

De la démocratie constitutionnelle au constitutionnalisme démocratique : enjeux de la démocratie semi-directe en Amérique Latine à la lumière d'un cas colombien

Cielo RUSINQUE URREGO

Doctorante en droit constitutionnel
Université Paris 2 : Panthéon-Assas

Luis-Miguel GUTIERREZ RAMIREZ

Doctorant en droit Public
Université Toulouse 1 Capitole

Le principe de la séparation des pouvoirs est un acquis indiscutable des États de droit modernes et la base même du constitutionnalisme contemporain. Ce principe est en effet énoncé solennellement dans l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 selon lequel, « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». La séparation des pouvoirs envisage la configuration du pouvoir de manière fonctionnelle¹. Que ce soit une séparation stricte ou une séparation souple, son objet consiste à empêcher de cumuler deux ou plusieurs pouvoirs entre les mains d'un même organe en fixant des compétences distinctes et bien délimitées.

La séparation de l'exercice du pouvoir conduit à une logique à la fois de collaboration mais aussi de confrontation. D'après Montesquieu « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »². La théorie des contre-pouvoirs est ainsi le corolaire de la théorie de séparation des pouvoirs. Si en principe les pouvoirs sont séparés, ils sont appelés par la force des choses à interagir que ce soit pour se soutenir ou pour se contrer. L'existence de mécanismes de contre-pouvoir permet ainsi d'équilibrer les rapports de force dans l'exercice du pouvoir.

À l'instar du principe de la séparation des pouvoirs, la théorie des contre-pouvoirs présuppose l'existence effective et préalable de ces pouvoirs au sein d'un État. De ce fait, la doctrine constitutionnaliste classique s'intéresse particulièrement aux interactions entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, d'un côté, et entre ces derniers et le pouvoir judiciaire, d'un autre côté. L'existence d'autres types des pouvoirs au-delà de ce triptyque étatique passe souvent inaperçue.

La présente contribution propose une réflexion autour des mécanismes de participation citoyenne en tant que mécanismes de contre-pouvoir au regard de l'expérience latino-américaine. Il s'agira d'analyser les enjeux théoriques et pratiques de la démocratie participative à travers de l'exercice des mécanismes de participation tels que les *Consultations Populaires*³ et les *Consultations Préalables*⁴. Ces consultations permettent aux minorités

¹V. FELDMAN Jean-Philippe, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC*, n° 83, 2010, pp. 483-496.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Ch. IV, Gallimard, Folio essais, 1995, p. 326.

³ Il s'agit d'un mécanisme de participation citoyenne à travers duquel le peuple est convoqué pour décider sur des aspects politiques ou socioéconomiques. Dans le cas des consultations populaires au niveau du district, départemental, municipal ou local en Colombie, la décision de les convoquer n'appartient pas au Président de la République, mais aux Gouverneurs et aux Maires sans avoir besoin de l'approbation du Congrès, mais en accomplissant certaines conditions clairement définies par l'Statut général de l'organisation territoriale. La convocation peut aussi être citoyenne ou administrative. Elle est citoyenne lorsqu'elle compte avec le 5 % de

ethniques et aux citoyens en général de s'exprimer sur des projets socioéconomiques qui les concernent directement.

La problématique sera abordée à partir de la consultation qui a eu lieu récemment à Cajamarca (Colombie), dans le cadre d'une initiative d'origine citoyenne lancée en 2016 et portant sur un projet d'exploitation minière du groupe AngloGold Ashanti Colombia S.A.⁵ En mars 2017, la population s'est prononcée en exprimant son avis défavorable à ce projet par un 98% des voix. L'intérêt du sujet tiens au contexte particulier de renforcement des mécanismes de consultation en Colombie par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de ce pays. D'une part, dans sa décision C-273/16 du 25 mai 2016, cette Cour déclare l'inconstitutionnalité de l'article 37 du Code des Mines (loi 685 de 2001) qui empêchait les Municipalités d'interdire l'exploitation minière dans leurs territoires. Cette décision a ouvert la possibilité aux citoyens de s'exprimer sur ce système d'exploitation par le biais des mécanismes de participation, notamment des *Consultations Populaires*. D'autre part, dans sa décision T 002/17 du 17 janvier 2017, la Cour constitutionnelle a déterminé le caractère contraignant des *Consultations Préalables*.

L'établissement d'un modèle d'État social, pluraliste, divers et participatif dans la plupart des pays d'Amérique Latine explique la transcendance régionale de ces mécanismes de participation populaire. En effet, le contexte latino-américain favorise l'existence des conflits entre les gouvernements et leurs populations lorsqu'ils sont concernés par des projets économiques de grande portée⁶. La *consultation populaire* et la *consultation préalable* révèlent l'émergence d'une nouvelle forme de contre-pouvoir que sur l'élan de la jurisprudence constitutionnelle est exercée directement par les citoyens vis-à-vis des pouvoirs constitués mais aussi vis-à-vis des pouvoirs civils ou privés. Si la capacité des citoyens à participer de l'exercice du pouvoir semble limitée dans une conception de la démocratie constitutionnelle (I), la consolidation d'un constitutionnalisme démocratique peut être envisagée comme la possibilité pour que le citoyen soit à la fois l'origine et le détenteur du pouvoir (II).

I. La démocratie constitutionnelle : une conception institutionnelle des contre-pouvoirs

Les contre-pouvoirs sont souvent compris dans le cadre institutionnel d'un État de droit. En ce sens, le Professeur Fabrice Hourquebie explique que « *le contre-pouvoir ne s'envisage pas ex-nihilo mais bien dans un système d'interactions entre les puissances, un système de modération réciproque, dans lequel l'empêchement mutuel des pouvoirs leur*

signatures des listes électorales pour les consultations nationales et avec un 10% de signatures pour les consultations locales. Concernant la convocation citoyenne, il est nécessaire l'inscription d'un Comité promoteur de caractère citoyen chargé de mener les procédures administratives. Ce Comité ne doit pas forcément être constitué par des citoyens résidentes dans le territoire où il aura lieu la consultation.

⁴ La *Consultation préalable* est en effet un de ces mécanismes établis dans la plupart des Constitutions proclamées en l'Amérique Latine à partir des années 1990. Elle a été conçue à partir des standards du droit international tendant à protéger les droits et les intérêts des peuples indigènes et des minorités ethniques face aux mesures légales et administratives susceptibles d'affecter leurs territoires. La mise en œuvre de ce mécanisme constitue un grand défi politique et juridique en Amérique Latine face aux enjeux éthiques, socioéconomiques et environnementaux du modèle économique extractiviste basé sur l'exploitation des ressources naturelles.

⁵ La question qui s'est posée aux citoyens fut : « *Êtes-vous d'accord, oui ou non, avec le fait que dans la municipalité de Cajamarca s'exécutent des projets et des activités minières ?* ».

⁶ LANDER Edgardo, *El Neextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones*, Revista Fundación Heinrich Böll, México, Centroamérica y el Caribe, Junio, 2014.

interdit d'aller au-delà de leurs seuils de compétences et de légitimités »⁷. L'exercice des contre-pouvoirs est ainsi encadré par la norme constitutionnelle qui délimite et précise le fonctionnement des organes de l'État.

La démocratie constitutionnelle peut être définie comme un système politique dans lequel la légitimité de l'exercice du pouvoir ne découle pas uniquement de l'existence d'un Etat de droit, de la représentation démocratique ou de la séparation des pouvoirs⁸. Sortant du paradigme légicentriste, la démocratie constitutionnelle puise ses fondements dans la reconnaissance constitutionnelle et la garantie effective des droits fondamentaux. Ces droits se dressent en tant que limites constitutionnelles des pouvoirs publics (A). Pour assurer leur effectivité et afin de permettre aux citoyens de faire valoir leurs droits, certains mécanismes juridictionnels sont établis comme mécanismes de contre-pouvoir institutionnels (B).

A. Les droits fondamentaux comme limite aux pouvoirs publics

L'Etat de droit dans sa conception classique définit le modèle juridique au prisme du paradigme *positiviste* caractérisé par la suprématie de la loi (*légicentrisme*), la séparation du droit et de la morale, la souveraineté parlementaire au regard de la démocratie représentative, ainsi que par un système de division et de contrôle politique des pouvoirs publics. Même si les droits fondamentaux font partie des Constitutions⁹, leur portée juridique est formelle ou symbolique et n'est pas censée produire des effets juridiques concrets car ces droits ne sont pas exigibles à travers des mécanismes spécifiques de protection.

La conception du droit change profondément lorsqu'elle se place au sein de l'État de droit constitutionnel. Ce modèle juridique est en effet rattaché aux divers courants contemporains du droit constitutionnel auto-dénommés *principalistes*, *garantistes*, *post-positivistes* ou *neoconstitutionnalistes*, entre autres. Ces courants partagent une conception normative de la Constitution en tant que norme suprême de l'ordre juridique garantissant un catalogue de droits, de valeurs et de principes dotés d'un contenu matériel contraignant.

Dans ce cadre théorique, la démocratie constitutionnelle prémunit les systèmes politiques démocratiques d'une dimension substantielle et non pas seulement formelle. La validité des lois, par exemple, n'est pas uniquement déterminée par l'accomplissement des procédures formelles au moment de leur production. Elle ne dépend pas non plus exclusivement de la consolidation des majorités exprimées au sein des organes de représentation comme le Parlement. La validité et la légitimité du système normatif et de la loi en particulier sont en réalité soumises à leur conformité aux garanties consacrées dans la *Loi fondamentale*. De ce fait, la simple séparation des pouvoirs publics et le système de *checks and balances* ne sont plus suffisants pour empêcher les abus du pouvoir.

⁷ HOURQUEBIE Fabrice, « Le contre-pouvoir, enfin connu. Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en terme de contre-pouvoirs », In : *Démocratie et liberté : Tension, dialogue, confrontation*. Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 102.

⁸ Il s'agit d'un nouveau paradigme qui surgit en Europe à la fin de la Seconde Guerre mondiale, notamment dans des pays comme l'Allemagne, l'Italie et, des années plus tard, en Espagne, au regard de l'héritage des crimes et des abus commis dans l'exercice du pouvoir par des Régimes totalitaires qui ont, néanmoins et paradoxalement, respecté un cadre légal au cours de leur agissement criminel.

⁹ Ces droits sont reconnus soit dans les préambules des Constitutions, soit dans un chapitre spécifique de ces normes, soit par la voie de la rémission à d'autres textes juridiques.

L'histoire politique et juridique latino-américaine a toujours témoigné de l'influence des mouvements politiques et juridiques Européen et Etasunien¹⁰. Les origines du constitutionnalisme en Amérique Latine datent du début du XIX^{ème} siècle suite au mouvement d'Indépendance de l'Espagne quand les premières constitutions politiques ont été proclamées dans le sous-continent. Toutefois, il a fallu attendre la proclamation de nouvelles Constitutions politiques, ou la révision constitutionnelle de certaines d'entre elles, au cours de la période allant de la fin des années 1980 au début des années 1990, pour envisager la consolidation des systèmes démocratiques en Amérique Latine¹¹.

En termes généraux, la plupart des Constitutions latino-américaines proclamées à la fin du XX^{ème} siècle jusqu'au début du XXI^{ème} siècle se caractérisent par la consécration d'un ample catalogue des droits fondamentaux et par la reconnaissance et l'inclusion même des traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme au sein de la Constitution, soit directement dans les dispositions constitutionnelles, soit par élargissement du bloc de constitutionnalité¹². Ces Constitutions visent la construction de sociétés égalitaires, pluralistes, multiculturelles et diverses¹³. En ce sens, on peut constater une reconnaissance de la situation de vulnérabilité de certains collectifs et, par conséquent, de la nécessité de protection aux minorités ethniques et afro-descendantes. L'inclusion des droits collectifs est visible également dans la plupart des Constitutions¹⁴ notamment dans celle de la Colombie, la Bolivie et celle de l'Equateur ; ces deux dernières ont même inclus les droits de la nature (*pacha mama*) et du bon vivre (*Suma kawsay*)¹⁵. Il faut noter que l'Amérique Latine est sans aucun doute la région qui a le mieux développé une protection légale et constitutionnelle des droits des populations indigènes ou autochtones. On peut en effet constater la reconnaissance d'un statut particulier à la population indigène et l'incorporation dans les textes constitutionnels de certains de ses droits fondamentaux, tel que les droits à l'autonomie, à la participation et l'exercice de ses droits territoriaux et culturels.

¹⁰ Le constitutionnalisme latino-américain du XIX^{ème} siècle a été spécialement influencé par le constitutionnalisme Etasunien. Depuis la fin de XX^{ème} siècle cette région a témoigné également d'une forte influence du modèle constitutionnel européen. La symbiose entre ces deux modèles a significé pour un secteur de la doctrine le début de la construction d'un paradigme proprement Latino-Américain. Le constitutionnalisme latino-américain serait ainsi le produit de la symbiose entre le model Etasunien et sa mise en œuvre dans ce nouveau contexte. À ce propos, v. RODRÍGUEZ RAMOS M, « Visión de conjunto del Derecho de América Latina », *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1960, pp.25_26; SCHÖNBOHM Hors « *El Estado de Derecho en países en desarrollo y despegue* », *In : Derechos Humanos, Estado de Derecho, Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania*, (ed), Caracas, 1994, 209 p.

¹¹ Entre les années 1978 et 2012, 16 nouvelles Constitutions ont été promulguées dans la région latino-américaine. Dans cette même période, on peut compter environ 400 réformes constitutionnelles portant sur plus de 1500 articles. Ces références ont été proportionnées par Deflet Nolte, dans le séminaire : « *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui entre renouveau juridique et essor démocratique* », qui s'est déroulé à l'Université de Cergy Pontoise le 4 avril 2013.

¹² V. GONGORA MERA Manuel Eduardo, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE Latinoamericano*, Mexique, UNAM, 2014, paginas 301-329; CASAS FARFAN Luis Francisco, « Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas », *Revista Provincia*, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, n° spécial, 2006, pp. 175-188 ; UPRIMNY Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y proceso penal*, Bogotá, Escuela Judicial Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, 193 p.

¹³ UPRIMNY Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO César, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina, tendencias y desafíos en El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Cesar Rodríguez Garavito Coord, Siglo XXI, Buenos Aires 2011.

¹⁴ Art 79, 80 et 82 en Colombie, Art 4 au Mexique, Art 8 au Chili, Art 170, 185, 225, au Brésil, Art 41 et 43 en Argentine, Art 127, et 129 au Venezuela, entre autres.

¹⁵ GUDYNAS Eduardo, « *Développement, droits de la Nature et Bien Vivre: l'expérience équatorienne* », *in* *Revue Mouvements* No. 68 2011/4 Voir : <https://www.cairn.info/revue-mouvements-2011-4-page-15.htm>

En Colombie, par exemple, la Constitution de 1991 définit l'État avec les qualificatifs de social, participatif, pluraliste et basé sur la prévalence de l'intérêt général (article 1). Les valeurs pluralistes mobilisées par le constituant s'expliquent par la reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle (article 7), par le droit des peuples indigènes à une éducation qui respecte et développe leur identité culturelle (article 68), par la reconnaissance des droits territoriaux inaliénables, imprescriptibles et insaisissables (articles 63 et 329), insistant sur le fait que ces peuples seraient gouvernés selon leur propre droit et coutumes (article 330). En outre, le texte constitutionnel colombien a établi les droits de la troisième génération – *droits collectifs et de l'environnement*, qui par la suite ont été largement développés dans la jurisprudence constitutionnelle. En ce sens, une protection spéciale est prévue pour les territoires indigènes dans la mesure où l'exploitation des ressources naturelles dans ces territoires doit se faire sans détriment de l'intégrité culturelle, sociale et économique de ces communautés et, par conséquent, le Gouvernement devrait faciliter la participation de leurs représentants dans la prise de décisions qui les concernent (article 330).

Enfin, en termes généraux, le modèle de démocratie constitutionnelle s'est répandu dans la région avec force, en témoignant d'une confiance toute particulière dans le constitutionalisme comme instrument de consolidation des régimes démocratiques, capable de produire des changements sociétaux à travers la garantie des droits fondamentaux et rempart ultime afin de se protéger des abus d'un pouvoir exécutif trop puissant. On peut néanmoins constater un paradoxe majeur. Bien souvent la générosité des principes énoncés par les textes constitutionnels latino-américains contraste avec leur manque frappant d'efficacité. La concrétisation des promesses constitutionnelles dans la réalité reste parfois marginale et les régimes politiques continuent souvent à être qualifiés de l'extérieur comme antidémocratiques et populistes. Toutefois force est de constater que la constitutionnalisation des droits fondamentaux, notamment des droits dits de deuxième et troisième génération – économiques, sociaux, culturels, ainsi que collectifs et de l'environnement - a constitué une source de progrès en matière d'inclusion et d'égalité dans la région¹⁶. La limitation des pouvoirs publics par les droits fondamentaux se concrétise en Amérique Latine par l'existence des juridictions constitutionnelles chargées de veiller au respect de ces droits et par la possibilité des citoyens d'accéder à ces juridictions.

B. Les mécanismes juridictionnels de protection des droits fondamentaux comme instruments de contre-pouvoir institutionnel

La garantie des droits fondamentaux constitue l'horizon vers lequel les systèmes constitutionnels latino-américains s'orientent afin d'encadrer l'exercice du pouvoir politique. En effet, le catalogue des droits fondamentaux reconnu par les Constitutions s'accompagne bien souvent de l'existence d'une série de recours juridictionnels établis en vue de sa protection. On peut notamment évoquer le recours en exécution (*acción de cumplimiento*, ou *mandato de injuncao*), les actions populaires, les actions de groupe et le recours en

¹⁶ Voir : HERRERA Carlos Miguel, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique Latine », In : *Le constitutionnalisme latino-américain entre renouveau juridique et essor démocratique*, éditions Kim, 2015, 134 p. ; ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo, *Constitutionalismo Social latinoamericano*, 23 p. [En ligne] <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf> ; ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo « Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho », In : ARMIN BOGDANDY Von, LANDA ARROYO Cesar et MORALES ANTONIAZZI Mariela, *Integración Suramericana a través del Derecho ? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, Madrid, 2009, pp. 79-111.

protection¹⁷ qui permettent de contester tout acte du pouvoir étatique, tant administratif que juridictionnel, attentatoire aux droits fondamentaux des individus. Ce dernier dispositif existe dans la plupart des pays latino-américains¹⁸ sous le nom de jugement d'amparo (Mexique), action d'amparo (Argentine, République dominicaine, Equateur, Honduras, Paraguay, Uruguay, Venezuela), d'*amparo* (Guatemala), procès d'amparo (El Salvador, Pérou), recours d'amparo (Bolivie, Costa Rica, Nicaragua, Panama), *acción de tutela* (Colombie), recours de protection (Chile) et *madado de segurança* (Brésil).

L'existence de ces recours et la possibilité des citoyens d'en faire usage marquent la pratique juridique du continent qui s'identifie par le rôle central du pouvoir judiciaire dans la protection de droits fondamentaux. Ce phénomène permet de comprendre le succès et l'influence de certains auteurs parmi lesquels se trouvent Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli et Gustavo Zagrebelsky. En effet, les Cours constitutionnelles se servent de ces auteurs fréquemment lors de l'interprétation et de l'application de la Constitution. Pour certains auteurs, assumer l'existence d'un nouveau paradigme constitutionnel de l'Etat ou de la démocratie signifie assumer la conformation d'une nouvelle théorie politique et juridique, ainsi que l'adoption d'une certaine idéologie et méthode d'application¹⁹. Ceux qui préconisent cette lecture novatrice du constitutionnalisme, vont jusqu'à prôner la suite logique d'une évolution où le XIXème siècle aurait été le siècle du pouvoir parlementaire, le XXème celui du pouvoir exécutif, alors que le XXIème serait appelé à être celui des juges²⁰.

Une telle confiance à l'égard des juges serait justifiée dans le cadre d'une justice qui se veut impartiale et indépendante et dont l'*activisme judiciaire*, au sens de la participation du juge à la création de la loi par la voie de son interprétation et de l'application des principes constitutionnels aux cas concrets, n'est pas regardé avec méfiance dans la mesure où il vise l'optimisation et l'efficacité des garanties fondamentales ainsi qu'à l'harmonisation du droit. Cette participation du juge, souvent dénommée de manière péjorative comme *le gouvernement des juges*, retrouverait sa légitimité non pas par son élection populaire (car rarement pratiquée dans le système continental) mais plutôt par la compétence qui leur serait attribuée par le pouvoir constituant dans les Constitutions elles-mêmes ainsi que par son exercice de l'argumentation et l'herméneutique juridique à travers des méthodes d'interprétation comme le principe de proportionnalité.

Les Tribunaux se transforment ainsi dans des espaces de premier ordre lorsqu'il s'agit de contrôler les pouvoirs politiques. Les juges rendent opérationnels les mécanismes de contre-pouvoir en obligeant aux autorités publiques à justifier leurs agissements, que ce soit par omission que par action, lorsque les droits fondamentaux sont violés ou menacés. Si le rôle du pouvoir judiciaire est souvent analysé comme un contre-pouvoir, il reste ancré dans une logique institutionnelle des organes constitués. L'intervention du juge est pourtant conditionnée à des facteurs contingents comme l'accès effectif des citoyens aux juridictions, à la composition de ces dernières ainsi qu'à la portée de leurs compétences juridictionnelles, notamment en ce qui concerne leur capacité d'émettre des injonctions aux pouvoirs publics.

¹⁷ FIX-ZAMUDIO Héctor et Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, Mexique, Porrúa, UNAM, KAS, 2006, 1264 p.

¹⁸ BREWER-CARÍAS Allan, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study on Amparo proceedings*, New York, Cambridge University Press, 2009, 450 p. ; FERRER MAC-GREGOR Eduardo, « El amparo iberoamericano », *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n° 2, 2006, pp. 39-65.

¹⁹ COMMANDUCCI, Paolo *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*: Isonomia 16, 2002, p. 116, PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001

²⁰ SANTIAGO Alfonso, "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces las novedades del neoconstitucionalismo" en Revista Dikanon, No. 17, Año 22, diciembre del 2008.

Par conséquent, tant l'exercice du pouvoir que son contrôle est placé exclusivement dans le cadre des institutions sans que le peuple puisse intervenir directement comme organe de contre-pouvoir. Un autre paradigme se dresse lorsque les contre-pouvoirs sont pensés dans le cadre d'un constitutionnalisme démocratique.

II. Le constitutionnalisme démocratique : vers la configuration des contre-pouvoirs non institutionnels

Présenté souvent comme un système idéal, voire même utopique, le constitutionnalisme démocratique puise ses fondements profonds dans les mécanismes de la démocratie directe. Dans ce cadre théorique, un peuple qui se gouverne directement lui-même par la participation de ses citoyens semble contredire la pratique bien connue des systèmes représentatifs en vigueur qui assimilent le peuple à l'électorat. L'idée de délégation et de professionnalisation dans l'exercice du pouvoir éloignent de plus en plus les représentants des représentés. Pourtant, on peut constater un mouvement de réappropriation de la chose politique et publique par certaines populations qui font usage des dispositifs de participation et d'expression populaire.

Cette possibilité réactualise le postulat de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « *tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement à la formation de la volonté populaire* ». À partir de la consécration constitutionnelle des mécanismes de participation directe tels que le referendum, le plébiscite, les consultations populaires, les consultations préalables, entre autres, la participation citoyenne retrouve un nouvel élan. Dans ce cadre, le peuple en tant qu'organe de contre-pouvoir non institutionnel peut s'opposer tant aux pouvoirs publics constitués (A) qu'aux pouvoirs civils ou privés (B).

A. Contre-pouvoirs citoyens face aux pouvoirs publics

L'Amérique Latine est une des régions des plus riches au monde en biodiversité et en ressources naturelles. Elle détient la plus importante réserve mondiale d'eau et de matières premières de la planète. Une grande partie de ces richesses se trouve dans les territoires ancestraux des peuples autochtones, indigènes et afro-descendants qui représentent plus de 8% de la population du continent, soit environ 45 millions de personnes appartenant à plus de 800 peuples divers²¹. Ces particularités expliquent l'importance de la problématique de la participation populaire dans la prise de décisions concernant ces ressources et le rôle central des mécanismes de participation tels que la consultation populaire et la consultation préalable comme instruments de contre-pouvoir.

Depuis les années 1990, la plupart des gouvernements de la région latino-américaine - y compris ceux qui ont défendu un modèle économique alternatif comme le Venezuela, la Bolivie ou l'Equateur - ont promu l'investissement privé dans le cadre d'un système d'exploitation extractiviste dans la région. L'expansion de ce modèle d'exploitation a été facilitée par diverses opérations tendant à réduire la présence de l'État dans le marché comme, par exemple, les privatisations d'entreprises publiques, les exonérations tributaires et la flexibilisation du processus d'obtention des titres d'exploitation du sous-sol ainsi que la vente des territoires historiquement occupés par des populations indigènes.

²¹ CEPAL, *Los Pueblos indígenas en América Latina, Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile: CEPAL/ONU, pp. 6-43.

De manière systématique, les gouvernements au pouvoir dans la région pendant les trente dernières années ont soutenu un modèle économique basé sur la surexploitation des matières premières malgré leur coût environnemental élevé. Ce modèle se présente dans les discours comme favorable au progrès et à la croissance économique des pays qui le pratiquent ainsi qu'à l'obtention des ressources économiques nécessaires pour faire face aux problématiques sociales comme la pauvreté et le sous-développement. Toutefois, force est de constater que, dans la pratique, les populations qui vivent dans les territoires affectés par des projets agroindustriels et extractifs sont paradoxalement les moins favorisées par ce système. Ceci est le cas de la plupart des peuples indigènes ou des minorités ethniques.

C'est pourquoi les mécanismes de *consultation préalable* établis par la Convention 169 de l'OIT de 1989, qui a été ratifiée par une quinzaine de pays en Amérique Latine, et de la *consultation populaire*, adoptée par la plupart des constitutions de la région, se trouvent au cœur de ces problématiques socioéconomiques.

Pour ce qui concerne la Consultation préalable, le mécanisme a été renforcé par la Déclaration des droits des peuples indigènes des Nations Unies en 2007 ainsi que par la construction des standards juridiques au sein de la Commission interaméricaine des droits humains (CIDH) qui reconnaissent l'importance transcendante du droit à la consultation préalable, libre et informée des peuples indigènes. D'autant plus qu'il s'agit d'un droit constitutionnel souvent garanti par voie jurisprudentielle en ce qui concerne la protection de l'intégrité culturelle, sociale et économique des minorités ethniques ainsi que la garantie de leur droit à la participation politique face aux mesures législatives ou administratives susceptibles de les affecter dans leur territoire.

Dans le cas de la Colombie la Convention de l'OIT a été ratifiée par la Loi n°. 21 du 4 mars du 1991. La Consultation préalable se retrouve également dans l'article 103 de la Constitution Politique. La Cour constitutionnelle colombienne - en conformité avec les standards internationaux- a élargie ce système de protection aux communautés afro descendantes en reconnaissant leur caractère de *peuple tribal* aspect sur lequel elle a maintenu une ligne jurisprudentielle constante²². Ainsi, par exemple, dans son arrêt C-461 de 2008 la Cour a déterminé qu'il était obligatoire de réaliser une consultation préalable pour tous les programmes et projets relatifs au Plan national de développement qui puissent affecter de manière directe et spécifique aux peuples indigènes et aux communautés afro-colombiennes.

La figure de la consultation préalable visant la protection des certaines communautés à travers leur inclusion dans le processus de prise de décisions sur des lois ou des projets économiques, sociopolitiques ou culturels implique également l'obligation pour les autorités publiques d'informer et de consulter l'avis de ces communautés, en leur permettant ainsi d'exprimer leur conformité ou leur désaccord. Enfin, il s'agit d'un processus de dialogue et de concertation dont leur caractère contraignant a été reconnu par la jurisprudence T-002/17.

Pour ce qui concerne les Consultations populaires en Colombie, elles font partie des mécanismes de participation citoyenne, consacrés dans l'article 103 de la Constitution politique, en conformité avec les articles 3 (souveraineté populaire) et l'article 104 qui détermine leur caractère contraignant quand elles sont faites au niveau national. La jurisprudence a limité la portée de ces consultations en signalant que les manifestations faites par ce moyen ne constituent pas des impératifs absolus. Dans cette mesure, elles ne peuvent pas aller à l'encontre de la protection d'autres principes constitutionnels ni en détriment des droits fondamentaux. En outre, en s'agissant des consultations populaires municipales leurs

²² Voir entre autres les arrêts : C-882/211, T-823/2012, T-576/2014, C-389/16.

effets sont limités au niveau local²³. Puis, les Consultations populaires ont été règlementées par la loi 1757 de 2015 selon laquelle l'initiative citoyenne ne dépend plus du Maire au niveau Municipal. Ce contexte est très important si nous prenons en compte que toute une série de consultations populaires concernant l'interdiction des activités d'exploitation minière ont été réalisées ce-dernier temps en Colombie. D'abord à Piedras-Tolima, après en Tauramena-Casanare (2013), Cabrera- Cundinamarca, et Cajamarca-Tolima en 2017. Il faut noter également que de multiples initiatives de consultation sont prévues pour les mois à venir.

Or, malgré la possibilité de ces consultations d'être comprises comme mécanismes de contre-pouvoir, on peut constater les difficultés relatives à leur mise en application dans la pratique. Bien que des normes internationales, constitutionnelles et, même la jurisprudence, soient orientées vers la garantie de ces droits et mécanismes de participation politique ; les gouvernements nationaux cherchent toujours la manière de les contourner en faisant valoir, avant tout, la nécessité des projets d'exploitation économique. Selon eux, ces projets favorisent une croissance économique et l'obtention de ressources nécessaires pour améliorer les investissements sociaux et, à travers eux, les conditions de vie des citoyens. En définitive, la mise en œuvre et l'efficacité de ces mécanismes de participation dépend de la volonté politique des gouvernements. Il s'agit bien souvent d'une volonté qui se limite, d'une part, à règlementer le mécanisme en ce qui concerne les aspects de procédure et, d'autre part, à l'exécution des arrêts dictés par des juges constitutionnels dans des cas concrets.

Ces problématiques concernant le fonctionnement de la *consultation préalable* et de la *consultation populaire* sont perceptibles notamment dans le cas de la Colombie. Toutefois en l'espèce, en prenant compte la suspension du processus d'exploitation minière déjà en cours suite à la dernière consultation populaire qui a été faite à Cajamarca et à travers la quel la population a exprimé -par 98% de voix contre, avec une participation d'environ 6165 personnes sur 16312 inscrites dans les listes électorale-, son désaccord avec un projet d'exploitation minier mené par le groupe Anglo Gold Ashanti. Ainsi que l'arrêt de la Cour constitutionnelle 002 de janvier 2017²⁴ en déterminant le caractère obligatoire des consultations préalables démontre l'ouverture d'une nouvelle voie de contrôle citoyen permettant d'exercer un contre-pouvoir, dont la portée reste à étudier.

Malgré l'opposition incontestable de la population au projet, le gouvernement colombien, par le biais du Ministre des mines et de l'énergie, a soutenu une série d'arguments visant à priver d'effets le résultat de la consultation préalable²⁵. Tout d'abord, pour le gouvernement, la multinationale Anglo Gold Ashanti avait déjà acquis légalement un titre minier (ou licence d'exploitation) valable auprès des autorités nationales. Étant donné qu'il ne manquait qu'une licence environnementale, la procédure administrative d'attribution de cette licence pouvait encore avoir lieu malgré les résultats de la consultation. Par ailleurs, selon le ministre, la consultation de Cajamarca n'avait pas la capacité de modifier la loi et, par conséquent, ne pouvait invalider les décisions administratives prises en application du Code des mines. Pour le gouvernement national, le résultat de la consultation aurait seulement un effet local envers les collectivités territoriales (en ce qui concerne le Plan d'aménagement du territoire) mais non pas une portée nationale. En somme, le résultat de la consultation ne serait donc que symbolique car privé de tout effet contraignant pour les autorités politiques

²³ Voir : T-123/09, T-445/16,

²⁴ Voir : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-002-17.htm>

²⁵ Ces arguments ont été largement diffusés par les médias colombiens dans un entretien fait au Ministre sur la station radial *Blu Radio*, le lundi 27 mars de 2017.

nationales. Paradoxalement, l'effectivité du mécanisme de consultation eut un impact plus précis face aux pouvoirs civils ou privés.

B. Contre-pouvoirs citoyens face aux pouvoirs civils ou privés

La consultation préalable et la consultation populaire constituent non seulement des mécanismes adéquats pour garantir la participation de ceux qui pourraient être particulièrement défavorisés par la mise en œuvre du modèle économique basé sur l'exploitation des ressources naturelles, mais aussi comme un instrument de démocratie participative permettant de faire face non seulement aux pouvoirs politiques mais aussi aux pouvoirs civils.

En effet, la grande dépendance des économies de la région du système d'exploitation de ressources naturelles a déterminé dans la pratique une tendance à favoriser les intérêts corporatifs au détriment des droits de populations minoritaires. L'influence des différents acteurs tels que les associations d'entrepreneurs, les entreprises transnationales, les gouvernements étrangers et les médias est déterminante dans la consolidation de ce système d'exploitation. L'absence de politiques fiscales et de surveillance de la part de l'Etat, non seulement favorise l'expansion du modèle extractiviste mais aussi la capacité des entreprises transnationales d'influencer les processus politiques domestiques. D'autant plus que dans certains cas, on laisse la charge financière et l'obligation de réaliser des consultations aux populations entre les mains des entreprises en lice pour les licences d'exploitation.

Ce contexte est propice non seulement aux conflits entre les citoyens concernés directement par les politiques publiques et le gouvernement agissant en tant que porteur de l'intérêt général, mais aussi entre le gouvernement qui octroie des licences d'exploitation et s'engage contractuellement vis-à-vis des entreprises porteuses de leurs intérêts privés. Ce triangle se complète aussi par les conflits entre les citoyens et les acteurs privés qui, dans le cadre de la globalisation économique et financière, se révèlent tout puissants et inatteignables.

Dans ce cadre conflictuel, ces consultations permettent aux citoyens défavorisés de se prévaloir d'un mécanisme apte pour exercer un contre-pouvoir face aux entreprises transnationales et les différents acteurs porteurs des intérêts privés. Cette manière démocratique et délibérative d'exercer l'opposition constitue un phénomène fondamental qui encourage la participation citoyenne dans ce genre de consultations non seulement dans les pays directement concernés mais aussi au niveau régional, notamment en ce qui concerne des projets économiques transfrontaliers.

Le succès de la participation citoyenne lors de la consultation de Cajamarca face à la multinationale Anglo Gold Ashanti s'est concrétisé, malgré les contournements du gouvernement, dans un communiqué de presse de l'entreprise multinationale annonçant la cessation temporaire de toutes ses activités concernant le projet d'exploitation dans cette collectivité jusqu'à avoir la garantie d'assurer ses investissements lors de l'exploitation minière dans ce territoire.

Les enjeux de cette problématique sont d'une grande ampleur puisque relèvent d'une véritable mise en question des systèmes d'exploitation dominant en Amérique Latine dont les dangers environnementaux et écologiques sont largement mis en avant non seulement face aux minorités ethniques qui seraient les premières affectées, mais aussi face à l'humanité qui peine à trouver un modèle alternatif d'exploitation durable à long terme.

Les citoyens sont ainsi investis d'un pouvoir non négligeable dans la mesure où ils peuvent se transformer en contre-pouvoirs. Même si ces mécanismes de participation

citoyenne sont loin d'être consolidés, ils obligent les gouvernements, mais aussi les acteurs privés, à prendre l'avis des citoyens « au sérieux ».