

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

# La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone : regard sur l'expérience colombienne

---

Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales dans le cadre des  
exigences du programme de maîtrise en droit

**Par Charlotte Chicoine-Wilson**

**Sous la direction du professeur Ghislain Otis**

**Faculté de droit**

**Université d'Ottawa**

## Table des matières

Résumé .....	iv
Remerciements .....	v
Introduction .....	1
La lutte des peuples autochtones pour la préservation de leurs cultures juridiques.....	1
La reconnaissance étatique et la préservation de la diversité culturelle.....	3
Les effets de la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie .....	9
L'objet de recherche.....	9
La question de recherche.....	12
1. Cadre conceptuel et méthodologique .....	13
1.1. Le cadre conceptuel .....	13
1.2. Le cadre méthodologique .....	18
1.3. Le cadre analytique.....	20
2. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones en Colombie.....	28
2.1. Les rapports entre les cultures juridiques avant 1991.....	28
2.1.1. L'autonomie judiciaire autochtone durant la période coloniale.....	28
2.1.2. Le droit républicain et l'autonomie judiciaire autochtone .....	30
2.2. La réforme constitutionnelle de 1991 .....	33
2.2.1. Le contexte sociopolitique de la réforme constitutionnelle de 1991.....	34
2.2.2. Les travaux de l'Assemblée constituante .....	38
2.3. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones depuis 1991 .....	39
2.3.1. La reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle et de l'autonomie judiciaire autochtone .....	40
2.3.2. Les dispositions législatives concernant l'autonomie judiciaire autochtone .....	46
Conclusion partielle.....	51
3. La Cour constitutionnelle à l'interface des cultures juridiques étatique et autochtones .....	53
3.1. Le système de contrôle constitutionnel .....	53
3.1.1. Le rôle et les pouvoirs de la Cour constitutionnelle.....	54
3.1.2. Les recours constitutionnels concernant l'autonomie judiciaire autochtone .....	55
3.2. Le champ d'application de l'autonomie judiciaire autochtone .....	59
3.2.1. La nature et les effets de la reconnaissance constitutionnelle.....	60

3.2.2. Les éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone.....	65
3.3. Les conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone .....	78
3.3.1. La condition de conformité avec les normes et procédures internes.....	79
3.3.2. La condition de conformité avec la Constitution et les lois .....	84
Conclusion partielle.....	90
Conclusion.....	92
Annexe 1 — Dimensions et indicateurs des sociabilités de la violence, de la réconciliation et de la convivialité.....	98
Annexe 2 – Organigramme du système judiciaire colombien .....	99
Bibliographie.....	100
Articles de périodiques.....	100
Articles publiés dans des ouvrages collectifs .....	102
Ouvrages collectifs.....	104
Monographies.....	104
Conférences.....	105
Rapports .....	105
Sites web .....	105
Législation.....	106
Jurisprudence.....	107
Textes internationaux .....	109
Journaux .....	109

## Résumé

Dans plusieurs sociétés issues de la colonisation, la validité des cultures juridiques autochtones n'est pas reconnue par l'État, ce qui est à la source de problèmes tant pour les communautés autochtones que pour les individus qui les composent. Afin de remédier à cette situation, certains États, dont la Colombie, ont reconnu constitutionnellement l'autonomie judiciaire autochtone. Nous avons étudié les textes constitutionnels et législatifs colombiens, ainsi que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, afin de qualifier les rapports entre le droit étatique et la justice autochtone découlant de la réforme constitutionnelle colombienne. Pour ce faire, nous avons mobilisé un cadre analytique inspiré de la typologie des sociabilités développée par Boaventura de Sousa Santos. Nous avons ainsi pu identifier des rapports de convivialité, la reconnaissance ayant permis de faire dialoguer les institutions étatiques et autochtones, ainsi que les cultures juridiques qui les sous-tendent. Cependant, plusieurs éléments de réconciliation sont également présents, notamment parce que l'État colombien s'est octroyé le droit de contrôler l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, perpétuant ainsi l'inégalité des rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones.

## Remerciements

Mes remerciements vont d'abord au professeur Ghislain Otis dont la supervision, le soutien et les conseils m'ont permis de mener à bien ce projet de maîtrise. Je tiens également à remercier la professeure Sophie Thériault de m'avoir encouragée à poursuivre sur la voie des études supérieures alors que j'étais son étudiante au premier cycle, pour toutes les discussions que nous avons eues et pour les commentaires d'une grande pertinence qu'elle a formulés à l'égard de ma thèse. Mes remerciements s'adressent également au professeur Sébastien Grammond pour son évaluation attentive de ma thèse et pour ces commentaires éclairants. Je remercie aussi les professeures Margarida Garcia, Katherine Lippel et Marie-Ève Sylvestre pour les encouragements et l'inspiration qu'elles m'ont apportés.

Ma gratitude s'adresse également à ma famille et mes ami.e.s pour leur soutien constant sans lequel la rédaction de cette thèse aurait été une dure épreuve plutôt qu'un joyeux défi. Merci à Olfa, Thomas et Olivier pour leur gentillesse et leur humour. Merci également à Arianne, Emmanuelle et Stéphane qui ont su alléger et égayer le quotidien. Merci aussi à Pierre-Alexandre, Camille, Catherine, Eva et Hannah pour les discussions et les encouragements provenant des deux côtés de l'Atlantique. Cette thèse n'existerait probablement pas si ce n'avait été de plusieurs retraites d'écriture. Je remercie donc Karine, pour son hospitalité charlevoisienne et la table face au fleuve. Un grand merci également à Louise, Gérald et Laurent pour leur accueil lumineux à Belle-Anse. Sans oublier Geneviève et Marie-Andrée pour l'organisation de notre retraite d'écriture hivernale et tous nos échanges. Enfin, rien de tout cela n'aurait été possible sans le soutien de ma famille. Un énorme merci à mes parents et à mon frère pour leur amour et leur confiance.

Enfin, le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, du Fonds de recherche Société et Cultures du gouvernement du Québec, du gouvernement de l'Ontario, de l'Université d'Ottawa et de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones m'a permis de me consacrer à la recherche ainsi qu'à la diffusion de mes travaux au cours des deux dernières années. Je remercie donc également ces institutions pour ce coup de pouce matériel.

Il y a dans le fondement du monde  
une ecchymose.

Natasha Kanapé Fontaine

## Introduction

### La lutte des peuples autochtones pour la préservation de leurs cultures juridiques

Malgré la violence de la colonisation et ses puissants mécanismes de déstructuration sociale, nombreux sont les peuples autochtones qui conservent à ce jour une culture juridique distincte de celle de l'État<sup>1</sup>. En effet, depuis les débuts de la colonisation européenne, les peuples autochtones ont résisté aux tentatives des puissances coloniales d'annihiler leur capacité à se gouverner eux-mêmes, notamment en matière de justice<sup>2</sup>. Par conséquent, une pluralité de cultures juridiques se manifeste encore aujourd'hui dans les États issus de la colonisation, et ce malgré les postulats monistes de la société dominante selon lesquels il n'existerait pas d'autre droit que celui

---

<sup>1</sup> Nous reprenons la définition de culture juridique proposée par Ghislain Otis, selon laquelle il s'agit de « l'ensemble des valeurs, des représentations, des discours, des techniques et des institutions relatives au droit appréhendé du point de vue multiple de sa nature, de ses sources, de sa fonction et de sa mise en œuvre. » Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain Otis et al, dir, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010 aux p. 4-5 [Otis, « Cultures »].

<sup>2</sup> À ce sujet, Santos soutient que : « For most of the indigenous peoples, particularly in the Americas, their founding memory is the memory of the violation of their rights throughout modern history and their resistance in very unequal conditions. » Boaventura de Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization, And Emancipation*, 2e éd., Londres, Butterworths – Lexis Nexis, 2002 à la p. 238 [Santos, *Common Sense*]. Ce fut le cas en Colombie, où les peuples autochtones ont toujours résisté à la colonisation, à la dépossession et à l'assimilation, notamment par la force, mais également en utilisant à leur avantage les lois royales puis étatiques. Voir notamment Beatriz E. Sánchez, « El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, aux p. 13, 17 [Sánchez, « Multiculturalismo »]; Theodor Rathgeber, « Indigenous Struggles in Colombia : Historical Changes and Perspectives » dans Nancy Postero et Leon Zamosc, dir, *The Struggles for Indigenous Rights in Latin America*, Brighton, Sussex Academic Press, 2006, 105 [Rathgeber]. Pour des exemples des efforts de résistance des peuples autochtones par la voie diplomatique à divers moments de la colonisation, voir notamment Eduardo Galeano, *Mémoire du feu*, Lux, Montréal, 2013 à la p. 149; Yale D. Belanger, « The Six Nations of Grand River Territory's Attempts at Renewing International Political Relationships, 1921-1924 » (2007) 13:3 *Canadian Foreign Policy Journal* 29; Bonita Lawrence, « Rewriting Histories of the Law: Colonization and Indigenous Resistance in Eastern Canada » dans Sherene H. Razack, dir, *Race, Space, and the Law. Unmapping a White Settler Society*, Between the Lines, Toronto, 2002, p. 21.

produit par l'État<sup>3</sup>. Ghislain Otis souligne ainsi à juste titre que « la capacité de l'État à enclore totalement la vie juridique de la population dans le moule unique et impératif d'une "culture nationale" n'a jamais été avérée »<sup>4</sup>.

Aujourd'hui, la coexistence des cultures juridiques autochtones et étatique demeure problématique dans un contexte où la plupart des peuples autochtones vivent toujours une situation de subordination vis-à-vis de l'État – subordination prenant plusieurs formes, notamment politiques, juridiques et économiques<sup>5</sup>. Les peuples autochtones se mobilisent donc encore aujourd'hui pour faire valoir leur autonomie à l'encontre des velléités toujours coloniales des États au sein desquels ils vivent, notamment auprès des instances internationales et régionales<sup>6</sup>. Ces luttes trouvent écho dans les revendications menées par les peuples autochtones auprès de leur État respectif afin d'obtenir la reconnaissance de leur droit à l'autodétermination, notamment quant à l'application de leur ordre normatif. C'est le cas au Canada, où les peuples autochtones se saisissent des instances judiciaires étatiques et formulent des arguments

---

<sup>3</sup> Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Khartala, 2012, 9 [Otis, « Figures »].

<sup>4</sup> Otis, « Cultures », *supra* note 1 à la p. 5. Santos affirme quant à lui : « *In practice the state never achieved the monopoly of law.* » Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 67.

<sup>5</sup> Pour un portrait global de la situation des peuples autochtones dans le monde, voir notamment Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli Corpuz, A/HRC/27/52*, Doc off HRC NU, 27<sup>e</sup> session, Doc NU A/HRC/27/52 (2014). Sur la difficile relation entre les cultures juridiques autochtones et étatique, voir notamment Bradford W. Morse, « Indigenous law and state legal systems: conflict and compatibility » dans Bradford W. Morse et Gordon R. Woodman, dir, *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1988, 101. Sur ces relations dans le contexte colombien voir notamment Sánchez, « Multiculturalismo » *supra* note 2.

<sup>6</sup> Sur la mobilisation des peuples autochtones auprès des instances onusiennes, voir notamment James Anaya *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, aux p 219-231 et 253-257 [Anaya]; Irène Bellier « Les peuples autochtones aux Nations Unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales » (2012) 54:1 *Critique internationale* 61. Les peuples autochtones sont également très actifs au sein des instances régionales. Par exemple, au cours des dernières années, nombreux sont les peuples autochtones du continent américain qui ont porté leur cause devant les instances du système interaméricain des droits de l'homme, lesquelles se sont montrées particulièrement réceptives à leurs visions du monde et à leurs revendications. Voir notamment Felipe Gómez Isa, « Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights » (2014) 36:4 *Human Rights Quarterly* à la p 735 [Gómez]; Ghislain Otis, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2009) 39 :1-2 *Recherches amérindiennes au Québec* 99.

constitutionnels pour défendre leurs droits, mais aussi leur souveraineté sur le territoire et la population composant leur nation. Depuis le milieu des années 1970, plusieurs peuples autochtones se sont également engagés dans un processus de négociation d'entente d'autonomie gouvernementale avec l'État fédéral et les provinces<sup>7</sup>.

Ailleurs dans le monde, la mobilisation des peuples autochtones a aussi permis d'obtenir la reconnaissance de certains droits. Par exemple, depuis une vingtaine d'années, les États andins se sont engagés dans un processus de reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle, incluant le droit pour les peuples autochtones d'utiliser leurs propres systèmes de justice. Le premier État à adopter une telle constitution fut la Colombie, en 1991, suivie par le Pérou, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela<sup>8</sup>.

### **La reconnaissance étatique et la préservation de la diversité culturelle**

Les revendications autochtones pour la reconnaissance de la diversité culturelle, y compris dans sa dimension juridique, ont trouvé écho dans le monde scientifique. Des chercheurs de plusieurs disciplines ont souligné l'importance de la préservation de la diversité pour les individus et les collectivités. Certains auteurs ont également suggéré que la reconnaissance étatique de la diversité était nécessaire pour éviter les problèmes causés par l'absence de reconnaissance. Nous présenterons ici certains de ces travaux portant sur la nécessité de préserver la diversité juridique, ainsi que sur le potentiel et les limites de la reconnaissance étatique.

---

<sup>7</sup> Voir notamment Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013 aux p. 123-128.

<sup>8</sup> Raquel Yrigoyen Fajardo, « Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en la políticas indigenistas y el constitucionalismo andino » dans M. Berraondo, dir, *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 562 [Yrigoyen]. Soulignons que l'Équateur et la Bolivie ont récemment modifié leurs constitutions, tout en maintenant le droit pour les peuples autochtones d'exercer des fonctions judiciaires. Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 171 [Constitution équatorienne]; Nueva Constitución Política Del Estado, Bolivie, octobre 2009, art. 30 al. 14.

La non-reconnaissance d'une culture juridique peut être source d'injustices sociales collectives et individuelles<sup>9</sup>. En effet, la négation par l'État de l'existence ou de la validité des cultures juridiques autochtones crée de l'exclusion et de l'injustice pour les populations qui se voient nier le droit de régir leur société à partir des principes ancrés dans leur culture et leur cosmogonie. Boaventura de Sousa Santos souligne notamment que pour les peuples autochtones, la lutte pour la préservation de leurs cultures juridiques est ancrée dans une lutte plus large contre l'assimilation : « Indeed the refusal by the state law and courts to recognize indigenous law has been a central element of ethno-cratic domination throughout the centuries. »<sup>10</sup> Outre ces enjeux collectifs, la non-reconnaissance a également des impacts néfastes sur les individus, lesquels souffrent de l'impossibilité de vivre pleinement leur culture. Par exemple, une étude menée en Colombie-Britannique établit une corrélation entre la continuité culturelle des populations autochtones et la prévalence de cas de suicide dans les communautés autochtones<sup>11</sup>. En Colombie, à la suite d'un épisode collectif de troubles physiques et psychologiques ayant affecté plusieurs membres d'une communauté autochtone sur une période de plus de six mois, des chercheurs ont identifié le stress dû aux changements culturels subis par la communauté comme une des sources de ces troubles<sup>12</sup>.

Par ailleurs, certains juristes ont souligné les problèmes théoriques causés par l'absence de reconnaissance de la présence d'une pluralité de cultures juridiques au sein des sociétés modernes. Ainsi, selon Roderick Macdonald, la conception du droit proposée par l'idéologie de

---

<sup>9</sup> Voir généralement Gerald Taiaiake Alfred, « Colonialism and State Dependency » (2009) *Journal de la santé autochtone* aux p. 42-43 [Alfred, « Dependency »].

<sup>10</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2. à la p. 246.

<sup>11</sup> Michael J. Chandler et Christopher Lalonde, « Cultural Continuity as a Hedge against Suicide in Canada's First Nations » (1998) 35 *Transcultural Psychiatry* 191.

<sup>12</sup> Marion Piñeros, Diego Rosselli et Claudia Calderon, « An epidemic of collective conversion and dissociation disorder in an indigenous group of colombia: its relation to cultural change » (1998) 46:11 *Social Science & Medecine* 1425.

la modernité et fondée sur le centralisme, le monisme et le positivisme « n'est [pas] soutenable aujourd'hui comme hypothèse pour penser le droit dans les sociétés multiculturelles. »<sup>13</sup>. Hassan Abdelhamid abonde en ce sens, soutenant que le positivisme juridique est un « obstacle à la connaissance vraie du droit »<sup>14</sup>. De plus, le monisme juridique, en postulant qu'il n'existe pas d'autre droit que celui de l'État, crée une absence : celle des ordres juridiques non étatiques. Santos explique que l'absence ou la « non-existence est produite chaque fois qu'une certaine entité est tellement disqualifiée qu'elle disparaît et devient invisible ou qu'elle est défigurée au point de devenir inintelligible »<sup>15</sup>. Cet auteur témoigne ainsi du fait « que ce qui n'existe pas est en fait activement produit comme non existant, c'est-à-dire comme une alternative non crédible à ce qui est supposé exister »<sup>16</sup>. Cette négation de l'existence et de la validité des cultures juridiques non étatiques empêche un dialogue qui permettrait l'enrichissement mutuel des cultures.

Pour Santos, une telle occasion manquée de dialogue équivaut à un gaspillage des expériences et des savoirs qui pourraient pourtant nourrir la réflexion sur les solutions à apporter aux problèmes et aux difficultés rencontrés par le droit étatique<sup>17</sup>. Ainsi, après avoir souligné l'infinie diversité du monde<sup>18</sup>, Santos rappelle que « [c]ette diversité d'alternatives reste largement gaspillée parce que les théories et concepts développés dans le Nord et repris dans tous les lieux de transmission du savoir ne reconnaissent pas ces solutions de rechange ou, quand ils le font, ne les valorisent

---

<sup>13</sup> Roderick A. Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2002-2003) 33 R.D.U.S. à la p. 135 [Macdonald].

<sup>14</sup> Hassan Abdelhamid, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique » dans Otis, *supra* note 3 à la p. 135.

<sup>15</sup> Boaventura de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud » (2011) 1:187 *Études rurales* à la p. 34 [Santos, « Épistémologies »].

<sup>16</sup> *Ibid* à la p. 34.

<sup>17</sup> *Ibid* à la p. 38.

<sup>18</sup> Selon Santos, « la diversité du monde est infinie : elle inclut des manières très différentes d'être, de penser, de ressentir, de concevoir le temps, d'appréhender les relations des humains entre eux et celles entre les humains et les non-humains, de regarder le passé et le futur, d'organiser la vie collective, la production des biens et des services, et les loisirs. ». *Ibid* à la p. 39.

pas comme des contributions valides pour construire un monde meilleur.»<sup>19</sup> Le monisme juridique est l'une de ces théories dominantes, provoquant la perte d'expériences et de pratiques juridiques. Selon Santos, la conception moderne du droit « legitimated a massive *juricide*, that is to say, the destruction of legal practices and conceptions that did not fit the modernist legal canon »<sup>20</sup>.

Certains penseurs ont suggéré qu'une plus grande justice sociale pourrait être atteinte par la reconnaissance étatique de la diversité culturelle et des différentes normativités qui en découlent<sup>21</sup>. Dans sa conception démo-libérale, la reconnaissance est octroyée par l'État aux minorités culturelles afin d'éviter que les membres individuels de celles-ci ne souffrent des effets de la non-reconnaissance<sup>22</sup>. En effet, l'absence de reconnaissance priverait les individus de différents biens tels que la dignité, le respect, la participation et l'autonomie individuelle<sup>23</sup>. Par conséquent, « [f]orms of recognition are required to compensate or correct for these harms – harms that are primarily symbolic in nature – with the end result that cultural groups are able to retain their cultural particularities without being denied the universal goods that are owed to all people. »<sup>24</sup> Le philosophe James Tully s'est ainsi intéressé à la possibilité d'inclure dans les constitutions modernes la reconnaissance de la diversité culturelle et la possibilité de l'autonomie gouvernementale pour les minorités culturelles, notamment les peuples autochtones<sup>25</sup>. Selon

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 16. Ghislain Otis souligne quant à lui l'importance de préserver la « juridiversité » qui « offre à l'humanité une multiplicité de ressources dont elle dépend pour son adaptation aux changements ». Otis, « Figures », *supra* note 3 à la p. 18.

<sup>21</sup> Voir notamment les travaux de James Tully, Will Kymlicka et Charles Taylor sur la politique de la reconnaissance.

<sup>22</sup> Jakeet Singh, « Recognition and Self-Determination. Approaches from Above and Below » dans Avigail Eisenberg et al (dir), *Recognition versus Self-Determination. Dilemmas of Emancipatory Politics*, UBC, Vancouver, 2014 aux p. 49-50 [Singh].

<sup>23</sup> *Ibid.* Singh s'appuie ici sur les travaux de penseurs libéraux tels que Kymlicka, Taylor, Honneth et Fraser.

<sup>24</sup> *Ibid* à la p. 50.

<sup>25</sup> James Tully considère le cas des peuples autochtones comme l'exemple par excellence des revendications culturelles au sein des États modernes. Il parle ainsi des « demandes faites par les deux cent cinquante millions

Tully, « [u]ne constitution contemporaine peut reconnaître la diversité culturelle si elle est réimaginée suivant ce qui pourrait être appelé une manière de prendre en compte la diversité culturelle ». <sup>26</sup>

La politique de la reconnaissance fait néanmoins l'objet de nombreuses critiques, lesquelles sont particulièrement sévères à l'égard de la reconnaissance étatique des droits des peuples autochtones <sup>27</sup>. En effet, bien que la reconnaissance envisagée constitue une amélioration si on la compare à des politiques d'assimilation, d'exclusion et de dépossession, elle demeure pour plusieurs insuffisante <sup>28</sup>. Tully lui-même souligne le caractère problématique de la reconnaissance constitutionnelle des revendications autochtones, lorsque ces dernières sont incluses dans les institutions dominantes sans

remise en question du pouvoir des traditions autorisées et des institutions qu'elles servent à légitimer. [...] Par exemple, les demandes faites par les peuples autochtones du monde entier pour qu'on reconnaisse l'égalité de leurs constitutions et traditions, dont plusieurs datent de milliers d'années avant le constitutionnalisme moderne, sont, quand on leur prête attention, absorbées à l'intérieur des traditions et institutions d'origine européenne, puis subordonnées à elles. <sup>29</sup>

En ce sens, la reconnaissance tend à reproduire les rapports de pouvoir inégaux entre l'État et les peuples autochtones. Selon Glen S. Coulthard, cette politique ne permet pas de transformer les relations entre l'État et les nations autochtones de manière à les sortir du paradigme colonial <sup>30</sup>.

Pour cet auteur, l'émancipation des peuples autochtones ne peut pas passer par la reconnaissance

d'Autochtones et d'indigènes du monde pour qu'on accorde place et reconnaissance à leur douze milles cultures, gouvernements et pratiques environnementales différents. Partout dans le monde, ces peuples combattent pour être reconnus comme les premières nations, dans le droit international et dans les constitutions des sociétés modernes qui leur ont été imposées au cours des cinq cents dernières années d'expansion et d'impérialisme européen. » James Tully, *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1999 à la p. 3 [Tully].

<sup>26</sup> *Ibid* à la p. 29

<sup>27</sup> Certaines de ces critiques ont été exprimées par Gerald Taiaiake Alfred lors de la conférence « The Idea of Resurgence in Contemporary Indigenous Writing », École d'été Expressions de la décolonisation, présentée à Université de Montréal, 11 juillet 2014 [non publiée].

<sup>28</sup> Glen S. Coulthard, « Subjects of empire: Indigenous peoples and the "Politics of Recognition" in Canada » dans May Chazan et al, dir, *Home and Native Land. Unsettling Multiculturalism in Canada*, Toronto, Between the Lines, 2011, aux p. 35-36 [Coulthard].

<sup>29</sup> Tully, *supra* note 25 à la p. 51.

<sup>30</sup> Coulthard, *supra* note 28 aux p. 31-32.

étatique : « *Indeed, left as is, recognition appears to inevitably lead to subjection, and as such, much of what Indigenous peoples have sought over the last thirty years to secure their freedom has, in practice, cunningly assured its opposite.* »<sup>31</sup>

Le fait que la reconnaissance de la diversité culturelle s'inscrive le plus souvent dans une logique « par le haut » est également perçu comme problématique<sup>32</sup>. Selon Jakeet Singh, la reconnaissance par le haut « *tends to be state-centred, universalistic, and normatively monistic, and it regards recognition and self-determination as institutional provisions that secure the necessary preconditions or protections for cultural difference* »<sup>33</sup>. Cette reconnaissance avant tout symbolique est critiquée, notamment parce qu'elle ne tient pas compte des intérêts et enjeux propres aux populations marginalisées<sup>34</sup>. De plus, au-delà de ses effets esthétiques, la reconnaissance ne remet pas en cause les inégalités matérielles – la distribution des richesses demeure donc inéquitable<sup>35</sup>.

Finalement, dans le cas de l'autonomie judiciaire, il n'est pas exclu que la reconnaissance étatique puisse avoir l'effet pervers de miner l'autorité des institutions autochtones. L'anthropologue Esther Sánchez souligne ainsi que ce type de reconnaissance prévoit généralement le contrôle par les tribunaux étatiques de l'exercice par les institutions autochtones de leurs fonctions judiciaires<sup>36</sup>. Les membres des communautés autochtones peuvent alors

---

<sup>31</sup> *Ibid* à la p. 46.

<sup>32</sup> Singh, *supra* note 22 à la p. 47.

<sup>33</sup> Singh, *supra* note 22. à la p. 47.

<sup>34</sup> Singh souligne ainsi que : « Elites are often so far removed from subalternized peoples and marginalized populations that the interests and perspectives of the latter are routinely ignored, disregarded, trivialized, coopted, taken up only in a tokenistic fashion, and/or made to fit neatly within ruling frameworks. » *Ibid* à la p. 48.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Esther Sánchez Botero, « Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001 aux p. 165, 183 [Sánchez, « Aproximación »].

demander aux tribunaux étatiques de réviser les décisions des institutions autochtones et remettre ainsi en cause le pouvoir et l'autorité de ces dernières<sup>37</sup>.

## **Les effets de la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie**

### **L'objet de recherche**

Nous avons souligné toute l'importance de la préservation de la diversité culturelle, et notamment des formes de normativités propres à chaque culture. Nous avons également évoqué une des solutions proposées, soit la reconnaissance étatique de la diversité culturelle, de même que les critiques formulées à l'encontre de cette proposition. Afin de réfléchir à cet enjeu, nous avons choisi d'étudier le cas de l'État colombien qui a reconnu officiellement les cultures juridiques autochtones existant sur son territoire lors de sa réforme constitutionnelle de 1991. Nous espérons ainsi contribuer à la lutte contre deux formes d'absence. Dans un premier temps, il s'agit de lutter contre l'absence des expériences du Sud<sup>38</sup> dans les travaux scientifiques du Nord. En effet, ce projet de recherche propose d'inverser le sens habituel des contributions intellectuelles afin de faire connaître et de valoriser une expérience du Sud, en l'occurrence celle de l'État colombien et des peuples autochtones qui vivent en son sein. Dans un deuxième temps, il s'agit d'une lutte contre l'absence des ordres juridiques non dominants, ici ceux des peuples autochtones, que l'expérience colombienne étudiée propose justement de reconnaître et de valoriser.

La réforme constitutionnelle colombienne et ses suites nous paraissent constituer un cas d'étude particulièrement riche. En effet, la Colombie fut le premier des pays andins à passer de la marginalisation des peuples autochtones à la reconnaissance de leur autonomie, notamment en

---

<sup>37</sup> *Ibid* à la p. 186.

<sup>38</sup> Nous utilisons la notion de Sud au sens géographique, mais également au sens métaphorique que lui donne Santos : « Il s'agit plutôt d'une métaphore de la souffrance humaine causée par le capitalisme et le colonialisme à l'échelle mondiale, et de la résistance visant à la surmonter ou à l'atténuer. » Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 39.

matière judiciaire<sup>39</sup>. Donna Lee Van Cott soutient ainsi que « *Colombia's is Latin America's first 'post-imperial' constitution, in James Tully's sense of the term, because it transcends mutual toleration and respect for diverse cultures to affirm 'diversity itself as a constitutive good of the association'*. »<sup>40</sup> Santos et García Villegas soutiennent quant à eux que la « Colombie est, de tous les pays latino-américains, celui qui révèle de la manière la plus éloquente les possibilités et les limites de la reconnaissance juridico-institutionnelle du multiculturalisme » [notre traduction]<sup>41</sup>. Pour ces raisons, le régime constitutionnel colombien a été considéré comme un modèle à suivre par les États voisins<sup>42</sup>. Par ailleurs, bien que les développements législatifs sur la question aient été modestes, après 1991 certains textes législatifs ont intégré des dispositions portant sur la compétence judiciaire autochtone. L'étude de ces dispositions nous permettra de mieux saisir le cadre légal développé par l'État afin d'encadrer l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone.

Nous avons choisi de compléter notre étude par une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne, laquelle est considérée par plusieurs comme très progressiste<sup>43</sup>. À titre de plus haute instance constitutionnelle du système judiciaire colombien, il revient à la Cour constitutionnelle de décider de manière définitive de la façon dont doivent être interprétés les droits constitutionnels octroyés aux peuples autochtones, notamment lorsqu'il y a un conflit entre

---

<sup>39</sup> Willem Assies, « Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos » (2009) 85-86 Revista CIDOB d'Afers Internacionals à la p. 94 [Assies].

<sup>40</sup> Donna Lee Van Cott, « Unity through diversity: Ethnic politics and democratic deepening in Colombia » (1996) 2:4 Nationalism and Ethnic Politics à la p 524 [Van Cott, « Unity »].

<sup>41</sup> Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, « La justicia multicultural. Introducción » dans Santos et García Villegas, *supra* note 2 à la p. 4.

<sup>42</sup> Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006 à la p. 25 [Bonilla]. Tel que mentionné ci-haut, la décennie 1990 a vu les pays voisins de la Colombie adopter des constitutions prévoyant une reconnaissance de la diversité culturelle de manière similaire à celle prévue par la Constitution colombienne.

<sup>43</sup> Gómez parle ainsi du « *progressive case law being handed down by the Colombian Constitutional Court [...], which has played a pioneering role in the application of principles deriving from multiculturalism. [It] provides us with an interesting road map when it comes to applying these principles to specific contexts, and also when initiating an intercultural dialogue that takes into account indigenous diversity* ». Gómez, *supra* note 6 à la p. 723. Yrigoyen quant à elle souligne que l'interprétation du principe de diversité et de pluralisme donnée par la Cour constitutionnelle dépasse largement ce que le texte constitutionnel avait laissé espérer. Yrigoyen, *supra* note 8 à la p. 23.

les cultures juridiques étatique et autochtones. Depuis une première affaire portant sur la justice pénale autochtone et les droits procéduraux de l'accusé entendue en 1994<sup>44</sup>, la Cour constitutionnelle a rendu de nombreuses décisions portant sur les paramètres de la compétence judiciaire autochtone. Bonilla Maldonado souligne ainsi que « [l]a Cour constitutionnelle est l'institution colombienne qui a tenté de répondre de la manière la plus approfondie aux questions soulevées par la tension entre les droits individuels et la différence culturelle »<sup>45</sup>.

Plusieurs raisons ont motivé notre décision de limiter notre analyse jurisprudentielle aux décisions rendues par la Cour constitutionnelle. D'abord, nous nous intéressons aux recours en protection constitutionnelle et en déclaration d'inconstitutionnalité, pour lesquels la Cour constitutionnelle constitue la dernière instance du système judiciaire national<sup>46</sup>. Les décisions de la Cour sont donc finales et représentent l'état du droit étatique. Ensuite, les demandes de protection constitutionnelle entendues par la Cour sont potentiellement celles où les tensions entre diversité et unité sont les plus vives et donc celles qui offrent le plus grand intérêt pour nos recherches. En effet, la Cour constitutionnelle effectue un tri parmi les recours en protection constitutionnelle entendus par les instances inférieures et ne révisé que ceux qui lui paraissent les plus importants et intéressants<sup>47</sup>. Finalement, soulignons que d'un point de vue pratique, sans une

---

<sup>44</sup> Sentencia T-254/94, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 30 mai 1994, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-254-94.htm> > [T-254/94].

<sup>45</sup> Bonilla, *supra* note 42 p. 156.

<sup>46</sup> Constitución política de Colombia, 1991, en ligne : < <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas> >, art. 241 [Constitution colombienne]. Soulignons que dans le cas des recours en déclaration d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle est la seule instance compétente.

<sup>47</sup> L'ensemble des décisions de *tutela* rendues au pays sont soumises à la Cour constitutionnelle, laquelle n'en révisé qu'environ 1%. Mauricio García Villegas et César Rodríguez, « La acción de tutela » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 1, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, à la p. 431 [García et Rodríguez].

telle limite, le volume de décisions à étudier serait simplement trop imposant pour la portée de notre étude<sup>48</sup>.

### La question de recherche

La présente recherche vise à analyser l'expérience constitutionnelle colombienne et ses effets quant à la reconnaissance des peuples autochtones et de leurs cultures juridiques. Malgré la pertinence des mises en garde et des critiques formulées à l'égard de la reconnaissance « par le haut », nous ne souhaitons pas présumer qu'une telle reconnaissance ne puisse pas avoir des effets positifs pour les peuples autochtones concernés. Ainsi, selon le sociologue Boaventura de Sousa Santos, il importe de ne pas essentialiser le droit étatique ni de préjuger de ses effets<sup>49</sup>. Adoptant cette prémisse, nous tenons à vérifier si la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone par la Constitution colombienne produit des rapports égaux entre les cultures juridiques étatique et autochtones. Nous avons donc formulé la question de recherche suivante :

« Quels types de rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones sont engendrés par la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie? »

Afin de répondre à cette question, le travail de recherche s'articulera autour des deux sous-questions suivantes:

- 1- Comment la Constitution de 1991 et la législation subséquente organisent-elles les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones?
- 2- Comment la Cour constitutionnelle règle-t-elle les conflits entre les cultures juridiques étatique et autochtones?

---

<sup>48</sup> Selon des données de 2001, environ 25 000 recours en protection constitutionnelle étaient intentés chaque année en Colombie. Bien que seule une fraction de ces recours porte sur la juridiction autochtone, ceux-ci formeraient néanmoins un corpus trop important pour le cadre du présent travail. *Ibid* à la p. 446.

<sup>49</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 467.

## 1. Cadre conceptuel et méthodologique

La présente recherche vise à analyser l'impact d'une reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone sur les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones à partir de l'expérience colombienne. À cette fin, nous mobiliserons le cadre conceptuel développé par Boaventura de Sousa Santos dans *Towards a New Legal Common Sense*<sup>50</sup>. Dans cet ouvrage, Santos développe la notion de zone de contacts, laquelle renvoie à des champs sociaux au sein desquels différentes visions du monde s'expriment<sup>51</sup>. Afin de qualifier les interactions ayant lieu au sein d'une zone de contacts, Santos a développé une typologie des sociabilités qui nous paraît particulièrement utile pour mener notre analyse. En effet, le modèle théorique développé par Santos offre les nuances nécessaires pour cerner les différents types de rapports liant les cultures juridiques. Nous présenterons ici le cadre conceptuel développé par Santos autour de la notion de zone de contacts. Nous expliciterons ensuite la méthodologie employée pour mener à bien notre étude. Finalement, nous élaborerons le cadre analytique nécessaire à la qualification des rapports étudiés.

### 1.1. Le cadre conceptuel

Boaventura de Sousa Santos a développé la typologie des sociabilités afin de décrire la rencontre de différentes visions du monde au sein d'espaces décrits comme des zones de contact, soit de « *social fields in which different normative life worlds meet and clash* »<sup>52</sup>. Dans la zone de contact se formant autour d'un enjeu particulier, chaque vision du monde exprime la conception de cet enjeu qui lui est propre. En ce sens, les zones de contact sont des espaces de rencontre, mais également de conflit où les rapports de pouvoir se manifestent dans l'opposition entre

---

<sup>50</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2.

<sup>51</sup> *Ibid* aux p 472-474.

<sup>52</sup> *Ibid* à la p. 472.

différentes visions du monde<sup>53</sup>. Ces rapports sont parfois particulièrement asymétriques – par exemple lorsque les conceptions autochtones de la justice rencontrent celles portées par la culture dominante<sup>54</sup>. Les asymétries sont rendues visibles notamment par la manière dont la zone de contact est définie. Santos propose ainsi de s'intéresser aux questions suivantes : « *Who defines who or what belongs to the contact zone and what does not? To whom belongs the line that delimits the contact zone both externally and internally?* »<sup>55</sup>

Ce qui nous intéresse ici, c'est la zone de contact où se rencontrent les visions du monde autochtones et étatique autour de la question de la justice en Colombie. L'État participe activement à la définition des frontières et des modalités d'interaction au sein de cette zone de contact, comme en témoignent diverses dispositions constitutionnelles et législatives, de même que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Nous étudierons donc la manière dont les actions de l'État influent sur la zone de contact et sur les rapports qui s'y développent.

Les rapports se nouant dans les zones de contact peuvent s'inscrire dans une logique hégémonique, donc d'exclusion de certaines des visions du monde en présence. À l'inverse, ces rapports peuvent s'avérer contre-hégémoniques, lorsque les visions du monde réorganisent leurs relations de manière plus équilibrées et favorisant l'inclusion de toutes les visions parties à la zone de contact. Afin de rendre compte de la diversité des rapports possibles et de leur potentiel hégémonique ou contre-hégémonique, Santos a développé une typologie des sociabilités qui s'articule autour de quatre pôles : violence, coexistence, réconciliation et convivialité<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Une situation que Santos résume ainsi : « Contact zones are therefore zones in which rival normative ideas, knowledges, power forms, symbolic universes and agencies meet in unequal conditions and resist, reject, assimilate, imitate, subvert each other, giving rise to hybrid legal and political constellations in which the inequality of exchanges are traceable. » *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid* à la p. 473.

<sup>56</sup> *Ibid* à la p. 474.

La sociabilité de la violence est ouvertement hégémonique, puisque caractérisée par la présence d'une culture dominante prétendant contrôler complètement la zone de contact<sup>57</sup>. Pour maintenir ce contrôle, la culture dominante n'hésitera pas à agir de manière à détruire ou à marginaliser les cultures non dominantes<sup>58</sup>. Cette prise de contrôle s'effectue notamment par la mise en place d'une « rationalité monoculturelle » produisant la non-existence de certaines pratiques ou connaissances non dominantes « chaque fois qu'une certaine entité est tellement disqualifiée qu'elle disparaît et devient invisible ou qu'elle est défigurée au point de devenir inintelligible »<sup>59</sup>. Ces processus de suppression, de dévalorisation et de marginalisation d'univers symboliques, de savoirs et de traditions relèvent de l'ethnocide et de l'épistémicide<sup>60</sup>. Dans la zone de contact qui nous intéresse, la sociabilité de la violence est caractérisée par la négation de l'existence ou de la validité des cultures juridiques subalternes. Cette violence est le fait d'une culture juridique dominante prétendant au contrôle de la zone de contact et donc au monopole de la production et de l'application du droit.

La sociabilité de la coexistence se caractérise par la présence de diverses cultures existant de manière séparée et entrant en contact le moins possible. Ni les échanges ni l'hybridité ne sont favorisés, quand ils ne sont pas simplement interdits<sup>61</sup>. Santos va jusqu'à comparer cette sociabilité à un « apartheid culturel », pour rendre compte de l'imperméabilité quasi totale des cultures l'une envers l'autre, la zone de contact étant caractérisée par une ségrégation entre celles-ci<sup>62</sup>. Cette ségrégation renvoie à l'absence de contact entre les cultures, mais non pas à la subordination d'une culture par une autre. En effet, la sociabilité de la coexistence pourrait être

---

<sup>57</sup> *Ibid* à la p. 473.

<sup>58</sup> *Ibid*.

<sup>59</sup> Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 34.

<sup>60</sup> Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, « Colombia : el revés del contrato social de la modernidad » dans Santos et García, *supra* note 47 à la p. 18 [Santos et García, « Colombia »].

<sup>61</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 aux p. 473-474.

<sup>62</sup> *Ibid* à la p. 473.

qualifiée de non hégémonique, aucune culture n'y exerçant de domination sur les autres. Ce type de sociabilité suppose des rapports de force relativement égaux entre les cultures, il est donc rare de retrouver de la coexistence dans les relations entre l'État et les peuples autochtones. Cependant, il pourrait y avoir coexistence dans les situations où l'État n'est pas suffisamment fort pour contrôler l'ensemble de la zone de contact, permettant l'occupation d'une partie de la zone par d'autres cultures<sup>63</sup>.

La réconciliation est décrite par Santos comme une sociabilité tournée vers le passé<sup>64</sup>. Il s'agit en effet d'une sociabilité au sein de laquelle les acteurs tentent de réparer les torts causés dans le passé, notamment dans les cas où celui-ci était marqué par une sociabilité de la violence<sup>65</sup>. La réconciliation ne favorise cependant pas la transformation des rapports de pouvoir entre les cultures. Au contraire, elle est caractérisée par la perpétuation de rapports inégaux sous de nouvelles formes et la réaffirmation des intérêts de la culture dominante<sup>66</sup>. La réconciliation se manifeste notamment dans les sociétés issues de la colonisation, par exemple lorsque l'État s'emploie à réparer les dommages de la colonisation par des excuses publiques ou le versement d'indemnités, sans par ailleurs transformer les rapports de pouvoir profondément inégaux entre la société majoritaire et les peuples autochtones<sup>67</sup>. Certains auteurs remettent ainsi en question les

---

<sup>63</sup> Bien que cela mérite une analyse plus approfondie, il est possible que la période des premiers contacts entre les autochtones et les Européens au Canada corresponde à une sociabilité de la coexistence. Ainsi, Sébastien Grammond soutient qu'à cette époque « les autochtones sont considérés, dans les faits sinon dans le discours officiel, comme des alliés avec lesquels on traite plus ou moins sur un pied d'égalité. Ce sont des peuples distincts, qui ne se fondent pas dans la population générale de la colonie et qui possèdent leurs propres formes de gouvernement interne qui sont respectées par les autorités coloniales. » Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant-Yvon Blais, 2003, à la p. 32, [Grammond, *Aménager*].

<sup>64</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 474.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> On peut ici penser notamment aux excuses publiques prononcées par le gouvernement canadien en 2008 à propos des pensionnats autochtones. Si ces excuses ont été accompagnées d'un programme d'indemnisation des survivants des pensionnats, elles n'ont pas par ailleurs contribué à modifier substantiellement les rapports inégaux existant entre les peuples autochtones et l'État canadien. Pour une analyse critique des processus officiels d'excuses et de réconciliation au Canada, notamment concernant les torts causés par l'État aux peuples autochtones, voir Jennifer

prétentions postcoloniales des politiques officielles de reconnaissance des peuples autochtones déployées par les États ou les institutions internationales<sup>68</sup>.

Finalement, la sociabilité de la convivialité relève d'une logique contre-hégémonique en vertu de laquelle les acteurs cherchent non seulement à réparer les torts passés, mais également à transformer leurs rapports pour mettre fin à toutes formes d'exclusions sociales<sup>69</sup>. Cette sociabilité se caractérise par une tendance aux échanges égaux et au partage de l'autorité entre les cultures<sup>70</sup>. S'il demeure difficile de trouver des exemples de rapports conviviaux entre les cultures autochtones et celle de la société majoritaire dans les États postcoloniaux, c'est que ces derniers sont généralement moins visibles et moins connus que ceux de réconciliation et de violence. Cependant, certaines expériences semblent porter les germes d'une sociabilité plus conviviale. Une de ces expériences est celle de l'Équateur qui adoptait en 2008 une Constitution au sein de laquelle sont inscrits et reconnus certains concepts autochtones. Ainsi, la poursuite du « *sumak kawsay* » — concept kichwa renvoyant à un idéal de « bien vivre » — y est présentée comme l'un des objectifs principaux de la société équatorienne<sup>71</sup>. La Constitution reconnaît également l'importance de la « *Pacha mama* », la nature, et prévoit que ses droits doivent être respectés<sup>72</sup>. L'inclusion des concepts de « *sumak kawsay* » et de « *Pacha mama* » dans la Constitution permet de mettre en dialogue différentes visions du monde, en plus de valoriser

---

Henderson et Pauline Wakeham, dir, *Reconciling Canada. Critical perspectives on the culture of redress*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

<sup>68</sup> Sur la reconnaissance étatique, voir notamment Coulthard, *supra* note 28 aux p. 31-32. Sur la reconnaissance des institutions internationales, voir notamment Jeff Corntassel, « Partnership in Action? Indigenous Political Mobilization and Co-optation During the First UN Indigenous Decade (1995–2004) » (2007) 29 *Human Rights Quarterly* 137 et Ward Churchill, « Colonialism as Self-Determination in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (2011) 20:3 *Griffith Law Review* 526.

<sup>69</sup> Edwin Cruz Rodríguez, « Fundamentos normativos para las políticas públicas interculturales » (2013) 3:5 *Revista Perspectivas de Políticas Públicas* aux p. 125-128. La convivialité rejoint en ce sens l'interculturalisme en ce qu'il s'agit d'un projet de décolonisation et de transformation de la société afin de mettre fin aux inégalités entre les cultures [Cruz].

<sup>70</sup> Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 474.

<sup>71</sup> Constitution équatorienne, *supra* note 8, préambule.

<sup>72</sup> *Ibid*, préambule et art. 71.

celles de ces visions qui ont été historiquement marginalisées et dépréciées. La récente réforme constitutionnelle bolivienne est également porteuse de tels exemples d'hybridité<sup>73</sup>.

## 1.2. Le cadre méthodologique

Afin de recueillir les données nécessaires à notre analyse, nous avons procédé en deux temps, correspondant aux deux sous-questions de recherche énoncées plus haut. Ainsi, nous avons dans un premier temps cherché les dispositions constitutionnelles et législatives se rapportant à la justice autochtone en droit colombien. Nous avons d'abord identifié les dispositions constitutionnelles concernant la diversité culturelle ainsi que les droits des peuples autochtones, notamment les droits à l'autonomie judiciaire et politique. Ensuite, la Constitution prévoyant l'adoption d'une loi de coordination entre les systèmes de justice étatique et autochtones, nous avons voulu vérifier si la législature colombienne l'avait bien adoptée. Or, si un projet de loi à cet effet a été déposé en 2010, il n'a néanmoins jamais été adopté<sup>74</sup>. Une fois établie l'absence d'une loi portant explicitement et spécifiquement sur l'autonomie judiciaire autochtone, nous avons vérifié si d'autres lois contenaient des dispositions à ce sujet. Pour ce faire, nous avons consulté le site de la Banque interaméricaine de développement qui offre une base de données des législations portant sur la justice autochtone, classées par État et par thème<sup>75</sup>. Nous avons également consulté la littérature scientifique produite sur la question. Cette recherche a permis d'identifier six lois traitant de l'autonomie judiciaire autochtone, bien que ce ne soit pas leur objet premier.

---

<sup>73</sup> Salvador Schavelzon, « Cosmopolitique constituante en Bolivie : la Constitution "ouverte" et le surgissement de l'État plurinational » (2012) 42:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* à la p. 91.

<sup>74</sup> Congreso visible, *Proyecto de ley « Por lo medio de lo cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución política de Colombia y se dictan otras disposiciones »*, en ligne < <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/5645/#>> [Congreso].

<sup>75</sup> Banco Interamericano de Desarrollo, *Banco de Datos de Legislación Indígena*, en ligne : <<http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/index.cfm?lang=es>>.

Dans un deuxième temps, nous avons identifié les décisions de la Cour constitutionnelle se rapportant à l'exercice par les communautés autochtones de l'autonomie judiciaire que leur reconnaît la Constitution. Afin de procéder à une première sélection des décisions de la Cour constitutionnelle, nous avons d'abord délimité le champ temporel de nos recherches. La période d'opération de la Cour constitutionnelle est relativement courte, cette dernière ayant été créée en 1991 et n'ayant commencé à siéger qu'en février 1992<sup>76</sup>. La reconnaissance constitutionnelle de la justice autochtone est une disposition d'application immédiate<sup>77</sup> et était donc effective lorsque la Cour a entendu ses premières affaires. Par conséquent, nous avons choisi de nous intéresser à l'entièreté des décisions rendues par la Cour constitutionnelle. Néanmoins, il est possible que nous n'ayons pas eu accès aux décisions les plus récentes rendues par la Cour, compte tenu des délais de publication et de mise en ligne.

Nous avons ensuite procédé à une recherche par mots-clés dans la base de données en ligne de la Cour constitutionnelle afin d'identifier les décisions concernant l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone<sup>78</sup>. Nous avons également parcouru la littérature grise et scientifique portant sur la justice autochtone en Colombie. Cela a permis de confirmer la pertinence de plusieurs des décisions trouvées lors de la recherche par mots-clés ainsi que d'identifier certaines décisions supplémentaires. Nous avons par la suite lu le résumé préparé par la Cour constitutionnelle de chacune de ces décisions afin d'éliminer de notre corpus certaines décisions ne portant pas sur l'autonomie judiciaire autochtone. Nous avons ainsi obtenu un corpus de quarante-deux décisions concernant spécifiquement l'exercice de la compétence judiciaire autochtone. Deux types de

---

<sup>76</sup> La Cour constitutionnelle a commencé à siéger le 17 février 1992. Manuel Fernando Quinche Ramirez, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, 3<sup>e</sup> éd., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009 à la p. 653.

<sup>77</sup> Sentencia T-254/94, *supra* note 44, section 8.

<sup>78</sup> Corte constitucional, *Relatoría*, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>>.

recours sont à l'origine des décisions étudiées : le recours en protection constitutionnelle (*acción de tutela*) et le recours en déclaration d'inconstitutionnalité (*demanda de inconstitucionalidad*).

### 1.3 Le cadre analytique

Avant tout, précisons que la sociabilité de la coexistence ne fera pas partie de notre cadre analytique. En effet, notre étude porte sur les interactions entre les cultures juridiques étatique et autochtones, alors que cette sociabilité se caractérise par une absence de contact. Cela ne signifie pas qu'il soit impossible de trouver des exemples de coexistence entre les cultures juridiques étatique et autochtones en Colombie. Cependant, nous nous intéressons ici uniquement au régime juridique étatique entourant l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, lequel est fondé sur la reconnaissance de cette dernière. Cela suppose un niveau d'interactions ne correspondant pas à la sociabilité de la coexistence<sup>79</sup>.

Par ailleurs, nous avons choisi de ne pas exclure *a priori* la possibilité que la sociabilité de la violence se manifeste dans les interactions que nous étudierons. Il est vrai que la reconnaissance par l'État de l'autonomie judiciaire autochtone semble éloignée des pratiques hégémoniques caractérisant une sociabilité de la violence. Cependant, il nous paraît possible que le législateur ou les juges reproduisent parfois des pratiques de violence, réaffirmant par exemple le monopole de l'État sur la zone de contact. Afin de qualifier les rapports entre les cultures juridiques engendrés par la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie, nous mobiliserons donc les concepts de violence, de réconciliation et de convivialité. Pour ce faire, nous avons élaboré une grille d'analyse construite autour des dimensions de

---

<sup>79</sup> Rappelons que Santos compare la coexistence à un « apartheid culturel ». Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 473.

chacune des sociabilités décrites par Santos<sup>80</sup>. Pour chacune de ces dimensions, nous avons développé une série d'indicateurs afin de détecter les manifestations des différents types de sociabilité dans la zone de contact où se rencontrent les visions du monde autochtones et étatique autour de la question de la justice en Colombie. Afin d'établir ces indicateurs, nous avons mobilisés les travaux de Santos et ceux d'autres auteurs ayant traité des questions étudiées. Puis, nous avons procédé à un survol préliminaire de nos données afin de valider ces indicateurs et d'évaluer la nécessité d'en ajouter afin d'offrir une analyse plus juste du corpus.

### *La sociabilité de la violence*

La sociabilité de la violence telle que définie par Santos comporte deux dimensions : (1) la revendication du contrôle de la zone de contact par la culture dominante et (2) la destruction ou la marginalisation des cultures subalternes par la culture dominante. Dans le cas qui nous intéresse, les indicateurs de la première dimension découlent de la conception libérale moderne du droit, laquelle « soutient essentiellement que (1) le droit est uniquement rattaché à l'État politique (centralisme); (2) qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique (monisme); et (3) que le droit est toujours le produit d'une activité explicite d'institutions telles que la législature (positivisme) »<sup>81</sup>. Ces trois postulats sont utilisés pour affirmer et justifier le contrôle du droit étatique dans la zone de contact. Otis parle par exemple d'un « *monisme colonial ou postcolonial* qui impose, par voie de transplantation en bloc, un droit étatique exogène qui prétend évincer tout ordre juridique préexistant sur le territoire colonial. »<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> La grille d'analyse est présentée sous forme de tableau à l'Annexe 1.

<sup>81</sup> Macdonald, *supra* note 13 à la p. 135.

<sup>82</sup> Otis, « Cultures », *supra* note 1 à la p. 17.

Se faisant, le droit étatique refuse de partager le contrôle de la zone de contact avec d'autres cultures juridiques<sup>83</sup>.

Afin de consolider son contrôle, le droit étatique cherchera à marginaliser ou à détruire les cultures juridiques subalternes. Dans le cas qui nous intéresse, la marginalisation se traduit par la non-reconnaissance ou le déni de validité des cultures juridiques autochtones<sup>84</sup>. La destruction de ces cultures passera quant à elle par l'interdiction pure et simple de certaines pratiques normatives autochtones<sup>85</sup>. Les politiques étatiques d'extinction des droits collectifs, notamment en matière d'autonomie juridique et d'assimilation des individus autochtones, témoignent également d'une sociabilité de la violence.

De plus, outre le cas très évident où l'État affirme son hégémonie en refusant de reconnaître toute forme de normativité autochtone, il est également possible que l'octroi par l'État d'une autonomie limitée aux peuples autochtones s'inscrive dans la logique de la sociabilité de la violence. En effet, l'État considérant détenir le monopole de l'autorité juridique, il peut néanmoins décider d'octroyer certains pouvoirs judiciaires aux peuples autochtones – comme il le ferait avec n'importe quelle institution étatique qui lui est subordonnée<sup>86</sup>. Une telle délégation

---

<sup>83</sup> Avila Ordóñez, Maria Paz, « El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos » (2013) 28:4 *American University International Law Review* à la p. 946 [Avila].

<sup>84</sup> Morse et Woodman, *supra* note 5 aux p. 8-9. Voir également Avila, *supra* note 83 à la p. 946.

<sup>85</sup> Morse et Woodman, *supra* note 5 aux p. 8-9.

<sup>86</sup> Morse et Woodman parlent dans ce cas d'un « acknowledgement by conferment of powers ». Cette expression ne nous paraît cependant pas juste dans la mesure où l'action de reconnaître les pouvoirs d'un groupe n'est pas compatible avec celle de leur en déléguer. Dans le premier cas, il est admis que le groupe possède une autorité et une compétence intrinsèques qui lui permettent d'exercer certains pouvoirs, l'État se contentant de reconnaître ce fait. La délégation consiste plutôt à donner des pouvoirs à un groupe qui en était dépourvu. Dans le second cas, comme Morse et Woodman le soulignent d'ailleurs, l'État considère toujours être le seul détenteur de l'autorité juridique. *Ibid* à la p. 18.

ne rend pas compte de la validité extra-étatique des cultures juridiques autochtones, sans compter qu'elle offre à cette dernière une bien faible protection<sup>87</sup>.

### *La sociabilité de la réconciliation*

La sociabilité de la réconciliation se traduit par les deux dimensions suivantes : (1) la réparation des torts passés et (2) la reproduction des rapports inégaux. En l'occurrence, l'État peut adopter certaines mesures de réparation des torts causés aux peuples autochtones dans le passé, par exemple en leur reconnaissant des droits collectifs, notamment en matière d'autonomie gouvernementale et judiciaire<sup>88</sup>. Ainsi, selon certains auteurs, une telle reconnaissance « [w]here it is introduced into an existing legal system [...] would seem to imply an admission of past error »<sup>89</sup>. La réparation des torts passés peut également prendre la forme d'excuses publiques et de la reconnaissance officielle des torts commis dans le passé<sup>90</sup>. Finalement, l'État peut également adopter une politique de reconnaissance et d'accommodement de la différence culturelle<sup>91</sup>. Ces mesures de réparation promeuvent une égalité formelle entre les cultures, mais ne s'attaquent pas aux inégalités structurelles<sup>92</sup>.

La reproduction des rapports inégaux typique d'une sociabilité de la réconciliation peut elle aussi prendre plusieurs formes. Il peut par exemple s'agir de la réaffirmation de la supériorité de la

---

<sup>87</sup> Ainsi, Morse et Woodman soulignent que « enactments of a state legislature may take effect in preference to conflicting legislation of a customary institution; or state courts may overturn the decision of customary courts. ». *Ibid.*

<sup>88</sup> Selon Morse et Woodman, « [t]hese are measures by which state law expressly or impliedly provides that state institutions do not have an exclusive capacity to perform certain functions to do with law, which customary law is competent to perform. » *Ibid* à la p. 16.

<sup>89</sup> *Ibid* à la p. 18.

<sup>90</sup> Singh, *supra* note 22 à la p. 50.

<sup>91</sup> *Ibid* aux p. 47, 49-50. Selon Singh, la reconnaissance par le haut vise à réparer les torts causés par la non-reconnaissance passée de la différence culturelle. En effet, la non-reconnaissance est une forme de violence dont souffrent les individus membres de groupes minoritaires, puisqu'ils se voient refuser la jouissance des biens universaux tels que l'autonomie individuelle, la dignité, le respect et la participation égale. Voir également, Cruz, *supra* note 69 aux p. 125-126.

<sup>92</sup> *Ibid* aux p. 125-126.

culture dominante et de son droit<sup>93</sup>. La reproduction de rapports inégaux se manifeste également lorsque l'État et ses institutions continuent de contrôler l'exercice de l'autonomie autochtone, notamment en édictant des normes législatives ou jurisprudentielles traçant les limites de cette autonomie<sup>94</sup>. Elle est aussi visible lorsque les conflits internormatifs sont tranchés par des institutions monoculturelles issues de la culture dominante.

### *La sociabilité de la convivialité*

La sociabilité de la convivialité s'articule autour des deux dimensions suivantes : (1) une tendance aux échanges égaux et (2) une tendance au partage de l'autorité. Pour la première tendance, nous avons identifié une série d'indicateurs à partir des travaux de Santos sur l'herméneutique diatopique, une méthode de traduction interculturelle développée par Raimon Panikkar et reprise par Santos<sup>95</sup>. Il s'agit d'une « procédure créant une intelligibilité mutuelle entre les différentes expériences du monde »<sup>96</sup>. L'objectif de l'herméneutique diatopique est « de susciter une conscience aiguë de l'imperfection réciproque, en engageant le dialogue comme si l'on avait un pied dans une culture et le second dans l'autre »<sup>97</sup>. Un tel dialogue est fondé sur la prémisse de l'imperfection des *topoi*<sup>98</sup> propres à chaque culture, mais également sur la possibilité de critique et d'enrichissement réciproques<sup>99</sup>. En effet, toute culture ne pouvant offrir qu'une

---

<sup>93</sup> Par exemple, de la conception occidentale des droits de la personne. Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 474.

<sup>94</sup> Comme le souligne Singh, dans le cas de la reconnaissance par le haut, la diversité culturelle est perçue comme une menace potentielle pour les membres des minorités culturelles. L'État énoncera donc des métanormes à prétention universelle et d'inspiration démo-libérale afin de protéger les individus. Singh, *supra* note 22 à la p. 58.

<sup>95</sup> Raimon Panikkar, « Is the Notion of Human Rights a Western Concept? » (1982) 30 *Diogenes* 75 [Panikkar] et Boaventura de Sousa Santos, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme » (1997) 35 *Droit et Société* 79 [Santos, « Conception »]. Voir également José-Manuel Barreto, « Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice » (2014) 21:2 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 395 [Barreto].

<sup>96</sup> Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 40.

<sup>97</sup> Santos, « Conception », *supra* note 95 à la p. 90.

<sup>98</sup> « *Topoi* are the basic concepts on which a culture is constructed—the grounding prejudices or the common sense of a culture at a given time. » Barreto, *supra* note 95 à la p. 413.

<sup>99</sup> Voir notamment Santos, « Conception », *supra* note 95 et Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 aux p 286-289.

compréhension incomplète et imparfaite du monde, chacune se trouvera enrichie par la prise en compte des visions du monde qui lui sont étrangères, phénomène que Santos qualifie d'« hybridité vertueuse »<sup>100</sup>. Selon nous, l'adoption de telles prémisses devrait permettre d'établir des rapports tendanciellement égaux entre les cultures<sup>101</sup>. Ainsi, lors de notre analyse, les éléments suivants seront considérés comme des indicateurs de convivialité :

- Des pratiques d'hybridité vertueuse, c'est-à-dire, la rencontre et le métissage des *topoi* les plus émancipateurs de chaque culture<sup>102</sup>;
- La reconnaissance de la diversité des visions du monde et de l'égale validité des cultures<sup>103</sup>;
- La reconnaissance de l'imperfection et de l'incomplétude de chaque culture<sup>104</sup>;
- La recherche des cercles de réciprocité les plus larges possible<sup>105</sup>;
- La valorisation de la diversité culturelle comme un bien en soit, plutôt que comme un fait social problématique<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> *Ibid* à la p. 474.

<sup>101</sup> Nous reprenons ici la formulation de Santos selon laquelle la sociabilité de la convivialité serait ancrée « in tendentially equal exchanges and shared authority. » *Ibid*. Cette formulation rend compte la difficulté d'instaurer des rapports absolument égaux entre les parties au dialogue, lesquelles arrivent marquées par un « passé d'échanges inégaux entrecroisés ». Dans un tel contexte, « [l]e dilemme culturel est le suivant : puisque, dans le passé, la culture dominante a rendu inexprimables certaines des aspirations à la dignité humaine de la culture dominée, est-il maintenant possible de les exprimer dans le cadre du dialogue transculturel sans, de ce fait, justifier davantage et même renforcer leur indicibilité ? ». Santos, « Conception », *supra* note 95. à la p. 94-95.

<sup>102</sup> Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 40; Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 474.

<sup>103</sup> Barreto, *supra* note 95 à la p. 412.

<sup>104</sup> Santos, « Conception », *supra* note 95 à la p. 89. Singh pour sa part souligne qu'une reconnaissance par le bas « avoids construing one tradition as universal and meta-normative and all others as particular. ». Singh, *supra* note 22 à la p. 59. Barreto rappelle que le dialogue ne sera possible que dans la mesure où chaque culture possède « a self-critical consciousness, or at least an intuitive suspicion about its incompleteness. » Barreto, *supra* note 95 à la p. 416.

<sup>105</sup> Chaque culture comportant plus d'une interprétation ou version d'un même principe, Santos propose de chercher les versions de chaque culture qui soient les plus compatibles entre elles afin de permettre le dialogue entre elles. C'est à ces versions que renvoient l'expression « cercles de réciprocité les plus larges possible ». Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 40. Santos, « Conception », *supra* note 95 à la p. 89.

<sup>106</sup> Singh, *supra* note 22 à la p. 59.

En ce qui concerne la dimension du partage de l'autorité, nous nous intéresserons dans un premier temps à l'aspect processuel du partage de l'autorité, puisque « [l]es règles de procédure jouent un rôle déterminant dans la prise en compte et la reconnaissance de l'altérité »<sup>107</sup>. Ainsi, une tendance au partage de l'autorité se manifestera notamment par la possibilité pour chacune des parties de « s'exprimer dans le langage qui leur est propre et suivant leurs propres coutumes »<sup>108</sup>. Le partage de l'autorité passe également par la reconnaissance de différentes manières d'avoir accès à la connaissance<sup>109</sup>. Dans un contexte judiciaire, il sera donc important que la validité de différents types de preuves, notamment la preuve orale, soit reconnue<sup>110</sup>.

Dans un deuxième temps, il importe d'accorder une attention particulière aux modes et aux institutions de prise de décision afin de vérifier la présence de mécanismes de règlement des conflits internormatifs qui permettent une réelle prise en compte de la perspective autochtone. Or, lorsque les membres des institutions chargées de trancher les conflits pouvant surgir entre les cultures juridiques étatique et autochtone sont majoritairement issus de la culture dominante, il est difficile de s'assurer que la perspective autochtone soit prise au sérieux et ne soit pas déformée. Afin de tendre vers un partage de l'autorité, ces institutions devraient être formées de membres issus des diverses cultures juridiques formant le kaléidoscope de la justice en

---

<sup>107</sup> Lafargue, Régis, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, 2010 à la p. 313 [Lafargue].

<sup>108</sup> Tully, *supra* note 25 à la p. 22. Par ailleurs, Singh souligne à juste titre qu'une des limites de la reconnaissance « par le haut » est que celle-ci « [t]akes up questions of recognition and self-determination in a top-down fashion, from the perspective of the modern state or international institutions and within the dominant normative language(s) and framework(s) of liberal democracy. ». Singh, *supra* note 22 à la p. 47.

<sup>109</sup> À ce sujet voir notamment la discussion sur l'écologie des savoirs dans Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 aux p. 39-40.

<sup>110</sup> Plusieurs cultures autochtones sont en effet fondées sur l'oralité. Dans la mesure où le droit occidental privilégie généralement la preuve écrite, l'oralité de ces cultures peut constituer un obstacle à l'accès égal à la justice. Dans le cas qui nous intéresse, si les tribunaux étatiques refusaient de reconnaître la validité de la preuve orale, cela constituerait un obstacle important à la possibilité pour les communautés autochtones d'établir l'existence et le contenu de leur culture juridique.

Colombie<sup>111</sup>. Il paraît en effet essentiel que les solutions aux conflits interculturels proviennent d'une institution dont les membres représentent les différentes cultures en cause, lesquels pourront participer au travail de traduction interculturelle afin de « créer une intelligibilité mutuelle » entre les pratiques de leur culture respective<sup>112</sup>.

Finalement, le partage de l'autorité passe aussi par la reconnaissance mutuelle des décisions de chaque culture. Ainsi, il importe que les autorités étatique et autochtones reconnaissent réciproquement la validité de leurs décisions et collaborent afin de leur donner pleinement effet. Dans un contexte où les peuples autochtones se voient reconnaître une compétence judiciaire qui a été longtemps niée par l'État, la collaboration des institutions étatiques, notamment des autorités policières et carcérales, est particulièrement importante pour permettre aux institutions autochtones d'exercer leurs fonctions judiciaires<sup>113</sup>.

L'objectif de la présente recherche consiste à identifier, à partir du cas colombien, les effets d'une reconnaissance officielle de la justice autochtone sur les rapports entre cette dernière et le droit étatique. Nous tenons à souligner que nos données étant constituées de documents constitutionnels, législatifs et jurisprudentiels, cela limite la portée de notre étude aux actions de l'État dans la zone de contact. Cette recherche n'a par conséquent pas la prétention de présenter le point de vue des peuples autochtones et de leurs autorités sur la réforme constitutionnelle, mais plutôt de décrire la manière dont l'État organise les rapports de ses institutions judiciaires avec celles des peuples autochtones.

---

<sup>111</sup> Nous empruntons ici à Santos et García la métaphore du kaléidoscope pour décrire la diversité des formes de justice en Colombie. Santos et García, *supra* note 2.

<sup>112</sup> Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 43. Sur la nécessité d'une coordination interculturelle, voir German Ernesto Ponce Bravo et Carlos Eduardo Rueda Carvajal, « ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional » (2010), Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, aux p. 15-16 [Ponce et Rueda].

<sup>113</sup> *Ibid* aux p. 143-145.

## 2. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones en Colombie

Ce chapitre porte sur les normes étatiques entourant l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie. Afin de contextualiser la réforme constitutionnelle colombienne, nous présenterons d'abord les normes ayant prévalu avant 1991, soit celles prévues par le régime colonial, puis par celui de la République. Ensuite, nous discuterons du contexte de l'adoption de la Constitution de 1991, avant d'analyser en détail le régime constitutionnel mis en place. Finalement, nous nous intéresserons aux lois adoptées depuis 1991 et portant sur l'autonomie judiciaire autochtone.

### 2.1. Les rapports entre les cultures juridiques avant 1991

Bien que notre recherche porte sur la récente réforme constitutionnelle et ses suites, il nous paraît essentiel de contextualiser cette réforme en présentant les termes des rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones avant 1991. Nous verrons ainsi que lors de la période coloniale, puis républicaine, le droit a joué un rôle primordial dans les tentatives d'élimination et d'assimilation des cultures autochtones en Colombie<sup>114</sup>.

#### 2.1.1. L'autonomie judiciaire autochtone durant la période coloniale

Durant la période coloniale, les objectifs des autorités espagnoles concernant les peuples autochtones s'inscrivent dans une double logique d'évangélisation et de préservation de la force de travail des autochtones. Ainsi, des institutions comme le « *resguardo* »<sup>115</sup>, la « *mita* »<sup>116</sup> et

---

<sup>114</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 28.

<sup>115</sup> Le « *resguardo* » est un territoire réservé aux autochtones et en principe protégé contre son accaparement par les colons.

<sup>116</sup> La « *mita* » est l'institution par laquelle les colons espagnols ont imposé les travaux forcés aux populations autochtones.

l'« *encomienda* »<sup>117</sup> sont créées pour protéger les autochtones contre les sévices dont ils sont victimes de la part de certains colonisateurs, mais également pour favoriser leur conversion au christianisme<sup>118</sup>. Comme ailleurs dans les Amériques, les missionnaires jouent un rôle de premier plan dans le processus de colonisation des peuples autochtones en Colombie<sup>119</sup>.

La législation royale espagnole reconnaît aux peuples autochtones une autonomie judiciaire leur permettant de régler leurs conflits internes en vertu de leurs us et coutumes<sup>120</sup>. Cependant, cette reconnaissance est empreinte d'un esprit colonial et discriminatoire à l'égard des peuples autochtones<sup>121</sup>. D'abord, son objectif en est un de ségrégation physique et légale entre la population d'origine européenne « civilisée » et les groupes autochtones vivant encore à l'état « sauvage »<sup>122</sup>. Ensuite, le fait même de considérer que les modes de régulations sociales et de règlements des conflits des peuples autochtones doivent être reconnus par la Couronne espagnole s'inscrit dans une logique selon laquelle seuls la puissance coloniale et son droit possèdent une autorité et une validité intrinsèques. Toute autre forme de normativité doit donc être reconnue et approuvée par ces derniers, faute de quoi elle n'est ni valide ni effective. Finalement, cette reconnaissance demeure conditionnelle et limitée. Conditionnelle, puisque pour être valide une décision autochtone ne devra pas paraître « clairement injuste » aux autorités coloniales<sup>123</sup>. Ainsi, les us et coutumes autochtones ne pourront être appliqués que dans la mesure où ils ne sont pas contraires à la religion et aux lois du colonisateur espagnol<sup>124</sup>. Limitée, parce que les autorités

---

<sup>117</sup> Le terme « *encomienda* » renvoie à la répartition de la main-d'œuvre autochtone sur le territoire.

<sup>118</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 13.

<sup>119</sup> Bartolomé Clavero, « Nación y naciones en Colombia entre constitución, concordato y un convenio » (2011) 41 *Revista de Historia del Derecho* à la p. 99 [Clavero].

<sup>120</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 63.

<sup>121</sup> Avila, *supra* note 83 aux p. 945-946.

<sup>122</sup> Yrigoyen, *supra* note 8 à la p. 540.

<sup>123</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 63.

<sup>124</sup> Yrigoyen, *supra* note 8 à la p. 540.

autochtones ne sont compétentes que pour trancher les conflits entre « *Indios* » et seulement dans les cas qui ne méritent pas une « peine grave » selon le droit espagnol<sup>125</sup>.

### 2.1.2. Le droit républicain et l'autonomie judiciaire autochtone

Au début du 19<sup>e</sup> siècle, la Colombie déclare son indépendance de l'Espagne et devient un État fondé sur les idées de la Révolution française et du libéralisme classique<sup>126</sup>. Selon cette idéologie, l'État représente un territoire, un peuple et un gouvernement unitaires. L'unité territoriale de la nouvelle République ne pouvant être atteinte qu'en niant l'existence des nations autochtones toujours indépendantes, le projet constitutionnel de l'époque pose les bases d'un programme de « déconstitution » de ces nations afin notamment de les déposséder de leurs territoires<sup>127</sup>. Ainsi, plusieurs lois et décrets ont été adoptés au 19<sup>e</sup> siècle dans le but d'exproprier les autochtones de leurs terres ancestrales<sup>128</sup>.

Afin d'assurer l'unité de la population de la nouvelle République, il importe également pour l'État de gommer les particularismes culturels et ethniques qui persistent après l'indépendance – et notamment ceux dont sont porteurs les peuples autochtones<sup>129</sup>. La Colombie n'est pas différente en cela des autres républiques nouvellement indépendantes d'Amérique latine qui partagent ces visées assimilationnistes envers les autochtones, dont elles souhaitent faire des

---

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 64. Nous ne reviendrons pas ici en détail sur l'histoire complexe de la création de l'État indépendant de la Colombie. À ce sujet, voir notamment Clavero, *supra* note 119, pour une description le processus constitutionnel de l'indépendance et en particulier le traitement des nations autochtones dans ce contexte.

<sup>127</sup> Clavero parle ainsi du « processus de constituer une Nation, en déconstituant les nations, la première se posant comme le simple reflet de l'État » [notre traduction]. *Ibid* aux p. 91, 103.

<sup>128</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 28.

<sup>129</sup> Ainsi, « [l]e projet de nation hispanique et catholique composée d'une population homogène, de nature métisse, a toujours considéré les autochtones comme des êtres "inférieurs" et "sauvages" qu'il fallait civiliser. » Luis Cayón, « Plans de vie et gestion du monde. Cosmopolitique autochtone du développement en Amazonie colombienne » (2012) 42:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* 63 [Cayón]. Voir également Clavero, *supra* note 119 à la p. 99. à la p. 63.

citoyens comme les autres<sup>130</sup>. Une telle conversion à la citoyenneté monoculturelle signifie pour les autochtones la fin des charges coloniales comme les travaux forcés et les impôts<sup>131</sup>. Cependant, cela signifie également la disparition des protections collectives dont ils jouissaient quant aux terres et à la langue, mais également à l'autonomie judiciaire et gouvernementale<sup>132</sup>. En Colombie, ce projet s'est traduit par l'adoption d'un régime missionnaire-civilisateur visant la conversion et la civilisation des autochtones<sup>133</sup>. Le régime colonial de ségrégation persistera pour les autochtones « sauvages » et sera levé pour les autochtones s'étant « civilisés », ces derniers se convertissant notamment à la propriété privée<sup>134</sup>.

L'idéologie républicaine à la base du projet de l'indépendance colombienne prévoit également que l'État détient le monopole de la création et de l'application du droit. Il importe donc d'éradiquer les cultures juridiques autochtones et d'assurer l'application du droit étatique sur l'ensemble du territoire et des populations de Colombie. Pour ce faire, les peuples autochtones et leurs cultures juridiques ont été placés « à la marge » de la Constitution et des lois étatiques<sup>135</sup>. Ainsi, la Constitution de 1853 prévoit que les régions habitées par des populations non civilisées peuvent être régies par des lois spéciales<sup>136</sup>. Cela est confirmé par la Constitution de 1863, laquelle confie également à l'État la responsabilité de civiliser les autochtones<sup>137</sup>.

Une des lois les plus importantes à cet égard est adoptée à la fin du XXe siècle. La *Loi 89 de 1890* « déterminant la manière dont doivent être gouvernés les sauvages qui se convertissent à la vie civilisée » [notre traduction] reconnaît la diversité culturelle et juridique prévalant en

---

<sup>130</sup> Yrigoyen, *supra* note 8 à la p. 541.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid* à la p. 547. Voir également Bonilla, *supra* note 42 à la p. 28.

<sup>134</sup> Yrigoyen, *supra* note 8 à la p. 547. Cayón, *supra* note 129 à la p. 63.

<sup>135</sup> Clavero, *supra* note 119 à la p. 104.

<sup>136</sup> *Ibid* à la p. 104.

<sup>137</sup> *Ibid*

Colombie, mais celle-ci est cependant perçue comme intrinsèquement problématique<sup>138</sup>. L'objectif poursuivi par le législateur colombien avec la *Loi 89* est de favoriser l'intégration des autochtones à la société dominante afin d'assurer l'unité de la nation colombienne<sup>139</sup>. La *Loi 89* distingue entre les autochtones ayant atteint « l'état de civilisation », ceux toujours « sauvages » et ceux en voie d'être civilisés, considérés comme « semi-sauvages »<sup>140</sup>. Les premiers sont sous la gouverne de l'État et les deuxièmes sous celle des autorités religieuses chargées de leur civilisation<sup>141</sup>. La *Loi 89* prévoit les modalités du régime juridique s'appliquant aux autochtones « semi-sauvages », lesquels doivent être gouvernés par un *cabildo*, mode d'organisation de la majorité des communautés autochtones de Colombie encore aujourd'hui<sup>142</sup>. Le *cabildo* est une institution politique imposée aux communautés autochtones par la Couronne espagnole depuis le 16<sup>e</sup> siècle<sup>143</sup>. La *Loi 89* vient préciser le mode de fonctionnement desdits *cabildos*, ainsi que les pouvoirs et les responsabilités qui leur incombent.

En matière judiciaire, cette *Loi* reconnaît aux *cabildos* une certaine autonomie. Ainsi, « les fautes que commettent les autochtones contre la morale seront punies par le gouverneur du *Cabildo* par des peines correctionnelles n'excédant pas un ou deux jours de détention » [notre traduction]<sup>144</sup>. L'autonomie judiciaire prévue par la *Loi 89* est triplement limitée : elle n'est reconnue qu'aux autochtones « semi-sauvages », elle ne peut être exercée que par les autorités des *cabildos* et elle

---

<sup>138</sup> Ley 89 «Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada », Congreso nacional, Colombie, 25 novembre 1890 [Loi 89].

<sup>139</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p.64.

<sup>140</sup> Sentencia C-463/14, Corte Constitucional, Sala Plena, 9 juillet 2014, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-463-14.htm>>, section « Análisis del cargo » [C-463/14].

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> Loi 89, *supra* note 138, art. 3. Voir également Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 16.

<sup>143</sup> Bonilla, *supra* note 42 aux p. 152-153. Voir également Ministerio del Interior, *Cabildo indígena*, en ligne : <<http://www.mininterior.gov.co/content/cabildo-indigena>>.

<sup>144</sup> Loi 89, *supra* note 138, art. 5.

ne s'applique qu'aux fautes contre la morale commises par des autochtones<sup>145</sup>. Un conflit entre un autochtone et un non-autochtone relève donc de la compétence des autorités étatiques, tout comme une faute commise en territoire autochtone par un non-autochtone. De plus, même lorsqu'elles ont compétence, les autorités des *cabildos* n'ont qu'une marge de manœuvre réduite lors de la détermination de la sanction applicable, celle-ci ne pouvant être qu'une peine de prison et ne pouvant dépasser une ou deux jours. De plus, cette loi ne reconnaît aucun pouvoir aux autorités autochtones traditionnelles.

Finalement, soulignons que la *Loi 89* était toujours en vigueur lors de la réforme constitutionnelle de 1991. Elle l'est encore aujourd'hui, bien que la Cour constitutionnelle ait invalidé certaines de ses dispositions<sup>146</sup>.

## 2.2. La réforme constitutionnelle de 1991

Avant 1991, les minorités culturelles étaient généralement peu prises en compte par l'État colombien<sup>147</sup> et « les autochtones étaient pratiquement invisibles » [notre traduction]<sup>148</sup>. La réforme constitutionnelle de 1991 constitue en ce sens un point de rupture, une transformation des relations entre la société majoritaire et les peuples autochtones – ces derniers devenant soudainement visibles aux yeux de la première<sup>149</sup>. Afin de mieux saisir les raisons de ce changement, nous présenterons d'abord un aperçu du contexte sociopolitique dans lequel s'inscrit la réforme constitutionnelle de 1991. Par la suite, nous nous intéresserons aux travaux de l'Assemblée constituante.

---

<sup>145</sup> Voir notamment Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 aux p. 16-17.

<sup>146</sup> Sentencia C-139/96, Corte Constitucional, 9 avril 1996, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>> et C-463/14 [C-139/96].

<sup>147</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 25.

<sup>148</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 10.

<sup>149</sup> *Ibid* à la p. 11; Bonilla, *supra* note 42 à la p. 25.

### 2.2.1. Le contexte sociopolitique de la réforme constitutionnelle de 1991

L'adoption par la Colombie d'une Constitution reconnaissant la diversité culturelle et l'autonomie judiciaire autochtone s'inscrit dans un contexte où les revendications autochtones sont devenues de plus en plus visibles<sup>150</sup>. Nous présenterons d'abord un portrait sommaire de la mobilisation des mouvements autochtones en Amérique latine à partir des années 1970. Nous nous intéresserons ensuite à la manière dont ces revendications ont trouvé écho au niveau international. Finalement, nous nous intéresserons au rôle des peuples autochtones dans le processus ayant mené à la réforme constitutionnelle colombienne.

Si la mobilisation des peuples autochtones dans divers mouvements sociaux a toujours été une réalité en Amérique latine, elle a longtemps été canalisée par les mouvements de gauche<sup>151</sup>. Les revendications formulées par les peuples autochtones s'inscrivaient donc dans le discours de lutte des classes propre à ces mouvements<sup>152</sup>. Cependant, à partir des années 1970, les peuples autochtones commencent à s'organiser autour de mouvements se réclamant de l'identité autochtone plutôt que d'une tendance politique<sup>153</sup>. Le discours de ces mouvements se fait plus explicite sur ce qui distingue les cultures autochtones de la culture dominante d'influence européenne<sup>154</sup>. De plus, leurs revendications s'ancrent dorénavant dans la réalité particulière des peuples autochtones, plutôt que dans celle du prolétariat – catégorie qui, en Amérique latine, renvoie tant aux peuples autochtones qu'aux paysans métis. Ces revendications visent notamment la reconnaissance des peuples autochtones comme des entités collectives sociohistoriques

---

<sup>150</sup> Voir notamment Farid Samir Benavides Vanegas « Indigenous Resistance and the Law » (2012) 39:182 *Latin American Perspectives* 61 [Benavides].

<sup>151</sup> Assies, *supra* note 39 à la p. 90. Van Cott, Donna Lee, « Latin America's Indigenous Peoples » (2007) 18:4 *Journal of Democracy* à la p. 130.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Assies, *supra* note 39 à la p. 90.

<sup>154</sup> *Ibid* aux p. 91-92.

possédant leurs propres modes de gouvernance et de justice<sup>155</sup>. Les mouvements autochtones mettent également de l'avant des revendications territoriales et proposent des alternatives communautaires et solidaires au modèle de développement économique capitaliste dominant<sup>156</sup>.

Les mouvements autochtones créent également des alliances transnationales qui leur assurent une place au sein de divers fora internationaux<sup>157</sup>. La période précédant l'adoption de la Constitution colombienne de 1991 a notamment été marquée par une mobilisation importante des peuples autochtones sur la scène internationale afin de faire reconnaître leurs droits, mais également de témoigner de l'oppression subie depuis les débuts de la colonisation. Cette mobilisation mènera à l'adoption de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* en 2007<sup>158</sup>. Cependant, dès 1977, une première conférence internationale sur la discrimination contre les populations autochtones est organisée à Genève<sup>159</sup>. De plus, les mouvements autochtones ont participé à l'élaboration de la *Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux* adoptée en 1989 par l'Organisation internationale du travail, contribuant à y faire inclure les droits à la consultation et à l'auto-identification, la reconnaissance de la validité des modes internes de résolution de conflits, ainsi que la notion même de peuple autochtone<sup>160</sup>.

---

<sup>155</sup> *Ibid* à la p. 93.

<sup>156</sup> *Ibid*.

<sup>157</sup> Rathgeber, *supra* note 2 à la p. 105. Anaya, *supra* note 6 à la p. 57.

<sup>158</sup> Organisation des Nations Unies, *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. AG/61/295, 107<sup>e</sup> séance plénière, 13 septembre 2007.

<sup>159</sup> Cette conférence a permis de solidifier les liens entre les diverses organisations autochtones et leurs représentants se sont faits de plus en plus visibles au sein des institutions onusiennes. De plus, cela a mené l'Assemblée générale des Nations Unies à proclamer la première Année des peuples autochtones en 1993, suivi en 1994 de la première Décennie des peuples autochtones. Anaya, *supra* note 6 à la p. 57.

<sup>160</sup> Assies, *supra* note 39 à la p. 93. La Convention 169 a été ratifiée par vingt-deux pays à ce jour, dont quatorze sont latino-américains. La Colombie a ratifié la Convention le 7 août 1991, dans la foulée de sa réforme constitutionnelle. Organisation internationale du travail, *Ratifications de C169 — Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, en ligne* : [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO). Voir Anaya, *supra* note 6 aux p. 100-103, pour une discussion à propos de l'importance du terme « peuple » en droit international.

Par ailleurs, à la fin des années 1980, le mouvement « 500 ans de résistance » s'organise en réaction aux célébrations prévues en 1992 pour souligner les 500 ans de la « découverte » des Amériques par Christophe Colomb<sup>161</sup>. Les organisations autochtones utilisent notamment les réunions internationales portant sur les célébrations du 500<sup>e</sup> « *to push debates about social emancipation and pluriethnic reality of their nations onto the national agendas* »<sup>162</sup>. En juillet 1990, près de 400 autochtones représentant 120 nations, tribus et organisations autochtones des Amériques se sont réunis en Équateur où ils ont adopté la Déclaration de Quito<sup>163</sup>. Cette Déclaration se veut un appel à l'action afin de dénoncer la colonisation que les peuples autochtones de l'Amérique subissent depuis 500 ans<sup>164</sup>. En Colombie, les élections pour l'Assemblée constituante coïncident avec la mobilisation du 500<sup>e</sup>, laquelle jouit d'une bonne publicité et contribue à nourrir la sympathie de la société majoritaire envers la cause autochtone<sup>165</sup>.

La réforme constitutionnelle colombienne de 1991 s'inscrit donc dans un contexte régional et international où les revendications des peuples autochtones prennent de plus en plus de force. Elle s'inscrit également dans le contexte bien particulier d'un pays déchiré par un conflit armé sévissant depuis plusieurs décennies<sup>166</sup>. Vers la fin des années 1980, l'État colombien a subi de nombreuses attaques de la part des narcotrafiquants et s'en est trouvé d'autant plus déstabilisé que cela a mis en lumière la corruption et l'inefficacité de ses institutions<sup>167</sup>. Cette situation a

---

<sup>161</sup> Rathgeber, *supra* note 2 à la p. 105.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, Declaration of Quito, Juillet 1990, Quito, Équateur, en ligne : < <http://www.nativeweb.org/papers/statements/quincennial/quito.php>>.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> Van Cott, « Unity », *supra* note 40 aux p. 533-534.

<sup>166</sup> Bonilla, *supra* note 42 aux p. 114-119. Voir également Santos et García, « Colombia », *supra* note 60 aux p. 51-54, sur le phénomène de l'insécurité en Colombie.

<sup>167</sup> Van Cott, « Unity », *supra* note 40 à la p. 531. Voir également Santos et García, « Colombia », *supra* note 60 à la p. 77.

mené une partie de la population à exiger l'adoption d'une nouvelle *Carta Política*<sup>168</sup>. En effet, la faiblesse de la démocratie colombienne est alors identifiée comme une des causes principales de la violence endémique qui sévit au pays<sup>169</sup>. Plusieurs ont également souligné l'absence problématique de corrélation entre le régime politique centralisé et une réalité sociale hétérogène<sup>170</sup>.

Après l'échec de diverses tentatives de réformes constitutionnelles, un référendum est finalement tenu en mars 1990, lors duquel 86,6 % des votants appuient le projet de réforme constitutionnelle. Les élections des délégués de l'Assemblée constituante chargée de la rédaction et de l'adoption de la nouvelle constitution ont lieu en décembre 1990<sup>171</sup>. En dépit des maigres moyens des organisations autochtones et du fait que les autochtones ne constituent qu'environ 1 % de la population colombienne, deux de leurs représentants font partie des 70 délégués élus<sup>172</sup>. Ce succès s'explique notamment par l'importante couverture médiatique et le sentiment général de sympathie envers les autochtones. En effet, les peuples autochtones symbolisent aux yeux du reste de la population colombienne un exemple de convivialité et de respect<sup>173</sup>. Un troisième

---

<sup>168</sup> Van Cott, « Unity », *supra* note 40 à la p. 532. Voir également Julieta Lemaitre, « The Peace at Hand: War and Peace in Colombia's 1991 Constituent Assembly », Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, présentée à Mexico, 7-10 juin 2012, en ligne : < <http://www.law.yale.edu/intellecualife/15463.htm> > [Lemaitre].

<sup>169</sup> Van Cott souligne ainsi que la Constitution de 1886 visait la centralisation du pouvoir et la démobilisation politique de la société civile. Cette Constitution a été en vigueur jusqu'à la réforme de 1991. Van Cott, « Unity », *supra* note 40 aux p. 526 et 532.

<sup>170</sup> *Ibid* à la p 532.

<sup>171</sup> *Ibid*.

<sup>172</sup> Il s'agit de Francisco Rojas Birry, membre de la nation embera et représentant de la Organización Indígena de Colombia ainsi que de Lorenzo Muelas, membre de la nation guambiana et représentant des Autoridades Indígenas de Colombia. Departamento administrativo nacional de estadística, « Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica » (2007), en ligne : < [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf) > à la p. 33 [DANE].

<sup>173</sup> Assies, *supra* note 39 à la p. 94.

délégué autochtone est nommé par décret présidentiel afin de représenter le mouvement de guérilla Quintín Lame<sup>174</sup>.

### 2.2.2. Les travaux de l'Assemblée constituante

L'Assemblée constituante a commencé à siéger en février 1991 et n'avait que quelques mois afin de rédiger une Constitution permettant de transformer le régime politique colombien de manière à créer un climat démocratique favorable à l'établissement d'une paix durable<sup>175</sup>. Il s'agissait de rendre le régime démocratique plus participatif et de moderniser l'État, notamment en contrant ses tendances centralisatrices et en garantissant une plus grande justice sociale<sup>176</sup>. L'Assemblée constituante s'est donc vue confier quatre mandats ambitieux. Le premier de ces mandats était de mettre fin à la violence et de contribuer à la pacification du pays<sup>177</sup>. Le deuxième était de renforcer la démocratie, notamment en la rendant plus ouverte<sup>178</sup>. Le troisième consistait à élargir la charte des droits afin de protéger les citoyens des interventions indues de l'État et de garantir la satisfaction de leurs besoins de base<sup>179</sup>. Finalement, la réforme constitutionnelle se voulait également une occasion de redéfinir la structure de l'État afin de régler les problèmes de représentativité et de corruption<sup>180</sup>.

La reconnaissance de la diversité culturelle et de l'autonomie des peuples autochtones ne constituait donc pas explicitement un des mandats de l'Assemblée. De fait, cette reconnaissance n'aurait pas eu lieu sans la participation des délégués autochtones aux travaux de l'Assemblée

---

<sup>174</sup> Quatre sièges de l'Assemblée constituante ont ainsi été attribués à des délégués issus des mouvements de guérilla démobilisés. Ces délégués n'avaient pas le droit de vote, contrairement aux délégués élus. Bonilla, *supra* note 42 aux p. 120-121. Sur le mouvement Quintín Lame voir Benavides, *supra* note 150 aux p. 68-69. Sur la participation des mouvements de guérilla à l'Assemblée constituante, voir Lemaitre, *supra* note 168.

<sup>175</sup> L'Assemblée constituante a siégé du 5 février au 4 juillet 1991. *Ibid* aux p. 5-6; Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 27; Van Cott, « Unity », *supra* note 40 à la p. 532.

<sup>176</sup> *Ibid* à la p. 523; Santos et García, « Colombia », *supra* note 60 à la p. 77.

<sup>177</sup> Bonilla, *supra* note 40 aux p. 121-122.

<sup>178</sup> *Ibid* à la p. 122.

<sup>179</sup> *Ibid* aux p. 122-123.

<sup>180</sup> *Ibid* aux p. 123-124.

constituante qui ont travaillé de pair afin d'avancer les intérêts des peuples autochtones et ceux d'autres minorités ethniques lors de la rédaction de la Constitution<sup>181</sup>. Leurs efforts ont été appuyés par les délégués des partis de gauche, mais également par le Président et ses conseillers qui ont souligné la corrélation entre le respect des droits des minorités et l'avènement d'une démocratie participative<sup>182</sup>.

Les propositions des délégués autochtones comportaient les éléments suivants : la reconnaissance des peuples autochtones comme partie de la nation colombienne et celle de leur autonomie, de même que l'octroi de ressources par l'État à des projets de développement dans les communautés<sup>183</sup>. Ces propositions ont été retenues lors des débats en commission, mais certaines d'entre elles ont ensuite été rejetées lors des discussions en plénière<sup>184</sup>. Par la suite, la Commission codificatrice a apporté certains changements aux propositions retenues, mais il n'y a pas eu de difficulté à faire reconnaître l'autonomie judiciaire autochtone<sup>185</sup>. Cependant, les délégués ne sont pas parvenus à s'entendre sur les mécanismes de mise en œuvre de cette reconnaissance<sup>186</sup>.

### **2.3. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones depuis 1991**

La réforme constitutionnelle de 1991 a modifié considérablement les termes des rapports entre l'État et les peuples autochtones en Colombie. Nous nous intéresserons ici aux dispositions constitutionnelles traitant de la diversité culturelle et des peuples autochtones afin de les qualifier à partir de notre cadre d'analyse. Nous procéderons ensuite à l'analyse des normes législatives

---

<sup>181</sup> Ponce et Rueda, *supra* note 112 à la p. 29. Van Cott, « Unity », *supra* note 40 aux p. 533-541.

<sup>182</sup> *Ibid* aux p. 533, 537.

<sup>183</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 aux p. 28-29.

<sup>184</sup> *Ibid* à la p. 29.

<sup>185</sup> *Ibid*.

<sup>186</sup> *Ibid*.

adoptées suite à la réforme constitutionnelle et qui concernent plus particulièrement l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone.

### 2.3.1. La reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle et de l'autonomie judiciaire autochtone

L'adoption d'une constitution défendant le principe de diversité culturelle témoigne sans contredit d'une avancée notable en matière de reconnaissance de la pluralité des visions du monde. Cela est d'autant plus important que la Colombie est un État issu de la colonisation où la diversité des identités culturelles a historiquement été gommée au profit d'une identité unitaire nationale<sup>187</sup>. La participation de représentants autochtones, dont certains dans leur langue<sup>188</sup>, aux travaux de l'Assemblée constituante constitue ainsi une première dans un pays où les peuples autochtones ont été le plus souvent ignorés et marginalisés par la société majoritaire<sup>189</sup>. De plus, ces délégués ont tenu des rôles importants lors des travaux de l'Assemblée, dirigeant notamment deux des cinq comités constituants<sup>190</sup>. Van Cott souligne qu'une des réalisations les plus importantes des délégués autochtones est justement d'avoir rendu leurs peuples visibles et d'avoir permis « *the institutionalization of the presence of Indians as a group in Colombian society* »<sup>191</sup>.

Au-delà de cette institutionnalisation, la participation d'autochtones au processus constituant indique une ouverture à la diversité et a permis la rencontre de diverses conceptions du monde<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 143, soutient ainsi que « traditionnellement, l'unité de l'État a signifiée en Colombie l'amalgame de tous les citoyens au sein d'un seul système juridique et d'une structure politique homogène et centralisée » [notre traduction]. Voir également Cruz, *supra* note 69 à la p. 124, où l'auteur renvoie au concept de « colonialité du pouvoir » développé par Aníbal Quijano afin d'expliquer que les sociétés pluriculturelles latino-américaines sont organisées sous forme d'États monoculturels dominés par les élites d'origines européennes ou métisses.

<sup>188</sup> Van Cott, « Unity », *supra* note 40 à la p. 535.

<sup>189</sup> Voir notamment, Rathgeber, *supra* note 2 à la p. 105.

<sup>190</sup> Van Cott, « Unity », *supra* note 40 à la p. 535.

<sup>191</sup> *Ibid* à la p. 539.

<sup>192</sup> Ponce et Rueda, *supra* note 112 aux p. 18-19. Santos propose ainsi que les cultures autochtones sont porteuses de conceptions du droit, de l'État et de la communauté qui peuvent être mobilisées comme alternative au modèle dominant de la modernité libérale. Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 aux p. 254-255.

Certaines des dispositions constitutionnelles témoignent d'une hybridation entre l'idéologie de la modernité occidentale et d'autres façons de penser l'État, la société et le vivre-ensemble<sup>193</sup>. Ainsi, la pensée politique moderne est fondée sur l'idée selon laquelle l'amalgame État-nation constitue la forme d'organisation sociale par excellence<sup>194</sup>. Or, la Constitution colombienne reconnaît l'existence d'autres entités politiques que l'État, notamment les peuples autochtones, lesquels sont également détenteurs de droits à l'autonomie gouvernementale et judiciaire<sup>195</sup>.

La conception de l'État-nation comme une entité culturellement homogène est également remise en cause par certaines dispositions constitutionnelles<sup>196</sup>. Par exemple, l'article premier indique que la Colombie est une république unitaire et démocratique, mais également décentralisée et pluraliste. De plus, l'article 7 prévoit que « [l']État reconnaît et protège la diversité ethnique et culturelle de la nation colombienne » [notre traduction]. L'État a l'obligation de protéger les richesses culturelles<sup>197</sup> et de reconnaître l'égalité et la dignité de toutes les cultures<sup>198</sup>. Par ailleurs, sur le plan linguistique, bien que le castillan demeure la seule langue officielle sur l'ensemble du territoire colombien, « [l]es langues et dialectes des groupes ethniques sont aussi officiels sur leurs territoires » [notre traduction]<sup>199</sup>. Felipe Gómez Isa souligne que la prise en compte constitutionnelle des revendications autochtones « *has paved the way for interesting debates on the very nature of a state that has up until now been essentially monocultural, as well as on legal pluralism in situations in which several different peoples with different legal systems*

---

<sup>193</sup> Soulignons que selon Cruz, l'atteinte d'une égalité substantielle entre les cultures « implique la réinvention de l'État, de la démocratie et du modèle de développement économique ». Cruz, *supra* note 69 à la p. 126.

<sup>194</sup> Anaya, *supra* note 6 aux p. 20-21.

<sup>195</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 246 et 330.

<sup>196</sup> Santos et García ont souligné que le processus de la nationalisation de l'identité culturelle a permis aux États-nations de prétendre à l'unité culturelle et de justifier la marginalisation et l'assimilation des minorités ethniques. Santos et García, « Colombia », *supra* note 60 à la p. 18

<sup>197</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 8.

<sup>198</sup> *Ibid.*, art. 70.

<sup>199</sup> *Ibid.*, art. 10.

*and different conceptions of justice coexist* »<sup>200</sup>. Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait eu un changement de paradigme radical; la Constitution colombienne demeure un instrument juridique s'inscrivant dans l'idéologie libérale – voire néolibérale<sup>201</sup>.

On retrouve également dans le texte constitutionnel une des dimensions de la sociabilité de la réconciliation, soit la réparation des torts passés. En effet, l'inscription de plusieurs droits profitant aux peuples autochtones dans la loi suprême de l'État permet de réparer certains des torts subis dans le passé<sup>202</sup>. La Constitution reconnaît notamment aux peuples autochtones des droits quant à l'éducation<sup>203</sup> et à la gouvernance<sup>204</sup> ainsi qu'en matière linguistique<sup>205</sup>, électorale<sup>206</sup> et territoriale<sup>207</sup>.

Finalement, en reconnaissant la compétence judiciaire des peuples autochtones, la Constitution rompt explicitement avec la conception du droit défendue par l'idéologie moderne, dont les trois piliers sont le centralisme, le monisme et le positivisme<sup>208</sup>. L'article 246 prévoit ainsi que :

Les autorités des peuples autochtones peuvent exercer des fonctions judiciaires à l'intérieur de leur territoire et en conformité avec leurs normes et procédures internes, dans la mesure où elles sont en conformité avec la Constitution et les lois de la République. La loi établira les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire national. [notre traduction]

Il importe de distinguer une telle reconnaissance d'une simple délégation de pouvoirs par l'État. En l'occurrence, les termes de l'article 246 renvoient plutôt à des normes et procédures autochtones endogènes, dont l'existence ne dépend pas de leur énonciation par l'État. De plus, cet

---

<sup>200</sup> Gómez, *supra* note 6 à la p. 730.

<sup>201</sup> Sur le caractère néolibéral des réformes constitutionnelles andines de la décennie 1990, voir notamment Yrigoyen, *supra* note 8 à la p. 24 et Assies, *supra* note 39.

<sup>202</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 166. À propos des luttes récentes des peuples autochtones en Colombie contre diverses formes d'oppression et de violence, voir notamment Rathbeger, *supra* note 2.

<sup>203</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 68.

<sup>204</sup> *Ibid*, art. 330

<sup>205</sup> *Ibid*, art. 10.

<sup>206</sup> *Ibid*, art. 171, 176

<sup>207</sup> *Ibid*, art. 63, 329.

<sup>208</sup> Macdonald, *supra* note 13 à la p. 135.

article prévoit l'adoption d'une loi établissant « les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire national » [notre traduction]. La Constitution indique ainsi le besoin de mécanismes de coordination entre deux juridictions distinctes, l'une étatique et l'autre autochtone. Les constituants n'ont cependant pas rendu l'effectivité de l'autonomie judiciaire autochtone conditionnelle à l'adoption d'une loi habilitante<sup>209</sup>. Selon nous, cela indique que l'Assemblée constituante a considéré que l'autonomie judiciaire des autorités autochtones existait avant sa reconnaissance par l'État et ne dépendait donc pas de cette dernière.

L'article 246 reconnaît ainsi la validité de systèmes de justice qui ne correspondent pas à la conception moderne du droit et leur offre la protection constitutionnelle, soit la plus solide protection offerte par le droit étatique<sup>210</sup>. Il s'agit d'une remise en cause explicite du monopole qu'a exercé traditionnellement l'État sur la production et la mise en œuvre du droit, dont le corolaire était la négation de toute forme de normativité extérieure à l'État<sup>211</sup>. Une telle rupture avec la conception libérale du droit est un premier pas vers un partage de l'autorité en matière de justice, lequel suppose de reconnaître la validité de différents modes de décision et de règlement de conflits.

Malgré l'intérêt certain de cette reconnaissance, les conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone témoignent d'une reproduction des rapports inégaux entre les cultures juridiques étatique et autochtones propres à une sociabilité de la réconciliation. En effet, la Constitution et les lois étatiques continuent d'avoir préséance sur l'autonomie des peuples

---

<sup>209</sup> La reconnaissance de la compétence judiciaire autochtone a donc pris effet dès l'adoption de la Constitution. Carlos Eduardo Rueda Carvajal, « El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación » (2008) 10:1 *Estud. Socio-Juríd.* à la p. 342 [Rueda].

<sup>210</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 4.

<sup>211</sup> Voir Boaventura de Sousa Santos, « El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena » dans Santos et García, *supra* note 2 aux p. 203-205 [Santos, « Significado »], à propos de la réticence de plusieurs États quant à une reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone, laquelle leur paraît menacer le contrôle monopolistique qu'ils exercent sur le droit, voire l'existence même de l'État-nation.

autochtones en matière de justice<sup>212</sup>. Une interprétation formaliste de cette condition aurait pour conséquence de réduire à bien peu cette autonomie, puisqu'elle pourrait être limitée par toute loi ordinaire adoptée par le parlement colombien<sup>213</sup>.

De plus, si l'article 246 ne prévoit pas explicitement que l'autonomie juridictionnelle autochtone doit s'exercer dans le respect des droits fondamentaux ou des droits de la personne, cela découle cependant de l'obligation de respect de la Constitution, celle-ci comportant plusieurs dispositions protégeant les droits fondamentaux<sup>214</sup>. En cela, la Constitution reproduit la tension entre la protection de droits fondamentaux d'origine libérale et le droit à l'autonomie de groupes « illibéraux »<sup>215</sup>. En effet, « *[the Constitution] gave indigenous peoples the right to their own system of justice and their own worldview as long as they respected universal human rights, but indigenous peoples had a number of practices that formally violated those rights* »<sup>216</sup>.

Par ailleurs, les conflits entre les systèmes judiciaires étatique et autochtones seront tranchés par des institutions de l'État. Ainsi, le Conseil supérieur de la judicature sera appelé à établir les limites de la compétence autochtone dans l'éventualité où la compétence sur une même affaire est revendiquée à la fois par une instance gouvernementale et une autorité autochtone<sup>217</sup>. De plus,

---

<sup>212</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 246.

<sup>213</sup> Les méthodes d'interprétation formaliste et positiviste du droit ont historiquement été mobilisées par les États et leurs juristes afin de nier des droits aux peuples autochtones, notamment le droit à l'autodétermination. Voir notamment Anthony Anghie, « The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities » (2006) 27:5 *Third World Quarterly* aux p. 745-746; James Thuo Gathii, « Imperialism, Colonialism and International Law » (2007) 54:4 *Buffalo Law Review* aux p. 1043-1054; et Alpana Roy, « Postcolonial Theory and Law: A Critical Introduction » (2008) 29 *Adel. L. Rev.* à la p. 319.

<sup>214</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, Titre II, Chapitre I. Soulignons également que l'article 5 de la Constitution prévoit la primauté des droits inaliénables de la personne. Voir également les articles 53, 93 et 214 qui prévoient les paramètres d'application en droit interne des normes internationales de droits de la personne. Voir Rodrigo Uprimny Yepes, « Las transformaciones de la administración de la justicia en Colombia » dans Santos et García, *supra* note 2 à la p. 297.

<sup>215</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 142.

<sup>216</sup> Benavides, *supra* note 150 à la p. 71.

<sup>217</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 256(6). Soulignons que la Cour constitutionnelle sera également amenée à se prononcer sur les conflits de compétence, en tant qu'instance chargée d'interpréter la Constitution et de

tous les tribunaux auront compétence pour entendre les recours en protection constitutionnelle qui pourraient être intentés en cas d'atteintes alléguées aux droits fondamentaux dans le cadre de l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone<sup>218</sup>.

Or, malgré l'importance des pouvoirs de contrôle de la justice autochtone confiés au système judiciaire étatique, la Constitution ne prévoit pas l'organisation de ce dernier de manière à mettre en dialogue différentes conceptions du droit. Aucune disposition ne prévoit par exemple la représentation des autochtones au sein des institutions judiciaires étatiques chargées de trancher les conflits entre le droit étatique et la justice autochtone. Cela signifie notamment que :

*Ultimately judges from the dominant legal culture, aided by experts on indigenous world views, have the power to determine the extent to which cultural diversity has a bearing when interpreting human rights. [...] Traditional monocultural institutions, such as the Colombian Constitutional Court and any other judicial body of that kind, are not representative, either in structure, composition or operation, of the prevailing cultural diversity in the country.*<sup>219</sup>

L'inscription du principe de protection et de respect de cette diversité dans la Constitution ne trouve ainsi pas d'écho institutionnel – ce qui mine d'autant la possibilité d'une reconnaissance effective de l'autonomie judiciaire autochtone<sup>220</sup>.

La réforme constitutionnelle colombienne laisse donc paraître des éléments de convivialité entre les cultures juridiques étatique et autochtones, mais également plusieurs éléments d'une sociabilité de la réconciliation. La reconnaissance de l'égale valeur des cultures et celle de

---

protéger les droits constitutionnels. Par exemple, lorsqu'un conflit de compétence est à l'origine d'un recours en protection constitutionnelle, la Cour constitutionnelle décide généralement de ce conflit plutôt que de le renvoyer au Conseil supérieur de la judicature, afin d'assurer l'administration efficace de la justice. Voir notamment les décisions Sentencia T-728/02, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 5 septembre 2002, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-728-02.htm> > [T-728/02] et Sentencia T-1238/04, Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, 12 décembre 2014, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1238-04.htm> >, section 4.3 [T-1238/04].

<sup>218</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 86. Ces décisions peuvent être révisées par la Cour constitutionnelle à la discrétion de cette dernière, *ibid*, art. 241 par. 1 al. (9). Voir généralement García et Rodríguez, *supra* note 47 à la p. 423.

<sup>219</sup> Gómez, *supra* note 6 à la p. 755.

<sup>220</sup> Ainsi, Santos et García soulignent que malgré un fort degré d'inclusion des minorités culturelles sur le plan symbolique, la Constitution ne met pas en place de mécanismes concrets afin de rendre cette inclusion effective. Santos et García, « Colombia », *supra* note 60 à la p. 78.

l'autonomie judiciaire autochtone posent les bases d'une sociabilité marquée par les échanges égaux et le partage de l'autorité. Cependant, cette tendance est grandement limitée par l'absence de mécanisme de mise en œuvre de ces principes et par le maintien de structures et d'institutions monoculturelles. De plus, la Constitution confirme la prédominance du droit étatique sur l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, ce qui paraît contredire le principe d'égalité des cultures. La réforme constitutionnelle participe donc de la reproduction d'un partage inégal du pouvoir entre une culture dominante et des cultures subalternes – trait caractéristique d'une sociabilité de la réconciliation. Par conséquent, nous concluons à la présence d'une sociabilité mixte, où sont présentes à la fois les sociabilités de la convivialité et de la réconciliation, mais où cette dernière domine néanmoins.

### **2.3.2. Les dispositions législatives concernant l'autonomie judiciaire autochtone**

Les efforts législatifs visant au développement des principes de diversité culturelle et de pluralisme énoncés par la Constitution ont été qualifiés avec raison de modestes par Beatriz Sánchez<sup>221</sup>. Ainsi, bien que l'article 246 prévoit explicitement que « [l]a loi établira les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire national », le législateur colombien n'a toujours pas adopté une telle loi<sup>222</sup>. Le législateur colombien a néanmoins intégré des dispositions concernant l'autonomie judiciaire autochtone dans diverses lois. Nous avons recensé six lois actuellement en vigueur qui contiennent des dispositions portant sur l'autonomie judiciaire autochtone. Ces lois confirment la reconnaissance constitutionnelle de la justice autochtone et prévoient parfois certaines limites à son application.

---

<sup>221</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 31. Sánchez souligne ainsi qu'entre 1992 et 1997, seules 18 des 410 lois adoptées concernent directement ou indirectement les peuples autochtones. Elle reproche aussi au législateur le manque de cohérence de ces développements et souligne qu'ils ont déçu plusieurs organisations et communautés autochtones

<sup>222</sup> Un projet de loi de coordination a bien été déposé par un sénateur de l'Alliance sociale autochtone, mais il a été archivé en 2010 sans avoir été adopté. Congreso, *supra* note 74.

C'est le cas de la *Loi 21 de 1991* qui approuve la *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* de l'Organisation internationale du travail et l'intègre dans le régime législatif colombien<sup>223</sup>. L'article 8(2) de cette Convention reconnaît la compétence judiciaire des peuples autochtones dans des termes rappelant l'article 246 de la Constitution colombienne :

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.<sup>224</sup>

L'article 9 prévoit quant à lui que les modes autochtones de sanctions des délits « doivent être respectés »<sup>225</sup>. Dans le cas de ces deux articles, la reconnaissance des normes autochtones est conditionnelle à leur compatibilité avec les régimes nationaux et internationaux des droits de la personne. De plus, en vertu de l'article 9, il n'est pas clair que le respect dû à la normativité pénale autochtone implique nécessairement la reconnaissance de la compétence des autorités autochtones. En effet, cet article prévoit plutôt que les « autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine. »<sup>226</sup> Par ailleurs, l'article 8(2) prévoit l'établissement de normes de règlements des conflits intersystémiques. Cette responsabilité relèvera de l'État, puisque l'article 2 prévoit qu'« il incombe aux gouvernements, avec la participation des peuples intéressés » de développer les mécanismes nécessaires au

---

<sup>223</sup> Ley 21 de 1991, « Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 », Congreso nacional, Colombie, 4 mars 1991 [Loi 21].

<sup>224</sup> Organisation internationale du travail, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 27 juin 1989, en ligne : <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169) >, art. 8(2) [Convention 169], repris à l'article 8(2) de la Loi 21, *supra* note 223.

<sup>225</sup> Convention 169, *supra* note 224, art. 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 respectés. 2. Les autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine. »

<sup>226</sup> *Ibid*, art. 9(2).

respect des droits protégés par la Convention. Comme l'article 246 de la Constitution, cette disposition paraît donc s'inscrire dans la logique de réconciliation, où la reconnaissance de droits aux communautés autochtones est suivie de la réaffirmation de la supériorité de la culture dominante – en l'occurrence, des instruments nationaux et internationaux des droits de la personne.

D'autres lois comportent des dispositions reconnaissant la compétence judiciaire autochtone dans certains domaines particuliers, bien que leur objet ne concerne pas spécifiquement les peuples autochtones. Ainsi, la *Loi 575 de 2000* portant sur la violence familiale prévoit que les autorités autochtones sont compétentes pour juger des cas de violence familiale ayant lieu au sein de leurs communautés<sup>227</sup>. Cette loi réfère explicitement à l'article 246 de la Constitution, sans ajouter d'autres conditions à l'exercice de la justice autochtone. Par ailleurs, en vertu du *Code de l'enfant et de l'adolescent*, les adolescents autochtones seront jugés par les autorités de leur communauté d'appartenance<sup>228</sup>. Ces autorités devront agir de manière conforme au système de justice autochtone, de même qu'à la loi et qu'aux traités internationaux de droits de la personne ratifiés par la Colombie. De plus, les sanctions imposées ne devront pas porter atteinte à la dignité de l'adolescent, ni constituer des mauvais traitements ou des humiliations. Par ailleurs, les adolescents ayant commis un crime hors de leur communauté et ne souhaitant pas réintégrer leur milieu d'origine seront jugés par les institutions étatiques. Comme dans le cas de la *Loi 21 de 1991*, l'État limite unilatéralement l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone au nom de

---

<sup>227</sup> Ley 575, « Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996 », Congreso nacional, Colombie, 11 février 2000, art. 1 par. 2. La Loi 1257 de 2008 contre la discrimination et la violence à l'égard des femmes reprend cette disposition, Ley 1257, « Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones », Congreso nacional, Colombie, 4 décembre 2008.

<sup>228</sup> Ley 1098, « Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia » Congreso nacional, Colombie, 8 novembre 2006, art. 156.

principes jugés supérieurs. En l'absence de dialogue interculturel afin de déterminer la nature de ces principes, ces dispositions nous paraissent relever d'une sociabilité de la réconciliation.

Le Code pénal colombien prévoit quant à lui que les institutions étatiques de détermination des peines doivent prendre leurs décisions en coordination avec les autorités autochtones concernées lorsque l'accusé est un autochtone considéré « non responsable pour cause de diversité socioculturelle »<sup>229</sup>. La Cour constitutionnelle a confirmé la validité de cette disposition suite à un recours en contrôle de constitutionnalité<sup>230</sup>. Selon la Cour, il importe en effet que le processus pénal étatique puisse avoir lieu, du moins jusqu'à ce que le législateur harmonise les juridictions autochtones et étatiques. Cependant, ce processus doit protéger les droits de l'individu autochtone et notamment permettre son exonération lorsque sa cosmovision particulière ne lui permet pas de comprendre que son comportement est interdit par le droit étatique. La Cour est d'avis que dans un tel cas, le régime pénal étatique permet d'établir un dialogue entre les cultures afin d'expliquer à l'accusé autochtone que sa conduite n'est pas permise dans l'ordre normatif dominant. Il nous semble plutôt que cette disposition relève d'une logique de réconciliation, puisqu'elle ne considère pas la possibilité que les autorités autochtones puissent être seules compétentes pour juger de certains cas, notamment ceux purement internes. Par ailleurs, malgré les prétentions de la Cour, cette disposition ne nous paraît pas tant instaurer un dialogue interculturel qu'un monologue permettant à l'État d'avertir un individu autochtone que son comportement n'est pas toléré par la culture dominante.

---

<sup>229</sup> Ley 906, « Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal », Congreso nacional, Colombie, 31 août 2004, art. 470.

<sup>230</sup> Sentencia C-370/02, Corte Constitucional, Sala Plena, 14 mai 2012, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm> > [C-370/02].

Enfin, jusqu'en 2008, l'article 11 de la *Loi 270 de 1996* sur l'administration de la justice prévoyait l'existence de la juridiction spéciale autochtone<sup>231</sup>. Les autorités autochtones étaient donc considérées faire partie de la branche judiciaire du pouvoir public<sup>232</sup>. Or, une telle intégration n'est pas explicitement prévue par la Constitution et nie l'indépendance de la justice autochtone vis-à-vis de l'État. En cela, l'article 11 constitue un retour à la sociabilité de la violence, l'État considérant détenir le monopole du droit et réduisant l'autonomie judiciaire autochtone à une juridiction partie de l'appareil étatique. En 2008, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs invalidé cette disposition au motif qu'elle ne respectait pas l'esprit de la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone prévue à l'article 246 de la Constitution<sup>233</sup>. Soulignons néanmoins que l'organigramme affiché sur le site officiel de la branche judiciaire de l'État colombien indique toujours que les autorités autochtones constituent une juridiction spéciale au même titre que les juges de paix<sup>234</sup>.

De manière générale, les lois étatiques traitant de la justice autochtone montrent des éléments d'une sociabilité de la réconciliation. En effet, bien que l'autonomie judiciaire autochtone soit reconnue, ces lois prévoient diverses limites à son exercice. Il s'agit parfois de celles prévues par la Constitution, parfois de limites plus précises. Ces lois contribuent au contrôle étatique de la zone de contact étudiée, reproduisant ainsi des rapports de pouvoir qui favorisent l'État. En effet, le législateur colombien prétend tracer les limites de l'autonomie judiciaire autochtone sans consulter les peuples autochtones ni tenir compte de leur vision du monde.

---

<sup>231</sup> Ley 270, « Estatuaría de la administración de justicia », Congreso nacional, Colombie, 7 mars 1996, art. 11, repris à l'article 4(e) de la Loi modificatrice 1285 de 2009 [Loi 270].

<sup>232</sup> T-728/02, *supra* note 216; Rueda, *supra* note 208 aux p. 342-343; Ponce et Rueda, *supra* note 180 à la p. 87.

<sup>233</sup> Sentencia C-713/08, Corte Constitucional, Sala Plena, 15 juillet 2008, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-713-08.htm> > [C-713/08]. Nous discuterons plus en détail de cette décision au chapitre 3.

<sup>234</sup> Voir Annexe 2.

## Conclusion partielle

Notre analyse du régime constitutionnel et législatif concernant l'autonomie judiciaire autochtone montre la présence d'indicateurs propres aux sociabilités de la convivialité et de la réconciliation. En ce qui concerne la sociabilité de la convivialité, certains indicateurs de la tendance aux échanges égaux sont présents dans le texte constitutionnel. Ainsi, plusieurs dispositions constitutionnelles témoignent d'une ouverture à des conceptions de la société, de l'identité et de la nation autres que celles portées par la culture dominante. De plus, la diversité culturelle et normative est reconnue et sa protection est érigée en principe fondamental. On retrouve néanmoins peu d'indicateurs de la seconde dimension de la convivialité, soit la tendance au partage de l'autorité. En effet, le seul indicateur présent est celui de la reconnaissance de la validité de différents modes de décision et de règlement de conflits, notamment à l'article 246 de la Constitution et dans certaines lois adoptées après 1991.

Malgré la présence de ces indicateurs d'une sociabilité de la convivialité, ce sont les indicateurs de réconciliation qui dominent. Nous avons ainsi identifié dans le texte constitutionnel deux indicateurs de la dimension de réparation des torts passés, soit la reconnaissance de droits collectifs et celle de l'autonomie gouvernementale et juridique des peuples autochtones. Nous avons également identifié plusieurs indicateurs de la reproduction de rapports inégaux entre les cultures juridiques étatique et autochtones. En effet, les conditions de conformité de l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone avec la Constitution, les lois, les droits fondamentaux et les traités internationaux ratifiés par la Colombie témoignent de la réaffirmation de la supériorité de la culture juridique dominante représentée par le droit étatique et international. De plus, ces conditions constituent des limites à l'autonomie autochtone établie unilatéralement par l'État. Finalement, ce sont des institutions étatiques monoculturelles qui auront le pouvoir de trancher

les conflits de compétence entre les institutions étatiques et autochtones, de même que de contrôler l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone.

### 3. La Cour constitutionnelle à l'interface des cultures juridiques étatique et autochtones

L'article 246 étant d'application immédiate, le défaut d'adopter une loi de coordination n'a pas empêché la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone d'être effective dès 1991<sup>235</sup>. Cependant, compte tenu de l'inertie de la branche législative, les tribunaux ont hérité de la tâche d'interpréter et de baliser la mise en œuvre de cette reconnaissance<sup>236</sup>. C'est particulièrement le cas de la Cour constitutionnelle, dont les décisions sont considérées comme « le moteur du processus de construction d'une nation pluriethnique et multiculturelle » [notre traduction]<sup>237</sup>. Ce sont donc à ses décisions que nous nous intéresserons ici. Dans un premier temps, nous décrirons le système de contrôle constitutionnel issu de la réforme de 1991. Dans un deuxième temps, nous étudierons la manière dont la Cour constitutionnelle a défini le champ d'application de la justice autochtone, notamment dans le cadre de conflits de compétence. Finalement, nous analyserons l'interprétation que la Cour a faite des conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone prévues par la Constitution.

#### 3.1. Le système de contrôle constitutionnel

Afin de comprendre le système permettant le contrôle constitutionnel de l'autonomie judiciaire reconnue aux communautés autochtones, nous présenterons d'abord l'institution de la Cour constitutionnelle ainsi que les pouvoirs qui lui sont octroyés. Nous décrirons ensuite les deux types de recours en vertu desquels la Cour peut contrôler l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, soit le recours en protection constitutionnelle et celui en contrôle de constitutionnalité.

---

<sup>235</sup> T-254/94, *supra* note 44, section 8, réitéré notamment dans C-139/96, *supra* note 146, section 6.2.1 et C-463/14, *supra* note 140.

<sup>236</sup> Van Cott, « Unity », *supra* note 40 à la p. 542. Voir également Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 aux p. 34, 74-75; Jorge Castro, « Los derechos humanos y la Jurisdicción Especial Indígena » (2010) 2:3 Criterio Jurídico Garantista aux p 117-118.

<sup>237</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 31. Voir également Bonilla, *supra* note 42 à la p. 156.

### 3.1.1. Le rôle et les pouvoirs de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle de Colombie est une création de la Constitution de 1991, laquelle lui confie la garde de l'intégrité et de la suprématie des normes constitutionnelles<sup>238</sup>. La Cour est notamment compétente pour décider de la constitutionnalité des réformes constitutionnelles, des lois, des décrets et des projets de loi, ainsi que pour du caractère exécutoire des traités internationaux et des lois nationales les approuvant<sup>239</sup>. Elle a également pour mandat de réviser les décisions judiciaires portant sur les recours en protection constitutionnelle<sup>240</sup>. Lorsque la Cour conclut au caractère inconstitutionnel d'un acte soumis à sa révision, elle le renvoie à l'instance responsable afin que celle-ci remédie au défaut<sup>241</sup>. Par exemple, lorsque la Cour juge inconstitutionnelle une décision d'une autorité autochtone, l'affaire est renvoyée à cette dernière pour qu'elle en juge de nouveau.

La Cour est composée de neuf juges nommés par le Sénat à partir d'une liste de candidats préparée par le Président de la République, la Cour suprême et le Conseil d'État<sup>242</sup>. Les juges siègent à la Cour constitutionnelle pour un mandat non renouvelable de huit ans<sup>243</sup>. Un auteur confirme qu'entre 1995 et 2006, tous les juges de la Cour constitutionnelle étaient membres de la culture majoritaire<sup>244</sup>. Par ailleurs, aucun des juges actuels ne paraît avoir de formation

---

<sup>238</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 241 par. 1. Avant 1991, les questions constitutionnelles étaient entendues par la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême colombienne. Manuel José Cepeda-Espinosa, « Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court », (2004) 3 Washington University Global Studies Law Review à la p. 537 [Cepeda-Espinosa].

<sup>239</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 241.

<sup>240</sup> *Ibid*, art. 241 par. 1 al. (9).

<sup>241</sup> *Ibid*, art. 241 par. 2.

<sup>242</sup> *Ibid*, art. 239; Loi 270, *supra* note 231, art. 44. Voir Everaldo Lamprea, « When Accountability Meets Judicial Independence: A Case Study of the Colombian Constitutional Court's Nominations » (2010) 10:1 Global Jurist 1, sur le processus de nomination des juges et les enjeux de transparence qui en découlent.

<sup>243</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 239.

<sup>244</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 33 note 36.

particulière quant aux cultures autochtones ou encore aux droits des peuples autochtones<sup>245</sup>. Une telle situation rend difficile de garantir l'égalité des échanges entre les cultures autochtones et occidentale.

Par ailleurs, l'espagnol étant la langue officielle de l'État, les jugements de la Cour sont rendus dans cette langue. La Cour constitutionnelle a cependant récemment ordonné au Ministère de l'Intérieur de traduire les décisions concernant les communautés autochtones dans leur langue<sup>246</sup>. Un tel travail de traduction témoigne d'une volonté de rendre les rapports avec les peuples autochtones plus égaux, en rendant disponibles dans leur langue des informations cruciales pour ces peuples. Cependant, nous n'avons pas pu confirmer s'il est possible que certains témoignages se fassent en langues autochtones devant les tribunaux étatiques, une telle éventualité n'étant pas mentionnée dans les règles de fonctionnement de la Cour<sup>247</sup>. Il serait pourtant essentiel que les autochtones puissent témoigner dans leur langue s'ils le désirent, notamment afin de pouvoir exprimer les concepts de leur culture juridique sans avoir à les déformer.

### 3.1.2. Les recours constitutionnels concernant l'autonomie judiciaire autochtone

Les recours en protection constitutionnelle (« *acción de tutela* ») et en contrôle de constitutionnalité peuvent être portés devant la Cour constitutionnelle afin de défendre l'autonomie judiciaire autochtone ou à l'inverse d'en empêcher l'exercice. Ce sont les décisions rendues dans le cadre de ces deux recours qui ont contribué au développement de la politique

---

<sup>245</sup> Nous tirons ces informations des portraits des juges mis en ligne sur le site web de la Cour constitutionnelle. Corte constitucional, *Magistrados Actuales*, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/magistrados.php>>.

<sup>246</sup> « C. Constitucional ordena traducción de sentencias a lenguas nativas de comunidades indígenas » *RCN La Radio* (23 avril 2015), en ligne : *RCN La Radio* <<http://www.rcnradio.com/noticias/c-constitucional-ordena-traduccion-de-sentencias-leguas-nativas-de-comunidades-indigenas>>. La décision dont cet article fait mention n'a cependant pas encore été mise en ligne par la Cour constitutionnelle.

<sup>247</sup> Acuerdo 05 de 1992, « Reglamento interno », Sala Plena, Corte Constitucional, 15 octobre 1992, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/reglamento.php>> [Règlement].

gouvernementale en matière autochtone<sup>248</sup>. Les décisions de *tutela* sont les plus nombreuses et portent sur des cas concrets de violation des droits fondamentaux<sup>249</sup>. Les décisions en contrôle de constitutionnalité sont plus rares et concernent la validité de lois dont il est allégué qu'elles violent l'autonomie judiciaire autochtone.

### *Le recours en protection constitutionnelle*

Le recours en protection constitutionnelle constitue un mécanisme rapide et simple permettant à toute personne dont les droits seraient violés ou menacés par les actions ou les omissions d'une autorité publique ou privée de demander la protection des tribunaux<sup>250</sup>. Ce recours peut être déposé devant tout tribunal ayant juridiction sur le lieu de l'acte ou de l'omission à l'origine du recours<sup>251</sup>. Il n'est cependant disponible qu'en l'absence d'autre moyen judiciaire pouvant permettre de protéger les droits du demandeur<sup>252</sup>. La décision de *tutela* doit être rendue dans les dix jours suivant le dépôt du recours et est immédiatement exécutoire<sup>253</sup>.

Ce recours en *tutela* peut viser toutes autorités publiques, dont les *cabildos* autochtones<sup>254</sup>, ayant porté atteinte aux droits fondamentaux d'une personne<sup>255</sup>. Une entité privée peut également faire l'objet d'un recours en *tutela* dans certains cas prévus par le législateur<sup>256</sup>. Cela concerne notamment les autorités traditionnelles des communautés autochtones, puisque celles-ci sont

<sup>248</sup> Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p. 34.

<sup>249</sup> Sur 42 décisions étudiées, 37 portent sur des recours en protection constitutionnelle.

<sup>250</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 86 par. 1.

<sup>251</sup> *Ibid*, art. 86, par. 1. Decreto 2591, « Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política », Colombie 19 novembre 1991, art. 37 [Décret 2591]. Cepeda-Espinosa, *supra* note 238 aux p. 552-553.

<sup>252</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 86, par. 3. Décret 2591 de 1991, art. 6(1), *supra* note 251.

<sup>253</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 86, par. 2, 4. Les recours en protection constitutionnelle ont priorité sur toutes autres actions, sauf celle d'habeas corpus, Décret 2591, *supra* note 251, art. 15.

<sup>254</sup> Decreto 2164, « Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional », Colombie, 7 décembre 1995, art. 2 (*Cabildo Indígena*).

<sup>255</sup> Décret 2591, *supra* note 251, art. 5.

<sup>256</sup> *Ibid*, art. 42.

considérées comme des organisations privées exerçant un contrôle sur leurs membres<sup>257</sup>. Elles peuvent donc être visées par un recours en *tutela* afin que leurs membres ne soient pas laissés sans défense face à une autorité dont les décisions affectent leurs droits<sup>258</sup>. Certaines des décisions étudiées concernent des recours intentées par des individus autochtones à l'encontre d'actes judiciaires des autorités de leur communauté, notamment en matière pénale, mais également sur des questions de liberté de religion ou de droit du travail<sup>259</sup>. Néanmoins, plusieurs recours sont également intentés à l'encontre d'institutions étatiques dont il est allégué qu'elles n'ont pas respecté la sphère de compétence des autorités judiciaires autochtones<sup>260</sup>.

Les décisions de *tutela* rendues en première instance peuvent faire l'objet d'un appel auprès d'un tribunal supérieur<sup>261</sup>. La Cour constitutionnelle ne constitue cependant pas un tribunal d'appel pour ces recours. Elle a plutôt pour mandat de réviser les décisions qu'elle considère devoir être corrigées ou encore celles qui lui paraissent pertinentes pour le développement de la jurisprudence constitutionnelle<sup>262</sup>. Ces cas sont généralement étudiés par une des Chambres de révision de la Cour, composée de trois juges<sup>263</sup>, à l'exception des décisions d'unification. Ces décisions, plus rares, ont également plus de poids puisqu'elles sont rendues par l'ensemble des

---

<sup>257</sup> *Ibid*, art. 42(4); T-254/94, *supra* note 44.

<sup>258</sup> Décret 2591, *supra* note 251, art. 42(4); T-254/94, *supra* note 44.

<sup>259</sup> Les catégories du droit étatique sont utilisées afin de décrire les affaires étudiées, bien qu'elles ne correspondent pas nécessairement avec la manière dont les peuples autochtones de Colombie conçoivent la justice. Consciente de cette nuance, la Cour constitutionnelle précise que les catégories qu'elle emploie relèvent du droit étatique. Voir par exemple, Sentencia T-098/14, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 20 février 2014, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-098-14.htm>>, section II.5 [T-098/14].

<sup>260</sup> Ces recours sont principalement intentés par des individus autochtones souhaitant faire respecter leur droit à être jugé par les autorités de leur communauté. Cependant, il arrive également que ces recours soient intentés par les communautés elles-mêmes lorsqu'elles jugent que les tribunaux étatiques se sont saisis à tort d'une affaire relevant de leur compétence.

<sup>261</sup> García et Rodríguez, *supra* note 47 à la p. 431.

<sup>262</sup> La Cour constitutionnelle révisé environ 1% des recours en protection constitutionnelle, *ibid* aux p. 423, 431. Voir également Cepeda-Espinosa, *supra* note 238 à la p. 553 et le Règlement, *supra* note 247, art. 51-52, sur la manière dont ces décisions sont choisies pour révision.

<sup>263</sup> Règlement, *supra* note 247, art. 50.

juges et témoignent d'un effort de clarification des principes jurisprudentiels<sup>264</sup>. La seule décision d'unification portant sur les principes d'interprétation de l'article 246 a été rendue par la Cour en 1998<sup>265</sup>. Les principes qui y ont été établis font donc encore autorité et ont été repris dans les décisions subséquentes de la Cour.

Soulignons que dans le cadre du processus de révision, les juges peuvent demander que leur soient fournis des éléments de preuves supplémentaires<sup>266</sup>. Ainsi, la Cour demande parfois des expertises anthropologiques, historiques ou psychologiques, de même que des témoignages de membres et de représentants de la communauté concernée ou encore des rapports de la part d'institutions publiques<sup>267</sup>. De plus, la Cour peut se déplacer en territoire autochtone afin d'y recueillir davantage de preuve<sup>268</sup>.

### *Le recours en contrôle de constitutionnalité*

La Cour constitutionnelle doit contrôler d'office la constitutionnalité de certaines lois, notamment les lois statutaires<sup>269</sup>, celles approuvant un traité international et celles prévoyant la création d'une assemblée constituante ou approuvant la tenue d'un référendum<sup>270</sup>. Par ailleurs, tout citoyen peut demander qu'un acte législatif soit déclaré inconstitutionnel sans avoir à établir son

<sup>264</sup> Cepeda-Espinosa, *supra* note 238 à la p. 553.

<sup>265</sup> Sentencia SU-510/98, Corte Constitucional, Sala Plena, 18 septembre 1998, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm> > [SU-510/98].

<sup>266</sup> Règlement, *supra* note 247, art. 57.

<sup>267</sup> Voir par exemple Sentencia T-009/07, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 19 janvier 2007, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-009-07.htm> > [T-009/07].

<sup>268</sup> Cela ne s'est produit qu'une seule fois, dans le cadre de la décision d'unification SU-510/98, *supra* note 265, concernant un conflit entre l'autonomie judiciaire d'une communauté et la liberté de religion de certains de ces membres convertis au culte évangélique. La Cour a alors ordonné la tenue d'une enquête judiciaire de trois jours sur le territoire de la communauté concernée, au cours de laquelle des fonctionnaires de la Cour ont rencontré les autorités politiques et religieuses autochtones, de même que certains des autochtones convertis.

<sup>269</sup> Les lois statutaires sont des lois dont l'adoption est prévue par la Constitution et visant certains sujets particuliers, notamment les droits fondamentaux et l'administration de la justice, Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 152.

<sup>270</sup> Cepeda-Espinosa, *supra* note 238 aux p. 554-555.

intérêt<sup>271</sup>. Ce sont à ces recours citoyens que nous nous intéresserons, puisqu'ils permettent de demander le contrôle de la constitutionnalité d'actes législatifs qui porteraient atteinte aux droits des peuples autochtones protégés constitutionnellement. Ces recours sont moins fréquents que ceux de *tutela*, mais nous avons tout de même pu en recenser quatre, concernant diverses lois qui ne respecteraient pas l'autonomie judiciaire autochtone reconnue à l'article 246 de la Constitution<sup>272</sup>. Nous avons également étudié une décision portant sur la constitutionnalité d'un projet de loi modifiant la Loi 270 sur l'administration de la justice, laquelle traite notamment de la juridiction autochtone<sup>273</sup>.

### 3.2. Le champ d'application de l'autonomie judiciaire autochtone

En vertu de la Constitution, les institutions étatiques sont compétentes pour trancher les conflits de compétence pouvant survenir entre les systèmes judiciaires étatique et autochtones. Nous avons déjà souligné que cela relève d'une sociabilité de la réconciliation, puisqu'en affirmant unilatéralement son contrôle sur ces conflits, le droit étatique permet la reproduction de rapports inégaux. Cependant, nous nous intéressons ici plus particulièrement ici à la manière dont la Cour constitutionnelle exerce cette compétence et trace les frontières de l'autonomie judiciaire autochtone. Ainsi, nous nous pencherons sur la définition que la Cour propose du champ d'application de l'autonomie judiciaire autochtone. Dans un premier temps, nous étudierons de quelle manière la Cour interprète la reconnaissance prévue à l'article 246 de la Constitution, afin

---

<sup>271</sup> *Ibid* à la p. 555.

<sup>272</sup> Les décisions C-139/96, *supra* note 146, et C-463/14, *supra* note 140, portaient sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi 89 de 1890*. La décision C-370/02, *supra* note 230, concernait les dispositions du Code pénal prévoyant la possibilité pour les accusés autochtones d'être reconnus non responsables d'un crime pour cause de diversité culturelle. Finalement, la décision C-127/03 portait sur une loi prévoyant que les autochtones administrant des ressources de l'État seraient jugés selon le Code de discipline des fonctionnaires publiques, Sentencia C-127/03, Corte Constitucional, Sala Plena, 18 février 2003, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-127-03.htm>>.

<sup>273</sup> C-713/08, *supra* note 233.

d'établir la nature et les effets de celle-ci. Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone tels qu'établis par la Cour.

### 3.2.1. La nature et les effets de la reconnaissance constitutionnelle

La reconnaissance étatique de l'autonomie judiciaire autochtone peut prendre diverses formes. Par exemple, l'État peut reconnaître les normes autochtones et prévoir leur application par les tribunaux étatiques<sup>274</sup>. Une forme plus large de reconnaissance implique de reconnaître les systèmes de justice autochtones dans leur entièreté. Les autorités de ces systèmes, plutôt que celles de l'État, seraient alors compétentes pour rendre des décisions en application des normes et procédures qui leur sont propres<sup>275</sup>. Dans un tel cas, il est intéressant de voir quelle portée est reconnue par l'État aux décisions rendues par les autorités autochtones.

Selon la Cour, la reconnaissance prévue à l'article 246 comporte cinq éléments, soit : (1) la capacité des communautés autochtones de se doter de leurs propres autorités judiciaires, (2) la compétence de ces dernières de conserver et d'établir des normes et des procédures qui leur sont propres, (3) la sujétion des éléments 1 et 2 à la Constitution et aux lois, (4) la compétence du législateur pour prévoir la forme de la coordination entre la juridiction autochtone et le système judiciaire national et (5) le fait que l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone ne soit pas conditionnel à l'adoption d'une telle loi de coordination<sup>276</sup>.

Selon nous, ces cinq éléments militent en faveur d'une interprétation de l'article 246 comme reconnaissant, plutôt que déléguant, la compétence judiciaire des autorités autochtones. En effet,

---

<sup>274</sup> Morse et Woodman, *supra* note 5 à la p. 106. Pour un exemple d'une telle reconnaissance, voir Lafargue, *supra* note 107, à propos du système judiciaire de la Nouvelle-Calédonie, lequel prévoit que les affaires concernant des parties autochtones sont entendues par un banc composé d'un juge étatique et d'assesseurs coutumiers chargés d'expliquer les normes coutumières relatives au cas d'espèce.

<sup>275</sup> *Ibid* à la p. 113.

<sup>276</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II.4. Ces éléments ont d'abord été établis dans la décision C-139/96, *supra* note 146.

les éléments 1 et 2 indiquent que la Constitution reconnaît la capacité des peuples autochtones à traiter des affaires qui les concernent en application de leurs propres normes et procédures. De plus, les éléments 3 et 4 témoignent de la nécessité pour l'État de préciser que l'autonomie judiciaire autochtone est soumise aux règles qu'il édicte, précision qui serait superflue si les institutions judiciaires autochtones étaient considérées comme des créatures de l'État. Finalement, le dernier élément confirme que la compétence judiciaire des autorités autochtones ne dépend pas d'une action législative de l'État. Selon nous, il découle de tous ces éléments que l'article 246 doit être interprété comme reconnaissant une compétence judiciaire autochtone dont l'existence dépend des communautés et non pas de l'État. Les autorités autochtones sont les seules à avoir compétence pour appliquer les normes et les procédures propres à leur communauté. Par conséquent, si la compétence judiciaire autochtone sur une affaire est établie, les tribunaux étatiques doivent la respecter et ne pas se saisir de cette affaire<sup>277</sup>.

L'article 11 de la *Loi 270 de 1996* paraissait néanmoins contredire cette conception de l'autonomie judiciaire autochtone comme ayant une validité extraétatique, en prévoyant l'appartenance de la juridiction autochtone à la branche judiciaire du pouvoir public. Or, en 2008, la Cour constitutionnelle a déclaré cette disposition inapplicable, puisque « les autorités autochtones ne font pas partie de la structure organique de la branche judiciaire du pouvoir

---

<sup>277</sup> D'ailleurs, la Cour constitutionnelle renvoie systématiquement aux autorités autochtones les affaires sur lesquelles la compétence autochtone a été établie. Voir notamment Sentencia T-349/96, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 8 août 1996, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm> > [T-349/96]; Sentencia T-934/99, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 19 novembre 1999, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-934-99.htm> > [T-934/99]; Sentencia T-266/99, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 19 avril 1999, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-266-99.htm> > [T-266/99]; T-1238/04, *supra* note 217; Sentencia T-945/07, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 8 novembre 2007, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-945-07.htm> > [T-945/07]; Sentencia T-617/10, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 5 août 2010, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm> > [T-617/10].

public » [notre traduction]<sup>278</sup>. De plus, dans une décision de 2010, la Cour soutient que « le droit autochtone doit être conçu comme un système juridique particulier et indépendant, et non comme une forme embryonnaire du droit occidental ou majoritaire, si bien que le juge devrait l’approcher, en principe, avec le même respect avec lequel il entreprend de connaître le système juridique d’un autre pays » [notre traduction]<sup>279</sup>. Cette comparaison laisse entendre que les systèmes de justice étatique et autochtone sont à la fois distincts et égaux<sup>280</sup>.

Afin d’établir la portée de l’autonomie judiciaire autochtone, la Cour constitutionnelle a formulé trois principes généraux, lesquels doivent permettre de régler les conflits pouvant survenir entre l’autonomie autochtone et des principes constitutionnels d’égale importance<sup>281</sup>. Le premier de ces principes est celui de la maximisation de l’autonomie des communautés autochtones, ayant pour corollaire le principe de minimisation des restrictions à l’autonomie autochtone<sup>282</sup>. En vertu de ce principe, la Cour a développé un test permettant d’évaluer si une restriction à l’autonomie autochtone est admissible. Ainsi, seules sont permises les restrictions nécessaires à la sauvegarde d’un intérêt hiérarchiquement supérieur à l’autonomie autochtone (1) et qui sont les moins attentatoires envers cette autonomie de toutes les mesures disponibles (2)<sup>283</sup>. Afin de déterminer la gravité de l’atteinte causée à l’autonomie autochtone, les caractéristiques particulières de la

---

<sup>278</sup> C-713/08, *supra* note 233, section 5.4.6. Dans cette décision, la Cour devait contrôler la validité constitutionnelle d’un projet de loi modifiant la *Loi 270*. Voir Ponce et Rueda, *supra* note 112 aux p. 87-88, pour une analyse de cette décision.

<sup>279</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5. La Cour utilise l’expression « derecho propio », littéralement « le droit propre » aux communautés autochtones, que nous avons traduite par « droit autochtone ».

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> Ces principes ont été élaborés dans les décisions T-254/94, *supra* note 44, et T-349/96, *supra* note 277, puis harmonisés dans la décision SU-510/98, *supra* note 265. La décision T-098/14, *supra* note 259, présente le plus récent résumé de l’évolution jurisprudentielle de ces principes.

<sup>282</sup> *Ibid.*, section II. 9.1. Ce principe découle de l’obligation de protection et de respect de la diversité culturelle de la Nation colombienne prévue à l’article 7 de la Constitution, T-349/96, *supra* note 277, section II.2.2.

<sup>283</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II. 9.1. La sécurité intérieure pourrait constituer un tel intérêt supérieur, T-349/96, *supra* note 277, section II.2.2. Bien que ce test ne soit pas explicitement prévu par la Constitution, il découle de l’interprétation que la Cour fait de l’obligation de conformité avec la Constitution et les lois étatiques prévue à l’article 246.

communauté concernée doivent être prises en compte<sup>284</sup>. Outre ces directives générales, la Cour n'indique en rien comment les intérêts supérieurs à l'autonomie autochtone devraient être identifiés ni de quelle manière les caractéristiques de la communauté seront identifiées et prises en compte<sup>285</sup>.

Le deuxième principe est celui selon lequel une plus grande autonomie doit être reconnue aux communautés autochtones pour la résolution de leur conflit interne<sup>286</sup>. La Cour explique ainsi que les communautés autochtones devront avoir une très grande latitude dans la gestion des conflits concernant leurs membres<sup>287</sup>. Cependant, dans le cas d'un conflit concernant des individus de culture différente, cette latitude sera moindre puisqu'il faudra harmoniser les principes de chacune des cultures impliquées<sup>288</sup>.

Le troisième principe prévoit qu'une plus grande conservation de l'identité culturelle suppose une plus grande autonomie<sup>289</sup>. Ce principe ne permet pas aux juges étatiques de nier l'autonomie judiciaire autochtone, mais indique plutôt que les paramètres du dialogue interculturel seront différents selon qu'une communauté a plus ou moins conservé une culture distincte de celle de la société majoritaire<sup>290</sup>. Ainsi, la Cour invite à une plus grande prudence lorsque le dialogue implique une communauté à la culture très préservée, puisque sa conception de la justice peut différer grandement de celle du droit étatique<sup>291</sup>. Au contraire, le dialogue pourra être établi plus

---

<sup>284</sup> *Ibid.*

<sup>285</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p.171.

<sup>286</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II. 9.2.

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> *Ibid.*

<sup>289</sup> *Ibid.*, section II. 9.3.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> *Ibid.*

facilement avec une communauté ayant été fortement influencée par la société majoritaire et par son droit<sup>292</sup>.

Finalement, la Cour souligne que la reconnaissance prévue à l'article 246 signifie que les institutions étatiques doivent donner pleinement effet aux décisions rendues par les autorités autochtones. En effet, celles-ci produisent des effets sur l'ensemble du territoire colombien de la même manière qu'une décision rendue par un tribunal étatique<sup>293</sup>. Les autorités de l'État doivent donc collaborer avec les autorités autochtones afin d'assurer le respect d'un jugement émis par ces dernières<sup>294</sup>. Par exemple, dans le cas où un individu condamné par les autorités autochtones est en fuite, les forces policières de l'État devront aider à sa capture<sup>295</sup>. Il arrive également que la peine d'emprisonnement imposée par une autorité autochtone soit purgée dans un centre de détention étatique à la demande de cette dernière<sup>296</sup>.

En reconnaissant que la juridiction autochtone est distincte du droit de l'État, voire assimilable au droit étranger, la Cour postule l'égale validité des cultures juridiques étatique et autochtones. De plus, en invalidant la disposition de la *Loi 270* faisant des autorités autochtones des acteurs du système judiciaire étatique, la Cour a confirmé leur autonomie. Les autorités étatiques doivent respecter cette autonomie, notamment en donnant effets aux décisions autochtones. Cette approche témoigne selon nous des deux dimensions d'une sociabilité de la convivialité, soit des tendances aux échanges égaux et au partage de l'autorité. De même, les règles d'interprétation

---

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> Sentencia T-659/13, Corte Constitucional, Sala de Selección Número Nueve, 23 septembre 2013, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-659-13.htm> > [T-659/13], section 3; Rueda, *supra* note 209 à la p. 370.

<sup>294</sup> *Ibid* aux p. 349, 370.

<sup>295</sup> T-349/96, *supra* note 277.

<sup>296</sup> Sentencia T-239/02, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 5 avril 2002, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-239-02.htm> >; Sentencia T-1026/08, Corte Constitucional, Sala Sexta, 17 octobre 2008, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1026-08.htm> >; Sentencia T-097/12, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 16 février 2012, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-097-12.htm> >, section 4.3.

établies par la Cour paraissent porteuses de ces dimensions de la convivialité. En effet, celles-ci affirment la « maximisation de l'autonomie autochtone » et la prise en compte de toutes les perspectives culturelles concernées. Cependant, le test développé par la Cour pour juger de l'admissibilité d'une atteinte à l'autonomie autochtone s'inscrit dans une logique de réconciliation, puisque l'exercice de l'autonomie autochtone demeure subordonné à des intérêts supérieurs dont il reviendra aux institutions étatiques de déterminer la nature.

### 3.2.2. Les éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone

Les conflits de compétence entre les systèmes judiciaires étatique et autochtones constituent des cas particulièrement intéressants pour étudier les rapports qu'entretiennent ces systèmes, notamment afin de mesurer la portée de la reconnaissance étatique de l'autonomie autochtone. Nous étudierons ici plus en détail la jurisprudence de la Cour portant sur de tels conflits. En Colombie, les conflits de compétence que la Cour constitutionnelle a eu à trancher surviennent le plus souvent dans des cas où un autochtone accusé d'un crime devant les tribunaux étatiques demande d'être jugé par les autorités de sa communauté d'appartenance<sup>297</sup>. Si cette demande est rejetée par le juge des faits, l'accusé peut alors tenter un recours en protection constitutionnelle de son droit à la juridiction autochtone. Lorsque la Cour constitutionnelle conclut qu'il y a bel et bien un conflit de compétence, elle le tranche généralement elle-même, bien que ces conflits relèvent normalement du Conseil supérieur de la judicature<sup>298</sup>. En se prononçant à la fois sur l'existence et sur l'issue du conflit de compétence, la Cour souhaite assurer l'efficacité de

---

<sup>297</sup> Voir notamment Sentencia T-617a/98, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, 13 novembre 1998 en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-667A-98.htm>>; T-934/99, *supra* note 277; T-266/99, *supra* note 277; T-728/02, *supra* note 217; Sentencia T-552/03, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, 10 juillet 2003, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>> [T-552/03]; T-1238/04, *supra* note 217; T-617/10, *supra* note 277; Sentencia T-002/12, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 11 janvier 2012, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm>> [T-002/12].

<sup>298</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 256(6).

l'administration de la justice. Dans l'éventualité où le conflit est résolu en faveur de la juridiction étatique, la Cour confirme la décision faisant l'objet du recours. Dans le cas inverse, elle l'infirmes et renvoie l'affaire aux autorités autochtones compétentes<sup>299</sup>. Par ailleurs, l'interprétation adoptée par la Cour constitutionnelle prime sur celle du Conseil supérieur de la judicature et doit donc être reprise par ce dernier<sup>300</sup>.

Afin de déterminer si une affaire relève de la juridiction autochtone, la Cour constitutionnelle a identifié certains critères de rattachement. Jusqu'en 2003, la présence concomitante des éléments territorial et personnel suffisait à établir la compétence judiciaire des autorités autochtones<sup>301</sup>. À partir de 2003, la Cour a également ajouté les éléments institutionnel et objectif à son analyse des conflits de compétence<sup>302</sup>. Cependant, les éléments territorial et personnel permettent encore d'établir la compétence des autorités autochtones lorsqu'il n'est pas question de crimes graves ou mettant en cause une victime particulièrement vulnérable<sup>303</sup>. Par ailleurs, à lui seul, aucun de ces éléments ne suffit à établir la compétence des autorités autochtones, laquelle dépend plutôt de la relation entre chacun des éléments selon les faits particuliers de l'affaire<sup>304</sup>.

### *L'élément territorial*

L'élément territorial de la compétence judiciaire autochtone est le seul dont il soit fait explicitement mention dans la Constitution<sup>305</sup>. Selon la Cour, cet élément « réfère de manière concrète à l'existence d'une entité territoriale autochtone dûment constituée, où il existe une

<sup>299</sup> T-1238/04, *supra* note 217, section 4.3; T-728/02, *supra* note 217.

<sup>300</sup> C-463/14, *supra* note 140, section 12.4.

<sup>301</sup> Voir par exemple T-934/99, *supra* note 277; T-266/99, *supra* note 277.

<sup>302</sup> T-552/03, *supra* note 297.

<sup>303</sup> Voir notamment les affaires T-945/07, *supra* note 277; T-009/07, *supra* note 267. Dans ces décisions, la Cour constitutionnelle a reconnu la compétence judiciaire autochtone sur des conflits de travail survenus entre des parties autochtones en se fondant uniquement sur les éléments territorial et personnel.

<sup>304</sup> T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.d.

<sup>305</sup> En effet, l'article 246 prévoit que les « autorités des peuples autochtones peuvent exercer des fonctions judiciaires à l'intérieur de leur territoire » [notre traduction, nos soulignements], Constitution colombienne, *supra* note 46.

présence effective de la communauté » [notre traduction]<sup>306</sup>. À cette définition correspondent notamment les territoires sur lesquelles les communautés autochtones possèdent des droits fonciers reconnus en droit étatique<sup>307</sup>. Il peut également s'agir de terres occupées habituellement par une communauté et sur lesquelles elle exerce un contrôle effectif et exclusif, sans cependant détenir un titre foncier reconnu par l'État<sup>308</sup>. En effet, la Cour a récemment adopté une interprétation plus large de la notion de territoire, soutenant qu'il s'agit de l'espace vital de la communauté, lequel « ne coïncide pas nécessairement avec les limites géographiques de son territoire » [notre traduction]<sup>309</sup>. Il s'agit plutôt de « l'espace où se développe la culture de chaque communauté, ce qui implique notamment ses coutumes, ses rites, ses croyances religieuses, ses modes de production » [notre traduction]<sup>310</sup>. Cette interprétation pourrait permettre de reconnaître la compétence judiciaire des autorités de communautés autochtones ne pouvant pas prétendre exercer un contrôle effectif et exclusif sur un territoire donné. C'est le cas des communautés nomades ou semi-nomades ou encore des communautés ayant subi des déplacements forcés, notamment à cause des menaces à la vie et à la sécurité posées par le conflit armé ayant toujours cours en Colombie ou encore suite à des catastrophes naturelles<sup>311</sup>.

Selon nous, l'interprétation large que la Cour fait de l'élément territorial suggère une tendance aux rapports égaux propre à la sociabilité de la convivialité. En effet, la Cour reconnaît la

---

<sup>306</sup> T-945/07, *supra* note 277.

<sup>307</sup> Il peut s'agir des « resguardos », soit des terres détenues en vertu d'un titre de propriété collectif, intransmissible et insaisissable, et dont les limites sont fixées par la loi. Il peut également s'agir de « parcialidades indígenas », des terres reconnues comme des regroupements de descendants autochtones possédant des titres de propriété individuels et collectifs. DANE, *supra* note 172 aux p. 22-23. Voir par exemple les décisions T-266/99, *supra* note 277; T-934/99, *supra* note 277; T-009/07, *supra* note 267; T-945/07, *supra* note 277; T-002/12, *supra* note 297.

<sup>308</sup> Rueda, *supra* note 209 à la p. 349. Voir par exemple, T-1238/04, *supra* note 217, section 3.3.2.

<sup>309</sup> T-002/12, *supra* note 297, section 1.4. Voir également T-617/10, *supra* note 277, section 16.1

<sup>310</sup> C-463/14, *supra* note 140, section 16.1. La Cour reconnaît ainsi que la relation que les communautés autochtones entretiennent avec le territoire n'est pas nécessaire fondée sur « la possession, la domination et l'exploitation, mais possède une profonde dimension spirituelle, religieuse ou culturelle ». *Ibid.*

<sup>311</sup> À propos des communautés nomades et semi-nomades, voir T-1238/04, *supra* note 217; Avila, *supra* note 83 à la p. 967. À propos des communautés autochtones déplacées, voir DANE, *supra* note 172 à la p. 47; T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.

possibilité que le rapport des communautés autochtones au territoire soit fondé sur d'autres principes que ceux de la société majoritaire. De plus, la Cour cherche explicitement à développer une interprétation de l'élément territorial qui permette de reconnaître la compétence judiciaire des communautés autochtones ne partageant pas le mode de vie sédentaire de la société majoritaire, ainsi que celle des communautés ayant été chassées de leur territoire traditionnel par le conflit armé. La Cour évite ainsi de réduire l'élément territorial à la notion occidentale d'un territoire aux frontières bien établies sur lequel un gouvernement exerce son autorité, et prend plutôt en compte la manière dont les peuples autochtones conçoivent la portée territoriale de la compétence judiciaire de leurs autorités. Cela témoigne d'une reconnaissance de l'égalité des visions du monde et d'une ouverture au dialogue entre elles, de même que d'une volonté de ne pas exclure davantage des communautés ayant perdu le contrôle de leur territoire pour des raisons externes à leur volonté.

### *L'élément personnel*

L'identité des parties est également pertinente afin d'établir la compétence des autorités autochtones sur une affaire<sup>312</sup>. Dans une affaire de droit privé, l'identité des parties demanderesse et défenderesse sont prises en compte<sup>313</sup>. En matière criminelle, on s'intéresse plutôt à l'identité de l'accusé, lequel jouit du droit d'être jugé par les autorités de sa communauté<sup>314</sup>. En 2010, la Cour a confirmé que l'identité de la victime doit plutôt être prise en compte dans le cadre de l'analyse de l'élément objectif<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> Avila, *supra* note 83 à la p. 967.

<sup>313</sup> T-945/07, *supra* note 277; T-009/07, *supra* note 267; C-463/14, *supra* note 140.

<sup>314</sup> Sentencia T-496/96, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 26 septembre 1996, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>> [T-496/96], section 2.2.

<sup>315</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 4.1.

Lorsque l'affaire a eu lieu en territoire autochtone, la seule appartenance à la communauté concernée permettra d'établir l'élément personnel<sup>316</sup>. Cependant, lorsqu'un crime est commis en territoire non autochtone, l'appartenance ethnique de l'accusé ne suffit pas à établir la compétence des autorités autochtones<sup>317</sup>. Les critères à prendre en compte en de telles circonstances ont été énoncés dans une décision de 1996 portant sur un meurtre commis par un autochtone à l'extérieur de sa communauté d'origine<sup>318</sup>. Dans un premier temps, la Cour s'est intéressée à l'existence de normes condamnant le comportement de l'accusé dans les ordres juridiques étatique et autochtone. Ainsi, si l'acte reproché n'avait été sanctionné qu'en droit étatique, la Cour aurait vérifié l'application de l'exception de non-responsabilité pour cause de diversité culturelle prévue par le droit pénal étatique. Un accusé autochtone « entrant de manière accidentelle en contact avec une personne d'une autre communauté et ne pouvant, à cause de sa cosmovision particulière, comprendre que sa conduite pouvait lui être reprochée par les règles d'un autre ordre juridique » [notre traduction] devrait être retourné à sa communauté<sup>319</sup>. À l'inverse, un autochtone ayant été en contact avec la société majoritaire suffisamment longtemps pour en connaître les normes et les interdits devrait être jugé par les autorités de l'État<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> T-934/99, *supra* note 277; T-266/99, *supra* note 277.

<sup>317</sup> La Cour n'a eu à se prononcer sur des conflits de compétence survenant dans de telles circonstances qu'à trois reprises : T-496/96, *supra* note 314; T-667a/98, *supra* note 297; T-728/02, *supra* note 217. Les affaires T-496/96 et T-667a/98 portent sur des meurtres commis par des autochtones en territoire non-autochtone. La décision T-728/02 porte quant à elle sur deux recours en protection constitutionnelle distincts, seul l'un d'entre eux soulevant le problème de la compétence extraterritoriale des autorités autochtones dans le cadre d'accusations portées contre une autochtone accusée de narcotrafic.

<sup>318</sup> T-496/96, *supra* note 314.

<sup>319</sup> *Ibid*, section 2.2. Voir également C-370/02, *supra* note 230, sur l'exception de « non-responsabilité pour cause de diversité culturelle » prévue en droit pénal colombien. Les critères d'application de cette exception sont repris dans les cas de conflits de compétence afin d'établir si un individu doit être jugé par les autorités étatiques ou autochtones.

<sup>320</sup> T-496/96, *supra* note 314, section 2.2. La Cour n'a pas précisé quels critères permettraient d'évaluer si le contact avec la société majoritaire est suffisant pour conclure à l'acculturation. Dans le cas d'espèce, elle avait retenu en faveur de la thèse de l'acculturation le fait que l'accusé ait quitté sa communauté pour chercher du travail à l'extérieur, ce qui l'avait mené à apprendre l'espagnol et à entrer en contact avec des membres de la société majoritaire. *Ibid*, section 2.4.2.

Si, comme dans le cas d'espèce, le crime commis est sanctionné tant par le droit étatique qu'autochtone, la Cour s'intéressera à ce qu'elle appelle la « conscience ethnique » de l'accusé et à la relation qu'il entretenait avec la cosmovision de sa communauté d'origine<sup>321</sup>. En l'espèce, l'accusé autochtone a été considéré acculturé par la Cour, puisqu'il travaillait en territoire non-autochtone et ce, malgré une preuve anthropologique établissant qu'il avait gardé des liens forts avec sa communauté et sa culture d'origine<sup>322</sup>. Le « degré d'isolement de la culture à laquelle [l'accusé] appartient » sera également pris en compte, la Cour différenciant entre les communautés ayant subi une forte acculturation à la suite d'un contact prolongé avec la société majoritaire et celles ayant préservé une culture distincte<sup>323</sup>. En l'espèce, la Cour conclut que la communauté en cause a subi de grandes transformations depuis la colonisation, intégrant plusieurs valeurs de la société majoritaire, ce qui milite en faveur de la thèse de l'acculturation de l'accusé<sup>324</sup>.

Les critères d'analyse de l'élément personnel fixés par la Cour nous paraissent relever d'une sociabilité de la réconciliation, puisqu'ils réaffirment la supériorité de la culture dominante. Ici, cette réaffirmation prend la forme de critères fondés sur des considérations de responsabilité propres au droit étatique. Ainsi, lorsque l'accusé peut comprendre l'illégalité de son geste en droit étatique, la Cour ne considère pas problématique qu'il soit jugé par les autorités de l'État. Or, les différences entre le droit étatique et la justice autochtone ne concernent pas que la nature des délits, mais sont également importantes en matière de sanction<sup>325</sup>. Par conséquent,

---

<sup>321</sup> *Ibid*, sections 2.2, 2.4.2.

<sup>322</sup> L'anthropologue Esther Sánchez critique d'ailleurs sévèrement la manière dont la Cour conclut à l'acculturation en se fondant uniquement sur le temps passé à l'extérieur de la communauté. Sánchez, « Aproximación », *supra* note 36 à la p. 192.

<sup>323</sup> T-496/96, *supra* note 314, section 2.2.

<sup>324</sup> *Ibid*, section 2.4.2.

<sup>325</sup> Voir notamment l'analyse d'Avila, *supra* note 83 aux p. 953-956, sur les finalités différentes de la sanction dans les cultures juridiques étatiques et autochtones.

l'imposition d'une peine étatique à un individu autochtone peut mener au rejet de l'individu par sa communauté, notamment à cause du stigmatisme associé à la détention au sein d'institutions étatiques ou de l'absence de réparation selon les normes autochtones<sup>326</sup>. Par ailleurs, l'absence de services adaptés aux autochtones dans les centres de détention étatiques a été reconnue par les autorités pénitentiaires elles-mêmes<sup>327</sup>.

De plus, cette interprétation réduit l'article 246 au droit individuel à être jugé selon les normes de sa culture, omettant la dimension collective de la reconnaissance de la justice autochtone. Cette interprétation néglige l'importance que revêt l'exercice de leur compétence judiciaire pour les communautés autochtones, celle-ci jouant une fonction essentielle de maintien de l'équilibre social<sup>328</sup>. En effet, l'exercice de cette compétence est un mécanisme de survie culturelle important, comme nous l'avons vu en introduction<sup>329</sup>.

### *L'élément institutionnel*

La Cour ne peut juger du respect de la Constitution et des lois par les autorités autochtones avant que celles-ci aient exercé leur compétence<sup>330</sup>. Cependant, l'évaluation de l'élément institutionnel permet de vérifier que les conditions d'exercice de cette compétence sont compatibles avec le droit de l'accusé au respect de la légalité des procédures ainsi qu'avec les droits de la victime à la

---

<sup>326</sup> Voir notamment le témoignage d'un autochtone de la communauté embera-chamí à propos de la prison dans l'affaire T-349/96, *supra* note 277, section 2.4.1.

<sup>327</sup> Rueda, *supra* note 209 à la p. 357, citant un rapport du Protecteur du citoyen sur la situation des autochtones en prison.

<sup>328</sup> Avila, *supra* note 83 aux p. 954-955, explique ainsi que selon la cosmovision autochtone la commission d'un délit affecte l'ensemble de la communauté et que les sanctions appliquées servent à rétablir l'harmonie et l'équilibre.

<sup>329</sup> Voir notamment, Santos, « Significado », *supra* note 211 à la p. 205.

<sup>330</sup> T-552/03, *supra* note 297; T-617/10, *supra* note 277; T-002/12, *supra* note 297.

vérité, à la justice et à la réparation<sup>331</sup>. Par cette évaluation, la Cour vérifie l'existence d'autorités autochtones ayant la capacité et la volonté d'exercer une compétence judiciaire sur une affaire<sup>332</sup>.

Dans un premier temps, la Cour vérifie qu'il existe bel et bien une autorité judiciaire autochtone, ce qui est facilement établi lorsque l'autorité concernée jouit d'un statut officiel en droit étatique<sup>333</sup>. Cependant, lorsque la fonction judiciaire n'est pas exercée par une telle autorité, il faudra prouver que l'affaire concerne une communauté autochtone dotée d'institutions traditionnelles exerçant leur autorité sur un territoire donné<sup>334</sup>. Dans tous les cas, les autorités autochtones doivent être en mesure d'exercer leur compétence selon les usages de la communauté<sup>335</sup>. Ce ne serait pas le cas par exemple d'un *cabildo* qui n'est pas doté par sa communauté de compétences judiciaires ou encore d'autorités traditionnelles qui ont cessé d'exercer de telles fonctions<sup>336</sup>. De plus, ces autorités doivent posséder « un certain pouvoir de coercition sociale » [notre traduction] afin de garantir l'application des normes autochtones et le respect des droits de la victime<sup>337</sup>. La Cour a reconnu la compétence judiciaire de plusieurs autorités autochtones, notamment celle des assemblées communautaires et des autorités religieuses<sup>338</sup>.

Dans un deuxième temps, l'analyse de l'élément institutionnel porte sur l'existence de normes et de pratiques substantives et procédurales permettant de régler le cas à l'origine du conflit de compétence<sup>339</sup>. Il s'agit d'un critère de prévisibilité des décisions autochtones découlant du

---

<sup>331</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.

<sup>332</sup> T-002/12, *supra* note 297.

<sup>333</sup> Ce serait le cas par exemple d'un représentant d'un *cabildo*. T-552/03, *supra* note 297.

<sup>334</sup> *Ibid.* À propos des autorités traditionnelles autochtones voir Rueda, *supra* note 208 aux p. 344-347.

<sup>335</sup> T-552/03, *supra* note 297.

<sup>336</sup> *Ibid.* Voir également Ponce et Rueda, *supra* note 112 à la p. 135.

<sup>337</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5. Voir également C-463/14, *supra* note 140.

<sup>338</sup> Voir par exemple T-349/96, *supra* note 277; SU-510/98, *supra* note 265.

<sup>339</sup> T-552/03, *supra* note 297.

principe de la légalité des procédures, des délits et des peines<sup>340</sup>. Ainsi, la Cour soutient que « l'impossibilité absolue de prédire les actions des autorités traditionnelles pourrait être interprétée comme témoignant de l'inexistence de la notion même du principe de légalité, et constituerait une raison constitutionnellement valide pour exclure la compétence des autorités autochtones. » [notre traduction]<sup>341</sup> Il ne s'agit cependant pas de nier le caractère évolutif du droit et ce critère doit être appliqué avec d'autant plus de flexibilité que plusieurs communautés autochtones sont actuellement en processus de reconstruction de leur système de justice<sup>342</sup>. L'absence de précédents récents ne peut donc pas justifier de nier la compétence autochtone, puisqu'avant 1991 les communautés autochtones devaient renvoyer plusieurs types de conflits au système judiciaire étatique, notamment les crimes graves<sup>343</sup>. Pour évaluer ce critère, la Cour se fonde donc plutôt sur les rapports anthropologiques et historiques ainsi que sur les témoignages des autorités autochtones elles-mêmes<sup>344</sup>.

Finalement, la Cour exige que l'autorité autochtone exprime explicitement son intention d'exercer sa compétence<sup>345</sup>. En effet, il peut arriver qu'une autorité autochtone considère qu'une affaire dépasse ses capacités<sup>346</sup>. Puisque les autorités autochtones se réapproprient progressivement leurs compétences en matière de contrôle social depuis 1991, le choix d'exercer ou non leur compétence judiciaire sur un cas donné leur revient et doit être respecté<sup>347</sup>. Ainsi, si les autorités judiciaires autochtones préfèrent ne pas prendre en charge une affaire concernant un

---

<sup>340</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> C-463/14, *supra* note 140; T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5.

<sup>343</sup> T-552/03, *supra* note 297.

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.5.1.

<sup>346</sup> T-002/12, *supra* note 297; T-1238/04, *supra* note 217.

<sup>347</sup> *Ibid.*

crime grave, faute d'avoir les moyens de faire respecter leur décision, les autorités étatiques devront s'en saisir<sup>348</sup>.

Lorsqu'une demande de reconnaissance de la compétence autochtone est appuyée ou formulée par une communauté autochtone, la Cour considère généralement qu'il s'agit d'une preuve suffisante de l'élément institutionnel<sup>349</sup>. Cependant, une analyse approfondie de l'élément institutionnel sera nécessaire en cas de crimes graves ou ayant été commis à l'encontre d'un individu bénéficiant d'une protection constitutionnelle, par exemple une agression sexuelle commise contre un mineur<sup>350</sup>. La Cour voudra alors s'assurer plus spécifiquement du pouvoir de coercition des autorités et de l'existence de normes interdisant ce type de comportements<sup>351</sup>. La prise en compte de l'élément institutionnel permet ainsi d'éviter de renvoyer une affaire à une communauté autochtone n'ayant pas la capacité ou la volonté d'exercer sa compétence judiciaire. Cela évite en retour des situations d'impunité ou de déni de justice qui pourraient notamment mettre en péril les droits des victimes<sup>352</sup>.

L'analyse que la Cour fait de l'élément institutionnel présente des indicateurs d'une tendance au partage de l'autorité. En effet, la Cour reconnaît l'existence de diverses formes d'autorités autochtones, lesquelles peuvent user de différents modes de règlements des conflits. De plus, la Cour a refusé d'invoquer la protection des droits des accusés et des victimes afin de limiter la

---

<sup>348</sup> L'affaire T-002/12, *supra* note 297, concernait deux cas d'agression sexuelle sur des mineures. Dans l'un de ces cas, la communauté autochtone ne voulait pas se saisir de l'affaire, qu'elle jugeait trop grave pour les moyens dont elle disposait. La Cour a donc renvoyé l'affaire aux autorités étatiques.

<sup>349</sup> *Ibid*, section 2.4.4. D'ailleurs, depuis l'établissement de l'élément institutionnel en 2003, la Cour a reconnu la compétence judiciaire autochtone dans presque tous les cas où la communauté avait exprimé sa volonté de l'exercer. La seule exception est l'affaire T-552/03, *supra* note 297, qui a été renvoyée au Conseil supérieur de la judicature afin que ce dernier en décide de nouveau en appliquant les critères établis par la Cour constitutionnelle.

<sup>350</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 297, section 2.4.4. La Cour suggère qu'une analyse plus serrée serait également nécessaire en cas de crimes contre l'humanité ou de violence organisée, C-463/14, *supra* note 140.

<sup>351</sup> T-002/12, *supra* note 297, section 2.4.4.

<sup>352</sup> *Ibid*, section 1.4.

compétence des autorités autochtones à certaines matières. Elle a plutôt cherché à concilier les garanties individuelles du droit étatique et le droit à l'autonomie judiciaire des communautés autochtones. En fondant son analyse de l'élément institutionnel notamment sur les témoignages des autorités autochtones ainsi que sur l'expression de leur volonté, la Cour reconnaît la validité de la preuve fournie par les communautés et montre sa considération pour la perspective de ces dernières.

Notons cependant que cette analyse vise principalement à s'assurer que la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone dans un cas particulier ne mettra pas en danger des principes issus de la culture dominante, notamment les droits des victimes et des accusés. L'imposition de telles considérations afin de déterminer la compétence des autorités judiciaires autochtones relèvent d'une réaffirmation de la supériorité de la culture juridique étatique et donc d'une sociabilité de la réconciliation.

### *L'élément objectif*

En principe, les autorités d'une communauté autochtone peuvent exercer leur compétence judiciaire autochtone sur toute affaire concernant la communauté<sup>353</sup>. Néanmoins, à partir de 2003<sup>354</sup>, la Cour a ajouté à son analyse de la compétence judiciaire autochtone un élément objectif portant sur « la nature du sujet ou de l'objet sur lequel retombe la conduite punissable ou nocive » [notre traduction]<sup>355</sup>. L'étude de cet élément vise à déterminer si une affaire intéresse davantage la communauté autochtone ou la société majoritaire, selon trois scénarios possibles :

---

<sup>353</sup> T-659/13, *supra* note 293, section 3.

<sup>354</sup> T-552/03, *supra* note 297. La Cour a ensuite clarifié le contenu de cet élément dans les décisions T-617/10, *supra* note 277, et T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.c.

<sup>355</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5.

- (1) « le bien juridique affecté ou son titulaire appartient à une communauté autochtone »;
- (2) « le bien juridique affecté ou son titulaire appartient exclusivement à la culture majoritaire »;
- (3) « le bien juridique affecté appartient tant à la communauté autochtone du titulaire qu'à la culture majoritaire »<sup>356</sup>.

Dans les deux premiers scénarios, l'élément objectif est considéré comme déterminant et l'affaire devrait être renvoyée aux autorités de la culture concernée<sup>357</sup>. La Cour ne donne pas d'exemple d'une situation qui relèverait de l'un ou l'autre de ces scénarios. On peut cependant imaginer qu'il s'agirait notamment de cas où un comportement n'est interdit que par un des systèmes juridiques. Les autorités du système juridique concerné seraient donc les seules compétentes pour juger de l'affaire. Aucune décision de la Cour constitutionnelle ne porte sur un tel cas.

Dans le troisième scénario, l'élément objectif n'est pas déterminant, puisque les deux systèmes juridiques sont intéressés par l'affaire. Les décisions de la Cour relevant d'un tel scénario concernaient des cas de meurtres<sup>358</sup> ou d'agressions sexuelles commises à l'encontre de mineures<sup>359</sup>. L'ensemble des éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone doivent alors être pris en compte<sup>360</sup>. La Cour procédera alors de manière très attentive à l'analyse de l'élément institutionnel<sup>361</sup>. En effet, cette analyse permet de déterminer si la remise de l'affaire aux autorités autochtones risque de porter atteinte aux droits de la victime ou encore de laisser

---

<sup>356</sup> T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.c.

<sup>357</sup> *Ibid.*

<sup>358</sup> T-552/03, *supra* note 297.

<sup>359</sup> T-617/10, *supra* note 277; T-002/12, *supra* note 295; Sentencia T-921/13, Corte constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, 5 décembre 2013, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>>.

<sup>360</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 297, section 1.4.c.

<sup>361</sup> C-463/14, *supra* note 140.

impuni un crime que la société majoritaire considère particulièrement grave<sup>362</sup>. La Cour indique cependant que l'élément objectif ne vise pas à limiter la compétence des autorités autochtones aux seules affaires internes à leur communauté<sup>363</sup>. La Cour a également rejeté la prétention du Conseil supérieur de la judicature niant la compétence judiciaire autochtone sur toute affaire considérée comme particulièrement grave par le droit étatique, notamment les crimes commis à l'encontre de mineurs<sup>364</sup>.

L'élément objectif est donc analysé conjointement avec l'élément institutionnel afin d'éviter des situations d'impunité pour des crimes que l'État considère comme graves. En refusant de restreindre la compétence judiciaire autochtone à certaines matières ou aux seules affaires qui ne constitueraient pas des crimes graves, l'analyse de la Cour témoigne d'une tendance au partage de l'autorité entre les systèmes de justice étatique et autochtones.

Ainsi, l'analyse que la Cour fait des éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone s'inscrit généralement dans une sociabilité de la convivialité. La Cour reconnaît notamment la validité des conceptions autochtones du territoire et refuse de limiter la compétence des autorités autochtones aux seules affaires internes. De plus, lorsque confrontée à un conflit de compétence, la Cour s'intéresse d'abord au lien de rattachement entre une affaire et une communauté autochtone. Elle évalue ensuite les risques d'impunité ou de déni de justice.

Cependant, les critères d'établissement de l'élément personnel demeurent empreints d'une vision réductrice de l'appartenance, celle-ci se limitant au temps passé dans la communauté ou à

---

<sup>362</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5. La Cour a identifié certains de ces crimes considérés particulièrement graves pour la société majoritaire : terrorisme, narcotraffic, contrebande, port illégal d'armes, crimes contre l'humanité, blanchiment d'argent, rébellion, corruption des électeurs. T-659/13, *supra* note 293, section 7.4.4.

<sup>363</sup> T-617/10, *supra* note 277, section 16.1.5. Dans T-098/14, *supra* note 259, la Cour confirme que la compétence judiciaire des autorités autochtones ne se limite pas à certaines matières.

<sup>364</sup> T-617/10, *supra* note 277, sections 16.1.5, III-3.2. Dans l'affaire C-463/14, *supra* note 140, la Cour a réitéré explicitement que l'élément objectif n'est pas fondé sur le postulat de l'impossibilité absolue de reconnaître la compétence autochtone sur certaines matières.

l'extérieur de celle-ci, de même qu'à la langue parlée. De plus, ces critères réduisent les droits reconnus par l'article 246 au droit de l'individu d'être jugé par les autorités de sa communauté, faisant fi du droit des communautés de régler elles-mêmes les conflits concernant leurs membres. Finalement, la Cour n'intègre pas à son analyse les critères que les communautés elles-mêmes utilisent pour déterminer si elles ont compétence sur une affaire. Cela participe à la reproduction de rapports inégaux entre le droit étatique et la justice autochtone, puisque les frontières de la compétence autochtone sont établies par le droit étatique

### **3.3. Les conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone**

Même lorsque la compétence d'une autorité autochtone est établie, les tribunaux étatiques conservent le pouvoir d'en contrôler l'exercice. En effet, la reconnaissance étatique de l'autonomie judiciaire autochtone n'est pas absolue, l'article 246 prévoyant certaines conditions à son exercice. D'abord, cette autonomie doit être exercée dans le respect des normes et des procédures de la communauté autochtone concernée. Ensuite, les autorités autochtones se doivent d'exercer leurs fonctions judiciaires en conformité avec la Constitution et les lois de l'État colombien. Nous analyserons ici la manière dont la Cour constitutionnelle a interprété et appliqué ces conditions.

La Cour a rendu quinze décisions dans le cadre de recours en protection constitutionnelle intentés à l'encontre d'autorités autochtones où la question des conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone a été soulevée. Dans les deux premières décisions rendues à ce sujet, la Cour a adopté des approches très différentes, voire contradictoires<sup>365</sup>. Ainsi, dans une décision de 1994, la Cour avait décidé que l'ensemble des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution

---

<sup>365</sup> Il s'agit des décisions T-254/94, *supra* note 44 et T-349/96, *supra* note 277. Voir Bonilla, *supra* note 42 aux p. 156-181 pour une analyse des tendances jurisprudentielles de la Cour.

primait sur le droit à l'autonomie des peuples autochtones<sup>366</sup>. Un changement radical s'est produit en 1996, la Cour décidant alors que seuls certains droits pouvaient limiter cette autonomie et qu'il importait d'en faire une interprétation prenant en compte la perspective autochtone<sup>367</sup>. Par la suite, la Cour a rendu une décision d'unification, reprenant et harmonisant les principes énoncés dans les décisions antérieures<sup>368</sup>. Bien que ces principes aient ensuite été repris dans toutes les décisions de la Cour, l'application qu'il en est fait varie selon les faits de chaque affaire, témoignant de la difficulté de mettre en œuvre la reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle et plus particulièrement de l'autonomie judiciaire autochtone<sup>369</sup>.

Nous nous concentrerons ici sur les principes généraux établis par la Cour, en référant principalement à ces trois affaires, mais également à la plus récente décision de la Cour – celle-ci résumant de manière très complète les principes établis précédemment et témoignant de l'état de la jurisprudence de la Cour<sup>370</sup>. Lorsque cela s'avère pertinent, nous mentionnerons également la manière dont ces principes ont été appliqués dans certains cas particuliers.

### 3.3.1. La condition de conformité avec les normes et procédures internes

L'article 246 de la Constitution prévoit que la compétence judiciaire autochtone doit être exercée dans le respect des normes et procédures propres à la communauté concernée<sup>371</sup>. Selon la Cour, cette condition signifie que les autorités autochtones doivent respecter le principe de la légalité des procédures et, en matière pénale, de la légalité des délits et des peines<sup>372</sup>. Dans la tradition juridique occidentale, le principe de légalité renvoie à la prévisibilité des actions des autorités

<sup>366</sup> T-254/94, *supra* note 44, section 7.4.

<sup>367</sup> T-349/96, *supra* note 277.

<sup>368</sup> SU-510/98, *supra* note 265.

<sup>369</sup> Sánchez, « Aproximación », *supra* note 36 à la p. 164; Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 aux p. 34-35.

<sup>370</sup> T-098/14, *supra* note 259.

<sup>371</sup> L'interprétation que la Cour fait de cette condition est d'autant plus importante que des allégations de violation de la condition de respect des normes et procédures étaient faites dans 11 des 15 décisions étudiées. La *tutela* a été accordée pour ce motif dans 6 des cas.

<sup>372</sup> T-349/96, *supra* note 277, section II.2.3.

judiciaires<sup>373</sup>. Lorsqu'appliqué aux systèmes de justice autochtones, ce critère réfère à l'existence d'institutions permettant aux membres d'une communauté de connaître les règles de comportements et de règlement de conflits existantes<sup>374</sup>. De plus, ce critère exige de prouver la préexistence des modes de règlement de conflits ou de sanction appliqués par une autorité autochtone<sup>375</sup>.

La légalité d'une décision judiciaire autochtone est donc évaluée au regard des normes propres à la communauté en cause et suppose que celles-ci existent de manière antérieure au jugement afin d'en assurer la prévisibilité. Cette condition vise à éviter le cautionnement d'actes arbitraires sous le couvert de l'autonomie judiciaire<sup>376</sup>. La Cour souligne néanmoins que l'exigence de prévisibilité doit être interprétée de manière à permettre l'évolution des cultures juridiques autochtones<sup>377</sup>. De plus, l'évaluation de ce principe doit tenir compte du fait que plusieurs communautés autochtones sont en processus de reconstruction de leur système de justice depuis 1991<sup>378</sup>. Comme dans le cas de l'élément institutionnel de la compétence autochtone, il n'est donc pas nécessaire de prouver l'existence de précédents récents pour établir le caractère prévisible d'une décision. La Cour se basera plutôt sur les rapports d'experts, notamment anthropologues, et sur le témoignage de membres de la communauté pour établir l'existence et le contenu des normes et procédures devant être appliquées par les autorités autochtones.

Si cette nuance est importante, son application en pratique est compromise par le fait que les institutions étatiques n'ont pas nécessairement les outils nécessaires afin de faire la distinction entre l'évolution légitime des normes autochtones et un acte arbitraire portant atteinte au principe

---

<sup>373</sup> Avila, *supra* note 83 à la p. 949.

<sup>374</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II.12.

<sup>375</sup> *Ibid.*

<sup>376</sup> *Ibid.*; Gómez, *supra* note 6 à la p. 747.

<sup>377</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II.12.

<sup>378</sup> *Ibid.*

de légalité. Par exemple, la Cour a conclu que l'imposition d'une sanction non traditionnelle par la plus haute autorité autochtone d'une communauté ne respectait pas le principe de légalité des peines, puisque l'accusé ne pouvait pas prévoir que son comportement serait puni d'une telle manière<sup>379</sup>. La Cour n'a cependant pas évalué la possibilité que l'application d'un nouveau type de sanction s'inscrive dans un processus d'évolution normative conforme au droit autochtone et donc respectant l'obligation de prévisibilité établie par la Cour<sup>380</sup>.

Outre cette difficulté d'application, l'adoption par la Cour du principe de prévisibilité pour juger de la légalité des actes des autorités autochtones nous paraît s'inscrire dans une sociabilité de la réconciliation. En effet, la Cour ne s'interroge pas sur la possibilité que d'autres conditions de légalité puissent exister et surtout, elle ne s'intéresse pas à la position des peuples autochtones sur cette question<sup>381</sup>. Les conditions de l'herméneutique diatopique, soit la reconnaissance de l'incomplétude de sa vision du monde et la recherche d'autres points de vue, sont ici absentes du raisonnement de la Cour. En appliquant le principe de prévisibilité, la Cour juge de la validité des décisions judiciaires autochtones à partir d'un critère issu du droit étatique et participe à la réaffirmation de la supériorité de ce dernier. La cour contribue ainsi à la reproduction de rapports inégaux entre les cultures juridiques étatique et autochtones.

---

<sup>379</sup> T-349/96, *supra* note 277. Dans cette affaire, la communauté réunie en assemblée générale avait imposé une peine de prison dans une affaire d'homicide, plutôt que les sanctions traditionnelles de pilori et de travaux communautaires.

<sup>380</sup> *Ibid.* En l'espèce, la Cour n'a pas considéré la possibilité que l'assemblée communautaire ayant rendu la décision sur la peine soit habilitée à modifier la norme quant à la sanction applicable dans le cadre d'une affaire particulière.

<sup>381</sup> Sánchez, « Aproximación », *supra* note 36 à la p. 162. Voir également Rueda, *supra* note 209 aux p. 346-347 sur les principes guidant les décisions des autorités autochtones lorsqu'elles sont confrontées à des problèmes nouveaux auxquels leurs normes coutumières n'offrent pas de solution.

Par ailleurs, l'obligation de conformité avec les normes et procédures internes est souvent interprétée par la Cour comme incluant le principe de « *debido proceso* »<sup>382</sup> énoncé à l'article 29 de la Constitution<sup>383</sup>. Cette disposition prévoit le droit de toute personne d'être jugée par une instance compétente et de manière conforme aux lois en vigueur au moment des faits à l'origine du litige<sup>384</sup>. En matière pénale, le « *debido proceso* » exige également le respect de la présomption d'innocence, des droits à une défense et à un avocat, de même que de l'interdiction d'être jugé deux fois pour le même acte<sup>385</sup>.

Or, l'interprétation que la Cour fait de la condition de conformité aux normes et procédures internes ne fait pas l'unanimité. Ainsi, selon le constitutionnaliste colombien Daniel Bonilla Maldonado, si l'article 246 prévoit que les autorités autochtones doivent exercer leur compétence judiciaire dans le respect de leur système de justice, il n'en découle pas clairement « que le *debido proceso* et la légalité des délits et des peines doivent limiter l'autonomie des communautés autochtones » [notre traduction]<sup>386</sup>. En fait, la Cour impose « par le haut » des normes considérées fondamentales par le droit étatique et contribue à une sociabilité de la réconciliation en réaffirmant leur supériorité.

Néanmoins, la Cour a parfois fait preuve d'une ouverture aux conceptions autochtones de la justice lors de l'application des conditions de légalité aux faits de l'espèce. Ainsi, dans deux affaires où il était allégué que les autorités autochtones n'avaient pas respecté le droit de l'accusé

---

<sup>382</sup> L'expression « *debido proceso* » renvoie au principe anglo-saxon de « *due process* ». Compte tenu de la difficulté de traduire adéquatement cette expression en français, celle-ci pouvant revêtir plus d'un sens selon le contexte, nous utiliserons l'expression espagnole dans le texte.

<sup>383</sup> Voir notamment T-254/94, *supra* note 44; Sentencia T-048/02, Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 31 janvier 2002, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-048-02.htm>>. Plus rarement, la Cour a considéré que le principe de « *debido proceso* » n'exigeait que le respect des normes et procédures de la communauté autochtone concernée, Sentencia T-1294/05, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 7 décembre 2005, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1294-05.htm>>.

<sup>384</sup> Constitution colombienne, *supra* note 46, art. 29, al. 2.

<sup>385</sup> *Ibid.*, art. 29, al. 4.

<sup>386</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 177.

à une défense, la Cour a refusé d'évaluer la situation à l'aune des principes étatiques, mais a plutôt tenu compte des procédures autochtones de détermination de la culpabilité<sup>387</sup>. Dans une de ces affaires, l'accusé était absent lors des délibérations de la communauté, puisqu'il s'était enfui de la communauté après avoir été arrêté et détenu par ses autorités<sup>388</sup>. Avant sa fuite, les autorités autochtones avaient toutefois pu recueillir sa version des faits. Par la suite, une assemblée générale réunissant toute la communauté a eu lieu afin de décider du cas de l'accusé, en l'absence de celui-ci, mais en présence de sa famille. La Cour, prenant en considération la conception autochtone de la justice, laquelle comporte notamment une forte dimension collective, a conclu que la participation de la famille de l'accusé au processus décisionnel garantissait la défense de ses intérêts. Dans la seconde affaire, la Cour a rejeté les allégations du demandeur selon lesquelles les autorités autochtones avaient porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière en lui refusant d'être représenté par un avocat<sup>389</sup>. Selon les normes de la communauté, le demandeur avait la possibilité d'être défendu par un membre de la communauté ou de se défendre lui-même lors des procédures, possibilités dont il ne s'était pas prévalu. La communauté a expliqué son refus que l'accusé soit défendu par un avocat par le besoin de protéger sa culture. La Cour a accepté les arguments de la communauté, soulignant qu'obliger cette dernière à accepter que ses membres puissent être représentés par une personne ignorante de leur culture juridique serait contraire au principe constitutionnel de respect de la diversité culturelle.

Dans ces deux affaires, la Cour a appliqué le principe du droit à une défense pleine et entière de manière interculturelle. En effet, elle a pris en compte la manière dont les communautés autochtones assurent la protection des intérêts de l'accusé, plutôt que de s'en tenir à la manière

---

<sup>387</sup> T-349/96, *supra* note 277; Sentencia T-523/97, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 15 octobre 1997, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>> [T-523/97].

<sup>388</sup> T-349/96, *supra* note 277.

<sup>389</sup> T-523/97, *supra* note 387.

dont le droit étatique définit les droits de ce dernier. La Cour se positionne même fortement contre l'imposition de la vision du monde de la société majoritaire au détriment de celles des peuples autochtones. En reconnaissant la validité de diverses conceptions de la justice, la Cour témoigne d'une tendance à l'égalité des échanges entre les systèmes de justice autochtones et étatique.

### 3.3.2. La condition de conformité avec la Constitution et les lois

L'article 246 prévoit une deuxième condition à l'exercice de la compétence judiciaire autochtone, soit le respect de la Constitution et des lois. La Cour a cependant refusé d'interpréter littéralement cette condition au motif que cela irait à l'encontre du principe de diversité culturelle et viderait de son sens la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone, puisque celle-ci demeurerait alors entièrement soumise au droit étatique<sup>390</sup>. Prférant une approche téléologique, la Cour soutient que l'article 246 doit être interprété de manière à maximiser l'autonomie des peuples autochtones et que seuls les droits fondamentaux constituant le « noyau dur » du droit international des droits de la personne constituent une limite absolue à l'autonomie judiciaire autochtone<sup>391</sup>. Dans certains cas, d'autres droits fondamentaux pourraient limiter l'autonomie autochtone, mais seulement dans le cas où les premiers emporteraient l'exercice de pondération imposé par la Cour<sup>392</sup>.

#### *Le noyau dur des droits de la personne*

De l'avis de la Cour, le noyau dur des droits de la personne est constitué du droit à la vie, ainsi que des interdictions d'esclavage et de torture<sup>393</sup>. Il s'agirait en effet de principes faisant l'objet

<sup>390</sup> T-349/96, *supra* note 277, section II.2.3.

<sup>391</sup> T-349/96, *supra* note 277.

<sup>392</sup> Sentencia T-903/09, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 4 décembre 2009, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-903-09.htm>>.

<sup>393</sup> T-349/96, *supra* note 277, section II.2.3.

d'un consensus interculturel, puisqu'ils sont reconnus par tous les traités internationaux de droits de la personne et ne peuvent être suspendus même en situation de conflit armé<sup>394</sup>. Les arguments que la Cour avance à l'appui d'une thèse aussi ambitieuse que celle d'un consensus interculturel paraissent cependant bien faibles<sup>395</sup>. On peut ainsi remettre en question la prétention de la Cour selon laquelle l'existence de traités internationaux permet d'induire le consentement des peuples autochtones à certaines normes, ces derniers n'ayant pas participé à la rédaction de ces instruments de droit international<sup>396</sup>. En identifiant de cette manière certains droits constituant une limite absolue à l'autonomie autochtone, la Cour réaffirme en fait la supériorité des principes du droit d'origine occidentale, qu'il soit étatique ou international<sup>397</sup>. Une approche inspirée de l'herméneutique diatopique mettrait plutôt en dialogue les principes de protection de la dignité humaine de la société majoritaire avec ceux de la communauté autochtone concernée<sup>398</sup>.

Les seules affaires où la Cour a eu à traiter concrètement d'un conflit entre le « noyau dur » et les normes autochtones concernent l'imposition de sanctions physiques par les autorités autochtones<sup>399</sup>. La Cour devait alors évaluer si l'imposition de sanctions telles que le pilori ou le fouet contrevenait à l'interdiction de torture. Dans ces affaires, la Cour a porté une grande

---

<sup>394</sup> *Ibid.* La Cour fait en outre référence aux travaux d'Abdullahi Ahmed An-na'im et de Richard Falk pour appuyer la thèse d'un consensus interculturel.

<sup>395</sup> Bonilla, *supra* note 42 aux p. 175-176; Gómez, *supra* note 6 aux p. 738-739.

<sup>396</sup> Bonilla, *supra* note 42 à la p. 176. Voir également Gómez, *supra* note 6 aux p. 725-729, lequel affirme notamment que « indigenous peoples have been rendered invisible for centuries, both nationally and internationally, and as a result have been unable to share their conception of human rights on an equal footing. ».

<sup>397</sup> Sur l'ancrage du régime international de protection des droits de la personne dans la philosophie libérale occidentale, voir notamment Panikkar, *supra* note 95.

<sup>398</sup> Voir notamment l'exercice de dialogue entre les conceptions occidentales, hindoues et musulmanes de la dignité humaine tenté par Panikkar, *ibid.*, et repris par Santos, « Conception », *supra* note 95.

<sup>399</sup> Il s'agit des décisions T-349/96, *supra* note 277; T-523/97, *supra* note 387; Sentencia T-454/13, Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 15 juillet 2013, en ligne : <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-454-13.htm>> [T-454/13]. Aucune affaire concernant des allégations d'esclavage n'a été portée devant la Cour. De plus, la Cour n'a jamais considéré sérieusement que la sanction de travaux communautaires prévue par certaines normes autochtones puisse constituer une forme d'esclavage. Voir T-349/96, *supra* note 277 et Gómez, *supra* note 6 aux p. 744-745. En ce qui concerne le droit à la vie, bien que sa violation alléguée ait parfois fait l'objet de recours en protection constitutionnelle, la Cour n'a jamais reconnu qu'une décision autochtone ait posé une réelle menace à ce droit et n'a donc pas traité de manière approfondie de ces allégations. Voir notamment T-349/96, *supra* note 277.

attention à la conception autochtone de la justice et au rôle des sanctions physiques dans le maintien de l'équilibre au sein des communautés. Par exemple, pour le peuple embera-chamí, le pilori constitue une sanction efficace, à la fois intimidante et de courte durée<sup>400</sup>. Dans la culture paéz, le fouet agit de manière symbolique dans le cadre d'un rituel de sanction et de purification dont l'objectif final est le rétablissement de l'harmonie<sup>401</sup>.

Elle a également repris les définitions de torture de la *Convention internationale contre la torture* et de la Cour européenne des droits de l'Homme, lesquelles sont fondées sur le critère de l'intensité de la souffrance imposée. Cette intensité est mesurée en fonction de la durée de la sanction, de ses effets sur l'intégrité physique et morale du condamné, de l'âge, du sexe et de l'état de santé de celui-ci, ainsi que du contexte sociopolitique. En adoptant cette interprétation du principe d'interdiction de torture et donc, en n'assimilant pas toute forme de sanction physique à de la torture<sup>402</sup>, la Cour a permis le dialogue avec les cultures autochtones pour lesquelles ce type de sanction joue un rôle important de réhabilitation de l'individu et de rétablissement de l'équilibre communautaire.

En retenant cette interprétation de la notion de torture et en prenant en considération la conception embera-chamí de la peine, la Cour a conclu que la sanction de pilori ne pouvait être assimilée à de la torture, « puisqu'il ne s'agit pas d'un châtiment disproportionné et inutile, et qu'il ne cause pas de dommages physiques ou psychologiques graves » [notre traduction]<sup>403</sup>. Il en est de même de l'imposition du fouet dans la culture paéz, la souffrance imposée n'étant pas d'une gravité telle qu'on puisse considérer qu'il s'agit de torture. Il ne s'agit pas non plus d'une

---

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> T-523/97, *supra* note 387. Voir également Sánchez, « Aproximación », *supra* note 36 aux p. 184-185.

<sup>402</sup> Comme c'est le cas selon certaines interprétations des droits fondamentaux, Avila, *supra* note 83 à la p. 958; Gómez, *supra* note 6 à la p. 747.

<sup>403</sup> T-349/96, *supra* note 277, section II.2.4.2.2.

peine dégradante, puisqu'il s'agit d'une peine normale pour les communautés concernées et que plutôt que d'humilier la personne qui la subit, elle permet sa réintégration dans la communauté<sup>404</sup>.

En refusant de considérer a priori comme de la torture tout type de châtiment physique, la Cour nous paraît avoir pratiqué une herméneutique diatopique. Elle a en effet cherché les plus grands cercles de réciprocité entre les cultures occidentale et autochtones, c'est-à-dire les versions de chaque culture qui soient les plus compatibles entre elles, afin de définir de manière interculturelle la notion de torture. Cela est d'autant plus intéressant que l'application de sanctions physiques coutumières est au cœur d'une des controverses les plus importantes dans le débat opposant les droits fondamentaux à l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone<sup>405</sup>. L'utilisation du pilori dans les communautés autochtones fait notamment l'objet d'une importante couverture médiatique en Colombie<sup>406</sup>. Cette prise en compte de la signification de la sanction dans le contexte culturel autochtone et des effets de la sanction témoigne d'un rééquilibrage des rapports entre les visions du monde en présence. En effet, la Cour refuse de juger de l'usage du pilori et du fouet uniquement du point de vue de la société majoritaire et donne une grande importance à la perspective des communautés autochtones concernées.

### *Les autres droits fondamentaux*

Dans certaines circonstances, d'autres droits fondamentaux que ceux constituant le « noyau dur » peuvent limiter l'autonomie autochtone<sup>407</sup>. En effet, selon la Cour, les droits fondamentaux individuels constituent des normes minimales de coexistence sociale et par conséquent sont

---

<sup>404</sup> T-523/97, *supra* note 387; T-454/13, *supra* note 399.

<sup>405</sup> Gómez, *supra* note 6 à la p. 746.

<sup>406</sup> Voir par exemple : « Rechazan castigo con cepo a niña indígena », *El Tiempo* (23 juin 2006), en ligne : *El Tiempo* <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2077550>>; Pilar Salcedo J., « El cepo en indígenas ¿castigo o tortura? », *La Tarde* (22 mai 2014), en ligne : *La Tarde* <<http://www.latarde.com/historico/46984-el-cepo-en-indigenas-icastigo-o-tortura>>.

<sup>407</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II.13.

considérés comme des principes constitutionnels hiérarchiquement égaux à l'autonomie autochtone<sup>408</sup>. En cas de conflit entre l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone et un droit fondamental, la Cour se prête à un exercice de pondération des principes qui s'opposent en tenant compte des circonstances particulières de chaque espèce<sup>409</sup>. Cependant, le principe de maximisation de l'autonomie autochtone oblige le tribunal à considérer que « les droits de la communauté jouissent *prima facie* d'un poids supérieur » [notre traduction] à celui des droits fondamentaux auxquels ils sont opposés lors de l'exercice de pondération<sup>410</sup>. La Cour n'offre pas d'autres directives sur la manière de pondérer les droits fondamentaux des individus et le droit des communautés autochtones à l'exercice de leur autonomie judiciaire. Il est donc pertinent de s'attarder aux cas où la Cour a effectivement dû pondérer ces droits.

Cela s'est produit dans le cadre de deux décisions portant sur des recours en protection constitutionnelle intentés par des autochtones convertis à la religion évangéliste alléguant que les autorités traditionnelles de leur communauté avaient porté atteinte à leur liberté de religion<sup>411</sup>. Dans les deux cas, les autochtones évangélistes reprochaient aux autorités traditionnelles de les avoir empêchés de pratiquer publiquement leur religion et d'avoir fait preuve de discrimination à leur encontre lors de la distribution des ressources de la communauté. Les autorités autochtones pour leur part affirmaient avoir exercé leur autonomie judiciaire à l'encontre de membres ne respectant pas les normes communautaires, notamment quant à l'usage des espaces publics, le bon voisinage et la participation aux travaux collectifs.

---

<sup>408</sup> *Ibid.* Cette interprétation a d'abord été développée dans T-254/94, *supra* note 44, puis confirmée dans SU-510/98, *supra* note 265.

<sup>409</sup> T-098/14, *supra* note 259, section II.13.

<sup>410</sup> *Ibid.*

<sup>411</sup> SU-510/98, *supra* note 265; Sentencia T-1022/01, Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 20 septembre 2001, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1022-01.htm>>.

La Cour a donc dû trancher ces conflits opposant les droits individuels revendiqués par les demandeurs et l'autonomie judiciaire dont jouissent les communautés autochtones. Après avoir pris connaissance de la preuve anthropologique, la Cour a établi deux principes importants et s'inscrivant dans une logique de convivialité. D'abord, la Cour a indiqué qu'il était impossible d'imposer l'obligation de neutralité religieuse aux autorités de communautés autochtones ne faisant pas de distinction entre les ordres religieux et politiques. Ensuite, la Cour a reconnu que le principe constitutionnel de respect de la diversité culturelle signifiait que les communautés autochtones pouvaient défendre leur culture de la manière qui leur paraissait adéquate. La seule condition posée par la Cour à cet égard est que ces stratégies ne soient pas illégales. Se faisant, la Cour fait basculer l'exercice de pondération vers l'analyse du principe de légalité, découlant de l'obligation de conformité avec les normes et procédures internes prévue à l'article 246.

Dans les affaires étudiées, la Cour a donc voulu déterminer si les communautés avaient agi de manière arbitraire. Cette analyse s'est faite en tenant compte de la perspective de la communauté concernée, la Cour soulignant explicitement la nécessité d'établir un dialogue avec celle-ci afin que les juges puissent élargir leur perspective culturelle<sup>412</sup>. Dans les deux cas, la Cour a conclu que les autorités autochtones ne pouvaient pas traiter différemment les membres de leur communauté convertis à la religion évangéliste sur la seule base de cette conversion, appliquant ici le principe occidental de liberté individuelle selon lequel une personne ne peut être punie sur la base de ses croyances. Cependant, la Cour a reconnu que les autorités autochtones pouvaient appliquer les normes communautaires à leurs membres, y compris les sanctions prévues en cas de violation d'obligations coutumières par les membres convertis – la foi de ces derniers ne pouvant

---

<sup>412</sup> Dans une de ces affaires, la Cour s'est d'ailleurs déplacée sur le terrain afin de rencontrer les divers acteurs de l'affaire, SU-510/98, *supra* note 265.

justifier leur non-respect des règles de la communauté. Se faisant, la Cour a trouvé des cercles de réciprocité entre les cultures juridiques étatique et autochtones.

### **Conclusion partielle**

Afin de répondre à notre deuxième question de recherche, nous avons étudié la manière dont la Cour a mis en œuvre la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone. Cette analyse nous a permis de discerner des indicateurs des sociabilités de la réconciliation et de la convivialité. Ainsi, en reprenant et en développant les limites à l'autonomie judiciaire autochtone prévue par la Constitution, la Cour a contribué à la reproduction de rapports inégaux entre les cultures juridiques étatique et autochtones. Cependant, nous avons noté des indicateurs d'une sociabilité de la convivialité dans la manière dont la Cour a appliqué ces limites aux cas concrets.

La sociabilité de la réconciliation se manifeste par la réaffirmation de la supériorité de la culture dominante, en l'occurrence le droit étatique, laquelle est étroitement liée au fait que les institutions étatiques s'arrogent le droit de tracer les limites de l'autonomie judiciaire autochtone. Afin d'établir ces limites, la Cour a mobilisé des principes issus de la culture juridique étatique tels que ceux d'intérêts supérieurs, de noyau dur des droits, de prévisibilité et de « *debido proceso* ». Les cultures juridiques autochtones n'ont pas été prises en considération lors du développement de ces principes. La Cour paraît ainsi avoir supposé de la supériorité, voire de l'universalité, de ces principes.

Néanmoins, au moment de vérifier si les actions d'une autorité autochtone respectaient ces limites, la Cour a fait preuve d'une plus grande ouverture à la culture juridique de la communauté concernée. D'abord, dans le cas des conflits de compétence, la Cour a donné une grande

importance à la volonté d'une communauté de se saisir ou non d'une affaire. Elle a également adapté l'analyse de l'élément institutionnel de manière à tenir compte de la réalité particulière des communautés autochtones se trouvant en période de réappropriation de leur culture juridique. Ensuite, dans le cadre de recours portant sur les conditions d'exercice de l'autonomie autochtone, la Cour a refusé d'appliquer littéralement les principes tirés du droit étatique pour juger de la conduite des autorités autochtones. Elle s'est plutôt astreinte à un dialogue interculturel très proche de l'herméneutique diatopique suggérée par Santos, notamment par sa reconnaissance de la validité des cultures juridiques autochtones et par sa recherche de cercle de réciprocité entre celles-ci et le droit étatique. Un exemple particulièrement intéressant de ce dialogue est la manière dont elle a concilié l'interdiction de torture du droit occidental et le recours aux sanctions physiques par certaines communautés autochtones.

En l'absence d'une loi de coordination, la Cour a dû délimiter la portée de la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone. Or, à titre de gardienne de la Constitution, elle se doit avant tout d'appliquer les principes inscrits dans le texte préparé par l'Assemblée constituante de 1991. Il n'est donc pas particulièrement surprenant que les éléments de réconciliation présents dans le texte constitutionnel, tels que la réaffirmation de la supériorité du droit étatique, se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour. Il est par contre intéressant de constater qu'en certaines occasions, la Cour est parvenue à établir un dialogue entre les cultures juridiques en présence, tendant alors vers des échanges égaux et un partage de l'autorité entre celles-ci.

## Conclusion

Pour les peuples autochtones, la préservation de leur culture juridique revêt une grande importance, tant sur le plan individuel que collectif<sup>413</sup>. Dans les sociétés issues de la colonisation, la reconnaissance des cultures juridiques autochtones par l'État est souvent présentée comme une attitude préférable aux pratiques de marginalisation et de destruction antérieures<sup>414</sup>. Cependant, le potentiel émancipateur des politiques étatiques de reconnaissance est régulièrement remis en cause<sup>415</sup>. Choisisant de ne pas préjuger des effets de la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone inscrite dans la Constitution colombienne, nous avons voulu vérifier quels types de rapport cette reconnaissance permettait d'établir entre les cultures juridiques étatique et autochtones. Pour ce faire, nous avons étudié les termes de la reconnaissance étatique établis par la Constitution, les lois et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la Colombie. Cette analyse a permis l'identification d'indicateurs des sociabilités de la réconciliation et de la convivialité, lesquels offrent plusieurs pistes de réflexion sur les effets d'une reconnaissance des cultures juridiques autochtones par l'État.

En Colombie, la sociabilité de la réconciliation se manifeste par la présence d'une volonté de réparer les torts passés, notamment en reconnaissant certains droits aux peuples autochtones, tout en reproduisant des rapports inégaux entre ces derniers et l'État. Ainsi, le texte de l'article 246 réaffirme la supériorité du droit étatique en prévoyant que l'exercice de l'autonomie judiciaire est subordonné à la Constitution et aux lois. Cette condition est également reprise dans plusieurs dispositions législatives concernant l'autonomie judiciaire autochtone. Par ailleurs, plusieurs des principes interprétatifs établis par la Cour constitutionnelle, notamment quant aux conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, témoignent de la réaffirmation de la supériorité du droit étatique. C'est le cas notamment de la condition

---

<sup>413</sup> Alfred, « Dependency », *supra* note 9 aux p. 42-43; Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p. 246.

<sup>414</sup> Voir notamment Tully, *supra* note 25.

<sup>415</sup> Voir notamment Singh, *supra* note 22 et Coulthard, *supra* note 28.

de respect des normes et procédures internes par les autorités autochtones que la Cour a interprétée comme incluant les notions de prévisibilité et de « *debido proceso* » propres au droit étatique. Il en va ainsi de l'identification d'un « noyau dur » des droits fondamentaux, dont l'universalité a été établie par la Cour en se fondant sur des instruments de droit international, à la formation desquels les autochtones n'ont pas participé. La Cour a également interprété l'article 246 de la Constitution comme permettant à l'État de restreindre l'autonomie autochtone afin de favoriser des « intérêts supérieurs » tels que la sécurité intérieure.

Non seulement les limites à l'autonomie judiciaire autochtone sont-elles fixées par le droit de l'État, elles sont également interprétées et appliquées par ses institutions. En effet, il n'existe pas en Colombie d'institution pluriculturelle pouvant trancher les conflits entre les cultures juridiques étatique et autochtones. Cette responsabilité revient donc aux institutions étatiques, soit le Conseil de la judicature et les juges constitutionnels. Ces institutions peuvent décider si une autorité autochtone a compétence sur une affaire donnée ou encore si une limite à l'autonomie autochtone peut être justifiée afin de protéger un intérêt supérieur. Or, aucune disposition constitutionnelle ou législative n'oblige les décideurs étatiques à posséder une formation sur les cultures juridiques autochtones<sup>416</sup>. Rien ne les oblige non plus à prendre en considération la perspective des communautés autochtones lorsqu'ils traitent d'une affaire les concernant. La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone est donc interprétée et mise en œuvre par des institutions étatiques monoculturelles, sans garantie d'une prise en compte effective de la perspective autochtone. Cela constitue un indicateur supplémentaire de la reproduction de rapports inégaux typiques d'une sociabilité de la réconciliation.

Néanmoins, notre analyse a également permis de mettre en lumière des indicateurs d'une sociabilité de la convivialité. Ainsi, la participation de délégués autochtones aux travaux constituants, de même que

---

<sup>416</sup> Une recherche sur le terrain auprès d'acteurs judiciaires étatiques et autochtones a permis aux auteurs Ponce et Rueda de conclure à la méconnaissance mutuelle des cultures juridiques. Les acteurs interrogés réclamaient par ailleurs davantage de formation et d'espace de concertation afin de permettre le dialogue interculturel nécessaire à la pleine réalisation de la reconnaissance de la diversité culturelle inscrite dans la Constitution de 1991. Ponce et Bravo, *supra* note 112 aux p. 128-129, 140-142.

l'inscription de plusieurs droits collectifs importants dans le texte constitutionnel, témoignent d'un processus de rééquilibrage des rapports entre l'État et les peuples autochtones. Cette participation a permis une hybridation entre l'idéologie de la modernité occidentale et d'autres façons de penser l'État, la société et le vivre-ensemble qui s'est notamment traduite par la reconnaissance des peuples autochtones comme entités politiques ayant des pouvoirs judiciaires. La réforme constitutionnelle colombienne a aussi reconnu l'importance de la diversité culturelle et la validité d'autres cultures juridiques que celle de la société majoritaire. Ces principes ont été repris dans diverses lois adoptées après 1991, notamment la *Loi 21 de 1991* approuvant la *Convention 169* de l'Organisation internationale du travail. De même, la *Loi 575 de 2000* et le *Code de l'enfant et de l'adolescent* confirment la compétence judiciaire des autorités autochtones pour traiter des affaires de violence familiale et de délinquance juvénile concernant des membres de leur communauté.

Certains indicateurs de convivialité sont également présents dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, notamment sous la forme d'une tendance aux échanges égaux. Ainsi, lorsqu'elle a eu à trancher des conflits entre les juridictions autochtone et étatique, la Cour a reconnu la validité et l'importance la perspective autochtone. La notion autochtone de territorialité a par exemple été considérée par la Cour afin de définir les critères d'établissement de la compétence judiciaire autochtone. La Cour a aussi pris en compte la manière dont les communautés autochtones conçoivent la sanction et ses objectifs de purification et de rétablissement de l'harmonie sociale, lesquels diffèrent de ceux du droit pénal étatique visant plutôt la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation<sup>417</sup>. Afin de mieux se saisir de la perspective autochtone, la Cour a notamment demandé la production de preuves anthropologiques et testimoniales. La Cour a également permis le dialogue entre les cultures juridiques étatique et autochtones en cherchant les cercles de réciprocité entre elles dans le cas d'épineuses tensions

---

<sup>417</sup> Voir Avila, supra note 83, aux p. 953-956 sur les différences entre les objectifs des cultures juridiques étatique et autochtones en matière pénale. Sur les théories de la peine portées par l'idéologie moderne occidentale, voir Margarida Garcia, « La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel » dans Richard Dubé, Margarida Garcia et Maíra Rocha Machado, dir, *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013 à la p. 51.

entre l'autonomie autochtone et certains droits individuels. La Cour a ainsi concilié le droit à la défense de l'accusé et les modes autochtones d'établissement de la culpabilité, de même que l'interdiction occidentale de la torture et l'imposition de sanctions physiques par certaines communautés autochtones.

La Cour a également fait montre d'une tendance au partage de l'autorité, notamment en confirmant l'indépendance des institutions judiciaires autochtones vis-à-vis de la structure juridique étatique et en établissant le principe de maximisation de leur autonomie. Elle a de plus reconnu les modes de preuve et de règlements des conflits autochtones, lesquels diffèrent parfois grandement de ceux prévus par l'État. Ainsi, la Cour a reconnu que diverses institutions autochtones pouvaient exercer des fonctions judiciaires, notamment les *cabildos*, les assemblées communautaires et les autorités religieuses traditionnelles, lesquelles diffèrent des institutions judiciaires étatiques par leur formation, leur fonctionnement et leur mode de décision<sup>418</sup>. En plus de reconnaître la possibilité pour les autochtones d'appliquer leur culture juridique sur leur territoire, la Cour a établi que leurs décisions judiciaires produisent des effets sur l'ensemble du territoire national. Les autorités étatiques doivent donc les respecter et leur donner effets lorsque nécessaire.

Soulignons par ailleurs que nous n'avons relevé qu'un indicateur d'une sociabilité de la violence, soit la disposition législative prévoyant l'inclusion de la juridiction autochtone à la branche judiciaire du pouvoir public, ce qui constituait une affirmation du monopole du droit par l'État. Cependant, cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle en 2008. Outre cet exemple, l'idéologie libérale moderne affirmant le monopole de l'État sur le droit n'a pas été reprise. Les textes étudiés n'indiquent pas non plus que la destruction ou la marginalisation des cultures juridiques autochtones seraient considérées comme légitime par la culture juridique dominante.

L'analyse du régime constitutionnel colombien nous a donc permis de mieux cerner les effets de la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone par l'État. Ainsi, l'identification d'éléments de

---

<sup>418</sup> Rueda, supra note 209 aux p. 344-347.

réconciliation dans le contexte colombien nous a permis de décrire certains mécanismes par lesquels la reconnaissance étatique reproduit des rapports inégaux entre les cultures dominante et subalterne. Dans un second temps, cette analyse a mis en lumière des indicateurs d'une sociabilité de la convivialité entre ces cultures. Or, cela n'est pas négligeable, dans un contexte où il paraît parfois difficile d'imaginer une avenue plus positive que la réconciliation dans les rapports entre l'État et les peuples autochtones. Ainsi, Santos souligne la difficulté pour les traditions critiques occidentales d'imaginer la fin du colonialisme, en même temps qu'elle la désire et en postule la nécessité absolue pour rendre acceptable la situation d'une forte proportion de l'humanité<sup>419</sup>. Afin de dépasser cette aporie, Santos suggère « que ce n'est pas d'alternatives dont nous avons besoin mais de penser de façon alternative les alternatives existantes »<sup>420</sup>.

En introduction, nous avons souligné qu'un des intérêts d'étudier l'expérience colombienne résidait dans le fait d'inverser le sens habituel des contributions intellectuelles afin de faire connaître et de valoriser une expérience du Sud. Ainsi, nous croyons que l'exemple colombien pourrait notamment inspirer les peuples autochtones et l'État canadien afin d'imaginer des rapports de convivialité entre leurs cultures juridiques respectives. Au Canada, il n'y a aujourd'hui aucune reconnaissance des cultures juridiques autochtones comparable à celle inscrite dans la Constitution colombienne. En effet, bien que plusieurs peuples autochtones du Canada conservent une culture juridique distincte<sup>421</sup>, l'État canadien a reconnu l'autonomie judiciaire autochtone de manière variable et surtout limitée. Outre certains pouvoirs réglementaires octroyés aux Conseils de bande autochtones par la *Loi sur les Indiens*<sup>422</sup>, seules les nations autochtones ayant conclu des ententes d'autonomie gouvernementale avec l'État ont obtenu le pouvoir

---

<sup>419</sup> Santos souligne ainsi que pour la pensée critique occidentale « il est aussi difficile d'imaginer la fin du colonialisme que d'imaginer que le colonialisme n'ait pas de fin. » Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 aux p. 25-27.

<sup>420</sup> Santos, « Épistémologies », *supra* note 15 à la p. 21.

<sup>421</sup> Voir généralement John Borrows, *Canada's Indigenous constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010. et Hadley Friedland, « IBA Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report », Indigenous Law Research Unit, University of Victoria, 4 février 2014.

<sup>422</sup> Loi sur les Indiens, LR C 1985, c I-5, art. 81(1).

d'adopter des lois et de les appliquer<sup>423</sup>. Or, seules dix-huit nations autochtones sont visées par ces ententes conclues depuis le début du processus de négociation en 1973<sup>424</sup>. De plus, les compétences législatives et judiciaires prévues à ces ententes se limitent à certaines matières, notamment culturelles, sociales, familiales, fiscales et territoriales<sup>425</sup>. D'autres matières sont expressément exclues des négociations, dont le droit criminel<sup>426</sup>. De plus, la conclusion d'une telle entente a un coût important pour la partie autochtone, puisqu'elle entraîne l'extinction des droits qui n'y sont pas expressément prévus<sup>427</sup>.

Compte tenu de la reconnaissance limitée des cultures juridiques autochtones au Canada, l'étude de l'expérience colombienne nous paraît utile à au moins deux égards. D'abord, elle permet de constater qu'une reconnaissance s'appliquant à toutes les communautés autochtones et ne comportant pas de limite matérielle est possible et durable – les autorités judiciaires autochtones exerçant leur compétence avec l'appui et la reconnaissance de l'État colombien depuis près de 25 ans. Ensuite, elle permet l'identification de certains éléments favorisant le dialogue interculturel ou qui y nuisent. Ainsi, la reconnaissance constitutionnelle colombienne de l'autonomie judiciaire autochtone nous paraît constituer une de ces expériences que Santos appelle à penser autrement et qu'il importe de mettre en valeur. Nous ne proposons pas de transformer directement l'expérience colombienne à d'autres pays, dont le Canada, mais plutôt d'y puiser une inspiration permettant de réfléchir aux manières dont l'État peut contribuer à valoriser et à respecter les cultures juridiques autochtones.

---

<sup>423</sup> Voir généralement Ghislain Otis, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54 *R.D. McGill* 237.

<sup>424</sup> Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Revendications globales*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030577/1100100030578>>.

<sup>425</sup> Geneviève Motard et Ghislain Otis, « Le dépassement du territoire dans les ententes d'autonomie gouvernementale autochtone au Canada » dans Marie Salaün, Natacha Gagné et Martin Thibault, dir, *Autochtonies. Vues de France et du Québec*, coll. Mondes autochtones, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 129.

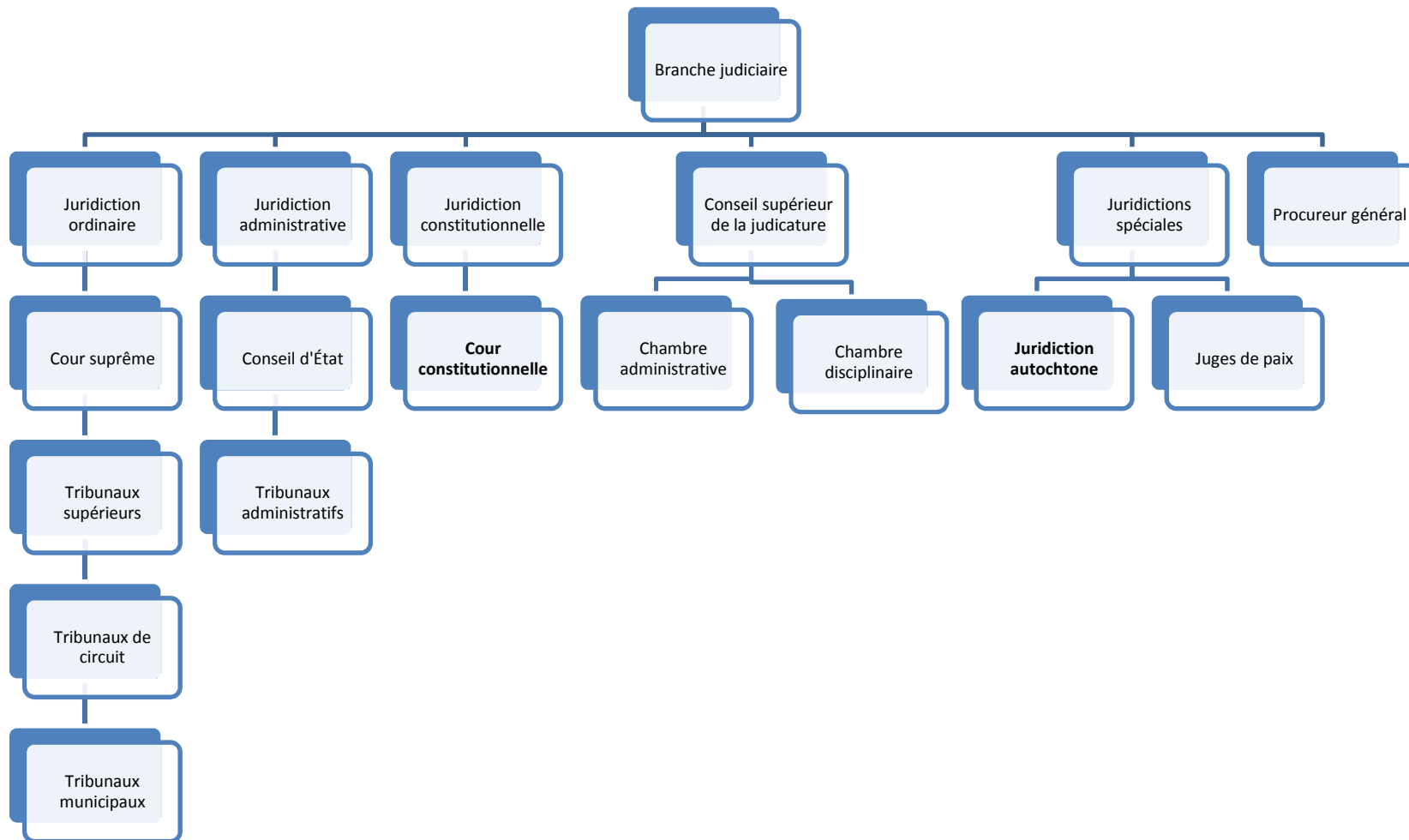
<sup>426</sup> Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844> >.

<sup>427</sup> Grammond, *Aménager*, *supra* note 63 à la p. 255.

## Annexe 1 — Dimensions et indicateurs des sociabilités de la violence, de la réconciliation et de la convivialité

Dimensions	Indicateurs
<b>Sociabilité de la violence</b>	
Culture dominante revendique le contrôle de la zone de contact	Monisme
	Centralisme
	Positivisme
Culture dominante considère légitime de détruire ou de marginaliser les cultures subalternes	Justice autochtone non reconnue, voire interdite
	Reconnaissance limitée de la justice autochtone par délégation de pouvoirs
	Politiques étatiques d’extinction des droits collectifs
	Politiques étatiques d’assimilation des individus autochtones
<b>Sociabilité de la réconciliation</b>	
Réparation des torts passés	Reconnaissance de droits collectifs
	Excuses publiques – reconnaissance des torts passés
	Reconnaissance de l’autonomie
	Versements d’indemnités
Reproduction des rapports inégaux	Réaffirmation de la supériorité de la culture dominante
	Limites de la compétence autochtone établie par le droit étatique
	Exercice de l’autonomie autochtone contrôlée par les institutions étatiques
	Conflits internormatifs tranchés par institution monoculturelle
<b>Sociabilité de la convivialité</b>	
Tendance aux échanges égaux	Pratiques d’hybridité vertueuse
	Reconnaissance de la diversité des visions du monde
	Reconnaissance de l’égale validité des cultures
	Reconnaissance de l’imperfection et incomplétude de chaque culture
	Recherche des cercles de réciprocité les plus larges possible
Tendance au partage de l’autorité	Institution décisionnelle formée de membres issus des diverses cultures
	Possibilité pour chaque culture d’utiliser son langage
	Reconnaissance de la validité de différents types de preuves
	Reconnaissance des effets des décisions rendues par des institutions d’une autre culture

## Annexe 2 – Organigramme du système judiciaire colombien<sup>428</sup>



<sup>428</sup> Rama Judicial, República de Colombia, Organigrama, en ligne : <<http://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/organigrama>> [notre traduction]

## Bibliographie

### Articles de périodiques

Alfred, Gerald Taiaiake, « Colonialism and State Dependency » (2009) *Journal de la santé autochtone* 42.

Anghie, Anthony, « The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities » (2006) 27:5 *Third World Quarterly* 739.

Assies, Willem, « Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos » (2009) 85-86 *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 89.

Avila Ordóñez, Maria Paz, « El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos » (2013) 28:4 *American University International Law Review* 943.

Barreto, José-Manuel, « Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice » (2014) 21:2 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 395.

Belanger, Yale D., « The Six Nations of Grand River Territory's Attempts at Renewing International Political Relationships, 1921-1924 » (2007) 13:3 *Canadian Foreign Policy Journal* 29.

Bellier, Irène, « Les peuples autochtones aux Nations Unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales » (2012) 54:1 *Critique internationale* 61.

Benavides Vanegas, Farid Samir, « Indigenous Resistance and the Law » (2012) 39:182 *Latin American Perspectives* 61.

Castro, Jorge, « Los derechos humanos y la Jurisdicción Especial Indígena » (2010) 2:3 *Criterio Jurídico Garantista* 114.

Cayón, Luis, « Plans de vie et gestion du monde. Cosmopolitique autochtone du développement en Amazonie colombienne » (2012) 42:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* 63.

Cepeda-Espinosa, Manuel José, « Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court », (2004) 3 *Washington University Global Studies Law Review* 529.

Chandler, Michael J. et Christopher Lalonde, « Cultural Continuity as a Hedge against Suicide in Canada's First Nations » (1998) 35 *Transcultural Psychiatry* 191.

Churchill, Ward, « Colonialism as 'Self-Determination' in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (2011) 20:3 *Griffith Law Review* 526.

Clavero, Bartolomé, « Nación y naciones en Colombia entre constitución, concordato y un convenio » (2011) 41 *Revista de Historia del Derecho* 79.

Corntassel, Jeff, « Partnership in Action? Indigenous Political Mobilization and Co-optation During the First UN Indigenous Decade (1995–2004) » (2007) 29 *Human Rights Quarterly* 137.

Cruz Rodríguez, Edwin, « Fundamentos normativos para las políticas públicas interculturales » (2013) 3:5 *Revista Perspectivas de Políticas Públicas* 121.

Gathii, James Thuo, « Imperialism, Colonialism and International Law » (2007) 54:4 *Buffalo Law Review* 1013.

Gómez Isa, Felipe, « Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights » (2014) 36:4 *Human Rights Quarterly* 722.

Henderson, Jennifer et Pauline Wakeham, « Colonial Reckoning, National Reconciliation?: Aboriginal Peoples and the Culture of Redress in Canada » (2009) 35:1 *English Studies in Canada* 1.

Lamprea, Everaldo, « When Accountability Meets Judicial Independence: A Case Study of the Colombian Constitutional Court's Nominations » (2010) 10:1 *Global Jurist* 1.

Macdonald, Roderick A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-2003) 33 *R.D.U.S.* 135.

Panikkar, Raimon, « Is the Notion of Human Rights a Western Concept ? » (1982) 30 *Diogenes* 75.

Piñeros, Marion, Diego Rosselli et Claudia Calderon, « An epidemic of collective conversion and dissociation disorder in an indigenous group of Colombia: its relation to cultural change » (1998) 46:11 *Social Science & Medecine* 1425.

Otis, Ghislain, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54 *R.D. McGill* 237.

Otis, Ghislain, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2009) 39 :1-2 *Recherches amérindiennes au Québec* 99.

Roy, Alpana, « Postcolonial Theory and Law: A Critical Introduction » (2008) 29 *Adel. L. Rev.* 315.

Rueda Carvajal, Carlos Eduardo, « El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación » (2008) 10:1 *Estud. Socio-Juríd.* 339.

Santos, Boaventura de Sousa, « Épistémologies du Sud » (2011) 1 :187 *Études rurales* 21.

Santos, Boaventura de Sousa, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme » (1997) 35 *Droit et Société* 79.

Schavelzon, Salvador, « Cosmopolitique constituante en Bolivie : la Constitution "ouverte" et le surgissement de l'État plurinational » (2012) 42:2-3 *Recherches amérindiennes au Québec* 79..

Van Cott, Donna Lee, « Latin America's Indigenous Peoples » (2007) 18:4 *Journal of Democracy* 127.

Van Cott, Donna Lee, « Unity through diversity: Ethnic politics and democratic deepening in Colombia » (1996) 2:4 *Nationalism and Ethnic Politics* 523.

### Articles publiés dans des ouvrages collectifs

Abdelhamid, Hassan, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 135.

Coulthard, Glen S., « Subjects of empire: Indigenous peoples and the "Politics of Recognition" in Canada » dans May Chazan et al, dir, *Home and Native Land. Unsettling Multiculturalism in Canada*, Toronto, Between the Lines, 2011, 31.

García Villegas, Mauricio et César Rodríguez, « La acción de tutela » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 1, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 423.

Garcia, Margarida, « La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel » dans Richard Dubé, Margarida Garcia et Maíra Rocha Machado, dir, *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 37.

Lawrence, Bonita, « Rewriting Histories of the Law: Colonization and Indigenous Resistance in Eastern Canada » dans Sherene H. Razack, dir, *Race, Space, and the Law. Unmapping a White Settler Society*, Between the Lines, Toronto, 2002, 21.

Morse, Bradford W., « Indigenous law and state legal systems: conflict and compatibility » dans Bradford W. Morse et Gordon R. Woodman (dir), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1988, 101.

Motard, Geneviève et Ghislain Otis, « Le dépassement du territoire dans les ententes d'autonomie gouvernementale autochtone au Canada » dans Marie Salaün, Natacha Gagné et Martin Thibault, dir, *Autochtonies. Vues de France et du Québec*, coll. Mondes autochtones, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, 129.

Otis, Ghislain, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Khartala, 2012, 9.

Rathgeber, Theodor, « Indigenous Struggles in Colombia : Historical Changes and Perspectives » dans Nancy Postero et Leon Zamosc, dir, *The Struggles for Indigenous Rights in Latin America*, Brighton, Sussex Academic Press, 2006, 105.

Sánchez Botero, Esther, « Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 159.

Sánchez, Beatriz E., « El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 5.

Santos, Boaventura de Sousa et Mauricio García Villegas, « Colombia : el revés del contrato social de la modernidad » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 1, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 11.

Santos, Boaventura de Sousa et Mauricio García Villegas, « La justicia multicultural. Introducción » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 3.

Santos, Boaventura de Sousa, « El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 201.

Singh, Jakeet, « Recognition and Self-Determination. Approaches from Above and Below » dans Avigail Eisenberg et al, dir, *Recognition versus Self-Determination. Dilemmas of Emancipatory Politics*, UBC, Vancouver, 2014, 47.

Uprimny Yepes, Rodrigo, « Las transformaciones de la administración de la justicia en Colombia » dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 261.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, « Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en la políticas indígenas y el constitucionalismo andino » dans M. Berraondo, dir, *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, 537.

## Ouvrages collectifs

Henderson, Jennifer et Pauline Wakeham, dir, *Reconciling Canada. Critical perspectives on the culture of redress*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

Otis, Ghislain et al, dir, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010.

Santos, Boaventura de Sousa et Mauricio García Villegas, dir, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001.

## Monographies

Anaya, James, *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2004.

Bonilla Maldonado, Daniel, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006.

Borrows, John, *Canada's Indigenous constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010

Galeano, Eduardo, *Mémoire du feu*, Lux, Montréal, 2013.

Grammond, Sébastien, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant-Yvon Blais, 2003.

Grammond, Sébastien, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013.

Kanapé Fontaine, Natasha, *Manifeste Assi*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2014.

Lafargue, Régis, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, 2010.

Morse, Bradford W. et Gordon R. Woodman, *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris, 1988.

Quinche Ramirez, Manuel Fernando, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, 3<sup>e</sup> éd., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.

Santos, Boaventura de Sousa, *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization, And Emancipation*, 2e éd., Londres, Butterworths – Lexis Nexis, 2002.

Tully, James, *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1999.

## Conférences

Alfred, Gerald Taiaiake, « The Idea of Resurgence in Contemporary Indigenous Writing », École d'été Expressions de la décolonisation, présentée à Université de Montréal, 11 juillet 2014 [non publiée].

Lemaitre, Julieta, « *The Peace at Hand: War and Peace in Colombia's 1991 Constituent Assembly* », *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, présentée à Mexico, 7-10 juin 2012, en ligne : < <http://www.law.yale.edu/intellecualife/15463.htm> >.

## Rapports

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844> >.

Commission mondiale sur l'environnement et le développement, « Notre avenir à tous » (1987), en ligne : < [www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/5/rapport\\_brundtland.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/5/rapport_brundtland.pdf) >.

Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli Corpuz, A/HRC/27/52*, Doc off HRC NU, 27<sup>e</sup> session, Doc NU A/HRC/27/52 (2014).

Departamento administrativo nacional de estadística, « Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica », (2007), en ligne : < [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf) >.

Friedland, Hadley, « IBA Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report », Indigenous Law Research Unit, University of Victoria, 4 février 2014

Ponce Bravo, German Ernesto et Carlos Eduardo Rueda Carvajal, « ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional » (2010), Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, Colombie.

## Sites web

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Revendications globales*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030577/1100100030578> >.

Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, *Premières Nations*, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013791/1100100013795#> >.

Banco Interamericano de Desarrollo, *Banco de Datos de Legislación Indígena*, en ligne : < <http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/index.cfm?lang=es> >.

Congreso visible, *Proyecto de ley « Por lo medio de lo cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución política de Colombia y se dictan otras disposiciones »*, en ligne < <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/5645/#>>.

Corte constitucional, *Magistrados Actuales*, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/magistrados.php>>.

Corte constitucional, *Relatoría*, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>>.

Ministerio del Interior, *Cabildo indígena*, en ligne : <<http://www.mininterior.gov.co/content/cabildo-indigena>>.

Organisation internationale du travail, *Ratifications de C169 — Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989*, en ligne : <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO)>.

Rama Judicial, República de Colombia, *Organigrama*, en ligne : <<http://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/organigrama>>.

## Législation

Acuerdo 05 de 1992, « Reglamento interno », Sala Plena, Corte Constitucional, 15 octubre 1992, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/reglamento.php>>.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Constitución política de Colombia, 1991, en ligne : < <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>>.

Decreto 2164, « Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional », Colombie, 7 décembre 1995.

Decreto 2591, « Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política », Colombie 19 novembre 1991.

Ley 1098, « Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia » Congreso nacional, Colombie, 8 novembre 2006.

Ley 1257, « Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones », Congreso nacional, Colombie, 4 décembre 2008.

Ley 21, « Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 », Congreso nacional, Colombie, 4 mars 1991.

Ley 270, « Estatuaria de la administración de justicia », Congreso nacional, Colombie, 7 mars 1996.

Ley 575, « Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996 », Congreso nacional, Colombie, 11 février 2000.

Ley 89 « Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada », Congreso nacional, Colombie, 25 novembre 1890.

Ley 906, « Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal », Congreso nacional, Colombie, 31 août 2004.

Loi sur les Indiens, LR C 1985, c I-5.

Nueva Constitución Política Del Estado, Bolivie, 2009.

## Jurisprudence

Sentencia C-127/03, Corte Constitucional, Sala Plena, 18 février 2003, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-127-03.htm>>.

Sentencia C-139/96, Corte Constitucional, Sala Plena, 9 avril 1996, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>>.

Sentencia C-370/02, Corte Constitucional, Sala Plena, 14 mai 2012, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>>.

Sentencia C-463/14, Corte Constitucional, Sala Plena, 9 juillet 2014, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-463-14.htm>>.

Sentencia C-713/08, Corte Constitucional, Sala Plena, 15 juillet 2008, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-713-08.htm> >.

Sentencia SU-510/98, Corte Constitucional, Sala Plena, 18 septembre 1998, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>>.

Sentencia T-002/12, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 11 janvier 2012, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm>>.

Sentencia T-009/07, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 19 janvier 2007, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-009-07.htm>>.

Sentencia T-048/02, Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 31 janvier 2002, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-048-02.htm>>.

Sentencia T-097/12, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 16 février 2012, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-097-12.htm>>.

Sentencia T-098/14, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 20 février 2014, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-098-14.htm>>.

Sentencia T-1022/01, Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 20 septembre 2001, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1022-01.htm>>.

Sentencia T-1026/08, Corte Constitucional, Sala Sexta, 17 octobre 2008, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1026-08.htm>>.

Sentencia T-1238/04, Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, 12 décembre 2014, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1238-04.htm>>.

Sentencia T-1294/05, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 7 décembre 2005, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1294-05.htm>>.

Sentencia T-239/02, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 5 avril 2002, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-239-02.htm>>.

Sentencia T-254/94, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 30 mai 1994, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-254-94.htm>>.

Sentencia T-266/99, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 19 avril 1999, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-266-99.htm>>.

Sentencia T-349/96, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 8 août 1996, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm> >.

Sentencia T-454/13, Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 15 juillet 2013, en ligne : < <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-454-13.htm>>.

Sentencia T-496/96, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 26 septembre 1996, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>>.

Sentencia T-523/97, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 15 octobre 1997, en ligne : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>>.

Sentencia T-552/03, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, 10 juillet 2003, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>>.

Sentencia T-617/10, Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 5 août 2010, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>>.

Sentencia T-617a/98, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, 13 novembre 1998 en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-667A-98.htm>>.

Sentencia T-659/13, Corte Constitucional, Sala de Selección Número Nueve, 23 septembre 2013, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-659-13.htm>>.

Sentencia T-728/02, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 5 septembre 2002, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-728-02.htm>>.

Sentencia T-903/09, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 4 décembre 2009, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-903-09.htm>>.

Sentencia T-921/13, Corte constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, 5 décembre 2013, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>>.

Sentencia T-934/99, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 19 novembre 1999, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-934-99.htm>>.

Sentencia T-945/07, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 8 novembre 2007, en ligne : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-945-07.htm>>.

### Textes internationaux

Organisation des Nations Unies, *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. AG/61/295, 107<sup>e</sup> séance plénière, 13 septembre 2007.

Organisation internationale du travail, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 27 juin 1989, en ligne : <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169)> [Convention 169].

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, Declaration of Quito, Juillet 1990, Quito, Équateur, en ligne : < <http://www.nativeweb.org/papers/statements/quincennial/quito.php>>.

### Journaux

« Rechazan castigo con cepo a niña indígena », *El Tiempo* (23 juin 2006), en ligne : *El Tiempo* <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2077550>>.

«C. Constitucional ordena traducción de sentencias a lenguas nativas de comunidades indígenas » *RCN La Radio* (23 avril 2015), en ligne : *RCN La Radio* < <http://www.rcnradio.com/noticias/c-constitucional-ordena-traduccion-de-sentencias-leguas-nativas-de-comunidades-indigenas>>.

Pilar Salcedo J., « El cepo en indígenas ¿castigo o tortura? », *La Tarde* (22 mai 2014), en ligne : *La Tarde* <<http://www.latarde.com/historico/46984-el-cepo-en-indigenas-icastigo-o-tortura>>.