

L'ÉTATISATION DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE, UN NOUVEAU DÉFI À RELEVER

René Bougie

Volume 41, numéro 2, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107325ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10305>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bougie, R. (2011). L'ÉTATISATION DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE, UN NOUVEAU DÉFI À RELEVER. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 41(2), 437–467.
<https://doi.org/10.17118/11143/10305>

Résumé de l'article

Au cours de ce texte, l'auteur aborde le processus de changement relatif à l'étatisation de la justice autochtone paysanne communautaire au sein de l'appareil juridique bolivien. Il relève, dans un premier temps, le fait que ce type de justice bien particulière existe depuis fort longtemps et trace l'historique de la reconnaissance officielle du droit et de la justice autochtone en Bolivie, en mettant l'accent sur les avancées récentes en la matière effectuées par le gouvernement d'Evo Morales Aima. Dans un second temps, il identifie les limites possibles relatives à ce sous-système de l'appareil juridique bolivien. Il souligne tout d'abord que malgré l'apparente incompatibilité de la justice communautaire et du droit positif, l'arrimage de ces derniers est possible. Ensuite, il identifie les principaux obstacles à la pérennité de la légitimité de la reconnaissance du droit autochtone, soit le non-respect potentiel des droits fondamentaux, la corruption et le manque d'éducation et formule des propositions pour confronter ces problèmes. Finalement, l'auteur apporte une piste de réflexion en ce qui concerne la possible applicabilité de cette réforme en partie au Canada en ce qui a trait à ses nations autochtones.

L'ÉTATISATION DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE, UN NOUVEAU DÉFI À RELEVER

par René BOUGIE*

Au cours de ce texte, l'auteur aborde le processus de changement relatif à l'étatisation de la justice autochtone paysanne communautaire au sein de l'appareil juridique bolivien. Il relève, dans un premier temps, le fait que ce type de justice bien particulière existe depuis fort longtemps et trace l'historique de la reconnaissance officielle du droit et de la justice autochtone en Bolivie, en mettant l'accent sur les avancées récentes en la matière effectuées par le gouvernement d'Evo Morales Aima. Dans un second temps, il identifie les limites possibles relatives à ce sous-système de l'appareil juridique bolivien. Il souligne tout d'abord que malgré l'apparente incompatibilité de la justice communautaire et du droit positif, l'arrimage de ces derniers est possible. Ensuite, il identifie les principaux obstacles à la pérennité de la légitimité de la reconnaissance du droit autochtone, soit le non-respect potentiel des droits fondamentaux, la corruption et le manque d'éducation et formule des propositions pour confronter ces problèmes. Finalement, l'auteur apporte une piste de réflexion en ce qui concerne la possible applicabilité de cette réforme en partie au Canada en ce qui a trait à ses nations autochtones.

This article discusses changes inherent in the establishment of state control by the Bolivian legal system over aboriginal, peasant and community justice. To begin with, the writer points out that this particular type of justice is of customary origin and emphasizes the efforts of the Evo Morales Aima government to officially recognize the existence of aboriginal justice. The writer then identifies the limits implicit in this subset of the Bolivian legal system. He begins by stressing that despite the apparent incompatibility of community justice with positive law, a relationship between them is nonetheless possible. However, the writer identifies the main obstacles to the sustainability of the legitimacy of the recognition of aboriginal law which include the potential for violating human rights, the presence of corruption and a lack of education. He advances certain proposals for confronting these difficulties. Finally, the writer makes specific observations regarding the applicability of certain aspects of this reform to the First Nations of Canada.

*. Chercheur chez **Niska**, firme de consultants spécialisée en gestion du développement durable des communautés et des organisations et ancien coordonnateur des relations internationales, section Amérique du Nord, de l'**ONG Realidades** en Bolivie. Il a également co-réalisé, en 2010, un documentaire sur l'accès au pouvoir des peuples autochtones en Bolivie depuis l'avènement du gouvernement d'Evo Morales Aima.

SOMMAIRE

INTRODUCTION		439
I.	LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE	441
1-	La justice communautaire en Bolivie, un nouveau concept?.....	441
2-	À l'origine de la reconnaissance de la justice communautaire en Bolivie	445
II.	LES LIMITES DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE	456
1-	La reconnaissance du droit autochtone, un constat théorique impossible?	456
2-	Les obstacles majeurs relatifs au droit autochtone en Bolivie	459
CONCLUSION		465

INTRODUCTION

Lorsque l'on se trouve en Bolivie pour la première fois, il n'est pas évident de saisir les changements qui bouleversent ce pays. Cet État, comptant environ 9 775 000 habitants¹, est situé au coeur de l'Amérique du Sud et est l'un des pays ayant l'indice de développement humain le plus bas de ce continent². Mis à part la pauvreté évidente qui nous saute aux yeux lorsque l'on sillonne le pays³, notre regard se porte aisément sur la beauté des paysages des plus diversifiés, sur la culture foisonnante prenant les formes les plus variées et sur la force de caractère des gens qui y vivent. De plus, lorsque l'on s'attarde au monde politique et juridique qui nous entoure, on se rend rapidement compte de l'effervescence de cet univers et de la profondeur des changements qui y ont cours. Cet État, jadis colonie de l'Espagne et plus récemment arrière-cour des États-Unis⁴, semble s'ouvrir à un monde nouveau. Tout particulièrement depuis l'avènement d'Evo Morales⁵, premier président autochtone occupant cette fonction, l'histoire semble emprunter un nouveau chemin. D'aucuns y voient l'accès au pouvoir des peuples autochtones marginalisés depuis plus de 500 années de domination⁶, d'autres y voient le

1. Selon une estimation en date de juillet 2009. CIA World Factbook – Bolivia, en ligne: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html>> (consulté le 10 mai 2010).
2. La Bolivie a un IDH de 0,729, à égalité avec l'indice de la Guyane et se situe au 113e rang mondial. PNUD, *Rapport sur le développement humain*, en ligne : <http://hdrstats.undp.org/en/countries/country_fact_sheets/cty_fs_BOL.html> (consulté le 10 mai 2010).
3. Selon une estimation de 2006, 60% de la population vivrait sous le seuil de la pauvreté. CIA World Factbook – Bolivia, en ligne: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html>> (consulté le 10 mai 2010).
4. Voir à ce propos : Eduardo GALEANO, *Les Veines ouvertes de l'Amérique Latine*, Plon, 1981, 448 p. et de Joseph E. STIGLITZ, *Un autre monde, Contre le fanatisme du marché*, Fayard, 2006, 563 p.
5. Evo Morales Ayma a été élu comme président pour la première fois le 18 décembre 2005 avec 53,6% des votes, en ligne : <<http://www.presidencia.gob.bo/perfil.htm>>.
6. Alvaro GARCIA LINERA, *Bolivia, del Estado aparente al Estado integral*, en ligne : <<http://aquevedo.wordpress.com/2010/04/23/bolivia-del-estado-aparente-al-estado-integral/>> (consulté le 10 mai 2010).

danger d'effritement de l'unité du pays⁷ tandis que certains autres y voient tout simplement un gouvernement identique aux précédents⁸.

Toutefois, l'un des enjeux majeurs du premier mandat d'Evo Morales attire notre attention par sa particularité et par les conséquences qu'il implique suite à sa mise en oeuvre. Cet enjeu consiste en la reconnaissance formelle du système de justice autochtone. Durant l'ère coloniale et néocoloniale, jamais la question des droits des peuples autochtones constituant la population n'avait été prise en considération et tout particulièrement, jamais il n'aurait pu être question d'un tel processus d'étatisation de la justice communautaire. Mais comment l'État bolivien en est-il venu à réintroduire les notions de droit autochtone communautaire⁹ parallèle, voire même concurrent, au droit d'inspiration civiliste¹⁰ déjà en place dans le pays? De plus, quels sont les défis qu'un tel processus de changement risque de produire? Dans la même veine, quelles sont les lacunes d'un tel processus et que peut faire la Bolivie pour y remédier?

Enfin, dans quelle mesure pourrions-nous envisager un jour dans notre système juridique déjà pluraliste, l'introduction d'un tel type de juridiction pour les peuples des premières nations qui vivent à nos côtés?

-
7. Stéphanie ROUSSEAU, *La Bolivie en transformation: Pluri-nation, décolonisation et autonomie*, (Juin 2007), n°14, en ligne : <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/chro_Rousseau-const_07_14.pdf> (consulté le 10 mai 2010).
 8. Voir le documentaire *Qué paso?* de Carlos VALVERDE, novembre 2009.
 9. Son appellation exacte est la «jurisdicción indígena originaria campesina» ,*Constitucion Polica del Estado*, art. n°179.I (ci-après CPE)). Voir aussi CPE, art. n°190-192.
 10. Selon ce groupe de recherche, la Bolivie est un pays civiliste. Nous ne partageons pas ce point de vue, mais il est vrai qu'avant la réforme actuelle, le droit coutumier était une pratique officieuse que l'État ne reconnaissait pas comme étant légitime. «Index alphabétique des 192 pays membres de l'Organisation des Nations Unis et systèmes juridiques correspondants», *JuriGlobe*, en ligne : <<http://www.juriglobe.ca/fra/system-onu/index-alpha.php>> (consulté le 10 mai 2010), voir Bolivie.

I. LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE

1- La justice communautaire en Bolivie, un nouveau concept?

Avant la réforme constitutionnelle de 1994, la Bolivie, depuis son indépendance, s'inscrivait dans la tradition d'inspiration civiliste quant à son système juridique. Comme le mentionne Edwin Cocarico Lucas, le nouvel État nation bolivien qui vit le jour le 6 août 1825¹¹ était régi par le courant libéral et contractualiste, ayant comme fondement supposé l'expression la plus adéquate de la volonté générale au travers des lois écrites adoptées par le pays et l'application de celles-ci à tous, et ce, sans distinction aucune¹². Ce faisant, pendant plus d'un siècle et demi, l'État bolivien ne reconnut jamais de façon officielle un certain degré de pluralisme juridique au sein de son système normatif¹³.

Toutefois, de façon officieuse, la réalité était tout autre. Avant l'arrivée en Amérique des premiers Européens, les autochtones qui y vivaient avaient mis sur pied leurs propres institutions sociales et politiques, incluant leurs propres modes de gestion de la justice. La conquête espagnole et l'imposition de leurs normes et de leurs valeurs aux premiers occupants de ce territoire n'eurent pas l'effet d'éteindre leurs traditions. Selon Donna Lee Van Cott, plusieurs raisons expliqueraient la persistance de la pratique de la justice communautaire en

11. Il prit le nom de Bolivie le 11 août de la même année; en ligne : <http://www.americas-fr.com/es/historia/bolivia.html>.

12. Edwin COCARICO LUCAS, «El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia»,(2006) 43 *América Latina Hoy* , 134.

13. German CHOQUEHUANCA, «La Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, en el Estado Plurinacional, estan al servicio de todos» in *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*,(2009), *Ano del Bicentenario de la Liberacion y Ano de la Refundacion de Bolivia*, Publication especial, (juillet 2009), LaPaz, 8-9.

Bolivie¹⁴. Tout d'abord, il existerait au sein des diverses communautés autochtones une grande solidarité communautaire. En effet, il n'est pas rare d'observer dans certaines communautés les membres de la famille immédiate d'une personne reconnue coupable par les adjudicateurs communautaires se ranger derrière la décision de ces derniers. De plus, lors de nos entretiens avec divers membres de communautés autochtones, ils n'ont eu de cesse de nous répéter que l'intérêt collectif se devait de primer sur l'intérêt individuel, voir égoïste de chacun des membres. Ensuite, les coutumes de ces derniers seraient fortement ancrées. En effet, selon Ramiro Molina¹⁵, le droit autochtone a été constamment appliqué de façon autonome dans les communautés autochtones et est connu et compris par les membres y étant assujettis puisque la justice conventionnelle, soit le droit positif bolivien et les institutions qui le régissent, était un phénomène principalement urbain. De plus, contrairement à d'autres États sud-américains, les peuples autochtones boliviens n'ont pas réellement eu à combattre d'autres autorités issues d'un processus de privatisation de la violence revendiquant le pouvoir de créer des normes, tels des groupes de guérillas ou de paramilitaires. Un autre argument appuyant la présence du droit autochtone bolivien et sa reconnaissance, jadis officieuse par l'État de ce pays, était la faiblesse de leur système juridique étatisé. La lenteur du processus judiciaire, le manque de ressources humaines ainsi que le manque de légitimité de l'institution faisaient qu'il était délaissé par les autochtones du pays qui représentent, encore aujourd'hui, la majorité de la population bolivienne¹⁶. Ce manque de légitimité découlait, et

14. Donna LEE VAN COTT, «A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia», (2000) 32 *J. Lat. Amer. Stud.*, 207-234.

15. Entrevue réalisé par Donna LEE VAN COTT avec Ramiro Molina, 6 mai 1997; *Idem*, p. 231.

16. Selon la CIA, il représente au moins 55% de la population bolivienne, en ligne : <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bl.html>>; toutefois, en 2007, les Boliviens s'auto-identifiaient, selon un sondage effectué par l'*Institut national de la statistique de la Bolivie*, comme étant autochtone dans une proportion de 49,9%. Cependant, il est difficile d'avoir un chiffre exact puisqu'on laisse le soin à de nombreux métis (à des degrés variables) de se définir comme

découle encore dans une certaine mesure, de la perméabilité entre le système juridique et les divers partis politiques au pouvoir ou non¹⁷, du manque de professionnalisme de plusieurs juges et avocats et de la corruption. En effet, selon l'ONG *Transparency International*¹⁸, la Bolivie a fait partie, durant plusieurs années¹⁹, du palmarès des pays les plus corrompus de la planète. En plus de ces arguments, l'auteur prétend qu'il existe en Bolivie une tradition qui porte à négocier le terme d'un conflit au lieu d'adjudiquer sur ce dernier. Une fois de plus, cela serait lié à la cosmologie autochtone basée sur le postulat que l'intérêt collectif doit toujours primer sur l'individualisme. En plus de protéger le tissu social de ces communautés, cette stratégie offre le mérite d'être accessible, gratuite et rapide. En résumé, la justice communautaire a su traverser les époques et s'imposer dans nombre de communautés autochtones en Bolivie.

Mais qu'entend-on précisément par le concept de droit autochtone communautaire, ou en espagnol, par *derecho indigena originaria campesina*²⁰ ou *derecho consuetudinario*. Lorsque l'on

autochtone ou non. Il s'agit d'une identification subjective et cela complique le dénombrement exact des membres constituant une communauté donnée, en ligne : <<http://www.ine.gov.bo/indice/visualizador.aspx?ah=PC30804.HTM>>.

17. À titre d'exemple, l'actuel procès de Léopoldo Fernandez, candidat PPB à la vice-présidence de la Bolivie et ancien préfet du Pando accusé d'être l'auteur intellectuel d'un massacre survenu dans sa région, démontre la haute politisation des cours de justice en Bolivie. En effet, le gouvernement refuse que le dossier soit entendu dans le Pando puisqu'il considère que les cours de cette région ne trancheront pas en leur faveur tandis que Léopoldo refuse quant à lui que le dossier soit adjudiquer à La Paz puisqu'il affirme, lui aussi, que les cours de la capitale politique ne trancheront pas en sa faveur, étant un dossier plus politique que juridique.
18. En ligne : www.transparency.org.
19. En effet, la Bolivie détenait un résultat de 2 sur 10 en 1991 et était au 84^{ème} rang (sur 91) et en 2009, elle avait un résultat de 2,7 sur 10 et était au 120^{ème} rang (sur 180).
20. CPE, art. 190. Il s'agit du droit autochtone paysan des premières nations. Nous utiliserons sans distinction pour cet article les termes droit autochtone paysan communautaire, droit autochtone paysan des

s'attarde aux racines linguistiques de cette dernière expression, on découvre qu'elle fait référence à l'expression *jus consuetudinis* du droit romain s'interprétant comme « la coutume en tant que source de droit »²¹. Donc, le droit communautaire autochtone et paysan trouve la source de sa légitimité dans la coutume²². Toutefois, comme le souligne Lucas, il n'existe pas de concept homogène et unique de la justice communautaire puisque chaque peuple ou communauté autochtone possède sa propre forme particulière d'administrer la justice en lien avec ses coutumes distinctes²³. Toutefois, comme nous le verrons plus tard, la justice autochtone bolivienne se doit à présent de respecter certains principes communs, peu importe la collectivité appliquant ce type de justice.

Bien qu'il n'existe pas de concept homogène de ce type de justice, certaines caractéristiques communes peuvent être identifiées. Selon l'anthropologue Ivan Arias, la justice autochtone paysanne bolivienne a comme caractéristique de se baser sur le dialogue tendant à mener vers le plus large consensus possible, a une grande force morale pour sanctionner ses membres, tente de prioriser premièrement et avant tout l'harmonie du groupe et est, principalement de nos jours, articulée autour de l'oralité. Toutefois, au dire de certains, cette dernière ne caractérisa pas toujours la justice communautaire. Selon Cletus Gregor Barié, c'est la domination espagnole ainsi que la méconnaissance légale mutuelle qui fit en sorte de perdre les écrits du droit autochtone

premières nations, droit communautaire, droit coutumier, droit autochtone puisque dans la pratique, ces termes se confondent.

21. Denis LANGLOIS, *Le défi bolivien*, Athéna Édition, 2008, p. 125.
22. Sans entrer dans les détails, ce régime de légitimation peut être assimilable à l'idéal-type wébérien de domination traditionnelle. Max WEBER, *Économie et Société*, t. 1: Les catégories de la sociologie, Paris, Plon / Agora, pp. 28-29, 35, 48-52 et 55-57 (traduction de Julien Freund).
23. Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 140.

bolivien²⁴. Qu'à cela ne tienne, bien que le droit autochtone communautaire ait été influencé par le colonialisme, le nationalisme et l'impérialisme²⁵, il existe et constitue, comme Fanon l'a si bien dit :

Une réalité vivante et présente, une réalité oscillante d'interactions, d'attributs en mouvement et de caractéristiques instables, une réalité en laquelle se combine le vieux et le nouveau, les traditions et les innovations, les invariables et ce qui varie²⁶. (*notre traduction*)

2- À l'origine de la reconnaissance de la justice communautaire en Bolivie

Cette réalité, comme nous l'avons dit précédemment, est longtemps apparue comme une façon supplétive de gérer le vivre ensemble et, pendant de nombreuses années, a trouvé sa légitimité à l'extérieur de l'enceinte étatique. Toutefois, lors de l'éveil démocratique de l'Amérique latine, de nombreux pays entreprirent de reconnaître cette réalité de fait au sein de leurs institutions. Bien que le Pérou ait reconnu dès 1977 les *rondas campesinas*²⁷, la majorité des pays sud-américains ne firent aucune démarche afin de reconnaître le droit communautaire

-
24. Cletus GREGOR BARIÉ, « Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama Estudio comparativo actual sobre derechos indígenas en América Latina », dans Instituto Indigenista Interamericano, *secunda edicion actualizada y aumentada (Bolivia)*, Mexico, 2003, p. 49-50, en ligne : <www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus/>; voir aussi D. LANGLOIS, *Le défi bolivien*, préc., note 21, p. 126.
25. Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 138.
26. Frantz FANON, *Interrogating Identity. The Postcolonial Prerogative. The Location for Culture*, 1 éd., London, Routledge, 1973, p. 180; Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafios para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 138.
27. Les patrouilles paysannes.

autochtone avant les dernières deux décennies. En effet, ce n'est que tout dernièrement que la Bolivie, la Colombie, le Brésil, le Chili, l'Équateur, le Nicaragua et le Pérou reconnaissent, à des degrés divers, le droit autochtone communautaire.

Cette volonté de reconnaître les droits des peuples autochtones se retrouve aussi dans plusieurs grands textes internationaux des dernières années. Mis à part les principes de droits collectifs à l'autodétermination et à la survivance sociale et culturelle contenus dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, le premier texte international en importance à faire suite à la promotion du fait autochtone n'a été adopté qu'en 1989. Il s'agit de la *Convention 169 de l'Organisation internationale du travail sur les peuples indigènes et tribaux en pays indépendant*. L'article 8 de cette convention reconnaît même qu'en «appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier »²⁸. Par la suite, il y eut l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques* en 1992 et finalement, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes* en 2007. De plus en plus, les spécificités relatives aux diverses communautés autochtones et leur revalorisation occupent une place de choix dans le discours des divers agents sur la scène internationale.

Quant à la Bolivie, elle a dû attendre la réforme constitutionnelle de 1994 avant de voir une certaine forme de reconnaissance de ce droit particulier. Il est vrai que la réforme de 1952 permit, avant le retour de l'ère autoritariste, une certaine reconnaissance du fait autochtone en Bolivie et de sa participation à la vie publique du pays, mais toutefois, jamais il ne fut question de reconnaître d'une quelconque façon la justice communautaire. Ce faisant, c'est bel et bien l'article 171.III²⁹ de la Constitution de

28. *Convention 169*, OIT, art. 8(1).

29. La formulation de l'art. 171.III de la constitution bolivienne s'inspire fortement du nouvel article 246 de la nouvelle constitution colombienne

1994 qui ouvrit la porte à la reconnaissance du droit autochtone en mentionnant qu'il sera dorénavant possible aux membres de certaines communautés autochtones d'appliquer leurs

normes propres en tant que solution alternative de conflits, conformément à leurs coutumes et procédures, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois³⁰ (*notre traduction*).

Ce nouvel article fut encadré, en 1999, par l'adoption de l'article 28 du Code de procédure pénale qui affirmait que le droit de recours devant la justice ordinaire³¹ pouvait s'éteindre si 3 conditions étaient remplies soit que le délit devait être commis au sein d'une communauté autochtone et paysanne, par l'un des membres à l'encontre d'un autre membre et que ce délit devait avoir été résolu par les autorités naturelles de la communauté conformément à leur droit coutumier autochtone³².

Donc, à cette époque, le droit autochtone communautaire se voyait reconnu en partie dans le système juridique bolivien, bien qu'assujéti à ce dernier. En effet, en cas de mésentente sur l'application de ces nouveaux articles, ce sont les institutions de la juridiction ordinaire qui avait le mandat de trancher le conflit en cours. De plus, il revenait à la personne accusée du délit de faire le choix de la juridiction sous laquelle elle voulait voir se régler le conflit. Par la suite, le gouvernement bolivien, par l'entremise d'une équipe d'anthropologues du Ministère de la Justice³³, entreprit l'élaboration d'une législation tentant de traduire en droit positif les normes du droit communautaire autochtone en gardant

de 1991; Donna LEE VAN COTT, « A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia », (2000) 32 *J. Lat. Amer. Stud.*, 227.

30. *Constitution bolivienne*, 1994, art. 171.III.

31. Nous entendons ici par justice ordinaire le droit positif bolivien reconnu dans les textes de loi adoptés par le Parlement bolivien.

32. *Code de procédure pénale*, art. 28. Voir aussi D. LANGLOIS, *Le défi bolivien*, préc., note 21, p. 127.

33. Ils avaient à leur tête Ramiro Molina.

à l'esprit le caractère d'oralité sous-jacent à ce système juridique³⁴. Toutefois, ce projet de loi ne fut jamais adopté par le gouvernement de Sanchez de Lozada qui en avait demandé son élaboration. Malgré certaines autres avancées pour la reconnaissance des droits des autochtones dans les années qui suivirent, il n'y eut pas d'avancée substantielle en matière de reconnaissance de la justice communautaire autochtone et paysanne en Bolivie avant la prise du pouvoir du MAS³⁵, avec à sa tête Evo Morales Aima, premier président bolivien d'origine autochtone, le 18 décembre 2005³⁶.

L'une des premières actions qu'entreprit le nouveau gouvernement d'Evo Morales en matière de reconnaissance de la justice communautaire fut la création du sous-ministère de la Justice communautaire³⁷ au sein du Ministère de la Justice par décret suprême réglementaire découlant de la *Loi sur l'organisation du pouvoir exécutif* le 8 mars 2006³⁸. Par la suite, le gouvernement, par l'entremise du Ministère de la Justice et de ses sous- ministères, mis en place un plan stratégique institutionnel découlant du *Plan national de développement pour une Bolivie digne* dès le mois de septembre 2007. Ce plan stratégique avait pour mission, au dire du gouvernement lui-même, la mise en place d'un nouveau système juridique reconnaissant pleinement le pluralisme juridique, le concept de participation citoyenne, la transparence, l'égalité et l'équité ainsi que la préservation et la défense des droits fondamentaux de la personne³⁹. Plus

34. Donna LEE VAN COTT, « A political analysis of legal pluralism in Bolivia and Colombia », (2000) 32 *J. Lat. Amer. Stud.*, 227.

35. *Movimiento al socialismo*, soit le mouvement vers le socialisme.

36. Evo Morales fut élu à la présidence avec 53,7% des suffrages, loin devant son plus proche adversaire (Jorge Quiroga Ramirez) qui a récolté 28,6%; en ligne : <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMEve?codeEve=483>.

37. Maintenant, il porte le nom officiel de *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*.

38. *Decreto Supremo Reglamentario de la Ley de Organización del Poder Ejecutivo* (8 mars 2006), n°28631.

39. « 2009, Año del Bicentenario de la Liberación y Año de la Refundación de Bolivia », *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*, Publication especial, (juillet 2009), La Paz, 10.

précisément en ce qui concerne les objectifs stratégiques du sous ministère de la Justice communautaire quant à l'application de ce plan, il pouvait être résumé en 4 points :

- a. Garantir l'effectivité des systèmes d'administration de la justice autochtones sur l'ensemble du territoire national.
- b. Mettre en place une stratégie de diffusion des droits des autochtones contenus dans les lois, traités, propositions et autres.
- c. Revaloriser les systèmes d'administration de la justice communautaire au travers de projets de recherche participative.
- d. Élaborer une base de données légales et d'informations qui servira de base à des politiques publiques visant l'élimination du travail forcé et de servitude pour dettes dans le pays⁴⁰.

L'effervescence entourant la reconnaissance de la justice communautaire en Bolivie franchit une étape décisive avec l'élaboration de *l'Avant-projet de Loi sur l'administration de la Justice des peuples autochtones et des communautés paysannes*⁴¹. Ce projet de loi contenait 4 objectifs bien particuliers soit de : garantir l'effectivité des systèmes d'administration de la justice autochtone sur l'ensemble du territoire national en respectant les objectifs fixés dans le plan stratégique du Ministère de la Justice, de reconnaître le caractère obligatoire des décisions rendues par les autorités autochtones paysannes, la définition des pourtours des compétences dévolues aux communautés autochtones ainsi que la détermination de critères afin de régler les conflits entre les divers sous-systèmes constituant le pouvoir judiciaire dans le

40. *Id.*

41. *Anteproyecto de Ley de Administracion de Justicia de los Pueblos Indigenas Originarios y Comunidades Campesinas.*

pays⁴². Les objectifs de ce projet de loi furent repris par les fédérations d'ayllus⁴³ et de syndicats paysans⁴⁴ du pays qui se constituèrent en un comité de promotion de la justice communautaire⁴⁵. Ce comité présenta ces objectifs à l'Assemblée constituante chargée d'élaborer la nouvelle Constitution du pays et leur travail porta fruit.

En effet, la nouvelle constitution politique de l'État plurinational bolivien reprit en bonne partie les recommandations découlant de l'avant-projet de loi sur la justice communautaire. Adoptée le 25 janvier 2009 par référendum populaire dans une proportion de 61,49%⁴⁶, cette nouvelle loi fondamentale du pays reconnaît désormais le caractère pluraliste du système juridique bolivien et met en place les bases de la reconnaissance effective de cette nouvelle caractéristique. En plus de reconnaître un large éventail de droits fondamentaux pour l'ensemble des citoyens⁴⁷, la nouvelle constitution reconnaît explicitement le droit, pour les autochtones, de posséder leurs propres systèmes politiques, juridiques et économiques en adéquation avec leur cosmovision⁴⁸. De plus, l'article 179.II affirme qu'aucun sous-système juridique ne sera soumis à un autre en déclarant que la justice ordinaire est

42. *Id.*; voir aussi « 2009, Año del Bicentenario de la Liberación y Año de la Refundación de Bolivia », *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*, Publication especial, (juillet 2009) La Paz, 11.

43. Un *ayllus* est une forme d'organisation politique et sociale autochtone précolombienne qui reprend de plus en plus d'importance dans la vie politique de la Bolivie.

44. Les syndicats paysans sont une forme d'organisation politique et sociale qui fut mise en place par la réforme agraire de 1952 afin de gérer de façon commune les terres qui ont été rendues aux diverses communautés autochtones.

45. Ce comité était constitué par les organisations nationales suivantes: *CONAMAQ* (Confederación Nacional de Ayllus y Markas del Qollasuyu), *CNMCIQB-BS* (Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia – Bartolina Sisa), *CIDOB* (Confederación Indígena del Oriente Boliviano), *CSUTCB* (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) et *CSCIB* (Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia).

46. En ligne <: <http://www.latinreporters.com/boliviapol26012009.html>>.

47. *CPE*, art. 13-76.

48. *CPE*, art. 30 (14).

sur le même pied d'égalité que la justice communautaire. Cette nouvelle constitution crée aussi le Tribunal constitutionnel plurinational⁴⁹ constitué de membres émanant de chacune de ces juridictions qui, en cas de conflit entre juridictions, sera l'institution qui devra trancher en la matière⁵⁰. Cette dernière définit aussi les principales caractéristiques de la juridiction autochtone paysanne. L'article 190 mentionne que la juridiction autochtone devra respecter le droit à la vie, le droit à une défense pleine et entière ainsi que les droits fondamentaux prévus dans la Constitution. Finalement, cette nouvelle loi fondamentale consacre le processus de décentralisation des pouvoirs en permettant la création de plusieurs organisations, telle les autonomies autochtones paysannes⁵¹ et énonce qu'elles auront la compétence exclusive en matière d'exercice de la juridiction autochtone⁵².

Ce faisant, la nouvelle Constitution bolivienne de 2009 pose les bases du processus d'étatisation par le gouvernement bolivien de la justice autochtone paysanne. Plusieurs projets de loi vinrent appuyer et définir plus en profondeur par la suite ces fondements reconnus dans la nouvelle *Magna Carta* du pays.

Tout d'abord, il y eut la *Loi sur le pouvoir judiciaire*⁵³. Cette loi énonce les principes que chacun des sous-systèmes⁵⁴ du pouvoir judiciaire devra respecter. Ils sont au nombre de 13 soit :

- 1- Le caractère plurinational du pays
- 2- L'indépendance du pouvoir judiciaire
- 3- L'impartialité
- 4- La sécurité juridique

49. CPE, art. 196-288.

50. CPE, art. 202 (11), *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* ,(19 février 2010), art. 60-72, *L.D.J.*, art. 14 (b).

51. CPE, art. 289-296.

52. CPE, art. 304.I (8).

53. *Ley del Organo judicial*, 23 juin 2010 (ci-après *L.O.J.*).

54. Le pouvoir judiciaire est divisé en 5 sous-systèmes soit : la juridiction ordinaire, la juridiction agroenvironnementale, la juridiction autochtone, la juridiction constitutionnelle et le groupe des juridictions spéciales; voir *L.O.J.* ,art. 4 et CPE, art. 179.I.

- 5- Le principe de publicité et d'accessibilité des décisions (transparence)
- 6- Compétences du personnel juridique
- 7- La célérité
- 8- La gratuité
- 9- Le pluralisme juridique
- 10- L'interculturalité
- 11- L'harmonie sociale
- 12- Le respect des droits
- 13- La culture de la paix⁵⁵

Tout particulièrement en ce qui concerne le sous-système de la juridiction autochtone, la loi reprend de façon identique les critères qui devront être respectés dans cette juridiction⁵⁶. Elle réitère, une fois de plus, que cette juridiction s'applique aux membres de la communauté autochtone détenant le pouvoir d'adjudiquer en la matière et précise qu'elle s'appliquera tant au niveau des personnes, des biens et du territoire relevant de ses compétences. Toutefois, cet aspect de détermination des limites de la compétence des diverses autonomies autochtones ayant la capacité d'administrer leur propre système juridique reste à préciser. Dans ces lois, il n'est fait mention que de la fonction judiciaire autochtone qui devra être exercée par les autorités de la communauté reconnue au travers des principes, valeurs culturelles, normes et procédures propres à la communauté visée⁵⁷.

Pour l'instant, les législateurs ont énoncé⁵⁸ que les lignes directrices de la séparation des pouvoirs juridiques dévolus tant au gouvernement central qu'aux nouveaux organes décentralisés seront prévues dans la *Loi sur la délimitation du pouvoir juridique*⁵⁹. Plus précisément, ils spécifièrent que cette loi aurait pour objet de déterminer les mécanismes de coordination, de

55. L.O.J., art. 3.

56. Art. 159-163 L.O.J ; art. 190-192 CPE.

57. Art. 159.I L.O.J; Art. 190 CPE.

58. Art. 191.II (2) CPE; art. 5 L.O.J.

59. *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, ley N° 073, 29 décembre 2010 (ci-après L.D.J)

coopération et de complémentarité entre les diverses juridictions constituant le pouvoir judiciaire⁶⁰.

Malgré la complexité de la question en cause, cette loi ne compte que 17 articles. Cette loi mentionne tout d'abord les principes sur lesquels sera articulée la délimitation des diverses juridictions au sein du système juridique bolivien. Aux articles 2 et 5, il est fait mention que l'administration et l'exercice de la justice devront se faire en respectant les droits fondamentaux prévus dans la Constitution du pays, dans la Convention 169 de l'OIT et dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones⁶¹. L'article 4, quant à lui, précise une fois de plus les principes généraux que devra respecter le système juridique bolivien. Ces principes sont au nombre de 9 soient :

- 1- L'unité et l'intégrité du pays
- 2- La relation spirituelle qui existe entre les autochtones et la Terre Mère
- 3- La diversité culturelle
- 4- L'interprétation interculturelle
- 5- Le pluralisme juridique avec l'égalité entre les juridictions
- 6- La complémentarité
- 7- L'indépendance
- 8- L'équité et l'égalité entre les genres
- 9- L'égalité des opportunités

Cette loi, en plus de permettre la délimitation des sous-systèmes au sein du système juridique bolivien, affirme de façon catégorique le désir de réappropriation de la part des nations autochtones des compétences qui leur étaient jadis dévolues. De plus, chose que l'on ne retrouvait pas dans les autres textes traitant de la justice communautaire, une attention est portée au droit des femmes⁶².

60. Art. 5 L.O.J ; art. 1 L.D.J

61. À l'art. 2 et 5 L.D.J., on retrouve une autre emphase sur les droits fondamentaux

62. À l'art. 5 II. L.D.J., on en fait aussi mention.

L'article 8 de la loi mentionne que la juridiction autochtone s'applique lorsque 3 types de compétences sont réunis de façon concurrente soit la compétence territoriale, personnelle et matérielle. La compétence territoriale consiste en l'application de la justice communautaire sur le territoire de la communauté autochtone. Toutefois, afin de déterminer les pourtours du dit territoire, ce dernier doit être constitué soit en territoire, en région ou en municipalité autochtone et cela doit se faire à travers le processus établi dans la *Loi sur les autonomies et la décentralisation*⁶³ et par l'adoption de leurs statuts respectifs. À ce jour, ce processus est en cours⁶⁴ et les organes décentralisés en sont à la rédaction de leurs statuts constitutifs. Bien que l'on retrouvait à l'article 11 du projet de loi une ouverture à l'application de la justice communautaire d'une communauté à l'extérieur de son territoire si la controverse résulte de la violation d'un droit de cette communauté autochtone, on ne retrouve rien en la matière dans la loi qui a été adopté. La compétence personnelle, quant à elle, se définit comme l'application de la justice communautaire à tous les autochtones⁶⁵. Finalement, il y a la compétence matérielle. La compétence matérielle est le fait que la justice communautaire s'applique dès qu'une infraction met en péril les droits des peuples autochtones en Bolivie⁶⁶. Toutefois, la justice communautaire ne s'applique pas, entre autre, sur ces sujets : les délits contre la sécurité de l'État, les actions contre la corruption qui affecte le patrimoine public, les affaires sur les substances contrôlées, les interdits douaniers et les crimes internationaux comme le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes d'agressions.

Malgré ces quelques exceptions, la juridiction autochtone reste large et mérite d'être précisée. Étant une juridiction

63. *Ley marco de autonomias y descentralizacion*. (ci-après L.M.A.D.)

64. Lors des élections d'avril 2010, plusieurs référendums ont été tenus en même temps que ces dernières sur la création de certaines autonomies autochtones et le processus a donc commencé après l'approbation de cette démarche par les communautés visées.

65. Art. 9 L.D.J.

66. Art. 10 L.D.J.

articulant son système normatif autour de la coutume, il faut se poser la question à savoir quelles sont les règles découlant d'une pratique régulière et constante d'une communauté autochtone qui constitue le domaine d'application de la justice communautaire. Il faudra aussi voir si une délimitation plus précise sera faite dans les statuts des autonomies autochtones et si, en relation avec l'énumération des compétences pouvant leur être dévolus prévus dans la *Loi sur les autonomies*⁶⁷, les gens auront la possibilité de savoir les infractions existantes et les peines leurs étant attribuées. Finalement, ce projet de loi aborde la question de la coopération et de la coordination possible entre les divers sous-systèmes constituant le système juridique dans le pays. En ce qui concerne la coordination⁶⁸, la loi stipule que cela pourra se faire tant de façon orale qu'écrite. De plus, il est fait mention que les sous-systèmes juridiques pourront s'échanger de l'information sur les antécédents des personnes et créer des espaces de dialogues pour échanger sur l'application des droits fondamentaux et sur leur façon de régler les différends. La coopération⁶⁹, quant à elle, consiste dans le fait que les structures de l'État, soit la police, l'administration gouvernementale et les autres sous-systèmes du système juridique devront prêter assistance à la juridiction autochtone au besoin dans l'obtention de moyens probatoires, dans l'application d'une sanction ou pour toute autre action sollicitée afin de garantir le bon déroulement d'un processus judiciaire entrepris dans leur juridiction. Cette coopération se doit d'être mutuelle entre les différents sous-systèmes juridiques du pays.

Bref, bien qu'il reste encore des points à préciser afin d'en arriver à la définition d'une juridiction claire et structurée, la Bolivie s'est bel et bien engagée dans un processus de décentralisation des pouvoirs et, par le fait même, de reconnaissance de la multitude des spécificités juridiques composant le pays. Ce faisant, le pays s'est engagé de pied ferme

67. Art. 303-304 L.M.A.D

68. Art. 13 et 14 L.D.J.

69. Art. 15 et 16 L.D.J.

dans un processus faisant passé l'État d'un système juridique civiliste centralisé à un État plurinational décentralisé reconnaissant clairement le caractère pluraliste du nouveau système juridique. Toutefois, ce processus de transformation en profondeur de l'État soulève plusieurs questions, en commençant par l'instauration même d'un système juridique pluraliste dans un pays n'ayant jamais connu officiellement cette cohabitation entre plusieurs systèmes normatifs.

II. LES LIMITES DE LA JUSTICE AUTOCHTONE PAYSANNE COMMUNAUTAIRE EN BOLIVIE

1- La reconnaissance du droit autochtone, un constat théorique impossible?

Bien que l'existence de la justice autochtone communautaire ne date pas d'hier, sa reconnaissance par l'État bolivien n'en est pas moins qu'à ses premiers balbutiements. Ce faisant, le gouvernement bolivien a le devoir, s'il veut être cohérent avec le processus dans lequel il s'est engagé, d'articuler de façon optimale les divers sous-systèmes constituant le système juridique en ayant toujours en tête les règles fondamentales sur lesquelles repose un État de droit moderne, qui se veut progressiste de surcroît.

De prime abord, les concepts relatifs à l'État de droit et ceux liés à la justice communautaire semblent difficilement conciliables. En effet, la justice communautaire trouve sa légitimité dans la coutume et, comme le souligne Francisco Colom Gonzalez, la façon de concevoir la justice de ce système normatif diffère grandement de la perspective libérale⁷⁰. Selon cette dernière perspective, un système juridique, pour être reconnu comme tel, se doit d'énoncer de façon formelle, le plus souvent par écrit, les garanties procédurales auxquelles chaque citoyen a droit lorsqu'il doit faire face à la justice. Plus précisément, cette théorie,

70. Francisco COLOM GONZALEZ, travail réalisé dans le cadre du projet FFI2008-05931/FISO du Ministère de la Science et d'Innovation espagnol (*Ministerio de Ciencia e Innovación*), p. 2.

qualifiée de « théorie jacobine (ou républicaine) classique » veut que

(...) le droit soit exclusivement rattaché à l'État politique, qu'il soit un assemblage systémique de règles de conduite générales, abstraites et objectives et que seuls les tribunaux juridictionnels officiels qui tranchent les litiges soient les garants de son intégrité.⁷¹

Cette conception du système juridique s'articulant autour du concept de la domination du droit positif et écrit dans tout système normatif s'oppose radicalement à une conception communautaire et pluraliste de la justice. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, le droit communautaire autochtone bolivien s'articule autour de la coutume et trouve sa source dans la tradition orale. Ce faisant, d'un point de vue strictement jacobin, l'arrimage du droit autochtone au système juridique positiviste bolivien est contre nature puisque, en agissant ainsi, l'État bolivien reconnaîtrait plusieurs sources de droit au sein d'un même système et que de surcroît, ce sous-système normatif ne s'appuie pas lui-même sur une hiérarchie claire et unifiée de normes, si ce n'est que la Constitution, qui régit la vie en société. Ce faisant, pour les puristes de cette vision, ce mariage est, de prime abord, un échec en soi pour tout État de droit qui se respecte.

Toutefois, à l'instar d'Eugen Ehrlich et de plusieurs de ces contemporains⁷², nous croyons que cette conception de la reconnaissance et de la validité des normes juridiques n'est pas la plus appropriée. À notre avis, le fait de concevoir le système juridique comme un ensemble hiérarchisé et unifié de normes n'est qu'une façon de concevoir la justice. Selon nous, la validité d'un système juridique repose uniquement sur la légitimité que lui reconnaissent les acteurs dûment mandatés d'une communauté

71. Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2002-03) 33 R.D.U.S, 136.

72. Eugen EHRlich, « Grundlegung der Soziologie des Rechts », Berlin, 1913; voir aussi note 75.

qui assurent les fonctions politiques au sein d'une communauté donnée de par la reconnaissance de leur exercice du monopole légitime de la violence⁷³. Ce faisant, tel l'ensemble des systèmes sociaux constituant toute société, le système juridique d'un pays donné n'est qu'un construit social. Nous croyons que le système juridique d'un pays constitue un champ au sens de l'expression définie par Pierre Bourdieu⁷⁴ et ce faisant, ce dernier se définit principalement par les relations et les luttes que les divers agents le constituant et y étant soumis le conçoivent⁷⁵. Donc, il n'y a pas, de prime abord, de système parfait de justice et il revient aux acteurs d'une société d'en déterminer les pourtours puisque, comme l'énonçait avec clarté Klaus Günther en paraphrasant Sally Falk Moore :

Ce qui est important dans le droit, ce n'est pas son aspect statique, tel son système cohérent de normes primaires et ses dynamiques contrôlées par ses règles secondaires, mais bien le processus continu de négociation sur la validité légale à différents niveaux et dans différents domaines sociaux, différentes façons d'utiliser la loi, des manières de la tourner ou de l'assimiler à d'autres systèmes normatifs : bref, le droit en tant que processus⁷⁶.
(notre traduction)

Ce faisant, à la lumière de ces modèles théoriques, l'arrimage de la conception du droit autochtone au concept du

73. Au sein du paradigme démocratique, cela revient à dire qu'indirectement, ce sont les acteurs soumis aux normes qui en reconnaissent la légitimité. Pour ce qui est de l'expression "monopole légitime de la violence", nous empruntons cette expression à Max Weber; Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 112-113.

74. Pierre BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Paris, Minuit, 1980, p. 196-199.

75. Nous ne rentrerons cependant pas ici dans la distinction entre les « interactionnistes » et la thèse du « structuralisme génétique » de Bourdieu. Dans le cadre de notre article, nous ne nous attarderons pas aux éléments qui sous-tendent ou non l'action des acteurs dans leurs champs spécifiques.

76. Klaus GÜNTHER, *Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory*, p. 9; Sally FALK MOORE, *Law as Process: An Anthropological Approach*, London, 1978.

droit positiviste semble possible. Sa reconnaissance par l'État de droit bolivien redevient donc, à ce titre, quelque chose de possible et dirons-nous même, quelque chose de souhaitable dans une certaine mesure. Le temps de l'ignorance mutuelle et de la consolidation des deux systèmes normatifs en vase clos semble donc pouvoir devenir réellement chose du passé. Toutefois, bien que cet écueil théorique soit résolu, certaines autres questions restent en suspens. La plus criante est sans contredit les risques potentiels de non-respect des droits fondamentaux.

2- Les obstacles majeurs relatifs au droit autochtone en Bolivie

Bien que nous pourrions soulever des interrogations quant au terme « fondamentaux » dans l'expression « droits fondamentaux », nous croyons que le respect de ces normes, dans une société dite démocratique, se doit d'être mis au premier plan, peu importe le système juridique dans lequel il s'inscrit. À l'instar d'Habermas, nous croyons que certaines normes procédurales doivent être conservées dans tout système normatif afin de protéger les individus. Ces normes trouvent leur légitimité, comme le résumait très bien Simone Goyard Fabre en parlant de la théorie d'Habermas, dans le rapport externe que les normes juridiques entretiennent avec les faits sociaux et l'opinion publique et non d'après les valeurs du bien et du juste inscrites sur l'horizon axiologique de la transcendance morale, ni d'après la normativité rationnelle de la conscience individuelle⁷⁷. Bjarne Melkevik va encore plus loin en affirmant qu'« Habermas pense de cette façon les droits fondamentaux tels qu'ils contiennent exactement les droits que les citoyens doivent s'accorder l'un à l'autre s'ils souhaitent coordonner légitimement leurs actions intersubjectives par le médium du droit positif⁷⁸ ». Il est toutefois vrai que, si ces concepts ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une société libre et démocratique, nous aurions peut-être à chercher le

77. Simone GOYARD FABRE, *Embarras philosophique du droit naturel*, Vrin, 2002, p. 276.

78. Paul DUMOUCHEL et Bjarne MELKEVIK (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, l'Harmattan, 1998, p. 92.

fondement de leur légitimité ailleurs. Cependant, il n'est pas de notre propos de trancher le présent débat.

En revenant aux traitements des droits fondamentaux en Bolivie, malgré la propagande gouvernementale martelant que la justice communautaire respecte l'ensemble des droits fondamentaux de la personne, d'aucuns se revendiquant de ce type de justice posèrent et posent encore dans une certaine mesure des gestes en radicale opposition avec les préceptes se retrouvant dans l'ensemble des grandes déclarations concernant les droits humains sur notre planète. Plusieurs membres de communautés autochtones décident, de façon arbitraire et spontanée, de se faire justice eux-mêmes. Souvent sans procès et avec des éléments de preuve plus ou moins ténus, des foules en colère décident de battre, de blesser, de brûler, de pendre et fort souvent de tuer les présumés malfaiteurs⁷⁹. Ce phénomène est tout de même d'une ampleur considérable puisqu'à titre d'exemple, il y a eu, en 2007, près de 57 lynchages perpétrés en Bolivie selon le Protecteur du citoyen de ce pays⁸⁰.

Toutefois, bien que plusieurs personnes posant ces actions se cachent sous le couvert de la justice communautaire, peut-on réellement assimiler ces actes à ce système normatif? Au dire de plusieurs experts tels l'ex-protecteur du citoyen en Bolivie Waldo Albarracin⁸¹ ou l'ancien sous-ministre de la justice autochtone Valentin Ticona⁸², ce type d'action ne peut être assimilable en aucun cas au concept de la justice communautaire. Sans aucune procédure et n'étant lié à aucune coutume, ce type d'action violente ne découle que de la passion et ne peut ni être associé à la justice conventionnelle, ni à la justice communautaire. Nous

79. À titre d'exemple, en ligne :< http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id_nota=300930>.

80. En ligne : <http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/04/090410_1232_linchamiento_lp.shtml>, citant les propos de la *Defensoría del Pueblo*.

81. *Id.*

82. « 2009, Año del Bicentenario de la Liberación y Año de la Refundación de Bolivia », *Viceministerio de Justicia Indígena Originario Campesino*, Publication especial, (juillet 2009), La Paz, p. 17.

partageons ce point de vue et nous croyons, à leur instar, que les gens commettant ces actions violentes se doivent d'être punis pour leur action.

Certaines personnes avancent plutôt que ce sont bien les sanctions prévues par la coutume et ce faisant, par la justice communautaire pour certains méfaits dans certaines communautés autochtones qui ne respecteraient pas, à certains égards, les droits fondamentaux de la personne. Le cas le plus notoire en la matière est la peine de mort appliquée à l'égard de certains méfaits. Cependant, selon un rapport réalisé en 1997 par le *Centre d'études juridiques et de recherche social de Bolivie*, l'utilisation de telles sanctions au sein de la pratique de la justice communautaire en Bolivie constitue l'exception plutôt que la règle⁸³. Ce faisant, en plus de ne pas constituer une pratique répandue dans ce pays, cela fait en sorte que certains systèmes juridiques de pays occidentaux se réclamant du droit positif font moins bonne figure en la matière qu'eux⁸⁴. Toutefois, certaines punitions corporelles de moins grande envergure ancrées dans les coutumes de quelques communautés autochtones restent encore en vigueur de nos jours. En effet, l'utilisation du « fouet⁸⁵ » pour punir certains méfaits et pour corriger les enfants est encore, au dire de certains, une pratique qui n'est pas encore éradiquée dans ce pays⁸⁶. Toutefois, de façon officielle et comme nous l'avons vu précédemment, la justice communautaire est assujettie à des normes strictes en matière de respect des droits fondamentaux. Ce faisant, toute culture, sous la force de l'éducation et de la promotion des avantages liés à la non-utilisation de la violence en la matière, peut délaissier ces façons de faire tout en conservant

83. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS) para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Justicia Comunitaria*, (1997), cité dans Edwin COCARICO LUCAS, « El Etnocentrismo Politico-Juridico y el Estado Multinacional : nuevos desafíos para la democracia en Bolivia », (2006) 43 *América Latina Hoy*, 139.

84. En 2009, il y a eu 106 condamnations à mort aux États-Unis, en ligne : <http://www.deathpenaltyinfo.org/news/past/58/2009>.

85. Le fouet porte le nom de « chiquote » en aymara et « guasca » en chiquitano, *supra*, note 21, p. 144.

86. D. LANGLOIS, *Le défi bolivien*, préc., note 21, p. 144.

ses caractéristiques distinctives qui font sa force. En guise d'exemple, bien que le fouet, communément appelé la « strap » au Québec, était de mise il y a deux générations dans notre pays et est aujourd'hui dénoncé par l'ensemble des citoyens ne fait pas en sorte que le système juridique civiliste de notre province est dénaturé de nos jours.

Certains critiques avancent plutôt la théorie que peu importe la nature actuelle de ce type de droit, sa nature première en est une axée sur la violence et que ce dernier ne pourra jamais réellement se soustraire à cet héritage. Toutefois, l'utilisation de la violence à titre de punition n'est pas le propre de la justice communautaire. Comme le mentionne Michel Foucault, des punitions physiques, variant en intensité, furent présentes dans bon nombre d'États assujettis au droit positif jusqu'au début du XIX siècle⁸⁷. À titre d'exemple, des pièces originales et procédures de procès faites à Robert-François Damiens et rapportées par Michel Foucault au début de son œuvre phare démontrent la dureté du traitement qui était réservé à certains criminels :

Damiens avait été condamné, le 2 mars 1757, à faire amende honorable devant la principale porte de l'Église de Paris, où il devait être mené et conduit dans un tombereau, nu, en chemise, tenant une torche de cire ardente du poids de deux livres, puis, dans le dit du tombereau, à la Grève, et sur un échafaud qui y sera dressé, tenaillé aux mamelles, bras, cuisses et gras de jambes, sa main droite tenant en icelle le couteau dont il a commis le dit parricide, brûlée de feu de soufre, et sur les endroits où il sera tenaillé, jeté du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la poix résine brûlante, de la cire et souffre fondus et ensuite son corps tiré et démembré à quatre chevaux et ses membres et corps consumés au feu, réduits en cendres et ses cendres jetées au vent⁸⁸.

87. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 21.

88. *Id.*; pièces originales et procédures de procès fait à Robert-François DAMIENS, t.III, 1757, p. 372-374.

La dureté de cet exemple démontre avec éloquence la barbarie dont pouvaient faire preuve des systèmes juridiques revendiquant une grande clarté dans l'énonciation de leur procédure et dans la hiérarchisation de leurs normes. Ainsi, bien que la justice communautaire soit sujette à de virulentes critiques à ce propos, surtout lorsque l'on se rapporte à son historique en matière d'utilisation de violence en matière de résolution de conflits, on ne peut pas dire que les États occidentaux faisaient meilleure figure. Des États assujettis au droit positif pratiquaient, et pour certains, pratiquent encore la violence corporelle à des degrés divers et ce faisant, peut-on affirmer que nos systèmes juridiques retourneront invariablement à leurs premiers instincts? Nous croyons que la réponse à cette question est sans l'ombre d'un doute négative.

Qu'en est-il cependant des normes procédurales à proprement parler, telles le droit d'être entendu, le droit de connaître les obligations auxquelles nous pouvons être soumis et le droit d'être jugé de façon neutre et impartiale? Comme nous le disions précédemment, rien de réellement clair n'a encore été défini en la matière. Bien que la Constitution bolivienne protège de façon générale les droits fondamentaux de la personne, rien dans les textes plus spécifiques traitant de la justice communautaire n'assure le respect de tel type de normes. En effet, dans un système juridique s'inscrivant principalement dans la tradition orale, il peut être difficile d'établir des normes claires auxquelles les gens peuvent être potentiellement soumis. Toutefois, il sera intéressant de voir, dans un futur proche, ce qui sera réalisé en la matière dans les statuts dont les communautés autochtones se doteront afin de mener à bien leurs activités judiciaires.

Le respect de l'impartialité de la justice en Bolivie, quant à lui, dépasse, selon nous, le seul cadre de la formalisation par écrit ou par un autre moyen des normes auxquelles les citoyens peuvent être soumis. En effet, l'impartialité des adjudicateurs dépend de nombreux autres facteurs. Tout d'abord, il y a l'ingérence politique. À ce titre, plusieurs affirment que dans la grande majorité des communautés autochtones, la personne

responsable du pouvoir judiciaire change de façon régulière et est déterminée de façon démocratique. Toutefois, cela ne résout pas la problématique de l'ingérence politique et encore moins les questions relatives à l'incompétence potentielle des adjudicateurs. Dans un premier temps, le fait que ce soit par un processus démocratique que soit déterminé le responsable du pouvoir judiciaire sous-entend le possible conflit d'intérêts avec la sphère législative et exécutive. Ce faisant, l'impartialité judiciaire face à l'ingérence politique peut être discutable. De plus, dans de nombreux conflits, tel celui décrit auparavant de l'ancien préfet du Pando, Leopoldo Fernandez, les soupçons d'ingérence politique dans plusieurs cas fortement politiques semblent ressembler beaucoup plus à une instrumentalisation de l'appareil judiciaire qu'à un réel processus ayant pour mission de trouver la vérité et d'adjudiquer sur cette dernière. Rien ne nous permet de conclure que la justice communautaire fera exception à ce type de pratique. Un autre aspect relatif à l'impartialité et à l'indépendance de la justice est la possible corruption des magistrats. En effet, comme nous le mentionnions précédemment, la Bolivie est actuellement au 120^{ème} rang (sur 180) en matière de corruption. Ce faisant, les juges, qu'ils soient de la justice « ordinaire » ou communautaire, ne sont pas à l'abri de cette pression. Finalement, l'autre problématique intéressante à souligner ici est le possible manque de compétence des personnes qui auront affaire à la justice communautaire dans les années à venir en Bolivie. Bien que nous soulignons l'incompétence potentielle des adjudicateurs qui occuperont ses postes de façon intermittente et sans avoir de formations juridiques pertinentes, les juristes qui devront interagir avec le système de justice communautaire semblent, pour l'instant, ne pas être en mesure de faire face à ce nouveau défi. Pour ce faire, les juges de l'ensemble du pays, les avocats et juristes actuellement en exercice, les professeurs de droit et leurs étudiants devront eux aussi se mettre au fait de cette nouvelle réalité.

En résumé, bien que le projet d'unifier la justice autochtone et conventionnelle au sein d'un même système juridique soit fort intéressant et louable, il n'en demeure pas moins que ce défi

soulève plusieurs questions quant à ses limites et ses potentiels abus. Que ce soit en matière de respect des droits fondamentaux tel le droit à la vie et bon nombre de normes procédurales, au sujet de l'ingérence politique, de la corruption et de la compétence des magistrats, plusieurs défis restent présents. Ce faisant, le gouvernement se doit de continuer à distinguer la justice communautaire des pratiques barbares de certains ainsi que de dénoncer et punir ces derniers. De plus, le pouvoir politique doit demeurer un chef de file dans la protection des droits fondamentaux de toutes natures, doit continuer à combattre la corruption et mettre en place les ressources suffisantes, tant humaines que financières, pour relever les défis relatifs à la formation et l'éducation des gens qui auront à interagir avec la justice communautaire. Bien que ce défi ne soit pas simple, le gouvernement doit tout faire en son possible afin d'éviter que son projet de réforme n'avorte. Toutefois, le gouvernement ne doit pas être le seul acteur qui s'assure d'encadrer adéquatement le processus de changement actuel. En effet, le Protecteur du citoyen de la Bolivie⁸⁹, les médias, les observatoires de droits, les ONG de toutes natures et les citoyens doivent toujours être à l'affût afin de jouer adéquatement leur rôle de surveillance et de dénonciation des pratiques qu'ils considèrent comme inacceptables.

CONCLUSION

Comme nous en avons fait le constat précédemment, à l'instar de plusieurs fonctions régaliennes, tel le monopole de la violence⁹⁰, jadis dévolu à l'État, l'application de la justice au sein de diverses communautés autochtones en Amérique latine a semblé, durant une bonne partie de son histoire post-colombienne, se privatiser⁹¹. L'État-nation ne semblait pas être en mesure de répondre aux aspirations de ses citoyens en la matière. Toutefois, le gouvernement d'Evo Morales a su récupérer cette fonction en reconnaissant et en tentant d'articuler la justice

89. La Defensoria del Pueblo.

90. M. WEBER, *Le savant et le politique*, préc., note 73.

91. Sur la privatisation du monopole de la violence, voir : Zaki LAÏDI, « Penser l'après-guerre froide », (1993) 8 *Cultures et Conflits*, p. 15-23.

communautaire à l'appareil étatique bolivien moderne. L'arrimage de cette justice qui évoluait en marge des institutions officielles de l'État aura le mérite, si l'expérience est concluante, de relégitimer le rôle de cette dernière et de démontrer que l'État a encore un rôle à jouer dans la gestion du vivre-ensemble en Bolivie. Toutefois, afin de réaliser pleinement ses objectifs, le processus de définition de la justice autochtone actuellement en cours devra être clarifié et détaillé. En effet, suite à la présentation des origines de cette justice et du processus de reconnaissance de son effectivité dans le système juridique officiel, il a été démontré que beaucoup de travail restait à compléter en la matière. De plus, bien qu'il n'y ait pas d'incompatibilité fondamentale entre le droit positif et autochtone, nous avons démontré que bon nombre de défis restent à relever. Le respect des droits fondamentaux reste sans contredit le point le plus essentiel sur lequel les efforts futurs devront être concentrés afin de mener à bien cette transformation d'envergure. À l'instar de l'ancien vice-ministre de la Justice autochtone Valentin Ticona⁹², nous croyons que ce processus, bien que fort intéressant, nécessitera beaucoup de temps et de travail avant d'atteindre sa vitesse de croisière et de remplir pleinement les objectifs pour lesquels il a été mis en place.

Suite à cela, nous croyons qu'il serait à propos de se questionner sur la potentielle applicabilité de cette réforme en partie au Canada. Bien que la situation des autochtones diffère grandement d'un pays à l'autre⁹³, il n'en demeure pas moins que certains éléments demeurent pertinents. En effet, au Canada, certaines pratiques de justice alternative ont été implantées dans les communautés autochtones⁹⁴ et certaines ententes en matière de reconnaissance partielle des droits autochtones spécifiques à

92. *Defensoria del Pueblo*, préc., note 80, p. 17.

93. Le fait le plus notoire est qu'au Canada, la population autochtone constitue un groupe minoritaire tandis qu'en Bolivie, elle constitue près de la majorité.

94. *La justice en milieu autochtone: vers une plus grande synergie*, Rapport du groupe de travail composé de représentants de la Cour du Québec, du Ministère de la Justice, du directeur des poursuites criminelles et pénales et du secrétariat aux affaires autochtones, (janvier 2008), p. 24-26.

certaines communautés ont été reconnues⁹⁵. Ce faisant, dans un processus d'autonomisation et de dévolution de plus de pouvoir aux autochtones dans ce pays, ne serait-il pas à propos de garder à l'esprit le modèle bolivien et de suivre l'évolution de ce processus afin d'emprunter certaines pratiques et certains concepts qui leur sont assimilables? À notre avis, il sera intéressant d'étudier dans quelle mesure certains concepts, tel la reconnaissance et l'adjudication basée sur le droit autochtone en matière de droit criminel pourront apporter ou non une plus-value à la société dans laquelle ils s'inscrivent. Le processus par lequel seront délégués de façon effective les pouvoirs aux communautés autochtones ainsi que leur capacité réelle à assumer cette tâche constituent, à notre avis, un autre point sur lequel nous devrions porter notre attention. Bref, l'étude du modèle bolivien en la matière peut se révéler des plus inspirantes!

95. *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp#aplois>.