



SOGIP (ERC 249236)- Scales of governance, the UN, the States and Indigenous Peoples :
Self-determination in the time of globalization - <http://www.sogip.ehess.fr/>

Séminaire SOGIP- 2012 – 2013 *

Perspectives comparatives sur les droits des peuples autochtones

Compte-rendus de la séance 5 – 14 mars 2013 :

L'instanciation du droit comme distinction et habilitation des autochtones



Photo : M. Préaud



** Ce séminaire s'appuie sur une recherche financée, depuis 2010, par le Conseil européen de la recherche, dans le cadre du 7e programme cadre (FP7/2007-2013 Grant Agreement ERC n° 249236)*

Séance 5 : 14 mars 2013 — L’instanciation du droit comme distinction et habilitation des autochtones

Présentation générale de la séance

À travers deux études de cas, le séminaire s’efforcera de décrypter le fonctionnement et l’importance des institutions judiciaires (nationales, régionales ou internationales) pour la reconnaissance et l’application des droits des peuples autochtones, tant sur le fond (sentences) que sur la forme (procédures et suivi de sentences). Le recours des peuples autochtones auprès des institutions judiciaires, notamment supranationales, permet-il de (mieux) faire appliquer les droits des peuples autochtones ? Quels sont les effets des jurisprudences prononcées en faveur des peuples autochtones sur la définition de ces derniers et de leurs droits au niveau national ? Comment ces jurisprudences circulent-elles et servent-elles de modèles d’une région du globe à l’autre ? Le primat du droit dans la construction onusienne, nous permet de poser la question suivante : les peuples autochtones n’existeraient-ils aujourd’hui que par le droit ? Nous aborderons les termes d’une possible controverse entre sujet de droit et sujet politique.

Intervention de Leslie Cloud (SOGIP-LAIOS) – Bilan de la judiciarisation des droits des peuples autochtones au Chili depuis la ratification de la Convention 169 de l’OIT sur les droits des peuples autochtones et tribaux

Le Chili fait figure d’exception en Amérique Latine dans la mesure où il ne reconnaît pas de droits aux peuples autochtones dans sa Constitution. Les politiques de « développement » des gouvernements successifs de la Concertación¹ puis de droite sous la Présidence de Piñera (2010-2014), appliquées en territoires ancestraux autochtones (exploitation, contamination ou destruction des habitats autochtones causés par la construction et le fonctionnement de centrales hydroélectriques, routes, exploitation de forêts de pins et d’eucalyptus, aéroport, etc.) ont généré de nombreux conflits territoriaux-environnementaux et donné lieu, ces dernières années, à un recours accru aux tribunaux. Si le gouvernement de M. Bachelet a ratifié en 2008 la Convention 169 de l’OIT sur les droits des peuples autochtones et tribaux (plus loin citée comme la Convention, la C. 169), la violation de ses dispositions par le droit national fait ressortir la responsabilité des tribunaux dans la mise en œuvre des droits pour les peuples autochtones du Chili. Nous présenterons une évaluation de quatre années d’intense

¹La « Concertación de Partidos por la Democracia », connue aussi comme « Concertación » est une coalition de partis politiques sociaux-libéraux composée du Partido Socialista (PS), Partido por la democracia (PPD), Partido radical social-demócrata (PRSD) et Partido demócrata cristiano (PDC), qui gouverna le Chili entre 1990 et 2010.

judiciarisation des conflits environnementaux-territoriaux², pour contribuer à la réflexion dans le champ des droits des peuples autochtones au Chili.

1. La ratification de la C.169 et la judiciarisation des conflits environnementaux-territoriaux.

Jusque la ratification de la C. 169 de l'OIT par la Présidente M. Bachelet en septembre 2008, les droits reconnus aux peuples autochtones du Chili étaient fragilement protégés par deux lois adoptées en 1993 et 2008³, toutes deux à valeur infra-constitutionnelle. Dans des situations où ces lois entraient en conflit par exemple avec la loi générale de service électrique de 1982, le code des eaux de 1981 ou encore le code des mines de 1983, la protection spéciale des terres autochtones cédait devant l'impératif de modèle économique néolibéral soutenu par ces législations et la constitution elle-même⁴. Dans ce contexte juridique, les recours en justice présentés par les Mapuche en défense de leurs habitats menacés par l'industrie extractive ou des grands projets industriels étaient systématiquement perdus.

En raison de la grande vulnérabilité des droits autochtones au Chili, et en écho au développement du constitutionnalisme à horizon pluraliste dans les pays de la région (Yrigoyen, 2013), des communautés et organisations mapuche réclamèrent avec chaque fois plus de force, la reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones ainsi que la ratification de la C. 169. Après 20 ans de débats au sein du gouvernement et du congrès, la Présidente M. Bachelet ratifia la Convention le 15 septembre 2008. Dès son adoption, les premiers recours en justice furent présentés en défense de l'habitat mapuche en application de la C. 169. Ces recours étaient fondés sur la base d'une stratégie juridique en apparence solide qui prétendait annuler toute mesure administrative ou loi qui intéressait les peuples autochtones et qui aurait été adoptée sans que ces derniers aient été consultés en vue d'obtenir leur consentement (droit au consentement préalable, libre et éclairé- CPLE, art. 6 de la Convention).

²Cette communication ne traitera pas du volet judiciarisation/criminalisation, exercé par des représentants et fonctionnaires de l'Etat à l'encontre des Mapuche, qui concerne de nombreux Mapuche accusés de terrorisme ou de port illégal d'armes.

³La loi n° 19.253 de 1993, "sur la protection, le renforcement et le développement des autochtones, et crée la Corporation nationale de développement autochtone" et la loi n° 20.249 de 2008 sur l'espace côtier maritime des peuples autochtones.

⁴L'inondation des terres de communautés mapuche-pehuenche par le fonctionnement de la centrale hydroélectrique Ralco illustre le caractère illusoire de la protection des terres autochtones assurée par la loi n. 19.253 de 1993. Sur ce conflit et ses conséquences, voir Cloud et Le Bonniec, 2012.

2. La judiciarisation de la Convention 169 de l'OIT : une stratégie qui révéla de nombreux imprévus

On entend par **judiciarisation**, le recours stratégique des justiciables au système judiciaire, afin que celui-ci consacre l'interprétation spécifique d'un ou plusieurs droits en vue d'une solution favorable. Les succès des stratégies de judiciarisation dépendent de plusieurs facteurs, notamment du dynamisme de la culture juridique des différents agents qui interviennent dans le processus de résolution judiciaire ; de l'offre juridique disponible en terme de droits et de recours en justice, ainsi que de facteurs éminemment politiques. Les risques d'une telle démarche pour le justiciable sont d'obtenir l'effet opposé de celui recherché, c'est-à-dire que les tribunaux fixent une interprétation d'un droit défavorable au justiciable.

En l'espèce, la judiciarisation de la C.169 de l'OIT commença par une judiciarisation « négative », portée par des parlementaires et destinée à empêcher la ratification de la C.169 puis à en diminuer la portée. Cependant, la « judiciarisation négative » de la convention apporta au final le motif de la judiciarisation postérieure, « positive » de l'article 6 de la C.169. En effet, la réticence de nombreux congressistes à adopter la C. 169 de l'OIT les incita à présenter deux recours constitutionnels, en 2000 et 2009 afin que le tribunal constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la Convention. Dans sa première décision du 4 août 2000 (rol N° 309) le tribunal indiquait que l'article 6 de la Convention était directement opératoire, du fait de son caractère « auto-exécutoire ». En conséquence, l'Etat et son administration seraient obligés de consulter les peuples autochtones pour toute mesure législative ou administrative susceptible de les affecter. Sur la base de la jurisprudence installée par le tribunal constitutionnel, furent présentés de nombreux recours de protection⁵ en défense de l'habitat mapuche menacé par l'industrie extractive ou des grands projets de développement, ou bien en refus à des normes préjudiciables aux peuples autochtones, au motif que leurs autorités représentatives n'avaient pas été consultées conformément au C. 169.

⁵Le recours de protection prévu par l'article 20 de la Constitution chilienne de 1980, connu comme recours d'*amparo* en droit constitutionnel comparé en Amérique Latine, constitue une action judiciaire d'urgence destinée à protéger des droits fondamentaux menacés. La Constitution chilienne de 1980 énumère les droits fondamentaux protégés par un tel recours au sein de l'article 19.

3. Analyse des principaux recours de protection présentés entre 2009 et 2012.

L'analyse de treize recours de protection présentés entre 2009 et 2012 nous permet de dégager les grandes caractéristiques du processus de judiciarisation des conflits environnementaux territoriaux en terres ancestrales autochtones, principalement mapuche.

3.1 D'une part, il ressort que cette nouvelle stratégie a connu un certain succès auprès des cours d'appel de province où huit de ces treize recours avaient été déclarés recevables⁶

Sur ces huit recours, trois furent cassés par la Cour Suprême (CS) ; parmi les cinq recours rejetés par les cours d'appel (CA), deux furent admis par la CS et les autres rejets confirmés. Les décisions de rejet dictées par la CS⁷ étaient généralement fondées sur l'assimilation du processus de participation citoyenne établi par la loi de l'environnement n°19.300 de 1994 au mécanisme de consultation de l'article 6 de la C.169 de l'OIT. Parmi les six décisions favorables rendues par la CS sur les 13 recours soumis, quatre confirmaient une décision d'appel. Dans les circonstances où la CS confirmait l'admission d'un recours de protection qui appliquait un droit autochtone, au sein de trois décisions, la CS supprimait l'ensemble ou grande partie des considérants relatifs à la thématique autochtone⁸ afin de ne pas créer de jurisprudence nationale en la matière.

3.2 Une analyse affinée des argumentations présentés par les demandeurs (avocats et Mapuche), et de celles retenues et promues par les chambres judiciaires, traduit une

⁶ Décision de la CA de Temuco du 16 septembre 2009; décision de la CA de Concepción du 6.08.2010, "Presidente de comunidad de Chilcoco contra la Municipalidad de Arauco"; décision de la CA de Temuco du 21.01.2010, "Puelman Ñanco Mariano y otro con Corema, IX Region"; décision de la CA de Valdivia du 04.08.2010 "Manquepillan Faumeliza con Conama de la Región de los Ríos"; decisión de la CA de Puerto Montt du 27.07.2010, "Vera Millaquén y otro con Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda"; décision de la CA de Temuco du 21.01.2011, "Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía"; décision de la CA d'Antofagasta du 17 février 2012, décision de la CA de Valdivia du 04.05.2012. Décision de la CA de Temuco du 21 janvier 2012.

⁷ Décision de la CS du 16 juin 2011, " Ilustre Municipalidad de Putre con COREMA de la Región de Arica Parinacota"; décision de la CS du 14 octobre 2010, "Nahuelpan Javier y otro con COREMA de la Región de los Ríos" (ducto Celco); décision de la CS du 6 mai 2011, "Reyes Alcaman con MOP" (aéroport Quepe); décision de la CS du 8 juin 2012, "Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen *contra* Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía" (Línea de Transmisión Melipeuco-Freire). Décision de la CS du 21 septembre 2012 (Ngen Kintuante).

⁸ Décision de la CS du 30 novembre 2009, "Linconao Huircapan con Sociedad Palermo Ltda", décision de la CS du 4 janvier 2011 (comunidad Puquiñe C. Corema) et décision de la CS du 15 septembre 2010.

progressive mais timide pénétration du droit international des peuples autochtones, et une extension du catalogue des droits fondamentaux considérés comme violés.

Concernant ce second point, l'article 20 de la Constitution chilienne conditionne la réception du recours de protection à la violation d'un droit fondamental, listé au sein de l'article 19. Or le droit constitutionnel chilien protège peu de droits dits de troisième génération ; dans cette catégorie, elle reconnaît seulement le droit de vivre dans un environnement sans contamination. La constitution ne prévoit pas non plus de recours de protection collectifs comme la figure de l'*amparo* collectif de la constitution argentine (art. 43). Pour défendre les droits des peuples autochtones à travers des recours de protection, les avocats devraient interpréter les droits fondamentaux de la constitution à la lumière des droits des peuples autochtones applicables au Chili, selon la méthode adoptée par la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme (Cidh) dans l'interprétation de la Convention américaine des droits de l'Homme. (voir intervention de K. Rinaldi dans la même séance du séminaire). Dans ce contexte, on observe une **identification progressive des violations des droits des autochtones à différents droits fondamentaux**. Les premiers recours invoquaient essentiellement la violation du droit de vivre dans un environnement sans contamination ; ce droit est invoqué dans huit des treize recours ; puis dès 2010, furent invoqués exclusivement ou en complément, la violation du droit à l'égalité devant la loi pour non application de la C. 169 (dix recours), à la vie (quatre recours), de la liberté de culte (liberté de conscience, manifestation de toutes les croyances et exercice libre de tous les cultes qui ne s'opposent pas la morale, aux bonnes coutumes ou à l'ordre public, art.19. 6 de la constitution) (six recours), à l'exercice d'une activité économique (six recours) et du droit de propriété (trois recours).

Dans les circonstances où la cour d'appel déclarait recevable le recours, elle le faisait majoritairement sur la base de la violation du droit de vivre dans un environnement non contaminé (cinq recours) et quatre décisions reconnaissaient une violation de l'égalité devant la loi en raison du non exercice de la consultation ; en revanche, trois décisions constataient la violation du droit à la vie, une seule décision reconnaissait la violation de la liberté de culte et une seule décision celle du droit de propriété. Parmi les décisions favorables aux peuples autochtones dictées par la CS, trois décisions retenaient la violation exclusive du droit de vivre dans un environnement non contaminé, deux décisions retenaient la violation exclusive de l'égalité devant la loi, et une décision reconnaissait la violation simultanée du droit de

vivre dans un environnement non contaminé, du droit à la vie et du droit de propriété. Aucune des décisions de la CS ne constata la violation de la liberté de culte.

Il ressort de l'analyse des motifs juridiques des demandes et des décisions de justice que chronologiquement et stratégiquement, le droit de vivre dans un environnement libre de contamination était le droit privilégié tant par les demandeurs que par les tribunaux, dès lors qu'il ne faisait pas à priori appel à des intérêts spécifiques autochtones mais à un droit dont l'intérêt considéré universel était « culturellement accepté » par les opérateurs du droit. En revanche, la violation de la liberté de culte invoquée six fois n'a été retenue qu'une seule fois et au niveau seulement de la CA. De même, le droit à la vie, considéré dans sa dimension collective et interprété par le système interaméricain des droits de l'Homme comme directement lié au droit au territoire, n'a été invoqué qu'à trois reprises par les demandeurs.

En ce qui concerne **le droit autochtone invoqué**, onze recours invoquent la violation de l'article 6 de la Convention. Au fil des recours, d'autres articles de la Convention sont progressivement introduits par les demandeurs : d'abord les 13, 14, 15 puis 4.1, 7, 1, 2, 8.2 et 16. Parmi ces articles et au sein des huit décisions favorables des cours d'appel, la violation de l'article 6 a été retenue six fois (CPLE), celle de l'article 13 (relation spirituelle avec la terre), quatre fois ; et celle de l'article 7 (droit de participation), trois fois. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DDPA) n'a été invoquée qu'à deux reprises par les demandeurs (art. 25) et sa violation a été vérifiée dans ces deux circonstances par la cour d'appel saisie. Une seule décision de la CA se réfère à titre de précédent à une jurisprudence de la Cidh, sans même que cette jurisprudence ait été invoquée par les demandeurs. En revanche, parmi les six décisions favorables de la CS, seules deux décisions reconnaîtront la violation de la C.169 et uniquement de l'article 6.

4. Bilan des quatre années de judiciarisation de la C.169

4.1 Une plus grande mais fragile sensibilisation à la réalité socio-culturelle autochtone et aux droits autochtones.

Bien qu'une jurisprudence uniforme n'ait pu s'installer dans le pays en relation à l'application de la C. 169 de l'OIT, la stratégie de judiciarisation de l'instrument international influença sans doute, bien que timidement, la qualité de l'interprétation des droits des peuples autochtones au Chili. Et ce plus spécifiquement en favorisant une plus grande intériorisation

par le personnel judiciaire non seulement du droit international des peuples autochtones et de son interprétation en droit comparé au niveau régional et international, mais aussi de la relation des peuples autochtones du Chili en particulier du peuple mapuche avec son habitat, intégré par une biodiversité visible et invisible. On observe une plus grande sensibilisation à la réalité socioculturelle et spirituelle autochtone, favorisée par les recours à des expertises anthropologiques, généralement sollicitées, dans le cadre des recours de protection, afin de situer l'habitat et l'environnement socio-culturel autochtone, nécessaire à l'identification de **l'affectation directe** des collectivités autochtones concernées par le droit à la consultation et au consentement libre, préalable et éclairé de l'article 6 de la C.169 de l'OIT. En particulier, mais à titre exceptionnel, au sein d'une décision de justice qui concernait l'absence d'accès des autochtones à un site sacré considéré comme habité par une entité surnaturelle et qui était menacé de destruction, l'apport de l'expertise anthropologique est manifeste dès lors que la décision de la CA reprenait des paragraphes entiers du rapport anthropologique à titre de preuve⁹.

4.2 La résistance de la culture juridique des agents du droit à la reconnaissance et l'application des droits autochtones.

La récente ouverture des cours d'appel de province vers un respect plus intégral du droit des peuples autochtones contraste avec la résistance de la cour suprême à installer une jurisprudence qui intègre le droit international des peuples autochtones ; lequel est contraignant au Chili depuis la ratification de la C. 169 de l'OIT. Différents facteurs expliquent mais ne justifient pas cette posture. L'un d'entre eux concerne la culture juridique des agents du droit au Chili, encore peu habitués à un traitement collectif, pluriel ou divers, dans une dimension socio-culturelle du droit ; ni encore moins à considérer la possibilité de systèmes normatifs distincts du droit étatique. Il n'existe pas non plus au Chili de culture juridique des droits de l'homme, en particulier permettant la pratique d'une interprétation évolutive et dynamique de ces droits. L'histoire de la CS illustre bien ces résistances. A sa création, la cour refusait de contrôler le respect des droits fondamentaux, puis adoptait la méthode originaliste du code civil concernant l'interprétation des libertés fondamentales. La

⁹ Décision de la CA de Valdivia du 04.05.2012. Un commentaire de cette décision et de l'arrêt de la CS en cassation de cette décision a été réalisé au sein de la communication "Derecho propio mapuche, derecho internacional de los pueblos indígenas y derecho chileno: Ilustraciones y desafíos de un des-encuentro de hoy, en las relaciones territoriales entre los Mapuche y el Estado de Chile", présentée aux II journées d'anthropologie juridique, section RELAJU, tenues à la Faculté de droit de l'Université de Buenos Aires les 30 et 31 août 2012.

Constitution chilienne adoptée en 1980 reconnaît seulement un droit fondamental dit de troisième génération, lié à la protection de l'environnement et ce n'est que tout récemment, qu'a été adoptée en 2012 une loi anti-discrimination. Rappelons enfin, que le droit constitutionnel chilien ne reconnaît aucun droit spécifique aux peuples autochtones, ni leur existence et que vingt années furent nécessaires pour que soit ratifiée la C. 169 de l'OIT. Un autre facteur lié à la culture juridique chilienne, réside dans la philosophie du noyau de l'ordre juridique chilien façonné sous la dictature militaire d'A. Pinochet pour assurer la vigueur d'un modèle économique néolibéral de privatisation de l'ensemble des ressources naturelles du territoire et leur appropriation par des monopoles transnationaux. Ces derniers font pression sur le gouvernement et le congrès pour assurer et maintenir la protection juridique de leurs intérêts, généralement situés au sein des territoires ancestraux autochtones. Un dernier facteur enfin est à identifier dans le centralisme de la gouvernance chilienne, située à Santiago, siège de l'exécutif, de la cour suprême de justice, du tribunal constitutionnel, et à Valparaiso, siège du congrès ; loin des réalités des communautés autochtones.

4.3 La décision du tribunal constitutionnel du 23 janvier 2013 et les risques de revirement de la judiciarisation de l'article 6

Une décision récente du tribunal constitutionnel remet en question sa jurisprudence passée relative au caractère exécutoire de l'article 6 de la C.169 et sur lequel se fondaient les stratégies de judiciarisation de la C.169. Dans sa décision du 23 janvier 2013 relative au recours présenté par 11 sénateurs et 45 députés à l'encontre d'un projet de réforme de loi de la pêche adopté sans consulter les peuples autochtones, le tribunal estima que la C.169 de l'OIT avait simple rang légal, que l'article 6 n'était plus « directement exécutoire » du fait de la mise en place, ce même 21 janvier 2013, d'une commission à deux chambres, chargée d'élaborer une loi sur la consultation, et que la loi de la pêche n'affectait pas spécialement les peuples autochtones de sorte que l'absence de consultation des peuples autochtones n'impliquait pas la nullité du projet de loi.

Les difficultés rencontrées par les différents agents du droit à répondre au moyen du droit national aux violations invoquées par les Mapuche affectés par l'altération de leurs habitats, révèlent les limites de l'interculturalité du droit au Chili et la situation d'un droit chilien incapable ou rendu incapable par l'interprétation qui en est faite, d'incorporer une réalité autochtone distincte. Les difficultés rencontrées par les défenseurs des Mapuche et les juges à

argumenter et constater la vulnération du droit à la vie et de la liberté de culte de Mapuche affectés par l'altération de leurs habitats, sites sacrés compris, illustrent parfaitement ce désaccord entre un droit mapuche et le droit chilien.¹⁰ Par l'intermédiaire des expertises anthropologiques, certains Mapuche tentent de faire comprendre et donner la mesure des préjudices soufferts en exposant au grand jour des secrets de leur connaissance du cosmos et de leur micro-cosmos, jusqu'alors dissimulés par les anciens ou les autorités traditionnelles justement à des fins de préservation d'une intégrité culturelle mapuche et de leur habitat ; courant le risque que la révélation de leurs secrets les exposent à de plus amples menaces. Cette situation qui prétend soigner un mal par un autre mal, en illustrant les limites de l'interculturalité dans le champ du droit au Chili, et par delà celle des relations plus générales entre les Mapuche et l'Etat chilien, démontre l'urgente nécessité d'une adéquate coordination et d'un plus ample respect entre le droit chilien et le droit mapuche et l'ouverture de la culture juridique des agents du droit vers un traitement collectif, pluraliste et ouvert à la diversité culturelle du droit.

Références indicatives

Cloud L. et Le Bonniec F., (2012) « Entre logiques d'Etat et autochtonie: Dynamiques de la territorialité mapuche à l'heure du droit à l'autodétermination des Peuples Autochtones ». in Martinez M. y Aparicio Marco (coord.): « Derecho internacional y territorios indígenas: algunas reflexiones críticas desde la antropología social y el derecho », *Revista quaderns-e*, vol 17.1, Institut Català d'Antropologia, pp. 25-43.

<http://www.antropologia.cat/files/CLOUD.pdf>

Cloud L., (2009-2010) "Az Mapu, derecho del invisible o derecho mapuche", in Colajanni, A. (ed.) "Los derechos de las población indígenas y el derecho indígena en las Americas", *THULE. Rivista italiana di studi americanistici*, vol. 26/29 aprile/ottobre 2009-2010, Centro Studi Americanistici "Circolo Amerindiano" Onlus, pp. 491-531.

Cloud L., (2012) "Derecho propio mapuche, derecho internacional de los pueblos indígenas y derecho chileno: Ilustraciones y desafíos de un des-encuentro de hoy, en las relaciones

¹⁰ Sur le droit mapuche, voir Cloud, 2009-2010.

territoriales entre los Mapuche y el Estado de Chile”, II journées d'anthropologie juridique, section RELAJU, Faculté de droit de l'Université de Buenos Aires, les 30 et 31 août 2012.

Comisión interamericana de los derechos humanos (Cidh-OEA), (2010), *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.

Doc. 56/09.

<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Observatorio Ciudadano, (2010) *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, Documento de Trabajo N°10, 2a edición. <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf>

Otis G., (2009) « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches Amérindiennes au Québec*, Vol. 31, n°1-2, 2009, pp. 99-108. <http://www.erudit.org/revue/raq/2009/v39/n1-2/045000ar.pdf>

Toledo V., (2006), *Pueblo Mapuche, Derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática*, ed. LOM.

Yrigoyen R., (2013), “Constitutionnalisme pluraliste et peuples autochtones en Amérique latine; du multiculturalisme à la décolonisation », in Bellier I. (Coord.), *Peuples autochtones dans le monde : les enjeux de la reconnaissance*, ed. l'Harmattan.

Dispositions chiliennes

Constitución política de la República de Chile de 1980.

Ley N° 19.253 de 1993, de “protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas”

Ley N° 20.249 de 2008, “sobre el espacio costero marino de los pueblos originarios”.

Instruments internationaux

Convention américaine des droits de l'Homme (Pacte de San José), 1969,

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convention 169 de l'OIT sur les peuples autochtones et tribaux, 1989,

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,fr:NO

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, résolution adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU, 13 septembre 2007, A/RES/61/295,

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf

Jurisprudence nationale analysée (la plupart de ces décisions sont disponibles sur

http://www.politicaspublicas.net/panel/jp.html)

- ▶ Décision de la CA du 16 septembre 2009, “Linconao Huircapan con Sociedad Palermo Ltda”.
- ▶ Décision de la CS du 30 novembre 2009, “Linconao Huircapan con Sociedad Palermo Ltda”.
- ▶ Décision de la CA de Temuco du 21 janvier 2010, “Puelman Ñanco Mariano y otro con Corema, IX Región” (Lof Palguin).
- ▶ Décision de la CS du 17 mai 2010 (Lof Palguin).
- ▶ Décision de la CA de Puerto Montt du 27 juillet 2010, “Vera Millaquén y otro con Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda”.
- ▶ Décision de la CS du 15 septembre 2010, “Vera Millaquén y otro con Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda”.
- ▶ Décision de la CA de Valdivia du 4 août 2010 “Manquepillan Faumeliza con Conama de la Región de los Ríos”.
- ▶ Décision de la CS du 4 janvier 2011 (comunidad Puquiñe C. Corema)
- ▶ Décision de la CA de Concepción du 10 août 2010, “Presidente de comunidad de Chilcoco contra la Municipalidad de Arauco”. (Cerro Colo Colo)
- ▶ Décision de la CA du 26 mai 2010 (ducto Celco)
- ▶ Décision de la CS du 14 octobre 2010, “Nahuelpan Javier y otro con COREMA de la Región de los Ríos”. (dulcto Celco)
- ▶ Décision de la CA de Concepción du 1er décembre 2010, mini-central Cayucupil.
- ▶ Décision de la CA de Santiago du 31 janvier 2011 (Aéroport de Quepe)
- ▶ Décision de la CS du 6 mai 2011 “Reyes Alcaman con MOP”. (Aéroport de Quepe)

- ▶ Décision de la CS du 16 juin 2011, “Ilustre Municipalidad de Putre con COREMA de la Región de Arica Parinacota”.
- Décision de la CA de Puerto-Montt du 11 octobre 2011 (Parc éolien Chiloé).
- ▶ Décision de la CS du 22 mars 2012 (méga-projet éolien Chiloé)
- ▶ Décision de la CA d’Antofagasta du 17 février 2012. (projet minier El Morro Goldcorp. Communauté Huascoaltinos- Comisión d’évaluation III éme Région).
- ▶ Décision de la CS du 27 avril 2012, (projet minier El Morro Goldcorp. Communauté Huascoaltinos- Comisión d’évaluation III éme Région)
- Décision de la CA de Valdivia du 4 mai 2012 (protection du Ngen Kintuante).
- ▶ Décision de la CS du 21 septembre 2012 (protection du Ngen Kintuante).
- ▶ Décision de la CA de Temuco du 20 janvier 2012, “Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía” (Línea de Transmisión Melipeuco-Freire).
- ▶ Décision de la CS du 8 juin 2012, “Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía” (Línea de Transmisión Melipeuco-Freire).
- ▶ Décision de la CA de Temuco du 16 septembre 2009 ; décision de la CA de Concepción du 10.08.2010, “Presidente de comunidad de Chilcoco contra la Municipalidad de Arauco” ;
- ▶ Décision de la CA de Temuco du 21.01.2010, “Puelman Ñanco Mariano y otro con Corema, IX Region” (Iof Palguin) ;
- ▶ Décision de la CA de Valdivia du 04.08.2010 “Manquepillan Faumeliza con Conama de la Región de los Ríos” ;
- ▶ Decisión de la CA de Puerto Montt du 27.07.2010, “Vera Millaquén y otro con Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda” ;
- ▶ Décision de la CA de Temuco du 20.01.2012, “Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía”
- ▶ Décision de la CA d’Antofagasta du 17 février 2012 ;
- ▶ Décision de la CA de Valdivia du 04.05.2012.
- ▶ Décision du Tribunal Constitutionnel du 4 août 2000, Rol. 309.
- ▶ Décision du Tribunal Constitutionnel du 3 avril 2008 (Rol 1050)
- ▶ Décision du Tribunal Constitutionnel du 23 janvier 2013, Rol. 2387-12.

Intervention de **Karine Rinaldi** (Docteur en droit ; consultante) – La reconnaissance des droits des peuples autochtones et tribaux par la Cour interaméricaine des droits de l’homme

Cette présentation analyse l’interprétation évolutive de la Convention américaine relative aux droits de l’homme (CADH) qui est réalisée, depuis une dizaine d’années, par la Cour interaméricaine au bénéfice des peuples autochtones. La présentation observe que la Convention américaine, un texte général de protection des droits de l’homme, peut représenter un cadre apte à répondre aux revendications spécifiques des peuples autochtones.

Le *passage* du droit de propriété au droit au territoire dans la lecture de la CADH est présenté dans une première partie. En ce sens, la Cour procède à la relecture de l’article 21 de la Convention (droit à la propriété privée) pour que sous cet article soient protégés les droits aux territoires ancestraux des peuples autochtones et des peuples tribaux (la réalité des peuples *tribaux* – terminologie employée par la Cour interaméricaine – est différente de celle des premiers habitants, puisque leur établissement sur le continent américain, par l’esclavage, s’est fait à partir du 17^{ème} siècle). Ce droit, en vertu de la jurisprudence interaméricaine, semble découler de la possession originaire d’un territoire. Mais un développement de la présentation se réfère également au maintien de ce droit sur des territoires dont les peuples n’ont plus la possession : c’est en raison du lien culturel entre les peuples autochtones et tribaux et leurs territoires que l’absence de possession des terres revendiquées n’est pas une raison suffisante, pour le Tribunal interaméricain, pour ne pas reconnaître le maintien du droit au territoire, aussi bien sur un territoire qui est, depuis la perte de possession, inhabité, que sur un territoire désormais propriété de tierces personnes. Ainsi, la possession n’est pas un élément qui conditionne l’existence du droit à la récupération des terres traditionnelles ; les membres des peuples autochtones qui pour des raisons étrangères à leur volonté ont perdu la possession de leurs terres maintiennent le droit de propriété, et le Tribunal de San José semble ainsi donner un sens pratique au rejet de la vieille doctrine de la *terra nullius*. La présentation précise que, au-delà des terres, le droit de propriété traditionnelle comprend les ressources naturelles qui se trouvent sur/dans ces terres et qui sont traditionnellement utilisées.

Par ailleurs, puisque les peuples autochtones et tribaux ont le droit d’exiger la reconnaissance officielle de leur propriété, les États ont l’obligation de mettre en œuvre des procédures adéquates, dans le cadre des systèmes juridiques nationaux, pour répondre aux revendications des peuples autochtones. La présentation traite ainsi des bases conventionnelles (articles 1.1, 2 et 25) à la création jurisprudentielle d’obligations positives à la charge des États. Ainsi, l’identification, la délimitation, la démarcation et l’obtention d’un titre collectif de propriété sont quatre étapes qui viennent constituer la sécurité juridique du droit au territoire traditionnel.

La présentation poursuit en observant que le droit au territoire est souvent le prérequis à la jouissance d’autres droits fondamentaux, dont le propre droit à la vie. En ce sens, dans l’étude de la violation du droit à la vie, la Cour met l’accent sur la récupération du territoire comme manière de mettre fin à cette violation.

Ainsi, l’implication concrète de ce droit au territoire lorsque les propriétés traditionnelles sont entre les mains de tiers ou convoitées en raison des richesses qu’elles renferment est également analysée. Il est possible de déceler, à l’étude des arrêts interaméricains, un droit à la restitution des territoires traditionnels par l’expropriation de propriétés individuelles

classiques, ainsi qu'un renforcement des conditions d'expropriation d'un territoire traditionnel.

En effet, le Tribunal interaméricain semble encourager les États à préférer, en faveur des sociétés traditionnelles – en raison de l'importance de la survie d'un peuple en tant que peuple –, l'expropriation des propriétés individuelles. La Cour interaméricaine incite ainsi les États défendeurs à comprendre l'importance que représente la propriété traditionnelle par rapport à une propriété individuelle classique, demandant aux États d'évaluer cas par cas les restrictions qui résulteraient de la reconnaissance d'un droit sur l'autre, tenant compte du fait que les droits territoriaux autochtones comprennent un concept plus large et différent qui est en relation avec le droit collectif à la survie en tant que peuple, avec le contrôle de leur habitat comme condition nécessaire pour la reproduction de leur culture. La Commission interaméricaine, quant à elle, affirmera clairement que l'option préférentielle pour la récupération des terres ancestrales en faveur du peuple autochtone ou tribal doit être le point de départ ; pour cet organe, il est possible d'interpréter un devoir étatique de donner priorité aux droits des peuples autochtones en cas de conflit avec des droits de propriété de tiers.

Par ailleurs, bien que l'organe chargé d'interpréter et de faire appliquer la Convention américaine estime que le droit de propriété traditionnelle (de même que le droit de propriété individuelle) n'est pas un droit absolu, les conditions d'expropriation d'une propriété traditionnelle sont toutefois renforcées par la Cour, jusqu'au point d'imposer aux États dans certaines situations particulières l'obligation d'obtenir le consentement des sociétés traditionnelles. En vertu de l'article 21.2 de la Convention américaine, « nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi ». Depuis l'arrêt relatif au peuple Saramaka – qui concernait notamment quatre concessions forestières et minières accordées par l'État Surinamais pour l'exploration et l'extraction de ressources naturelles en territoire traditionnel –, ces conditions sont précisées lorsqu'elles concernent une propriété traditionnelle. Ainsi, pour tout projet de développement, investissement, exploration ou extraction touchant à la propriété et aux ressources naturelles des territoires de peuples autochtones et tribaux, les États doivent faire réaliser, par des entités indépendantes, une étude préalable d'impact social et environnemental ; ils doivent garantir la participation effective des membres des communautés dans les prises de décisions (consultation ou consentement) ; enfin, ils doivent faire participer les communautés dans les bénéfices obtenus. La présentation analyse en détail chacun de ces points, dont le devoir de consultation qui doit exister dès les premières étapes du projet, avoir lieu au travers de procédures culturellement adaptées, et devant reposer sur l'État (ne pouvant être déléguée à une entreprise privée et encore moins à la propre entreprise intéressée par l'exploitation des ressources naturelles du territoire de la communauté sujette de la consultation). La consultation peut être amenée à prendre une autre forme dans les cas de projets de développement ou d'investissement à grande échelle qui auraient un impact majeur sur le territoire : dans ces cas, c'est un consentement libre, informé et préalable qui est requis par le Tribunal interaméricain.

Quant à l'étendue de ces garanties, il convient de noter qu'elles peuvent avoir à s'appliquer également pour des projets qui concernent des ressources qui n'entrent pas dans la composition de la propriété traditionnelle, mais dont l'exploitation affectera inévitablement des éléments du droit de propriété.

Dans un second temps, la présentation observe que la protection des sociétés traditionnelles en l'absence de texte spécifique représente un enrichissement des textes généraux de droits de l'homme.

En effet, dépassant le stade de l'adaptation des articles de la Convention américaine aux réalités des sociétés traditionnelles, ou, pour le dire différemment, de l'aménagement des spécificités des peuples autochtones et tribaux dans les articles de la Convention, il est possible de constater, d'un côté, un approfondissement de la portée de la Convention américaine. Le terme approfondissement vise ici une protection qui va au-delà de ce qu'il semblerait possible d'espérer d'un Tribunal dont la compétence et les droits chargés de garantir sont strictement encadrés. La Cour interaméricaine parvient en effet à sanctionner et faire réparer des violations de droits qu'elle n'a pourtant pas vocation de faire respecter. En ce sens, des droits qui ne sont pas énoncés dans la Convention américaine parviennent, par la prise en compte des spécificités des sociétés traditionnelles, à être mis en œuvre. C'est par exemple le cas de certains droits sociaux ; du droit à un environnement sain ; ou du droit à l'identité culturelle. En ce qui concerne le droit à l'identité culturelle, la présentation explique comment l'instrument des mesures de réparations prévu à l'article 63.1 de la CADH est utilisé par le Tribunal interaméricain pour ordonner des réparations qui soient culturellement pertinentes. Puis au-delà de mesures spécifiques ordonnées en raison de l'appartenance de la victime à une culture déterminée, un droit à l'identité culturelle peut s'apercevoir dans la lecture transversale de la Convention américaine, avant d'être expressément déclaré violé dans l'arrêt *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku*.

L'enrichissement de la protection des droits se dénote également par le dépassement de la volonté étatique sur le plan régional. En ce sens, les directives émises par la Cour se « fourrent » dans l'ordre juridique des différents pays avec la force de parvenir à bouleverser certaines normes locales, y compris les normes constitutionnelles. Ainsi, de nos jours, les Constitutions des États ne disent plus le dernier mot puisque la Cour peut ordonner leurs réformes de manière à ce qu'elles soient conformes à la Convention américaine et aux interprétations qui en sont faites au cours des développements jurisprudentiels.

Ainsi, les droits territoriaux des sociétés traditionnelles existent y compris sans actes étatiques qui les prévoient. Ce sont donc les législations nationales qui doivent s'adapter, et non l'inverse. En effet, les arrêts interaméricains ne font pas que résoudre une affaire entre deux parties ; le premier arrêt pertinent (*Awás Tingni*) a établi la portée générale de la norme de la Convention américaine énonçant le droit de propriété. Comme l'affirmait très justement l'expert international Bartolomé Clavero, à partir de cet arrêt, le droit autochtone de caractère collectif au propre territoire et aux propres ressources peut être compris comme contenu dans la Convention américaine, avec par conséquent un effet contraignant pour tous les États membres de l'O.E.A.

En ce sens, cette jurisprudence est la reconnaissance de droits inhérents à ces peuples : des droits qui ne sont pas octroyés par les États, par les textes internationaux, ou bien même par les organes de protection des droits de l'homme, sinon des droits préexistants (bafoués pendant la conquête et ensuite par les États indépendants) et désormais reconnus en droit international. De la même manière, il s'agit de la reconnaissance du pluralisme juridique, puisque le droit coutumier des peuples autochtones vient constituer une source de la reconnaissance du droit au territoire traditionnel. En ce sens, comme l'indique l'expert Luis Rodríguez-Piñero Royo, la raison pour laquelle la simple possession de fait génère dans le cas des peuples autochtones des droits *sui generis* distincts de ceux accordés en vertu du régime

général de propriété se trouve en ce que ces peuples ont conservé et reproduit des systèmes juridiques propres, indépendamment de l'existence de l'État et de sa prétention d'uniformité juridique.

Pour terminer, cette présentation a défendu les répercussions que devait avoir ce développement interaméricain sur d'autres organes de protection des droits de l'homme sur le plan international, ce qui est possible précisément en raison du fait que ce développement jurisprudentiel régional ne répond pas à l'application d'un texte interaméricain spécifique, mais qu'il est, au contraire, le résultat de la mise en œuvre différenciée de droits reconnus dans les textes généraux des droits de l'homme. L'influence a commencé dans le système africain : dans l'affaire Endorois, les arrêts de la Cour interaméricaine ont été cités d'innombrables fois par la Commission africaine avant de reconnaître les violations des droits à la terre, aux ressources naturelles et au développement, par un État n'ayant pas de droit favorable aux sociétés traditionnelles et n'ayant pas ratifié la Convention 169 de l'O.I.T. Ce développement doit désormais atteindre le système européen. En effet, les peuples autochtones présents sur le territoire d'États susceptibles d'être défendeurs devant la Cour européenne des droits de l'homme (Samis en Norvège, en Suède, en Finlande et en Russie ; Inuits au Groenland sous souveraineté danoise ; peuples en outre-mer français, et plusieurs autres peuples autochtones en Russie), doivent jouir des mêmes droits fondamentaux et universels que ceux dont jouissent les autochtones sur le continent américain. Pourtant, pour l'instant, le système européen de protection des droits de l'homme a été plutôt favorable à la position des États défendeurs.

Contact : karine_rinaldi@yahoo.fr

DES ARTICLES DES INTERVENANTS SONT EGALEMENT DISPONIBLES EN LIBRE ACCÈS

Cloud Leslie et Le Bonniec Fabien, 2012, « Entre logiques d'Etat et autochtonie : Dynamiques de la territorialité mapuche à l'heure du droit à l'autodétermination des Peuples Autochtones » *in* Martínez Mauri, Mònica. et Aparicio Marco (dir.): « Derecho internacional y territorios indígenas: algunas reflexiones críticas desde la antropología social y el derecho », *Revista quaderns-e*, vol 17, N°1, Institut Català d'Antropologia, pp. 25-43.

Disponible en ligne : <http://www.antropologia.cat/files/CLOUD.pdf>

Rinaldi Karine, 2009, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », *in* Hennebel Ludovic et Tigroudja Hélène, *Le particularisme interaméricain des droits de homme*, Paris, éditions A. Pedone.

Disponible en ligne : <http://www.pedone.info/cadh/RINALDI-CADH.pdf>