

La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie: entre réconciliation et convivialité

Charlotte Chicoine-Wilson

DANS PLUSIEURS SOCIÉTÉS ISSUES de la colonisation, la validité des cultures juridiques autochtones est niée. 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 cette réforme. Pour cet exercice de qualification, 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 judiciaires 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 étatiques et autochtones.

MANY SOCIETIES FOUNDED UPON colonization deny the validity of Indigenous legal cultures. Moving away from that state of denial, Colombia is among the few States which have constitutionally recognized the judicial autonomy of Indigenous peoples. We studied Colombia's legal and constitutional instruments, as well as the Constitutional Court's decisions, in order to qualify the relations between State law and Indigenous justice since the constitutional reform. We used an analytical framework inspired by Boaventura de Sousa Santos's typology of sociabilities. As the constitutional recognition made possible the dialog between state and Indigenous judicial institutions, we were able to identify examples of conviviality. However, many examples of reconciliation are also present, as the Colombian State has granted to its own institutions the authority to control the Indigenous peoples' exercise of the judicial autonomy. The State is thus perpetuating past power imbalances between the State and Indigenous legal cultures.

TABLE DES MATIÈRES

La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie :
entre réconciliation et convivialité

Charlotte Chicoine-Wilson

- I. Introduction **451**
 - A. La lutte des peuples autochtones pour la préservation de leurs cultures juridiques **451**
 - B. La reconnaissance étatique des cultures juridiques autochtones **453**
 - C. La typologie des sociabilités de Boaventura de Sousa Santos **455**
 - 1. La sociabilité de la coexistence **456**
 - 2. La sociabilité de la violence **457**
 - 3. La sociabilité de la réconciliation **459**
 - 4. La sociabilité de la convivialité **460**
- II. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones en Colombie **463**
 - A. Le droit colombien et l'autonomie judiciaire autochtone avant 1991 **463**
 - B. La réforme constitutionnelle de 1991 **466**
 - C. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones depuis 1991 **469**
- III. La Cour constitutionnelle à l'interface des cultures juridiques étatique et autochtones **475**
 - A. Le système de contrôle constitutionnel **475**
 - B. Le champ d'application de l'autonomie judiciaire autochtone **477**
 - 1. La nature et les effets de la reconnaissance constitutionnelle **477**
 - 2. Les éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone **481**
 - a. L'élément territorial **483**
 - b. L'élément personnel **484**
 - c. L'élément institutionnel **487**
 - d. L'élément objectif **490**
 - C. Les conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone **492**

1. La condition de conformité avec les normes et procédures internes **492**
 2. La condition de conformité avec la Constitution et les lois **496**
 - a. Le noyau dur des droits de la personne **496**
 - b. Les autres droits fondamentaux **499**
- IV. Conclusion **500**

La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie: entre réconciliation et convivialité

Charlotte Chicoine-Wilson*

I. INTRODUCTION

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

Malgré la violence de la colonisation et de ses mécanismes de déstructuration sociale, plusieurs peuples autochtones conservent à ce jour une culture juridique distincte de celle de l'État¹. La résistance des peuples autochtones aux tentatives des puissances coloniales d'annihiler leur capacité à se gouverner eux-mêmes, y compris en matière de justice²,

* Charlotte Chicoine-Wilson est avocate et a axé sa pratique vers le soutien aux peuples autochtones. Elle a également complété une maîtrise en droit portant sur la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire des peuples autochtones en Colombie, sous la supervision du professeur Ghislain Otis, à l'Université d'Ottawa.

Remerciements: cet article est tiré de recherches effectuées dans le cadre de ma maîtrise, durant laquelle j'ai reçu le soutien précieux de mon superviseur Ghislain Otis, mais également des professeurs Sophie Thériault et Sébastien Grammond. Ma gratitude s'étend également à mes collègues Olfa Labassi, Thomas Burelli et Olivier Courtemanche, grâce auxquels j'ai pu travailler, réfléchir et évoluer dans la convivialité. Je remercie également les deux évaluateurs anonymes dont les commentaires pertinents m'ont permis d'améliorer cet article et surtout de nourrir ma réflexion.

- 1 Nous reprenons la définition proposée par Ghislain Otis, selon laquelle une culture juridique est «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». Voir Ghislain Otis, «Cultures juridiques et gouvernance: cadre conceptuel» dans Ghislain Otis et al, dir, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone: présentation générale d'une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010 aux pp 4-5.
- 2 Boaventura de Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2^e éd, Londres, Butterworths LexisNexis, 2002 à la p 238 [Santos, *Common*

se traduit aujourd'hui par la persistance d'une pluralité de cultures juridiques au sein d'États issus de la colonisation. Boaventura de Sousa Santos souligne ainsi à juste titre que «[i]n practice the state never achieved the monopoly of law»³, et ce malgré les postulats monistes de la société dominante selon lesquels il n'existerait pas d'autre droit que celui produit par l'État⁴.

La coexistence des cultures juridiques autochtones et étatiques demeure néanmoins problématique, la plupart des peuples autochtones vivant encore une situation de subordination vis-à-vis de l'État⁵. Refusant l'inertie, les peuples autochtones se mobilisent 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 régionales⁶. 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, y compris en matière de justice. En Colombie, cette mobilisation s'est notamment traduite par la reconnaissance de plusieurs droits aux peuples autochtones, dont celui d'exercer

Sense]. Ce fut le cas en Colombie, où les peuples autochtones ont toujours résisté à la colonisation, à la dépossession et à l'assimilation: 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, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, vol 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 5 aux pp 13, 17 [Sánchez, «Multiculturalismo»]; Theodor Rathgeber, «Indigenous Struggles in Colombia: Historical Changes and Perspectives» dans Nancy Grey Postero et Leon Zamosc, dir, *The Struggles for Indigenous Rights in Latin America*, Brighton, Sussex Academic Press, 2006, 105 [Rathgeber].

3 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 67.

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

5 Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones*, Victoria Tauli Corpuz, Doc off AG NU, 27^e sess, Doc NU A/HRC/27/52 (2014) aux para 34–36. Sur la difficile relation entre les cultures juridiques autochtones et étatiques, 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.

6 James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2004, aux pp 219–231, 253–257 [Anaya]; 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 *Hum Rts Q* 722 aux pp 735–37 [Gómez].

des fonctions judiciaires sur leur territoire, lors de la réforme constitutionnelle de 1991⁷.

B. La reconnaissance étatique des cultures juridiques autochtones

Plusieurs chercheurs et chercheuses ont souligné l'importance de la préservation des cultures pour les individus et les collectivités⁸, certains affirmant la nécessité de leur reconnaissance par l'État⁹. 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 autochtones¹⁰. Selon 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»¹¹.

La reconnaissance étatique, et particulièrement celle des droits des peuples autochtones, fait néanmoins l'objet de nombreuses critiques¹². En effet, bien que cette reconnaissance puisse constituer une amélioration

7 La Colombie est le premier des États andins à avoir reconnu constitutionnellement les cultures juridiques autochtones. Elle fut suivie par le Pérou, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela. Raquel Yrigoyen Fajardo, «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en la políticas indigenistas y el constitucionalismo andino» dans Mikel Berraondo, dir, *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, 561 à la 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 (Équateur); Nueva Constitución Política Del Estado, Bolivie, (octobre 2008) art 30(2), al 14.

8 Santos, *Common Sense*, supra note 2 à la p 246; Gerald Taiaiake Alfred, «Colonialism and State Dependency» (2009) 5:2 *J santé autochtone* aux pp 42-43; Michael J Chandler et Christopher Lalonde, «Cultural Continuity as a Hedge Against Suicide in Canada's First Nations» (1998) 35:2 *Transcultural Psychiatry* 191; 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 & Medicine* 1425.

9 Voir notamment les travaux de James Tully discutés ci-dessous.

10 James Tully considère le cas des peuples autochtones comme l'exemple par excellence des revendications culturelles au sein des États modernes. Voir James Tully, *Une étrange multiplicité: le constitutionalisme à une époque de diversité*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999 à la p 3 [Tully].

11 *Ibid* à la p 29.

12 Gerald Taiaiake Alfred et Erin Michelle Tomkins, «The Politics of Recognition: A Colonial Groundhog Day» (25 août 2010), *Chiefs of Ontario*, en ligne: <www.academia.edu/12728446/The_Politics_of_Recognition_A_Colonial_Groundhog_Day>.

en comparaison aux politiques d'assimilation, d'exclusion et de dépossession, elle demeure pour plusieurs insuffisante¹³. Tully lui-même souligne le caractère problématique de la reconnaissance constitutionnelle des revendications autochtones, lorsque ces dernières sont incluses dans les institutions dominantes sans

[r]emise 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 elles¹⁴.

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 colonial¹⁵. Selon Coulthard, «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»¹⁶.

Le fait que la reconnaissance s'inscrive le plus souvent dans une logique «par le haut» est également perçue comme problématique¹⁷. Selon Jakeet Singh, une telle reconnaissance «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»¹⁸. Cette reconnaissance avant tout symbolique est critiquée, notamment parce qu'elle ne tient pas compte des intérêts et des enjeux propres aux populations marginalisées¹⁹. De plus,

13 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 pp 35–36 [Coulthard].

14 Tully, *supra* note 10 à la p 51.

15 Coulthard, *supra* note 13 aux pp 31–32.

16 *Ibid* à la p 46.

17 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*, Vancouver, UBC Press, 2014, 47 aux pp 47–74 [Singh].

18 *Ibid*.

19 Singh souligne ainsi «[e]lites are often so far removed from subalternized peoples and marginalized populations that the interests and perspectives of the latter are routinely

au-delà de ses effets esthétiques, elle ne remet pas en cause les inégalités matérielles — la distribution des richesses demeure donc inéquitable²⁰.

Finalement, dans le cas particulier 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 s'accompagne généralement du contrôle étatique de l'exercice par les institutions autochtones de leurs fonctions judiciaires²¹. Les membres des communautés autochtones peuvent alors demander aux tribunaux étatiques de réviser les décisions des institutions autochtones et remettre ainsi en cause le pouvoir et l'autorité de ces dernières²².

C. La typologie des sociabilités de Boaventura de Sousa Santos

Malgré la pertinence des critiques formulées à l'égard de la reconnaissance étatique, nous ne souhaitons pas présumer que celle-ci ne puisse pas avoir d'effets positifs pour les peuples autochtones concernés. Selon le sociologue Boaventura de Sousa Santos, il importe en effet de ne pas essentialiser le droit étatique ni de préjuger de ses effets²³. Par conséquent, nous avons voulu vérifier quels types de rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones sont engendrés par la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie.

À cette fin, nous avons étudié la Constitution colombienne de 1991 et la jurisprudence subséquente de la Cour constitutionnelle à l'aune de la typologie des sociabilités élaborée par Santos dans son ouvrage *Towards a New Legal Common Sense*²⁴. Ce cadre analytique permet de décrire la rencontre de différentes visions du monde au sein d'espaces décrits comme des zones de contact, soit des « social fields in which different normative life worlds meet and clash »²⁵.

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

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.

20 *Ibid*.

21 Esther Sánchez Botero, «Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas» dans Santos et García, *supra* note 2 aux pp 165, 183 [Botero, «Aproximación»].

22 *Ibid* à la p 186.

23 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 467.

24 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 473.

25 *Ibid* à la p 472.

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 différentes visions du monde. Ces rapports sont parfois particulièrement asymétriques—par exemple lorsque les conceptions autochtones de la justice rencontrent celles portées par la culture dominante²⁶.

Nous nous intéressons ici à 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 les rapports qui s'y développent.

Les rapports se nouant dans les zones de contact peuvent s'inscrire dans une logique hégémonique 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 inclusives. 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: coexistence, violence, réconciliation et convivialité²⁷.

1. *La sociabilité de la coexistence*

Dans le cadre de la sociabilité de la coexistence, ni les échanges ni l'hybridité ne sont favorisés, quand ils ne sont pas simplement interdits²⁸. 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-ci²⁹. Notre étude portant sur les interactions entre les cultures juridiques étatique et autochtones, cette sociabilité ne fera pas partie de notre cadre analytique. Cela ne signifie pas qu'il soit impossible de trouver des exemples de coexistence entre les cultures juridiques étatiques et

26 *Ibid.*

27 *Ibid* aux pp 473–74.

28 *Ibid.*

29 *Ibid* à la p 473. L'idée d'apartheid utilisée par Santos renvoie à l'absence de contact entre les cultures, plutôt qu'à la subordination d'une culture par une autre.

autochtones en Colombie³⁰. Cependant, nous nous intéressons ici au régime juridique étatique entourant l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, lequel suppose un niveau d'interactions ne correspondant pas à la sociabilité de la coexistence.

2. La sociabilité de la violence

La sociabilité de la violence est ouvertement hégémonique, puisque caractérisée par la présence d'une culture dominante prétendant contrôler complètement la zone de contact³¹. Pour maintenir ce contrôle, la culture dominante n'hésitera pas à agir de manière à détruire ou à marginaliser les cultures non dominantes³². 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»³³. Ces processus de suppression, de dévalorisation et de marginalisation d'univers symboliques, de savoirs et de traditions relèvent de l'ethnocide et de l'épistémicide³⁴.

Nous avons choisi de ne pas exclure *a priori* la possibilité que la sociabilité de la violence se manifeste dans les rapports étudiés, bien que la reconnaissance par l'État de l'autonomie judiciaire autochtone semble éloignée des pratiques hégémoniques caractérisant une telle sociabilité. En effet, il est possible que le législateur ou les juges reproduisent parfois des pratiques de violence, réaffirmant par exemple le monopole de l'État sur la production et l'application du droit.

La sociabilité de la violence 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

30 Soulignons toutefois que la sociabilité de la coexistence 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. Il pourrait néanmoins 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.

31 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 473.

32 *Ibid.*

33 Boaventura de Sousa Santos, «Épistémologies du Sud» (2011) 187 *Études rurales* 21 à la p 34 [Santos, «Épistémologies»].

34 Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, «Colombia: el revés del contrato social de la modernidad» dans Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas, dir, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, vol 1, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, 11 à la p 18 [Santos et García, «Colombia»].

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)³⁵.

Ces trois postulats servent à affirmer et à justifier le contrôle du droit étatique dans la zone de contact. Se faisant, le droit étatique refuse de partager le contrôle de la zone de contact avec d'autres cultures juridiques³⁶.

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 autochtones³⁷. La destruction de ces cultures passera quant à elle par l'interdiction pure et simple de certaines pratiques normatives autochtones³⁸. 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, tout en considérant détenir le monopole de l'autorité juridique, l'État peut décider d'octroyer certains pouvoirs judiciaires aux peuples autochtones—comme il le ferait avec n'importe quelle institution étatique qui lui est subordonnée³⁹. Une telle délégation ne rend pas

35 Roderick A Macdonald, «L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées» (2003) 33 RDUS à la p 135 [Macdonald].

36 Maria Paz Avila Ordóñez, «El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos» (2013) 28:4 Am U Intl L Rev 943 à la p 946 [Avila].

37 Bradford W Morse et Gordon R Woodman, «Introductory Essay: The State's Options» dans Morse et Woodman, *supra* note 5 aux pp 8–9 [Morse et Woodman, «Introductory Essay»]; voir également *ibid.*

38 Morse et Woodman «Introductory Essay», *supra* note 37.

39 *Ibid* à la p 18.

compte de la validité extra-étatique des cultures juridiques autochtones, sans compter qu'elle offre à cette dernière une bien faible protection⁴⁰.

3. *La sociabilité de la réconciliation*

La réconciliation est décrite par Santos comme une sociabilité tournée vers le passé⁴¹. Il s'agit en effet d'une sociabilité au sein de laquelle les acteurs tentent de réparer les torts causés dans un passé marqué par une sociabilité de la violence⁴². 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 par la réaffirmation des intérêts de la culture dominante⁴³. 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 pour autant transformer les rapports de pouvoir profondément inégaux entre la société majoritaire et les peuples autochtones⁴⁴. Certains auteurs remettent ainsi en question les prétentions postcoloniales des politiques officielles de reconnaissance des peuples autochtones déployées par les États ou les institutions internationales⁴⁵.

Cette sociabilité 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

40 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.*

41 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 474.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 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. Voir notamment Jennifer Henderson et Pauline Wakeham, dir, *Reconciling Canada: Critical Perspectives on the Culture of Redress*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

45 Coulthard, *supra* note 13 aux pp 31–32; Jeff Corntassel, «Partnership in Action? Indigenous Political Mobilization and Co-optation During the First UN Indigenous Decade (1995–2004)» (2007) 29 *Hum Rts Q* 137; Ward Churchill, «A Tragedy of a Mockery of a Sham: Colonialism as Self-Determination in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2011) 20:3 *Griffith L Rev* 526.

leur reconnaissant des droits collectifs⁴⁶. La réparation peut également prendre la forme d'excuses publiques et de la reconnaissance officielle des torts commis dans le passé⁴⁷. Finalement, l'État peut adopter une politique de reconnaissance et d'accommodement de la différence culturelle⁴⁸. Ces mesures promeuvent une égalité formelle entre les cultures, mais ne s'attaquent pas aux inégalités structurelles⁴⁹.

La reproduction des rapports inégaux typiques d'une sociabilité de la réconciliation prend elle aussi plusieurs formes, notamment la réaffirmation de la supériorité de la culture dominante et de son droit⁵⁰. La reproduction de rapports inégaux se manifeste également lorsque l'État et ses institutions continuent de contrôler l'exercice de l'autonomie autochtone en édictant des normes législatives traçant les limites de cette autonomie ou lorsque les conflits internormatifs sont tranchés par des institutions monoculturelles issues de la culture dominante⁵¹.

4. *La sociabilité de la convivialité*

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 toute forme d'exclusions sociales⁵². 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'autorité⁵³.

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 Santos⁵⁴. Il s'agit d'une «procédure créant une intelligibi-

46 Voir Morse et Woodman «Introductory Essay», *supra* note 37 aux pp 16, 18.

47 Singh, *supra* note 17 à la p 50.

48 *Ibid* aux pp 47, 49-50.

49 Edwin Cruz Rodríguez, «Fundamentos normativos para las políticas públicas interculturales [Normative foundations for intercultural policies]» (2013) 3:5 *Revista Perspectivas de Políticas Públicas* aux pp 125-127 [Cruz].

50 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 474.

51 Dans le cas de la reconnaissance par le haut, la diversité culturelle étant perçue comme une menace potentielle pour les membres des minorités culturelles, l'État énoncera des métanormes à prétention universelle et d'inspiration démo-libérale afin de protéger les individus. Voir Singh, *supra* note 17 à la p 58.

52 Cruz, *supra* note 49 aux pp 125-28.

53 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 474.

54 Raimon Panikkar, «Is the Notion of Human Rights a Western Concept?» (1982) 30:120 *Dio- genes* 75 [Panikkar]; Boaventura de Sousa Santos, «Vers une conception multiculturelle des

lité mutuelle entre les différentes expériences du monde»⁵⁵. 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»⁵⁶. Un tel dialogue est fondé sur la prémisse de l'imperfection des *topoi*⁵⁷ propres à chaque culture, mais également sur la possibilité de critique et d'enrichissement réciproques⁵⁸. En effet, toute culture ne pouvant offrir qu'une 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»⁵⁹. Ainsi, lors de notre analyse, les éléments suivants seront considérés comme des indicateurs de rapports tendanciellement égaux entre les cultures⁶⁰:

- des pratiques d'hybridité vertueuse, c'est-à-dire, la rencontre et le métissage des *topoi* les plus émancipateurs de chaque culture⁶¹;
- la reconnaissance de la diversité des visions du monde et de l'égalité valide des cultures⁶²;
- la reconnaissance de l'imperfection et de l'incomplétude de chaque culture⁶³;

droits de l'homme» (1997) 35 Dr et soc 79 [Santos, «Conception»]; José-Manuel Barreto, «Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice» (2014) 21:2 Ind J Global Leg Stud 395 à la p 413 [Barreto].

55 Santos, «Épistémologies», *supra* note 33 à la p 40.

56 Santos, «Conception», *supra* note 54 à la p 90.

57 «*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» [italiques dans l'original]. Voir Barreto, *supra* note 54 à la p 413.

58 Santos, «Conception», *supra* note 54 à la p 90; Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 aux pp 286–89.

59 Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 474.

60 Voir *ibid.* Nous reprenons ici la formulation de Santos selon laquelle la sociabilité de la convivialité serait ancrée «in tendentially equal exchanges and shared authority». 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». Voir Santos, «Conception», *supra* note 54 aux pp 94–95.

61 Santos, «Épistémologies», *supra* note 33 à la p 40; Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 à la p 474.

62 Barreto, *supra* note 54 à la p 412.

63 Santos, «Conception», *supra* note 54 à la p 89. Singh souligne qu'une reconnaissance par le bas «avoids construing one tradition as universal and meta-normative and all others as particular». Voir Singh, *supra* note 17 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». Voir Barreto, *supra* note 54 à la p 416.

- la recherche des cercles de réciprocité les plus larges possible⁶⁴;
- la valorisation de la diversité culturelle comme un bien en soi, plutôt que comme un fait social problématique⁶⁵.

Le partage de l'autorité comporte un important aspect processuel, ce dernier jouant «un rôle déterminant dans la prise en compte, et la reconnaissance de l'altérité»⁶⁶. Ainsi, la 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»⁶⁷. Cette tendance passe également par la reconnaissance de différentes manières d'avoir accès à la connaissance⁶⁸. Dans un contexte judiciaire, il sera donc important que la validité de différents types de preuves, notamment la preuve orale, soit reconnue⁶⁹.

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. 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 Colombie⁷⁰. 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

64 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. Voir Santos, «Épistémologies», *supra* note 33 à la p 40; voir aussi Santos, «Conception», *supra* note 54 à la p 89.

65 Singh, *supra* note 17 à la p 59.

66 Régis Lafargue, *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.

67 Tully, *supra* note 10 à la p 22. Par ailleurs, Singh souligne 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». Voir Singh, *supra* note 17 à la p 47.

68 Santos, «Épistémologies», *supra* note 33 aux pp 39-40.

69 Ainsi, il est essentiel que les tribunaux étatiques reconnaissent la validité de la preuve orale, afin que les communautés autochtones puissent établir l'existence et le contenu de leur culture juridique.

70 Nous empruntons ici à Santos et García la métaphore du kaléidoscope pour décrire la diversité des formes de justice en Colombie. Voir Santos et García, *supra* note 2.

participer au travail de traduction interculturelle afin de « créer une intelligibilité mutuelle » entre les pratiques de leurs cultures respectives⁷¹.

Finalement, le partage de l'autorité passe aussi par la reconnaissance mutuelle des décisions de chaque culture. Ainsi, il importe que les autorités étatiques 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 policières et carcérales, est particulièrement importante pour permettre aux institutions autochtones d'exercer pleinement leurs fonctions judiciaires⁷².

II. LES RAPPORTS ENTRE LES CULTURES JURIDIQUES ÉTATIQUE ET AUTOCHTONES EN COLOMBIE

A. Le droit colombien et l'autonomie judiciaire autochtone avant 1991

Avant de nous intéresser aux effets de la réforme constitutionnelle de 1991, il nous paraît important de présenter la manière dont le droit colombien concevait ses rapports avec les cultures juridiques autochtones avant cette date. 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 Colombie⁷³.

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 autochtones⁷⁴. Sur le plan judiciaire, la législation royale espagnole reconnaît aux peuples autochtones une autonomie leur permettant de régler leurs conflits internes

71 Santos, « Épistémologies », *supra* note 33 à la p 43; 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*, mémoire de LLM, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010 [non publié] aux pp 15-16 [Ponce et Rueda].

72 *Ibid* aux pp 143-145.

73 Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006 à la p 28 [Bonilla].

74 Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p 13.

en vertu de leurs us et coutumes⁷⁵. Cependant, cette reconnaissance est empreinte d'un esprit colonial et discriminatoire⁷⁶.

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»⁷⁷. Ensuite, le fait même de considérer que les modes de régulation sociale et de règlement des conflits 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. Finalement, cette reconnaissance demeure conditionnelle et limitée. Conditionnelle, puisque pour être valide une décision autochtone ne devra pas paraître «clairement injuste» aux autorités coloniales, autrement dit ne pas être contraire à la religion et aux lois du colonisateur⁷⁸. Limitée, parce que la compétence des autorités autochtones est circonscrite aux conflits entre «Indios» et seulement dans les cas qui ne méritent pas une «peine grave» selon le droit colonial⁷⁹.

Au début du 19^e siècle, la Colombie devint un État indépendant fondé sur les idées de la Révolution française et du libéralisme classique⁸⁰. 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 dépossession de ces nations⁸¹. Le principe d'unité nationale exige également de l'État qu'il gomme les particularismes culturels et ethniques persistant après l'indépendance—et notamment ceux dont sont porteurs les peuples autochtones⁸².

75 *Ibid* à la p 63.

76 Avila, *supra* note 36 aux pp 945-47.

77 Yrigoyen, *supra* note 7 à la p 540.

78 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 63; Yrigoyen, *supra* note 7 à la p 540.

79 Yrigoyen, *supra* note 7 à la p 540.

80 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 64. Voir Bartolomé Clavero, «Nación y naciones en Colombia entre constitución, concordato y un convenio» (2011) 41 *Revista de Historia del Derecho* 79 [Clavero], pour une description du processus constitutionnel de l'indépendance et particulièrement du traitement des nations autochtones.

81 Clavero, *supra* note 80 aux pp 91, 103; Bonilla, *supra* note 73 à la p 28.

82 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; Clavero, *supra* note 80.

Une des lois les plus importantes en matière d'assimilation est la *Loi 89 de 1890* «déterminant la manière dont doivent être gouvernés les sauvages qui se convertissent à la vie civilisée» [notre traduction]⁸³. Si la diversité culturelle et juridique prévalant en Colombie y est reconnue, elle est néanmoins conçue comme intrinsèquement problématique. L'objectif est donc de favoriser l'intégration des autochtones à la société dominante afin d'assurer l'unité de la nation colombienne⁸⁴. 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»⁸⁵. Les premiers sont sous la gouverne de l'État et les deuxièmes sous celle des autorités religieuses chargées de leur civilisation⁸⁶. La *Loi 89* prévoit les modalités du régime juridique s'appliquant aux troisièmes, lesquels doivent être gouvernés par un *cabildo*, mode d'organisation de la majorité des communautés autochtones de Colombie encore aujourd'hui⁸⁷. La *Loi 89* vient préciser leur mode de fonctionnement, leurs pouvoirs et leurs responsabilités.

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'exédant pas un ou deux jours de détention» [notre traduction]⁸⁸. 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 ne s'applique qu'aux fautes contre la morale commises par des autochtones⁸⁹. 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 d'au plus deux jours. Enfin, cette loi ne reconnaît aucun pouvoir aux autorités autochtones traditionnelles.

83 *Ley 089 del 25 de noviembre de 1890: Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada* [Loi 89].

84 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 64.

85 Corte Constitucional, Sala Plena [Cour Constitutionnelle], Bogotá, 9 juillet 2014, *Sentencia*, C-463/14 section «Análisis del cargo» (Colombie) [C-463/14].

86 *Ibid.*

87 *Loi 89*, *supra* note 83, art 3. Voir également Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 16. Le *cabildo* est une institution politique imposée aux communautés autochtones par la Couronne espagnole depuis le 16^e siècle. Voir Bonilla, *supra* note 73 aux pp 152-53.

88 *Loi 89*, *supra* note 83, art 5.

89 Voir notamment Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 aux pp 16-17.

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 dispositions⁹⁰.

B. La réforme constitutionnelle de 1991

Avant 1991, les peuples autochtones n'avaient donc qu'une autonomie judiciaire très limitée et l'État leur accordait généralement très peu d'importance⁹¹. La réforme constitutionnelle de 1991 constitue un moment charnière dans les relations entre la société majoritaire et les peuples autochtones — ces derniers devenant soudainement visibles aux yeux de la première⁹². Cette visibilité s'explique par une conjoncture particulière où la mobilisation autochtone s'accroît au niveau régional et international. Le gain en visibilité des peuples autochtones dans ces sphères trouve écho en Colombie à la fin des années 1980, alors que les appels à la réforme constitutionnelle se font plus pressants.

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 2007⁹³. Cependant, dès 1977, une première conférence internationale sur la discrimination contre les populations autochtones est organisée à Genève⁹⁴. De plus, les mouvements autochtones ont participé à l'élaboration à 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, ainsi que la reconnaissance de la validité des modes internes de résolution de conflits⁹⁵.

Par ailleurs, à la fin des années 1980, le mouvement «500 ans de résistance» s'organise en réaction aux célébrations prévues en 1992 pour

90 Corte Constitucional [Cour Constitutionnelle], Bogotá, 9 avril 1996, *Sentencia*, C-139/96 (Colombie) [C-139/96]; C-463/14, *supra* note 85.

91 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 10; Bonilla, *supra* note 73 à la p 25.

92 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 11; Bonilla, *supra* note 73 à la p 25.

93 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG/61/295, Doc off AG NU, 107^e sess, Doc NU A/61/L67 (2007) 1.

94 Anaya, *supra* note 6 à la p 57.

95 Willem Assies, «Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos» (2009) 85–86 *Revista CIDOB d'Affers Internacionals* 89 à la p 93 [Assies]; Anaya, *supra* note 6 aux pp 100–03.

souligner les 500 ans de la «découverte» des Amériques par Christophe Colomb⁹⁶. Les organisations autochtones utilisent notamment les réunions internationales portant sur les célébrations du 500^e «to push debates about social emancipation and pluriethnic reality of their nations onto the national agendas»⁹⁷. En Colombie, les élections pour l'Assemblée constituante coïncident avec cette mobilisation, laquelle jouit d'une bonne publicité et contribue à nourrir la sympathie de la société majoritaire envers la cause autochtone⁹⁸.

La réforme constitutionnelle colombienne s'inscrit donc dans un contexte régional et international où les revendications des peuples autochtones gagnent en force et en visibilité. Elle s'inscrit également dans le contexte d'un pays déchiré par un conflit armé sévissant depuis plusieurs décennies⁹⁹. 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 institutions¹⁰⁰. Cette situation a mené une partie de la population à exiger une réforme constitutionnelle, la faiblesse de la démocratie colombienne étant considérée comme une des causes principales de la violence endémique¹⁰¹.

Lors d'un referendum tenu en mars 1990, 86,6 % des votants appuient le projet de réforme constitutionnelle. Les élections des délégués de l'Assemblée constituante chargée de la rédaction de la nouvelle constitution ont lieu en décembre 1990¹⁰². En dépit des maigres moyens des organisations autochtones et du fait que les autochtones ne constituent qu'un peu plus de 3 % de la population colombienne, deux de leurs représentants font partie des 70 délégués élus¹⁰³. Ce succès s'explique notamment

96 Rathgeber, *supra* note 2 à la p 105.

97 *Ibid.*

98 Donna Lee Van Cott, «Unity through Diversity: Ethnic Politics and Democratic Deepening in Colombia» (1996) 2:4 Nationalism and Ethnic Politics aux pp 533-34 [Van Cott].

99 Bonilla, *supra* note 73 aux pp 114-19; Santos et García, «Colombia», *supra* note 34 aux pp 51-54.

100 Van Cott, *supra* note 98 à la p 531; Santos et García, «Colombia», *supra* note 34 à la p 77.

101 Van Cott, *supra* note 98 aux p 526 et 532; Julieta Lemaitre, «The Peace at Hand: War and Peace in Colombia's 1991 Constituent Assembly», Conférence Violence Legitimacy, and Public Order, présentée à Mexico City, 8 juin 2012, en ligne : 2012 Papers and Programs, Yale Law School <law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA12_Lemaitre_CV_Eng_20120511.pdf >

102 Van Cott, *supra* note 98 à la p 532.

103 Departamento administrativo nacional de estadística, *Colombia una nación multicultural: su diversidad étnica*, Bogotá, mai 2007 à la p 33, en ligne : <www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf > [DANE].

par l'importante couverture médiatique et le sentiment général de sympathie envers les autochtones, lesquels apparaissent aux yeux du reste de la population comme un exemple de convivialité et de respect¹⁰⁴. Un troisième délégué autochtone est nommé par décret présidentiel afin de représenter le mouvement de guérilla Quintín Lame¹⁰⁵.

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 durable¹⁰⁶. 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 sociale¹⁰⁷.

La reconnaissance de la diversité culturelle et de l'autonomie des peuples autochtones ne constituait pas explicitement un des mandats de l'Assemblée¹⁰⁸. De fait, cette reconnaissance n'aurait pas eu lieu sans la participation des délégués autochtones aux travaux de l'Assemblée 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 Constitution¹⁰⁹. 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 participative¹¹⁰.

Les propositions des délégués autochtones portaient principalement sur la reconnaissance des peuples autochtones et de leur autonomie, ainsi que sur l'octroi de ressources étatiques aux projets de développement dans les communautés¹¹¹. Ces propositions ont été retenues lors des débats en commission, mais certaines d'entre elles ont ensuite été rejetées lors des discussions en plénière ou par la Commission codificatrice¹¹². Il n'y a cependant pas eu de difficulté à faire reconnaître l'autonomie judiciaire

104 Assies, *supra* note 95 à la p 94.

105 Quatre sièges de l'Assemblée constituante ont ainsi été attribués à des délégués issus des mouvements de guérilla démobilisés. Voir Bonilla, *supra* note 73 aux p 120–21.

106 L'Assemblée constituante a siégé du 5 février au 4 juillet 1991. Voir Van Cott, *supra* note 98 à la p 532.

107 *Ibid* à la p 523; Santos et García, «Colombia», *supra* note 34 à la p 77.

108 Voir Bonilla, *supra* note 73 aux pp 121–24, pour une discussion sur les mandats de l'Assemblée.

109 Ponce et Rueda, *supra* note 71 à la p 29; Van Cott, *supra* note 98 aux pp 533–41.

110 Van Cott, *supra* note 98 aux pp 533, 537.

111 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 aux pp 28–29.

112 *Ibid* à la p 29.

autochtone, bien que les délégués ne soient pas parvenus à s'entendre sur les mécanismes de mise en œuvre de cette reconnaissance¹¹³.

C. Les rapports entre les cultures juridiques étatique et autochtones depuis 1991

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 nationale unitaire¹¹⁴. La participation de représentants autochtones, dont certains dans leur langue¹¹⁵, aux travaux de l'Assemblée constituante marque une volonté de changement dans un pays où les peuples autochtones ont été le plus souvent ignorés et marginalisés par la société majoritaire¹¹⁶. De plus, ces délégués ont tenu des rôles importants lors des travaux de l'Assemblée, dirigeant notamment deux des cinq comités constituants¹¹⁷. Van Cott souligne que l'une des réalisations majeures 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*» [nos italiques]¹¹⁸.

Au-delà de cette institutionnalisation, la participation d'autochtones au processus constituant a permis la rencontre de diverses conceptions du monde¹¹⁹. Résultats de cette rencontre, 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-ensemble¹²⁰. Ainsi, bien que la pensée politique moderne considère l'amalgame État-nation comme la forme d'organisation sociale par

113 *Ibid.*

114 Bonilla, *supra* note 73 à la p 143; Cruz, *supra* note 49 à la p 124.

115 Van Cott, *supra* note 98 à la p 535.

116 Voir notamment Rathgeber, *supra* note 2 à la p 105.

117 Van Cott, *supra* note 98 à la p 535.

118 *Ibid* à la p 539.

119 Ponce et Rueda, *supra* note 71 aux pp 18–19. Selon Santos, 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. Voir Santos, *Common Sense*, *supra* note 2 aux pp 254–55.

120 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». Voir Cruz, *supra* note 49 à la p 126.

excellence¹²¹, la Constitution colombienne reconnaît l'existence d'autres entités politiques que l'État. C'est le cas des peuples autochtones, lesquels sont également reconnus comme détenteurs de droits à l'autonomie gouvernementale et judiciaire¹²².

La conception de l'État-nation comme une entité culturellement homogène est également remise en cause par certaines dispositions constitutionnelles¹²³. Par exemple, l'article premier définit la Colombie comme 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 par conséquent l'obligation de protéger les richesses culturelles¹²⁴ et de reconnaître l'égalité et la dignité de toutes les cultures¹²⁵. 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]¹²⁶. 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 and different conceptions of justice coexist»¹²⁷. 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 néolibérale¹²⁸.

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

121 Anaya, *supra* note 6 aux pp 20–21.

122 *Constitución política de Colombia*, (20 juillet 1991), Gaceta Constitucional No 116, arts 246, 330 (Colombie) [*Constitution colombienne*].

123 Selon Santos et García, 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. Voir Santos et García, «Colombia», *supra* note 34 à la p 18.

124 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 8.

125 *Ibid*, art 70.

126 *Ibid*, art 10.

127 Gómez, *supra* note 6 à la p 730.

128 Sur le caractère néolibéral des réformes constitutionnelles andines de la décennie 1990, voir notamment Yrigoyen, *supra* note 7 à la p 24; Assies, *supra* note 95.

torts subis dans le passé¹²⁹. La Constitution reconnaît notamment aux peuples autochtones des droits quant à l'éducation¹³⁰ et à la gouvernance¹³¹, ainsi qu'en matière linguistique¹³², électorale¹³³ et territoriale¹³⁴.

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 positivisme¹³⁵. 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]¹³⁶.

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 à des normes et procédures autochtones endogènes, dont l'existence ne dépend pas de leur énonciation par l'État. La Constitution prévoit aussi le besoin de mécanismes de coordination entre les juridictions étatiques et autochtones, lesquelles sont donc perçues comme distinctes. De plus, la reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone n'est pas conditionnelle à l'adoption d'une loi habilitante et a donc pris effet dès l'adoption de la Constitution¹³⁷. Selon nous, cela témoigne d'une conception de l'autonomie judiciaire des autorités autochtones comme étant préexistantes et ne dépendant pas de sa reconnaissance par l'État.

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

129 Bonilla, *supra* note 73 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.

130 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 68.

131 *Ibid*, art 330.

132 *Ibid*, art 10.

133 *Ibid*, art 171, 176.

134 *Ibid*, art 63, 329.

135 Macdonald, *supra* note 35 à la p 135.

136 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 246.

137 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 *Estudios Socio-Jurídicos* 339 à la p 342 [Rueda].

étatique¹³⁸. 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 corollaire était la négation de toute forme de normativité extérieure à l'État¹³⁹. 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.

Néanmoins, les conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone témoignent d'une reproduction des rapports inégaux entre les cultures juridiques étatiques 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 autochtones en matière de justice¹⁴⁰. 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.

De plus, si l'article 246 ne prévoit pas explicitement que l'autonomie 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 fondamentaux¹⁴¹. 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»¹⁴². 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»¹⁴³.

138 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 4, 246.

139 Voir Boaventura de Sousa Santos, «El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena» dans Santos et García, *supra* note 2 aux p 203–05 [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.

140 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 246.

141 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, titre II, c 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; *Constitution colombienne*, *supra* note 122, arts 5, 53, 93, 214. Voir Rodrigo Uprimny Yepes, «Las transformaciones de la administración de la justicia en Colombia» dans Santos et García, *supra* note 34 à la p 297.

142 Bonilla, *supra* note 73 à la p 142.

143 Farid Samir Benavides Vanegas «Indigenous Resistance and the Law» (2012) 39:182 *Latin American Perspectives* 61 à la p 71.

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 magistrature sera appelé à trancher les conflits de compétences entre ces systèmes et par le fait même à établir les limites de la compétence autochtone¹⁴⁴. De plus, tous les tribunaux auront compétence pour entendre les recours en protection constitutionnelle qui pourraient être intentés à l'encontre d'autorités autochtones en cas d'atteintes alléguées aux droits fondamentaux dans le cadre de l'exercice de leur compétence judiciaire¹⁴⁵.

Or, malgré l'importance des pouvoirs de contrôle confiés au système judiciaire étatique, la Constitution ne prévoit pas l'organisation de ce dernier de manière à permettre le dialogue avec les conceptions autochtones de la justice. 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. Gómez souligne à cet égard que «[t]raditional 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»¹⁴⁶. 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 autochtone¹⁴⁷.

144 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, 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 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 magistrature, afin d'assurer l'administration efficace de la justice. Voir notamment les décisions Corte Constitucional [Cour Constitutionnelle], Bogotá, 5 septembre 2002, *Sentencia*, T-728/02, (Colombie) [T-728/02]; Corte Constitucional, Sala Quinta [Cour Constitutionnelle], Bogotá, 12 décembre 2014, *Sentencia*, T-1238/04, section 4.3 (Colombie) [T-1238/04].

145 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 86. Ces décisions peuvent être révisées par la Cour constitutionnelle à la discrétion de cette dernière, *ibid*, art 241(9). Voir généralement Mauricio García Villegas et César Rodríguez, «La acción de tutela» dans Santos et García, *supra* note 34 à la p 423.

146 Gómez, *supra* note 6 à la p 755.

147 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. Voir Santos et García, «Colombia», *supra* note 34 à la p 78.

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'égalité de valeur des cultures et celle de l'autonomie judiciaire autochtone posent les bases d'une sociabilité marquée par des échanges égaux et un 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, en contradiction avec le principe d'égalité des cultures. La réforme constitutionnelle participe ainsi de la reproduction d'un partage inégal du pouvoir entre la culture dominante étatique et des cultures subalternes autochtones — trait caractéristique d'une sociabilité de la réconciliation. Par conséquent, la Constitution colombienne nous paraît relever d'une sociabilité mixte, où sont présentes à la fois les sociabilités de la convivialité et de la réconciliation, cette dernière dominant néanmoins.

À la suite de l'adoption de la Constitution de 1991, les efforts législatifs visant au développement des principes de diversité culturelle et de pluralisme sont demeurés modestes¹⁴⁸. 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 loi¹⁴⁹. Une telle inertie législative pourrait cependant être favorable aux peuples autochtones, puisqu'elle leur laisse une plus grande flexibilité dans l'exercice de leur compétence judiciaire¹⁵⁰.

Six lois actuellement en vigueur contiennent des dispositions portant sur l'autonomie judiciaire autochtone¹⁵¹. Ces lois sont essentiellement au

148 Sánchez, « Multiculturalismo », *supra* note 2 à la p 31.

149 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 visible, Bogotá, *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 »*, (2010), art 5 (Colombie).

150 Jorge Castro, « Los derechos humanos y la Jurisdicción Especial Indígena » (2010) 2:3 Criterio Jurídico Garantista 114 à la p 121 [Castro]

151 Congreso nacional, Bogotá, 4 mars 1991, *Ley 21 de 1991* (1991) (Colombie) [Loi 21]; Congreso nacional, Bogotá, 4 décembre 2008, *Ley 1257 de 2008*, (2008) (Colombie); Congreso nacional, Bogotá, 11 février 2000, *Ley 575 de 1996*, (1996), art 1(2) (Colombie); Congreso nacional, Bogotá, 8 novembre 2006, *Ley 1098 de 2006*, (2006), art 156 (Colombie); Congreso nacional, Bogotá, 31 août 2004, *Ley 906 de 2004*, (2004), art 470 (Colombie); Congreso nacional, Bogotá, 7 mars 1996, *Ley 270 de 2009*, (2004), art 11 (Colombie) [Loi 270].

même effet que l'article 246. En effet, elles confirment la reconnaissance constitutionnelle de la justice autochtone et prévoient parfois certaines limites à son application. Elles montrent donc des éléments d'une sociabilité de la réconciliation, puisqu'elles reconnaissent l'autonomie judiciaire autochtone, tout en prévoyant 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 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.

III. LA COUR CONSTITUTIONNELLE À L'INTERFACE DES CULTURES JURIDIQUES ÉTATIQUE ET AUTOCHTONES

A. Le système de contrôle constitutionnel

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 en vigueur dès 1991¹⁵². Cependant, compte tenu de l'inertie de la branche législative, les tribunaux ont dû interpréter et baliser la mise en œuvre de cette reconnaissance¹⁵³. À cet égard, la Cour constitutionnelle, elle-même une création de la Constitution de 1991, a joué un rôle crucial et ses décisions sont considérées comme «le moteur du processus de construction d'une nation pluriethnique et multiculturelle» [notre traduction]¹⁵⁴.

La Cour est notamment compétente pour décider de la constitutionnalité des réformes constitutionnelles, des lois, des décrets et des projets de loi, ainsi que du caractère exécutoire des traités internationaux et des lois nationales les approuvant¹⁵⁵. Elle a également pour mandat de réviser les décisions judiciaires portant sur les recours en protection

152 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, [Cour Constitutionnelle, Troisième chambre de révision], Bogotá, 30 mai 1994, *Sentencia*, T-254/94, section 8 (Colombie) [T-254/94]; réitéré notamment dans C-139/96, *supra* note 90, section 6.2.1 et C-463/14, *supra* note 85.

153 Van Cott, *supra* note 98 à la p 542. Voir également Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 aux pp 34, 74-75; Castro, *supra* note 150 aux pp 117-18.

154 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 31. Voir également Bonilla, *supra* note 73 à la p 156.

155 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 241.

constitutionnelle¹⁵⁶. 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 gouvernementale en matière autochtone¹⁵⁷. Les décisions de *tutela* sont les plus nombreuses et portent sur des cas concrets de violation des droits fondamentaux, par les autorités autochtones ou étatiques¹⁵⁸. 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.

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'État¹⁵⁹. Un auteur confirme qu'entre 1995 et 2006, tous les juges de la Cour constitutionnelle étaient membres de la culture majoritaire¹⁶⁰. Par ailleurs, aucun des juges actuels ne paraît avoir de formation particulière quant aux cultures autochtones ou encore aux droits des peuples autochtones¹⁶¹. Une telle situation rend difficile de garantir l'égalité des échanges entre les cultures autochtones et occidentale.

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 langue¹⁶². 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

156 *Ibid*, art 241(9).

157 Sánchez, «Multiculturalismo», *supra* note 2 à la p 34.

158 Sur 44 décisions étudiées, 39 portent sur des recours en protection constitutionnelle. Voir *ibid*.

159 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 239; *Loi 270*, *supra* note 151, 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.

160 Bonilla, *supra* note 73 à la p 33, n 36.

161 Nous tirons ces informations des portraits des juges mis en ligne sur le site web de la Cour constitutionnelle, lesquels incluent notamment leur formation et champ d'expertise. Corte constitucional, *Magistrados Actuales*, en ligne: <www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/magistrados.php>.

162 Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión [Cour constitutionnelle, Huitième chambre de révision], Bogotá, 12 novembre 2014, *Sentencia*, T-849/14 (Colombie), resuelve séptimo.

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 procédures de la Cour ou dans les jugements eux-mêmes¹⁶³. 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.

B. 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 étatiques 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. Nous nous intéressons ici plus particulièrement à la manière dont la Cour constitutionnelle, dans l'exercice de cette compétence, a interprété la reconnaissance prévue à l'article 246 de la Constitution.

1. La nature et les effets de la reconnaissance constitutionnelle

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 coordination¹⁶⁴.

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, 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

163 Corte Constitucional, Sala Plena, [Cour constitutionnelle, Chambre complète], Bogotá, 15 octobre 1992, *Acuerdo 05 de 1992* (Colombie).

164 Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión [Cour constitutionnelle, Neuvième chambre de révision], Bogotá, 20 février 2014, *Sentencia*, T-098/14, section II.5 (Colombie) [T-098/14]. Ces éléments ont d'abord été établis dans la décision C-139/96, *supra* note 90.

procédures. Les éléments 3 et 4 témoignent quant à eux 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, l'élément 5 confirme que la compétence judiciaire des autorités autochtones ne dépend pas d'une action législative de l'État. 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 affaire¹⁶⁵.

La *Loi 270 de 1996* sur l'administration de la justice 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 public¹⁶⁶. 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 public» [notre traduction]¹⁶⁷. 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

165 D'ailleurs, la Cour constitutionnelle renvoie systématiquement aux autorités autochtones les affaires sur lesquelles la compétence autochtone a été établie. Voir notamment Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas [Cour constitutionnelle, Quatrième chambre de révision des tutelles], Bogotá, 8 août 1996, *Sentencia*, T-349/96 (Colombie) [T-349/96]; Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión [Cour constitutionnelle, Quatrième chambre de révision], Bogotá, 19 novembre 1999, *Sentencia*, T-934/99 (Colombie) [T-934/99]; Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas [Cour constitutionnelle, Quatrième chambre de révision des tutelles], Bogotá, 19 avril 1999, *Sentencia*, T-266/99 (Colombie) [T-266/99]; T-1238/04, *supra* note 143; Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión [Cour constitutionnelle, Quatrième chambre de révision], Bogotá, 8 novembre 2007, *Sentencia*, T-945/07 (Colombie) [T-945/07]; Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión [Cour constitutionnelle, Neuvième chambre de révision], Bogotá, 5 août 2010, *Sentencia*, T-617/10 (Colombie) [T-617/10].

166 *Loi 270*, *supra* note 151.

167 Corte Constitucional, Sala Plena [Cour constitutionnelle, Chambre complète], Bogotá, 15 juillet 2008, *Sentencia*, C-713/08, section 5.4.6 (Colombie). 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 71 aux p 87–88, pour une analyse de cette décision.

respect avec lequel il entreprend de connaître le système juridique d'un autre pays» [notre traduction]¹⁶⁸. Cette comparaison laisse entendre que les systèmes de justice étatique et autochtone sont à la fois distincts et égaux¹⁶⁹.

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 importance¹⁷⁰. 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 autochtone¹⁷¹. 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)¹⁷². Afin de déterminer la gravité de l'atteinte causée à l'autonomie autochtone, les caractéristiques particulières de la communauté concernée doivent être prises en compte¹⁷³. 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 établies et prises en compte¹⁷⁴.

Le deuxième principe est celui selon lequel une plus grande autonomie doit être reconnue aux communautés autochtones pour la résolution

168 T-617/10, *supra* note 165, 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».

169 *Ibid.*

170 Ces principes ont été élaborés dans les décisions T-254/94, *supra* note 152, et T-349/96, *supra* note 165, puis harmonisés dans la décision Corte Constitucional, Sala Plena [Cour constitutionnelle, Chambre complète], Bogotá, 18 septembre 1998, *Sentencia*, SU-510/98 (Colombie) [SU-510/98]. La décision T-098/14, *supra* note 164, présente un résumé de l'évolution jurisprudentielle de ces principes.

171 T-098/14, *supra* note 164, 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 165, section II.2.2.

172 T-098/14, *supra* note 164, section II.9.1. La sécurité intérieure pourrait constituer un tel intérêt supérieur, T-349/96, *supra* note 165, 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.

173 *Ibid.*

174 Bonilla, *supra* note 73 à la p 171.

de leurs conflits internes¹⁷⁵. La Cour explique ainsi que les communautés autochtones devront avoir une très grande latitude dans la gestion des conflits concernant leurs membres¹⁷⁶. Cependant, dans le cas d'un conflit concernant des individus issus de cultures différentes, cette latitude sera moindre puisqu'il faudra harmoniser les principes de chacune des cultures impliquées¹⁷⁷.

Le troisième principe prévoit qu'une plus grande conservation de l'identité culturelle suppose une plus grande autonomie¹⁷⁸. Cela 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 ait plus ou moins conservé une culture distincte de celle de la société majoritaire¹⁷⁹. 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 étatique¹⁸⁰. Au contraire, le dialogue pourra être établi plus facilement avec une communauté ayant été fortement influencée par la société majoritaire et par son droit¹⁸¹.

Finalement, la Cour souligne que les institutions étatiques doivent donner pleinement effet aux décisions rendues par les autorités autochtones, celles-ci produisant des effets sur l'ensemble du territoire colombien¹⁸². Les institutions étatiques doivent donc collaborer avec les autorités autochtones afin d'assurer le respect d'un jugement émis par ces dernières¹⁸³. 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 capture¹⁸⁴. Les autorités autochtones peuvent également imposer une peine d'emprisonnement devant être purgée dans un centre de détention

175 T-098/14, *supra* note 164, section II.9.2.

176 *Ibid.*, section II.9.3.

177 *Ibid.*, section II.9.2.

178 *Ibid.*, section II.9.3.

179 *Ibid.*

180 *Ibid.*

181 *Ibid.*

182 Corte Constitucional, Sala de Selección Número Nueve [Cour constitutionnelle, Chambre de sélection numéro neuf], Bogotá, 23 septembre 2013, *Sentencia*, T-659/13, section 3 (Colombie) [T-659/13]; Rueda, *supra* note 137 aux pp 340, 370.

183 Rueda, *supra* note 137 aux pp 349, 370.

184 T-349/96, *supra* note 165.

étatique, faute d'infrastructure adéquate dans la communauté ou pour protéger la communauté, ses autorités ou encore le détenu lui-même¹⁸⁵.

En reconnaissant que la juridiction autochtone est distincte de celle de l'État, voire assimilable au droit étranger, la Cour postule l'égalité 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 effet 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 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. De plus, la corrélation qu'établit la Cour entre la conservation d'une culture distincte et le degré d'autonomie devant être reconnu nous paraît problématique. En effet, il s'agit d'une condition essentialiste à l'exercice de l'autonomie judiciaire qui n'apparaît nullement dans le texte constitutionnel et vient limiter d'autant la marge de manœuvre des communautés autochtones en matière de justice. Même si la Cour propose une interprétation tempérée de ce troisième principe, celui-ci présente toujours le risque d'être utilisé afin de limiter l'autonomie judiciaire autochtone.

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

185 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión [Cour constitutionnelle, Deuxième chambre de révision], Bogotá, 5 avril 2002, *Sentencia*, T-239/02 (Colombie); Corte Constitucional, Sala Sexta [Cour constitutionnelle, Sixième chambre], Bogotá, 17 octobre 2008, *Sentencia*, T-1026/08 (Colombie); Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión [Cour constitutionnelle, Deuxième chambre de révision], Bogotá, 16 février 2012, *Sentencia*, T-097/12, section 4.3 (Colombie); Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional [Cour constitutionnelle, Cinquième chambre de révision] Bogotá, 20 avril 2015, *Sentencia*, T-208/15 (Colombie) [T-208/15].

les rapports qu'entretiennent ces systèmes. 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'appartenance¹⁸⁶. Si cette demande est rejetée par le juge des faits, l'accusé peut alors intenter un recours en protection constitutionnelle de son droit à la juridiction autochtone. Lorsque 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'infirme et renvoie l'affaire aux autorités autochtones compétentes¹⁸⁷.

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 autochtones¹⁸⁸. À partir de 2003, la Cour a également ajouté les éléments institutionnel et objectif à son analyse des conflits de compétence¹⁸⁹ lorsqu'il est question de crimes graves ou mettant en cause une victime particulièrement vulnérable¹⁹⁰. Par ailleurs, aucun de ces éléments ne suffit à lui seul à établir la compétence des autorités autochtones, laquelle dépend plutôt de la relation entre chacun des éléments selon les faits particuliers de l'affaire¹⁹¹.

186 Voir notamment Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell [Cour constitutionnelle, Chambre de révision], Bogotá, 13 novembre 1998, *Sentencia*, T-667a/98 (Colombie) [T-667a/98]; T-934/99, *supra* note 165; T-266/99, *supra* note 165; T-728/02, *supra* note 144; Corte Constitucional [Cour constitutionnelle], Bogotá, 10 juillet 2003, *Sentencia*, T-552/03, section I.1 (Colombie) [T-552/03]; T-1238/04, *supra* note 144; T-617/10, *supra* note 165; Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión [Cour constitutionnelle, Troisième de révision], Bogotá, 11 janvier 2012, *Sentencia*, T-002/12 (Colombie) [T-002/12].

187 T-1238/04, *supra* note 144, section 4.3; T-728/02, *supra* note 144, section I.2(a).

188 Voir par exemple T-934/99, *supra* note 165; T-266/99, *supra* note 165.

189 T-552/03, *supra* note 186, section III.4.

190 Voir notamment les affaires T-945/07, *supra* note 165, aux sections III.3.1.4, III.3.1.5; Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión [Cour constitutionnelle, Deuxième chambre de révision], Bogotá, 19 janvier 2007, *Sentencia*, T-009/07, section II.3 (Colombie) [T-009/07]. 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.

191 T-002/12, *supra* note 186, section 1.4(d).

a. L'élément territorial

L'élément territorial de la compétence judiciaire autochtone est le seul dont il soit fait explicitement mention dans la Constitution¹⁹². Selon la Cour, cet élément «réfère de manière concrète à l'existence d'une entité territoriale autochtone dûment constituée, où il existe une présence effective de la communauté» [notre traduction]¹⁹³. Il s'agit notamment des territoires sur lesquels les communautés autochtones possèdent des droits fonciers reconnus en droit étatique¹⁹⁴. 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'État¹⁹⁵. 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]¹⁹⁶. 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]¹⁹⁷. 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

192 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 italiques], *Constitution colombienne*, *supra* note 122.

193 T-945/07, *supra* note 165.

194 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. Voir DANE, *supra* note 103 aux pp 22–23. Voir par ex T-266/99, *supra* note 165; T-934/99, *supra* note 165; T-009/07, *supra* note 190; T-945/07, *supra* note 165; T-002/12, *supra* note 186.

195 Rueda, *supra* note 137 à la p 349. Voir par ex T-1238/04, *supra* note 144, section 3.3.2.

196 T-002/12, *supra* note 186, section 1.4. Voir également T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.

197 C-463/14, *supra* note 85, 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» [notre traduction].

Colombie ou encore à la suite de catastrophes naturelles¹⁹⁸. De plus, la Cour a récemment refusé de conclure à l'absence de l'élément territorial dans le cas d'un crime commis à l'extérieur de la communauté, puisque les parties impliquées avaient dû quitter le territoire de leur communauté temporairement pour chercher du travail¹⁹⁹. Dans un tel cas, la Cour a pris en compte des liens que les parties ont maintenus avec leur communauté et de la proximité de cette dernière avec le lieu du crime²⁰⁰.

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 évite de réduire l'élément territorial à la notion occidentale d'un territoire aux frontières bien établies sur lequel un gouvernement exerce une autorité exclusive, et prend plutôt en compte la manière dont les peuples autochtones conçoivent la portée territoriale de leur compétence judiciaire. 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.

b. L'élément personnel

L'identité des parties est également pertinente afin d'établir la compétence des autorités autochtones sur une affaire²⁰¹. Dans une affaire de droit privé, l'identité des parties demanderesse et défenderesse est prise en compte²⁰². 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 communauté²⁰³. L'identité de la victime doit plutôt être prise en compte dans le cadre de l'analyse de l'élément objectif²⁰⁴.

Lorsque l'affaire a eu lieu en territoire autochtone, la seule appartenance à la communauté concernée permettra d'établir l'élément

198 À propos des communautés nomades et semi-nomades, voir *T-1238/04*, *supra* note 144; Avila, *supra* note 36 à la p 967. À propos des communautés autochtones déplacées, voir DANE, *supra* note 103 à la p 47; *T-002/12*, *supra* note 186, section 1.4.

199 Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión [Cour constitutionnelle, Première chambre de révision], Bogotá, 17 avril 2015, *Sentencia*, T-196/15, section 8.2 (Colombie) [T-196/15].

200 *Ibid.*

201 Avila, *supra* note 36 à la p 967.

202 *T-945/07*, *supra* note 165; *T-009/07*, *supra* note 190; *C-463/14*, *supra* note 85.

203 Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas [Cour constitutionnelle, Quatrième chambre de révision des tutelles], Bogotá, 26 septembre 1996, *Sentencia*, T-496/96, section 2.2 (Colombie) [T-496/96].

204 *T-617/10*, *supra* note 165, section 4.1.

personnel²⁰⁵. Cependant, lorsqu'un crime est commis en territoire non autochtone, l'appartenance ethnique de l'accusé ne suffit pas²⁰⁶. 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'origine²⁰⁷.

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 communauté²⁰⁸. 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'État²⁰⁹.

Si, comme c'était le cas dans la décision de 1996, 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

205 T-934/99, *supra* note 165; T-266/99, *supra* note 165.

206 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 203; T-667a/98, *supra* note 186; T-728/02, *supra* note 144. 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 narcotraffic.

207 T-496/96, *supra* note 203.

208 *Ibid.*, section 2.2. Voir aussi Corte Constitucional, Sala Plena [Cour constitutionnelle, Chambre complète], Bogotá, 14 mai 2012, *Sentencia*, C-370/02 (Colombie), 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.

209 T-496/96, *supra* note 203. 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).

entretenait avec la cosmovision de sa communauté d'origine²¹⁰. 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'origine²¹¹. Le «degré d'isolement de la culture à laquelle [l'accusé] appartient» [notre traduction] 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 distincte²¹². 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'accusé²¹³.

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 sanction²¹⁴. Par conséquent, l'imposition d'une peine étatique à un individu autochtone peut mener au rejet de l'individu par sa communauté, notamment à cause du stigmate associé à la détention au sein d'institutions étatiques ou de l'absence de réparation selon les normes autochtones²¹⁵. Par ailleurs, l'absence de services adaptés aux autochtones dans les centres de détention étatiques a été reconnue par les autorités pénitentiaires elles-mêmes²¹⁶.

210 *Ibid.*, sections 2.2, 2.4.2.

211 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. Botero, «Aproximación», *supra* note 21 à la p 192.

212 T-496/96, *supra* note 203, section 2.2.

213 *Ibid.*, section 2.4.2.

214 Voir notamment l'analyse d'Avila, *supra* note 36 aux pp 953-56, sur les finalités différentes de la sanction dans les cultures juridiques étatiques et autochtones.

215 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 165, section 2.4.1.

216 Rueda, *supra* note 137 à la p 357, citant un rapport du Protecteur du citoyen sur la situation des autochtones en prison.

De plus, cette interprétation réduit l'article 246 au droit individuel d'être jugé selon les normes de sa culture, omettant la dimension collective de la reconnaissance de la justice autochtone²¹⁷. Cela 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 social²¹⁸. De plus, l'exercice de cette compétence est un mécanisme de survie culturelle important²¹⁹.

c. 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 compétence²²⁰. Cependant, l'évaluation de l'élément institutionnel vise à 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 vérité, à la justice et à la réparation²²¹. Par cette évaluation, la Cour vérifie l'existence d'autorités autochtones ayant la capacité et la volonté d'exercer une compétence judiciaire sur une affaire²²².

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 étatique²²³. Si cela n'est pas le cas, il faudra prouver que l'affaire concerne une communauté autochtone dotée d'institutions traditionnelles exerçant leur autorité sur un territoire donné²²⁴. Dans tous les cas, les autorités autochtones doivent être en mesure d'exercer leur compétence selon les usages de la communauté²²⁵. Ces autorités doivent également posséder «un certain pouvoir

217 Dans la décision T-196/15, *supra* note 199, la Cour constitutionnelle reconnaissait ces deux aspects de l'article 246, soit le droit des communautés autochtones d'exercer leur compétence judiciaire et celui, corrélatif, des individus autochtones d'être jugés selon les us et coutumes de leur communauté.

218 Avila, *supra* note 36 aux pp 954-55, 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.

219 Voir notamment, Santos, «Significado», *supra* note 139 à la p 205.

220 T-552/03, *supra* note 186; T-617/10, *supra* note 165; T-002/12, *supra* note 186.

221 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 186, section 1.4.

222 T-002/12, *supra* note 186.

223 Ce serait le cas par exemple d'un représentant d'un *cabildo*. T-552/03, *supra* note 186.

224 *Ibid.* À propos des autorités traditionnelles autochtones voir Rueda, *supra* note 137 aux p 344-47.

225 Ce ne serait pas le cas 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. Voir T-552/03, *supra* note 186. Voir également Ponce et Rueda, *supra* note 71 à la p 135.

de coercition sociale» [notre traduction] afin de garantir l'application des normes autochtones²²⁶. Outre les *cabildos*, la Cour a reconnu diverses autorités judiciaires autochtones, notamment les assemblées communautaires et les autorités religieuses²²⁷.

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 compétence²²⁸. Il s'agit d'un critère de prévisibilité des décisions autochtones découlant du principe de la légalité des procédures, des délits et des peines²²⁹. 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]²³⁰. 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 justice²³¹. 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 graves²³². 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-mêmes²³³.

Finalement, la Cour exige que l'autorité autochtone exprime explicitement son intention d'exercer sa compétence²³⁴. 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 respecté²³⁵. Ainsi, si les autorités judiciaires autochtones préfèrent ne pas prendre en

226 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5. Voir également C-463/14, *supra* note 85.

227 Voir par ex T-349/96, *supra* note 165; SU-510/98, *supra* note 170.

228 T-552/03, *supra* note 186.

229 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 186, section 1.4.

230 *Ibid.*

231 C-463/14, *supra* note 85; T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5.

232 T-552/03, *supra* note 186.

233 *Ibid.*

234 T-617/10, *supra* note 165, section II.16.1.5.

235 *Ibid.*

charge une affaire concernant un crime grave, faute d'avoir les moyens de faire respecter leur décision, les autorités étatiques devront s'en saisir²³⁶.

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 institutionnel²³⁷. 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 particulière, par exemple une agression sexuelle commise contre un mineur²³⁸. La Cour voudra alors s'assurer plus spécifiquement du pouvoir de coercition des autorités et de l'existence de normes interdisant le comportement en cause²³⁹. 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 victimes²⁴⁰.

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'autorité autochtone, lesquelles peuvent user de différents modes de règlement des conflits. De plus, la Cour a refusé d'invoquer la protection des droits des accusés et des victimes afin de limiter la 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

236 L'affaire T-002/12, *supra* note 186, 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. Voir également T-1238/04, *supra* note 144.

237 T-002/12, *supra* note 186, section II.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 186, 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.

238 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 186, 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. Voir C-463/14, *supra* note 85.

239 T-002/12, *supra* note 186, section 2.4.4.

240 *Ibid.*, section I.1.4(c).

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 concernant les droits des victimes et des accusés. L'imposition de telles considérations afin de déterminer la compétence des autorités judiciaires autochtones relève d'une réaffirmation de la supériorité de la culture juridique étatique et donc d'une sociabilité de la réconciliation.

d. L'élément objectif

En principe, les autorités d'une communauté autochtone peuvent exercer leur compétence judiciaire autochtone sur toute affaire concernant la communauté²⁴¹. Néanmoins, à partir de 2003²⁴², 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]²⁴³. L'étude de cet élément vise à déterminer si une affaire intéresse davantage la communauté autochtone ou la société majoritaire²⁴⁴.

Lorsqu'une affaire intéresse uniquement l'une de ces cultures, l'élément objectif est considéré comme déterminant et l'affaire devrait être renvoyée aux autorités de la culture concernée²⁴⁵. Par exemple, la Cour a conclu que certains délits concernaient uniquement le système de justice étatique, soit ceux de vol qualifié commis en territoire non-autochtone et de port d'arme illégal²⁴⁶.

L'élément objectif ne sera cependant pas déterminant lorsque les deux systèmes juridiques sont intéressés par l'affaire. Les décisions de la Cour relevant d'un tel scénario concernaient des cas de meurtres²⁴⁷ ou

241 T-659/13, *supra* note 182, section 3.

242 T-552/03, *supra* note 186. La Cour a ensuite clarifié le contenu de cet élément dans les décisions T-617/10, *supra* note 165; T-002/12, *supra* note 186, section 1.4(c).

243 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5.

244 T-002/12, *supra* note 186, section 1.4(c).

245 *Ibid.*

246 Corte constitucional, Sala Octava de Revisión [Cour constitutionnelle, Huitième chambre de révision], Bogotá, 27 novembre 2013, *Sentencia*, T-866/13 à la p 31 (Colombie); T-196/15, *supra* note 199 à la p 34.

247 T-552/03, *supra* note 186.

d'agressions sexuelles commises à l'encontre de mineurs²⁴⁸. L'ensemble des éléments constitutifs de la compétence judiciaire autochtone doit alors être pris en compte, tout en portant une attention particulière à l'élément institutionnel²⁴⁹. En effet, l'analyse de cet élément permet de déterminer si la remise de l'affaire aux autorités autochtones risque de porter atteinte aux droits de la victime ou de créer une situation d'impunité²⁵⁰.

La Cour indique cependant que l'élément objectif ne vise pas à limiter la compétence des autorités autochtones aux seules affaires internes à leur communauté²⁵¹. 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 mineurs²⁵². 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 présente certains éléments de 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 même, la Cour a reconnu que les autorités autochtones devaient pouvoir choisir de se saisir ou non d'une affaire. Elle a également refusé de limiter arbitrairement l'autonomie judiciaire autochtone aux crimes mineurs.

248 T-617/10, *supra* note 165; T-002/12, *supra* note 186; Corte constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas [Cour constitutionnelle, Septième chambre de révision des tutelles], Bogotá, 5 décembre 2013, *Sentencia*, T-921/13 (Colombie); T-196/15, *supra* note 199.

249 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5; T-002/12, *supra* note 186, section 1.4(c); C-463/14, *supra* note 85.

250 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5; T-659/13, *supra* note 182, section 7.4.4.

251 T-617/10, *supra* note 165, section 16.1.5. Dans T-098/14, *supra* note 164, la Cour confirme que la compétence judiciaire des autorités autochtones ne se limite pas à certaines matières.

252 T-617/10, *supra* note 165, sections 16.1.5, III.3.2. Dans l'affaire C-463/14, *supra* note 85, 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. En 2015, renversant une nouvelle décision du Conseil supérieur de la magistrature qui avait nié la compétence autochtone sur un cas d'agression d'une mineure, la Cour constitutionnelle souligne que l'attitude du Conseil est discriminatoire, paternaliste et contraire aux principes de diversité culturelle et d'autonomie autochtone. Voir T-196/15, *supra* note 199, section 8.4.

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 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.

C. 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 constitutionnelle de l'autonomie judiciaire autochtone n'est pas absolue, mais plutôt soumise à certaines conditions d'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.

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 concernée²⁵³. 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 peines²⁵⁴. Dans la tradition juridique occidentale, le principe de légalité renvoie à la prévisibilité des actions des autorités judiciaires²⁵⁵. Lorsque appliqué aux systèmes de justice autochtones, ce critère réfère à l'existence d'institutions permettant aux membres d'une communauté de

253 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 six des cas.

254 T-349/96, *supra* note 165, section II.2.3.

255 Avila, *supra* note 36 à la p 949.

connaître les règles de comportement et de règlement de conflits²⁵⁶. De plus, ce critère exige de prouver la préexistence des modes de règlement de conflits ou de sanction appliqués par une autorité autochtone²⁵⁷.

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 antérieurement au jugement. Cette condition vise à éviter le cautionnement d'actes arbitraires sous le couvert de l'autonomie judiciaire²⁵⁸. La Cour souligne néanmoins que l'exigence de prévisibilité doit être interprétée de manière à permettre l'évolution des cultures juridiques autochtones²⁵⁹. 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 justice²⁶⁰. 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. Ce sont plutôt les rapports d'experts, notamment anthropologues, et les témoignages de membres de la communauté qui établiront l'existence et le contenu des normes et procédures d'une communauté.

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 pour distinguer entre l'évolution légitime des normes autochtones et un acte arbitraire portant atteinte au principe 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 manière²⁶¹. La Cour n'a cependant pas évalué la possibilité que cette décision s'inscrive dans un processus d'évolution normative conforme au droit autochtone et donc respectant l'obligation de prévisibilité²⁶².

256 T-098/14, *supra* note 164, section II.12.

257 *Ibid.*

258 *Ibid.*; Gómez, *supra* note 6 à la p 747.

259 T-098/14, *supra* note 164, section II.12.

260 *Ibid.*

261 T-349/96, *supra* note 165. 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.

262 *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.

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. De fait, 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 question²⁶³. 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 sa supériorité.

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*»²⁶⁴ énoncé à l'article 29 de la Constitution²⁶⁵. 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 litige²⁶⁶. En matière pénale, la Constitution prévoit que 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 acte²⁶⁷. En 2015, la Cour constitutionnelle indiquait qu'appliqué à la justice autochtone, le «*debido proceso*» signifiait: «(i) le respect du principe de légalité en matière pénale, tant d'un point de vue substantif que procédural; (ii) la garantie de la présomption d'innocence; (iii) le droit à une défense; (iv) l'interdiction de la responsabilité objective et le principe de culpabilité individuelle; (v) le respect du principe de *non bis in idem*; (vi) l'absence d'obligation d'une deuxième instance; (vii) la proportionnalité et la raisonnable des sanctions» [notre traduction]²⁶⁸.

263 Botero, «Aproximación», *supra* note 21 à la p 162.

264 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.

265 Voir notamment T-254/94, *supra* note 152; Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión [Cour constitutionnelle, Huitième chambre de révision], Bogotá, 31 janvier 2002, *Sentencia*, T-048/02 (Colombie). 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. Voir Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión [Cour constitutionnelle, Neuvième chambre de révision], Bogotá, 7 décembre 2005, *Sentencia*, T-1294/05 (Colombie).

266 *Constitution colombienne*, *supra* note 122, art 29, al 2.

267 *Ibid.*, art 29, al 4.

268 T-196/15, *supra* note 199, section 3; T-208/15, *supra* note 185, aux pp 39–41.

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, il ne découle pas clairement de l'article 246 «que le debido proceso et la légalité des délits et des peines doivent limiter l'autonomie des communautés autochtones» [notre traduction]²⁶⁹. 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'ouverture envers les 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 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 culpabilité²⁷⁰.

Dans une de ces affaires, l'accusé était absent lors des délibérations de la communauté sur sa peine, puisqu'il s'était enfui de la communauté après avoir été arrêté et détenu par ses autorités²⁷¹. 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 avocat²⁷². 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, possibilités dont il ne s'était pas prévalu. La communauté a expliqué que son refus que l'accusé soit défendu par un avocat était motivé par le besoin de protéger sa culture. La Cour a accepté les argu-

269 Bonilla, *supra* note 73 à la p 177.

270 T-349/96, *supra* note 165; Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas [Cour constitutionnelle, Quatrième chambre de révision des tutelles], Bogotá, 15 octobre 1997, *Sentencia*, T-523/97 (Colombie) [T-523/97].

271 T-349/96, *supra* note 165.

272 T-523/97, *supra* note 270.

ments 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 aux seuls mécanismes prévus par le droit étatique. La Cour se positionne même fortement contre l'imposition de la vision du monde de la société majoritaire au détriment de celle des peuples autochtones.

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 étatique²⁷³. Préférant 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 autochtone²⁷⁴. 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 Cour²⁷⁵.

a. *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 torture²⁷⁶. Ces principes feraient l'objet d'un consensus interculturel, puisqu'ils sont reconnus par tous les traités internationaux des droits de la personne et ne peuvent être suspendus même en situation de conflit armé²⁷⁷. Ces

273 T-349/96, *supra* note 165, section II.2.3.

274 T-349/96, *supra* note 165.

275 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión [Cour constitutionnelle, Troisième chambre de révision], Bogotá, 4 décembre 2009, *Sentencia*, T-903/09 (Colombie).

276 T-349/96, *supra* note 165, section II.2.3.

277 *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.

arguments paraissent cependant bien faibles pour soutenir une thèse aussi ambitieuse que celle d'un consensus interculturel²⁷⁸. Il est notamment loin d'être évident que l'existence de traités internationaux permette de déduire le consentement des peuples autochtones, alors qu'ils n'ont pas participé à leur rédaction²⁷⁹. 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 international²⁸⁰. 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 concernée²⁸¹.

Les conflits entre le «noyau dur» et les normes autochtones dont la Cour a traité concernaient tous l'imposition de sanctions physiques par les autorités autochtones²⁸². La Cour a ainsi dû 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 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 durée²⁸³. 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'harmonie²⁸⁴.

278 Bonilla, *supra* note 73 aux pp 175–76; Gómez, *supra* note 6 aux pp 738–39.

279 Bonilla, *supra* note 73 à la p 176; Gómez, *supra* note 6 aux pp 725–29.

280 Sur l'ancrage du régime international de protection des droits de la personne dans la philosophie libérale occidentale, voir notamment Panikkar, *supra* note 54.

281 Voir aussi *ibid.*, pour un exemple de dialogue entre les conceptions occidentales, hindoues et musulmanes de la dignité humaine tenté par Panikkar. En accord avec Santos, «Conception», *supra* note 54.

282 Il s'agit des décisions T-349/96, *supra* note 165; T-523/97, *supra* note 270; Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión [Cour constitutionnelle, Sixième chambre de révision], Bogotá, 15 juillet 2013, *Sentencia*, T-454/13 (Colombie) [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 165; Gómez, *supra* note 6 aux p 744–45. 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 puisse avoir 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 165 section II.2.4.2.1.

283 T-349/96, *supra* note 165 section II.2.4.2.2; T-523/97, *supra* note 270 section III.3.3.3(a).

284 T-523/97, *supra* note 270 section III.3.2. Voir également Botero, «Aproximación», *supra* note 21 aux pp 184–85.

Pour juger de ces affaires, la Cour a 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 torture²⁸⁵, 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.

Ainsi, en retenant l'interprétation européenne 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, «puisque'il ne s'agit pas d'un châtement disproportionné et inutile, et qu'il ne cause pas de dommages physiques ou psychologiques graves» [notre traduction]²⁸⁶. 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 peine dégradante, puisque'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 communauté²⁸⁷.

Dans ces décisions, 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 autochtone²⁸⁸.

285 Comme c'est le cas selon certaines interprétations des droits fondamentaux. Voir Avila, *supra* note 36 à la p 958; Gómez, *supra* note 6 à la p 747.

286 T-349/96, *supra* note 165, section II.2.4.2.2.

287 T-523/97, *supra* note 270 section III.3.3.3.a); T-454/13, *supra* note 282.

288 Gómez, *supra* note 6 à la p 746. L'utilisation du pilori dans les communautés autochtones fait notamment l'objet d'une importante couverture médiatique en Colombie. Voir notamment «Rechazan castigo con cepo a niña indígena» *El Tiempo* (23 juin 2006), en ligne: <www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2077550>; Jaime Vides Feria,

Cette prise en compte de la signification et des effets de la sanction dans le contexte autochtone 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.

b. Les autres droits fondamentaux

Dans certaines circonstances, d'autres droits fondamentaux que ceux constituant le «noyau dur» limitent l'autonomie autochtone²⁸⁹. En effet, selon la Cour, les droits fondamentaux individuels constituent des normes minimales de coexistence sociale et par conséquent sont considérés comme des principes constitutionnels hiérarchiquement égaux à l'autonomie autochtone²⁹⁰. 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 tenant compte des circonstances particulières de chaque cas²⁹¹. 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 fondamentaux²⁹². 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 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 religion²⁹³. Dans les deux cas, les autochtones évangélistes reprochaient aux autorités traditionnelles d'avoir empêché la pratique publique de leur religion et d'avoir fait preuve de discrimination

«Indígena fue castigada 72 horas en cepo por infiel» *El Heraldo* (19 mars 2012), en ligne : <www.elheraldo.co/region/indigena-fue-castigada-72-horas-en-cepo-por-infiel-60893>.

289 T-098/14, *supra* note 164, section II.13.

290 *Ibid.* Cette interprétation a d'abord été développée dans T-254/94, *supra* note 152, puis confirmée dans SU-510/98, *supra* note 170.

291 T-098/14, *supra* note 164, section II.13.

292 *Ibid.*

293 SU-510/98, *supra* note 170; Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión [Cour constitutionnelle, Première chambre de révision], Bogotá, 20 septembre 2001, *Sentencia*, T-1022/01 (Colombie).

lors de la distribution de ressources communales. 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.

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, elle 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.

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 prévoyant explicitement la nécessité d'établir un dialogue avec celle-ci afin que les juges puissent élargir leur perspective culturelle²⁹⁴. 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 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 ceux s'étant convertis—la foi de ces derniers ne pouvant justifier le non-respect des règles de la communauté. Se faisant, la Cour a trouvé des cercles de réciprocité entre les cultures juridiques étatique et autochtones.

IV. CONCLUSION

L'analyse des termes et de la mise en œuvre de la reconnaissance étatique de l'autonomie judiciaire autochtone a permis l'identification

²⁹⁴ 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 170.

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.

La sociabilité de la réconciliation se manifeste par 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, l'article 246 réaffirme la supériorité du droit étatique en prévoyant que l'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone est subordonné à la Constitution et aux lois. Par ailleurs, plusieurs des principes interprétatifs établis par la Cour constitutionnelle, notamment quant aux conditions d'exercice de l'autonomie judiciaire autochtone, réaffirment la supériorité du droit étatique. C'est le cas notamment de la condition de respect des normes et procédures internes par les autorités autochtones que la Cour a interprétées comme incluant les notions de prévisibilité et de «*debido proceso*» propres au droit étatique. Il en va de même 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, au développement 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 étatiques et autochtones. Cette responsabilité revient donc aux institutions étatiques, lesquelles décident 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 autochtones²⁹⁵. Rien ne les oblige non plus à prendre en considération la perspective des communautés autochtones lorsqu'ils traitent d'une affaire les

295 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. Voir Ponce et Rueda, *supra* note 71 aux pp 128–29, 140–42.

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 constitutifs, de même que l'inscription de plusieurs droits collectifs importants dans le texte constitutionnel, témoigne 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.

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 autochtones 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 réhabilitation²⁹⁶. 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 dans le cas d'épineuses tensions entre l'autonomie autochtone et certains

296 Voir Avila, *supra* note 36, aux pp 953–56 sur les différences entre les objectifs des cultures juridiques étatiques 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 Maira Rocha Machado, dir, *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013 à la p 51.

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 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 décision²⁹⁷. 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 effet 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 décisions étudiées n'indiquent pas non plus que la destruction ou la marginalisation des cultures juridiques autochtones seraient légitimées 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 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

297 Rueda, *supra* note 137 aux pp 344-47.

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'elles la désirent et en postulent la nécessité absolue pour rendre acceptable la situation d'une forte proportion de l'humanité²⁹⁸. 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»²⁹⁹.

Un des intérêts d'étudier l'expérience colombienne réside également dans le fait d'inverser le sens habituel des contributions intellectuelles afin de faire connaître et de valoriser une expérience du Sud. Ainsi, 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 distincte³⁰⁰, 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*³⁰¹, seules les nations autochtones ayant conclu des ententes d'autonomie gouvernementale avec l'État ont obtenu le pouvoir d'adopter des lois et de les appliquer³⁰². Or, seules dix-huit nations autochtones sont visées par ces ententes conclues depuis le début du processus de négociation en 1973³⁰³. De plus, les compétences législatives et judiciaires prévues à ces ententes se limitent à certaines matières, notamment culturelles, sociales, familiales, fiscales et

298 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». Voir Santos, «Épistémologies», *supra* note 33 aux pp 25-27.

299 *Ibid* à la p 21.

300 Voir généralement John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010; Hadley Friedland, «IBA Accessing Justice and Reconciliation Project: Final Report» *Association du Barreau Autochtone* (4 février 2014), à la p 2, en ligne: Indigenous Law Research Unit <www.indigenousbar.ca/indigenoulaw/wp-content/uploads/2013/04/iba_ajr_final_report.pdf>.

301 *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5, art 81(1).

302 Voir généralement Ghislain Otis, «La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada» (2009) 54:2 *RD McGill* 237.

303 Affaires autochtones et du Nord Canada, «Revendications globales» *Gouvernement du Canada*, en ligne: <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100030577/1100100030578>.

territoriales³⁰⁴. D'autres matières sont expressément exclues des négociations, dont le droit criminel³⁰⁵. Enfin, 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 prévus³⁰⁶.

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 ou nuisant au dialogue interculturel. 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 transposer 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.

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

305 Affaires Autochtones et 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» *Gouvernement du Canada*, en ligne: <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844>.

306 Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence: les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p 255.

