

Enjeux et implications des droits autochtones dans les réformes constitutionnelles en Amérique du Sud

Marco Aparicio Wilhelmi
Chercheur et professeur
Universitat de Girona
Gérone, Espagne
marco.aparicio@udg.edu

L'État en question

Depuis sa propre création, l'État moderne et le Droit d'État ont été remis en question par ceux qui ont vu en eux un instrument de domination dans un processus constant d'amélioration. Aujourd'hui, dans la manière dont ils font face à la crise financière et écologique, une telle critique est redoublée et les groupes qui y participent s'élargissent.

"Nous ne représentons pas"

Si nous regardons les slogans et les propositions faites dans les mobilisations sociales qui ont eu lieu en Espagne ces derniers mois, on note une coïncidence fascinante avec le contenu des revendications des peuples autochtones : à partir du slogan « ils ne nous représentent pas », de nombreuses propositions d'action se concentrent non pas tant sur l'amélioration des canaux de représentation, que sur la création d'espaces collectifs qui permettent de générer de l'autogestion, l'autonomie, l'autoprotection des droits.

Mémoires du sous-développement

La puissance des pratiques de réponse des peuples autochtones à l'État mettent en évidence le sous-développement dans lequel nous nous trouvons dans le soi-disant premier monde. La perte des institutions sociales, leur cooptation pour ne pas dire leur anéantissement, ont abouti à ce que la réaction sociale face à l'attaque à la fonction sociale de l'État doive d'abord s'affronter à la nécessité d'articuler collectivité et institutionnalité sociale (i.e. les institutions communautaires et sociales), « d'en bas ».

Dans ce contexte, un regard sur les processus de lutte pour les droits des peuples autochtones devient encore plus nécessaire. La présente communication prétend réaliser ce regard à travers les transformations constitutionnelles survenues en Amérique latine ces dernières décennies, offrant une attention particulière sur la Constitution bolivienne de 2009 puisqu'elle suppose un saut qui pourrait même résulter comme paradigmatique.

Limites du constitutionnalisme multiculturel libéral

Entre 1987 et 2001 la plupart des pays latino-américains se sont engagés sur la voie de ce qu'on a appelé le « constitutionnalisme multiculturel ». Il est vrai que la presque totalité des textes constitutionnels existants aujourd'hui ont intégré des références au caractère multiculturel et multiethnique de la « société nationale », et des reconnaissances plus ou moins larges de droits spéciaux pour les membres des peuples autochtones. Cependant, la reconnaissance de la pluralité n'a pas conduit à une réforme pluraliste de l'organisation institutionnelle et des modes de production juridique, et est loin de surmonter le décalage entre la réalité formelle (un État-nation fondé sur une société homogène) et factuelle (une société multiculturelle et un pluralisme politique et juridique).

En effet, il est commun aux constitutions actuellement en vigueur que la reconnaissance de la présence des peuples ou communautés autochtones ne comporte pas l'assurance normative d'une position juridique déterminée de certains droits collectifs. Il y a une reconnaissance de

l'existence des peuples autochtones et de leur identité singulière, mais l'effectivité des droits annoncés dépend presque entièrement d'une réglementation ultérieure d'institutions étatiques d'ordre mono-culturel. Il n'existe pas, par conséquent, des droits constitutionnels collectifs.

En bref, les droits collectifs ne sont pas reconnus comme d'authentiques droits subjectifs, mais sont établis comme une concession du pouvoir politique au groupe d'exercer un certain degré d'autonomie, basé sur le respect de certaines manifestations de leur propre culture (langue, coutumes, traditions, ou formes d'organisation sociale, etc., souvent sémantiquement configurées comme des « droits »). Cette reconnaissance est toujours soumise aux droits individuels : l'argument des droits humains assume la fonction homogénéisatrice que jouaient auparavant les idées de « développement » et de « culture nationale ».

La faible et rare mise en application des droits autochtones reconnus a été constatée ces dernières décennies avec l'évolution de la réglementation internationale sur le libre échange et la marchandisation des ressources naturelles, à partir d'un ensemble de mécanismes juridiques internationaux exécutifs frontalement incompatibles avec le respect des droits autochtones en matière d'accès et de contrôle du territoire, des ressources, de la biodiversité et des connaissances traditionnelles.

Constitutionnalisme dialogique

Le fait que l'ensemble des réformes constitutionnelles menées en Amérique latine n'implique pas un changement de paradigme a été suffisamment établi. Pourtant, alors que les exemples du constitutionnalisme *garantiste*, il est aussi vrai que ces réformes sont appréciables en tant qu'elles sont des avancées substantielles, en raison de l'incorporation des sujets et des droits collectifs au centre du discours juridique, cette question ne devrait définitivement plus être matière à débat après l'adoption de la Déclaration sur les Droits des peuples autochtones dans les Nations Unies (2007).

Mais il est important de souligner qu'en aucun cas, un authentique principe d'égalité entre les différentes cultures n'a été établi comme point de départ d'un principe de régulation constitutionnelle. Aucun des États qui ont reconnu la diversité culturelle n'a renoncé à préserver la primauté d'une culture sur les autres.

Même la Constitution équatorienne de 2008 devrait être située dans un tel cadre du constitutionnalisme *garantiste* : malgré la portée de la reconnaissance des droits et des sujets, les objectifs ambitieux de transformation sociale ne semblent pas viser une remise en cause du modèle monoculturel de l'institutionnalité et de l'ordre juridique.

En réalité, il n'y aura de changement de paradigme constitutionnel que lorsque seront réunies les conditions pour laisser de côté le modèle *garantiste* et en arriver à un modèle de *constitutionnalisme dialogique*¹ : un constitutionnalisme fondé sur une véritable reconnaissance de l'égalité entre les cultures. Dans une telle situation, les différents sujets collectifs devraient être en mesure d'engager un dialogue interculturel équilibré à partir duquel on progresse graduellement vers la création de paramètres axiologiques partagés.

La Bolivie comme avant-garde

Nous pouvons certainement trouver le germe de tout ceci dans le processus constitutionnel bolivien. Bien qu'il connaisse un premier résultat : la Constitution adoptée par référendum en 2009, on ne peut pas dire qu'il s'agisse d'un processus fermé. Malgré d'importantes réductions dans le texte constitutionnel finalement approuvé, comme autant de « péages »

¹ Je prends l'adjectif d'Agustín Grijalva qui l'emploie pour se référer à la manière dont les propositions de l'interculturalité et la plurinationalité doivent transformer le constitutionnalisme dans un sens dialogique, concrétisant et garantiste. Cf. Grijalva, A. (2008), "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008", *Ecuador Debate*, núm. 75, pp. 49-62.

pour débloquent le processus², il s'agit d'une étape importante dans le développement d'un constitutionnalisme véritablement pluraliste et inclusif.

Considérons le contenu de certaines de ses dispositions. Dans le premier article, l'objectif marqué dans le Préambule consistant à refonder la Bolivie comme État plurinational, commence à se concrétiser, en établissant la forme de l'État comme suit : *«La Bolivie est un État Unitaire Social de Droit Plurinational Communautaire, libre, indépendant, souverain, démocratique, interculturel, décentralisé et avec des autonomies. La Bolivie se fonde sur la pluralité et le pluralisme politique, économique, juridique, culturel et linguistique, au sein du processus intégrateur du pays ».*

Son second article stipule ce qui est à la base de la pluralité prescrite : *«Compte tenu de l'existence précoloniale des nations et des peuples autochtones originaires et paysannes et leur maîtrise (dominio) ancestrale sur leurs territoires, l'autodétermination est garantie dans le cadre de l'unité de l'État, qui consiste en leur droit à l'autonomie, à l'auto-gouvernement, à leur culture, à la reconnaissance de leurs institutions et à la consolidation de leurs entités territoriales, conformément à la présente Constitution et à la loi ».*

Par la suite, dans l'article 9.1, il est établi parmi les objectifs et les fonctions essentielles de l'État de *« constituer une société juste et harmonieuse, cimentée dans la décolonisation, sans discrimination ni exploitation, avec pleine justice sociale, pour consolider les identités plurinationales ».* Le droit à la libre-détermination et la territorialité est réaffirmé dans la liste des droits *« des nations et des peuples autochtones originaires paysans »* (art. 30. II).

Les peuples autochtones dans l'État

Au-delà de la reconnaissance du droit à la libre-détermination, la principale nouveauté et le changement de paradigme qu'offre la Constitution bolivienne, est le droit des peuples autochtones *« à ce que leurs institutions fassent partie de la structure générale de l'État »* (art. 30 II.5).

L'horizon de cette prévision, si elle devait se réaliser, renverserait la logique traditionnelle de l'opposition entre l'État et peuples autochtones. La Constitution développe cette disposition à travers la reconnaissance d'institutions propres et d'institutions partagées. Les autonomies autochtones sont des institutions propres, dans la mesure où *« l'auto-gouvernement des autonomies autochtones originaires paysannes s'exerce en fonction de leurs normes, institutions, autorités et procédures, conformément à leurs attributions et compétences, en harmonie avec la Constitution et la loi »* (art. 292). De même, dans la régulation de l'Organe judiciaire, la Constitution stipule qu'elle est formée par les juridictions ordinaire, agro-écologique et autochtone (originaire paysanne), régies par le principe d'égalité hiérarchique et, par conséquent, non-revisibilité (art. 179.II). Parallèlement à ces institutions particulières ou propres des différentes réalités culturelles qui composent la Bolivie, des institutions partagées apparaissent, notamment les institutions plurinationales : l'Assemblée Législative Plurinationale et Le Tribunal constitutionnel plurinational.

Plurinationalité, Interculturalité et Décolonisation

La Constitution bolivienne dessine les éléments d'un nouveau paradigme constitutionnel fondé sur trois principes étroitement liés : la *plurinationalité*, l'*interculturalité* et la *décolonisation*. Il s'agit, si tant est qu'elles sont effectivement développées, des piliers du constitutionnalisme dialogique dont nous avons déjà parlé.

² Suite au blocus dont souffrit le processus constituant en raison de l'abandon de l'opposition de l'Assemblée Constituante réunie à Sucre et des actions de déstabilisation impulsées depuis des secteurs conservateurs, le gouvernement de Evo Morales a impulsé une négociation qui mit fin à la modification d'environ cent articles du texte initialement approuvé.

Nous pouvons très brièvement souligner la transcendance de chacun des principes ci-dessus. La *plurinationalité* est le concept qui sert à surmonter la référence, commune dans les constitutions réformées dans les années 1990, à la *pluriculturalité*. Cette mesure prétend établir la dimension politique et prescriptive de la reconnaissance de l'existence de différentes cultures ou groupes culturels. Face à la compréhension descriptive de l'existence de différentes cultures, dans le sens déjà indiqué plus haut, la plurinationalité pousseraient vers des transformations des structures institutionnelles et juridiques de l'État. On trouverait des preuves de cela dans des éléments déjà mentionnés : la proclamation de l'égalité hiérarchie de la juridiction autochtone par rapport à l'ordinaire (art. 179 II) ou, plus généralement, le droit des « *nations et les peuples autochtones paysans* » à ce que « *leurs institutions fassent partie de la structure générale de l'État* » (art. 30 II 5).

Cette plurinationalité, de dimension politique et prescriptive, doit promouvoir nécessairement le passage du multiculturalisme libéral au « style *Kymlicka* » (Kymlicka, 1996) vers l'interculturalité, c'est-à-dire vers la création d'espaces partagés dans lesquels le dialogue entre égaux peut conduire à la construction d'un *noyau commun* (Tapia, 2006), à une synthèse des perspectives différentes mais capables de se rencontrer pour former une base de décisions collectives. Cette dimension se manifesterait dans la conception d'institutions communes, partagées, telles que l'Assemblée Législative Plurinationale ou le Tribunal Constitutionnel Plurinational.

La décolonisation, c'est cela, le dépassement des dynamiques séculaires de domination et d'exclusion socio-culturelle, apparaîtrait alors comme la conséquence, et en même temps le moteur de la mise en marche des axes de la plurinationalité et de l'interculturalité.

Un constitutionnalisme de transition

Les piliers du constitutionnalisme dialogique seraient donc inscrits dans la Constitution bolivienne. Pourtant, comme l'on sait, pour savoir la portée dudit changement de paradigme, il serait insuffisant de rester dans l'analyse uniquement juridique positive. Plus que cela, le texte constitutionnel comporte en son sein des éléments visant ce changement et à la fois d'autres aspects ancrés dans la plus pure tradition constitutionnelle libérale. Elle offre ainsi un panorama d'intense promiscuité, un amalgame de facteurs en tension qui nous conduisent à parler d'un constitutionnalisme *expérimental* (De Sousa Santos, 2007) et *transitionnel*. Une bonne preuve de cela existe avec la complexe conjonction d'adjectifs qui accompagnent la définition de la forme d'État dans l'article 1 de la Constitution³.

Mais comme l'on sait aussi, il est nécessaire de regarder au-delà de la Constitution, c'est-à-dire, son développement législatif et son application concrète. A ce niveau, et sans pouvoir entrer dans une analyse plus détaillée, après un peu plus de deux années de fonctionnement de la nouvelle Constitution, on peut noter que le développement législatif a opté pour une orientation restrictive de la portée des principes de pluri-nationalité, interculturalité et décolonisation.

Un exemple de cette attitude restrictive est le référé à la Loi de du Tribunal Constitutionnel Plurinational (Loi 027 du 6 Juillet 2010), qui a rejeté la possibilité, évoquée dans certains textes initiaux, de situer le même nombre de magistrats ou magistrats représentants des juridictions ordinaires et autochtones originaires paysannes. L'article 13.2 stipule expressément que sur un total de sept « *au moins deux Magistrat(e)s proviendront du système autochtone originaire paysan* ». Un autre exemple, dans la même ligne, est celui qu'offre la Loi 026 du Régime Électoral (loi 026 du 30 Juin 2010) qui, pour le Congrès, établit un total de neuf circonscriptions départementales pour Député(e)s plurinominaux, soixante-dix

³ Article 1 : « La Bolivie constitue un État Unitaire Social de Droit Plurinational Communautaire, libre, indépendant, souverain, démocratique, interculturel, décentralisé et avec des autonomies ».

circonscriptions uninominales pour Député(e)s et sept circonscriptions spéciales pour député(e)s autochtones originaires paysans (art. 50 I).

Il est vrai que l'analyse ne peut s'arrêter uniquement sur la question numérique ni sur le lieu subordonné où sont laissés les peuples autochtones. Ainsi, par rapport à la création d'une juridiction constitutionnelle plurinationale et interculturelle, une régulation fondamentale est celle qui se réfère à la répartition de cadres en vigueur dans chacune des juridictions, qu'établit la Loi de Délimitation Juridictionnelle (Loi 073 du 29 décembre 2010), alors que la question électorale ne peut pas être séparée de sa relation avec le poids accordé aux autres formes de participation démocratique et, surtout, avec la capacité de compétence que peuvent assumer les autonomies autochtones à partir de la Loi-cadre des Autonomies et Décentralisation (Loi 031 du 19 Juillet 2010).

La dispute pour la représentation de la plurinationalité

Même en signalant la nécessité d'une analyse plus large, actuellement le constat du tournant restrictif décrit nous amène à signaler que le débat aujourd'hui se situe non pas tant autour des termes mêmes de la réalisation de la plurinationalité, qu'autour de la dispute pour la représentation de la plurinationalité. En d'autres termes, le problème de la création d'institutions qualifiées de plurinationales n'est pas tant qu'elles se révèlent insuffisantes et restrictives, et que, par conséquent, elles puissent et doivent être améliorées en ce sens. Le problème est que de telles institutions sont présentées comme les espaces même de la plurinationalité, en marges desquels il n'y a pas de dialogue ou de débat entre les différentes composantes de cette réalité plurinationale. Ainsi, le risque existe que d'autres espaces de participation indispensables soient acculés, puisqu'ils sont aussi légalement par mandat constitutionnel et normes internationales, des processus de consultation préalable aux peuples autochtones. Ce qui, sans aller très loin, est arrivé avec différentes décisions concernant l'exploitation des ressources naturelles, et même avec le processus d'élaboration des mêmes lois institutionnelles mentionnées – à l'exception de la Loi de Délimitation Juridictionnelle –, sous prétexte qu'une fois que l'État est plurinational, la représentation d'une *volonté générale* se manifeste nécessairement à travers la volonté, *interculturelle*, exprimée par ses institutions. Sans interroger la nécessité de la dénonciation des freins et des blocages existants, cela vaut la peine de noter que les deux processus, celui bolivien et celui de l'ensemble des transformations dans la relation entre l'État, le Droit et les peuples autochtones, doivent être considérés au-delà la vision en termes de résultats et à court terme. C'est seulement alors que nous nous rendrons compte plus clairement combien la décolonisation est un moteur et, bien que certainement de manière plus timide que ce qui est annoncé, un effet : les dimensions du débat, l'émergence de nouveaux protagonistes, la valorisation de réalités oubliées jusqu'à récemment, pour ne pas dire frontalement stigmatisées et rejetées comme des signes de retard culturel, etc., nous parlent d'un contexte différent qui, s'il se renforçait, étayerait les conditions matérielles d'un constitutionnalisme véritablement inclusif, un constitutionnalisme de dialogue entre égaux.

Bibliographie

- DE SOUSA SANTOS, B. (2007), *La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional*, CENDA-CEJIS-CEDIB, Cochabamba.
- GRIJALBA, A. (2008), "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008", *Ecuador Debate*, n° 75, pp. 49-62.
- KYMLICKA, W. (1996), *Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona.
- TAPIA, L. (2006), *La invención del núcleo común. Ciudadanía y gobierno multisocietal*.