

L'importance des peuples autochtones et afro-descendants dans la construction de la notion de communauté en droit colombien

Anabel Riaño Saad

Volume 50, Number 1-2-3, 2020–2021

Actes des colloques internationaux : communautés et pratiques communautaires

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1088130ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1088130ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Riaño Saad, A. (2020). L'importance des peuples autochtones et afro-descendants dans la construction de la notion de communauté en droit colombien. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 50(1-2-3), 101–132. <https://doi.org/10.7202/1088130ar>

Article abstract

Cultural diversity is a characteristic feature of Colombia. Its entrenchment in the Constitution of 1991 was a decisive step towards the recognition of indigenous peoples and afro-descendants as communities deserving special protection. Such recognition is truly consequential in that, today, it is accepted that these communities are collective subjects with fundamental rights. Moreover the Colombian Constitutional Court has been careful to make clear that these fundamental rights are not equivalent to the individual rights that each member of the collective enjoys, stressing that these rights are not to be equated with the collective rights of other groups of people. This specific treatment granted to indigenous people and afro-descendants invites debate on the essential criteria that enable the characterization of a given community as well as the implications of recognizing such communities as legal entities.

L'importance des peuples autochtones et afro-descendants dans la construction de la notion de communauté en droit colombien

par Anabel RIAÑO SAAD*

La diversité culturelle est un trait caractéristique de la Colombie. Sa consécration expresse dans la Constitution de 1991 a été un pas décisif vers la reconnaissance des peuples autochtones et afro-descendants en tant que communautés méritant une protection spéciale, ce qui n'est pas anodin. En effet, c'est grâce à cette reconnaissance qu'aujourd'hui il est acquis que ces communautés sont des sujets collectifs titulaires de droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle colombienne a, en outre, pris soin de préciser que ces droits fondamentaux ne sont pas équivalents aux droits individuels dont bénéficie chacun de leurs membres et a insisté sur le fait que de tels droits ne sont pas assimilables aux droits collectifs d'autres groupes humains. Ce traitement spécifique accordé aux autochtones et afro-descendants constitue le point de départ d'une réflexion approfondie portant sur les critères essentiels permettant de caractériser une communauté ainsi que les implications de lui reconnaître le statut de sujet de droit particulier.

* Enseignante-chercheuse, Université Externado de Colombie; avocate et spécialiste en matière de responsabilité et de dédommagement, Université Externado de Colombie; titulaire d'un diplôme supérieur d'université (DSU) en droit civil et d'un master en droit privé général, Université Panthéon-Assas (Paris II); docteur en droit, Universités Panthéon-Assas (Paris II) et Externado de Colombie (courriel : anabel.riano@uexternado.edu.co).

Cultural diversity is a characteristic feature of Colombia. Its entrenchment in the Constitution of 1991 was a decisive step towards the recognition of indigenous peoples and afro-descendants as communities deserving special protection. Such recognition is truly consequential in that, today, it is accepted that these communities are collective subjects with fundamental rights. Moreover the Colombian Constitutional Court has been careful to make clear that these fundamental rights are not equivalent to the individual rights that each member of the collective enjoys, stressing that these rights are not to be equated with the collective rights of other groups of people. This specific treatment granted to indigenous people and afro-descendants invites debate on the essential criteria that enable the characterization of a given community as well as the implications of recognizing such communities as legal entities.

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| Introduction | 105 |
| I. La reconnaissance des communautés autochtones et afro-descendantes en tant que sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale | 108 |
| A) Les critères de qualification d'une communauté en tant que sujet collectif bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale..... | 111 |
| B) Les raisons d'une protection constitutionnelle spéciale... | 115 |
| II. La portée de la conception des communautés autochtones et afro-descendantes en tant que sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale | 118 |
| A) La reconnaissance de droits fondamentaux aux communautés autochtones et afro-descendantes par la Cour constitutionnelle colombienne | 118 |
| B) La protection juridique renforcée des communautés autochtones et afro-descendantes..... | 127 |
| Conclusion | 131 |

Introduction

Le multiculturalisme est une réalité en Colombie. Parmi les principaux groupes hétérogènes qui composent le pays, mentionnons les peuples autochtones et afro-descendants. D'après le dernier recensement du Département national des statistiques réalisé en 2018, il y aurait 1 905 617 autochtones et 4 506 783 afro-descendants, des chiffres qui représentent respectivement 4,4 % et 9,3 % de la population totale¹.

Cependant, malgré l'importance de cette diversité culturelle, celle-ci n'a été expressément consacrée qu'à partir de la Constitution politique de 1991² qui a reconnu aux peuples autochtones et afro-descendants un ensemble de droits afin de garantir leur protection ainsi que de promouvoir la diversité ethnique et culturelle. Parmi les droits qui ont été éternisés, signalons-en quatre en particulier : le droit de propriété collective³, le droit à la préservation des droits linguistiques⁴, le droit à une juridiction spéciale⁵ et le droit à la consultation préalable⁶ (ces deux derniers droits étant uniquement reconnus aux peuples autochtones).

¹ Voir, à ce propos : Licensa SALAZAR, « ¿Cuántos somos los negros en Colombia? », *África Fundación Sur*, 21 février 2020, en ligne : <<http://www.africafundacion.org/spip.php?article36410>>.

² Daniel BONILLA MALDONADO, « Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano », (2003) *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2001)*, en ligne : <<https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/06/LOS-DERECHOS-FUNDAMENTALES-Y-LA-DIFERENCIA-CULTURAL-ANA%CC%81LISIS-DEL-CASO-COLOMBIANO.pdf>>.

³ Voir, par exemple, la *Constitución Política de la República de Colombia*, 1991, art. 63 : « les biens à usage public, les parcs naturels, les *resguardos* [réserves], le patrimoine archéologique de la Nation et les autres biens déterminés par loi sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables ». À noter que toutes les traductions sont de nous.

⁴ « Le castellan est la langue officielle de la Colombie. Les langues et dialectes des groupes ethniques sont également officiels sur leurs territoires. L'enseignement dans les communautés ayant leurs propres traditions linguistiques sera bilingue » : *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, art. 10.

⁵ Voir à ce propos la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, art. 246 : « Les autorités des peuples autochtones peuvent exercer des fonctions juridictionnelles dans les limites de leur compétence territoriale, conformément à leurs propres règles et procédures, à condition qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois de la République. La loi

Une telle consécration, formelle et explicite, des droits en question a constitué le point de départ d'un développement jurisprudentiel important qui a permis une réelle protection de ces peuples. En effet, la Cour constitutionnelle colombienne n'a pas hésité à affirmer que les communautés autochtones et afro-descendantes étaient des sujets de droits fondamentaux, lesquels ne sont pas équivalents aux droits individuels dont bénéficie chacun de leurs membres, et à insister sur le fait que ces droits ne sont pas assimilables aux droits collectifs d'autres groupes humains⁷. Précisément, la Cour constitutionnelle colombienne a reconnu que les peuples autochtones et afro-descendants étaient des sujets collectifs titulaires de droits fondamentaux. Par ailleurs, même si, selon la lettre du texte constitutionnel, certains droits sembleraient consacrés exclusivement en faveur des communautés autochtones, la Cour constitutionnelle les a aussi reconnus, en partie, au bénéfice des peuples afro-descendants⁸; d'autres droits restent, néanmoins, cantonnés aux communautés autochtones⁹.

établira les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire national. »

⁶ En ce sens, le dernier alinéa de l'article 330 de la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, prévoit que « l'exploitation des ressources naturelles dans les territoires autochtones se fera sans porter atteinte à l'intégrité culturelle, sociale et économique des communautés autochtones. Dans les décisions adoptées concernant ladite exploitation, le Gouvernement favorisera la participation des représentants des communautés respectives ».

⁷ *Décision C-463*, 2014 Cour constitutionnelle colombienne, María Victoria Calle Correa (magistrate rapporteuse), *Marco normativo de la diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia*, spéc. n° 8. Dans le même sens : *Décision T-380*, 1993 Cour constitutionnelle colombienne, Eduardo Cifuentes Muñoz (magistrat rapporteur), *La comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales*, spéc. n° 8. En ce qui concerne les peuples afro-descendants : *Décision T-576*, 2014 Cour constitutionnelle colombienne, Luis E. Vargas Silva (magistrat rapporteur), *La protección de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y de sus comunidades en la jurisprudencia constitucional*, spéc. n° 3.22 et suiv.

⁸ C'est le cas, par exemple, du droit à la consultation préalable : *Décision C-253*, 2013 Cour constitutionnelle colombienne, Mauricio González Cuervo (magistrat rapporteur); *Décision T-414*, 2015 Cour constitutionnelle colombienne, Luis Guillermo Guerrero Pérez (magistrat rapporteur).

⁹ *Infra*, I. A).

Le fait d'admettre que les peuples autochtones et afro-descendants sont des sujets collectifs titulaires de droits fondamentaux peut paraître étonnant au premier abord dans la mesure où, selon une conception traditionnelle, il n'est possible de reconnaître de tels droits qu'au bénéfice de personnes physiques ou morales¹⁰. Cependant, une telle conception est également celle qui a été retenue au sein du système interaméricain de protection des droits de l'Homme¹¹ qui a pu influencer la position de la Cour constitutionnelle colombienne. Outre la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, adoptée en 1989 par l'Organisation internationale du travail (OIT), qui intègre le bloc de constitutionnalité¹², l'influence des positions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) comme de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH)¹³ est effectivement indéniable. En résulterait-il que

¹⁰ Dora Cecilia SALDARRIAGA GRISALES, *Comunidad indígena Arhuaca: ¿Derechos culturales, derechos epistémicos?*, Medellín, Unaula, 2018, p. 119.

¹¹ Juan Pablo VISMARA, « Pueblos indígenas y derechos colectivos. La consulta previa como garantía esencial para el resguardo de los derechos indígenas. La nueva jurisprudencia de la Corte IDH », (2013) 2 *Derechos humanos* 77, en ligne : <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34437.pdf>>.

¹² Sur le fondement des articles 93 et 94 de la Constitution politique de 1991, la Cour constitutionnelle a bel et bien reconnu que « le bloc de constitutionnalité est composé de normes et principes qui, sans figurer formellement dans les articles du texte constitutionnel, sont utilisés comme paramètres du contrôle de constitutionnalité des lois, puisqu'ils ont été intégrés normativement dans la Constitution » (*Décision C-578*, 1995 Cour constitutionnelle colombienne; *Décision C-358*, 1997 Cour constitutionnelle colombienne; *Décision C-191*, 1998 Cour constitutionnelle colombienne, Eduardo Cifuentes Muñoz (magistrat rapporteur). De plus, comme nous aurons l'occasion de le développer plus loin, la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989 (1991) (ci-après « Convention n° 169 »), de l'OIT concernant les peuples autochtones et tribaux intègre ce bloc de constitutionnalité.

¹³ En ce sens, de nombreuses décisions de la Cour constitutionnelle colombienne en matière de reconnaissance des peuples autochtones et afro-descendants font référence à la position de la Cour IDH. Voir notamment : *Décision T-063*, 2019 Cour constitutionnelle colombienne, Antonio J. Lizarazo (magistrat rapporteur), *La consulta previa es exigible, en esencia, ante la afectación directa*, spéc. 10.2.2.; *Décision SU-217*, 2017 Cour constitutionnelle colombienne, María V. Calle Correa (magistrate rapporteuse), *Participación, consulta previa y consentimiento desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Reiteración de jurisprudencia*, spéc. n° 134 et suiv.; *Décision T-661*, 2015 Cour

les communautés, à tout le moins autochtones et afro-descendantes, seraient des sujets de droit particuliers différents des personnes physiques et morales? Le cas échéant, quelles sont les implications de la reconnaissance de cette catégorie singulière de sujets de droit?

L'idée principale, à cet égard, est de montrer que plusieurs modifications législatives, faisant suite à la ratification de la Convention n° 169 en 1989 et à l'entrée en vigueur de la Constitution politique en 1991, ont conduit à un changement de paradigme permettant la reconnaissance des communautés autochtones et afro-descendantes en tant que sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale (partie I), statut qui n'est pas sans conséquences pratiques importantes. En effet, c'est grâce à cette consécration particulière que la Cour constitutionnelle a admis que ces peuples étaient titulaires d'un certain nombre de droits fondamentaux et qu'ils méritaient une protection particulière par rapport à d'autres groupes humains. Pour cette raison, nous croyons pertinent de nous pencher sur la portée d'une telle conception (partie II), avant de déterminer, dans notre conclusion, les possibles incidences de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur la notion même de « communauté » en droit colombien.

I. La reconnaissance des communautés autochtones et afro-descendantes en tant que sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale

Avant l'entrée en vigueur de la Constitution politique de 1991, les communautés autochtones et afro-descendantes n'étaient pas complètement ignorées. La Colombie avait ratifié, à travers la loi 31 de 1957, la *Convention (n° 107) relative aux populations autochtones et tribales*, soumise en 1957 par l'OIT. Cependant, l'approche des communautés autochtones retenue dans ce texte international était fort critiquable. Comme Dora Cecilia Saldarriaga Grisales l'a signalé, elles y

constitutionnelle colombienne, María V. Calle (magistrate rapporteuse), spéc. n° 20 et suiv.; *Décision T-052*, 2017 Cour constitutionnelle colombienne, Gabriel E. Martelo (magistrat rapporteur), *Sustento normativo y jurisprudencial*, spéc. 1.2.

étaient envisagées en tant que « sociétés temporaires appelées à disparaître avec le temps et la modernisation¹⁴ ». Plus précisément, une lecture des différentes dispositions de cette convention témoigne d'un objectif d'intégration de ces communautés à la société majoritaire¹⁵.

Ce n'est qu'avec la ratification par la Colombie de la Convention n° 169, à travers la loi 21 de 1991, qu'un changement de paradigme à l'égard des peuples autochtones et afro-descendants a commencé à se faire sentir. De plus, cette confirmation a eu lieu presque de manière simultanée avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution politique de 1991 actant la diversité culturelle et ethnique du pays, coïncidence qui a sans doute joué en faveur d'une telle évolution conceptuelle.

La Convention n° 169 est l'un des plus importants instruments internationaux de défense des droits des peuples autochtones et tribaux¹⁶. À la différence de la Convention n° 107, cette convention « a institué la catégorie de peuples autochtones et non de simples populations. Elle

¹⁴ D.C. SALDARRIAGA GRISALES, préc., note 10, p. 114.

¹⁵ Par exemple, dans le préambule de la *Convention (n° 107) relative aux populations autochtones et tribales*, 26 juin 1957 (1959) (ci-après « Convention n° 107 »), on peut lire que « l'adoption, en la matière, de normes internationales d'un caractère général sera de nature à faciliter l'action indispensable pour assurer la protection des populations dont il s'agit, leur intégration progressive dans leurs communautés nationales respectives et l'amélioration de leurs conditions de vie ou de travail ». Dans le même sens, l'article 2 (1) énonce qu'« il appartiendra principalement aux gouvernements de mettre en œuvre des programmes coordonnés et systématiques en vue de la protection des populations intéressées et de leur intégration progressive dans la vie de leurs pays respectifs ». Enfin, mentionnons son article 24 qui est assez révélateur de l'esprit de la Convention n° 107 : « L'enseignement primaire devra viser à donner aux enfants appartenant aux populations intéressées des connaissances générales et des aptitudes qui les aideront à s'intégrer dans la communauté nationale » (l'italique est de nous).

¹⁶ Frank SEMPER, « Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional », dans Jan WOISCHNIK (dir.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Mexico, Universidad Autónoma de México, 2006, p. 761, à la p. 763, en ligne : <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=871a16c7-57d7-7755-f0be-a36421a780e3&groupId=271408>.

promeut la protection de la diversité ethnique et culturelle, tout en soulignant que ces peuples ont un caractère permanent et pas seulement temporaire¹⁷ ».

Voici l'opinion de Gabriel Bustamante Peña quant à la Constitution politique de 1991 :

[E]lle vise à rompre avec plus d'un siècle d'imposition et de configuration de l'État et de la société elle-même, dans une perspective monoculturelle (hispanique), monoreligieuse (catholique) et monolinguisque (espagnole). Dans la nouvelle Constitution politique, le pays a reconnu sa composition multiethnique et multiculturelle et a posé cette condition au début et comme pilier de l'État de droit social et démocratique en Colombie, qui a remplacé l'État libéral¹⁸.

Ainsi, différentes dispositions constitutionnelles, à commencer par l'article premier qui qualifie l'État colombien de « République pluraliste », ou encore l'article 7 consacrant le principe selon lequel l'État « reconnaît et protège la *diversité ethnique et culturelle* de la nation colombienne », ont servi de fondement à une évolution vers la reconnaissance des peuples autochtones et afro-descendants en Colombie (l'italique est de nous).

À partir de cette base normative, la Cour constitutionnelle colombienne a posé les fondements juridiques permettant de qualifier les peuples autochtones et afro-descendants de sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale en précisant certains éléments propres à ce statut (A). Néanmoins, en dépit de leur importance, la seule constatation de ces éléments n'est pas suffisante pour expliquer la protection particulière accordée à ces communautés. Aussi s'avère-t-il indispensable de considérer plus longuement les raisons d'être d'une telle protection (B).

¹⁷ D.C. SALDARRIAGA GRISALES, préc., note 10, p. 114.

¹⁸ Gabriel BUSTAMANTE PEÑA, « La Constitución de 1991 y la protección de los pueblos indígenas y afros », *América Latina en movimiento*, 18 juin 2011, en ligne : <<https://www.alainet.org/es/active/47462>>.

A) Les critères de qualification d'une communauté en tant que sujet collectif bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale

L'un des premiers arrêts à l'occasion duquel la Cour constitutionnelle colombienne a insisté sur la particularité de la population autochtone en tant que communauté date de 1994. En l'espèce, les juges ont clairement distingué les notions de « société » et de « communauté » en affirmant expressément ceci : « Les communautés autochtones ne s'assimilent pas, d'un point de vue juridique, à de simples associations. Il s'agit d'une réalité historique, dynamique qui se caractérise par des éléments objectifs et subjectifs, lesquels ne se réduisent pas à l'*animus societatis*, propre des sociétés civiles¹⁹ ». En outre, le plus haut tribunal du pays a soutenu ce qui suit : « On naît autochtone et on appartient à une culture autochtone²⁰ ». Les juges constitutionnels ont aussi reconnu le fait suivant : « L'appartenance à une communauté autochtone ne surgit pas d'un acte spontané de volonté de deux personnes ou plus. La conscience d'une identité autochtone est un critère fondamental pour la détermination du moment où l'on est en présence d'une communauté autochtone. La seule intention de s'associer n'engendre pas ce type de collectivité²¹ ». Enfin, la Cour constitutionnelle a pu considérer, en s'appuyant sur les études de Ferdinand Tönnies, que la communauté constitue une forme antérieure à la société qui s'est développée à partir de la famille, généralement dans de petits villages, et au sein de laquelle l'obtention d'avantages économiques est moins importante que les liens du sang et les coutumes²².

Nous pouvons donc souligner que la Cour constitutionnelle, dans la décision T-254 de 1994, a fait référence à des critères objectif et subjectif à titre d'éléments importants d'identification des communautés autochtones et afro-descendantes. Tandis que le premier critère consiste en

¹⁹ *Décision T-254*, 1994 Cour constitutionnelle colombienne, Eduardo Cifuentes Muñoz (magistrat rapporteur), *Fondements juridiques*, spéc. n° 4.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² Ferdinand TÖNNIES, *Comunidad y sociedad. Categorías fundamentales de la sociología pura*, 1887, cité par la Cour constitutionnelle colombienne, *Décision T-254*, préc., note 19.

des caractéristiques matériellement vérifiables, telles qu'une organisation sociale et des conditions économiques spécifiques ainsi qu'un mode de vie différent de celui d'autres groupes de la population nationale (par exemple, en ce qui concerne leurs moyens de subsistance ou leur langue), le second critère est relatif à la conscience, par la communauté en question, de son identité particulière; autrement dit, c'est un élément d'auto-identification collective autant qu'individuelle. L'affirmation de ce double critère a été réitérée dans de nombreuses décisions²³.

Ces critères élaborés par la Cour sont aussi prévus dans d'autres normes relatives aux peuples autochtones et afro-descendants. S'agissant des peuples autochtones, par exemple, l'article 2 du décret 2164 de 1995²⁴ concernant la titularisation des terres autochtones définit ainsi la communauté autochtone :

[C'est] le groupe ou [l']ensemble de familles d'ascendance amérindienne, ayant conscience d'une identité et qui partagent les mêmes valeurs, usages, caractéristiques ou coutumes de leur culture, de même que des formes de gouvernance, gestion, contrôle social ou des systèmes normatifs propres qui les distinguent d'autres communautés, détenant ou non des titres de propriété, même si elles ne peuvent pas les prouver légalement, ou que leurs réserves ont été dissoutes, divisées ou déclarées vacantes.

²³ *Décision T-792*, 2012 Cour constitutionnelle, Luis E. Vargas Silva (magistrat rapporteur); *Décision T-197*, 2016 Cour constitutionnelle colombienne, Jorge I. Palacio Palacio (magistrat rapporteur); *Décision C-169*, 2001 Cour constitutionnelle, Carlos Gaviria Díaz (magistrat rapporteur); *Décision SU-217*, préc., note 13; *Décision T-001*, 2019 Cour constitutionnelle, Cristina Pardo Schlesinger (magistrate rapporteuse).

²⁴ Ce décret a pour but d'édicter une réglementation partielle de la *Ley 160 de 1994* en ce qui concerne l'attribution de droits de propriété de terres aux communautés autochtones pour la constitution, la restructuration, l'extension et l'assainissement des réserves autochtones sur le territoire national.

Quant aux peuples afro-descendants, aux termes de la loi 70 de 1993²⁵, une communauté noire désigne « le groupe de familles d'ascendance afro-colombienne ayant leur propre culture, une histoire, leurs traditions et coutumes dans le cadre de leurs relations rurales-urbaines, qui révèlent et préservent une conscience identitaire qui les distingue des autres groupes ethniques²⁶ ».

La référence à de tels critères n'est pas étonnante, car ils sont également prévus dans la Convention n° 169²⁷. Cependant, nous estimons intéressant de souligner que la Cour constitutionnelle colombienne a eu l'occasion de préciser que, même si les deux critères précités sont importants, le critère subjectif s'avère si fondamental que sa seule présence peut être suffisante pour identifier des communautés autochtones et afro-descendantes. Un cas étudié par la Cour constitutionnelle à l'occasion de sa décision T-792 de 2012 est à ce propos très illustratif. En l'espèce, les juges devaient déterminer s'il était pertinent d'exempter du service militaire obligatoire une personne qui affirmait appartenir à une communauté autochtone. Cet homme invoquait une loi prévoyant, en effet, une exemption dudit service en faveur des autochtones habitant sur leur territoire afin de préserver leur intégrité culturelle, sociale et économique. La difficulté de l'affaire résidait dans le fait que la communauté à laquelle disait appartenir le requérant était en voie de reconstruction. Il s'agissait effectivement d'une communauté mais qui, pendant le processus de colonisation espagnole, avait subi une perte énorme de ses membres, presque tous ayant été exterminés, et une attaque de leurs rites et cérémonies. La Cour a tout de même décidé que, même si le critère objectif était en l'espèce difficile à constater, il n'en était pas ainsi

²⁵ Par laquelle le législateur a développé l'article 55 transitoire de la Constitution politique de 1991, qui pose effectivement l'obligation pour le législateur de voter une loi reconnaissant aux communautés noires occupant des terres en friche dans les zones rurales des fleuves du bassin du Pacifique, conformément à leurs pratiques de production traditionnelles, notamment les droits à la propriété collective et à la protection de leur identité culturelle, afin de garantir leur développement économique et social : *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, art. transitoire 55.

²⁶ Voir la *Ley 70 de 1993*, art. 2.

²⁷ Voir en ce sens l'article premier de la Convention n° 169, préc., note 12.

s'agissant du critère subjectif. Cette interprétation a permis au juge constitutionnel d'admettre l'exemption sollicitée de service militaire²⁸.

La mise en valeur du critère subjectif a été réitérée à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle²⁹, une position compréhensible au regard du contexte social, économique et politique spécifique de la Colombie où ces communautés sont fréquemment victimes de déplacements forcés, d'une évangélisation souvent imposée et d'une pression économique sur leurs terres. Or, tous ces facteurs externes influent sur les éléments caractéristiques des cultures originaires tels que leurs langues ou leurs coutumes. Ainsi, la seule exigence d'un critère objectif se traduirait, au fond, dans la négation même de ces communautés. Dès lors, le critère de l'auto reconnaissance paraît fondamental s'agissant de leur identification, en particulier dans les cas où, en raison des facteurs externes précédemment mentionnés, les communautés se sont vues dépouillées de leur identité, et elles cherchent désormais à inverser ce processus en vue de retrouver leurs caractères distinctifs. Par ailleurs, la priorité accordée au critère subjectif n'est pas exclusive à la Cour constitutionnelle colombienne. La CIDH va dans le même sens lorsqu'elle affirme que « le critère d'auto-identification est le critère principal pour déterminer le statut d'autochtone, à la fois individuellement et collectivement, en tant que peuple³⁰ ».

Après avoir analysé les critères fondamentaux permettant d'identifier juridiquement les communautés autochtones et afro-descendantes, en

²⁸ *Décision T-792*, préc., note 23.

²⁹ *Décision SU-217*, préc., note 13. Voir dans le même sens : *Décision C-169*, préc., note 23; *Décision T-703*, 2008 Cour constitutionnelle, Manuel J. Cepeda (magistrat rapporteur); *Décision T-309*, 2009 Cour constitutionnelle colombienne, Luis E. Vargas Silva (magistrat rapporteur); *Décision T-282*, 2011 Cour constitutionnelle colombienne, Luis E. Vargas Silva (magistrat rapporteur).

³⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34 (28 juin 2007), par. 216, cité dans *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en ligne : <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm#_ftn8>.

relevant la prééminence du critère subjectif tant pour la Cour constitutionnelle colombienne que pour la CIDH ou la Cour IDH, nous nous concentrerons sur les raisons expliquant que ces communautés méritent une protection constitutionnelle spéciale.

B) Les raisons d'une protection constitutionnelle spéciale

La CIDH³¹ et la Cour constitutionnelle colombienne³² affirment expressément que la protection spéciale dont bénéficient les communautés autochtones et afro-descendantes se justifie par leur grande vulnérabilité, et ce, étant donné les conditions de marginalisation et de discrimination dont elles ont toujours été victimes. Plus précisément, la CIDH et la Cour constitutionnelle colombienne parlent d'une discrimination historiquement subie par ces peuples, de la pression exercée sur leurs territoires pour se les approprier, d'un manque de compréhension quant à leur façon de voir le monde de la part de la population ne partageant pas leurs valeurs ou encore d'une situation économique et sociale difficile³³.

³¹ CIDH, *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*, Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68 (3 juin 2010), en ligne : <<http://www.cidh.org/pdf%20files/HondurasObservacionesVisitaCIDH2010.pdf>>.

³² Voir en ce sens : *Décision T-080*, 2017 Cour constitutionnelle colombienne, Jorge I. Palacio Rincón (magistrat rapporteur). Dans cette décision, la Cour étudie le droit fondamental des communautés autochtones à la consultation préalable afin de déterminer la pertinence ou non de l'utilisation du glyphosate pour la fumigation aérienne contre les cultures illicites. Voir également en ce qui concerne la protection spéciale des communautés afro-descendantes : *Décision T-422*, 1996 Cour constitutionnelle colombienne, Eduardo Cifuentes Muñoz (magistrat rapporteur), où la Cour reconnaît pour la première fois la nécessité d'accorder une protection spéciale à la communauté afro-colombienne, et cela, pour compenser des décennies d'abandon institutionnel, de discrimination et d'isolement, ainsi que pour garantir sa survie en tant que groupe culturel ethnique.

³³ Cour constitutionnelle colombienne : *Décision SU-217*, préc., note 13; *Décision T-307*, 2018, Luis Guillermo Guerrero Pérez (magistrat rapporteur); *Décision T-063*, préc., note 13; *Décision T-172*, 2019, Gloria Stella Ortiz Delgado (magistrate rapporteuse).

En ce qui concerne la discrimination subie par ces peuples, de nombreuses études démontrent qu'elle pourrait s'expliquer par un « racisme structurel³⁴ » qui puiserait ses origines dans la période de la *Conquista* et de la colonisation espagnoles et qui persisterait jusqu'à nos jours, fondé sur l'idée de supériorité de l'homme européen de « race blanche³⁵ ». Ce racisme se manifeste par une violence quotidienne : il existe de multiples phénomènes de marginalisation qui n'épargnent pas les établissements d'enseignement éducatifs. Par exemple, le pourcentage d'autochtones ou d'afro-descendants qui accèdent aux études universitaires est bien inférieur à celui du reste de la population. De plus, un élément qui empire la situation de discrimination historique subie par ces peuples est la négation même de celle-ci : cette attitude favoriserait le racisme et son acceptation dans le pays³⁶.

D'autre part, la pression exercée sur les territoires des peuples autochtones et afro-descendants est un facteur particulièrement important de la reconnaissance d'une protection constitutionnelle spéciale. Le conflit armé interne colombien a eu, en effet, une forte incidence négative sur leurs territoires³⁷. Les actions de groupes armés dans des zones où

³⁴ Voir à ce propos : Dayra E. OJEDA ROSERO et María P. GONZÁLEZ GÓMEZ, « Percepciones y estereotipos de estudiantes universitarios hacia compañeros afrocolombianos e indígenas », (2012) 5-2 *Revista CES Psicología* 101, 104; « Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009 », p. 7, par. 2, en ligne : <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_206.pdf>; Álvaro BELLO et Martha RANGEL, « La equidad y la exclusion de los pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe », (2002) 76 *Revista de la Cepal* 39, 40 et 41, en ligne : <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10800/1/076039054_es.pdf>.

³⁵ D.E. OJEDA ROSERO et M.P. GONZÁLEZ GÓMEZ, préc., note 34, p. 112.

³⁶ Darío H. VASQUEZ PADILLA, « ¿Somos conscientes del racismo? Cómo las categorías étnico-raciales, el color de la piel y el mestizaje inciden en el reconocimiento del racismo en Colombia », (2019) 36 *Sociedad y Economía* 8, 11 et 12, en ligne : <<http://www.scielo.org.co/pdf/soec/n36/1657-6357-soec-36-00008.pdf>>.

³⁷ *Auto 382*, 2010 Cour constitutionnelle colombienne, Luis Ernesto Vargas Silva (magistrat rapporteur); *Auto 351*, 2019 Cour constitutionnelle colombienne,

beaucoup de ces communautés vivaient les ont forcées soit à partir, soit à rester dans un contexte conflictuel et violent. Or, ceux qui ont dû fuir, notamment vers les zones urbaines, ont rarement trouvé un travail formel, et la situation n'a fait qu'empirer leurs conditions économiques et sociales déjà difficiles. Soulignons que le niveau de pauvreté parmi les populations autochtones et afro-descendantes est particulièrement élevé³⁸. Pour ceux qui ont décidé de rester sur leurs territoires, deux situations également dramatiques se sont présentées : d'une part, les personnes appartenant à ces communautés se sont exposées à de la maltraitance de la part des forces militaires qui ont pu les considérer comme si elles étaient des *guerrilleros* ou des paramilitaires et non des victimes du conflit³⁹; d'autre part, elles ont parfois été effectivement obligées d'intégrer ces groupes⁴⁰. C'est un facteur que la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de mettre en relief à plusieurs reprises, et que nous allons approfondir en abordant la manière dont se concrétise la protection renforcée de ces communautés⁴¹.

Après avoir analysé les éléments permettant de caractériser les communautés autochtones et afro-descendantes de même que les principales raisons pouvant expliquer leur reconnaissance comme sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale, nous considérerons à présent la portée d'une telle conception.

Gloria Stella Ortiz Delgado (magistrate rapporteuse); *Décision T-001*, préc., note 23.

³⁸ « Discriminación racial en Colombia : informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009 », préc., note 34, p. 8, spéc. n° 3.

³⁹ *Id.*, p. 29-30, spéc. n°s 77-78; Omar A. HERRÁN PINZÓN, « Las minorías étnicas colombianas en la Constitución Política de 1991. Prolegómenos », (2009) 12-24 *Derechos y Valores* 189, 195.

⁴⁰ Julia S. BERNAL CRESPO et Teresa QUESADA-MAGAUD, « Reconstrucción de la memoria indígena Ikü: una mirada desde el conflicto », (2017) 1 *TraHs Números especiales: Conflictos y procesos de paz: el caso de Colombia*, spéc. 1.1., 27, en ligne : <http://www.unilim.fr/trahs> – ISSN : 2557-0633.

⁴¹ *Infra*, II. B).

II. La portée de la conception des communautés autochtones et afro-descendantes en tant que sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale

La reconnaissance des communautés autochtones et afro-descendantes en tant que sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale n'est pas anodine. Grâce à une telle caractérisation, la Cour constitutionnelle colombienne admet que ces communautés sont titulaires de droits fondamentaux (A) et bénéficient d'une garantie renforcée de ces droits (B).

A) La reconnaissance de droits fondamentaux aux communautés autochtones et afro-descendantes par la Cour constitutionnelle colombienne

Comme nous l'avons précédemment signalé, la Cour constitutionnelle colombienne a expressément reconnu que les communautés autochtones et afro-descendantes, à titre de sujets collectifs, étaient titulaires de droits fondamentaux. Cette décision a constitué un premier pas essentiel vers la garantie d'une réelle protection de ces peuples. La Cour constitutionnelle colombienne a, en outre, précisé qu'il était question de droits fondamentaux particuliers ne devant pas être assimilés aux droits collectifs dont bénéficient d'autres groupes humains.

Précisément, en ce qui concerne les communautés autochtones, nous reprenons ici les termes de la Cour :

Les droits fondamentaux des communautés autochtones ne doivent pas être confondus avec les droits collectifs d'autres groupes humains. *La communauté autochtone est un sujet collectif et non pas une simple somme de sujets individuels partageant les mêmes droits ou intérêts diffus ou collectifs. Dans le premier cas, la titularité des droits fondamentaux est indiscutable, tandis que dans le second, les personnes*

*concernées peuvent défendre leurs droits ou intérêts collectifs par le biais de l'exercice d'actions populaires correspondantes*⁴².

Cette position de la Cour est intéressante en ce qu'elle semble reconnaître la communauté autochtone en tant que sujet de droit mais de caractère collectif. Sinon, comment comprendre l'affirmation selon laquelle la communauté autochtone n'équivaut pas à la simple somme de sujets individuels?

Cependant, un doute persiste à propos de la catégorie spécifique à laquelle appartiendrait ce « sujet de droit » appelé « communauté » : est-ce une sorte de personne physique collective ou est-on en présence d'un type de personne morale? Franco Ceballos Rosero n'hésite pas à affirmer que ce serait une personne physique dans la mesure où les communautés autochtones n'auraient aucun point en commun avec les personnes morales⁴³. Par ailleurs, Ceballos Rosero précise qu'il conviendrait de reconnaître la particularité de ce nouveau sujet de droit en raison de son caractère « collectif » ou plutôt « communautaire ». C'est pourquoi cet auteur préfère parler de « sujets communautaires⁴⁴ ».

Quant aux communautés afro-descendantes, comme nous l'avons déjà mentionné, les droits fondamentaux dont elles bénéficient n'ont pas fait l'objet d'une consécration constitutionnelle explicite⁴⁵, à la différence des communautés autochtones⁴⁶. Cette lacune s'explique par différents

⁴² *Décision T-380*, 1993 Cour constitutionnelle colombienne, préc., note 7 (l'italique est de nous).

⁴³ Franco CEBALLOS ROSERO, « Otros sujetos de derecho o personas (?) », (2019) 22-1 *Estudios Socio-Jurídicos* 321, 330. Cependant, d'autres auteurs, sans l'affirmer expressément, sembleraient plutôt défendre la thèse de la personnalité morale : Arturo VALENCIA ZEA et Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, t. I: Parte general y personas*, Bogotá, Temis, 2016, p. 418 et suiv.

⁴⁴ F. CEBALLOS ROSERO, préc., note 43, 331, à sa note 13.

⁴⁵ « Discriminación racial en Colombia : informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009 », préc., note 34, par. 5, p. 100.

⁴⁶ Cette consécration explicite s'explique par la présence de représentants des peuples autochtones au sein de l'Assemblée nationale constituante (ANC). Comme le souligne un auteur, l'ANC de 1991, qui a abouti au vote de la

facteurs, notamment l'absence de délégués des autres groupes ethniques du pays dans le processus constituant de 1991⁴⁷. Cependant, certains droits fondamentaux en faveur des communautés afro-descendantes ont été progressivement reconnus grâce, entre autres, à la ratification par la Colombie de la Convention n° 169, au vote de la loi 70 de 1993 et à l'action de la Cour constitutionnelle.

Dès lors que la Convention n° 169 ne fait aucune distinction entre les communautés autochtones et afro-descendantes⁴⁸ et que la Colombie l'a ratifiée, la tendance vers la reconnaissance de droits similaires en faveur de ces deux types de communauté est compréhensible même si, comme nous le verrons, quelques différences persistent encore en termes de droits entre ces deux groupes ethniques.

Dans ce processus que nous pourrions qualifier d'« égalisation des droits » des autochtones et afro-descendants, il importe de souligner le rôle fondamental joué par la Cour constitutionnelle colombienne. En effet, celle-ci n'a pas hésité à étendre l'application de certaines dispositions en faveur des afro-descendants, bien qu'elles n'aient été prévues initialement

Constitution de 1991, a été le point de départ d'une participation effective des ethnies autochtones à la démocratie colombienne : Felipe RODRIGUEZ RUIZ, *Hacia un Jus Constitutionale commune en materia de reconocimiento y protección de minorías: la jurisdicción indígena en Colombia, Ecuador y Bolivia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 26 et 27; Andrés A. SALAZAR SALAZAR, « El multiculturalismo en cuestión: reflexiones alrededor del caso afrocolombiano », (2013) 26-78 *Análisis político* 91, 93, en ligne : <file:///D:/communaut%C3%A9s%20-Montreal/multiculturalismo%20universidad%20nacional%20pdf.pdf>.

⁴⁷ *Décision T-576*, préc., note 7 : Cette asymétrie a été associée à divers facteurs, parmi lesquels, outre la présence des peuples autochtones au sein de l'ANC, la reconnaissance de l'autochtone comme « le véritable autre » et des espaces de reconnaissance juridique que leurs mouvements sociaux ont progressivement conquis au cours des années 70 et 80. La vérité est qu'en l'absence de représentants directs des autres groupes ethniques du pays dans le processus constitutionnel, leurs aspirations à la reconnaissance constitutionnelle ont été subordonnées aux projets de revendication ethnique menés par les représentants autochtones.

⁴⁸ Ainsi que le révèlent le titre de la Convention n° 169, préc., note 12, et son préambule.

qu'au bénéfice des autochtones. Ainsi, pour la Cour, « les peuples afro et autochtones ont tous les deux une identité culturelle distincte de celle que possède le reste de la société colombienne, ce qui justifie qu'ils soient reconnus comme des groupes ethniques méritant une protection spéciale⁴⁹ ».

Néanmoins, le fait de reconnaître des droits fondamentaux en faveur des communautés autochtones et afro-descendantes, en tant que telles, ne signifie pas une méconnaissance des droits fondamentaux dont bénéficie chacun de leurs membres. En d'autres termes, il existerait une coexistence entre les droits fondamentaux reconnus aux communautés mentionnées et ceux dont chacun de leurs membres est titulaire. Cette approche se comprend mieux si l'on garde à l'esprit que la reconnaissance de droits fondamentaux en faveur des communautés autochtones et afro-descendantes poursuit une finalité particulière : garantir leur survie comme groupes ethniques culturels⁵⁰.

Une liste exhaustive des droits fondamentaux reconnus en faveur des communautés autochtones et afro-descendantes semble cependant difficile à établir⁵¹ : ce constat pourrait s'expliquer par la nécessité de

⁴⁹ *Décision C-480*, 2019 Cour constitutionnelle colombienne, Alberto Rojas Ríos (magistrat rapporteur). En l'espèce, c'était un cas où le législateur avait adopté une loi relative au monopole des boissons alcooliques en faveur de l'État, tout en précisant que les communautés autochtones pouvaient continuer à produire leurs boissons alcooliques traditionnelles. Cependant, le législateur n'a rien établi s'agissant des communautés afro-descendantes. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle, à l'occasion de cette action en inconstitutionnalité, s'est prononcée pour l'extension de ce droit en faveur des communautés afro-descendantes. Aux yeux des juges, un tel droit est effectivement nécessaire en vue de garantir l'identité de ces groupes ethniques.

⁵⁰ *Décision T-576*, préc., note 7, à l'occasion de laquelle la Cour a expressément reconnu qu'« un acte de discrimination raciale porte atteinte non seulement aux droits individuels d'une personne mais, dans de nombreux cas, il peut également compromettre les droits de la communauté ou d'un groupe ethnique ».

⁵¹ Parmi les différents droits fondamentaux reconnus en faveur de ces communautés, mentionnons les droits à l'intégrité ethnique et culturelle, à la survie culturelle, à la préservation de leur habitat naturel, à la propriété collective, à l'autonomie, à leur vision religieuse du monde ou à la consultation préalable. Voir pour une étude approfondie de ces droits : D.C. SALDARRIAGA

maintenir une certaine flexibilité. À vrai dire, établir une liste limitative pourrait impliquer le risque de fermer la porte à une reconnaissance de « droits épistémiques », entendus comme « les droits qui découlent de systèmes normatifs différents du système étatique et qui ont une pleine validité et application pour la communauté qui les utilise et les a incorporés⁵² », lesquels seraient vitaux pour ces peuples⁵³. Plusieurs de ces droits, en raison de leur importance et de l'ample développement jurisprudentiel dont ils ont fait l'objet, peuvent en particulier être mentionnés, comme le droit de propriété collective, le droit à la consultation préalable et le droit à une juridiction spéciale.

S'agissant du droit de propriété collective, si nous laissons de côté les différences qui existent relativement à sa reconnaissance en faveur des communautés autochtones⁵⁴ et afro-descendantes⁵⁵, la Cour constitutionnelle a explicitement affirmé que ce droit est « une garantie fondamentale permettant la concrétisation des droits fondamentaux des communautés autochtones, y compris l'autonomie et l'autodétermination et, en particulier, l'intégrité, l'identité ethnique et culturelle⁵⁶ ». Le droit de propriété collective aurait donc une prééminence indéniable sur les autres droits dans la mesure où il permettrait de les garantir. De toute évidence, ce droit assure la survie de ces peuples et de leurs traditions en leur

GRISALES, préc., note 10, p. 122 et suiv.; F. SEMPER, préc., note 16, p. 766 et suiv.

⁵² D.C. SALDARRIAGA GRISALES, préc., note 10, p. 222.

⁵³ *Id.*, p. 221 et suiv.; Juan P. ACOSTA-NAVAS, « Derechos humanos de los pueblos indígenas en clave de pluralismo jurídico e interculturalidad », (2019) 26-47 *Ánfora* 37, 40.

⁵⁴ Ce droit est reconnu et précisé expressément dans les articles 58, 63 et 329 de la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3.

⁵⁵ Ce droit est reconnu mais d'une manière très générale, et ne fait l'objet d'aucun développement précis dans la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, art. transitoire 55. Ce n'est qu'à partir de la *Ley 70 de 1993*, préc., note 26, qu'un tel droit a acquis une importance majeure.

⁵⁶ *Décision T-063*, préc., note 13.

permettant de compter sur un territoire pour développer leurs pratiques ancestrales⁵⁷.

En ce qui concerne le droit à la consultation préalable, il a été admis que les peuples autochtones et afro-descendants pouvaient participer à la prise de décisions susceptibles de les toucher. Bien que la Constitution politique de 1991 ne reconnaisse ce droit qu'à l'égard des communautés autochtones⁵⁸, la Cour constitutionnelle l'a également consacré en faveur des communautés afro-descendantes⁵⁹ en considération de la Convention n° 169⁶⁰ qui, nous l'avons noté, ne fait pas de distinction

⁵⁷ Voir également : *Décision T- 387*, 2013 Cour constitutionnelle colombienne, María V. Calle (magistrate rapporteuse), *Consideraciones y fundamentos*, n° 2 (I), spéc. II.

⁵⁸ L'article 330 de la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, se réfère, d'une manière générale, à la possibilité pour les populations autochtones de se donner leurs propres règles conformément à leurs usages et coutumes. L'aspect intéressant, à propos du droit à la consultation préalable, est que la disposition précise ceci : « L'exploitation des ressources naturelles dans les territoires autochtones se fera sans nuire à l'intégrité culturelle, sociale et économique des communautés autochtones. Dans les décisions adoptées concernant cette exploitation, le gouvernement encouragera la participation des représentants des communautés respectives. »

⁵⁹ *Décision C-461*, 2008 Cour constitutionnelle colombienne, Manuel J. Cepeda (magistrat rapporteur); *Décision C-366*, 2011 Cour constitutionnelle colombienne, Luis E. Vargas Silva (magistrat rapporteur); *Décision T-576*, préc., note 7; *Décision T-800*, 2014 Cour constitutionnelle colombienne, Gabriel E. Mendoza (magistrat rapporteur); *Décision T-197*, préc., note 23; *Décision C-259*, 2019 Cour constitutionnelle colombienne, Diana Fajardo Rivera (magistrate rapporteuse). Voir la *Décision C-1051*, 2012 Cour constitutionnelle colombienne : « Dans un premier temps, la Cour a expliqué que le droit à une consultation préalable s'étend en faveur des différents groupes ethniques, quelles que soient leur origine et leur condition, étant entendu que le concept inclut, pour le cas colombien, les communautés et peuples autochtones et tribaux, noirs ou afro-descendants et *raizal*. »

⁶⁰ L'article 6 de la Convention n° 169, préc. note 12, énonce ce qui suit :

1. En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent :
 - (a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement;

entre les deux groupes ethniques. En outre, même si la disposition constitutionnelle reconnaissant ce droit en faveur des peuples autochtones, selon l'article 330 de la Constitution politique de 1991, semble restreindre son application aux cas dans lesquels est en jeu l'exploitation de ressources naturelles sur leurs territoires – c'était d'ailleurs l'interprétation initiale défendue par la Cour constitutionnelle –, cela n'est désormais plus le cas. Selon une jurisprudence récente, l'exigence de consultation préalable a été étendue à d'autres domaines, par exemple à des questions concernant l'éducation⁶¹ et la santé⁶². Pour arriver à une telle interprétation *lato sensu*, la Cour constitutionnelle s'est appuyée sur la Convention n° 169, précisément sur ses articles 6, 7 et 27 qui prévoient le devoir des gouvernements de consulter les peuples autochtones et afro-descendants dans de nombreux domaines et non uniquement en matière d'exploitation des ressources naturelles sur leurs territoires⁶³.

Pour ce qui est du droit à une juridiction spéciale, expressément reconnu en faveur des peuples autochtones mais non des peuples afro-

(b) mettre en place les moyens par lesquels lesdits peuples peuvent, à égalité au moins avec les autres secteurs de la population, participer librement et à tous les niveaux à la prise de décisions dans les institutions électives et les organismes administratifs et autres qui sont responsables des politiques et des programmes qui les concernent;

(c) mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples et, s'il y a lieu, leur fournir les ressources nécessaires à cette fin.

2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées.

⁶¹ *Décision C-208*, 2007 Cour constitutionnelle colombienne, Rodrigo Escobar Gil (magistrat rapporteur).

⁶² *Décision C-313*, 2014 Cour constitutionnelle colombienne, Gabriel Eduardo Mendoza (magistrat rapporteur).

⁶³ Pour des développements approfondis sur le droit à la consultation préalable en droit colombien, voir : Xiomara L. ROMERO PÉREZ et Alejandro ROSAS MARTÍNEZ, « Implementación de la consulta previa en Colombia y su debate actual a propósito de los pueblos indígenas y tribales », (2013) *Universidad Nacional Autónoma de México*, en ligne : <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/5.pdf>>.

descendants, il trouve son origine dans la reconnaissance du droit, plus large, à l'autonomie ou à l'autodétermination consistant dans la possibilité de se donner ses propres règles⁶⁴. Comme le soulignent certains auteurs⁶⁵, la finalité de ce droit fondamental est l'autonomie de produire ses propres normes sur le territoire autochtone et parmi les membres de la communauté. Une juridiction spéciale autochtone est ainsi expressément consacrée à l'article 246 de la Constitution politique de 1991⁶⁶, mais aussi à l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention n° 169⁶⁷. Pour la Cour constitutionnelle colombienne, ce droit fondamental constitue la colonne vertébrale de la survie culturelle de ces peuples⁶⁸. En relevant l'importance de ce droit, la Cour a notamment décidé que l'omission du législateur qui n'a pas voté de loi pour établir les moyens de coordination

⁶⁴ F. SEMPER, préc., note 16, p. 770 et suiv. Pour une étude approfondie sur la juridiction spéciale autochtone en droit colombien, voir : F. RODRIGUEZ RUIZ, préc., note 46, spéc. p. 20 et suiv.; Rosember ARIZA SANTAMARIA, *El derecho profano. Justicia Indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, spéc. p. 96 et suiv.

⁶⁵ D.C. SALDARRIAGA GRISALES, préc., note 10, p. 127. Dans le même sens : Alejandro GÓMEZ VELÁSQUEZ, « La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano », (2018) 25 *Revista Boliviana de Derecho* 586, 601; Deiby Anderson VITONAS et Jairo Vladimir LLANO FRANCO, « Avances de la jurisdicción especial indígena en el norte del Cauca », (2016) 2 *Criterio jurídico* 141, 149, en ligne : <<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/2126/2523>>.

⁶⁶ *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, art. 246 :
Les autorités des peuples autochtones peuvent exercer des fonctions juridictionnelles dans les limites de leur compétence territoriale, conformément à leurs propres règles et procédures, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois de la République. La loi établira les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire national.

⁶⁷ Convention n° 169, préc., note 12, art. 8 al. 2 :
Les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international. Des procédures doivent être établies, en tant que de besoin, pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe.

⁶⁸ *Décision T-552*, 2003 Cour constitutionnelle colombienne, Rodrigo Escobar Gil (magistrat rapporteur); *Décision C-463*, préc., note 7; *Décision T-365*, 2018 Cour constitutionnelle colombienne, Alberto Rojas Ríos (magistrat rapporteur).

de cette juridiction spéciale avec la juridiction dite « ordinaire », malgré un mandat constitutionnel en ce sens, ne pouvait constituer un obstacle à l'exercice d'un tel droit par ces communautés⁶⁹. En d'autres termes, la Cour a soutenu qu'une omission législative ne pouvait être une limitation à l'exercice d'un droit fondamental expressément reconnu dans la Constitution.

Or, si le droit à une juridiction spéciale trouve son fondement dans le droit à l'autonomie, également reconnu en faveur des communautés afro-descendantes⁷⁰, il est douteux que ces dernières ne puissent bénéficier de ce droit plus spécifique d'une juridiction en particulier. En effet, les défenseurs de la reconnaissance d'une juridiction spéciale pour les afro-descendants affirment que, même si la Constitution politique de 1991 n'a pas expressément consacré un tel droit, il trouverait un fondement dans la reconnaissance des peuples afro-descendants par la Cour constitutionnelle⁷¹ en tant que groupes ethniques, de la même manière que les peuples autochtones, ce qui conduirait à la reconnaissance des droits consacrés dans la Convention n° 169⁷², parmi lesquels figure le droit à une juridiction spéciale. Cependant, comme l'indique Antonia González Ma, la raison qui explique cette différence de traitement réside peut-être dans le fait qu'une partie significative de la population afro-descendante a

⁶⁹ *Décision C-139*, 1996 Cour constitutionnelle colombienne, Carlos Gaviria Díaz (magistrat rapporteur). Pour des développements approfondis sur la problématique de la coordination entre les systèmes de justice autochtones et le système national de justice en Colombie, voir : Jorge Ernesto ROA ROA, « Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia », (2014) 33 *Revista Derecho del Estado* 101.

⁷⁰ *Décision T-823*, 2012 Cour constitutionnelle colombienne, Jorge Ignacio Pretelt (magistrat rapporteur).

⁷¹ Voir, en ce sens, la *Décision C-169*, préc., note 23.

⁷² Voir, à ce propos : Hilary WALDO MOSQUERA, *Justicia Afrocolombiana en el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato-COCOMACIA*, Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2017, p. 11, en ligne : <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4099/MosqueraHilary2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

progressivement migré vers les villes, tandis que la plupart des pratiques ancestrales sont mises en œuvre dans les zones rurales⁷³.

La reconnaissance de droits fondamentaux particuliers au bénéfice de ces communautés s'avère d'une importance capitale dans la mesure où celle-ci leur permet de profiter d'une protection juridique renforcée.

B) La protection juridique renforcée des communautés autochtones et afro-descendantes

Le caractère renforcé de la protection juridique accordée aux communautés autochtones et afro-descendantes se manifeste de diverses manières.

En premier lieu, ces communautés peuvent former une action de *tutela*⁷⁴ pour demander une protection immédiate de leurs droits fondamentaux. En principe, seules les personnes physiques ou morales peuvent y recourir afin de faire valoir leurs droits fondamentaux. Or, si l'on reconnaît que les communautés autochtones et afro-descendantes sont des sujets collectifs titulaires de droits fondamentaux, il convient également d'admettre qu'elles peuvent engager une action de *tutela* afin de demander la protection desdits droits lorsqu'ils sont méconnus ou menacés.

⁷³ Antonia GONZÁLEZ MA, « Retos del Estado multicultural con las comunidades afrocolombianas », en ligne : <<https://www.lagaitanaportal.com/single-post/2020/07/07/Retos-del-Estado-multicultural-con-las-comunidades-afrocolombianas>>.

⁷⁴ C'est une action spéciale consacrée explicitement à l'article 86 de la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, dont la finalité est de garantir la protection des droits fondamentaux. Cette action a une nature publique et doit être résolue dans un délai maximal de dix jours. Tous les juges sont compétents pour la connaître. Toute personne peut former cette action pour demander la protection immédiate de ses droits constitutionnels fondamentaux, chaque fois qu'ils sont méconnus ou menacés par l'action ou encore l'omission d'une autorité publique ou d'un particulier, dans des cas spécifiques. L'action de *tutela* est régie par le *Decreto 2591 de 1991*.

En deuxième lieu, la Cour admet un intérêt à agir beaucoup plus large afin de garantir une protection accrue des droits fondamentaux de ces communautés en tant que sujets collectifs⁷⁵. Ainsi, aussi bien les autorités ancestrales ou traditionnelles d'une communauté que les membres de celle-ci peuvent former une action juridictionnelle en ce sens. Il en est de même pour les organisations créées en vue de la défense des droits des peuples autochtones et pour le Défenseur du peuple⁷⁶.

En troisième lieu, et même si l'action de *tutela* n'a pas, en principe, une nature réparatrice étant donné que sa finalité est d'« empêcher la violation des droits constitutionnels fondamentaux lorsque ceux-ci se trouvent menacés ou violés », la Cour constitutionnelle a, par exemple, admis de manière exceptionnelle la recevabilité d'une telle action afin de permettre la réparation d'un préjudice causé à une communauté en conséquence de la méconnaissance ou de la violation de son droit à la consultation préalable⁷⁷.

⁷⁵ *Décision T-172*, préc., note 33. Dans le cas d'espèce, la Cour a reconnu l'intérêt à agir de l'Association Shipia Wayúu, créée pour la défense des droits de la communauté autochtone en question. Plus précisément, la Cour a affirmé que, dans de telles hypothèses, on peut considérer qu'une telle organisation peut agir au titre de représentant ou d'agent commis d'office en faveur de la communauté.

⁷⁶ C'est une autorité dépendant du Ministère public. Elle a été créée par la Constitution politique de 1991 et est chargée de défendre les droits des citoyens, plus précisément d'assurer la promotion, l'exercice et la diffusion des droits de l'Homme dans le contexte de l'État social de droit, démocratique, participatif et pluraliste ainsi que la diffusion et la promotion du droit international humanitaire. Voir, en ce sens, les articles 281 à 284 de la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3.

⁷⁷ *Décision T-300*, 2017 Cour constitutionnelle colombienne, Aquiles Arrieta Gómez (magistrat rapporteur). Dans cette décision, le tribunal affirme que, en dépit de l'impossibilité d'empêcher la violation du droit à la consultation préalable étant donné que l'organisme chargé de la lutte contre les cultures illicites de stupéfiants a effectivement déjà procédé à l'aspersion aérienne du glyphosate en méconnaissance d'un tel droit, l'action de *tutela* est tout de même recevable. Les juges constitutionnels ordonnent aux organismes visés de réaliser une consultation postérieure afin d'établir les impacts négatifs causés par cette action et de prendre les mesures nécessaires pour les atténuer. Ainsi, la Cour affirme expressément que le droit à la consultation préalable peut aussi être un fondement juridique pour obtenir réparation ou indemnisation lorsque les activités ou les projets mis en œuvre par l'État ont été réalisés sans processus de

Nonobstant le caractère renforcé de cette protection, celle-ci n'est pas illimitée. En vérité, lorsque les droits fondamentaux de ces communautés entrent en conflit avec d'autres droits fondamentaux – soit ceux qui sont reconnus à des individus n'appartenant pas à ces communautés, soit ceux dont est titulaire chacun des membres des communautés autochtones individuellement considéré –, il conviendra toujours de les mettre en balance⁷⁸.

Par exemple⁷⁹, devant traiter le cas d'une communauté autochtone qui avait sanctionné l'un de ses membres pour la commission d'un vol en lui imposant, ainsi qu'à sa famille, une peine d'exil de son territoire, la Cour constitutionnelle a jugé que, même si la communauté pouvait décider l'expulsion de l'infracteur hors du territoire autochtone⁸⁰, une telle sanction ne pouvait s'appliquer à sa famille. Pour les juges constitutionnels, cette décision était effectivement contraire au droit à un procès équitable consacré à l'article 29 de la Constitution politique de 1991 qui implique le caractère personnel de la responsabilité pénale. Autrement dit, une telle sanction « transcendait la personne de l'infracteur et affectait sa famille, se révélant ainsi disproportionnée et contraire aux traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme ». En effet, afin de conforter sa décision, la Cour constitutionnelle s'est appuyée sur la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* qui, dans son article 5 (3), prévoit que « la peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant »,

consultation préalable et ont conduit à des préjudices pour les communautés protégées.

⁷⁸ Certains auteurs affirment que la juridiction spéciale autochtone aurait quelques limites : la vie, la dignité, l'inviolabilité du corps humain, le procès équitable et l'esclavage. Voir, à ce propos : 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, 360.

⁷⁹ *Décision T-254*, préc., note 19. C'est précisément à l'occasion de cet arrêt que la Cour constitutionnelle colombienne a eu l'occasion d'affirmer que l'inexistence d'une loi encadrant la juridiction spéciale autochtone ne pouvait être considérée comme un obstacle à l'exercice de ce droit fondamental par les communautés.

⁸⁰ Une telle sanction ne serait pas contraire à la *Constitución Política de la República de Colombia*, préc., note 3, art. 34, qui interdit l'expulsion hors du territoire de la Nation mais non d'un territoire autochtone.

de sorte que « le droit à l'intégrité personnelle de ceux qui ont été exclus du procès soit protégé face aux comportements punissables commis par un autre ».

Par ailleurs, le droit fondamental à une juridiction spéciale autochtone pourrait aujourd'hui trouver une limite importante dans l'office de la Juridiction spéciale pour la paix (JEP). De fait, l'accord de paix signé entre le gouvernement colombien et les Forces armées révolutionnaires colombiennes (FARC), le 26 septembre 2016, a donné lieu à la création de cette juridiction spéciale ayant pour fonction de traiter et de juger les cas de violation de droits de l'Homme et du droit humanitaire dans le contexte du conflit armé. La question se pose notamment de savoir si la JEP peut, dans certaines hypothèses, prendre la place de la juridiction spéciale autochtone. En effet, récemment, l'un des membres d'une communauté autochtone, sanctionné par une juridiction spéciale autochtone pour avoir tué un autre membre de sa communauté, a présenté une action de *tutela* en invoquant son droit à un procès équitable et, plus précisément, le droit d'être jugé par la JEP⁸¹. À l'appui de sa requête, il affirmait avoir commis le délit dans le contexte du conflit armé en sa qualité d'ex-combattant des FARC. Le but de cette action était de bénéficier des conditions spéciales de jugement prévues dans l'accord de paix, plus favorables que celles qui sont applicables selon la juridiction spéciale autochtone.

La Cour a toutefois décidé qu'elle ne pouvait rendre une décision arrêtée à ce sujet, en précisant qu'il revenait à la JEP de déterminer si le délit en jeu avait effectivement été commis dans le contexte du conflit armé ou non. Pour autant, les juges constitutionnels ont affirmé que, indépendamment de la qualité d'autochtone du condamné, il pouvait éventuellement bénéficier des conditions prévues dans l'accord de paix, y compris le droit d'être jugé par la JEP. Cette décision montre que, dans certaines hypothèses, des conflits entre la juridiction spéciale autochtone et la JEP seront susceptibles de survenir. Ainsi, l'action de la JEP pourrait potentiellement devenir une limite importante à l'office de la juridiction spéciale autochtone.

⁸¹ *Décision T-365, préc., note 68.*

Conclusion

L'une des principales raisons qui expliquent la reconnaissance des autochtones et afro-descendants en tant que sujets collectifs de droit bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale est le partage, par ces peuples, d'une organisation sociale, de conditions économiques et d'une manière de vivre différentes de celles d'autres groupes de la population nationale, mais aussi et peut-être surtout l'existence d'une conscience, individuelle et collective, et d'une identité propres.

Quant à la nécessité d'une protection spéciale en leur faveur, la Cour fait valoir à titre d'éléments de justification de ce statut juridique particulier, entre autres, la discrimination historiquement subie par ces peuples, la pression exercée pour l'appropriation de leurs territoires, une absence de compréhension de leur façon de voir le monde de la part de la population ne partageant pas leurs valeurs, une marginalisation économique et sociale ou l'impact négatif que le conflit interne armé a eu sur leur vie et leurs territoires.

Nonobstant l'importance de la reconnaissance de ces peuples en tant que communautés et, par conséquent, comme des sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale et titulaires de droits fondamentaux particuliers, deux interrogations continuent de se poser.

La première interrogation concerne la véritable portée de la reconnaissance de ces communautés en qualité de sujets collectifs bénéficiant d'une protection constitutionnelle spéciale. Comme le dénoncent certains auteurs, malgré l'importance du rôle de la Cour constitutionnelle relativement à la consécration de différents droits fondamentaux en faveur des peuples autochtones et afro-descendants, dans la pratique, la Colombie est loin de protéger suffisamment les droits de ces communautés et, par là même, leur survie. On relève effectivement une absence de volonté politique et une réticence générale à admettre que ces peuples partagent une vision particulière du monde justifiant de leur reconnaître d'autres droits spécifiques, que Saldarriaga qualifie de « droits

épistémiques⁸² », et de ne pas les soumettre à une obligation de conformité de leurs pratiques à la Constitution ou à la loi. Plus précisément, il paraît nécessaire que le législateur, tout comme l'administration, respecte effectivement les droits dont ces communautés sont titulaires et que cette tâche de protection ne soit pas seulement laissée aux mains de la Cour constitutionnelle. Dès lors, nous estimons indispensable de nous demander si les droits reconnus en faveur de ces communautés sont réellement suffisants pour garantir leur protection ou s'ils ne sont pas limités en fonction d'une vision occidentalisée. Par exemple, il semblerait pertinent de reconnaître un droit à la protection des savoirs des groupes ethniques, au-delà d'une protection des connaissances scientifiques et de la propriété intellectuelle⁸³, ou encore un droit à la non-militarisation de leurs territoires⁸⁴.

La seconde interrogation est relative à la nécessité de réfléchir sur le ou les critères essentiels permettant de caractériser une « communauté » afin de déterminer si, comme cela paraît être la position de la Cour constitutionnelle colombienne, il est effectivement question d'un sujet de droit particulier. Cette problématique nous conduit aussi à nous demander si, outre les peuples autochtones et afro-descendants, il existe d'autres sujets collectifs méritant la qualification de « communautés » et, le cas échéant, s'ils seraient autorisés légitimement à réclamer également une protection spéciale. Pensons, par exemple, à la famille ou à la population paysanne. Ceballos Rosero a récemment souligné la nécessité de reconnaître, à côté des sujets de droit ethniques – ou communautaires tels les autochtones et les afro-descendants – des sujets de droit politico-culturels tels les paysans⁸⁵. Serait-ce effectivement une catégorie de sujets de droit différente de celle de la « communauté »? Au fond, l'interrogation majeure porte, selon nous, sur la notion même de sujet de droit : la distinction classique entre personne physique et personne morale s'avère-t-elle encore aujourd'hui suffisante eu égard à la reconnaissance d'autres acteurs titulaires de droits?

⁸² D.C. SALDARRIAGA GRISALES, préc., note 10, p. 341 et suiv.

⁸³ *Id.*, p. 294 et 295.

⁸⁴ *Id.*, p. 308 et 309.

⁸⁵ F. CEBALLOS ROSERO, préc., note 43, p. 333.