

## **La protection des droits autochtones: le défi de l'application**

*Rodolfo Stavenhagen*

Ces dernières décennies, de nombreux pays du continent américain ont réformé leur constitution ou introduit une législation relative aux peuples autochtones. L'Argentine, la Bolivie (1994, 2010), le Brésil (1989), la Colombie (1991), l'Equateur (2008), le Guatemala (1984), le Mexique (2001), le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou (1993) et le Venezuela (1999) ont tous conduit des réformes constitutionnelles par lesquelles des droits des peuples autochtones sont reconnus pour la première fois. Au Canada, le "Constitution Act" de 1982 reconnaît ainsi des droits aux autochtones et aux traités, mais d'autres pays de la région n'ont pas agi ainsi. Le Chili a adopté une loi sur les peuples autochtones en 1993, mais deux tentatives de modifier la constitution (en 2001 et 2005) ont été rejetées par le Congrès national. L'Accord de Paix sur les Droits et Cultures Autochtones, signé au Guatemala en 1995, n'a pas été intégré à la constitution du pays, comme attendu, car le référendum populaire sur cette question n'a pas obtenu la majorité espérée.

Ces réformes législatives portent sur différents points, comme les droits sur la terre et le territoire, la langue, l'éducation et la culture et, dans certains cas, l'autonomie, y compris de gouvernement (*self-government*) ainsi que la loi coutumière. L'on peut donc parler d'un nouveau constitutionnalisme pluraliste qui marque: la reconnaissance des peuples indigènes comme sujets politiques, un changement dans l'identité de l'Etat-nation qui se voit désormais multiculturel, le droit à une identité collective indigène et, dans quelques cas, la reconnaissance du pluralisme légal. La mise en application institutionnelle, les développements législatifs et jurisprudentiels ainsi que l'appropriation de ces réformes par les peuples indigènes/autochtones eux-mêmes n'ont pas été uniformes régionalement.

D'autres parties du monde ont connu de plus modestes développements. La Russie, les Philippines, le Cambodge ont récemment adopté des lois regardant les

peuples originels (*native*), la Malaisie possède une loi similaire actée depuis 1954. Quelques pays d'Asie se réfèrent à leurs minorités ethniques ou groupes tribaux plutôt qu'à des peuples indigènes/autochtones. En Afrique, quelques pays reconnaissent des peuples indigènes en tant que tels, comme l'Ethiopie, le Cameroun et l'Ouganda, et plus récemment l'Afrique du Sud. La Commission Africaine des Droits de l'Homme & des Peuples a commencé à s'intéresser à ces questions et a publié un rapport en 2005 concernant les peuples indigènes du continent Africain.

Malgré ces mesures législatives importantes et ces réformes institutionnelles, il y a un "défaut d'application" (*implementation gap*) dans les réalités quotidiennes. La complète mise en application d'une législation progressive regardant les peuples indigènes, qui a été adoptée ces dernières décennies, rencontre toujours de multiples problèmes et obstacles.

Les peuples Indigènes/autochtones ont appris avec le temps, tout comme d'autres groupes marginalisés et discriminés, qu'ils ne peuvent améliorer leurs droits citoyens qu'à travers des luttes sociales et la participation démocratique aux processus politiques et aux affaires de l'Etat. La nouvelle législation a ouvert des espaces institutionnels permettant aux organisations indigènes et aux mouvements sociaux de participer de manière croissante aux politiques électorales selon les circonstances spécifiques des différents pays. Par exemple, lors des élections de Septembre 2005, le parti Maori récemment créé a emporté quatre sièges au Parlement de Nouvelle Zélande, en conséquence du mécontentement des Maori vis-à-vis de la Législation sur les Rivages & Fonds marins passé par le Parlement en 2004. Le parti indigène Pachakutik participa pendant quelques mois au gouvernement illégitime de l'Equateur, ce qui causa une crise interne. En Décembre 2005, pour la première fois de son histoire, la Bolivie a élu comme président du pays un leader paysan Aymara, avec une large majorité. Avec le President Evo Morales la Bolivie fut "refondée" et déclarée "Etat multinational" par la nouvelle constitution adoptée par référendum en 2009.

Malgré ces signes de changement, le niveau de la participation indigène à la vie politique de leurs pays, et leur impact dans les divers domaines auxquels ils participent reste en général bas, essentiellement en conséquence de leur longue marginalisation sociale et économique, qui apparaît clairement dans les dispositifs législatifs. Dans quelques parlements, les peuples indigènes disposent de sièges réservés (comme en Colombie et Venezuela), dans d'autres de listes électorales distinctes (Nouvelle Zélande), mais cependant, s'ils parviennent à accéder aux élections nationales, cela reste à l'intérieur des structures des partis politiques existants, où ils demeurent le plus souvent une minorité, n'exerçant que peu d'influence sur les plateformes et agendas des partis (Ex. Guatemala). Même s'ils portent des voix solitaires et fragmentées au parlement, leurs préoccupations particulières sont donc généralement diluées dans des processus politiques plus larges. C'est aussi la raison pour laquelle ils sont généralement sous-représentés dans les comités parlementaires qui traitent de questions importantes pour les peuples indigènes. Les participants à un séminaire international sur les parlementaires indigènes considèrent que c'est une des raisons majeures pour laquelle les sujets concernant les peuples indigènes ne sont généralement pas pris en compte dans les processus législatifs.

Un autre point d'importance est la non-application des standards internationaux relatifs aux droits indigènes au niveau des Etats (« *domestic* »). Parfois, une législation domestique peut continuer de manquer, même après qu'un Etat ait ratifié une convention internationale. Par ailleurs, des hauts fonctionnaires peuvent également ignorer une telle législation et les Cours ne pas la prendre en compte. De nombreux rapports indiquent que des pays qui ont pourtant signé et ratifié la Convention 169 de l'OIT (*ILO*) ne la mettent toujours pas en pratique concrètement. Il y a aussi souvent incompatibilité entre la législation des droits de l'Homme et les lois sectorielles concernant, par exemple, les mines, l'eau, les forêts ou d'autres ressources naturelles. Comme ces dernières se trouvent

souvent protéger de puissants intérêts particuliers, les droits de l'Homme des peuples indigènes sont écartés des priorités.

Des obstacles à l'application surgissent aussi à l'intérieur même du domaine de l'administration publique, lorsqu'on cherche à mettre en place la législation des droits de l'Homme regardant les peuples indigènes. Il arrive que les départements spéciaux qui devraient mener à bien les politiques des droits de l'Homme ne sont simplement pas créés ou ne reçoivent pas de fonction clairement définie. Un autre problème est le manque de personnel formé, et très fréquemment, même après qu'elles aient été créées, ces unités ne reçoivent pas de ressources suffisantes pour leur permettre de mener à bien efficacement leurs activités. La priorité pour l'allocation des ressources paraît constamment être ailleurs.

Certains pays ont progressé dans la reconnaissance de la valeur juridique du droit coutumier indigène quand il s'agit surtout de questions locales, mais en général les Cours n'envisagent pas favorablement une juridiction indigène spécifique. Les tensions entre le droit formel ou ordinaire et les juridictions indigènes peuvent parfois être résolues en faveur des droits des peuples indigènes mais ce n'est le plus souvent pas le cas. En tant que Rapporteur Spécial des Nations Unies, j'ai reçu de nombreuses plaintes au sujet de violations des droits de l'Homme de personnes autochtones au sein du système judiciaire. Les autochtones (principalement les jeunes) ont le plus haut taux d'incarcération et apparaissent plus souvent dans le système judiciaire criminel que les non-autochtones. Le Mexique a mis en place un programme spécial pour libérer les autochtones emprisonnés dans le système judiciaire criminel dont les procès ont été biaisés par la discrimination, la corruption ou simplement les pesanteurs du droit. Certains pays reconnaissent et respectent des Cours et des juridictions autochtones, et des évaluations montrent que leurs résultats sont généralement satisfaisants. Au Pérou, les communautés locales ont établi des "patrouilles paysannes" de maintien de l'ordre et de la justice, qui ont connu un tel succès qu'une loi spéciale fut adoptée pour autoriser leur fonctionnement plus largement dans le système

judiciaire. Un système similaire de “police communautaire” opère dans les communautés autochtones du sud du Mexique.

Les Cours de niveau provincial et national n’ont pas été complètement adaptées aux besoins concernant les droits des peuples et communautés autochtones. Certaines de leurs décisions peuvent être encore informées par les préjugés racistes et discriminatoires transmis par les générations précédentes de juges, ou dérivés de la littérature savante du droit qui décrit les autochtones comme des sauvages, primitifs ou barbares. De récentes décisions par des Cours suprêmes, Cours d’appel ou constitutionnelles de certains pays (par exemple la Colombie et le Canada) ont ouvert la voie vers un système de justice plus équitable. D’autres, cependant, paraissent englués dans des approches passéistes: comme le concept de *terra nullius*, le déni de la souveraineté originale des peuples autochtones sur la terre, les territoires et les ressources, l’appropriation arbitraire par l’Etat de terres autochtones possédées en commun, l’affirmation ouverte ou implicite de la supériorité raciale et ethnique des descendants des colons Européens, le présupposé que l’assimilation culturelle des peuples autochtones dans le moule dominant est non seulement inévitable mais aussi désirable. Outre un constitutionalisme pluraliste, il est nécessaire dans de nombreux pays de réformer le judiciaire si l’on veut que les droits des peuples autochtones deviennent légalement applicables et respectés.

De récents développements au niveau international sont également à signaler. La Cour Inter-Américaine des Droits de l’Homme a pris un certain nombre de décisions pionnières par lesquelles les droits des communautés autochtones sont réaffirmés face à l’Etat, en accord avec les nouvelles interprétations de la Convention Américaine des Droits de l’Homme. Les gouvernements rechignent pourtant à s’y soumettre même lorsqu’ils reconnaissent la juridiction de la Cour (cas des *Awás Tingni* contre le Nicaragua par exemple). Le système Inter-Américain, n’est malheureusement pas préparé à répondre effectivement au non-

respect des règles par ses États membres. La Commission Inter-Américaine des Droits de l'Homme a rencontré des problèmes similaires.

Au niveau de l'ONU, un certain nombre de traités, tels le Comité des Droits de l'Homme, le Comité des Droits Economiques, Sociaux & Culturels, le Comité pour l'Elimination de la Discrimination Raciale, et d'autres ont récemment insisté sur des problèmes soulevés par les peuples autochtones et ont, dans certains cas, fait des recommandations idoines aux Etats contre lesquels des plaintes furent officiellement déposées. Membres éminents de ces organes de l'ONU qu'ils contribuèrent eux-mêmes à créer, quelques Etats, parties à ces Conventions, s'efforcent de maintenir les normes de droits de l'Homme relatifs aux peuples autochtones et d'agir en accord au niveau domestique. D'autres, toutefois, ont choisi d'occulter le travail de ces Comités, et malheureusement l'ONU ne dispose pas de mécanisme pour faire appliquer ses propres décisions. (Un cas important portant sur les effets discriminatoires de la Loi sur les Rivages et Fonds marins en Nouvelle Zélande, présenté devant le CERD en 2005, et un autre sur les droits fonciers des Shoshone occidentaux aux USA sont de bons exemples des difficultés en question).

Plus dangereuse encore par ses effets sur les droits des peuples autochtones est l'utilisation croissante, par certains Etats, d'une législation anti-terroriste pour démanteler les mouvements sociaux légitimes revendiquant, entre autres, des droits fonciers, environnementaux ou développementaux pour des communautés autochtones. Ce n'est pas le seul type de législation qui tend à criminaliser les mouvements sociaux, mais ses implications sont les plus à craindre du fait de la gravité des accusations portées et des jugements qui s'ensuivent. Dans certains pays, les Cours ont été bien plus indulgentes que le ministère public contre les activistes autochtones. Un cas au Chili en 2005, où des leaders Mapuche furent blanchis de telles charges fabriquées par une Cour de district illustre bien ces problèmes. Mais de nouvelles accusations ont été à nouveau portées contre les militants Mapuche, sous cette législation obscure.

Comment effectuer et assurer la mise en application adéquate des standards nationaux et internationaux des droits de l'Homme alors que la protection des droits des peuples indigènes est devenu le nouveau défi de ces prochaines années si nous voulons passer de la rhétorique à la pratique ?

De nombreuses communautés indigènes et associations de droits de l'Homme ont appris leurs leçons pendant ces dernières décennies, et elles accèdent de manière croissante aux mécanismes judiciaires des organisations internationales pour demander justice contre les violations des droits de l'Homme dont elles sont victimes. Elles sont maintenant engagées dans des "contentieux stratégiques" à la fois aux niveaux domestique et international, une activité qui devient de plus en plus cruciale dans les stratégies légales des peuples indigènes.

*Cette communication est basée sur un rapport présenté par l'auteur au Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies.*