritualité de l'endroit soit restaurée. Les travaux de l'entreprise pétrolière ont occasionné la suspension des rituels et des cérémonies ancestrales du peuple, telle que la Uyantsa, la fête annuelle la plus importante, portant ainsi atteinte à l'harmonie et la spiritualité de la communauté. Le temps investi par les adultes pour la défense de leur territoire a eu un impact sur l'enseignement de la culture aux enfants et aux jeunes, mais aussi sur la transmission de la connaissance spirituelle des savants. Les détonations des explosifs ont détruit une partie des forêts, des sources d'eau, des grottes et autres lieux sacrés. La Cour IDH cite le témoignage de l'un des Yachak (leader spirituel) du peuple : « ... dans ce secteur la moitié des maîtres qui préservaient l'écosystème est partie [...] ce sont eux qui préservent la forêt et la jungle. Si on les détruit, les

⁷⁹¹ *Ibid.* §. 150.

montagnes s'écroulent aussi. [...]. Tous ceux qui veulent faire des dommages ne savent pas ce qu'ils sont en train de faire. Nous, nous le savons car nous le voyons⁷⁹²».

La Cour IDH a jugé que l'État équatorien avait violé les droits des peuples indigènes en octroyant une concession à l'entreprise pétrolière sans avoir consulté les Sarayaku. La Cour IDH a ordonné à l'État d'indemniser ce peuple, mais aussi de désactiver et de retirer les explosifs qui se trouvaient encore sur son territoire. Pour cela, l'État devait consulter préalablement la communauté conformément aux standards internationaux.

2. Une approche interculturelle dans la définition des ressources naturelles en lien avec le droit à la terre.

Les interprétations de la Cour IDH nous renvoient à la réflexion d'Albane Geslin à propos de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones et sur la rupture qu'elle constitue par rapport à la conception occidentale traditionnelle touchant à la notion de propriété. D'après elle, « Par la multiplicité des termes employés – possession, occupation, appartenance, utilisation –, la Déclaration rompt avec l'ethnocentrisme occidental de l'article 14 § 1 de la Convention 169 de l'OIT, lequel précise : « *Les droits de propriété et de possession* sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés⁷⁹³».

Selon Albane Geslin, les enjeux de ce changement de paradigme se manifestent dans l'approche interculturelle des droits des autochtones. Reprenons ses propres mots : « Quel enjeu y a-t-il à ne pas employer l'expression « droit de propriété » dans le contexte de la protection des peuples autochtones ? L'un des principaux enjeux

⁷⁹² *Ibid.* §. 218.

⁷⁹³ Geslin, A. « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire Français de Droit International*, CNRS, 2011, LVI (année 2010), pp.658-687. Consulté sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00652268/document> .p. 24

est dans les modalités mêmes de l'interculturalisation. En effet, quel sens véhicule le concept de propriété ? Il présume un double mouvement de mise à distance et de chosification. D'une part, une distanciation entre l'humain et le non-humain, une prise de conscience d'une extériorité du non-humain, objet naturel ou manufacturé, par rapport à l'humain ; d'autre part, une réification du non-humain, associée à l'exclusivisme de la subjectivisation de l'humain, distinction opérée en vertu d'une conscience que l'humain ne reconnaît qu'à lui-même. L'humain, sujet, doit appréhender le non-humain non plus seulement comme un objet, mais plus précisément comme une chose, extérieure à lui-même pour pouvoir s'en rendre propriétaire, pour exercer un pouvoir sur cette chose. Cette notion, produit de l'histoire occidentale, ne saurait faire sens dans d'autres cultures et ne peut donc créer les conditions de l'interculturalisation⁷⁹⁴».

Par ailleurs, la démarche interprétative du juge fondée sur la prise en compte de la signification spirituelle et culturelle des ressources naturelles des communautés indigènes, nous rappelle l'argument de Albane Geslin quand elle écrit : « pour les populations autochtones, les objets ne deviennent que rarement des choses. De ce fait, ces sociétés ne se sont pas engagées dans un processus de réification de la nature. Les peuples autochtones entretiennent avec leur environnement une véritable synergie, ils vivent dans un *continuum* entre les choses et les personnes. Les connaissances traditionnelles sont intimement liées aux ressources et aux lieux sur lesquels elles portent, lesquels sont eux-mêmes intimement liés aux êtres qui vivent de ces ressources. L'espace et les ressources qui s'y déploient sont non seulement sacralisés, mais également bien souvent humanisés. En outre, ces sociétés pensent le « nous » là où nous pensons le « je » ; les personnes ne se vivent pas comme des individus uniques, mais comme les membres unis dans un même ensemble social composé d'êtres humains, d'esprits (ancêtres, forces telluriques) et d'objets⁷⁹⁵».

⁷⁹⁴ *Ibid.* p. 25

⁷⁹⁵ *Ibid.* p. 25. Sur cette question voir : Norbert, Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, coll. Sciences humaines, Paris : Odile Jacob, 1991. Geoffroy, Filoche, « Droits collectifs et ressources renouvelables : l'élaboration des plans de gestion participative, entre détours conceptuels et retour au terrain », *Natures Sciences Sociétés*, 16 (1), 2008. pp 13-22. Cités par : Geslin, A. *Op.Cit.*

Dans le même sens, Delphine Couveinhes-Matsumoto souligne que le droit à la terre et aux ressources naturelles ne se limite pas simplement à l'espace occupé. Il comprend donc l'espace où se déroulent les activités culturelles et spirituelles de la communauté, selon son mode de vie traditionnelle, de même que les ressources du sous-sol. « L'espace sur lequel les peuples autochtones ont des droits est donc généralement vaste et non délimité concrètement. Ils s'adonnent à la chasse, à la pêche et mènent d'autres activités telles que les pèlerinages vers les montagnes, ou la visite des défunts dans les cimetières. Pour pratiquer leurs rites, et perpétuer leurs coutumes, ils doivent aussi avoir accès aux ressources naturelles, par exemple, la cueillette de certaines plantes médicinales ou nourricières⁷⁹⁶».

Certains auteurs affirment que le droit à la terre et aux ressources naturelles inclut aussi des droits sur la faune, la flore, l'eau, les produits de la forêt, les produits de la mer et les connaissances et savoir sur ces ressources. Cette notion de propriété peut varier selon les saisons en s'adaptant aux produits et ressources de chaque période de l'année⁷⁹⁷.

Section B. L'autodétermination politique et économique sur les ressources naturelles.

La libre détermination des peuples autochtones pour leur développement se concrétise dans leur droit de décider sur l'utilisation des ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires. Comme nous l'avons évoqué à plusieurs reprises, ce droit est souvent méconnu par les États et les entreprises qui entreprennent des projets économiques d'exploitation de ces ressources.

Le système onusien a établi d'importants principes et recommandations sur la question autochtone qui peuvent être amenés à limiter les atteintes aux droits de ces

⁷⁹⁶ Couveinhes-Matsumoto, D. *Op. Cit.* p. 95

⁷⁹⁷ Barstow Magraw, Daniel, Baker, Laure « Globalization, Communities and Human Rights : Community Based Property Rights and Prior Informed Consent », *Denver Journal of International law and Policy*, vol.35, 2007 p.419. Cité aussi par : D. Couveinhes-Matsumoto. *Op. Cit.* p. 95

peuples. Un de ces principes demeure notamment celui de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (1). Ce principe s'inscrit dans un contexte international où la prise de conscience sur le besoin d'un développement durable et d'une responsabilité de l'industrie extractive peuvent, aussi protéger les peuples autochtones et leurs cultures (2).

§-1 Le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles.

L'autodétermination dans le développement économique et dans l'utilisation des ressources naturelles est protégée par le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Bien que ce principe ait été pensé comme une forme de renforcement de la souveraineté des États (1), on accepte de plus en plus que ce principe soit aussi applicable aux peuples autochtones et aux ressources naturelles se trouvant sur leurs territoires (2).

1. L'État souverain de ressources naturelles sur son territoire : l'origine du concept.

Dans les années cinquante, l'Organisation des Nations Unies proclame le principe de souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles, dans des déclarations qui visaient à consolider la souveraineté des États « en voie de développement⁷⁹⁸ ». Les États industrialisés s'autorisaient la possibilité d'accéder aux ressources naturelles, lorsqu'ils considéraient qu'elles n'étaient pas exploitées de manière adéquate ou satisfaisante par l'État dans lequel elles se trouvaient⁷⁹⁹. Ce principe se constituait en une sorte de réponse à ce qui était considéré comme étant

⁷⁹⁸ Abi-Saab, Georges, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », En : Bedjaoui, Mohammed, *Droit international : bilan et perspectives*, 1991, T. 2, pp. 639-661.

⁷⁹⁹ D., Couveinhes-Matsumoto, *Op. Cit.* p. 110.

des contrats inégaux pendant la période coloniale, notamment des concessions pour l'extraction du pétrole et des minéraux⁸⁰⁰.

Dans ce sens, Erica Daes affirme que : « [le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles a été] préconisé comme un moyen de garantir aux peuples libérés de la domination coloniale, les bienfaits économiques tirés des ressources naturelles de leurs territoires, et de donner aux nouveaux États indépendants une base juridique pour lutter contre les atteintes à leur souveraineté économique qui découlent des contrats et des autres arrangements abusifs et inéquitables imposés par d'autres États et des sociétés étrangères, ainsi que pour obtenir réparation. Ce principe a été et reste un préalable indispensable à la réalisation par un peuple de son droit à l'autodétermination et de son droit au développement⁸⁰¹ ».

Dans les projets des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme on parlait déjà de ce principe : « le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comprend en outre un droit de souveraineté permanente sur leurs richesses et leurs ressources naturelles. Les droits que d'autres États peuvent revendiquer ne pourront en aucun cas justifier qu'un peuple soit privé de ses propres moyens de subsistance⁸⁰² » Cependant, c'est en 1952 dans la Résolution 523 (VI) du 12 février de 1952, que l'Assemblée générale de l'ONU a reconnu pour la première fois le principe de la souveraineté permanente. Cette Résolution a été suivie de la Résolution 626 (VII) du 21 décembre, laquelle proclame que « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter leurs richesses naturelles et inhérentes à leur souveraineté⁸⁰³ ». Elle autorise aussi les États à nationaliser les ressources naturelles. Cette résolution a été suivie de débats profonds. Pour certains, la résolution manquait de précision. D'autres signalaient l'importance de faire une distinction entre l'application du principe dans le

⁸⁰⁰ Sakai, L., « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles : sa création, sa dynamique et son actualité en droit international. » Consulté sur : [http://www.ihedn.fr/userfiles/file/apropos/SAKAI%20\(L\)%20Le%20PRINCIPE%20DE%20LA%20SOVERAINETE%20PERMANENTE%20SUR%20LES%20RESSOURCES%20NATURELLES%20%20exclusivité.pdf](http://www.ihedn.fr/userfiles/file/apropos/SAKAI%20(L)%20Le%20PRINCIPE%20DE%20LA%20SOVERAINETE%20PERMANENTE%20SUR%20LES%20RESSOURCES%20NATURELLES%20%20exclusivité.pdf)

⁸⁰¹ Erica, Daes, *Prévention de la discrimination, protection des peuples autochtones et prévention de la discrimination à leur égard, Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, du 13 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30, p.6, §6. Citée aussi par : D., Couveinhes-Matsumoto, *Op. Cit.* p 112.

⁸⁰² Fischer, G., « La souveraineté sur les ressources naturelles », in A.F.D.I., N° 8, 1962, p..517.

⁸⁰³ Sakai, L. *Op.Cit.* p. 1

domaine économique et le contexte politique⁸⁰⁴. Mais, c'est dix ans plus tard, que l'Assemblée générale parviendra à préciser le contenu du principe de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles, dans la Résolution 1803 (XVII° du 14 décembre 1962), par laquelle ce principe est consacré comme « élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes⁸⁰⁵».

Ce principe était donc destiné à soutenir l'Indépendance politique et économique, spécialement celle des nouveaux États et des États en voie de développement en garantissant leur droit souverain de s'autodéterminer quant à leurs ressources naturelles⁸⁰⁶. Cela implique que les États détiennent le droit d'exploiter et de disposer des richesses et des ressources naturelles présentes sur leur territoire, ainsi que celui de décider du sort de leurs ressources naturelles et des activités économiques qui s'y exercent⁸⁰⁷.

Bien que les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU n'aient pas un effet contraignant, elles ont une force morale non négligeable⁸⁰⁸. « On voit que le principe ainsi forgé possède une première vertu, celle de « MORALISER » apparemment les relations internationales⁸⁰⁹ ». Dans ce sens, certains considèrent que le principe de souveraineté sur les ressources naturelles, n'est pas une règle du droit international mais une doctrine. Cependant, « cette doctrine a peu à peu intégré la pratique et peut désormais être considérée comme une règle coutumière⁸¹⁰ ».

Ce principe s'est consolidé dans le temps à travers d'autres textes⁸¹¹ et déclarations internationales. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 a, par exemple, contribué à préciser le contenu de la souveraineté sur les ressources naturelles⁸¹² :

⁸⁰⁴ D., Couveinhes-Matsumoto, *Op. Cit.* p. 113.

⁸⁰⁵ Sakai, L. *Op. Cit.* p. 1

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ Couveinhes-Matsumoto, D., *Op. Cit.* p. 113.

⁸⁰⁹ Bedjaoui, M., Avant-Propos, p. 22. In : Rosenberg, D., *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Paris : Librairie général de droit et jurisprudence, 1983.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ Par exemple, les deux pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966 (Article 1, alinéa 2), la Charte des droits économiques et devoirs des États du 12 décembre de 1974, la Convention de Vienne sur les Successions des États en matière des traités du 12 décembre de 1978 (Article 13), ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (Article 21§1).

⁸¹² Bedjaoui, M., *Op. Cit.* p. 22

Principe 2 :

« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale ».

Dans la doctrine du droit international, l'État, grâce au principe de la souveraineté permanente, détient une souveraineté permanente et entière sur ses ressources naturelles⁸¹³. Cependant pour certains, ce principe inaugure un nouveau paradigme, celui de protéger l'autodétermination des peuples⁸¹⁴. Cela, à son tour, conduit à une nouvelle question concernant le titulaire du principe de souveraineté : est-ce les États ou les peuples ? Il faut noter que cette question devient très importante si l'on tient compte du fait que l'Assemblée générale de l'ONU emploie le terme de souveraineté de l'État, et en d'autres occasions, le terme de peuples voire de nations pour faire référence aux titulaires de la souveraineté sur les ressources naturelles⁸¹⁵.

Pour sa part, Delphine Couveinhes-Matsumoto note que le droit à la terre des peuples autochtones et le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles ont tous les deux des ressemblances importantes. « Ils sont justifiés par le souhait d'un groupe humain de se développer d'un point de vue économique, et ils autorisent ce groupe à exploiter des ressources naturelles⁸¹⁶ ». En outre, selon elle, le droit à la terre et la souveraineté sur les ressources naturelles coïncident également sur les ressources naturelles qu'ils cherchent à protéger. « Très concrètement ces ressources sont les mêmes : le droit à la terre vise directement celles qui se trouvent sur la « terre » des peuples autochtones, et de même, le principe de souveraineté sur les ressources naturelles est « empreint de territorialité ». Dans le cadre de la

⁸¹³ Sakia, L. *Op.Cit.* P. 2. Voir aussi : G., ABI-SAAB « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », ... *Op. Cit.*

⁸¹⁴ *Ibid.* p.3.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ D., Couveinhes-Matsumoto, *Op.Cit.* p.115

souveraineté sur les ressources naturelles, on comprend par ces derniers « les ressources minérales, hydrauliques, agricoles, sous-marines, etc. [...] De même, dans le cadre du droit à la terre, les ressources naturelles du sol, de la faune et de la flore sont généralement reconnues comme étant sous le contrôle des peuples autochtones⁸¹⁷ ».

La question des ressources naturelles du sous-sol est plus problématique, car souvent, l'État se reconnaît souverain en considérant que les peuples autochtones qui habitent à la surface n'ont pas des droits sur eux⁸¹⁸. Dans ce contexte, la seule limite que l'on pourrait poser à cette souveraineté, est celle de la pollution que l'activité de l'extraction de ces ressources peut occasionner aux rivières et fleuves ainsi qu'aux États riverains. Et par conséquent, l'exigence requise aux États de consulter préalablement les peuples concernés⁸¹⁹.

Cependant, comme nous verrons par la suite, dans certains Rapports de l'ONU, le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est aussi appliqué aux peuples autochtones. On peut donc affirmer que cela constitue aussi une sorte de limite à la souveraineté de l'État.

2. La souveraineté des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles.

Dans son « Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives⁸²⁰ » le Conseil des droits de l'homme de l'ONU notait que le droit de participer est indissociable des autres droits des peuples autochtones, comme leur droit à l'autodétermination et

⁸¹⁷ *Ibid.* p. 116

⁸¹⁸ Dans la pratique, cette approche de la souveraineté des États sur les ressources naturelles est profondément enracinée à l'encontre des droits des peuples autochtones. Voir : Huff, Andrew, « Indigenous Land Rights and the New Self-determination », *Colorado, Journal of International and Environmental Law and Policy*, 2005, vol.16. pp. 295-332. Cité aussi par : D.,Couveinhes-Matsumoto, *Op.Cit.*p. 116

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ ONU, Conseil des droits de l'homme, « Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives » A/HRC/21/55, 16 août 2012. Français, Original : anglais.

leurs droits à leurs terres, territoires et ressources⁸²¹. Selon ses propres termes : « En tant que droit fondamental et inhérent, c'est lorsqu'il est exercé par les peuples autochtones en relation avec leurs terres, territoires et ressources, en particulier face aux industries extractives, que le droit à l'autodétermination revêt son expression la plus exemplaire et sa pleine signification⁸²² ».

Le principe du droit des peuples autochtones à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles est établi en droit international. Il repose notamment sur le paragraphe 2 de l'article premier commun au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁸²³.

Concernant cette dernière, son article 3 prévoit :

« Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

Également, l'article premier commun au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui dispose notamment :

« 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et **assurent librement leur**

⁸²¹ Voir aussi : ONU, Conseil des droits de l'homme « Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions » Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, A/HRC/18/42, 17 août 2011, Français, Original : anglais.

⁸²² ONU, A/HRC/21/55, *Op.Cit.* §. 9

⁸²³ Au début, ce principe était considéré comme une simple revendication politique des nouveaux États indépendants et des peuples colonisés souhaitant se réapproprier leurs ressources pour être les acteurs principaux de leurs projets économiques et politiques. En 1966, ce principe est devenu un véritable principe général du droit international quand il a été consacré dans l'article premier des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Nations Unies, Conseil économique et social, « Prévention de la discrimination et protection des peuples autochtones, Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles » Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 juillet 2004, Français, Original : Anglais. §10

développement économique, social et culturel.

2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. **En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.**

1. **Les États parties** au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, **sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit**, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. » (Les mots en gras sont de l'auteur)

D'après le conseil des droits de l'homme de l'ONU, le principe de la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles fait partie intégrante du droit à l'autodétermination des peuples autochtones⁸²⁴. Dans ce sens, le Conseil économique de l'ONU dans l'étude sur *la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles* a signalé que « le droit à l'autodétermination englobe désormais toute une gamme de possibilités, qu'il s'agisse du droit de participer à la conduite de l'État aussi bien que du droit à diverses formes d'autonomie ou d'autogouvernement. Logiquement, cette conception moderne de l'autodétermination n'a de sens que si elle implique le droit fondamental à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles⁸²⁵».

Dans cette même étude la Rapporteuse du Conseil économique se posait la question de savoir si l'on pouvait parler de souveraineté au sens propre du terme quand on faisait référence aux peuples autochtones et à leurs ressources naturelles au sein des États indépendants. Selon elle, « on peut dire d'une manière générale, que ce terme désigne le contrôle juridique exercé sur les ressources naturelles ou la gestion de celles-ci, notamment en tant qu'aspect de l'exercice du droit à

⁸²⁴ *Ibid.* §13

⁸²⁵ ONU, E/CN.4/Sub.2/2004/30, *Op.Cit.* §17

l'autodétermination. Pendant la décolonisation, les États émergents cherchaient à se libérer de l'exploitation abusive de leurs ressources naturelles, car elle risquait de priver l'autodétermination de sens⁸²⁶».

Dans ce contexte, le terme souveraineté ne doit pas être pris dans un sens abstrait et absolu. Dans les cas qui concernent les peuples autochtones, il fait référence au contrôle et aux prérogatives exercés sur les ressources dans le cadre de l'autodétermination. « Il ne désigne donc pas l'autorité suprême d'un État indépendant. L'emploi de ce terme à propos de peuples autochtones ne revient pas à les placer sur le même plan que les États ni à les opposer à la souveraineté de l'État. [...] À notre époque il est courant de dire qu'aucun État ne jouit d'une souveraineté illimitée et que tous les États sont limités dans leur souveraineté par des traités ou par le droit international coutumier [...]. Ainsi, d'un point de vue juridique, on peut tout à fait employer le terme souveraineté dans les cas de peuples autochtones exerçant leur capacité de gestion, bien que celle-ci puisse être limitée de diverses manières⁸²⁷ ».

Plusieurs exemples en dehors de l'Amérique latine montrent bien que le terme de souveraineté peut être appliqué aux peuples autochtones. Aux États-Unis, le principe de la souveraineté des tribus indigènes a été évoqué pour la première fois dans l'affaire *Worcester c. Géorgie*. À l'époque de cette affaire, l'État de Géorgie avait emprisonné plusieurs missionnaires qui vivaient en territoire cherokee, car ils avaient violé une loi de l'État qui exige aux personnes non indigènes d'obtenir une autorisation du gouverneur. Le juge John Marshal avait considéré que les nations indiennes ont toujours été reconnues comme étant des « communautés politiques distinctes et indépendantes », habilitées, en tant que telles, à exercer des pouvoirs d'autogestion, non parce que le gouvernement fédéral les leur aurait attribués mais en raison de leur souveraineté tribale originelle⁸²⁸.

Également dans l'affaire *Worcester* le même juge a affirmé : « Ainsi, une grande partie de la thèse tendant à prouver l'existence des Cherokees en tant qu'État, en

⁸²⁶ *Ibid.* §.18

⁸²⁷ *Ibid.* §.20

⁸²⁸ *Ibid.* § 21

tant qu'entité politique distincte, séparée des autres et capable de gérer ses propres affaires et de se gérer elle-même s'est révélée, de l'avis de ma majorité des juges, tout à fait convaincante⁸²⁹».

Le cas de la Nouvelle-Zélande est aussi un bon exemple. Dans ce pays, la notion de souveraineté est appliquée aux peuples autochtones maoris. En effet, le Traité de Waitangi, conclu entre la Couronne britannique et les Maoris, est considéré comme le texte fondateur de la Nouvelle-Zélande, et dans celui-ci, la souveraineté de ces peuples est consacrée⁸³⁰. Et pour finir, on peut citer les cas du Canada, où l'autonomie des peuples autochtones est garantie par la loi en établissant différents degrés de contrôle sur les ressources naturelles⁸³¹.

Comme on l'a mentionné à plusieurs reprises la Convention 169 de l'OIT établi aussi d'importantes dispositions relatives au contrôle exercé collectivement sur les ressources naturelles par les peuples autochtones, qui peuvent être interprétés comme une forme de souveraineté reconnue à ces peuples. L'article 15.1 énonce dans ce sens :

« Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources. »

D'après, la Rapporteuse, l'importance du « principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles des peuples autochtones », se justifie notamment pour les raisons suivantes :

- « a) Les peuples autochtones sont des peuples colonisés au sens économique, politique et historique du terme ;
- b) Les peuples autochtones sont assujettis aux mêmes systèmes économiques injustes et inégaux que d'autres peuples colonisés ;

⁸²⁹ Citée par : ONU, E/CN.4/Sub.2/2004/30, *Op.Cit.* § 22

⁸³⁰ *Ibid.* § 26

⁸³¹ *Ibid.* §.27

c) Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est nécessaire pour mettre tous les peuples sur un pied d'égalité économiquement et politiquement et assurer leur protection contre des arrangements économiques inéquitables et abusifs ;

d) Les peuples autochtones ont droit au développement et doivent participer activement à la réalisation de ce droit ; la souveraineté sur les ressources naturelles est, dans cette perspective, un préalable indispensable ;

e) Les ressources naturelles appartiennent à l'origine aux peuples autochtones concernés et, dans la plupart des cas, n'ont pas été cédées librement et dans des conditions d'équité⁸³²».

Selon elle, la reconnaissance de la souveraineté permanente des peuples autochtones sur leurs terres, territoires et ressources est une condition préalable à « l'autodétermination politique et économique des peuples autochtones⁸³³».

§-2 L'industrie extractive, le développement durable et les droits des peuples autochtones.

Aujourd'hui, on considère que la croissance et le développement économique doivent être respectueux d'un équilibre environnemental afin de garantir un développement durable. Ce paradigme a permis aux peuples autochtones de faire reconnaître leurs cultures et leurs rapports avec la nature comme étant compatibles avec cette conception du développement (1). Dans ce contexte, on estime que l'industrie extractive peut constituer une menace pour l'environnement et pour les peuples autochtones (2).

⁸³² *Ibid.* §.32

⁸³³ A/HRC/21/55 § 14 et E/CN.4/Sub.2/2004/30, *Op.Cit.*

1. Les peuples indigènes dans le développement durable.

À partir des années soixante-dix, la prise de conscience sur le besoin d'un développement économique ne mettant pas en danger la nature ni l'existence humaine tient une place importante sur la scène internationale. C'est donc, en 1971 que le Club de Rome publie le rapport « the limits to growth » (Halte à la croissance)⁸³⁴, également connu sous le nom de rapport Meadows, où il pose la question de la croissance face à la surexploitation des ressources naturelles.

En 1972, l'ONU organise la Conférence de Stockholm sur l'environnement humain, qui conclut à la nécessité d'un développement écologique⁸³⁵. Un peu plus d'une décennie après, Gro Harlem Brundtland, président de la Commission Mondiale pour l'Environnement et le Développement parle du développement durable en le définissant comme : un développement économique qui permet de satisfaire les besoins de la présente génération, sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs⁸³⁶». Mais, c'est à la Conférence de Rio des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992 que ce terme est consacré.

Dans cette conférence, plus connue sur le nom de Sommet de la Terre, les bases du programme d'action de l'Agenda 21 comprenant vingt-sept principes ont été adoptées. À la suite de cette conférence ; d'autres conférences mondiales ont suivi, déclinant les problématiques abordées à Rio : La Conférence du Caire de 1994 sur

⁸³⁴ Ce rapport, connu aussi sous le nom de rapport de Meadows, a été élaboré par le Massachusetts Institute of Technologie à la demande du Club de Rome en 1970.

⁸³⁵ À la suite de cette conférence ont été fondées le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD).

⁸³⁶ Ce concept a été évoqué pour la première fois en 1987 dans le rapport Brundtland (*Notre avenir à tous*) de la Commission mondiale de l'environnement et le développement de l'ONU, qui a servi de base au Sommet de la terre de 1992. Ce concept est donc défini dans les termes suivants : « Le développement durable est un mode de développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de « besoins », et plus particulièrement des besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient d'accorder la plus grande priorité, et l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement de répondre aux besoins actuelles et à venir ». Rapport Brundtland. Consultée sur : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/5/rapport_brundtland.pdf

la Population et le Développement a entériné, l'accès universel à la planification familiale d'ici 2015, le Sommet Mondial pour le Développement Social de Copenhague en 1995⁸³⁷, le Sommet mondial de l'alimentation de Rome, en 1996, la Conférence de Johannesburg, en 2002, entre autres⁸³⁸.

Mais c'est lors de la Conférence des Nations Unies Rio + 20 qu'une mise à jour du concept a été faite, ainsi dans le principe premier il a été établi que : « les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ». Dans cette perspective du développement un équilibre doit être établi entre l'homme et son environnement afin d'assurer un développement durable. Il faut, donc, concilier trois objectifs : la croissance économique, l'équité sociale et la protection de l'environnement, lesquelles à leur tour sont complétées par trois principes : Le principe d'équité, le principe de précaution et le principe de participation^{839 840}.

Pour préciser et approfondir le concept de développement durable, on peut citer Jean-Paul Maréchal : « Né du constat que le mode de fonctionnement de la sphère économique risque de compromettre à plus ou moins brève échéance l'habitabilité de la Terre, la notion de développement durable vise à fonder une pratique écologiquement et socialement responsable de la vie économique. [...] Plus précisément, le développement durable est « un processus de changement dans lequel l'exploitation des ressources, le choix des investissements, l'orientation du développement technique ainsi que le changement institutionnel sont déterminées en fonction des besoins tant actuels qu'à venir ». Un tel programme, au contenu éthique

⁸³⁷ Une des priorités de cette conférence mondiale été celle de la lutte contre la pauvreté, le chômage et la désintégration sociale : « Nous constatons que partout dans le monde se manifeste de diverses manières ' l'urgente nécessité de s'attaquer aux problèmes sociaux les plus graves, en particulier la pauvreté, le chômage et l'exclusion sociale, qui touchent tous les pays. Nous avons pour tâche de nous attaquer à la fois aux causes profondes des problèmes et à leurs conséquences déplorables, afin de réduire l'incertitude et l'insécurité ' qu'ils engendrent dans la vie des individus ». Déclaration de Copenhague sur le développement social. <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9fr.htm>

⁸³⁸ Levacher, C., *Les sociétés transnationales minières face au droit des peuples autochtones. Quels acteurs, pour quels enjeux ?*, Op. Cit. p. 7

⁸³⁹ *Ibid.* p.8

⁸⁴⁰ Plus récemment, en 2015 à Paris, s'est tenue la Conférence sur le climat, appelée aussi Cop 21. Un des points centraux de l'accord qui a été signé à cette occasion était celui d'engager les États, en fonction de leur niveau d'industrialisation, à diminuer leurs émissions de gaz afin de contenir l'augmentation moyenne de la température climatique en dessous de 2 degrés. www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-France/climat/paris-2015-cop21

évident, appelle la mise en œuvre d'une double solidarité intragénérationnelle (notamment en direction des plus démunis) et intergénérationnelle (à l'égard des générations futures)⁸⁴¹ ».

Cependant et malgré cette prise de conscience, l'expansion des industries extractives est devenue aujourd'hui une question de plus en plus problématique pour les peuples autochtones. D'une part, ce type de développement économique dans la plupart des cas implique le déplacement de leurs territoires et les expropriations de leurs terres et donc de leurs ressources naturelles. D'autre part, l'essor de cette industrie implique généralement un développement qui n'est pas durable et qui amène d'importantes dégradations environnementales. Ainsi, l'industrie extractive va à l'encontre des modèles traditionnels des peuples autochtones en méconnaissant les droits de l'homme de ces peuples⁸⁴².

Dans ce contexte, les peuples autochtones sont devenus de plus en plus visibles sur la scène internationale, dans une bonne mesure grâce aux négociations internationales sur l'environnement. Les problématiques qui concernent ces peuples et leur mode de vie ont fait partie des discussions de ce nouveau paradigme et des nouveaux instruments de protection de l'ONU. « [...] en surfant la vague du développement durable et du respect et de la protection de l'environnement, contexte valorisant l'idée que les peuples autochtones seraient détenteurs d'un savoir spécifique quant à la gestion de leur environnement naturel⁸⁴³ ».

Dans ce sens, lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992, les populations autochtones sont considérées comme étant des acteurs centraux dans le développement durable, un concept consacré dans le principe 22 de la déclaration de Rio :

« Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait

⁸⁴¹ Maréchal, J.P, « Le développement durable : où en sommes-nous ? », *Géoéconomie* 2008/1 (n° 44), p.

⁸⁴² ONU, A/HRC/21/55 *Op.Cit.*§.15

⁸⁴³ Levacher, C., *Op.Cit.* p. 11

de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable. »

La Déclaration de Johannesburg à l'occasion du Sommet mondial pour le développement durable, l'ONU est encore plus directe en affirmant sans détour cette conception : « Nous réaffirmons le caractère essentiel du rôle des populations autochtones dans le cadre du développement durable⁸⁴⁴ ».

La protection de la biodiversité a aussi permis aux peuples autochtones de faire reconnaître que leur mode de vie contribue à la préservation de la biodiversité. Ainsi dans l'article 8J de la Convention sur la diversité biologique de l'ONU, il a été stipulé : « Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovation et des pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnelles présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorisent l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovation et pratiques ».

Également, dans le système international des droits de l'homme, le lien entre les droits des peuples autochtones à la culture et à des modèles de développement durable a été souligné par le Comité des droits de l'homme en relation avec l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« La culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associée à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les

⁸⁴⁴ ONU, Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg (Afrique du Sud) 26 août-4 septembre 2002. §. 25.

réserves protégées par la loi. L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant⁸⁴⁵».

Durant l'année 2014, l'Instance permanente sur les questions autochtones de l'ONU a noté que la violation des droits culturels met en péril le développement durable. Selon cette instance, les politiques et les programmes qui ne tiennent pas compte de l'intégrité culturelle, des traités sur les droits des peuples autochtones et qui ont un effet négatif sur leur vie et leurs moyens de subsistance vont à l'encontre de ce paradigme du développement⁸⁴⁶. L'Institution a proposé plusieurs solutions destinées à encadrer les rapports entre l'État, les peuples autochtones, et les industries extractives. D'après cette institution, il faut, notamment, promouvoir l'autodétermination de ces peuples par le biais des activités économiques collectives, de maintenir la gouvernance autochtone, de mettre en place des modèles de développement propres, d'améliorer l'harmonie avec la terre nourricière, d'encourager les pratiques spirituelles et de renforcer les institutions de savoirs autochtones⁸⁴⁷.

Les déclarations adoptées par les peuples autochtones corroborent cette position, notamment la Déclaration de Manille qui stipule que :

« Notre diversité culturelle a aussi violemment souffert en raison de la destruction par les industries extractives de la diversité biologique et des terres, territoires et ressources sur lesquels nos cultures sont fondées. Cette érosion de notre diversité culturelle résulte également de l'imposition de systèmes coloniaux et de l'établissement de peuples non autochtones sur nos territoires. Les entreprises viennent chez nous en nous promettant le « développement » par la création d'emplois, la construction d'infrastructures et les recettes fiscales. En dépit de ces promesses, ceux qui vivent près des projets des industries extractives demeurent dans une situation de cruelle pauvreté. Cette situation alimente des conflits entre les

⁸⁴⁵ ONU, A/HRC/21/55 *Op.Cit* §. 16

⁸⁴⁶ E/C.19/2010/14, §. 23.

⁸⁴⁷ *Ibid.* §.28

peuples autochtones et l'État et les industries extractives, et provoque des divisions au sein des communautés autochtones elles-mêmes⁸⁴⁸ ».

2. l'industrie extractive et les peuples indigènes

Nous avons mentionné plus haut, que les préoccupations environnementales ont permis aux peuples autochtones de mettre en lumière les problématiques autour de la présence des entreprises minières nationales et internationales sur leurs territoires. À l'occasion de la session spéciale de 2002 du Groupe de Travail de l'ONU sur les populations autochtones, il a été souligné que « l'industrie extractive avait un caractère destructeur, notamment du point de vue de l'environnement, de la non-régulation des activités des firmes transnationales, de l'absence de protection des communautés locales pour qui les autochtones ne représentent aucun enjeu politique⁸⁴⁹ ».

C'est comme ça qu'à partir des années 2000, l'ONU à travers différentes études et rapports des Rapporteurs spéciaux sur les peuples autochtones, a fait de l'industrie extractive l'une des problématiques majeures pour les droits des peuples autochtones⁸⁵⁰. « Au cœur de tous ces rapports, les questions de consultation et du consentement, des retombées économiques, d'avoir de possibilité de choix de son mode de développement sont devenues récurrentes et le cadre de la responsabilité

⁸⁴⁸ Adoptée lors de la Conférence internationale sur les industries extractives et les peuples autochtones, tenue à Manille du 23 au 25 mars 2009. Pour illustrer la manière de respecter les pratiques culturelles et les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Voir aussi : le *Cochabamba Peoples' Agreement* et la Déclaration universelle des droits de la Terre nourricière, ainsi que la Déclaration de Bemidji sur la protection de la septième génération et le principe de précaution.

⁸⁴⁹ Levacher, C., *Op.Cit.* p. 13

⁸⁵⁰ Voir : ONU, Commission des Droits de l'Homme, Groupe de travail sur les populations autochtones 20 session, juillet 2002, « Rapport de l'atelier sur les peuples autochtones, les sociétés privées travaillant dans les secteurs des ressources naturelles, de l'énergie et de l'extraction minière, et des droits de l'homme », E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3 ; ONU, Commission on Human Rights, 21 janvier 2003, « Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen, submitted in accordance with Commission resolution 2002/65 », E/CN.4/2003/90 ; ONU, Haut-commissariat, 9 août 2004, « Rapport final sur l'étude relative à la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles », E/CN.4/sub.2/res/2004/9 et ONU, Conseil des droits de l'homme, 21 session, 6 juillet, 2012, « Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya », A/HRC/21/47

sociale de l'entreprise et du développement durable explicitement désigné comme devant devenir une obligation⁸⁵¹ ».

Concernant le fait de protéger les lieux sacrés du développement de l'industrie extractive, le groupe d'experts internationaux sur les industries extractives dans son rapport sur les droits des peuples autochtones et la responsabilité sociale des entreprises a été catégorique en affirmant que la destruction des sites sacrés et des lieux spirituellement et culturellement importants pour les peuples autochtones par les industries extractives devait cesser⁸⁵².

Selon le Conseil économique, les normes internationales sur les rôles et responsabilités des États et des entreprises en ce qui concerne l'impact de leurs activités commerciales et industrielles sur les droits de l'homme, sont aussi applicables dans les opérations industrielles concernant les peuples autochtones.

À cela s'ajoute la résolution 17/4, où le Conseil des droits de l'homme a adopté les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*^{853 854}.

Le cadre de référence repose sur trois piliers principaux : « a) l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, notamment des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés ; b) la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, autrement dit de faire preuve de la diligence voulue pour éviter de porter atteinte aux droits d'autrui et de parer aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part ; et c) ouvrir aux victimes de violations des droits de l'homme du fait des

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² E/C.19/2009/CRP.8, §. 42.

⁸⁵³ ONU, Conseil des droits de l'homme, « Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et des autres entreprises, John Ruggie », A/HRC/17/31, 21 mars 2001, français, original : anglais.

⁸⁵⁴ Les Principes directeurs sont désormais des normes qui font autorité au plan mondial s'agissant de remédier aux atteintes aux droits de l'homme pouvant résulter des activités des entreprises ONU, A/HRC/21/55 *Op.Cit* §. 21

entreprises un plus large accès à des mesures de réparations, tant judiciaires que non judiciaires⁸⁵⁵».

En ce qui concerne le premier pilier, certaines dispositions visent à protéger les peuples autochtones des activités des entreprises pouvant les affecter⁸⁵⁶ :

« a. [...] Dans l'exécution des activités industrielles et commerciales ayant ou pouvant avoir un impact sur la situation des peuples autochtones, les mesures prises par les États doivent être conformes aux règles de droit, normes et principes internationaux concernant les peuples autochtones.

b. L'obligation de l'État de protéger les droits de l'homme des peuples autochtones dans le contexte des activités industrielles et commerciales s'applique aussi à l'octroi de licences et de permis d'exploitation concernant les terres, territoires et ressources des peuples autochtones. Comme le prévoient les normes applicables relatives aux droits propres aux peuples autochtones, l'État doit tenir compte de la pleine participation des peuples autochtones à tous les stades de la prise de décisions dans le cadre de ces processus ;

d. [...] les États sont tenus d'instituer des cadres juridiques et politiques permettant de surveiller l'application et d'assurer le respect des lois, normes et principes internationaux pertinents, y compris le droit des peuples autochtones de donner librement et en connaissance de cause leur consentement préalable ».

Concernant le deuxième pilier :

d. [...] S'agissant des opérations touchant les terres, territoires et ressources des peuples autochtones, l'exercice de cette diligence doit accorder une attention particulière aux risques auxquels les peuples autochtones sont exposés, en tenant compte de l'aspect sexospécifique de ces risques. L'exercice de cette diligence devrait aussi inclure une participation effective des peuples autochtones lorsque

⁸⁵⁵ ONU, A/HRC/17/31, *Op.Cit.* p.6.

⁸⁵⁶ ONU, A/HRC/21/55 *Op.Cit* §. 26-28

leurs droits de l'homme risquent d'être affectés. Il faut pour cela tenir compte des obstacles linguistiques et autres obstacles pouvant entraver une telle participation. Toute société qui a des activités dans des zones où vivent des peuples autochtones, devrait élaborer une politique régissant ses relations avec ces peuples, de même que toute société utilisant le patrimoine culturel de ces peuples. L'exercice d'une diligence raisonnable devrait tenir compte du droit des peuples autochtones d'exprimer librement et en connaissance de cause leur consentement préalable.

f) Lorsque les entreprises constatent qu'elles ont causé ou contribué à causer un préjudice aux peuples autochtones, elles devraient le réparer ou coopérer à sa réparation au moyen de processus légitimes »

Finalement, s'agissant du troisième pilier :

« d. Les mécanismes de recours peuvent être fondés sur la médiation, et ils doivent être culturellement adaptés et reposer sur les droits. Lorsque les peuples autochtones concernés le demandent, il convient de tenir compte, lors de la mise en place des mécanismes de recours, des mécanismes autochtones traditionnels, tels que les cercles de justice et les modèles de justice réparatrice faisant intervenir les anciens et autres dépositaires des savoirs traditionnels ».

Conclusion du chapitre 1

Afin de garantir l'autodétermination des peuples autochtones, les différentes instances internationales de protection des droits de l'homme, notamment la Commission IDH et la Cour IDH, ont interprété que le droit à la terre de ces peuples n'a de sens que s'il comprend des droits sur les ressources naturelles qui se trouvent dans leurs territoires. À cela s'ajoute le principe promu par l'ONU à propos de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et la préoccupation environnementale comme en étant des limites au pouvoir des États sur les territoires de ces populations.

Parallèlement, la mise en lumière des importants dégâts provoqués par de l'industrie extractive et la nécessité d'un développement durable ont fait des indigènes et de leur mode de vie des acteurs centraux dans la préservation et la bonne gestion de l'environnement.

Ces deux tendances contribuent à la protection des droits territoriaux des peuples indigènes et de leur droit à la libre détermination dans le développement. De même, elles donnent des éléments interprétatifs aux juges pour protéger la reconnaissance de la diversité culturelle en intégrant à cette protection une redistribution des ressources adaptée à la diversité culturelle.

Chapitre 2. Le CoPLI et la justice interculturelle : vers un développement économique culturellement et écologiquement adapté

La Cour constitutionnelle de Colombie a développé une deuxième approche face au dilemme que la diversité culturelle et le développement économique impliquent. Dans sa jurisprudence novatrice, le haut tribunal établit que l'État dans ses différents projets et politiques de développement économique doit prendre en compte non seulement l'intérêt de la majorité, mais aussi, les droits des communautés autochtones sur leurs terres et ressources naturelles et leur vision sur le développement. Dans sa démarche interprétative, la CCC mobilise la version la plus exigeante de la consultation préalable libre et informé (CPLI), c'est-à-dire le consentement préalable libre et informé des communautés indigènes (CoPLI) (*Section A*).

Nous verrons également, que pour la CCC le développement économique doit être un développement durable et respectueux de l'environnement. D'après la CCC, il existe un lien particulier entre l'environnement et les communautés indigènes. Ce lien, selon elle, est bénéfique pour la protection de l'environnement, et le mode de vie de ces communautés est compatible avec la notion de développement durable (*Section B*).

Section A. Le CoPLI un moyen privilégié pour l'adaptation de l'exploitation de ressources naturelles à la diversité culturelle

Face à la tension qu'implique le développement de l'industrie extractive et des autres projets économiques sur les territoires indigènes, la CCC a élaboré une jurisprudence novatrice où la diversité culturelle est davantage prise en compte dans le modèle de développement économique du pays.

En mobilisant le consentement libre, préalable et informé (CoPLI), la CCC adopte une démarche interprétative qui lui permet d'adapter la redistribution des ressources

naturelles à la diversité culturelle (§.1). Cette démarche a permis au juge de développer une conception de la justice où la reconnaissance de la diversité n'est pas dissociée de la redistribution des ressources (§2).

§1. Le CoPLI : l'échelle de la consultation la plus protectrice des peuples indigènes

Afin d'adapter la redistribution de ressources naturelles à la diversité culturelle, la Cour Constitutionnelle de Colombie s'est servie de la version la plus exigeante de la consultation, c'est-à-dire du consentement préalable, libre et informé (CoPLI). Le CoPLI a été énoncé dans les différentes, conventions et déclarations des droits des peuples indigènes, notamment la Déclaration de l'ONU. (1). Dans sa jurisprudence novatrice, la CCC mobilise la CoPLI pour protéger les peuples indigènes face aux projets économiques entrepris sur leurs territoires (2), en s'appuyant, également, sur le principe *pro-homine* (A) et sur le principe de proportionnalité (B). Certaines études en sociologie juridique montrent que l'application du CoPLI par le juge peut avoir un effet émancipateur pour les communautés indigènes (3).

1. Le CoPLI dans les instruments internationaux des droits de l'homme

Le principe du consentement, libre, préalable et informé (CoPLI) est l'application du droit des peuples autochtones à l'autodétermination⁸⁵⁷. Il a été consacré dans la Convention 169 de l'OIT et dans la Déclaration des Nations Unies. Concernant, le premier instrument, le CoPLI a été inscrit comme devant être l'objectif de toute

⁸⁵⁷ Doyle, C., et Carino, J., *Les peuples autochtones et les industries extractives, Mettre en œuvre le Consentement, libre, préalable et informé*, Paris : L'Harmattan, 2014,p.21

consultation et négociation (art 6-2)⁸⁵⁸. Et, dans les cas de réinstallation des peuples autochtones le CoPLI a un caractère obligatoire (16-2)⁸⁵⁹.

Mais c'est la Déclaration des Nations Unies qui constitue la plus claire élaboration de l'exigence du consentement dans un document international⁸⁶⁰. Cette exigence est établie en plusieurs de ses articles :

Article 10

Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans *le consentement préalable — donné librement et en connaissance de cause* — des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour.

Dans les cas de déplacement forcé, le CoPLI répond au besoin exprimé par les peuples autochtones de ne pas rompre de manière brutale et unilatérale le lien particulier qui les relie à leurs terres⁸⁶¹. « Les conséquences particulièrement graves qui résultent de ce déracinement, et que traduit en termes juridiques la méconnaissance de leurs droits les plus fondamentaux (notamment le droit à la terre, ou le droit au respect de l'identité culturelle, explique que l'État ne puisse pas se contenter de *consulter* les peuples autochtones en cas de déplacement forcé, mais qu'il doit obtenir leurs *consentements*⁸⁶² ».

La Déclaration prévoit aussi le CoPLI comme réquisit indispensable avant de stocker ou décharger des matières dangereuses sur les territoires indigènes (art 29), et « avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou

⁸⁵⁸ Article 6-2. :« Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord *ou d'obtenir un consentement* au sujet des mesures envisagées»

⁸⁵⁹ Article 16-2 : « Lorsque le déplacement et la réinstallation desdits peuples sont jugés nécessaires à titre exceptionnel, ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause. Lorsque ce consentement ne peut être obtenu, ils ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace. »

⁸⁶⁰ *Ibid.* p.23

⁸⁶¹ Couveinhes-Matsumoto, D. *Op. Cit.* p. 233

⁸⁶² *Ibid.* p.233

territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres (art.32-2)⁸⁶³ ».

Concernant les différents Comités de l'ONU, on peut citer la *Recommandation générale n° XXIII sur les peuples autochtones de 1997* du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale, qui souligne qu'assurer de façon non discriminatoire les droits des peuples autochtones, y compris leur droit de propriété, nécessite qu'« aucune décision concernant leurs droits et leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement informé⁸⁶⁴ ».

Depuis 2007, le Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels a indiqué que les peuples autochtones ont « un droit [à donner leur] consentement, préalable ; libre et informé » qui doit être respecté avant d'entreprendre « un projet affectant leurs vies » et que la loi doit garantir⁸⁶⁵.

En 2009, le même Comité, dans son *Commentaire général n°21 sur le droit de chacun de prendre part à la vie culturelle*, a affirmé le devoir des États de⁸⁶⁶ : « respecter le principe du consentement, préalable, libre et informé des peuples autochtones dans toutes les questions concernant leurs droits particuliers⁸⁶⁷ »

Le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones a déclaré en 2003⁸⁶⁸, que le CoPLI

⁸⁶³ Article 32-2 : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur *consentement, donné librement et en connaissance de cause*, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres. »

De la même façon la Déclaration prévoit dans son article 19 « Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. »

⁸⁶⁴ Doyle, C., et Carino, J., *Op. Cit.* p.22

⁸⁶⁵ *Ibid.* p.23. Voir : ONU E/C.12/COL/CO/5, 21 Mai 2010.

⁸⁶⁶ *Ibid.* p.22

⁸⁶⁷ ONU E/C.12/GC/21. 21 décembre 2009. §. 36-37

⁸⁶⁸ Doyle, Cathal, et Carino, Jill, *Op.Cit.* p.24

incorporant « le droit de dire non », était « d'importance cruciale » et était « essentiel pour les droits humains des peuples autochtones par rapport aux grands projets de développement⁸⁶⁹ ».

2. L'adoption du CoPLI par la CCC : la prise en compte de la diversité culturelle dans le développement économique

Durant l'année 2009, la CCC a prononcé une décision fondatrice, l'arrêt T-769-09⁸⁷⁰, où elle établit que le consentement préalable constitue une condition dans les cas des projets économiques ayant des conséquences structurales pour les peuples autochtones⁸⁷¹. Dans cette affaire, la Cour devait prendre une décision concernant la concession minière que l'État Colombien avait octroyée à la compagnie Muriel Mining Corporation. Grâce à cette concession la compagnie pouvait effectuer l'exploitation d'une mine d'or, de cuivre et de molybdène qui se trouvait sur le territoire du peuple autochtone Embera. Selon le peuple indigène, les autorités étatiques ne les avaient pas consultés et le projet d'extraction minière générerait un impact environnemental négatif pour l'agriculture, pour les animaux et pour la santé des personnes. Cela impliquait, pour eux, la perte de leur économie traditionnelle essentielle à la survie du peuple.

Dès lors, pour le haut tribunal « quand il s'agit des projets de développement ou d'investissement à grande échelle, qui ont un impact important sur les territoires ethniques, l'État ne doit pas seulement consulter les communautés, sinon qu'il doit obtenir leur consentement libre, informé et préalable, selon leurs coutumes et leurs traditions. Ces populations peuvent traverser des changements sociaux et économiques profonds : la perte de leurs terres, l'expulsion, la migration l'épuisement de leurs ressources nécessaires à leur survie physique et culturelle, la destruction et la pollution de leur environnement, entre autres conséquences. C'est pour cela, que dans ces cas là, les décisions des communautés peuvent être

⁸⁶⁹ ONU. E/CN.4/2003/90. §. 66.

⁸⁷⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-769 de 2009.

⁸⁷¹ Voir aussi l'arrêt : Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-1045A de 2010

considérées comme contraignantes en raison de la gravité des dommages qui les implique⁸⁷²».

Dans cette affaire, le juge colombien mobilise l'interprétation de la Convention 169 que la Cour IDH a faite dans l'affaire Saramaka contre Surinam du 28 novembre 2007. Souvenons-nous que l'arrêt Saramaka est la première décision de la Cour IDH où elle traite du sujet de la consultation préalable dans les cas de projets économiques d'extraction des ressources naturelles sur les territoires occupés par des peuples autochtones. À cette occasion, le tribunal régional a établi un lien entre la CPLI et le rapport particulier de ces peuples avec leurs terres ancestrales. Également, c'est la première décision au niveau régional qui fixe les seuls critères existants à propos du consentement préalable, libre et informé⁸⁷³.

La Cour IDH a précisé, dans cet arrêt, le droit des groupes ethniques aux ressources naturelles se trouvant sur leurs territoires. Pour la Cour, ce droit est indispensable pour garantir leur subsistance économique, sociale et culturelle. Le droit au territoire n'a de sens que s'il est en lien avec les ressources naturelles qui s'y trouvent, qui sont utilisées selon la tradition du peuple et qui sont nécessaires à sa survie et à la continuité de son mode de vie.

La CCC citant la Cour IDH : « *Quand il s'agit des projets du développement ou d'investissement à grande échelle qui ont un impact majeur sur le territoire Saramaka, l'État n'a pas seulement l'obligation de consulter le peuple Saramaka, il doit aussi obtenir son consentement préalable, libre et informé, selon leurs coutumes et leurs traditions. [...] L'eau par exemple, est une ressource naturelle essentielle aux Saramakas en tant que peuple pêcheur. La Cour observe que cette ressource sera probablement touchée par les activités d'exploitation des autres ressources. De façon similaire, la forêt du territoire Saramaka est l'habitat des animaux qu'ils chassent, et des fruits et des aliments nécessaires à sa survie. Dans ce sens, les*

⁸⁷² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-769 de 2009

⁸⁷³ Rey C., F., *El consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas y tribales. Derecho fundamental autónomo y poder de veto?* Director: Camilo Alberto Borrero García, Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de : Magíster en Derecho -Profundización en Derecho Constitucional-, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá : 2013.

activités des compagnies forestières dans la forêt peuvent aussi toucher ces ressources, c'est-à-dire que l'extraction d'une ressource naturelle peut très probablement affecter l'utilisation et la jouissance des autres ressources naturelles nécessaires à la survie des Saramakas »⁸⁷⁴».

Dans sa décision, la CCC cite aussi l'étude du Rapporteur Spécial de l'ONU sur la situation des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales des peuples indigènes : « *Quand on développe des projets à grande échelle sur des domaines occupés par des peuples indigènes, il est probable que ces communautés doivent traverser des changements économiques profonds que les autorités compétentes ne sont pas capables de comprendre et encore moins d'anticiper. Les principaux effets sont la perte des territoires et de la terre traditionnelle, l'expulsion, la migration, l'épuisement des ressources nécessaires pour la subsistance physique et culturelle, la destruction et la pollution de l'environnement, la désorganisation sociale et communautaire, des impacts négatifs sanitaires et nutritionnels de longue durée et, dans des certains cas des abus et de la violence*⁸⁷⁵ ». En conséquence, « *le consentement libre, préalable et informé est essentiel pour la protection des droits de l'homme des peuples indigènes en ce qui concerne les grands projets de développement*⁸⁷⁶ ».

Ainsi donc, pour la CCC, dans cette affaire, l'existence d'une relation étroite entre le territoire et la survie culturelle et économique des communautés a été prouvée. De ce fait, l'atteinte au droit de consultation sur les projets d'exploration et exploitation des ressources naturelles, implique la violation des autres droits tels que l'autonomie et l'intégrité culturelle et sociale ; et le droit à la propriété sur leurs territoires ancestraux.

Par conséquent, la CCC a décidé de protéger les droits fondamentaux de la communauté indigène et d'ordonner au Ministère de l'intérieur et de la justice de réaliser de nouveau toutes les démarches qui ont précédé l'acte de formalisation de

⁸⁷⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

⁸⁷⁵ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2. Cité par la CCC, *Op. Cit.*

⁸⁷⁶ *Ibid.* note 97, §. 66.

la consultation préalable. De plus, la Cour a jugé que cette consultation devait être appliquée à toutes les communautés touchées par le projet *Mande Norte*. Entre-temps, l'exploration et l'exploitation de ressources devaient être arrêtées. La Cour a ordonné au Ministère de l'environnement d'effectuer des études pertinentes sur l'impact environnemental afin d'éviter d'octroyer des licences à des projets d'exploitation de ressources mettant en danger la biodiversité.

Cette décision a des implications très importantes pour les droits des indigènes, car dans la pratique, elle peut comporter une sorte de droit de veto des peuples indigènes sur les projets économiques du pays. Cependant, comme on le verra par la suite, la CCC a limité cette interprétation en signalant que le processus de consultation ne comporte pas nécessairement ce droit pour les indigènes, ni de manifestations autoritaires de pouvoir de la part de l'État.

A. le principe *pro-homine* : La prévalence *prima facie* des droits des peuples indigènes sur les politiques de développement

La décision T-129 de 2011⁸⁷⁷ de la CCC confirme le devoir de l'État de consulter préalablement tous les groupes ethniques dont la population indigène, noire et les gitans ROM. Le haut tribunal souligne aussi l'importance d'arriver à trouver le consentement libre, préalable et informé pour toute mesure administrative ou législative et aussi pour les projets de développement économique. Et finalement, elle rappelle le droit de ces peuples sur les bénéfices inhérents ces projets⁸⁷⁸.

Pour la CCC, on doit protéger *prima facie* les droits des minorités culturelles face aux politiques de développement économique. En ce qui concerne le consentement préalable, libre et informé, la Cour a établi un critère d'interprétation⁸⁷⁹. « De cette

⁸⁷⁷ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-129 de 2011.

⁸⁷⁸ Rey C.,F. *Ibid.* p.52

⁸⁷⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-129 de 2011, *Op.Cit.* § 7

façon, face aux deux positions extrêmes : 1) la consultation en tant que veto⁸⁸⁰ et 2) la consultation en tant que simple formalité⁸⁸¹, la Cour considère que le critère qui permet la conciliation de ces deux positions, dépend du degré de préjudice porté à la communauté. Il est donc important de considérer que dans ces processus il s'agit du présent et du futur d'un peuple, d'un groupe d'êtres humains qui a le droit de s'autodéterminer et de défendre son existence physique et culturelle, même si pour certains, ces cultures ou ces modes de vie peuvent paraître absurdes ou exotiques⁸⁸²».

De cette façon, pour le haut tribunal, lors de la consultation, la discussion entre les deux parties ne doit pas être réduite en termes de « qui va opposer son veto à qui » mais il s'agit plutôt de mettre en place un espace de discussion entre égaux⁸⁸³. C'est aussi une opportunité pour que les organismes étatiques et les entreprises puissent expliquer de façon concrète et transparente quelles sont les finalités du projet et que la communauté puisse exposer ses besoins et ses points de vue face à lui.

Dans ce contexte, pour la Cour, la participation des peuples indigènes ne doit pas avoir lieu seulement durant la phase préalable, mais également pendant et après la mise en œuvre du projet. Pour cela, la consultation initiale doit préciser les périodes d'évaluation à court, moyen et long terme. De plus, il n'est pas possible de déterminer une seule période pour la concrétisation de la consultation préalable et pour la recherche du consentement. En effet, l'homogénéisation de ces processus conduit à la non-reconnaissance et à la négation des différences et des circonstances particulières qui constituent l'identité même de ces communautés ethniques⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ Cette interprétation de la consultation qui se trouve dans la Convention mais qui selon la Cour génère d'importantes résistances.

⁸⁸¹ La consultation entendue comme simple information, n'est pas comprise dans la Convention mais elle est souvent instrumentalisée pour être apparentée au respect de cette formalité.

⁸⁸² Arrêt 129 de 2011. *Op. Cit.* § 7.1

⁸⁸³ Dans la décision T-693 de 2011 la CCC a établi que le consentement préalable ne comporte pas un droit de veto.

⁸⁸⁴ Concernant la question de la durée des différentes phases de la consultation, la Cour s'appuie dans l'expertise du professeur d'anthropologie Daniel Aguirre Licht, quand il dit : que l'État doit se soumettre aux temps et modalités culturelles des peuples consultés. « Par exemple les Kogui prennent les décisions à travers diverses procédures de divination et d'offrandes qui peuvent durer des jours, des semaines et même des années (...) chez les Wayuus l'interprétation des rêves constitue un facteur décisif pour la prise d'une décision et pour l'analyse des impacts et les

Pour la Cour, on ne peut pas obliger une communauté ethnique à renoncer à sa façon de vivre et à sa culture à cause d'un projet d'exploitation ou la construction d'une infrastructure. Par conséquent, dans des cas exceptionnels, les organismes de l'État et le cas échéant le juge constitutionnel doivent compter avec le consentement de la communauté afin de déterminer l'alternative la moins contraignante. Ces cas sont : i) les situations impliquant le déplacement de la communauté à cause des travaux liés au projet ; ii) les cas requérant des stockages ou le déversement des produits toxiques dans les territoires ethniques ; iii) les situations comportant pour la communauté un impact social, culturel et environnemental important pouvant mettre en danger son existence même. La Cour établit le principe *pro homine*⁸⁸⁵ lequel signifie que dans tous les cas où il peut être constaté que toutes les alternatives sont préjudiciables et que l'intervention impliquerait la destruction ou la disparition du groupe, la protection de la communauté sera prioritaire^{886 887}.

Cependant, pour la Cour, le consentement préalable, libre et informé, n'est pas seulement applicable aux projets de développement ou d'investissement à grande échelle sinon aussi à tout type de mesures administratives susceptible de toucher directement les territoires ethniques. De cette façon, la consultation préalable devra être orientée selon le principe de la participation et de la reconnaissance dans un processus de dialogue entre égaux, lequel aura comme finalité le consentement préalable, libre et informé des communautés ethniques impliquées.

prémonitions expliquent l'attitude qu'ils doivent tenir face à la consultation et même face à la vie ». *Ibid.* Note de bas de page 65.

⁸⁸⁵ D'après la Cour, le principe *pro homine* impose l'application de la norme juridique qui soit la plus favorable à l'être humain. En d'autres termes, ce principe impose l'interprétation qui vise au respect de la dignité humaine et par conséquent à la protection, la garantie et la promotion des droits humains et des droits fondamentaux consacrés par la Constitution. Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-129 de 2011

⁸⁸⁶ La Cour s'appuie dans les recommandations faites par le Rapporteur spécial pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales des peuples indigènes de l'ONU, du 26 mai de 2010. « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones signale deux exemples de situations où le consentement est demandé : les cas où le projet implique le déplacement du groupe en dehors de ses terres traditionnelles et les cas en rapport avec le stockage ou le déversement des déchets toxiques sur les terres indigènes.

⁸⁸⁷ Dans l'ordonnance A073 de 2014 la Cour CC a établi que comme conséquence de ce principe les peuples ethniques peuvent objecter les mesures qui par leur impact sur la communauté peuvent la mettre en danger.

En s'appuyant sur les articles 15 de la Convention 169 de l'OIT et 21 de la Convention américaine des Droits de l'Homme, la Cour a établi qu'en plus de la consultation et du consentement, l'État et les entreprises devaient garantir la participation et le partage raisonnable des bénéfices du projet avec le peuple ou la communauté ethnique directement touchés⁸⁸⁸.

Sur cette question, la Cour cite le Rapporteur Spécial sur la situation des droits de l'homme des peuples indigènes quand il signale qu'« *afin de garantir les droits humains des peuples indigènes dans les cas de grands projets de développement, les États doivent garantir une participation mutuellement acceptable des bénéficiaires [...] En conformité avec l'article 21.2 de la Convention, on peut comprendre la participation aux bénéfices de l'exploitation des terres et des ressources naturelles, comme une forme d'indemnisation raisonnable et nécessaire pour la survie du peuple*⁸⁸⁹ ».

En l'espèce, la Cour a estimé que cette affaire avait une importance particulière. D'une part, parce que la requête avait été faite par une communauté indigène considérée par la cour comme faisant partie de groupes bénéficiant d'une protection spéciale. D'autre part, il s'agissait d'un projet de grande envergure pour l'économie et le développement du pays. Ce projet n'a pas seulement des conséquences pour la communauté indigène mais aussi pour les habitants des « municipales » voisins qui vont être les bénéficiaires des retombées économiques de ce projet en termes d'emploi, d'infrastructures routières, de réseau électrique. En outre, le projet favoriserait l'intégration nationale et latino-américaine.

Après une étude approfondie des preuves et des déclarations des experts, la CCC a décidé de protéger les droits de la communauté indigène Embera et d'ordonner à l'État de suspendre le permis de mise en œuvre du projet de construction de la route et de l'exploitation des ressources minières. En outre, la Cour a jugé que l'État devait réaliser une consultation préalable de la communauté, avec l'objectif de trouver un

⁸⁸⁸ À ce sujet, voir le Rapport du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale.

⁸⁸⁹ ONU, Rapport sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples indigènes. Supra nota 97. §. 66

consentement préalable, libre et informé. Selon les mots de la Cour, « l'exercice de l'activité économique doit être ajusté aux normes de protection de l'environnement en cherchant à maintenir un environnement sain à travers un développement économique raisonnable sous le contrôle des autorités environnementales. De cette façon, l'engagement et la responsabilité sociale des entreprises sont nécessaires. Cette responsabilité sociale ne se traduit pas simplement dans des obligations juridiques mais il est souhaitable que dans un État de droit, social et démocratique, l'initiative privée aille au-delà du simple respect de l'obligation légale. Les entreprises doivent donc rechercher le développement des communautés et limiter l'impact négatif du projet⁸⁹⁰ ».

B. Le CoPLI à travers le principe de proportionnalité

Dans l'arrêt T-766 de 2015, la CCC souligne qu'une meilleure compréhension du CoPLI, doit se faire à partir du principe de la proportionnalité. D'après la CCC, la CPLI est un droit fondamental des peuples indigènes et tribaux ayant des conséquences de la plus grande importance pour la préservation des cultures ancestrales, notamment parce que ce droit est la manifestation des principes et des droits de la participation et de l'autodétermination. La CPLI est donc, un outil essentiel pour amener les communautés ethniques à la discussion et à la mise en place de mesures les concernant et d'éviter ainsi que leurs priorités soient rendues invisibles par le groupe social dominant⁸⁹¹.

Selon la CCC, pour mieux comprendre l'applicabilité de ce droit fondamental et les obligations étatiques qu'il implique, il est nécessaire de rappeler que la consultation reflète un équilibre ou une pondération entre deux intérêts. D'une part, l'intérêt général représenté par les projets ou mesures administratives et d'autre part, les

⁸⁹⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-129 de 2011

⁸⁹¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-766 de 2015, *Op.Cit.* § 5.5

droits des peuples indigènes et tribaux à leur autodétermination, à leur autonomie et à leur territoire et ressources⁸⁹².

D'après la CCC, la pondération des droits s'identifie avec le principe de proportionnalité. Selon la CCC, ce principe vise à déterminer si l'efficacité ou la protection d'un droit justifie la restriction d'un autre droit ou principe constitutionnel déterminé. Dans ce contexte, pour la CCC, le CoPLI, implique une pondération ou une balance constitutionnelle différente dans laquelle les droits des peuples indigènes et tribaux bénéficient d'une garantie renforcée car la mesure en discussion peut toucher intensément leurs droits⁸⁹³.

Pour la CCC, du point de vue de la proportionnalité, « la participation des peuples indigènes et communautés afro-descendantes se concrétise dans trois facettes du même droit : (i) la *simple participation* des communautés dans les organes de décision de caractère national ainsi que leur incidence à travers leurs organisations sur tous les scénarios qui les intéressent, (ii) la *consultation préalable* face à toute mesure les concernant directement, et (iii) le *consentement préalable, libre et informé* quand la mesure (norme, programme, projet, plan ou politique) produit une atteinte profonde à leurs droits, principalement ceux de caractère territorial⁸⁹⁴ ».

La Cour cite le Rapporteur des Nations Unies sur la situation des droits des peuples indigènes : « 47. *L'importance ou le pouvoir d'attraction du but qu'est le consentement ne peut que varier selon les circonstances et les intérêts autochtones en jeu. Si les effets sur la vie ou les terres des autochtones sont directs et sensibles, on est presque certain que la décision ne doit pas être prise sans le consentement des intéressés. Dans certains contextes, cette éventualité peut se renforcer jusqu'à devenir une interdiction de lancer la mesure ou d'entreprendre le projet si les autochtones n'y consentent pas. La Déclaration envisage deux cas dans lesquels l'État est tenu d'obtenir le consentement des autochtones concernés, en plus de l'obligation générale de consulter. Il y a le cas où le projet envisagé obligera à évincer un groupe de ses terres traditionnelles, et le cas du stockage ou de*

⁸⁹² Voir : Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-383 de 2003.

⁸⁹³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-766 de 2015, *Op. Cit.*

⁸⁹⁴ *Ibid.*

l'élimination de déchets toxiques en territoire autochtone (art. 10 et 29, par. 2). Dans la même optique, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé, dans une affaire mettant en cause les Saramaka du Suriname, que « pour ce qui est des projets d'investissement ou de développement à grande échelle qui auraient des effets majeurs en territoire Saramaka, l'État a le devoir non seulement de consulter les Saramakas mais aussi d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé, selon leurs us et coutumes »⁸⁹⁵.

Pour la CCC, bien que le CoPLI n'implique pas un droit de veto pour les communautés ethniques, il exclut aussi l'imposition de décisions comme forme de gouvernement. Selon la CCC, ce dernier est un aspect implicite du concept de dialogue. Dans ce contexte, la participation des communautés doit être efficace dans le processus de consultation et dans l'absence d'un accord, toute décision irraisonnable ou disproportionnée est interdite⁸⁹⁶.

D'après la CCC, dans un État de droit, une mesure est légitime si et seulement si elle respecte les principes de responsabilité et de proportionnalité. Par conséquent, une mesure qui porte gravement atteinte aux intérêts et aux droits des communautés autochtones, et qui ne tient pas compte de leur acceptation libre et expresse, devient ouvertement irraisonnable affectant ainsi disproportionnellement les droits et les principes constitutionnels. Selon les propres mots de la CCC « c'est pour cela, que dans les cas où la règle du consentement doit être appliquée, l'adoption d'une des mesures identifiées par la Cour Constitutionnelle et le Droit International des Droits de l'Homme comme susceptibles d'affecter directement les droits des peuples indigènes, est raisonnable et constitutionnellement valable si elle compte avec le consentement, préalable, libre et informé du peuple concerné⁸⁹⁷ ».

La CCC souligne que le CoPLI est une garantie renforcée du droit de participation des communautés ethniques qui a lieu à la fin d'un processus de consultation. Dans ce sens, les formalités de la consultation sont aussi appliquées au CoPLI : (i) la consultation doit être réalisée avec des représentants légitimes de la communauté ;

⁸⁹⁵ ONU A/HRC/12/34 15 juillet 2009. Citée par la CCC arrêt T-766 de 2015

⁸⁹⁶ *Ibid.* §. 5.5

⁸⁹⁷ *Ibid.*

(ii) la divulgation, communication et discussion des études d'impact environnemental et social avec la communauté ; (iii) la concertation avec les communautés sur la participation aux bénéfices générés par le projet⁸⁹⁸.

D'après la CCC, bien que les Résolutions N° 180241 et 0045 de 2002 soient des mesures à caractère général, elles touchent directement les communautés ethniques car elles déclarent que leurs territoires collectifs sont des zones minières stratégiques. Cela a modifié de manière unilatérale le destin économique et productif de ces territoires. Par conséquent, selon la Cour, les résolutions auraient dû être consultées de façon préalable à leur promulgation⁸⁹⁹.

Pour ces raisons, la CCC a déclaré sans valeur ni effets juridiques ces résolutions mentionnées déclarant comme des zones minières stratégiques, les départements⁹⁰⁰ d'Antioquia, Bolivar, Caldas, Cauca, Cesar, Choco, Huila, La Guajira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindio, Risaralda, Tolima, Cauca, Amazonas, Guainia, Guaviare, Vaupées et Vichada, car les communautés concernées n'ont pas été consultées.

En somme, nous pouvons affirmer que le CoPLI est l'échelle interprétative de la consultation la plus protectrice pour les peuples autochtones. L'obtention du consentement du peuple concerné devient une obligation pour l'État pour tout projet ou mesure administrative comportant de graves préjudices ainsi que des impacts majeurs pour ce peuple. Ces préjudices ou impacts sont :

- Le déplacement de la communauté à cause des travaux liés au projet ;
- L'épuisement de ressources nécessaires à la survie physique et culturelle de la communauté ;
- La destruction et la pollution de l'environnement de la communauté ;
- Les stockages ou le déversement des produits toxiques dans les territoires ethniques ;

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ Voir Section B, chapitre 5.

⁹⁰⁰ La Colombie est divisée en trente-deux départements, lesquelles à leur tour sont regroupées en six régions.

- Les situations comportant pour la communauté un impact social, culturel et environnemental important pouvant mettre en danger son existence même.

3. Le CoPLI : un effet émancipateur pour les communautés indigènes

Au chapitre 7, nous avons analysé les effets de la consultation dans la pratique. Nous disions que selon l'étude de César Rodriguez, la CPLI avait quatre effets : l'effet déplacement, l'effet trompeur, l'effet domination et l'effet émancipation.

Concernant ce dernier, César Rodriguez nous dit que les processus de la CPLI offrent des possibilités d'émancipation aux communautés indigènes. Dans la pratique ces processus sont, en même temps, un moyen pour perpétuer et pour défier les inégalités entre acteurs participant à ce processus. Les normes procédurales de la CPLI ont un effet paradoxal : d'une part elles effacent les revendications politiques des indigènes, mais d'autre part, elles deviennent des outils précieux pour empêcher ou retarder les dommages culturels et environnementaux⁹⁰¹.

Les formalités de la CPLI sont loin d'être une question sans importance⁹⁰². Selon lui, « une fois les règles procédurales sont mises en scène, elles peuvent marquer une différence qui peut être, littéralement, de vie ou de mort. La survie d'un peuple indigène peut dépendre, par exemple, de la possibilité que dans la consultation puissent participer non seulement les membres de la communauté mais aussi les organisations indigènes qui ont l'expérience nécessaire et des connaissances

⁹⁰¹ Rodriguez, C., *Etnicidad.Gov, los recursos naturales, los pueblos indigenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, OP.Cit.p.72

⁹⁰² Une bonne partie des réunions, des consultations est dédiée à débattre des questions telles que : les communautés indigènes ont-elles été informées de bonne foi ? Les porte-paroles sont-ils les représentants légaux de la communauté ? Qui doit prendre en charge les coûts des interprètes en espagnol et dans la langue indigène ? Les réunions doivent-elle être reprogrammées afin d'avoir un plus grand nombre de participants ? Qui doit prendre en charge le financement du transport des membres des communautés indigènes ? César Rodriguez note que toutes ces questions ouvrent une controverse juridique pouvant ralentir le rythme frénétique des projets économiques dans les territoires indigènes, et d'écrire « [ces controverses] dans la pratique peuvent être la seule barrière contre l'inondation d'un *resguardo* comme celui des Emberas de Urra, ou contre l'entrée des ingénieurs, des étrangers et des groupes armés dans les terres pétrolières comme celles des U'was » *Ibid*.p.73

juridiques pouvant devenir un contrepoids dans la négociation⁹⁰³». Dans ce même sens, l'ONU et la Cour IDH ont reconnu que le fait d'appliquer le standard de la consultation ou le standard du consentement peut définir le sort d'un peuple indigène. Comme le dit César Rodriguez, le peuple indigène Embera du nord de la Colombie a vécu cette différence des standards dans sa propre chair⁹⁰⁴.

Plus généralement, la CPLI a des effets émancipateurs en dehors de ces réunions. D'après l'auteur, « dans les sociétés latino-américaines le constitutionalisme multiculturel est arrivé quand les peuples indigènes se trouvaient dans une situation ambiguë de renouveau de leurs organisations et aussi de risque de disparition. La Convention 169 de l'OIT et la CPLI ont ouvert des opportunités de résistance et de mobilisation politique. Dans ce contexte, la CPLI et plus particulièrement l'exigence du consentement, sont devenus des outils pour ralentir l'avalanche des projets d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles dans les territoires des communautés indigènes⁹⁰⁵».

La CPLI est donc une carte que les peuples indigènes peuvent mobiliser dans les négociations avec l'État et les entreprises et dans les litiges devant les tribunaux de justice. Au niveau national, son efficacité a été démontrée dans plusieurs affaires où la Cour Constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelles des lois et des décisions administratives pour le non-respect de la Convention 169 de l'OIT⁹⁰⁶. Et au niveau transnational, la CPLI a ouvert l'espace afin que les organisations indigènes et des droits de l'homme promeuvent l'application du consentement en tant que standard le plus protecteur de l'autonomie des peuples.

Selon les mots de César Rodriguez, « dans ce sens, sur le terrain, les règles procédurales de la consultation créent des espaces pour le développement de versions exigeantes de la participation, qui prennent des éléments du

⁹⁰³ *Ibid.* p. 73

⁹⁰⁴ Cette affirmation est faite par C.Rodriguez à propos de la construction d'un barrage électrique dans le territoire des Emberas.

⁹⁰⁵ *Ibid.* p.74

⁹⁰⁶ Voir les arrêts C-030 de 2008 et C-175 de 2009 où la CCC déclare inconstitutionnelle la loi des forêts et le statut du développement rural pour la non réalisation de la CPLI avec les communautés ethniques. *Ibid.* p. 75

multiculturalisme contre hégémonique et, dans certains cas comme le montre celui des u'was, de revitaliser le processus de revendication de l'identité collective et le renforcement de l'organisation politique, dans les négociations avec les entreprises et l'État⁹⁰⁷».

§2- Vers une adaptation de la redistribution à la diversité culturelle

Dans les décisions que nous venons d'étudier, la CCC développe une conception de la justice, où la politique économique du pays, fondée sur l'exploitation des ressources naturelles, doit rester en accord avec la vision des différentes cultures sur le développement (1). Cette conception de la CCC, se rapproche des théories philosophiques qui considèrent que la justice doit intégrer autant la reconnaissance que la redistribution, et que les critères de justice et de la répartition des biens doivent être définis en tenant en compte les valeurs culturelles (2).

1. Harmoniser l'exploitation des ressources naturelles avec la diversité culturelle

Dans l'affaire T-769 de 2009, la CCC souligne que l'État doit rendre compatible l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires occupés traditionnellement par les peuples autochtones avec la protection de son intégrité sociale, culturelle et économique. Pour ces peuples, la survie en tant que groupe humain et en tant que culture dépend d'une telle protection.

Dans cette affaire, la Cour réaffirme l'argument selon lequel la culture des communautés indigènes correspond à une façon de concevoir la vie se manifestant dans un mode particulier d'être et d'agir dans le monde⁹⁰⁸. Cette façon de vivre est constituée à partir de valeurs, de croyances, et de connaissances, qui s'ils sont

⁹⁰⁷ *Ibid.* p.75

⁹⁰⁸ Cette affirmation avait été exposée par la CCC dans l'arrêt T-380 de 1993

supprimés – par exemple suite à une sévère détérioration de son environnement – le peuple est déstabilisé et peut éventuellement s'éteindre et disparaître. La Constitution interdit toutes formes de disparition forcée d'êtres humains et cela concerne aussi les communautés indigènes qui jouissent en outre du droit fondamental au respect de leur intégrité ethnique, culturelle et sociale.

Dans ce sens, pour la Cour l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes doivent nécessairement harmoniser les deux questions suivantes : d'une part, le besoin de planifier la gestion de ces ressources afin de garantir leur conservation, leur restauration ou leur substitution (art. 80 de C.P.) et le développement durable ; et d'autre part, assurer la protection de l'intégrité ethnique, culturelle, sociale et économique des communautés ethniques qui occupent ces territoires.

C'est pour cela, note la Cour, que l'on doit chercher l'équilibre entre le développement économique du pays, qui demande l'exploration et l'exploitation de ces ressources, et la préservation de l'intégrité culturelle condition *sine qua non* pour la subsistance des groupes ethniques. Afin de garantir cela, la participation des communautés au processus de prise de décision est une exigence pour le développement des projets économiques dans les territoires ethniques⁹⁰⁹.

Dans l'affaire T-129 de 2011 la Cour a souligné que les droits des peuples autochtones ont un caractère prioritaire face aux politiques de développement économique. Dans cette décision, la CCC examine en détail le dilemme normatif qui comporte la coexistence des diverses visions du développement économique et le besoin de protéger la richesse culturelle et économique de la Nation.

Face au dilemme signalé, la Cour, en s'appuyant sur les concepts des experts, a mis en évidence le caractère problématique qu'implique le développement économique et la diversité ethnique. Pour le haut tribunal, on ne peut pas considérer de façon

⁹⁰⁹ L'article 330 de la Constitution politique de Colombie dit : « l'exploration des ressources naturelles sur les territoires indigènes ne doit pas se faire au détriment de l'intégrité culturelle, sociale et économique des communautés indigènes. Dans les décisions qui concernent cette exploitation, le gouvernement favorisera la participation des représentants des communautés ».

abstraite les concepts liés aux projets d'infrastructure, tels que l'intérêt général, le progrès, ou la vision de la majorité sur le développement, quand ces projets s'effectuent sur les territoires ethniques. De cette façon, l'initiative étatique ou privée doit viser le respect des coutumes des communautés ethniques de la Nation. La Constitution impose le besoin d'équilibrer les valeurs de la diversité culturelle et ceux contenus dans d'autres normes légales.

De cette façon, on reconnaît le domaine essentiel du pluralisme et de la diversité ethnique et culturelle qui est propre aux communautés ethniques et qui ne peut pas être l'objet de disposition de la part du *ius imperium* de l'État, car on pourrait mettre en danger sa préservation et sa richesse. Ce domaine doit donc être garanti selon les coutumes de ces peuples mais en respectant les lois impératives protégeant les valeurs constitutionnelles supérieures⁹¹⁰.

D'après la Cour, la population indigène occupe entre 22 et 29 % du territoire de l'État, et il semble donc raisonnable de pouvoir alors envisager le développement de projets économiques d'exploitation des ressources naturelles dans les 70 % restants. Cependant, la Cour reconnaît ne pas tenir compte dans cette estimation du territoire des autres groupes ethniques. Lorsque ces projets doivent être réalisés sur les territoires indigènes, ils doivent prendre en compte la perspective ou la vision de développement des peuples impliqués. L'État doit alors opter pour une posture intermédiaire dans laquelle il est indispensable d'équilibrer la reconnaissance d'autrui et les visions des groupes ethniques sur leur développement. Ces visions du monde font partie de la pluralité propre à une nation comme la nation colombienne, reconnu comme une richesse par la CCC.

C'est pour cela que le droit fondamental des communautés ethniques à la consultation doit être réellement protégé. Selon la Cour, les outils sous-jacents à la consultation permettent de concilier les différentes positions et de trouver un point intermédiaire de dialogue interculturel dans lequel les peuples peuvent exercer leur droit à l'autonomie selon leurs propres projets de vie face à des modèles économiques fondés sur l'économie de marché.

⁹¹⁰ *Ibid.* §5.

Pour la CCC, la protection *prima facie* des droits des minorités culturelles face aux politiques de développement économique, implique que dans les processus de consultation l'on tient compte du fait que la survie d'un peuple autochtone dépend des décisions qui sont prises. « Il s'agit du présent et du futur d'un peuple, d'un groupe d'êtres humains qui a le droit à l'autodétermination et de défendre son existence physique et culturelle, même si pour certains ces cultures ou ces modes de vie peuvent paraître absurdes ou exotiques⁹¹¹ ».

2. Vers une redistribution des ressources adaptée à la différence culturelle ?

Certaines affaires de la CCC nous avaient permis d'analyser la conception selon laquelle la redistribution des ressources économiques doit être adaptée à la diversité culturelle. Rappelons-nous que selon le haut tribunal, l'État est dans l'obligation de construire un système de santé qui soit en accord avec les besoins propres des peuples indigènes. Pour cela, un tel système doit prendre en compte différents aspects des cultures ethniques dont leur conception de la maladie et son traitement correspondant, ainsi que leur économie collective opposée à celle de marché⁹¹². En rapport avec ce dernier élément, le financement du système de santé indigène doit donc, prendre en considération un modèle économique différent de celui de la production capitaliste. Cela veut dire, pour la CCC, que l'on ne peut pas obliger des personnes à cotiser à ce système quand leurs réalités culturelles les empêchent de le faire⁹¹³. « Autrement dit, l'accès aux services de santé de la population indigène ne peut pas être défini par l'argent, dans la mesure où les économies de ces peuples ne sont pas de nature monétaire⁹¹⁴ ».

Souvenons-nous de l'argumentation de Nancy Fraser à propos de la justice sociale. La philosophe distingue deux conceptions de l'injustice. La première, l'injustice

⁹¹¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-129 de 2011. *Op. Cit.* § 7.1

⁹¹² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-088 de 2001.

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ *Ibid.*

socio-économique résulte de la structure économique pouvant prendre des formes d'exploitation diverses⁹¹⁵. Dans le cas des peuples indigènes, on peut dire que ce type d'injustice se manifeste dans la négation des droits des indigènes sur leurs territoires, laquelle à son tour se répercute dans la privation des biens matériels nécessaires à leur survie selon leurs coutumes⁹¹⁶. La deuxième, l'injustice de type culturel ou symbolique, est le produit de modèles sociaux, de représentation, d'interprétation et de communication, et elle prend des formes de domination culturelle, de non-reconnaissance ou de mépris⁹¹⁷. Par exemple, pour les peuples indigènes cela peut représenter leur non-visibilité, leur non-reconnaissance, leur discrimination ou leur exclusion du processus de prise de décision sur des questions les concernant. Pour la philosophe, une conception de la justice adéquate ne doit pas dissocier ces deux aspects de la justice.

Dans ce contexte, on peut affirmer que la CCC, dans certaines de ses affaires, a constaté que la méconnaissance de l'identité des peuples indigènes et le transfert de leurs terres agissent de concert reproduisant des situations d'inégalité⁹¹⁸. Dans ces décisions, la CCC a élaboré une jurisprudence très audacieuse, dans laquelle elle prend en compte le fait que les groupes autochtones ne sont pas seulement victimes d'injustices culturelles mais aussi d'injustice économique, et qu'une réponse adéquate à cette situation doit comporter ces deux aspects de la justice. C'est peut-être ce dernier qui peut être considéré comme l'un des grands apports de la CCC à la compréhension de la problématique indigène. On voit donc que pour la CCC, ni les solutions redistributives, ni les solutions de reconnaissance ne sont suffisantes pour elles-mêmes. Pour le juge constitutionnel colombien, une décision est respectueuse des droits des indigènes quand elle conduit à une meilleure redistribution des biens économiques et sociaux, à la participation des communautés indigènes à la prise de décisions les concernant, à la prise en

⁹¹⁵ Nancy Fraser donne comme exemple de l'injustice économique : « l'exploitation (voir le fruit de son travail approprié par des autres) de la marginalisation économique (être confiné à des emplois pénibles ou mal payés ou se voir dénié l'accès à l'emploi) ou le dénuement. » Fraser, N., *Qu'est-ce que la justice sociale ?...Op.Cit.*p.16

⁹¹⁶ Clérico, L., et Aldado, M., « La igualdad como redistribucion y como reconocimiento : Derechos de los pueblos indigenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. », *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, Santiago, 2011.p.174

⁹¹⁷ Fraser.N., *Op.Cit.* p.17

⁹¹⁸ Clérico, L., et Aldado.,M. *Op.Cit.*p.174

considération de leurs besoins, de leurs intérêts et le tout conforme à leur *cosmvision*⁹¹⁹.

Cette conception de la justice et de la répartition des biens et des ressources dans une société nous évoque les réflexions du philosophe politique nord-américain Michael Walzer. Dans le premier chapitre de cette thèse, nous avons parlé de la place de la reconnaissance dans les théories de la justice, et nous disions que pour certains philosophes, dont Michael Walzer, la culture joue un rôle déterminant au moment d'élaborer une conception sur la justice.

Dans son ouvrage *Sphères de la Justice*, publié en 1983, Michael Walzer expose ce qui est qu'est considéré aujourd'hui comme une alternative majeure à la théorie de la justice rawlsienne⁹²⁰. Le philosophe remet en question le principe des libéraux selon lequel il peut exister un principe de justice unique qui serait non seulement applicable en tout temps, mais également dans toutes les sociétés⁹²¹.

Dans ce sens, pour lui, la conception libérale des droits individuels de même que les principes de justice qui en découlent est aussi critiquable. D'après Michael Walzer, il n'existe pas de droits individuels objectifs, détachés de tout contexte social, historique, ou politique, et par conséquent universalisables. Cette réflexion, le conduit à affirmer qu'il n'est pas possible de construire une théorie de justice forte et contraignante sur la base de droits contingents⁹²².

Partant de la philosophie morale interprétative, Michael Walzer redéfinit la notion de bien social et de bien premier, notions qui selon lui, ne sont pas véritablement traitées du point de vue de leur signification sociale. Pour lui, avant de déterminer ce qu'est la justice, il faut construire une théorie des biens⁹²³.

Pour le philosophe, l'hypothèse selon laquelle les biens ont partout et toujours la même signification et la même valeur, est fausse. Selon lui, l'expérience nous montre

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ Heidenreich, F., et Schaal, G., *Introduction à la philosophie politique*, Paris : Biblis, 2012. p. 240

⁹²¹ *Ibid.* p. 240

⁹²² *Ibid.* p. 241.

⁹²³ *Ibid.* p.243

que les hommes attribuent à des biens similaires des valeurs différentes selon les lieux et les cultures. C'est pour cela, dit-il que l'on peut affirmer les éléments suivants :

1. La valeur des biens est une construction sociale.
2. Par conséquent, un même bien peut avoir des valeurs différentes dans des communautés différentes.

Ces deux prémisses permettent à Michael Walzer d'affirmer que la justice ne peut être déterminée que dans une situation particulière, en relation avec une communauté et à l'échelle des valeurs données par sa culture. Pour lui, il n'existe pas de critères objectifs de justice, ni de règle ou schéma de répartition unique qui permettrait d'instaurer de la même façon la justice dans des communautés pourtant différentes⁹²⁴.

L'idée centrale du philosophe est que dans une communauté, des sphères d'action différentes existent, et elles doivent être prises en compte au moment d'établir les critères de justice. La justice distributive traite des questions telles que : « qui reçoit quel bien, en quelle quantité et pour quelle raison ?⁹²⁵ ». Pour, lui il existe des biens différents qui doivent être répartis de façon juste, et qui sont de nature si différente qu'ils ne peuvent être condensés en une seule sphère. La sphère est donc liée aux significations sociales des biens à répartir⁹²⁶.

Une sphère de redistribution comprend des biens de même signification sociale. Pour Michael Walzer, les différences entre les biens et leur valeur sociale impliquent d'envisager différents principes de répartitions des biens afin que la répartition soit juste⁹²⁷. La théorie de la justice de M. Walzer comporte une description approfondie de la communauté considérée, car c'est elle qui donnera les informations sur la valeur des biens et leur signification sociale.

⁹²⁴ *Ibid.* p. 244

⁹²⁵ *Ibid.* p.245

⁹²⁶ *Ibid.* p.246

⁹²⁷ *Ibid.* p.246

Le philosophe identifie trois principes de justice. Bien que ces principes ne soient pas nouveaux, pour lui, dans l'histoire, on a absolutisé un seul de ces principes pour le considérer comme *le* critère de justice. Selon lui, l'application d'un principe de redistribution se justifie très bien pour certains biens, et au contraire pour d'autres, son application n'est pas adaptée⁹²⁸. Ces principes sont : le libre-échange⁹²⁹ ; le mérite⁹³⁰ ; et le besoin⁹³¹. Pour le philosophe, l'idéal de justice redistributive se trouve donc dans une société au sein de laquelle les biens sont répartis en fonction des critères respectifs de chacune des sphères⁹³².

Section B. La protection de l'environnement et les communautés indigènes : un lien étroit

Nous avons vu dans le chapitre précédent, que la préoccupation internationale pour la protection de l'environnement et la biodiversité avait, d'une certaine façon, bénéficié aussi aux communautés autochtones. Selon cette même logique, la CCC a développé une jurisprudence audacieuse mettant en évidence le lien étroit qui existe entre la protection de l'environnement et la protection des communautés indigènes. Pour le haut tribunal, ce lien se manifeste aussi dans le rôle central que ces communautés jouent dans la gestion durable et la préservation de l'environnement (§-1). La doctrine juridique et certaines postures de l'écologie politique, nous aident à mieux décrypter cette jurisprudence de la CCC et le rapport existant entre la question indigène et la question environnementale (§-2).

⁹²⁸ *Ibid.* p. 246.

⁹²⁹ Pour Michael Walzer, « le libre-échange crée un marché à l'intérieur duquel tous les biens sont convertibles en d'autres biens par cet intermédiaire neutre qu'est l'argent (...) Mais ce critère n'est pas valable dans toutes les sphères, c'est-à-dire qu'il n'est pas un méta-critère de justice qui vaudrait hors des sphères considérées. (...) Le libre-échange ne peut donc pas être un critère universel des redistributions des biens. », Walzer, M. *Sphères de la justice*, *Op.Cit.*p.247

⁹³⁰ « Le mérite est le critère de redistribution le plus classique. On trouve trace dès Aristote et sa conception de la justice distributive, selon laquelle à chacun doit revenir ce qui lui est « dû » (*suum cuique tribuere*, selon l'expression latine : chacun doit recevoir plus ou moins d'un bien spécifique – salaire, reconnaissance sociale ou réputation – selon son mérite ou les efforts qu'il a fournis » Heidenreich, F., et Schaal, G., *Introduction à la philosophie politique*. *Op.Cit.* p.247

⁹³¹ Le critère du besoin permet de répartir les biens rares en fonction de la nécessité impérieuse du besoin. « Ce critère semble pertinent, par exemple en matière médicale : un bien rare (par exemple le foie d'un donneur) doit être donné en priorité à celui qui en a le besoin le plus urgent. » *Ibid.* p. 248

⁹³² *Ibid.*p.249

§-1. La participation indigène dans la préservation et la gestion durable de l'environnement

Pour le juge constitutionnel colombien, la protection des communautés indigènes passe aussi par la protection de l'environnement. La destruction de ce dernier est une menace pour la survie de ces communautés (1). Le juge a considéré aussi que le mode de vie des peuples autochtones et plus particulièrement leur vision sur le développement économique sont compatibles avec l'idée de développement durable défendu par la Constitution (2).

1. La destruction de l'environnement : une menace à l'existence des communautés autochtones.

Dans l'affaire T-380 de 1993, la CCC a établi clairement le lien étroit entre protection de l'environnement et les droits des peuples indigènes. Le haut tribunal devait décider le recours de *tutela* de l'Organisation indigène d'Antioquia qui considérait que l'exploitation forestière qui avait eu lieu entre juin 1988 et novembre 1990 avait violé les droits fondamentaux de la communauté indigène Embera-Catio⁹³³.

Dans son argumentation, la CCC a souligné que « l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes pose un problème constitutionnel car elle affecte l'intégrité ethnique, culturelle, sociale et économique des communautés qui y habitent. La tension existante entre raison économique et raison culturelle est encore plus aiguë dans des zones de réserve forestière où les caractéristiques de la faune et de la flore imposent une jouissance des ressources naturelles garantissant leur développement durable, leur conservation, leur restitution ou substitution (CP art. 80). Il doit donc y avoir un rapport équilibré entre ces deux extrêmes⁹³⁴».

⁹³³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-380 de 1993.

⁹³⁴ *Ibid.* §. 7

Pour la CCC, le modèle économique qui fonde son développement sur l'exploitation sans aucun discernement des ressources naturelles met en danger la survie des communautés qui habitent dans les endroits où se trouvent ces ressources. Selon les propres termes de la CCC, « Les externalités du système économique capitaliste – au moins d'une de ses modalités – c'est-à-dire les séquelles de sa conception particulière de domination de la nature et d'exploitation des ressources naturelles, cassent l'équation d'équilibre de l'écosystème. Ces externalités méconnaissent la fragilité des écosystèmes et la survie des différents groupes ethniques qui habitent sur le territoire. Conscient de cette situation, le Constituant n'a pas seulement adopté le principe du développement économique durable mais il a aussi posé des conditions à l'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes. De cette manière, cette exploitation doit être réalisée sans dénier l'intégrité culturelle, sociale et économique des territoires indigènes (CP art. 330). L'exploitation forestière sans discernement avec ou sans l'autorisation de l'État, porte atteinte à l'écosystème, en épuisant les ressources naturelles primaires nécessaires à l'économie de subsistance des communautés éthiques. Cela ne tient pas compte d'une part, du fait que pour ces communautés la valeur d'usage symbolique prime la valeur d'échange, et d'autre part, que cela détruit le rapport étroit qui lie les indigènes avec la nature⁹³⁵ ».

Selon la CCC, la protection de la liberté économique, de l'initiative privée et de la propriété privée dans la Constitution colombienne, ne signifie pas défendre un seul système économique déterminé. (CP arts. 333 et 58). Au contraire, selon la CCC, grâce à la reconnaissance de la diversité culturelle, la Constitution admet les divers modèles économiques. Dans le cas des communautés indigènes qui habitent dans la forêt tropicale, leurs économies de subsistance sont protégées dans les limites du bien commun, sans oublier que la propriété a une fonction sociale et une fonction écologique⁹³⁶.

D'après la CCC, l'importance de la forêt humide tropicale pour l'humanité contraste avec sa fragilité. Cette situation a été reconnue par l'Organisation des Nations Unies,

⁹³⁵ *Ibid.*
⁹³⁶ *Ibid.*

notamment dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, et la Convention Internationale sur la Diversité Biologique. D'après le haut tribunal, l'ordre constitutionnel de Colombie a intégré la préoccupation de la menace croissante de la déforestation sur les écosystèmes. Cette situation n'est pas seulement un danger pour de nombreuses espèces de la faune et la flore, ainsi que pour les cycles hydriques et climatiques, mais aussi pour la survie des peuples indigènes qui habitent dans ces forêts tropicales, et qui contribuent par leur présence à la préservation de l'environnement. Selon les propres termes de la CCC, « Le système de vie [des peuples indigènes] - sous-estimé par la culture occidentale car il génère peu d'excédents et opère de manière efficiente avec de basses concentrations humaines - garantit la préservation de la biodiversité et des richesses culturelles et naturelles⁹³⁷ ».

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la CCC reconnaît dans cette affaire, que les peuples indigènes ont des droits sur les ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires. Cependant, elle indique aussi que l'autonomie de ces peuples sur leurs ressources doit se faire avec responsabilité⁹³⁸.

Pour la Cour, l'inaction de l'État face à un dommage grave causé à l'environnement d'un groupe ethnique (en raison de son interdépendance avec l'écosystème), peut contribuer de manière passive à la perpétration d'un ethnocide. Cela consiste en la disparition forcée d'une ethnie en raison de la destruction de ses conditions de vie et de son système de croyances. Selon cette perspective constitutionnelle, la CCC souligne que l'omission du devoir de restauration des ressources naturelles de la part des entités officielles chargées de la surveillance de l'environnement, constitue une menace directe pour les droits fondamentaux à la vie et à la non-disparition forcée des communautés indigènes.

La Cour a donc décidé de protéger les droits de la communauté indigène. En conséquence, elle a ordonné à la Corporation nationale pour le développement du Choco que « dans le terme de 48 heures à partir de la notification de la présente

⁹³⁷ *Ibid.* §. 11

⁹³⁸ *Ibid.* §. 13

décision, commence à réaliser les actions nécessaires destinées à restaurer les ressources naturelles touchées par les activités d'abattage forestier illicites effectuées sur le territoire de la communauté Embera-Catio de la rivière Chajerado ».

Également, dans l'affaire T-769 de 2009, la CCC a signalé que les territoires des communautés indigènes ont été mis en danger car la durée du projet *Mandé Norte* (trente années pouvant être prorogées de 30 années) impliquerait d'importants dommages environnementaux. « On pourrait évoquer par exemple la perturbation des endroits où les rivières naissent, la pollution de l'air avec des gaz acides, la production des résidus solides et la déforestation. Cela a des conséquences négatives sur l'équilibre écologique d'une zone caractérisée par une des biodiversités les plus importantes du monde. Également, la santé et les économies des différentes communautés autochtones en seraient impactées⁹³⁹ ».

À l'occasion de l'affaire T-129 de 2011, la CCC a souligné que l'exploitation des ressources naturelles ne peut pas se faire au détriment du bien-être individuel ou collectif, et il ne peut pas non plus occasionner des dommages à la diversité et à l'intégrité de l'environnement⁹⁴⁰. Le développement durable fait donc partie des principes constitutionnels garantissant que : le bien-être de l'individu ainsi que la production économique se réalisent en harmonie et non de façon préjudiciable pour la nature⁹⁴¹.

⁹³⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-769 de 2009. *Op. Cit.*

⁹⁴⁰ Dans cet arrêt, la Cour parle de la Constitution verte ou écologique et de la Constitution culturelle qui font partie intégrante de la Constitution Politique du Pays. Concernant la première, elle est constituée par toutes les dispositions régulant les rapports entre la société et la nature et visant la protection de l'environnement. En interprétant cette constitution, la Cour dit « En conclusion, le rapport de l'être humain avec l'environnement ne peut pas continuer à être anthropocentriste. Ce type de rapport est la source de l'autodestruction. Il est donc indispensable de comprendre que tout est lié de façon holistique et que la protection va plus loin que le simple aspect normatif car ce n'est pas seulement la survie de l'espèce humaine qui est en jeu mais la vie elle-même ». La Constitution écologique a été développée dans les arrêts T-411 de 1992, C-305 de 1995, C-671 de 2001, T-760 de 2007, C-750 de 2008, C-944 de 2008, C-443 de 2009, T-356 de 2010 et C-525 de 2010. Concernant la Constitution culturelle, la Cour dit que le constituant de 1991 a établi la culture comme un pilier qui demande une protection spéciale. La constitution Politique consacre un large ensemble de normes destinées à protéger la diversité culturelle en tant que valeur fondamentale de la Nation Colombienne. Cela se constitue dans l'axe de la Constitution culturelle. De même que la Constitution écologique elles partent d'une interprétation systématique, axiologique et finaliste de ces dispositions normatives. Sur cette question voir les arrêts C-742 de 2006, C-434 de 2010 et C-639 de 2009.

⁹⁴¹ Ce principe est établi dans les articles 332, 333 et 336 de la C.P, et dans les principes 1, 2 et 3 de la Déclaration de Rio.

En conclusion, pour la CCC, il n'est pas tolérable que le système productif porte atteinte à l'environnement en exploitant les ressources et en produisant des déchets de façon illimitée. On doit donc chercher la satisfaction des besoins présents sans pour autant mettre en péril la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins⁹⁴².

Sur le continent, d'autres juges nationaux ont prononcé des décisions allant dans le même sens. Le tribunal administratif costaricain a prononcé par exemple la nullité des décrets octroyant la concession minière à l'entreprise *Industrias Infinito*⁹⁴³. Le juge a fondé sa décision sur le principe de précaution et le principe 15 de la Déclaration de Rio⁹⁴⁴. Cette décision a notamment bénéficié aux populations autochtones qui habitaient à l'endroit où le projet minier allait être réalisé.

Un deuxième exemple est constitué par l'affaire *Chevron Texaco*⁹⁴⁵ où les communautés indigènes de la province Sucumbios de l'Amazonie équatorienne ont porté plainte contre l'entreprise Chevron Texaco, pour le versement de plus de 80 000 tonnes de résidus pétroliers sur la zone Lago Agrio pendant les années 1962-1992. Le 14 février 2011, la Cour provinciale de Sucumbios a condamné l'entreprise pétrolière à verser 9,3 milliards de dollars pour réparer les dommages environnementaux occasionnés à la biodiversité d'une partie de l'Amazonie équatorienne. En plus de cela, le juge a ordonné à l'entreprise de demander pardon publiquement aux victimes⁹⁴⁶. Ce cas a eu une forte résonance internationale. Selon Delphine Couveinhes-Matsumoto, « L'affaire *Texaco* a sensibilisé l'opinion publique aux conséquences des exploitations pétrolières et minières, et poussé les experts scientifiques à inviter sans relâche les États à protéger la biodiversité contre les

⁹⁴² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-129 de 2011. *Op. Cit*

⁹⁴³ Costa Rica, Tribunal administratif, section 4. Arrêt, n° 4399-2010, 14 décembre 2010. Citée par Couveinhes-Matsumoto, D. *Op. Cit* p. 325.

⁹⁴⁴ Le principe 15 dit « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »

⁹⁴⁵ Sur cette affaire voir : Lyons, Maxi, « A Case Study in Multinational Corporate Accountability : Ecuador's Indigenous Peoples Struggle for Redress », *Denver Journal of International Law and Policy*, 2004 vol.32, n°4, pp. 701-732

⁹⁴⁶ Corte Provincial de Sucumbios, Maria Aguinda y otros contra Entreprise Chevron Texaco, 2003-02, 14 février. Citée aussi par Couveinhes-Matsumoto, D. *Op. Cit* p. 328. Cette décision a été confirmée en appel par la Corte National de Justicia le 29 mars 2012.

activités d'extraction⁹⁴⁷». Bien que la question autochtone ne soit pas à l'origine de la décision du juge, en protégeant l'environnement, le juge a contribué à la protection de l'habitat des communautés autochtones de cette partie de l'Amazonie.

2. Le mode de vie des peuples autochtones compatible avec le développement durable

À la fin du XIXe siècle, le naturaliste John Muir était le représentant du courant qui considérait que la constitution d'aires naturelles protégées était destinée à la préservation de la nature et que cela impliquait l'interdiction de toute intervention humaine dans la gestion de ces espaces. Cette interdiction concernait non seulement les activités extractives ou agricoles, mais aussi toute activité de subsistance dont la pêche ou la cueillette⁹⁴⁸.

Albane Geslin note que cette vision de la préservation de la nature a conduit à « l'expulsion, dans les années 1960, des Iks d'Ouganda, contraignant ces populations à vivre en marge, générant de graves dégradations sociales ; à l'expulsion en 1973, de la communauté autochtone Endorois de ses terres ancestrales au Kenya. Dans les cas des Iks, la création du parc national de Kidepo Valley a eu des conséquences désastreuses, car, privée de ses espaces de chasse, cette population a été réduite à la famine, cette situation provoquant non seulement la disparition de nombreux individus, mais aussi à un « délabrement de la certitude morale » pour reprendre les propos de l'anthropologue Chantal Del Sol. ». Dans le cas des Endorois, la situation fut moins dramatique, mais le refus opposé par l'État kényan d'accéder à leurs terres ancestrales (sauf moyennant le paiement de frais d'entrée dans la réserve !)⁹⁴⁹».

⁹⁴⁷ *Ibid.*

⁹⁴⁸ Geslin, A., « Aires protégées transfrontalières et parcs pour la paix : entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle », in : Ailincă, Michaela ; Lavorel, Sabine, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Grenoble : Éd. Pedone 2013. PP. 105-120. Consulté sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00764260/document>

⁹⁴⁹ *Ibid.* p.5

Parallèlement à la conception de préservation, au début du XXe s'est développée la conception de la conservation. Gifford Pinchot est considéré comme l'un des précurseurs de cette approche. Cette approche vise « la gestion avisée des ressources naturelles sans exclure l'être humain, en lui conférant, au contraire, un rôle actif⁹⁵⁰ ».

C'est dans cette dernière optique que certaines décisions de la CCC ont été prises. Dans l'affaire T-384A de 2014, la CCC devait décider si l'État devait consulter les communautés indigènes du municipe de Taraira pour la construction du Parc National Yaigojé Apaporis sur leurs territoires. Également le tribunal devait juger si cette construction violait ou pas les droits des peuples indigènes.

Pour les représentants des indigènes, la création d'un parc naturel sur leurs territoires affectait négativement leur mode de vie et leur autonomie en tant que peuples indigènes. D'une part, ils ne pourraient plus subvenir à leurs besoins conformément à leurs pratiques culturelles comme la chasse, la pêche et l'utilisation des bois de la forêt. D'autre part, les questions concernant la circulation des personnes sur ce domaine devraient être décidées par les autorités administratives et non pas par les indigènes. Selon eux, les communautés indigènes sont les mieux placées pour protéger et participer à la conservation de l'environnement⁹⁵¹.

D'après le Ministère de l'environnement, le parc naturel satisfait la fonction écologique que la Constitution a donnée à la terre. Sa création est orientée vers la protection du patrimoine naturel et humain, dont font partie les communautés indigènes. Au contraire de l'avis des requérants, le parc en tant que mécanisme de conservation de la nature permet de protéger les lieux sacrés et l'entourage dans lequel se développent les activités de la communauté.

Dans son argumentation, la CCC réitère l'affirmation selon laquelle les communautés indigènes ont un rapport étroit avec leur environnement qui va plus loin que les

⁹⁵⁰ D'après Albane Geslin, en suivant ce point de vue, des aires protégées transfrontalières et des parcs pour la paix ont été institués. Ces aires permettent aux États d'assurer conjointement la préservation de la paix et la protection de l'environnement. *Ibid.* p. 6

⁹⁵¹ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-384A de 2014, §2.7

frontières de leurs territoires. De cette façon, les mesures qui ont des effets dans les domaines où se trouvent leurs territoires doivent faire l'objet d'une consultation préalable, même si ces domaines ne sont pas formellement considérés comme *resguardos* ou comme une propriété collective indigène⁹⁵².

Pour la CCC, les droits des peuples indigènes comme le droit à un environnement sain ont une garantie constitutionnelle. Bien que ces droits puissent se retrouver en tension, il est souvent possible de rendre compatible leur protection. D'après la Cour, il est clair que les communautés indigènes ont joué un rôle de gardiennes de l'environnement et cela est reconnu aussi par diverses déclarations (*soft law*). Par exemple, le principe 22 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 indique : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable⁹⁵³ »⁹⁵⁴.

La Cour cite la professeure Susana Borrás quand elle dit « *Par la nature même de leur mode de vie, l'existence quotidienne des peuples indigènes est fortement liée à l'utilisation de la terre et de ses ressources naturelles. En plus de dépendre de l'environnement naturel, les peuples indigènes ont un lien avec leurs terres qui fait partie intégrante de leur caractère socioculturel et de la façon dans laquelle ils se*

⁹⁵² Cet argument a été évoqué dans l'arrêt C-030 de 2008 de la Cour Constitutionnelle de Colombie

⁹⁵³ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, principes de gestion des forêts, Sommet Planète Terre. Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992. Principe 22.

⁹⁵⁴ La CCC cite aussi l'article 29-1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2006 : « Les peuples autochtones ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources. À ces fins, les États établissent et mettent en œuvre des programmes d'assistance à l'intention des peuples autochtones, sans discrimination d'aucune sorte. » Et la Déclaration de Kimberley, Sommet international des peuples autochtones sur le développement durable, Afrique du Sud, août 2002 : « As peoples, we reaffirm our rights to self-determination and to own, control and manage our ancestral lands and territories, waters and other resources. Our lands and territories are at the core of our existence - we are the land and the land is us; we have a distinct spiritual and material relationship with our lands and territories and they are inextricably linked to our survival and to the preservation and further development of our knowledge systems and cultures, conservation and sustainable use of biodiversity and ecosystem management. »

perçoivent à eux-mêmes. De cette façon, les peuples indigènes représentent la somme de la diversité culturelle et environnementale la plus importante de la planète⁹⁵⁵».

En effet, pour la CCC, il y a un consensus sur l'harmonisation de la préservation de l'environnement et la présence des communautés indigènes dans des endroits vitaux pour la défense de l'environnement. En d'autres mots, pour le haut tribunal, les peuples autochtones ne sont pas incompatibles avec un environnement protégé. Selon les propres termes de la Cour, « Il est donc souhaitable et possible de rendre compatible la conservation et la protection de l'environnement avec la capacité productive des communautés indigènes. Pour la Cour, la coexistence entre préservation de l'environnement et, les pratiques productives des peuples natifs, a été démontrée. On ne peut pas nier que dans de nombreux écosystèmes habités par ces peuples, les conditions environnementales sont considérablement meilleures que dans d'autres endroits habités par d'autres populations. Dans ces derniers, la présence humaine a occasionné des dégâts irréparables en ce qui concerne les ressources naturelles et les paysages, pouvant alors éventuellement mettre en danger la survie de l'espèce humaine⁹⁵⁶».

La Cour rappelle une précédente décision où elle affirme que la vision des peuples indigènes sur le territoire est différente de celle du reste de la population colombienne. Pour ces populations, la terre ne se limite pas à être un lieu où l'on habite et où l'on utilise de ses ressources naturelles. Cela implique que leurs techniques et leurs stratégies de gestion de l'environnement ne peuvent pas être comprises sans tenir compte des aspects symboliques qui les accompagnent et que « la science occidentale ne reconnaît pas⁹⁵⁷».

Selon la CCC, le développement du peuple aborigène ne garde pas nécessairement un lien avec le développement économique et financier obtenu avec l'exécution du

⁹⁵⁵ Borrás P. Susana; "Pueblos Indígenas y Medio Ambiente" en *Pueblos Indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Pigrau Solé A. (editor), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 111-112. Citée par la Cour constitutionnelle de Colombie. T-384A de 2014

⁹⁵⁶ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-384A de 2014, § 6

⁹⁵⁷ Voir Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt SU-383 de 2003.

projet d'exploitation des ressources. Au contraire, et à la différence du concept occidental, le « développement » pour les communautés ethniques repose sur la possibilité de réaliser son projet de vie selon sa propre cosmovision. Dans cette mesure, on ne peut pas limiter le développement de la communauté ethnique uniquement au domaine économique car il ne constitue pas nécessairement un facteur déterminant pour la réalisation effective de son projet de vie. En outre, pour le haut tribunal, « De même qu'on ne peut pas justifier l'exécution d'un macroprojet économique environnemental qui a pour objectif l'extraction des ressources des peuples autochtones avec l'argument que ces peuples vont notamment recevoir la prestation d'un service de santé, d'éducation ou la construction de routes, car ceux-ci sont des devoirs propres de l'État dont les bénéficiaires sont tous les habitants du territoire national qui inclut les minorités ethniques⁹⁵⁸ ».

La Cour poursuit en indiquant que l'on ne peut pas réduire le sens du développement d'une communauté autochtone au paiement d'une indemnisation ou d'une bonification monétaire à leurs membres. Cette situation motiverait certains membres de la communauté à abandonner le *resguardo*, et aussi à la prolifération de styles de vie contraires à la cosmovision de l'ethnie, mettant ainsi en danger l'existence de la culture et de la communauté.

La Cour cite l'exemple de la construction d'un barrage électrique sur le territoire de la communauté Embera Katio. Ce projet économique a eu des conséquences négatives pour la communauté au niveau environnemental et culturel. Concernant ces dernières, il y a eu des changements accélérés et chaotiques qui ont conduit à la perte de gouvernabilité, la perte de légitimité des autorités traditionnelles ainsi que des modifications de leur régime alimentaire et de leur système de transport. L'indemnisation qui a été fixée comme compensations aux dommages a généré chez les membres de la communauté une dépendance à l'argent, l'abandon du *resguardo* et des coutumes qui caractérisaient la culture autochtone⁹⁵⁹.

⁹⁵⁸ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-384A de 2014. *Op.Cit.* § 7.1

⁹⁵⁹ La CCC fonde ces affirmations sur l'étude réalisée par Gloria Rodriguez « la Consulta Previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia ». Selon les témoignages cités dans ce document, l'indemnisation en argent des membres de la communauté a occasionné l'abandon du territoire, l'alcoolisme et la prostitution.

D'après la Cour, il est juridiquement problématique d'imposer comme mandat général la prévalence de l'intérêt général sur les droits des communautés ethniques dans les cas d'exploitation des ressources naturelles qui se trouvent sur leurs terres. Un tel raisonnement n'offre pas la possibilité d'harmoniser les intérêts de la majorité avec celles de la communauté.

La viabilité d'un projet économique sur un territoire indigène dépend de son harmonisation avec la cosmovision, le développement et le style de vie de la communauté. La méconnaissance de cela constitue une violation des droits des indigènes et une éventuelle mise en danger de la survie de la communauté.

Cette situation peut aussi mettre en évidence que le consentement de la communauté a été vicié et qu'il a manqué de liberté et d'autonomie. Selon la Cour, si l'on a constaté l'ingérence d'une partie intéressée au processus de participation indigène, soit parce que celle-ci a altéré, modifié ou dénaturé de manière préméditée les implications réelles du projet de façon à induire en erreur la communauté, ou en donnant des éléments matériels aux membres de l'ethnie ou à ses autorités, le processus de consultation sera terminé. De tels actes constituent un abus de position dominante sur la communauté isolée du contexte occidental, et par conséquent, une violation des droits à l'autonomie et à l'autodétermination des peuples indigènes⁹⁶⁰.

La Cour a jugé que la création du parc national Naturel porterait une atteinte directe aux territoires indigènes. C'est pour cette raison que l'État se trouvait dans l'obligation de mettre en place la consultation préalable des communautés concernées. Cependant, la Cour considère que la création de ce parc n'est pas incompatible avec la propriété collective dont jouissent les communautés indigènes de Yaigojé qui habitent sur ces domaines. D'après la Cour, la protection de la biodiversité et des écosystèmes n'est pas en conflit avec les communautés indigènes qui occupent de façon ancestrale ce territoire car leur mode de vie est compatible avec la fonction écologique des parcs naturels.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

Le projet Yasuni ITT en Équateur a été formulé dans cette même logique. Le parc national Yasuni a été créé sur le champ pétrolier Ishpingo Tambococha Tiputini. Il est situé dans une zone de la forêt amazonienne concentrant la plus grande biodiversité de la planète.⁹⁶¹ L'Unesco a déclaré le parc comme une réserve mondiale de la biosphère. Le parc intègre aussi le territoire de la communauté Huaorani. « Il combine ainsi trois caractéristiques : il recèle une biodiversité de grande valeur, il fournit un habitat à une communauté autochtone relativement nombreuse, et il est très riche en pétrole⁹⁶² »⁹⁶³.

Dans ce contexte, le gouvernement équatorien a formulé le projet de faire de ce parc une réserve naturelle où toute activité minière et pétrolière serait interdite. D'une part, les entreprises ont manifesté leur désaccord car selon elles, la protection de cette zone représentait une perte de revenus sur ce qui pouvait être généré et qui pouvait contribuer au développement économique du pays. D'autre part, les populations locales et les organisations de défense de l'environnement étaient quant à elles d'accord avec le projet dans la mesure où elles voyaient dans l'exploitation de ces ressources naturelles une menace pour la vie des communautés et la biodiversité⁹⁶⁴.

Le 24 septembre 2007, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, le Président équatorien Rafael Correa a annoncé son projet⁹⁶⁵. Il envisage deux objectifs : protéger les droits des peuples autochtones et plus particulièrement ceux des

⁹⁶¹ Couveinhas-Matsumoto, D. *Op. Cit.* p. 160

⁹⁶² Les réserves pétrolières sont estimées à 846 millions de barils pour une durée d'exploitation d'environ de treize ans.

⁹⁶³ *Ibid.* p. 161

⁹⁶⁴ *Ibid.* p. 161. Voir aussi : Fontaine, Guillaume, « le mouvement écologiste contre l'exploitation des hydrocarbures en Équateur » *Problèmes d'Amérique Latine*, 2008, n°70, pp 41-60

⁹⁶⁵ Selon les propres termes du Président Correa : « Le modèle Yasuni-ITT, impulsé par le gouvernement équatorien, évitera l'émission de 111 millions de tonnes de carbone provenant de la combustion du pétrole. Le coût d'opportunité pour l'Équateur de ne pas exploiter le pétrole est d'au moins 10 à 15 dollars par baril. Cependant, l'Équateur demande au reste de l'Humanité une contribution de seulement 5 dollars par baril, pour conserver la biodiversité, protéger les peuples indigènes en isolement volontaire qui habitent là-bas et éviter les émissions de dioxyde de carbone. Le total de la compensation sollicitée auprès du reste de l'Humanité est d'environ 4,6 milliards de dollars. Cela serait un extraordinaire exemple d'action collective mondiale pour réduire le réchauffement global, pour le bénéfice de toute la planète. » http://www.sosyasuni.org/fr/index.php?option=com_content&view=article&id=134:discours-du-prdent-correa-assembl-des-nations-unies&catid=1:nouvelles&Itemid=34

communautés en isolement volontaire, et protéger l'environnement et la biodiversité d'une partie de l'Amazonie. Le projet consistait donc, à interdire l'exploitation pétrolière de la zone, en échange du versement par la communauté internationale de la moitié des gains que l'État aurait perçue en l'exploitant.

Cependant, cette proposition n'a pas vu le jour à cause de plusieurs facteurs. D'une part, des obstacles à la mise en œuvre du Fonds Yanusi ITT se sont dressés en lien direct avec des problèmes politiques au sein du gouvernement équatorien. D'autre part, et bien que plusieurs États eussent manifesté leur intérêt pour le projet, ils n'étaient pas en mesure de s'engager à verser une contribution sur 13 ans⁹⁶⁶.

§2. Les communautés autochtones : un acteur central dans la protection de l'environnement.

Ce lien particulier entre les communautés autochtones et la protection de l'environnement a été analysé par certains auteurs. Du côté de la doctrine juridique, le professeur canadien Ghislain Otis nous propose une approche audacieuse, où il souligne l'existence d'un rapport fonctionnel entre la protection des droits de ces communautés et celui de l'environnement (1). De son côté, l'écologie politique et notamment les études de l'économiste catalan Jaon Martinez Alier sur l'écologisme des pauvres, mettent en lumière le rôle central que jouent, malgré elles, les communautés autochtones et locales dans la défense de l'environnement (2).

⁹⁶⁶ Couveinhas-Matsumoto, D. *Op. Cit.*p. 167

1. Le rapport fonctionnel entre la protection des droits des peuples indigènes et de l'environnement

Le professeur canadien Ghislain Otis souligne qu'il existe un rapport fonctionnel⁹⁶⁷ entre la protection internationale des droits des groupes sur les terres et les ressources traditionnelles, et la reconnaissance de la coutume autochtone comme source à laquelle le droit de l'environnement pourra s'abreuver⁹⁶⁸. D'après lui, « la reconnaissance et la garantie de leurs droits ancestraux sur les terres peuvent habiliter les peuples autochtones à mobiliser, si tel est leur dessein, leurs normes et institutions coutumières au service de la protection de l'environnement et du développement durable⁹⁶⁹ ».

Ghislain Otis note aussi que la reconnaissance internationale de la coutume autochtone pose la question de sa place dans le champ de la régulation environnementale. Pour lui, la Cour IDH a donné une réponse audacieuse sur la question, notamment dans les décisions où elle tient compte de la capacité des peuples autochtones d'appliquer leur droit coutumier en matière de gestion et d'exploitation des ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires⁹⁷⁰.

En analysant l'arrêt Saramaka de la Cour IDH, Ghislain Otis signale que « Les institutions et les autorités coutumières gardiennes des modes endogènes de régulation sont de la sorte protégées et l'autonomie du groupe apparaît comme un

⁹⁶⁷ Dans ce même sens, Jean Foyer nomme « alliance stratégique » la convergence d'intérêts des organisations indigènes et des organisations de conservation de la nature. Foyer, Jean, « Les multiples politiques de la diversité bio-culturelle, entre modernité alternative et rhétorique instrumentale » pp. 377-389. En : Gros, Christian et Dumoulin, David (dir), *Le multiculturalisme, Un modèle latino-américain ?* 2011, *Op.Cit.* p. 379

⁹⁶⁸ Otis, G., « Coutume autochtone et gouvernance environnementale : l'exemple du système interaméricain de protection des droits de l'homme » *Journal of Environmental Law and Practice*, 2010, p. 233

⁹⁶⁹ Cette approche fait partie du mouvement de réflexion scientifique sur le « foncier environnement » qui cherche à évaluer le rôle des systèmes fonciers traditionnels dans la régulation environnementale. Voir: Barrière, O., « Les régulations juridiques foncières et environnementales, clef de voûte du développement durable » dans Olivier Barrière, O., et Rochegude, A., (dir.), *Foncier et environnement en Afrique*, Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, Karthala, 2008,7, aux pp. 17-18. Citée par Otis, G.*Ibid.* p. 236

⁹⁷⁰ *Ibid.* p. 244

canal privilégié pour l'irruption de la coutume autochtone dans la régulation des questions environnementales⁹⁷¹». Pour lui, dans cette affaire, la Cour IDH montre que les pratiques autochtones sont compatibles avec la protection de l'environnement et le développement durable, et celles qui le sont moins, relèveront de la compétence normative de la coutume que la collectivité est libre d'adapter aux circonstances actuelles⁹⁷².

Selon Ghislain Otis, la coutume autochtone peut désormais jouer un rôle important dans la gestion des espaces et la protection de l'environnement sur les territoires autochtones des Amériques. Cela implique pour lui, que les États doivent accepter l'interaction de leur droit officiel et des ordres coutumiers autochtones dans l'élaboration des régimes de gestion, de conservation et d'exploitation des ressources naturelles qui se trouvent souvent sur les territoires autochtones. D'après lui, cette interaction se traduit dans un dialogue où se côtoient le législatif et le coutumier et « l'on peut espérer voir émerger une dynamique d'hybridation, une sorte d'ordre public écologique transculturel reflétant à la fois un rapport autochtone singulier à la terre et aux ressources et une volonté de développement économique durable des autochtones et de la population en général⁹⁷³».

2. L'écologie politique et conflits environnementaux

Les études sur l'écologie politique nous permettent de mieux décrypter les décisions de la CCC, où la défense des droits des peuples indigènes se justifie dans la mesure où leur mode de vie est compatible avec le développement durable. Les études de Jaon Martinez Alier, sur les conflits écologiques-distributifs, nous servent donc, de guide de lecture de ces décisions.

⁹⁷¹ *Ibid.* p. 250

⁹⁷² *Ibid.* p.250

⁹⁷³ *Ibid.* p. 254

J. Martinez Alier note que l'écologisme se développe en réaction à la croissance économique. Cependant, il affirme que tous les écologistes ne s'opposent pas à la croissance économique, et certains d'entre eux vont même la défendre en raison des promesses technologiques dont elle est porteuse⁹⁷⁴.

Dans ce contexte, J.M Alier distingue trois courants principaux appartenant tous au mouvement écologiste et qui ont beaucoup en commun : « Le « culte de la nature sauvage », l'« évangile de l'éco-efficacité » et l'« écologisme des pauvres. Ces courants sont les bras d'un seul fleuve, les branches d'un grand arbre ou les variétés d'une même céréale⁹⁷⁵».

Ces courants se distinguent par le rapport qu'ils entretiennent avec les différentes sciences de l'environnement comme la biologie, la conservation ou l'écologie industrielle. Également, ils ont des relations avec le féminisme, le pouvoir de l'État ou de la religion, comme avec d'autres mouvements sociaux.

Concernant le premier, *le culte de la nature sauvage*, J.M. Alier, note que la défense de la nature immaculée, de l'amour des forêts primaires et des rivières sauvages est chronologiquement le premier courant⁹⁷⁶. D'après lui, ce courant ne s'attaque pas à la croissance économique en tant que telle, et se retrouve en échec dans la majeure partie du monde industrialisé. Cependant, il mène une action de retardement qui a pour objectif de préserver ce qui reste des espaces naturels intacts en les laissant à l'extérieur du marché⁹⁷⁷. On peut trouver ces racines dans l'amour des beaux paysages et des valeurs profondes, non dans des intérêts matériels.

J.M. Alier souligne aussi, que la biologie de la conservation qui s'est développée depuis les années 1960, constitue la base scientifique de ce premier courant écologiste. Selon lui, la Convention de Rio de 1992 sur la biodiversité est donc une de ses réalisations.

⁹⁷⁴ Martinez Alier, J., *L'écologisme des pauvres, une étude des conflits environnementaux dans le monde*, Paris : Le petits matins, 2011.p. 23

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ Depuis presque un siècle John Muir et le Sierra Club des Etats-Unis incarnent le culte de la nature sauvage. *Ibid.* p. 24

⁹⁷⁷ Les réserves naturelles et les parcs naturels sont donc, un bon exemple de cette approche.

Cette défense de la nature en dehors des raisons scientifiques, est parfois fondée sur des motifs esthétiques mais aussi utilitaires⁹⁷⁸. Certains, pour leur part, défendent l'idée selon laquelle les autres espèces ont le droit de vivre, et que nous n'avons pas le droit de les exterminer. Selon, J.M. Alier, ce courant écologiste en appelle parfois à la religion⁹⁷⁹. « Il peut s'appuyer sur le panthéisme ou sur des religions orientales moins anthropocentriques que le christianisme et le judaïsme, ou choisir des événements bibliques appropriés comme l'Arche de Noé, exemple remarquable de conservation *ex situ*⁹⁸⁰ ».

Dans le continent américain, ce courant fait appel à la valeur sacrée de la nature dans les croyances et cultures autochtones. Pour J.M. Alier, on doit prendre très au sérieux le caractère sacré de la nature pour deux raisons principales : « le sacré existe réellement dans certaines cultures, et le sacré contribue à éclairer un thème central de l'économie écologique, à savoir l'incommensurabilité des valeurs. D'autres valeurs sont incommensurables avec des indicateurs économiques, mais quand le sacré fait intrusion dans la société de marché, le conflit est inévitable⁹⁸¹ ».

Ce courant défend donc la protection de toute interférence humaine dans les réserves naturelles, telles que les parcs nationaux, les parcs naturels, etc. Pour certains, on doit interdire tout type de présence humaine et pour d'autres la cohabitation avec les populations locales peut être autorisée⁹⁸².

Des biologistes et des philosophes de l'environnement intègrent ce courant. Leurs postulats ont été répandus notamment sur les continents d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine. Certaines de ces organisations siègent à Washington et Genève, comme l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), le Fonds mondial pour la nature (WWF) et The Nature Conservancy.

⁹⁷⁸ *Ibid.* p. 26

⁹⁷⁹ Selon, J.M. Alier, c'est le cas de la vie politique aux Etats-Unis. *Ibid.* p.26

⁹⁸⁰ Dans le christianisme, saint François d'Assise est aussi un exemple de ce courant. Il se souciait du sort des pauvres et de certains animaux. *Ibid.*

⁹⁸¹ *Ibid.* p. 27

⁹⁸² *Ibid.* p. 28.

Concernant *l'évangile de l'éco-efficacité*, J.M. Alier note que ce courant se préoccupe des répercussions de la croissance économique non seulement dans les zones vierges, mais aussi sur l'économie industrielle, agricole et urbaine. Selon ses propres mots : « Je l'ai baptisé ici le « credo (ou l'évangile) de l'éco-efficacité ». Il s'intéresse aux impacts écologiques et aux risques sanitaires des activités industrielles, de l'urbanisation et de l'agriculture moderne. Ce deuxième courant du mouvement écologiste se préoccupe de l'économie dans sa totalité. Il défend souvent la croissance économique, mais pas à n'importe quel prix. Il croit au « développement durable », à la « modernisation écologique » et à la « bonne utilisation » des ressources. Ses centres d'intérêt sont les répercussions de biens et la gestion durable des ressources naturelles, plutôt que la disparition des attraits de la nature et des valeurs intrinsèques⁹⁸³ ».

Le mouvement est intégré par des ingénieurs et des économistes. Selon J.M. Alier, ils coïncident en la défense de l'utilité et de l'efficacité technique dépourvue de toute notion de sacré. L'écologie devient donc une science gestionnaire qui se donne pour tâche de nettoyer les dégradations causées par l'industrialisation ou de les remédier. J.M. Alier souligne que l'éco-efficacité a été décrite comme le principal moyen pour les entreprises de contribuer au développement durable⁹⁸⁴. L'Institut Wuppertal est l'une des principales institutions de ce courant.

Enfin, *la justice environnementale et l'écologisme des pauvres*, sont nés des conflits écologiques – distributifs au niveau local, régional, national et mondial, générés par la croissance économique et les inégalités sociales. L'écologie politique entend par distribution écologique les modèles sociaux, spatiaux et temporels d'accès aux bénéfices des ressources naturelles et aux autres services proposés par l'environnement. Les déterminants de la distribution écologique sont autant, naturels (le climat, la qualité des sols, les gisements pétroliers et miniers, etc.) que culturels, sociaux et technologiques. D'après J.M. Alier, « Ces conflits concernent, par exemple, l'utilisation de l'eau, l'accès aux forêts, les seuils de pollution et le

⁹⁸³ *Ibid.* p. 32

⁹⁸⁴ *Ibid.* p. 35

commerce écologiquement inéquitable, étudiée par l'écologie politique⁹⁸⁵». Dans la plupart des cas, les acteurs de ces conflits n'utilisent pas le langage écologique.

D'après lui, ce troisième courant signale que la croissance économique a des répercussions majeures pour l'environnement ; il attire l'attention sur le déplacement géographique des ressources ainsi que des lieux pour stocker les déchets. Dans ce contexte, l'auteur note que les pays industrialisés dépendent des importations et des ressources naturelles provenant du Sud pour couvrir une partie croissante de leurs besoins⁹⁸⁶. Les frontières du pétrole et du gaz, de l'aluminium, du cuivre, de l'eucalyptus et de l'huile de palme, ainsi que les frontières de la crevette, de l'or ou du soja, reculent vers de nouveaux territoires.

Pour lui, cette évolution crée des impacts qui ne sont pas réglés par des politiques économiques ou des changements technologiques, « mais pèsent de manière disproportionnée sur certains groupes sociaux qui protestent et résistent souvent « même s'ils ne se définissent pas comme des écologistes. Certains groupes menacés en appellent aux droits territoriaux des autochtones et au caractère sacré de la nature pour défendre et préserver leurs moyens de subsistance⁹⁸⁷ ».

Cependant, le fondement principal de ce courant n'est pourtant pas le respect sacré de la nature, mais plutôt l'intérêt matériel que présente l'environnement en tant que source et condition de subsistance. « Il ne découle pas vraiment d'une préoccupation pour les droits des autres espèces ou des générations humaines futures, il traduit plutôt une préoccupation pour les humains pauvres d'aujourd'hui. Ses fondements éthiques et esthétiques ne sont pas les mêmes que ceux du culte de la nature sauvage. Son éthique naît d'une demande de justice sociale contemporaine entre les êtres humains⁹⁸⁸ ».

⁹⁸⁵ *Ibid.* p. 51

⁹⁸⁶ À ce propos, J.M. Alier indique que les Etats-Unis importent la moitié du pétrole qu'ils consomment. L'Union européenne importe presque quatre fois plus de tonnes de matières qu'elle n'en exporte, pendant que l'Amérique Latine exporte six fois plus de tonnes de matières qu'elle n'en importe. *Ibid.* p.

43

⁹⁸⁷ *Ibid.* p.44

⁹⁸⁸ *Ibid.* p. 44.

Selon ce courant, les groupes autochtones et les paysans ont souvent co-évolué de manière durable avec la nature. Ils ont garanti la conservation de la biodiversité, dans une bonne mesure grâce à leurs modes de vie et leurs différents systèmes agricoles.

Conclusion du chapitre 2

La reconnaissance de la diversité culturelle doit faire face aux dilemmes qu'implique la coexistence, dans un même État, de différents modes de développement et de différents rapports avec la terre et ses ressources naturelles. La CCC nous montre dans une jurisprudence riche et audacieuse, que le CoPLI permet de protéger cette diversité culturelle en garantissant que le développement économique du pays ne soit pas mis en œuvre en niant les droits des communautés ethniques.

Pour la CCC, l'exploitation des ressources naturelles doit être compatible avec la protection que la Constitution et le droit international donnent aux communautés indigènes. Également, dans sa jurisprudence le juge en mobilisant le discours du développement durable, a fait de ces communautés et de leurs cultures des acteurs privilégiés dans la protection d'un développement respectueux de l'environnement.

Conclusion du titre 2

Dans la formulation et mise en place de politiques de développement économique, les États qui se définissent comme des États multiculturelles, doivent prendre en compte la vision du développement qu'ont les communautés autochtones. Cela devient encore plus important quand ces politiques ou projets concernent les territoires et ressources naturelles de ces derniers.

Le paradigme de la justice interculturelle de la CCC répond aux défis qu'imposent les projets d'exploitation des ressources naturelles sur les territoires des communautés autochtones. Le CoPLI joue donc un rôle central dans la garantie d'une justice interculturelle fondé dans des dialogues interculturels.

Cette interprétation correspond à la vision du multiculturalisme, que certains auteurs appellent le multiculturalisme contre-hégémonique⁹⁸⁹ ou le multiculturalisme intégré⁹⁹⁰. Dans cette approche, l'aspect culturel et l'aspect socio-économique de la justice ne sont pas dissociés, et par conséquent la redistribution des ressources doit prendre en compte la question culturelle. La Cour va encore plus loin de cette vision de la justice, car dans sa jurisprudence la valeur d'un bien déterminé doit donc, être identifié selon les valeurs culturelles des communautés autochtones.

⁹⁸⁹ Rodriguez, C., et Baquero, C. A., *Reconocimiento con redistribucion, El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, Op.Cit. p. 40

⁹⁹⁰ Wieviorka, M., *La différence. Identités culturelles: enjeux, débats et politiques*, Op. Cit. p. 83.

CONCLUSION GENERALE

La démarche utilisée nous a permis de voir que la philosophie politique constitue un outil privilégié pour interpréter les décisions de la Cour Constitutionnelle en général et celles concernant la question autochtone en particulier. Les débats philosophiques autour de la reconnaissance de la diversité culturelle nous ont donné des éléments d'analyses particulièrement importants pour comprendre les enjeux de la constitutionnalisation de cette question et d'en tirer des conclusions.

Nous avons pu observer que la culture prend une place centrale dans une théorie de la justice, dans la mesure où l'individu se définit en bonne partie par rapport à elle. Par conséquent la reconnaissance de l'individu doit tenir compte de son appartenance culturelle, en tant que bien fondamental destinée à la formation de son identité individuelle. Dans les États caractérisés par des sociétés culturellement diverses, le modèle de justice défendu ne doit pas dissocier la reconnaissance de la redistribution, car l'injustice n'est pas seulement le déni de reconnaissance mais se traduit aussi par des conditions économiques inégales.

La question autochtone est au centre du modèle multiculturel en Amérique Latine. Les nouvelles constitutions de la région ont adopté ce modèle en dépassant le modèle moniste et assimilationniste. L'État n'est plus le symbole du monisme culturel, on parle d'un constitutionnalisme de la diversité caractérisée par la reconnaissance d'une citoyenneté multiculturelle, mais aussi des droits universels et des droits spécifiques en fonction de l'appartenance aux groupes. Dans ce nouveau contexte juridique, la Colombie a inscrit dans sa Constitution plusieurs droits à l'égard des peuples autochtones, dont le droit d'autodétermination, des droits d'autonomie territorial, gouvernementale et juridictionnelle.

Nous avons pu observer également, que le modèle du multiculturalisme décrit et interprété par la Cour Constitutionnelle de Colombie a des éléments communs avec

la théorie libérale du multiculturalisme. Ainsi, la démarche interprétative de cette Cour trouve fondement dans le dialogue interculturel entre les valeurs et normes de l'État et celles des communautés indigènes. La prise en compte de la *cosmovision* de ces communautés, comme un véritable critère d'interprétation, a permis au juge de définir certains droits constitutionnels, les dommages et les réparations selon la perspective indigène.

La jurisprudence de la CCC a mis en évidence que la reconnaissance juridique de la diversité culturelle implique de fortes tensions normatives et philosophiques entre certaines pratiques culturelles des communautés autochtones et les droits de l'homme. L'accord interculturel proposé par la CCC est une réponse appropriée et adéquate tant du point de vue juridique que philosophie pour répondre à ces tensions. L'accord respecte donc un certain équilibre entre la diversité culturelle et les valeurs universelles tout en respectant la communauté et l'individu.

En interprétant le principe de la diversité culturelle et les droits spécifiques des peuples autochtones, la CCC a donné lieu à un paradigme de justice interculturelle. Bien que des nuances soient présentes dans les argumentations formulées par la CCC on retrouve des éléments communs nous permettant de parler d'un paradigme de justice. Ces éléments sont :

- La diversité culturelle est un élément essentiel pour la société
- La communauté ethnique est un sujet (titulaire) des droits
- L'appartenance culturelle est une valeur déterminante dans la définition de l'identité individuelle et collective.
- On peut trouver un équilibre entre la diversité culturelle et l'universalité. Cet équilibre permet d'interpréter les droits universels avec un regard différencié, et de considérer également que les diverses cultures doivent respecter des valeurs communes.
- La justice interculturelle vise le vivre ensemble en protégeant l'ensemble de diverses identités individuelles et collectives.

Nous avons pu constater que le paradigme de la justice interculturelle et plus particulièrement le droit des communautés autochtones à la propriété collective de leurs territoires est mis en question par le modèle économique de l'État, fondé dans

l'extraction des ressources naturelles. Dans ce modèle la diversité culturelle et les droits qu'en découlent sont subordonnés à l'intérêt général qui vise à défendre les politiques économiques de ce modèle.

La consultation préalable libre et informée (CPLI) en tant que droit reconnu au niveau international et national est aujourd'hui la scène privilégiée où ces confrontations juridiques ont lieu. Ce droit est devenu un miroir de la tension qui comporte la diversité culturelle et le développement économique capitaliste. En outre, le fait que la CPLI ait été rédigée dans des termes larges a permis des interprétations restrictives en vers les droits des peuples autochtones en favorisant le développement des projets économiques dans leurs territoires. Ce type des interprétations affaiblit la reconnaissance des peuples autochtones car elles liment fortement les possibilités d'une redistribution des ressources naturelles adaptée à ces peuples.

Le paradigme de la justice interculturelle est donc mis à l'épreuve par le développement des projets d'exploitation des ressources naturelles sur les territoires indigènes. Une deuxième interprétation de la consultation aux peuples indigènes où l'échelle du consentement libre et informé (CoPLI) est mobilisée par le juge constitutionnel a permis de répondre à ce défi et de garantir d'une part une justice fondée dans des véritables dialogues interculturels et d'autre part, que dans la redistribution des ressources la question culturelle soit prise en compte. Autrement dit, grâce au CoPLI la justice interculturelle garantit la reconnaissance de la diversité culturelle et la redistribution des ressources culturellement adaptée. Dans cette deuxième interprétation de la consultation nous nous trouvons face à un modèle du multiculturalisme intégré ou contre hégémonique où l'aspect culturel et l'aspect socio-économique de la justice ne sont pas dissociés.

Le consensus interculturel et le CoPLI, sont donc des stratégies fortes pour consolider le paradigme de la justice interculturelle. Le premier est une manière adéquate de répondre aux défis imposés pour les valeurs universelles incarnées dans les droits de l'homme et le deuxième est une façon de protéger les peuples autochtones de l'avalanche des projets économiques sur leurs territoires.

Le discours écologiste et plus particulièrement celui du développement durable ont été mobilisés par le juge afin de renforcer la protection des peuples indigènes face à l'exploitation des ressources naturelles sur leurs territoires. Le mode de vie de ces peuples est considéré par le juge comme en étant compatible avec la protection de l'environnement et du développement durable. Cependant, nous trouvons que dans ces décisions où les droits des peuples autochtones sont protégés, leurs droits sont respectés surtout grâce au besoin de protection de l'environnement plutôt qu'à la protection de la diversité culturelle, car si le mode de vie d'un peuple autochtone n'est pas compatible avec ce modèle de développement, la décision sera peut-être différente. Autrement dit, certains discours, dont l'écologiste, peuvent être instrumentalisés par le juge ou par les peuples autochtones pour défendre leur cause.

Nous considérons que la jurisprudence de la CCC se déplace entre un modèle du multiculturalisme libéral et un modèle du multiculturalisme contre hégémonique, notamment quand le juge mobilise le CoPLI. Bien que nous estimions que la reconnaissance doit comprendre des mécanismes de redistribution adaptés à la diversité culturelle, nous croyons qu'une telle conception de la justice peut amener à des nouveaux dilemmes juridiques et philosophiques concernant l'égalité. En effet, le paradigme de la justice interculturelle dans son expression économique peut être considéré comme inégalitaire face aux besoins des populations non autochtones, car dans la redistribution de ressources naturelles le juge privilégiera le critère de la diversité culturelle sur le principe de l'égalité bénéficiant donc à un nombre moins important de personnes.

Nous avons commencé ce travail en affirmant que la philosophie prenait une place très importante dans l'interprétation constitutionnelle. Cependant, nous avons pu remarquer que le niveau de conceptualisation et de réflexion philosophique dépend de l'intérêt que le juge a dans le sens de la décision. Ainsi, plus le juge aura l'intention de faire prévaloir la question économique moins il fera référence à des arguments philosophiques ou plus ils seront implicites. Nous avons pu constater cette affirmation dans les cas de l'interprétation de la CPLI, or plus l'interprétation est restrictive des droits des peuples indigènes (afin de favoriser le développement d'un projet économique), plus les arguments purement juridiques ou techniques prendront

une place importante dans l'argumentation du juge. A contrario, quand le juge mobilise le CoPLI les arguments de contenu philosophique deviennent moins implicites, en ouvrant les portes à une argumentation plus philosophique.

Nous pouvons affirmer que selon l'intérêt de la décision, le juge constitutionnel devient un juge comme celui évoqué par Cass Sunstein, ou comme le juge décrit par Ronald Dworkin. Dans les termes de la théorie d'Andrée Lajoie, plus le juge a l'intérêt de légitimer une politique économique gouvernementale moins il fera allusion à des arguments philosophiques et plus il mobilisera des arguments juridiques ou techniques. Cependant, nous nous éloignons de ce dernier auteur, car dans les récentes décisions la CCC, le haut tribunal s'est constitué en une sorte de frein à la politique minière du gouvernement. Ces types des décisions ne sont pas un cas isolé en Colombie, elles font partie d'un débat qu'a eu lieu dans ce pays entre juristes et économistes à propos du rôle de la Cour Constitutionnelle dans l'approbation et définition de la politique économique du pays.

Enfin notre recherche nous a montré combien sont importantes les analyses interdisciplinaires de la jurisprudence constitutionnelle et combien la question autochtone représente de grands défis tant juridiques que politiques. Dans ce sens, la justice interculturelle doit pouvoir répondre aux défis qu'impose le modèle économique capitaliste et la vision utilitariste de l'égalité. Cela passe par une démarche interprétative du juge qui garantit de véritables dialogues interculturels tenant compte de la diversité des conceptions du développement économique et qui participe à la définition des politiques économiques adaptées aux réalités culturelles et besoins économiques du pays. Loin d'être un obstacle au vivre ensemble, la diversité culturelle est un élément de richesse d'une société et c'est dans ce panorama où le juge constitutionnel a un rôle très important à jouer, notamment dans la promotion des dialogues culturels respectueux du cadre constitutionnel.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Editorial Trotta, 2005

Barranco, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Madrid: Dykinson, 1996.

Bartolome, Miguel Alberto, *Procesos Interculturales, Antropología Política del Pluralismo cultural en América Latina*, Mexico: Siglo XXI Editores, 2008

Bergsmo, Morten, Rodríguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo y Saffon, María Paula (dir), *Justicia distributiva en sociedades en transición*, Oslo: Torkel Opsahl Academic Epubliser, 2012

Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza Editorial, 2004

Bonilla, Daniel, *La ciudadanía multicultural y La política del reconocimiento*, Bogotá : Ediciones Uniandes, 1999

Borrero García, Camilo, *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*, Bogotá: Cinep-GTZ, 2003

Borrero, Camilo, *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014

Botero, Catalina, Fuentes, Adriana, Jaramillo, Juan Fernando, Uprimny, Rodrigo, *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia. (1992-2005)*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Dejusticia, Andiaros, 2006

Brinks, Daniel M., and, Varun, Gauri, *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, World Bank, 2008

Comaroff, John and Comaroff, Jean, *Ethnicity.Inc.* Chicago: The University of Chicago Press, 2009

Camps, Victoria, *Concepciones de la ética*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004

Couveinhes-Matsumoto, Delphine, *Les droits des peuples autochtones et l'exploitation des ressources naturelles en Amérique latine*, Paris: L'Harmattan, 2016

De Sousa Santos, Boaventura, *De la Mano de Alicia, lo Social y lo Político en la Postmodernidad*, Bogota: Nuevo pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, 1998.

De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformacion Global, 2010

De Sousa Santos, Boaventura, y Garcia, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. COLCIENCIAS, U. Andes, U. Nacional, ICANH, Bogotá, 2001

Doyle, Cathal, et Carino, Jill, *Les peuples autochtones et les industries extractives, Mettre en ouvre le Consentement, libre, préalable et informé*, Paris: L'Harmattan, 2014

Doytcheva, Milena, *Le multiculturalisme*. Paris: La Découverte, Collection Repères, 2011

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 2002

Eberhard, Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris: Éditions des écrivains, 2002

Estrada, Jairo, *Construcción del modelo neoliberal en Colombia 1970-2004*, Bogotá: Ediciones Aurora, 2004

Fleurbaey, Marc, *Théories économiques de la justice*, Paris: Economica, 1996

Fraser, Nancy, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, Paris: La Découverte, 2011

Gamel, Claude, *Economie de la justice sociale. Repères éthiques du capitalisme*, Paris: Cujas, 1992

Garcia, Mauricio, Rodriguez Cesar, Uprimny, Rodrigo, *Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá: Norma, 2006

Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Buenos Aires: Paidós Estado y sociedad, 1990

Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Argentina: Katz Editores, 2014

Gros, Christian et Dumoulin, David (dir.), *Le multiculturalisme. Un modèle latino-américain?* Paris: Presse Sorbonne nouvelle, 2011

Guéguen, Haud, et Malochet, Guillaume, *Les théories de la reconnaissance*, Paris: La Découverte. Collection Repères, 2012

Harvey, David, *Le nouvel impérialisme*, Paris: Les prairies ordinaires, 2010

Harvey, David, *Brève histoire du néo-libéralisme*, Paris: Les Prairies ordinaires, 2014

Hayek, Friedrich Von, *Droit, législation et liberté, Volume 2 le mirage de la justice sociale*, Presses Universitaires de France, Paris, 1982

Heidenreich, Felix, et Schaal, Gary, *Introduction à la philosophie politique*, Paris: Biblis, 2012

Hennebel, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*. Bruxelles: Bruylant, 2007

Herrera, Carlos Miguel (dir.), *Le constitutionalisme latino-américain aujourd'hui: entre renouveau juridique et essor démocratique?* Paris: Éditions Kimé, 2015

Hirschman, Albert O., *Bonheur privé, action publique*, Paris: Arthème Fayard, 1982

Hirschman, Albert O., *L'économie comme science morale et politique*, Paris: Gallimard, Seuil, 1984

Honnet, Axel, *La lutte pour la reconnaissance*. Paris: Les Éditions du CERF, 1992

Iliopoulos-strangas, Julia (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne – Etude de droit comparé*, Ant. N. Atenas: Sakkoulas, 2000

Kymlicka, Will, *Filosofía Política Contemporánea*, Editorial Ariel, 1995

Kymlicka, Will, *Les théories de la justice, une introduction*, Paris: Éditions La Découverte, 1999

Kymlicka, Will et Mesure Sylvie (dir.), *Les identités culturelles*. Comprendre, N° 1, Paris : Presses Universitaires de France PUF 2000

Kymlicka, Will, *La citoyenneté multiculturelle, une théorie libérale du droit des minorités*. Paris: Editions La Découverte, 2001

Lajoie, Andrée, *Jugements de valeurs*, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1997

Lambert, Abdelgawad, Elisabeth et Martin-Chenut, Kathia, (dir.), *Reparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La Cour Interaméricaine*

pionnière et modèle? Collection de l'UMR de droit comparé de Paris (Université de Paris 1/CNRS UMR 8103) Volume 20. Paris, 2009

Lazzeri, Christian et Nour, Soraya (dir.), *Reconnaissance, identité et intégration sociale*, Nanterre: Presses Universitaires de Paris Ouest, 2009

Lenzerini, Federico, (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2008

López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis – Universidad de los Andes (2^a edición), 2006

Mac Kay, Fergus, *Le droit des peuples autochtones au libre consentement préalable et éclairé et la revue des industries extractives de la banque mondiale*, Forest People Program, 2004

Martinez Alier, Joan, *L'écologisme des pauvres, une étude des conflits environnementaux dans le monde*, Paris: Le petits matins, 2011

Martiniello, Marco, *La démocratie multiculturelle, Citoyenneté, diversité, justice sociale*, Paris: Presses de Sciences Po, 2011

Merle, Jean-Christophe, *Justice et Progrès*, Paris: Presses Universitaires de France, 1997

Mesure, Sylvie et Renault, Alain, *Alter ego: les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris: Aubier, 1999

Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1989

Nozick, Robert, *Anarchie, État et Utopie*, Paris: PUF, 2003

Parra Vera, Oscar, Aránzazu Villanueva, María y Enrique Martín, Agustín, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008

Rawls, John, *Justice et démocratie*, Paris: Seuil, 1993

Rawls, John, *Théorie de la justice*, Paris: Seuil, 1987

Rodriguez Garavito, Cesar y Rodriguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogota : Dejusticia, 2010

Rodriguez Garavito, César, Morris, Meghan (dirs.), Orduz Salinas, Natalia y Buritacá, Paula, *La consulta previa: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010

Rodriguez Garavito, César y Yukyan Lam, *Etnoreparaciones: La justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá: Documentos Dejusticia, 2011

Rodriguez Garavito, César, (dir.), *El derecho en America Latina. Un mapa para el pensamiento juridico del siglo XXI*, Buenos Aires : Siglo Veintiuno Editores, 2011

Rodriguez Garavito, César, et Orduz Salinas, Natalia, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construccion del derecho de reparacion y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá: Documentos Dejusticia, 2012

Rodriguez Garavito, César, *Etnicidad.Gov Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá: Dejusticia, 2012.

Rodriguez Garavito, César et Orduz Salinas, Natalia, *Adios rio. La disputa por la tierra, el agua y los derechos de los indigenas en torno a la represa de Urrá*, Bogotá: Colección Déjusticia, 2012

Rodriguez Garavito, Cesar, et Baquero Diaz, Carlos Andrés, *Reconocimiento con redistribucion, El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, Bogota : Coleccion Dejusticia, 2015

Renault, Emmanuel, et Sintomer Yves, (dir.), *Où en est la théorie critique ?* Paris: La Découverte , 2003

Renault, Emmanuel, *L'expérience de la injustice: Reconnaissance et clinique de l'injustice*, Paris: La Découverte, 2004

Rockhill, G. et Gomez-Muller (dir.), *Critique et subversion dans la pensée contemporaine américaine*, Paris: Éditions du félin, 2010

Rodriguez Garavito, César, Meghan Morris, Natalia Orduz y Paula Buriticá, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010

Rodríguez, César y Uprimny, Rodrigo, *Constitución y modelo económico en Colombia, hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Documento de discusión No. 2*, Bogotá: Dejusticia, 2007

Rodríguez Garavito, César, Yukyan, Lam, *Etnorreparaciones: La justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá: Documentos Dejusticia, 2011

Rodriguez, Garavito, Cesar (dir.), *El derecho en America Latina. Un mapa para el pensamiento juridico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011

Rodriguez Garavito, Cesar, Baquero Diaz, Carlos Andrés, *Reconocimiento con redistribucion. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*, Bogotá: Colección Dejusticia, 2015

Rosenberg, Dominique, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*. Paris: Librairie général de droit et jurisprudence, 1983

Sanchez Botero, Esther, *Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, Universidad de Amsterdam y UNICEF, 2007

Sandel, Michael, (1982), *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris: Seuil, 1999

Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Editorial Taurus, 2001

Sen, Amartya, *Ethique et économie*, Paris: Presses Universitaires de France, 1993

Sen, Amartya, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Paris: Odile Jacob, 2000

Sen, Amartya, *L'idée de justice*, Paris: Flammarion, 2010

Sunstein, Cass, *One Case At A time : Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge : Harvard University Press, 1999

Sunstein, Cass, *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos*, Cali : Universidad Icesi, 2010

Taylor, Charles, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris: Aubier, 1992

Tully, James, *Une étrange multiplicité, le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Bordeaux: Presses universitaires de Bordeaux, Les Presses de l'Université de Laval, 1999

Uprimny, Rodrigo, *Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía*. En Burgos Silva Germán (ed) *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá: ILSA, 2003

Uprimny, Rodrigo, Rodriguez Cesar, *Constitución y modelo económico en Colombia, hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Documento de discusión No. 2, Bogotá : Djusticia

Van Parijs, Philippe, *Qu'est-ce qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris: Seuil, 1991

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas coloniales de nuestra época*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Abya-Yala, 2009

Wieviorka, Michel, *La différence. Identités culturelles: enjeux, débats et politiques*, Paris: Editions de l'Aube, 2005

Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2001

ARTICLES ET CHAPITRES D'OUVRAGES

Abi-Saab, Georges, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in Bedjaoui, Mohammed, *Droit international : bilan et perspectives*, Paris: Pedone, 1991, T. 2, pp. 639-661.

Allard, Julie, « La « cosmopolitisation » de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme », *Dissensus, Revue de philosophie politique de l'ULg N°1*, Décembre 2008, pp. 61-83.

Alliot, Michel, « Droits de l'homme et autres traditions », *Le Courrier de Juristes-Solidarités*, 1995, Septembre, N°10, pp.1-6

Anaya, S. James y S. Todd Crider, «Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingi, Nicaragua», en *Human Rights Quarterly*, 1996,18, pp. 345-368.

Balza Alarcón, Roberto, « Tierra, territorio y territorialidad indígena. Un estudio antropológico sobre la evolución en las formas de ocupación del espacio del pueblo indígena chiquitano de la ex-reducción jesuita de San José », In: *Serie pueblos indígenas de las Tierras Bajas de Bolivia. Santa Cruz de la Sierra. 2001*

Barstow Magraw, Daniel, Baker, Laure, « Globalization, Communities and Human Rights: Community Based Property Rights and Prior Informed Consent », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol.35, 2007

Batou, Jean, « Les habits neufs de l'impérialisme », Préface du livre: Harvey, David, *Le nouvel impérialisme*, Paris: Les Prairies ordinaires, 2010.

Bausaure, Mauro, «Axel Honneth et le multiculturalisme», *Droit et Société. N° 78/2011*. pp. 339-353

Bonilla, Daniel, «Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano» En: Conferencia en el 3er seminario internacional de investigación, la investigación en ciencias sociales y estudios políticos, Universidad Nacional de Colombia, octubre 2005, Bogotá

Bonilla, Daniel, «Self-government and Cultural Identity: The Colombian Constitutional Court and the Right of Cultural Minorities to Prior Consultation» In: Bonilla, Daniel (ed), *Constitutionalism of the Global South. The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 243-290

Borrero Garcia, Camilo « ¿Multiculturalismo o interculturalidad? », in Carrillo González, Diana y Patarroyo Rengifo, Nelson Santiago (eds.), *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 67- 75.

Brunet, Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », In : Jouanjan, O., Grewe, C., Maulin, E., et Wachsmann, P. (dirs.) *La notion de justice constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, pp.115-135

Citroni, Gabriella, et Karla Quintana Osuna, « Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights », in F. Lenzerni (dir.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp.317-344.

Clérico, Laura et Aldado, Martin, « La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, Santiago, 2011, pp. 157-198

Courtis, Christian, « Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 in indigenous peoples », *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2009, Vol.6, N°.10, pp. 52-81

Cruz Rodriguez, Edwin, « Pluralisme cultural y derechos humanos : la critica intercultural » *Justicia Juris*, Vol. 8. No 2. Julio - Diciembre 2012 Pág. 41-55

De Sousa Santos, Boaventura, «La reinención del Estado y el Estado plurinacional», In *OSAL* (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, N° 22, septiembre, 2007, pp. 25-46.

De Sousa Santos, Boaventura, 1998, «Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme», *Revue Droit et société*, N°. 35, pp. 79-96

De Sousa Santos, Boaventura, Leitao, Maria Manuel, et Pedroso, Joao, « Les Tribunaux dans les sociétés contemporaines: le cas portugais », *Revue Droit et Société*, Vol. 42, N°.1, 1999, pp. 311-331

Dhommeaux, Jean, « Les Communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme », In: *Les particularisme interaméricaine des Droits de l'Homme. In l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Ludovic Hennebel et Hélène Tigrudja, (dirs.) Paris: Editions Pedone, 2009

Dworkin, Ronald, « Deben nuestros jueces ser filosofos ? Pueden ser filosofos ? » in, *Isonomia. Rev. de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°. 32 / Abril 2010, Mexico

Dossier, Axel Honneth et le droit, *Revue Droit et Société* N° 78, 2011

Eberhard, Christoph, «Au-delà de l'universalisme et du relativisme: L'horizon d'un

pluralisme responsable», *Anthropologie et Sociétés – De l'anthropologie des moralités à l'éthnoéthique*, 2009a, Vol. 33, N° 3, pp. 79-100.

Eberhard, Christoph (dir), «Le Droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau», numéro thématique de la *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, 2002, N°49, pp. 346.

Eberhard, Christoph, «Les droits de l'homme au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris - Origines et développements d'une problématique », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, 1998, N° 23, pp. 23 – 34.

Eberhard, Christoph, «Les droits de l'homme face à la complexité: une approche anthropologique et dynamique», *Revue Droit et Société*, 2002, N° 51/52, p 455-486.

Fischer, Georges, «La souveraineté sur les ressources naturelles », *A.F.D.I.*, N° 8, 1962, pp. 516-528.

Foreo, Clemente, « Descentralización y Ordenamiento Territorial ». J. J. Vieco et al. (Edit.), *Territorialidad Indígena y Ordenamiento en la Amazonía*, Bogotá, Colombia: Instituto Amazónico de Investigaciones Unibiblos, 2000

Foyer, Jean, « Les multiples politiques de la diversité bio-culturelle, entre modernité alternative et rhétorique instrumentale », en: Gros, Christian et Dumoulin, David (dir), *Le multiculturalisme, un modèle latino-américain ?*, Paris: Presses Sorbonne nouvelle, 2011, pp. 377-389.

Fuentes, Carlos Ivan, « Universalidad y diversidad en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa », *Revista CEJIL*. N° 69, Septiembre 2006

Gallardo Rivas, Maria Belén, « Droits des peuples: la nouvelle loi sur la consultation préalable des peuples indigènes au Pérou », en: *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 juin 2012.

Gargarella, Roberto, « Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación », *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Enero-Marzo, 1997, vol.36, N°144.

Geslin, Albane, «Aires protégés transfrontalières et parcs pour la paix: entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle », In Ailinka, Michaela; Lavorel, Sabine, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Grenoble: Éd. Pedone, 2013, pp. 105-120.

Geslin, Albane, «La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative», *Annuaire Français de Droit International, CNRS*, 2011, LVI (année 2010), pp.658-687.

Gomez-Muller, Alfredo et Rockhill, Gabriel à Will Kymlicka, en: *Critique et subersion dans la pensée contemporaine américaine*, 2010, p. 182.

Gonzales Estrada, Tomas, « Qué paso con la locomotora-minero-energetica ? : Bogotá: *Revista Protafolio*, Agosto 11 de 2015.

Habermas, Jurgen, « La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de derecho », *Revista de Filosofia*, N° 15, 1997, pp. 25-47.

Heller, Agnes, «What Is and What Is Not Practical Reason? Philosophy and Social Criticism», Boston, vol. 14, nos 3-4, 1988, 391-411. Reprinted in D. Rasmussen, ed. *Universalism VS. Communitarianism (Contemporary Debates in Ethics)* Cambridge, London: MIT Press, 1990, pp. 163-183.

Hennebel, Ludovic, « La Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme: entre particularisme et universalisme », In: *Les particularisme interaméricaine des Droits de l'Homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Hennebel, Ludovic, et Tigrudja, Hélène, (dirs.) Paris: Editions Pedone, 2009.

Herreno Hernandez, Libardo, « Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia », In: *Revista El otro derecho*, N°. 31-32. Bogotá: ILSA, Agosto de 2004.

Hible, Jean-Jacques, « Le droit à la consultation préalable des communautés indigènes et la position novatrice de la Cour Suprême chilienne », Les blogs pédagogiques de l'université Paris Ouest. 20 /05/2015 Consulté sur : http://blogs.u-paris10.fr/content/le-droit-à-la-consultation-préalable-des-communautés-indigènes-et-la-position-novatrice-de-l#_ftnref12

Hoekema, André, « Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario », In: *Pluralisme jurídico y alternatividad judicial*. El otro derecho. N°26-27, Abril, ILSA, 2002, pp.63-98.

Juteau, Danielle, «Penser le multiculturalisme comme projet égalitariste», en: Gros, C., et Dumoulin, D. Op. Cit. P. 48.

Le Roy, Étienne, « L'accès à l'universalisme par le dialogue interculturel », *Revue générale de droit*, 1995, vol. 26, p 5-26.

Le Roy, Étienne, «Les fondements anthropologiques des droits de l'homme - Crise de l'universalisme et post modernité», *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 1992, N° XVII - 48 (17^{ème} année- 48^e numéro)

Le Roy, Étienne, «Droits humains et développement: des visions du monde à concilier», *Revue générale de droit*, 1994, n° 25, p 445-454

Le Roy, Étienne, «L'accès à l'universalisme par le dialogue interculturel», *Revue générale de droit*, 1995, vol. 26, p 5-26.

Levacher, Claire, «Les sociétés transnationales minières face au droit des peuples autochtones. Quels acteurs, pour quels enjeux ?», Groupe International des Travail pour les Peuples Autochtone, Septembre, 2012, P. 7. Consulté sur : <http://gitpa.org/web/RAPPORT%20CLAIRE.pdf>

Maréchal, Jean-Paul, «Le développement durable: où en sommes-nous?», *Géoéconomie*, 2008/1 (n° 44), p. 5-9.

Maric, Michel, «Egalité et équité: l'enjeu de la liberté. Amartya Sen face à John Rawls et à l'économie normative», *Revue française d'économie*, vol. XI, 3, été, 1996, pp. 95-125.

Marquez Robledo, Felipe, «La Minería: 360° de impacto» *Mundo Minero*, Bogota, Marzo 23, 2013.

Otis, Ghislain, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », In: *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 39, n° 1-2, 2009, p. 105.

Otis, Ghislain, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale: l'exemple du système interaméricain de protection des droits de l'homme », In : *Journal of Environmental Law and Practice*, 2010, p. 233-254.

Ost, François, «Vers un droit universel, la fin d'un vieux rêve?», in Marcel SENN *et al.*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 121, Actes du Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale consacré au thème «Recht und Globalisierung», Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, p. 55-71.

Panikkar, R., La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental?, *Interculture*, Vol. XVII, n°1, 1984, Cahier 82, p 3-27.

Parra, Oscar, «La influencia de la visión de mundo de los pueblos indígenas en la determinación de las reparaciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: *Etnias & Política*, No. 8, Bogota: Centro de Cooperación Indígena (Cecoin).

Pineda Camacho, Roberto, « Jurisprudence constitutionnelle et dilemmes face à « l'indien acculturé » », en: Gros, Christian et Dumoulin, David, *Le multiculturalisme, Un modèle latino-américain ?* Presses Sorbonne nouvelle, Paris, 2011, P 185-198.

Porteilla, Raphaël et Dreeroche, Frédéric, «Le mouvement international des peuples autochtones: Bilan, enjeux et perspectives », Consulté sur: <http://www.institutidrp.org/contributionsidrp/peuples%20autochtones%202004.pdf>

Ramirez, Andrés, D., «El caso de la comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay», *Revista I.I.D.H.*, 2005, n°41, pp.347-364

Rinaldi, Karine, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection de droit de l'homme », in: *Les particularisme*

interaméricaine des Droits de l'Homme en l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme, sous la direction de Hennebel, Ludovic, et Tigrudja, Hélène. Paris: Editions Pedone, 2009.

Rivera, Francisco, et Rinaldi, Karine, «Pueblo Pueblo Saramaka Vs Suriname: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos», in: Revista CEJIL. N° 80 Diciembre, 2008.

Roa Roa, J.E, «Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia», *Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 101-121.

Rodriguez Garavito, Cesar y Lam, Yukyan, « Etnorreparaciones: la justicia étnica colectiva y la reparacion a pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia», en: Bergsmo, Morten, Rodriguez Garavito, César, Kalmanovitz, Pablo y Saffon, Maria Paula (dir.), *Justicia distributiva en sociedades en transicion*, Torkel Opsahl Academic Epubliser, Oslo, 2012, pp. 347-399.

Rouland, Norbert, « L'archipel des droits de l'homme » Sélection d'articles (1989-1995). LAJP. p. 198. Consulté sur : «http://rs.sqdi.org/volumes/08.1_-_rouland.pdf

Oswaldo, Ruiz Chiriboga, Gina Donoso, *Pueblos Indigenas y la Corte Interamericana : Fondo y Reparaciones*, consulté sur : <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

Sakai, Leticia, « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles : sa création, sa dynamique et son actualité en droit international» Consulté sur :

[http://www.ihedn.fr/userfiles/file/apropos/SAKAI%20\(L\)%20Le%20PRINCIPE%20DE%20LA%20SOUVERAINETE%20PERMANENTE%20SUR%20LES%20RESSOURCES%20NATURELLES%20%20exclusivité.pdf](http://www.ihedn.fr/userfiles/file/apropos/SAKAI%20(L)%20Le%20PRINCIPE%20DE%20LA%20SOUVERAINETE%20PERMANENTE%20SUR%20LES%20RESSOURCES%20NATURELLES%20%20exclusivité.pdf)

Sanchez Botero, Esther, «El ejercicio de la jurisdicción especial indígena como fuente de legitimidad del Estado colombiano », en *La legitimidad del poder en los países andino-amazónicos, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Recorrido internacional de debate y propuestas sobre la gobernanza, Perspectivas suramericanas, Encuentro de lima Perú, IRG, Febrero 2009*, Clamecy, 2011, Pp 45-63.

Sánchez Mojica, B.E., «La entidad territorial indígena ante la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en Revista Colombiana de Jurisprudencia, No. 330, 2005. Págs. 85-132.

Sánchez Mojica, B.E., «La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional», en *La Corte Constitucional: el año de la consolidación*, Observatorio de justicia constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1997, Págs. 330-353.

Santamaria, Angela, « Les peuples autochtones colombiens entre reconnaissance juridique et violence locale » In : Gros, Christian et Dumoulin, David. (dir).2011. *Le multiculturalisme, Un modèle latino-américain ?* Paris: Presses Sorbonne Nouvelle, 2011.

Serje, Margarita, « ONG,s Indios y petroleo: el caso U'WA a través de los mapas del territorio en disputa », en *Bulletin de l'Institut français d'études andines*, 32 (1) , 2003, 101-131.

Sieder, Rachel, « Pueblos indignes y derecho(s) en América Latina», en Garavito, Rodriguez, 2011,Op. Cit. P. 310.

Uprimny, Rodrigo, «Agendas economicas de modernizacion del Estado y reformas constitucionales en America Latina: encuentros y desencuentros », Document de travail cours Réforma à la Justice en Amérique latine, Master 2 Administration Droit et Territoire. Université Pierre Mendes-France, Grenoble 2. Avril 2008.

Uprimny, Rodrigo «Justicia Constitucional, Derechos Sociales y Economía: Un Análisis Teórico y una Discusión de las Sentencias de UPAC», *Universidad Nacional de Colombia 2000 Revista Pensamiento Jurídico*, 13 y 14

Uprimny, Rodrigo, «Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos», en Rodríguez, Cesar (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011

Uprimny, Rodrigo, «Les Récentes transformations constitutionnelles en Amérique Latine: un effort de créativité démocratique ? », en *La gouvernance en révolution(s), Chroniques de la gouvernance*, Paris:Institut de recherche et débat sur la gouvernance, (IRG), 2012, P.245-255

Vachon, Robert, « L'Étude du pluralisme juridique une approche diatopique et dialogal », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol., 22, N°29, 1990, pp. 163-173

Vachon, Robert, «Au-delà de l'universalisation et de l'interculturalisation des droits de l'homme, du droit et de l'ordre négocié», *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, 2000, n° 25, p 9-21.

Valencia, Mario Alejandro, « La gran minería no es un buen negocio para Colombia », en *Revista Deslinde*. Edicion 51, Nov. 2012.

Villarga, Rodrigo, «Los territorios indigenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Publicado en: *Revista CEJIL* No 2, Septiembre 2006.

Vittor, Luis, «Indigenous people and Resistance to Mining Projects», en *Revista, Harvard Review of Latin America*, Volume XIII, N°2, Winter 2014, PP.50-52.

Vrdoljak, Ana, «Reparations for Cultural Loss», In Federico Lenzerini (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Walsh, Catherine, «Hacia una comprensión de la interculturalidad», In: *Revista Tukari* No. 11: Universidad de Guadalajara, 2009, pp. 7-8.

Walsh, Catherine, «El pluralismo jurídico: el desafío de la interculturalidad», *Novamerica*, No 133, 2012, pp. 32-37.

Yrigoyen, Raquel, «El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización», en Rodríguez, Cesar (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Zizek, Slavoj, «Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional», En: Jamenson, Fredric y Zizek, Slavoj (1998). *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Buenos Aires: Paidós, pp. 137-188.

www.cholonautas.edu.pe / Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales

Thèses et memoires

Bouquet-Elkaom, Jérôme, *La construction du droit des peuples autochtones : droit international et pluralisme juridique*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Université François Rabelais, Tours, dir. Dominique Rosenberg, 2001

Couveinhes-Matsumoto, Delphine, *Les droits des peuples autochtones dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles en Amérique latine*. Thèse pour l'obtention du doctorat en droit international public, Université Paris 1, dir. Emmanuelle Jouannet, 2013

Eberhard Christoph, *De l'universalisme à l'universalité des droits de l'homme par le dialogue interculturel - Un défi de sortie de modernité*, Mémoire de Diplôme d'études approfondies (DEA) d'Études Africaines Option Anthropologie Juridique et Politique Université Paris I - Panthéon Sorbonne, dir., Étienne Le Roy ,1996

Gutierrez Quevedo, Marcela, *Les Wayuu, l'Etat de droit et le pluralisme juridique en Colombie*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Université d'Artois, dir., Gérard Courtois, 2010

Martin Boris, *Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme - Etude à partir du conflit opposant l'excision à l'ordre public farçais*, Mémoire de "DEA "Études Africaines", Université de Paris I - Panthéon Sorbonne, 1996

Rey Cruz, Fernando Alberto, *El consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas y tribales. Derecho fundamental autonomo y poder de veto?*, Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de : Magíster en Derecho -

Profundización en Derecho Constitucional-, Universidad Nacional de Colombia, dir., Camilo Alberto Borrero García, 2013

Articles de Presse

Cardenas, Diego Hernan, « U'wa no desaparecieron por culpa de OXY », *El Tiempo*, 2 février 1997.

Motta Vargas, Ricardo, « Suicidio en los U'wa », *El Tiempo*, 27 janvier 1998, Bogota.

Pulgarín, Carlos, « En Urrá debe primar el interés de la mayoría », *El Tiempo*, 1 de agosto 1998

El Tiempo, « Lamento embera llegó a pie al Minambiente », 18 de diciembre de 1999

Holmnes, Rudolf, « El desarrollo minero », *El Tiempo*, Bogota, 23 febrero, 2012

« Dos miradas de la minería », *El Espectador*, Bogota, 10 février 2013.

El Espectador, « Cuando la justicia indígena se impone », Nacional, Dom, 02 /09/2014. Colombia.

« Corte Constitucional frena en seco la locomotora minera » *El Espectador*, Bogota, 11 juin 2016

Baquero, Carlos Andrés, « Y ahí vuelve la burra al trigo », *Revista semana*, Bogota, 31 de enero 2014

Communications et rencontres académiques

Sanchez Botero, Esther, « Justicia multiculturalismo y pluralismo jurídico ». Comunicación présentée dans le *Primer Congreso Latinoamericano « Justicia y Sociedad »*, Université National de Colombie, 20 al 24 de octubre, Bogota. P. 6

Walsh, Catherine « La problemática de l'interculturalidad y el campo educativo » Comunicación présentée dans le : Congreso de la OEI, multiculturalismo, identidad y educación, 16 de Abril 2002. Universidad Andina Simon Bolivar, Quito, Ecuador

Jurisprudence :

Cour Constitutionnelle de Colombie:

T-380 de 1993, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz

T-254 de 1994, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz

C-139 de 1996, M.P., Carlos Gaviria Diaz

T-349 de 1996, M.P., Carlos Gaviria Diaz

SU-039 de 1997, M.P., Antonio Barrera Carbonell

T-523 de 1997, M.P., Carlos Gaviria Diaz

T-652 de 1998, M.P., Carlos Gaviria Diaz

SU-510 de 1998 M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz

T-030 de 2000, M.P., Fabio Moron Diaz

C-891 de 2002, M.P., Jaime Araujo Renteria.

SU-383 de 2003, M.P., Alvaro Tafur Galvis

T-558 de 2003, M.P., Clara Inés Vargas Hernandez

T-679 de 2005, M.P., Humberto Antonio Sierra Porto

C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

T-880 de 2006, M.P., Alvaro Tafur Galvis

C-030 de 2008, M.P., Rodrigo Escobar Gil

C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Auto 004 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Auto 005 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

T-154 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

T-1045 A de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

T-129 de 2011, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio

C-366 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljaub

C-192 de 2012, M.P. Maria Victoria Calle Correa

T-384A de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

T-766 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Conseil d'État de Colombie

Consejo de Estado, Sala Plena du contencioso administrativo, sentencia 673, 4 marzo de 1997, M.P. Libardo Rodriguez Rodriguez

Systeme interamericain des Droits de l'Homme

Commission interamericaine des droits de l'homme

CIDH, *Comunidades Indígenas Enxet- Lamexay y Kayleyphapopyet-Riachito vs. Paraguay*, Solución Amistosa 1999

CIDH, *Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solución Amistosa, 2003

CIDH, *Mercedes Julia HuenteaoBeroiza y Otras vs. Chile*, Solución Amistosa, 2004

CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009

Rapports

CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009

CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004,

CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002,

CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, 22 fevrier de 2000

Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001

Corte IDH, *Comunidad IndígenaYakye Axa vs. Paraguay*, 2004

Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 2004

Corte IDH, *Medidas Provisionales Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*, 2005

Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 juin 2005

Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, 2005

Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006

Corte IDH, *Pueblo Saramaka v. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172

Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006

Corte IDH, *Interpretación de la Sentencia Saramaka v. Suriname*, 2008

Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, 2010

Cour IDH, *Pueblo indigena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 juin de 2012.

LITTERATURE INSTITUTIONNELLE

Colombie

Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67.p. 18.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) *Colombia, una nación multicultural*. Documento de la Dirección de Censos y Demografía *Su diversidad étnica*, 2007, disponible en: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf (13/04/2014).

Procuraduría General de la Nación (PGN). 2007, *Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral de víctimas individuales y grupos étnicos*. Bogotá.

Procuraduría General de la Nación (PGN). 2008. *Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral de los grupos étnicos. Fase 2*. Bogotá.

Documents d'ONG

Tomei, M. y Swepston, L. *Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*. OIT (Ginebra) / Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático (Montreal), 1996

Comision Colombiana de Juristas, Boletín N°6 : Serie sobre el derechos a la consulta de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, Agosto 18 de 2011. http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n6_consulta_previa.pdf

Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations(CEACR)

El derecho a la consulta previa, libre et informada de los pueblos indigeneas- la situacion de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru, DPLF-OXFAM. 2011

Organisation de Nations Unies (ONU)

Conseil économique et social, ONU, « Prévention de la discrimination et protection des peuples autochtones, Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles » Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 juillet 2004, Français, Original : Anglais

Conseil économique et social. Commission des Droits de l'Homme. Droits de l'homme et questions autochtones. ONU. Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations

autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2005/88. 6 janvier 2005. Français. Original : Espagnol.

Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, ONU 18o período de sesiones. Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011

Conseil des droits de l'homme, ONU, « Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions » Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, A/HRC/18/42, 17 août 2011, Français, Original : anglais.

Conseil des droits de l'homme, ONU, « Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives » A/HRC/21/55, 16 août 2012. Français, Original : anglais

Conseil des droits de l'homme, ONU, « Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et des autres entreprises, John Ruggie », A/HRC/17/31, 21 mars 2011, français, original : anglais.

Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, gobernabilidad democrática e industria extractivas. (PNUD) « Estudio de caso, Minería en territorio indígenas del Guainía en la Orinoquia y la Amazonia colombiana » Mendoza, Diana (Consultora) Noviembre 2012.

Rapports des rapporteurs spéciaux de l'ONU sur les droits des peuples autochtones

Martinez Cobo, R, *Étude sur la discrimination à l'encontre des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 1-4, 20 juin 1982

Daes, Erica-Irene, *Document de travail sur la notion de « peuple autochtone »*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996

Daes, Erica-Irene, *Prévention de la discrimination, protection des peuples autochtones et prévention de la discrimination à leur égard, Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, du 13 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30

Stavenhagen, Rodolgo, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Informe Colombia 2004

Anaya, James, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, 2009

Banque Mondiale

Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1997, L'État dans un monde en mutation*. Washington

Banco Mundial, Política Operacional OP 4.01, Evaluación Ambiental

Banco Mundial, Equipo de Gestión del Grupo, Hacia un Mejor Equilibrio: el Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas, Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas, Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, 2004

BID

Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa OP-710, Reasentamiento Involuntario, Política operativa y documento de antecedentes, 1998, V(2).

Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena, 2006

Organisation International du travail OIT

Barsh, R.L. y Bastien, K., *Negociaciones eficaces por parte de los pueblos indígenas. Guía de acción, con especial referencia a América del Norte*. OIT, Ginebra 1997, pág. 111.

Un manual, Proyecto para promover la política de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. OIT. Ginebra. 2003. P. 16

Bureau International du Travail Genève, *Manuel à l'usage des trois mandats de l'OIT, Comprendre la Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 2013.P.1 sur

Normes

Convention 169 de l'OIT relative aux peuples autochtones et tribaux, 1989

Déclarations de Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 2006

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016

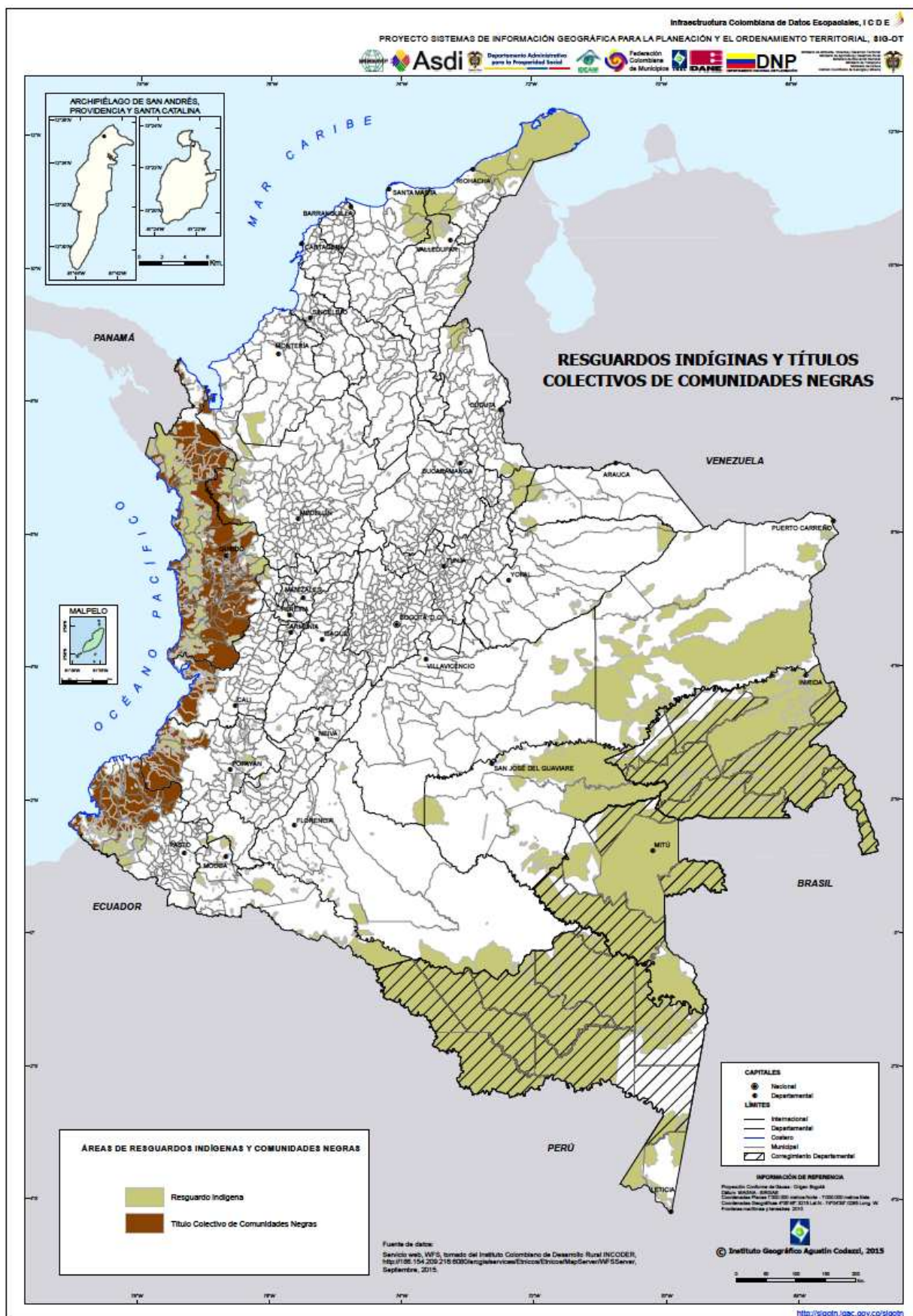
ANNEXES

Annexe 1 : Carte de populations ethniques en Colombie

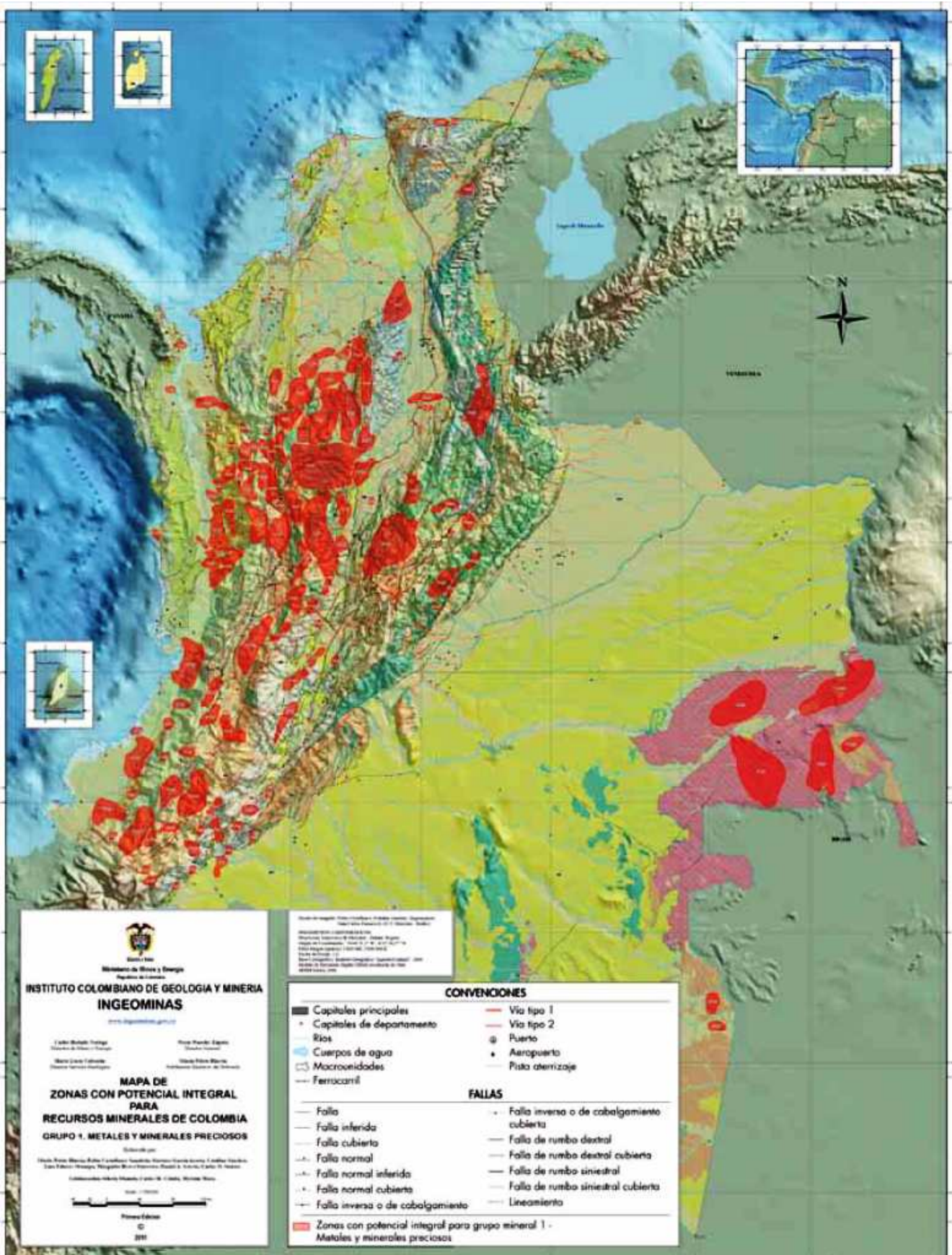
Annexe 2 : Carte de projets d'exploitation minière en Colombie

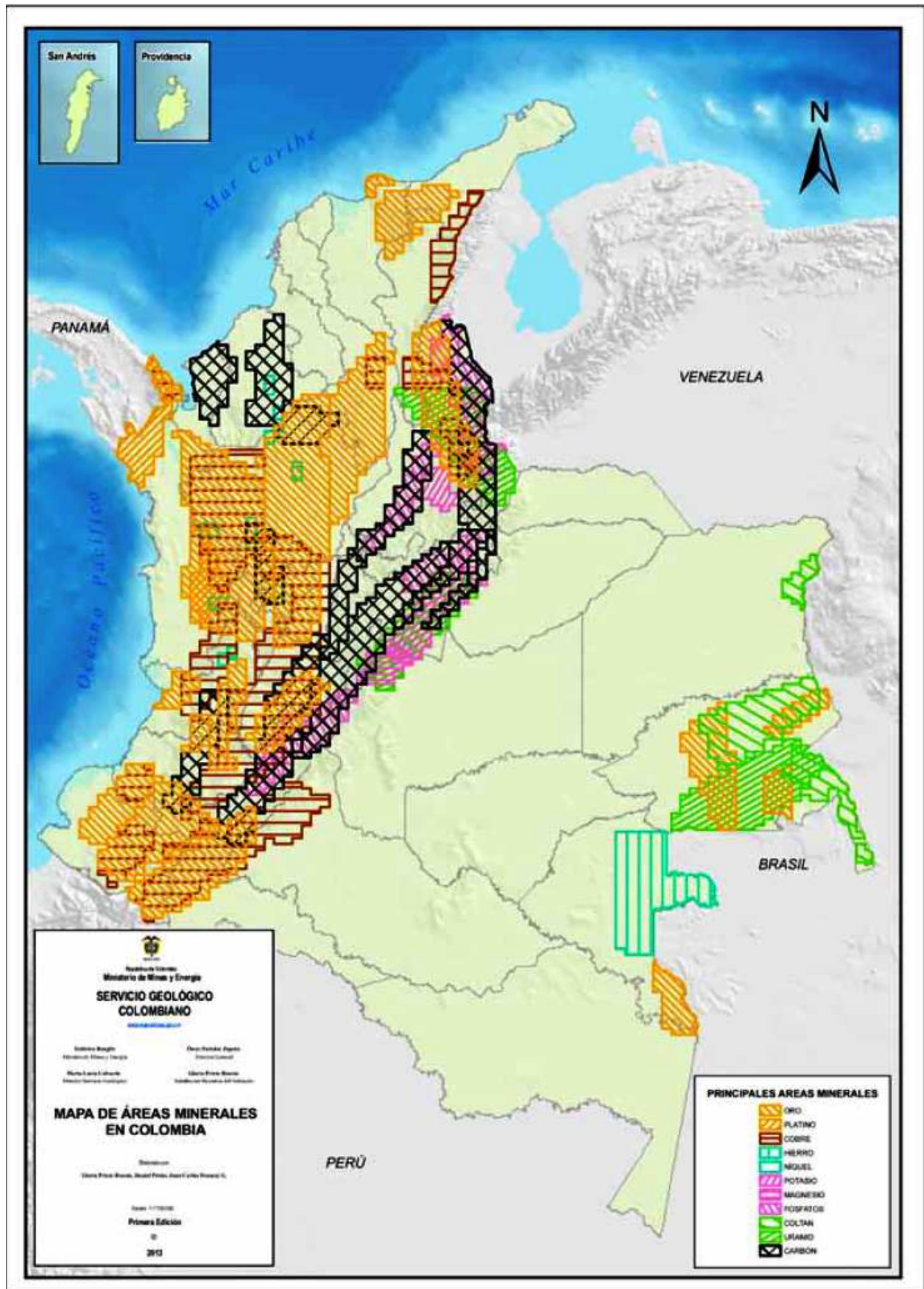
Annexe 3 : Audiencias publiques des affaires Xákmok Kásek contre le Paraguay et du cas Fernández Ortega contre le Mexique à la Cour IDH

ANNEXE 1 : CARTE DE POPULATIONS ETHNIQUES EN COLOMBIE



ANNEXE 2 : CARTES DE PROJETS D'EXPLOITATION MINIERE EN COLOMBIE





ANNEXE 3 : AUDIENCES PUBLIQUES DES AFFAIRES XÁKMOK KÁSEK CONTRE LE PARAGUAY ET DU CAS FERNÁNDEZ ORTEGA CONTRE LE MEXIQUE A LA COUR IDH

Les audiences publiques du cas Xákmok Kásek contre le Paraguay et du cas Fernández Ortega contre le Mexique, Cour IDH.

Les tribunaux internationaux sont un espace idéal pour l'analyse de la rencontre entre les différentes conceptions du monde. En effet, au cours du processus judiciaire, deux conceptions se confrontent : L'une provient des droits de l'homme et l'autre des pratiques socioculturelles non « occidentales ». La Cour IDH en tant que tribunal international de l'Amérique latine, devient un laboratoire vivant de ces rencontres.

Pendant un séjour au Pérou nous avons assisté aux auditions publiques des cas Xákmok Kásek contre le Paraguay et du cas Fernández Ortega contre le Mexique. Dans ces deux affaires, les victimes sont des Communautés indigènes. Différentes *cosmovisions* sont donc confrontées, celle contenue dans le droit occidental et celles des Communautés indigènes.

Par la suite, nous présenterons le déroulement de ces deux audiences. Nous nous efforcerons de rendre évidente la démarche interculturelle adoptée par la CIDH. Dans le commentaire final, les aspects positifs, les faiblesses et les risques d'une telle démarche culturelle seront évoqués.

L'audience publique du cas Xákmok Kásek contre le Paraguay

La Communauté Indigène Xákmok Kásek, du Peuple Enxet-Lengua, réclame à l'État du Paraguay la protection du droit à la propriété de sa terre ancestrale. Selon les membres de la Communauté, depuis 1990 la communauté a fait une demande de revendication de leurs terres à l'État, mais jusqu'à présent ils n'ont pas reçu de

réponse. Cette situation fait que la communauté ne peut pas jouir de son territoire, ce qui implique que les indigènes se trouvent dans un état de vulnérabilité alimentaire, médicale et sanitaire. Par conséquent, cette situation menace gravement la survie des membres de la Communauté et l'intégrité de cette dernière.

L'audience publique de cette affaire a été menée au Pérou le 14 avril, entre 09h et 19h. L'audience s'est déroulée en deux parties. Dans la première, pendant le matin, les témoins sont intervenus. Deux d'entre eux étaient des indigènes de la Communauté et le troisième a été l'anthropologue Rodrigo VILLARGA. De plus, un expert en matière sanitaire et une représentante de l'Institut paraguayen de l'Indigène ont participé en tant qu'experts. Dans la seconde partie, la Commission, les représentants des victimes et l'État, ont présenté ses conclusions finales.

Les indigènes Maximiliano RUIZ et Antonia RAMIREZ de la communauté Xákmok Kásek ont témoigné dans l'audience publique. Ils ont expliqué aux juges de la CIDH les problèmes de santé et d'alimentation dont souffre la population, et en général, de la situation de misère dans laquelle se trouve sa Communauté. Ils ont essayé d'expliquer, aussi, que cette situation est due au manque de terre, car ils ne peuvent pas exercer les activités pour nourrir la population, comme la chasse et l'ensemencement. Concernant leurs pratiques culturelles, ils ont raconté que leurs morts n'ont pas pu être enterrés selon les rites de leur culture. Cela, du au fait qu'ils n'ont pas de lieu destiné au cimetière. A de nombreuses occasions, ils ont dû faire des enterrements près de leurs logements.

Maximiliano RUIZ et Antonia RAMIREZ ont affirmé, aussi, qu'ils ont des problèmes pour transmettre leur culture aux nouvelles générations. Ils disent que les jeunes partent de la Communauté à la ville pour aller chercher du travail, mais ils ne reviennent jamais.

Les deux indigènes ont finalisé leurs témoignages en expliquant qu'ils habitent actuellement sur un territoire qui a été cédé par une autre communauté indigène. Toutefois, pour eux cette terre ne se correspond pas avec leur territoire ancestral.

Les interventions RUIZ et de RAMIREZ ont été faites dans leur langue le Sanapaná, et traduites simultanément en Espagnol. À plusieurs reprises, ils ont eu des difficultés pour répondre aux questions formulées par les juges ou par l'État. Apparemment ils ne réussissaient pas à comprendre la terminologie juridique utilisée par la personne qui formulait la question ainsi que l'importance juridique de leur réponse.

La commission a commencé la formulation de questions aux indigènes. Ces interrogations étaient destinées à démontrer que le manque de terre pour la Communauté menaçait sa survie en tant que groupe autochtone. En effet la terre ancestrale est nécessaire pour pratiquer les rites funéraires et culturels. Certaines des questions ont été :

- Quel est votre territoire ?
- Qu'est-ce qu'il est arrivé à leur communauté quand ils ne pouvaient plus rentrer dans leur territoire ?
- Comment fait la communauté pour se nourrir ?
- Combien de fois par jour mangez-vous ?
- Comment sont-ils pratiqués les rites cérémoniaux ? Comment enterrez-vous les morts ?

À cette dernière question le Maximiliano RUIZ a répondu : « Les chamanes doivent sortir chercher des plantes pour les remèdes. La culture est totalement perdue. Aujourd'hui on ne pratique pas la culture, sans la terre on n'en peut pas [...] les morts sont mis dans un sac et ensuite ils sont enterrés. »

Dans un deuxième temps l'État est intervenu pour poser des questions. Ses questions étaient destinées à démontrer que l'État accomplissait son obligation de protéger à la Communauté. De même, les représentants de l'État voulaient démontrer que la Communauté Xákmok Kásek n'appartenait pas réellement au peuple Enxet-Lengua, et par conséquent, que ce groupe n'avait pas une véritable identité culturelle. Donc, pour l'État les Xákmok Kásek ne peuvent pas être considérés comme une Communauté indigène.

Le représentant de l'État a formulé ses questions aux indigènes, dans la langue Sanapa. Certaines de celles-ci ont été :

- Quelle est votre langue indigène ?
- Où habitez-vous ?
- L'État vous a donné les terres où vous habitez actuellement ?
- La Communauté Xákmok Kásek a-t-elle une personne juridique ?
- Qui fourni de l'eau à la Communauté ?
- Avec quelle fréquence l'eau vous a-t-elle été fournie ?
- Dans les temps de la sécheresse la Communauté a-t-elle reçu de l'assistance ?

À ces questions Maximiliano RUIZ a répondu en disant que les fois où ils ont reçu de l'aide ont été très rares. Il a dit aussi que l'État n'a pas été celui qui a octroyé la terre où la Communauté vit, sinon un autre peuple indigène.

De la même façon que la Commission, les Représentants des victimes ont formulé leurs interrogations avec l'objectif de prouver la situation de pauvreté dans laquelle se trouve la Communauté. Ainsi ils ont voulu démontrer l'importance de la terre dans la culture indigène.

Finalement les juges ont formulé leurs questions aux témoins indigènes :

Le Juge : Existe-t-il un certain rite ou un symbole qui exprime le lien culturel de la Communauté avec sa terre ancestrale ?

À cette question l'indigène n'a pas su répondre. Elle a dit « je ne sais pas, je n'ai pas connaissance de ce dernier »

Le Juge : Comment sont guéris les enfants malades ? Utilisez-vous de la médecine traditionnelle pour guérir les enfants ?

L'indigène a répondu : « Nous utilisons des plantes médicinales quand nous n'avons pas les médicaments pharmaceutiques »

Le Juge : Comment éduquez-vous les enfants de la Communauté ?

Indigène : « nous avons deux professeurs de la Communauté qui enseignent à tous les enfants »

Le Juge : Y a-t-il des personnes de la Communauté qui sont parties ailleurs ? Ces personnes sont-elles retournées à la Communauté ?

L'Indigène a répondu : « Mes fils sont allés travailler à une colonie menonita et ils n'ont pas revenus »

Pour sa part le témoin anthropologue Rodrigo VILLARGA (RV) a expliqué que la perte de la terre a gravement affecté la Communauté. Selon lui, le lien que les indigènes établissent avec la terre est déterminant pour eux, car la terre est nécessaire pour pratiquer leurs rites et pour transmettre la mémoire historique de sa culture. D'autre part, le fait que les jeunes doivent partir de la Communauté affecte également les liens familiaux.

La Commission lui a formulé les questions suivantes :

- Quels sont les impacts culturels de la perte de la terre pour la Communauté Xákmok Kásek ?

RV : « Maintenant il y a moins de chamanes. Le problème se trouve dans le fait qu'ils ne peuvent pas continuer avec les rites d'initiation pour les nouveaux chamanes. D'autre part, les derniers chamanes qui restent vont mourir bientôt à cause de leur âge. »

- Quel a été l'impact dans les pratiques funéraires ?

RV : Dans la Communauté Xákmok Kásek, les indigènes ont besoin de s'éloigner de ce que représente la mort. Le fait qu'ils ne puissent pas enterrer leurs morts dans un lieu adéquat, implique que cette relation de séparation entre les morts et les vivants ne peut pas être donnée ».

- Quel a été l'impact sur les structures de leadership ?

RV : Le système des élections des leaders de la Communauté a dû être changé d'une façon forcée. Les chefs n'ont pas la capacité de produire du bien-être.

- Qu'est-ce qu'implique de déclarer réserve naturelle la terre des indigènes ?

RV : « Les indigènes ne peuvent pas chasser ni récolter leurs aliments selon leurs traditions.

- La procédure administrative en matière foncière de l'État du Paraguay offre des garanties pour la protection des terres des indigènes ?

RV : « Non. Il est nécessaire de donner le pouvoir aux indigènes de décider sur leur terre »

L'État a postérieurement formulé les questions au témoin VILLARGA. Ses questions étaient destinées à démontrer que la perte des coutumes et des traditions de la Communauté Xákmok Kásek, faisait d'elle un groupe des personnes qui ne pouvait pas être qualifié de Communauté indigène.

Une des questions a été:

- Comment le processus de colonisations au Paraguay a influencé la perte des traditions et de la culture des Xákmok Kásek ?

Pour finaliser les témoignages les juges ont posé les interrogations suivantes à VILLARGA :

Le Juge : Les indigènes se sentent-ils nationaux du Paraguay ? Quel est le lien qu'ils ont avec la nation ?

RV : « Ils se distinguent d'autres peuples indigènes et des Paraguayens. Ils ont une différence avec les autres Paraguayens : Ils sont citoyens paraguayens, mais non nationaux paraguayens »

Le Juge : Comment est le processus d'initiation des Chamanes de la Communauté Xákmok Káse ?

RV : « Selon la culture Xákmok Káse, en période de récolte des fruits le masculin chante toute la nuit. Dans cette période les jeunes doivent consommer des plantes qui les font s'évanouir. Le Chaman prend soin d'eux dans ce processus. Après les Chamans donne aux jeunes une autre plante pour les guérir. Cette dernière plante donnera le pouvoir aux nouveaux chamanes de soigner les membres de la Communauté. À ce même moment il y a des danses entre les hommes et les femmes. Pour les indigènes ces rites permettent l'intégration sociale, qui selon eux diminue le conflit. »

Le Juge : Dans quelles conditions a été cédée la terre où la Communauté vit actuellement ?

RV : « Ceci fait partie du droit coutumier. Les deux Communautés se sont réunies, et ils sont arrivés à un accord qui permet aux indigènes Xákmok Káse d'habiter dans une partie de son territoire et même d'exploiter des ressources. Ceci s'est produit en dehors du droit du Paraguay »

Pour terminer l'audience publique les parties ont présenté leurs conclusions :

En résumé la Commission a dit :

- Le problème juridique de ce cas, se centre dans la définition du territoire ancestral de la Communauté Xákmok Káse et dans la protection du droit à la propriété foncier.
- La relation de la Communauté indigène avec la terre est de caractère vital. Ceci a été reconnu par la jurisprudence (JP) de la CIDH.
- L'État n'a pas accompli avec ses obligations internationales de protéger aux peuples indigènes et à leurs terres.
- Le fait de placer la Communauté dans un territoire qui n'est pas son territoire ancestral, puisqu'il a été cédé par la Communauté de Corai, ne respecte pas la JP de la CIDH en la matière.
- Les conditions de misère et de pauvreté dans lesquelles se trouve la Communauté sont une négation aux DH.

La représentation des victimes, pour sa part, a demandé à la CIDH d'ordonner à l'État du Paraguay la livraison des terres ancestrales des indigènes et de même le respect de la Convention 169 de l'OIT.

Pour sa part le représentant de l'État a centré ses conclusions dans les affirmations suivantes :

- Il existe des problèmes pour déterminer la Communauté Xákmok Káse et sa culture
- La dénomination de la Communauté dans le processus devant la Cour est différente de celle de sa personnalité juridique. Ces incongruités formelles ne peuvent pas être corrigées.
- L'État se trouve dans l'impossibilité de fait d'accorder les terres que la Communauté sollicite.
- Le Paraguay reconnaît dans son droit positif la propriété privée et la propriété communautaire. La Communauté Xákmok Káse doit respecter les procédures établies dans la législation.

L'audience publique du cas Fernández Ortega contre le Mexique

Dans ce cas l'indigène Me'phaa Inès Fernández Ortega a dénoncé l'État du Mexique pour l'agression sexuelle dont elle a été victime commise par des membres de l'armée mexicaine.

L'audition publique de cette affaire a été effectuée au Pérou le 15 avril, entre 09h et 19h. L'audience s'est déroulée en deux parties. Dans la première, deux expertes sont intervenues, une psychologue experte en violence sexuelle et un anthropologue social. Dans la deuxième partie est intervenu un autre expert en la matière de violence contre les femmes. De plus, la Commission, les représentants des victimes et l'État, ont présenté leurs conclusions.

Le psychologue a expliqué que, pour mener son expertise elle a dû adapter les mécanismes qu'elle utilise normalement dans ses recherches, car l'indigène ne parlait pas l'espagnol. Il a été nécessaire pendant toute l'expertise d'avoir une traduction simultanée en Espagnol. Elle a raconté qu'à beaucoup de questions, l'indigène a répondu par des dessins.

Les résultats de son expertise ont été :

- Dans la culture Me'phaa le traumatisme est vécu à la fois au niveau individuel et au niveau collectif

- Les conditions dans lesquelles l'indigène Inés a été violée ont causé un traumatisme en elle et dans sa famille. Les militaires sont entrés dans sa maison et l'ont violé devant ses fils

- L'indigène vit un double traumatisme parce qu'elle a été isolée par les autres membres de la Communauté.

– La communauté se sent stigmatisée, car ce qui se passe à une personne arrive à toutes les autres personnes de la Communauté. La seule façon de restaurer la cohésion sociale, c'est de sanctionner les responsables.

Après l'intervention du psychologue, l'anthropologue Aida Hernández (AH) a présenté les résultats de son expertise. Hernández est docteur en anthropologie sociale, et participe dans un projet de recherche sur l'accès à la justice des femmes indigènes. Son expertise était destinée à montrer l'impact du viol d'Inés Fernández dans la Communauté Me'phaa. En résumé ce sont les résultats :

-Inés Fernández fait partie du Peuple Indigène Me'phaa. Pour ce peuple, le sens de la personne est construit avec l'appartenance à la Communauté, et en conséquence ce qui se passe à une personne arrive à la Communauté aussi. Donc le viol dont l'indigène Inés a été victime est vécu alors collectivement et non individuellement.

- En raison de cette agression sexuelle, la Communauté tout entière est malade de la maladie de la peur. Cette maladie peut seulement être guérie quand la Communauté récupérera l'harmonie. Le rétablissement est lié à la justice et à la reconnaissance des responsables.

- Inés Fernández dit que son esprit et celui de sa Communauté sont perdus.

- Inés a été stigmatisée. Chez les Me'phaa la femme est responsable de la transmission de la culture, une femme avec un corps qui a été attaqué ne peut pas transmettre de valeurs.

- Le conjoint d'Inés est aussi stigmatisé. Pour cette Communauté l'homme doit protéger sa famille. Fortunato, son conjoint, n'a pas accompli son obligation de protection.

Ensuite à la présentation de l'anthropologue, chacune des parties du processus a formulé quelques interrogations. La représentation des victimes a fait les questions suivantes :

- Existe-t-il une différence entre la violation sexuelle commise contre une femme indigène et la violation contre une autre femme qui ne l'est pas ?

AH : « Dans le cas des femmes indigènes la violation est une agression à toute la Communauté. L'agression sexuelle est vécue comme un processus communautaire »

- Quelle est-elle le rôle de la femme chez le peuple Me'phaa ?

(AH) : « Les femmes et les hommes ont un rôle complémentaire dans la Communauté. Cependant, la femme est chargée de la transmission de la culture. »

Quelles conséquences a eu la violation pour Inés et pour sa Communauté ?

(AH) : « Inés est un leader dans sa Communauté. Elle avait créé un espace de réflexion sur le rôle de la femme dans la Communauté et sur la situation de marginalisation des Indigènes Me'phaa par l'État. Quant à la Communauté, elle est malade de la maladie de la peur. »

- Qu'est-ce que représente la communauté Me'phaa pour Inés ?

(AH) : « Sa Communauté est un espace fondamental pour son identification en tant que personne. »

- Quelles doivent être les réparations aux dommages causés à Inés et à sa Communauté ?

(AH) : « L'État du Mexique doit prendre des mesures de sanction et de réparation. La punition aux responsables ferme le cycle de la maladie de la peur. Ces mesures permettront aussi que la Communauté puisse reconstruire sa relation avec l'État. On doit créer un bureau d'attention aux victimes de violence sexuelle. Dans ce bureau il doit y avoir un traducteur de langue Me'phaa, et ses fonctionnaires doivent avoir des connaissances sur cette culture.

De plus, l'État doit retirer les forces armées du territoire de la Communauté. Sa présence a été faite sans consulter le peuple indigène. Aucun des militaires ne parle la langue Me'phaa et ils ne peuvent pas communiquer avec les indigènes. La Communauté ne comprend pas la raison de la présence des forces armées sur son territoire. »

Pour sa part la Commission a formulé à Aida Hernández les questions suivantes :

- Dans la culture Me'phaa, quel est le rôle de la femme ?

(AH) : « La femme joue un rôle central dans la reproduction de la culture. Un viol sur une femme est une violation au reproducteur de la culture. Les femmes participent

également à l'économie de la Communauté. Une femme malade de la peur, est une femme qui ne peut plus travailler. »

- Comment l'État peut-il réparer les dommages provoqués à Inés ?

(AH) : « L'attention et le soutien psychologique que l'État donne à Inés doivent prendre en considération ses particularités indigènes. Il doit y avoir un soutien psychologique qui soit culturellement informé. Toute réparation doit tenir compte des particularités culturelles. La personne qui offre l'attention doit connaître la langue et la cosmovision de la Communauté Me'phaa. »

- Le système de la santé et de la justice qu'offre l'État du Mexique prend en compte les spécificités des indigènes ?

(AH) : « Non. Les indigènes se méfient du système de la santé et de celui de la justice. Les fonctionnaires de l'État ne connaissent pas la culture Me'phaa. Il existe une barrière pour l'accès de la femme indigène à la justice étatique. D'abord, les indigènes ne parlent pas l'espagnol et d'autre part, sa Communauté se trouve loin des bureaux de l'État. Dans le cas d'Inés, elle a beaucoup souffert quand elle a dû faire la dénonciation de son agression sexuelle aux fonctionnaires de l'État. D'abord ils ne parlaient pas sa langue et, de plus, ils ne comprenaient pas ses particularités d'indigène. »

L'État est postérieurement intervenu en disant que le Mexique disposait d'un système de justice auquel pouvaient accéder les indigènes et qu'il avait des traducteurs de la langue Me'phaa.

Pour finir l'étape des questions, les juges de la CIDH, ont formulé aussi quelques interrogations à l'expert anthropologue :

Le Juge : Comment l'État peut rendre justice aux indigènes si les indigènes ne font pas confiance à l'État ?

(AH) : « La Communauté Me'phaa a son propre système de résolution des conflits. Toutefois, les cas les plus graves doivent être résolus par l'État. »

Le Juge : Qu'attend la victime de la justice internationale ?

(AH) : « Inés identifie ses dommages avec l'institution de l'État. Pour elle son agression fait partie de la répression dont sa Communauté est victime. Inés croit que la CIDH est un espace plus puissant. Pour elle la CIDH peut envoyer un message à l'État du Mexique pour garantir que ce qui lui est arrivé, ne se produise plus aux autres femmes de sa Communauté. »

Le Juge : Quelles personnes considérez-vous que la CIDH doit écouter pour définir les réparations des dommages ?

(AH) : « À Inés d'abord. D'autre part les réparations ne peuvent pas être seulement destinées à elle ou à ses fils. La réparation des dommages doit se faire à toute la Communauté. »

Le Juge : Comment sont-elles les relations entre la justice de l'État et la justice communautaire ?

(AH) : « La justice de la Communauté Me'phaa fait une séparation entre les délits graves et les infractions. Les premiers doivent être résolus par l'État et les infractions sont de compétence de la Communauté. Les délits graves sont laissés à la compétence pénale de l'État. Ils ne jugent pas les cas graves parce qu'ils savent qu'ils peuvent être sanctionnés pour la violation au DH. Dans la justice indigène, la reconnaissance de l'infraction est déterminante pour la guérison. La Communauté doit récupérer la confiance en la justice de l'État pour pouvoir reconstruire sa relation avec lui. »

Finalement, dans la deuxième partie de l'audience, la Commission, les Victimes et l'État ont fait leurs conclusions. Les deux premiers ont insisté sur l'importance de tenir compte, au moment de faire les réparations des dommages la qualité d'indigène de la Victime. De plus, pour eux la Communauté doit aussi être réparée. Pour sa part, l'État a insisté sur le fait que la CIDH doit attendre que la justice nationale identifie et juge les responsables du viol.

Commentaires.

Par la suite nous ferons quelques commentaires sur les audiences publiques que nous venons de présenter. Ces audiences sont une expérience sociojuridique très riche en termes académiques, et par conséquent nous vous présenterons dans ce texte qu'une analyse non exhaustive sur ce sujet.

De la première audience, les aspects suivants nous ont semblé intéressants :

*La définition de communauté indigène est une question problématique. Le cas, Xákmok Kásek est un bon un exemple de cela. En effet, l'État du Paraguay voulait démontrer que les Xákmok Kásek ne pouvaient pas être considérés comme une

communauté indigène. Car, entre autres raisons, ils n'ont pas la personne juridique qui le prouve. Au contraire pour les représentantes des indigènes, les pratiques socioculturelles et les antécédents historiques permettent de définir les victimes comme un peuple indigène. Ainsi donc, dans cette problématique de définition, le droit (soit par des normes soit par la jurisprudence) joue un rôle déterminant dans la construction de l'identité indigène.

*La traduction dans le langage juridique des pratiques sociales et des conceptions du monde a des limites qui peuvent pénaliser les communautés indigènes, car ils vont affecter la solidité de leurs interventions durant le processus. Un exemple de cela est la réponse que l'indigène Antonia Ramirez a donnée à une des questions formulées par un des juges de la CIDH : existe-t-il un certain rite ou un symbole qui exprime le lien culturel de la Communauté avec sa terre ancestrale ? À cette question l'indigène n'a pas su répondre. Elle a dit « je ne sais pas, je n'ai pas connaissance de ce dernier »

En ce qui concerne la deuxième audience, nous pouvons mentionner les aspects suivants :

*La Cour IDH peut être un espace important pour guider les États dans l'articulation des systèmes normatifs indigènes avec les systèmes juridiques officiels. Jusqu'à présent, la Cour n'a pas pris de décision en la matière, mais le sujet a été évoqué dans l'audience quand un des juges a formulé la question suivante :

Comment sont les relations entre la justice de l'État et la justice communautaire ? La réponse de l'experte anthropologue a été : « La justice de la Communauté Me'phaa fait une séparation entre les délits graves et les infractions. Les premiers doivent être résolus par l'État et les infractions sont de la compétence de la Communauté. Les délits graves sont laissés à la compétence pénale de l'État. Ils ne jugent pas les cas graves parce qu'ils savent qu'ils peuvent être sanctionnés pour la violation au DH. Dans la justice indigène, la reconnaissance de l'infraction est déterminante pour la guérison. La Communauté doit récupérer la confiance en la justice de l'État pour pouvoir reconstruire sa relation avec lui. »

*La jurisprudence de la Cour IDH sur les droits des indigènes a établi des critères importants au moment d'interpréter le dommage généré par une violation de droits de l'homme.⁹⁹¹ Selon cette jurisprudence dans les cas de victimes indigènes, au moment d'évaluer le dommage, les spécificités culturelles de la victime doivent être prises en compte. Cette perspective d'interprétation est reprise par la Commission et par la Cour IDH au moment de formuler ses questions aux personnes qui sont intervenues dans les audiences. Nous considérons que cette approche au dommage est une contribution importante de la Cour IDH dans l'élaboration d'un droit international pluriel.

*Un aspect intéressant mis en évidence dans l'audience a été celui de la signification de la justice internationale pour les victimes. Dans l'une des réponses données par l'experte anthropologue, elle disait que Ines (la victime) *croit que la Cour IDH est un espace plus puissant. Pour elle la Cour IDH peut envoyer un message à l'État du Mexique pour garantir que ce qui lui est arrivé, ne se reproduise plus aux autres femmes de sa Communauté.*

*La Cour IDH a un potentiel important dans la promotion des transformations sociales des états qui font partie du système interaméricain. Un exemple de cela est la discussion qui a eu lieu dans l'audience du cas Fernández Ortega à propos de l'importance d'avoir un système de justice et un système de santé adapté à la réalité multiculturelle du Mexique.

En ce qui concerne la démarche interculturelle de la Cour IDH :

*Les experts jouent un rôle déterminant dans la démarche interculturelle de la CIDH, par exemple les bonnes expertises de VILLARGA et HERNANDEZ sont un appui important pour les victimes indigènes dans la traduction de leurs traditions dans le langage juridique et vice-versa.

*Les juges ont un rôle important dans la démarche interculturelle de la Cour IDH. Dans les entrevues, les avocats ont parlé de l'importance de l'équipe de travail au sein de la Cour IDH et du fait que les juges de la Cour soient engagés dans l'idée d'interpréter les violations aux DH depuis une perspective plurielle. Cela se retrouve reflété dans certains des questions formulées par eux durant les audiences :

991 Les cas Escué Zapata Vs. Colombia. Op cit. et Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Op cit.

Existe-t-il un certain rite ou un symbole qui exprime le lien culturel de la Communauté avec sa terre ancestrale ? Comment sont guéris les enfants malades ? Utilisez-vous de la médecine traditionnelle pour guérir les enfants ? Comment est le processus d'initiation des Chamanes de la Communauté Xákmok Káse ? Quelles personnes considérez-vous que la Cour IDH doit écouter pour définir les réparations des dommages ? Comment sont les relations entre la justice de l'État et la justice communautaire ?

*D'un autre côté, la normative de la plupart des pays de l'Amérique latine a facilité la mise en place de la démarche interculturelle. En effet, la majorité des nouvelles Constitutions de ce continent reconnaissent les communautés indigènes et ses systèmes normatifs. Dans cette mesure, la Cour IDH peut justifier plus facilement leurs décisions de protection des droits indigènes, car elle doit ordonner aux États de respecter leurs propres Constitutions.

*Malgré les risques que comprend la participation des victimes à l'audience, les aspects positifs sont plus importants, par exemple : l'importance de reconnaître l'indigène avec ses particularités culturelles au sein du système, et que les juges peuvent avoir un contact plus direct avec eux. D'un autre côté il vaut la peine de remarquer que le nouveau règlement de la Cour IDH, où la participation des victimes est permise dans l'audience, a commencé à régir depuis janvier de cette année. C'est donc une nouvelle expérience pour la Cour et il faudra attendre un certain temps, pour faire des évaluations plus justifiées à ce sujet.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	V
SIGLES ET ABREVIATIONS	VII
SOMMAIRE	VIII
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE. DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA DIVERSITE CULTURELLE AU PARADIGME DE LA JUSTICE INTERCULTURELLE	34
TITRE 1. LE MULTICULTURALISME : ENJEUX PHILOSOPHIQUES ET JURIDIQUES	37
<i>Chapitre 1 : La reconnaissance de l'appartenance culturelle : vers une mise en valeur de la différence culturelle ?</i>	40
Section A. l'Appartenance culturelle dans les théories de la justice : une question controversée.....	40
§1- Le débat entre libéraux et communautaristes.....	41
1. Le libéralisme rawlsien	41
2. La critique communautariste	43
§2 - Les théories de la reconnaissance	47
1. La reconnaissance chez Axel Honneth.....	48
2. La politique de la reconnaissance de Charles Taylor	49
Section B. Le multiculturalisme comme réponse	53
§1- Le multiculturalisme : un projet politique et philosophique	53
1. le modèle politique du multiculturalisme	54
2. Le multiculturalisme chez Will Kymlicka.....	57
§-2 Après le multiculturalisme.....	64
1. Le multiculturalisme entre reconnaissance et redistribution.....	64
2. Multiculturalisme ou interculturalité ?	69
<i>Chapitre 2 : Le constitutionnalisme multiculturel : la mise en valeur de la diversité culturelle.</i>	73
Section A. Le modèle latino-américain : la question indigène au centre du débat.	74
§-1 Un débat articulé autour de la question indigène.....	74
1. De l'assimilation à la reconnaissance de la différence culturelle.....	75
2. La mobilisation internationale des ONG indigènes.....	77
§-2 La réception du multiculturalisme dans les nouvelles constitutions latino- américaines.....	81

1. La nouvelle vague constitutionnelle.....	81
2. Des Constitutions ouvertes à la diversité culturelle.....	86
Section B. La Colombie, pionnière dans la reconnaissance juridique de la diversité culturelle.....	90
§1- La reconnaissance constitutionnelle de la Colombie comme un État multiculturel.....	91
1. Le statut constitutionnel de la diversité culturelle.....	91
2. L'identité culturelle : un droit fondamental.....	95
§2. Des droits spéciaux pour les peuples indigènes.....	98
1. Le droit à l'autodétermination des communautés indigènes.....	98
2. La juridiction indigène.....	102
TITRE 2. LE PARADIGME DE LA JUSTICE INTERCULTURELLE : VERS UNE JUSTE RECONNAISSANCE DE LA DIVERSITE CULTURELLE.....	111
<i>Chapitre 1 : La prise en compte de la cosmovision des peuples indigènes dans la décision du juge.....</i>	<i>113</i>
Section A. Une interprétation culturelle des droits.....	113
§-1 La conception collective de la propriété de la terre : la reconnaissance de la notion ancestrale.....	114
1. Le droit fondamental à la propriété collective de la terre.....	115
2. La reconnaissance de la notion ancestrale et spirituelle.....	119
§2- Des droits sociaux culturellement adaptés.....	123
1. Droit à l'éducation.....	124
2. Le droit à la santé.....	128
Section B. L'influence de la vision du monde des peuples indigènes dans la conception du dommage immatériel.....	132
§ 1- Le dommage immatériel.....	133
1. Le dommage culturel.....	133
2. Le dommage spirituel.....	138
§ 2- Les réparations aux dommages.....	142
1. L'élément collectif des mesures de réparation.....	142
2. La participation des victimes dans la formulation de mesures de réparation.....	146
<i>Chapitre 2 : Droits Humains versus pratiques culturelles : une diversité culturelle limitée ...</i>	<i>151</i>
Section A. Entre l'universalisme et le particularisme culturel.....	152
§1 - Les libertés fondamentales : des valeurs universelles appliquées à toutes les cultures.....	152
1. Une diversité culturelle constitutionnellement encadrée.....	153
2. Les droits individuels : des droits universels et absolus.....	158
§2- Le respect du particularisme culturel : la seule garantie de la survie des minorités culturelles.....	161

1. La maximisation de l'autonomie des communautés indigènes.....	162
2. Le droit à la survie de la culture traditionnelle.....	166
Section B. L'accord interculturel.....	170
§-1. Le droit à la vie, l'interdiction de la torture, la prohibition de l'esclavage : le consensus entre les cultures.....	171
1. Les valeurs transculturelles.....	171
2. Les droits de l'homme face au défi de la diversité culturelle.....	174
§-2. Une démarche interculturelle.....	179
1. Le cas des mineurs indigènes.....	179
2. La démarche diatopique.....	184

DEUXIEME PARTIE. AU-DELA DE LA RECONNAISSANCE LA QUESTION DE LA REDISTRIBUTION : VERS UNE REDISTRIBUTION DE LA TERRE ET DES RESSOURCES NATURELLES CULTURELLEMENT ADAPTEES..... 192

TITRE 1. DES PROJETS D'EXPLOITATION ECONOMIQUE SUR LES TERRES ANCESTRALES : LA MISE EN DANGER DE LA SURVIE ECONOMIQUE ET CULTURELLE DES PEUPLES INDIGENES. 195

Chapitre 1. Le conflit entre deux modèles de développement économique..... 197

Section A. La contradiction de la réforme de l'État en Amérique Latine : l'origine de la tension ? 198

§.1 Les nouvelles constitutions et les agendas de modernisation de l'État : des processus contraires..... 198

1. La réforme de l'État en Amérique latine : entre réformes constitutionnelles et réformes économiques..... 199

2. Deux types de réformes en contradiction 204

§2 - La politique du gouvernement fondée sur l'exploitation des ressources naturelles : la mise en péril des territoires indigènes 208

1. Les territoires indigènes victimes des économies extractives..... 208

2. La « locomotive minière » du gouvernement colombien. 212

§.1 l'affaire UWA et la politique des hydrocarbures. 218

1. L'exploitation du pétrole en territoire U'wa : la tension entre la cosmovision indigène et l'intérêt de la Nation..... 218

2. Les U'wa devant les tribunaux : la reconnaissance de la diversité culturelle subordonnée à la puissance de l'État..... 223

§.2- L'Eau, l'énergie et le peuple Embera-Katio 229

1. La construction d'un barrage électrique en territoire Embera-Katio : la diversité culturelle subordonnée à l'intérêt public..... 229

2. Les Embera-Katio devant les tribunaux : L'indemnisation des dommages, pire que les dommages en eux-mêmes..... 233

Chapitre 2 : La consultation préalable libre et informée (CPLI): un miroir du dilemme entre développement économique et reconnaissance de la diversité culturelle..... 239

Section A. La consultation préalable libre et informée (CPLI)..... 240

§-1. La CPLI dans la régulation internationale.....	240
1. La CPLI dans les instruments internationaux : L'OIT et l'ONU.....	241
2. Les organismes financiers multilatéraux.....	244
§2. Les tensions dans son interprétation et adoption.....	247
1. Une interprétation controversée depuis ses origines.....	248
2. L'adoption de la CPLI en Amérique Latine : le reflet de la tension.....	250
Section B. L'interprétation limitée de la CPLI : la reconnaissance culturelle sans redistribution.....	257
§.1 La CPLI, ni droit absolu ni droit de veto : l'autodétermination de peuples indigènes limitée.....	258
1. La CPLI n'est pas un droit absolu.....	258
2. La CPLI n'est pas un droit de veto.....	265
§.2. La formalité du droit au service du développement économique.....	269
1. La CPLI : davantage une formalité qu'un droit.....	269
2. Entre démocratisation et domination : la CPLI dans la pratique.....	273
TITRE 2. LE CONSENTEMENT PREALABLE LIBRE ET INFORME (COPLI) DES PEUPLES INDIGENES : LA GARANTIE D'UNE REDISTRIBUTION CULTURELLEMENT ADAPTEE.....	282
<i>Chapitre 1. La libre détermination dans le développement.....</i>	<i>283</i>
Section A. Le droit à la terre : un droit indissociable du droit aux ressources naturelles.....	283
§.1 Le lien particulier des peuples indigènes avec leurs ressources naturelles.....	284
1. Le droit sur les ressources naturelles : un élément inhérent du droit à la terre.....	284
2. Des ressources traditionnelles en lien avec la culture.....	288
§.2 la valeur spirituelle et culturelle des ressources naturelles.....	295
1. L'affaire Sarayaku : la protection de la valeur spirituelle de la forêt.....	295
2. Une approche interculturelle dans la définition des ressources naturelles en lien avec le droit à la terre.....	299
Section B. L'autodétermination politique et économique sur les ressources naturelles.....	301
§-1 Le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles.....	302
1. L'État souverain de ressources naturelles sur son territoire : l'origine du concept.....	302
2. La souveraineté des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles.....	306
§-2 L'industrie extractive, le développement durable et les droits des peuples autochtones.....	311
1. Les peuples indigènes dans le développement durable.....	312
2. l'industrie extractive et les peuples indigènes.....	317
<i>Chapitre 2. Le CoPLI et la justice interculturelle : vers un développement économique culturellement et écologiquement adapté.....</i>	<i>322</i>

Section A. Le CoPLI un moyen privilégié pour l'adaptation de l'exploitation de ressources naturelles à la diversité culturelle	322
§1. Le CoPLI : l'échelle de la consultation la plus protectrice des peuples indigènes	323
1. Le CoPLI dans les instruments internationaux des droits de l'homme.....	323
2. L'adoption du CoPLI par la CCC : la prise en compte de la diversité culturelle dans le développement économique.....	326
3. Le CoPLI : un effet émancipateur pour les communautés indigènes	337
§2- Vers une adaptation de la redistribution à la diversité culturelle	339
1. Harmoniser l'exploitation des ressources naturelles avec la diversité culturelle	339
2. Vers une redistribution des ressources adaptée à la différence culturelle ?	342
Section B. La protection de l'environnement et les communautés indigènes : un lien étroit	346
§-1. La participation indigène dans la préservation et la gestion durable de l'environnement	347
1. La destruction de l'environnement : une menace à l'existence des communautés autochtones.....	347
2. Le mode de vie des peuples autochtones compatible avec le développement durable	352
§2. Les communautés autochtones : un acteur central dans la protection de l'environnement.....	359
1. Le rapport fonctionnel entre la protection des droits des peuples indigènes et de l'environnement.....	360
2. L'écologie politique et conflits environnementaux.....	361
CONCLUSION GENERALE.....	368
BIBLIOGRAPHIE.....	373
ANNEXES	394
ANNEXE 1 : CARTE DE POPULATIONS ETHNIQUES EN COLOMBIE	395
ANNEXE 2 : CARTES DE PROJETS D'EXPLOITATION MINIERE EN COLOMBIE	396
ANNEXE 3 : AUDIENCES PUBLIQUES DES AFFAIRES XÁKMOK KÁSEK CONTRE LE PARAGUAY ET DU CAS FERNÁNDEZ ORTEGA CONTRE LE MEXIQUE A LA COUR IDH	398
L'AUDIENCE PUBLIQUE DU CAS XÁKMOK KÁSEK CONTRE LE PARAGUAY.....	398
L'AUDIENCE PUBLIQUE DU CAS FERNÁNDEZ ORTEGA CONTRE LE MEXIQUE	404
COMMENTAIRES.....	408
TABLE DES MATIERES	412

