

**LES NOUVELLES TENDANCES DE LA
JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERAMÉRICAINÉ
DES DROITS DE L'HOMME**

por LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Professeur de droit public de l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne

SOMMAIRE

I. LES NOUVELLES TENDANCES MATÉRIELLES

A. **La montée en puissance des affaires « classiques »**

1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
2. LE DROIT AU JUGE

B. **La persistance des affaires « latino-américaines »**

1. LA PROTECTION DES GROUPES « VULNÉRABLES »
2. LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

II. LES NOUVELLES TENDANCES PROCÉDURALES

A. **La métamorphose législative**

1. L'OBLIGATION D'APPROBATION NORMATIVE
2. L'OBLIGATION DE SUPPRESSION NORMATIVE

B. **La métamorphose judiciaire**

1. LE NOUVEL OFFICE DU JUGE NATIONAL
2. LA NOUVELLE CULTURE CONVENTIONNELLE

Le continent latino-américain a été le premier à déclarer l'existence d'un *corpus juris* devant orienter et guider l'action des Etats dans leur rapport aux Hommes et donc au Monde. La Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme était en effet adoptée le 2 mai 1948, précédant de quelques mois la Déclaration universelle des droits de l'homme dont l'Assemblée générale des Nations Unies se faisait un point d'honneur à proclamer le 9 décembre 1948, quelques années à peine après l'effroyable seconde guerre mondiale. Une telle profession de foi latino-américaine était une des nombreuses manifestations du « panaméricanisme » qui, en son temps, suscita de nombreux espoirs politiques comme de multiples analyses doctrinales¹. C'était aussi, comme l'a démontré Paolo G. Carozza, une manifestation de la spécificité de la pensée latino-américaine et de son rapport au droit international des droits de l'homme².

Mais déclarer et proclamer des droits ne suffit guère. La politique pionnière du sous-continent dans la mise au grand jour symbolique des droits fondamentaux n'empêcha guère, loin s'en faut, l'arrivée au pouvoir de dictatures militaires plus cruelles les unes que les autres qui trouvèrent le moyen, en outre, d'orchestrer une terreur transfrontière³. Dans ce contexte, l'adoption de la Convention américaine

¹ Ad ex. A. ALVAREZ, *Le panaméricanisme et la VIème Conférence panaméricaine tenue à la Havane en 1928*, Paris, Les éditions internationales, 1928, 184 p.; R-J. DUPUY, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système interaméricain vers le fédéralisme*, Paris, Pedone, 1956, 256 p.; J.M. YEPES, *Le panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique*, Paris, Les éditions internationales, 1936, 188 p.

² P. G. CAROZZA, « From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the idea of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2003, pp. 282-313.

³ *Opération Condor*. Voilà présenté en deux mots ce qui fut la tragédie totalitaire des pays du « Cône Sud » dans le courant des années 70. Processus interétatique de violation massive des droits de l'homme, l'opération macabre fut secrètement mise en place afin de lutter contre des personnes et/ou des groupes de personnes présentés comme « subversifs » conformément à l'idéologie de la doctrine de la «sécurité nationale» conçue pour lutter contre des actions politiques qui pouvaient, de près ou de loin, avoir un rapport avec le communisme. Ce sont ainsi plusieurs régimes dictatoriaux qui se sont coordonnés pour faire régner une terreur sourde en faisant disparaître tout type d'opposants. Ainsi,

des droits de l'homme⁴ le 22 novembre 1969 – manifestation supplémentaire de la contribution latino-américaine au droit international – tarda à entrer en vigueur. Le continent était sous l'emprise des régimes autoritaires et il fallut attendre le 18 juillet 1978 pour que ce traité de garantie des droits puisse entrer en vigueur. Les Etats du continent latino-américain se doutaient-ils qu'un mouvement était en marche qui allait octroyer à la proclamation des droits fondamentaux de la personne humaine une valeur autre que simplement symbolique? La mise en place de la Cour interaméricaine grâce au ressorts du « Pacte de San José »⁵ fut à l'origine d'un processus de profonde rénovation du paysage juridique latino-américain. Le temps de la *protection* concrète et effective des droits succédait à celui de leur seule *proclamation*⁶. La Cour de San José commença à fonctionner au début des années 80. Ses débuts furent laborieux. Sa saisine était conditionnée par le bon vouloir de la

Jorge Videla en Argentine (1976-1983), Hugo Banzer en Bolivie (1971-1978), Humberto Castello Branco (1964-1967), Arthur da Costa e Silva (1964-1967) et la junte militaire au Brésil, Augusto Pinochet au Chili (1973-1980), Alfredo Stroessner au Paraguay et Juan María Bordaberry en Uruguay (1973-1976), ont été au cœur d'une entreprise où le « terrorisme d'Etat » fut à son paroxysme. Les travaux de recherche ne manquent pas sur cette période. Ils sont historiques (J. DINGES, *Les Années Condor. Comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents*, Paris, La Découverte, 2005), littéraires (A. MELO, M. RAFFIN, *Obsesiones y fantasmas de la Argentina. El antisemitismo, Evita, los desaparecidos y Malvinas en la ficción literaria*, Ediciones del Puerto, 2005, 221p.) et bien sûr juridiques. Ces derniers ont mis en évidence le rôle clé joué tant par les Commissions de vérité que par les juges nationaux dans la répression du crime, *ad ex.* M. PINTO, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2007, 96p., Col. Institut des Hautes Etudes Internationales, Cours et Travaux n° 7.

⁴ Ci après la Convention américaine ou Convention ADH.

⁵ Autre nom donné à la Convention américaine.

⁶ Sur le système interaméricain en général, les contributions sont assez considérables. On ne mentionnera que quelques références, à titre non exhaustif. En français, l'article de P. NIKKEN reste toujours une bonne approche en dépit de la date de sa publication désormais assez ancienne, v. « Le système interaméricain des droits de l'homme », *RUDH*, 1990, pp.97-109. S'agissant des ouvrages, on se reportera au « classique », mais désormais ancien ouvrage de T. BUERGENTHAL, R. NORRIS, D. SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990, 724p. (également en anglais des mêmes auteurs, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and material*, Kehl, N.P Engel Publisher. Verlag, 1995, 494p), comme à la célèbre étude de K. VASAK, *La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain : la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1968, 370p. Pour des contributions récentes qui font le point sur les développements les plus saillants du système comme de la jurisprudence de la Cour interaméricaine, v. M. BECERRA RAMÍREZ (coord.), *La Corte interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 343p. ; C. MEDINA QUIROGA, *La Convención americana : teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago de Chile, Universidad de Derecho, 2005, 428p. ; S. GARCÍA RAMÍREZ, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Mexico, Universidad Iberoamericana, Iteso, Universidad de Guanajato, 2005, 398p. ; du même auteur, *La Corte interamericana de Derechos humanos*, Mexico, Porrúa, 2007, 652p.

Les analyses publiées sous l'égide de la Cour interaméricaine elle-même, sont également particulièrement pertinentes, CORTE IDH, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, 750p. ; CORTE IDH, *El futuro de la Corte interamericana de los derechos humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, 2 éd., 321p. ; CORTE IDH, *La Corte interamericana de de-*

Commission interaméricaine qui recueillait et recueille toujours les « pétitions »⁷. Forte de sa création antérieure à celle de la Cour de San José, elle entendait préserver coûte que coûte ses prérogatives face au nouvel organe juridictionnel⁸. Si celui-ci fini par manifester son autorité, ce fut tout d'abord dans le cadre de sa compétence consultative visée à l'article 64 de la Convention américaine. C'est en effet par l'avis du 22 septembre 1982⁹ que la Cour interaméricaine se fit connaître à l'échelle internationale et accédait au club très fermé des Cours régionales *effectives*¹⁰ de garantie des droits. Avant qu'elle ne soit en mesure de mettre en œuvre ses compétences contentieuses – *i.e.* avant qu'elle ne rende son premier arrêt, dans l'affaire historique *Velásquez Rodríguez*¹¹ qui donna l'occasion à la Cour de statuer sur les pratiques de disparitions forcées en faisant œuvre de pionnière sur la question – la Cour de San José avait déjà répondu à huit demandes d'avis. Bien que le système interaméricain des droits de l'homme pâtisse encore d'une protection à géométrie variable – dans la mesure où il est des États qui se sont fait un point d'honneur à ne pas signer et/ou ratifier la Convention américaine¹² – il n'en reste pas moins que le corpus jurisprudentiel de la Cour est aujourd'hui particulièrement foisonnant et original. Il s'agit manifestement d'une Cour qui a su activer les « forces imaginantes du droit » pour reprendre la belle expression de Mireille Delmas-Marty¹³.

Aujourd'hui¹⁴, son activité juridictionnelle est en croissance exponentielle. Dans le cadre de sa compétence contentieuse, elle a statué dans cent quatre affaires en rendant cent quatre-vingt-sept arrêts¹⁵, tandis qu'elle rendait dix-neuf avis dans

rechos humanos. Un cuarto de siglo : 1979-2004, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, 1128 p.

⁷ M. PINTO, *La denuncia ante de la Comisión interamericana de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, 251 p.

⁸ J. ALLAIN, *A Century of International Adjudication. The Rule of Law and its Limits*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2000, surtout pp. 93 et ss.

⁹ Cour IDH, 22 septembre 1982, «Autres traités » objet de la fonction consultative de la Cour, Série A n° 1/82.

¹⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 203-264.

¹¹ Cour IDH, 26 juin 1987, Exceptions préliminaires, *Velásquez Rodríguez, c. Honduras*, Série C n° 1/87.

¹² Sur les 34 États membres de l'Organisation des États américains, Dix n'ont pas signé la Convention américaine : Antigua et Barbuda, Bahamas, Belize, Canada, Cuba, États-Unis, Guyana, St Kitts et Nevis, Sainte Lucie, St Vincent et les Grenadines.

¹³ Avant-propos de son ouvrage *Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004, p.7.

¹⁴ Au 30 octobre 2008, date de la XXXVIème période de session de la Cour interaméricaine. Sur l'analyse du contentieux interaméricain depuis les origines jusqu'à nos jours, on se permet de renvoyer aux commentaires thématiques de la jurisprudence in L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Prologue de S. GARCÍA RAMÍREZ, Bruxelles, Bruylant, 2008, 995 p.

¹⁵ Une même affaire a longtemps donné lieu à plusieurs arrêts : sur les exceptions préliminaires, sur le fond, sur les réparations et sur l'interprétation et/ou la révision. Désormais, dans un souci de rationalisation judiciaire, autrement dit, d'économie procédurale, la Cour couple, autant que possible, l'étude des exceptions, du fond et des réparations. Le dernier arrêt rendu par la Cour, au 30 octobre

le cadre de ses compétences consultatives¹⁶. Alors que le système interaméricain naissait dans la douleur – les États furent réfractaires à une entrée en vigueur rapide du Pacte de San José – et la terreur – celle des régimes autoritaires implacables – il se développe et se renforce, aujourd’hui, dans un continent en voie de démocratisation. Le contraste est flagrant avec le système européen qui, s’étant développé sur le terreau de jeunes et forts régimes démocratiques, affronte à l’heure actuelle les violences de régimes en proie aux démons de l’autoritarisme et de la centralisation du pouvoir ou de pratiques plus massives de violations des droits de l’homme¹⁷...

Dans ce contexte des chassés-croisés des évolutions entre les deux continents, il est particulièrement intéressant de constater que le contentieux interaméricain des droits de l’homme dévoile de nouvelles tendances de fond tant à l’échelle matérielle (I) de la protection des droits qu’au niveau de leur garantie procédurale (II).

I. LES NOUVELLES TENDANCES MATÉRIELLES

La jurisprudence « fondatrice » de la Cour interaméricaine s’est manifestée dans les très célèbres affaires honduriennes qui ont porté au grand jour les violations massives et systématiques des droits de l’homme dans un continent en proie à une violence institutionnalisée d’une ampleur inouïe. Ces affaires, emblématique-

2008, est le suivant : Cour IDH, 30 octobre 2008, Exceptions préliminaires, Fond et réparations, *Bayarri c. Argentine*, Série C n° 187.

¹⁶ Il convient de se reporter au site *web* de la Cour IDH où le lecteur trouvera en ligne un état à jour de l’activité consultative et contentieuse de la Cour interaméricaine : www.corteidh.org. On y apprend notamment que le 14 août 2008, la République argentine présentait une demande d’avis dont la problématique générale concernait les modalités de désignation des juges à la Cour interaméricaine. Dans ce contexte, l’Argentine s’interroge sur deux types de questions. La première concerne les modalités de désignation des juges *ad hoc* en se demandant si il ne faudrait pas restreindre cette possibilité au contentieux interétatique. La seconde concerne la question de savoir si les juges de la nationalité de l’État défendeur ne devraient pas automatiquement se « déporter » (*inhibirse*) dans le cadre des affaires individuelles. Il s’agirait ici de prendre acte de la pratique récente et de l’inscrire *expressis verbis* dans les textes pertinents en la matière. On se permet de renvoyer aux tableaux récapitulatifs du contentieux interaméricain in L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Prologue de S. GARCÍA RAMÍREZ, Bruxelles, Bruylant, 2008, 995 p.

¹⁷ Les affaires russes ou encore turques devant la Cour témoignent de l’évolution d’une partie du contentieux européen. Que dire du « contentieux russo-géorgien » qui s’est soldée par l’intervention des troupes russes en Ossétie et qui a eu des répercussions devant la Cour avec une demande de « mesures provisoires » demandée par la Géorgie contre la Russie?

D’une manière générale, on se reportera aux informations très précises présentées chaque année dans le rapport annuel de la Cour européenne. Le nombre total des arrêts rendus par la Cour pour l’année 2007 s’élève à 1503 dont 1349 arrêts constatant au moins une violation de la Convention. La Russie se situe en 2^{ème} position après la Turquie avec 192 arrêts dont 175 reconnaissant une violation de la Convention. Viennent ensuite l’Ukraine (109-108), la Pologne (111-101), l’Italie (67-58), la Grèce (65-61), la Bulgarie (53-51) et la France en 8^{ème} position avec 48 arrêts rendus à son encontre dont 39 constatant une violation de la Convention... v. Cour EDH, *Rapport annuel 2007*, pp.144-145.

ques d'une époque politique marquée par l'autoritarisme dictatorial, ont incarné l'œuvre jurisprudentielle interaméricaine au point que la première d'entre elles – l'affaire *Velásquez Rodríguez* – est irrémédiablement liée à l'œuvre historique du juge interaméricain¹⁸.

Depuis cette époque pionnière, la physionomie du contentieux interaméricain a sensiblement évolué. Non pas que les affaires de disparitions forcées, d'exécutions extra-judiciaires ou encore de massacres aient disparu du *case law* de la Cour. Les affaires colombiennes démontrent à elles seules que certains pays du continent ont du mal à tourner la page avec leurs vieux démons¹⁹. Ce serait être par trop naïf que de croire que les violations des droits consacrés dans la Convention américaine puissent être éradiquées par la seule arrivée au pouvoir de régimes démocratiques. Surtout, ce serait faire fi trop facilement de la donne temporelle. Il faut souvent beaucoup de *temps* avant qu'une affaire portée devant la Commission par les organisations non gouvernementales (ONG) et/ou les victimes ou leurs proches – parfois longtemps après les faits – finisse par arriver devant le prétoire de la Cour de San José²⁰.

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, on assiste à une montée en puissance d'affaires que l'on pourrait qualifier de « classiques », au sens où elles sont l'apanage de n'importe quelle « société démocratique » (A). Aux côtés de ce mouvement de fond qui démontre que les sociétés latino-américaines sont confrontées à des questionnements « universels », subsiste un contentieux représentatif des problèmes structurels irrémédiablement liés à certaines spécificités du continent latino-américain (B).

¹⁸ C. GROSSMAN, «The *Velásquez Rodríguez Case* : The Development of the Inter-American Human Rights System », *International Law Stories*, Foundation Press, 2007, pp.77-113.

¹⁹ Cour IDH, 8 décembre 1985, Fond, *Caballero Delgado et Santana c. Colombie*, Série C n° 22; Cour IDH, 6 décembre 2001, Fond, *Las Palmeras c. Colombie*, Série C n° 90; Cour IDH, 5 juillet 2004, Fond, *Dix-neuf commerçants c. Colombie*, Série C n° 109; Cour IDH, 15 septembre 2005, Fond et réparations, *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, Série C n° 134; Cour IDH, 1^{er} juillet 2006, Fond et réparations, *Massacres d' Ituango c. Colombie*, Série C n° 148; Cour IDH, 31 janvier 2006, Fond, *Massacre de Pueblo Bello c. Colombie*, Série C n° 140; Cour IDH, 11 mai 2007, Fond et réparations, *Massacre La Rochela c. Colombie*, Série C n° 163).

²⁰ Pour une affaire récente qui témoigne que le temps peut être très long avant que la Cour ne statue sur des faits à l'origine de violations graves, on se reportera à l'affaire *Heliodoro Portugal* (Cour IDH, 12 août 2008, Exceptions préliminaires, Fond et réparations, *Heliodoro Portugal c. Panama*, Série C n° 186). La victime, Mr Heliodoro Portugal, disparut le 14 mai 1970 en pleine dictature militaire. Sa fille ne fut en mesure d'engager une action judiciaire qu'au début des années 90, au moment où la démocratie faisait son apparition dans le pays. La Commission interaméricaine était saisie par une pétition du *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL) ainsi que par la fille de la victime (Patria Portugal), le 2 juin 2001. Après examen de l'affaire, la Commission saisissait à son tour la Cour, le 23 janvier 2007. Le Panama était condamné le 12 août 2008, soit quarante-huit ans après les faits, pour violation de plusieurs dispositions de la Convention américaine comme des Conventions interaméricaines contre les disparitions forcées et contre la torture, tant à l'encontre de la victime que de ses proches (v. §§4-8 du dispositif, *i.e.* *XII Puntos resolutivos*).

Dans le même sens, on se reportera également aux affaires historiques *La Cantuta*, *Boigurú* ou encore *Almonacid Arellano*, des affaires traitées toutes en 2006, qui ont porté au grand jour les crimes perpétrés par les dictatures du « Cône Sud » dans les années 70.

A. La montée en puissance des affaires « classiques »

La diversification du contentieux interaméricain est une donnée avérée depuis plusieurs années maintenant. Le droit à la nationalité²¹, le droit de propriété²² ou encore les droits politiques²³ sont autant de thèmes qui ont fait leur apparition dans l'univers judiciaire interaméricain. Confronté à cet éclectisme jurisprudentiel – qui incarne la ‘banalisation démocratique’ des affaires – il a fallu faire un choix analytique. On a considéré que la liberté d’expression d’un côté et le droit au juge de l’autre sont des droits et libertés qui permettent de mesurer l’état de santé démocratique de n’importe quelle société. Ils seront donc au cœur des développements qui suivent.

S’agissant de la liberté d’expression, est-il ici nécessaire de rappeler à quel point elle est un curseur significatif de l’état des libertés au sein d’un État ? Si elle commence à être bridée, corsetée, conditionnée, bafouée par le pouvoir exécutif ; si les organes judiciaires l’interprètent de façon restrictive, n’importe quel observateur comprend, qu’au-delà, c’est la démocratie qui est en danger. Le système interaméricain dans son ensemble y attache d’ailleurs en toute logique une importance majeure. La création en 1997, par la Commission interaméricaine, de la *Relatoría para la libertad de expresión* en témoigne amplement. Les travaux de l’Institut interaméricain des droits de l’homme vont dans le même sens²⁴. En ce qui concerne le droit au juge – dont une des facettes est constituée par le droit d’accès au juge – on sait à quel point il conditionne la mise en œuvre de tous les autres droits au point d’être le « socle » du système de garantie²⁵. Son effectivité est donc vitale pour toute société qui entend permettre à tout justiciable d’être en mesure, de façon concrète et effective, de défendre ses droits subjectifs. De ce rôle existentiel, d’aucuns estiment même qu’il a revêtu une envergure de droit matériel. L’ensemble de ces éléments expliquent que ces deux droits se retrouvent au cœur de ce que nous avons appelé la ‘banalisation démocratique’ du contentieux interaméricain.

²¹ Cour IDH, 8 septembre 2005, Fond et réparations, *Les filles Yean et Bosico c. République dominicaine*, Série C n° 130.

²² Dans l’affaire historique de la *Communauté Mayagna*, la Cour estime que l’article 21 de la Convention protège, en plus de la propriété « privée », la propriété dite « communautaire » afin de prendre en considération le particularisme des cultures indiennes (Cour IDH, 31 août 2001, Fond et réparations, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, Série C n° 79). Dans l’affaire *Salvador Chiriboga*, la Cour a posé pour la première fois les critères pertinents pour évaluer la « conventionalité » d’une expropriation (Cour IDH, 6 mai 2008, Exceptions préliminaires et Fond, *Salvador Chiriboga c. Equateur*, Série C n° 179).

²³ Cour IDH, 23 juin 2005, Fond et réparations, *Yatama c. Nicaragua*, Série C n° 127 ; Cour IDH, 6 août 2008, Exceptions préliminaires, Fond et réparations, *Catañeda Gutman c. Mexique*, Série C n° 184.

²⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Libertad de Expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la libertad de expresión*, 2003, 303 p.

²⁵ C. MEDINA QUIROGA, *La Convención americana : teoría y jurisprudencia. Vida. Integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, p. 267.

1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La liberté d'expression a longtemps été exclusivement reliée à la fonction consultative de la Cour interaméricaine. C'est en effet dans son avis n°5 sur *L'affiliation obligatoire des journalistes*²⁶ qu'elle y présentait les « deux dimensions » de l'article 13 de la Convention : les dimensions individuelle et collective. La première « ne s'épuise pas dans la reconnaissance théorique du droit de parler ou d'écrire et comprend en outre, de façon indissociable, le droit d'utiliser n'importe quel moyen approprié pour diffuser les idées et les faire parvenir au plus grand nombre de destinataires »²⁷. Quant à la dimension sociale du droit, c'est « un moyen pour l'échange des idées et des informations et pour la communication massive entre les êtres humains. Elle comprend tant le droit de chacun de tenter de transmettre aux autres ses propres points de vue que le droit de tous de connaître les opinions et informations. Pour le citoyen de base, il est tout aussi important de connaître les opinions différentes ou l'information dont disposent les autres, que d'avoir le droit de diffuser la sienne »²⁸. La Cour réitéra de telles assertions dans le cadre de sa fonction contentieuse. Elle confirma l'importance des deux dimensions du droit en martelant régulièrement leur « interdépendance »²⁹ et, ce faisant, la nécessité de les garantir « simultanément »³⁰. De nombreuses affaires ont mis en évidence le caractère crucial, pour toute société démocratique, d'être en mesure de diffuser idées et informations. On peut même affirmer que cet axe analytique a incarné une « première génération » du contentieux de la Cour où elle s'est évertuée à mettre en évidence non seulement l'étendue du droit de s'exprimer pour tout individu quel que soit son statut – détenu³¹ ou fonctionnaire³² *ad exemplum* – mais aussi l'étendue du droit pour les médias de diffuser tout type d'informations afin

²⁶ Cour IDH, 13 novembre 1985, *L'affiliation obligatoire des journalistes*, Série A n° 5/85, §30.

²⁷ Cour IDH, 13 novembre 1985, *L'affiliation obligatoire des journalistes*, Série A n° 5/85, §31.

²⁸ *Ibid.*, §32.

²⁹ Cour IDH, 22 novembre 2005, Fond et réparations, *Palamara Iribarne c. Chili*, Série C n° 135, §69.

³⁰ Cour IDH, 19 septembre 2006, Fond et réparations, *Claude Reyes et autres c. Chili*, Série C n° 251, §77.

³¹ Cour IDH, 1^{er} février 2006, Fond et réparations, *López Alvarez c. Honduras*, Série C n° 141. Chaque personne a le « droit de parler », notamment les détenus, ce qui implique « nécessairement le droit des personnes d'utiliser la langue de leur choix dans l'expression de leur pensée » (§164). Il s'agissait d'un détenu à qui le directeur de la prison avait interdit de s'exprimer dans sa langue maternelle, le *garífuna*.

³² Cour IDH, 22 novembre 2005, Fond et réparations, *Palamara Iribarne c. Chili*, Série C n° 135. La victime était un retraité de l'armée chilienne où il avait exercé des fonctions en tant qu'ingénieur naval. Il avait écrit un livre intitulé « Ethique et Services d'intelligence » qui fut confisqué à l'instar de tous les supports informatiques qui avaient aidé à sa réalisation. A cette occasion, la Cour mit en exergue le particularisme du statut des agents de l'Etat: « *El Tribunal entiende que puede ocurrir que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información relativa a la institución o a las funciones que ésta realiza cuando se hubiere hecho pública. Sin embargo, en ciertos casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede generar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias* » (§77).

d'alimenter, de façon objective, les débats de société. Ici, le rôle joué par la presse est bien évidemment crucial pour la bonne santé démocratique des sociétés. La Cour s'est fait un point d'honneur à valorisé l'œuvre des journalistes³³ comme à rappeler l'impérieuse exigence d'indépendance qui doit guider leurs investigations³⁴.

Si pendant longtemps c'est la question de la *diffusion* (sous toutes ses formes et par tout type de personnes) qui fut au cœur de la jurisprudence interaméricaine, la question de l'*accès* à l'information fit une irruption remarquée dans le corpus jurisprudentiel. L'affaire *Claude Reyes*³⁵ est symptomatique d'un tournant voire d'une deuxième phase dans le contentieux car elle donna l'occasion au juge interaméricain d'exploiter la richesse de l'article 13§1 qui, à l'inverse de l'article 10§1 de la Convention européenne, mentionne le droit de toute personne de « *buscar* » des informations de « *todo índole* ». Partant, les Amériques ont consacré – bien avant que l'Europe ne commence à aborder la question³⁶ – le droit pour tout individu de rechercher tout type d'information publique et l'obligation corrélative pour l'Etat de la lui fournir³⁷. Ce dernier élément est important car il revient purement et simplement à imposer une obligation positive à la charge de l'Etat³⁸. La Cour prit le soin de mettre en lumière la dimension sociale de ce droit d'accès: elle octroie aux individus le droit de faire circuler au sein de la société l'information publique obtenue afin qu'elle puisse « *la connaître et la valoriser* ». Ce point est d'autant plus

³³ Cour IDH, 2 juillet 2004, Fond et réparations, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Série C n° 107, §118.

³⁴ Cour IDH, 6 février 2001, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, Série C n° 74, §150.

³⁵ Cour IDH, 19 septembre 2006, Fond et réparations, *Claude Reyes c. Chili*, Série C n° 151. Alors que des entreprises privées en accord avec les autorités chiliennes avaient mis en place un vaste projet de déforestation de la partie australe du pays – connu sous le nom de «Projet du Fleuve Cándor» – l'économiste Claude Reyes (ainsi que d'autres pétitionnaires) s'adressa au Comité des Investissements Etrangers (organisme public) afin d'obtenir de plus amples renseignements sur le sujet, inquiet des conséquences commerciales, sociales et environnementales d'une telle entreprise. Bien que certaines informations lui aient été communiquées, nombre de demandes de renseignements précis reçurent toutefois une fin de non-recevoir, sans qu'aucune justification ait été fournie à cette rétention d'information. Les diverses procédures judiciaires nationales engagées par le pétitionnaire ayant toutes échouées, c'est dans ce contexte que le 17 décembre 1998 un groupe composé de plusieurs institutions issues de la société civile – notamment la Fondation *Terram* dont M. Claude Reyes était dirigeant – décida de saisir la Commission interaméricaine qui, suite à son rapport rendu sur la base de l'article 50 de la Convention (Commission IDH, 7 mars 2005, Rapport n° 31/05), transmettait l'affaire à la Cour le 8 juillet 2005 rejoignant ici la demande formulée en ce sens par les pétitionnaires.

³⁶ Cour EDH, DR, 10 juillet 2006, *Sdruzeni Jihoceské Matky c. République tchèque*, req. n°19101/03. On se reportera au commentaire de W. HINS, D. VOORHOOF, « Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights », *European Constitutional Law Review*, n°3, 2007, pp.114-126.

³⁷ Cour IDH, 19 septembre 2006, Fond et réparations, *Claude Reyes c. Chili*, Série C n° 151, § 77.

³⁸ La Cour (*Ibid.*, §77) prend soin d'affirmer qu'il peut très logiquement exister des domaines où l'Etat est en mesure, dans le respect de la Convention américaine, de restreindre ce droit d'accès. Dans une telle hypothèse, son obligation de réponse à la demande prendra la forme d'une explication circonstanciée (*i.e.* motivée) qui présentera les motifs de son refus.

important qu'il dévoile l'objet de l'accès à l'information publique, à savoir le droit à une meilleure coexistence démocratique (*convivencia democrática*). En effet, en permettant aux individus d'accéder à l'information publique pour la diffuser au maximum au sein de la société, cela permet aux composantes de celles-ci de prendre connaissance, tant des processus de décision politique que des résultats de ceux-ci dans tous les domaines affectant la vie en société (de la santé, en passant par l'éducation mais aussi l'urbanisme, l'environnement, le développement industriel etc...). Au bout du compte, c'est tout simplement l'amélioration de la qualité de vie qui est en jeu³⁹.

Si la jurisprudence interaméricaine en matière de liberté d'expression est aujourd'hui très riche s'agissant des questions de diffusion et d'accès, elle est tout aussi conséquente au regard d'un autre point important qui agite régulièrement les sociétés démocratiques. Il s'agit de la question de savoir comment il convient de sanctionner les éventuels excès de la liberté d'expression. Dit autrement, sur la base de quels critères les limites à la liberté d'expression sont-ils évalués ? A l'instar du système européen, toute restriction doit être prévue par la loi, viser un but légitime et *last but not least*, être « nécessaire » dans une société démocratique⁴⁰. Sur la base de ces principes, la Cour interaméricaine a jusqu'à présent toujours condamné les Etats pour avoir restreint par des moyens trop drastiques – *via le ius puniendi* – la liberté d'expression des pétitionnaires. L'ambition évidente des juges de San José – dans le sillage du travail de la Commission interaméricaine et plus spécifiquement de la *Relatoría para la libertad de Expresión* – est de générer sur le continent un mouvement de dépénalisation des propos considérés comme diffamatoires. L'opinion concordante du juge García Ramírez dans l'affaire *Herrera Ulloa* en témoigne à l'envi. Il rappelle que dans un « contexte politique autoritaire », le premier des recours est de « gouverner le Code pénal à la main », tandis que dans « un 'contexte démocratique', la classification pénale des conduites et l'application des peines constituent l'ultime recours, une fois épuisés tous les autres et une fois prouvé leur inefficacité pour sanctionner les plus graves des atteintes aux biens juridiques les plus importants »⁴¹. Même si le dessein des acteurs du système interaméricain est assurément d'éradiquer la criminalisation à outrance en matière de liberté d'expression, la jurisprudence est quant à elle plus nuancée. En effet, dans l'affaire la plus récente que la Cour ait rendu sur cette question, l'affaire

³⁹ E. VILLANUEVA, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica. Estudio introductorio y compilación*, México, UNAM, IJ, 2003, p. XXIX (Serie Doctrina jurídica, n° 163).

⁴⁰ A cet égard, la jurisprudence de Strasbourg a été, dès l'avis n° 5 (Cour IDH, 13 novembre 1985, *L'affiliation obligatoire des journalistes*, Série A n° 5/85, §§45-46), érigée en un référent incontournable. Cela a permis à la Cour de San José de dégager sans difficulté les critères de la « nécessité » – en s'inspirant des affaires *Sunday Times* ou encore *Barthold* (Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Time c. Royaume-Uni*, Série A n° 30; Cour EDH, 25 mars 1985 *Barthold c. Autriche*, Série A n° 90). Le critère de la « nécessité sociale impérieuse » ou « impérative » – terme plus proche d'une traduction littérale, *imperativa* – faisait son entrée sur la scène judiciaire interaméricaine.

⁴¹ S. GARCIA RAMIREZ, § 16 de l'opinion concordante sous l'affaire *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Série C n° 107.

*Kimel*⁴², elle estime que « toute mesure pénale concernant l'expression d'informations ou d'opinions n'est pas contraire à la Convention »⁴³. Même si la Cour entoure une telle assertion de critères tendant à encadrer le recours à la sanction pénale par les Etats (gravité de la conduite de l'émetteur de l'information, existence d'une intention de nuire et de dommages importants)⁴⁴, elle ne revient pas sur la pertinence de la voie pénale. La Cour renforce son argumentation – ou la légitime ? – en soulignant qu'elle « observe les tendances dans la jurisprudence d'autres tribunaux ». Ces derniers se résument en fait à la seule Cour de Strasbourg qui – dans les affaires *Mamère*, *Castells* et *Cumpana et Mazare*⁴⁵ – n'avait pas taxé la sanction pénale d'inconventionnelle. Toutefois, le référent européen n'empêche pas l'existence de divergences d'appréciation au sein de la juridiction interaméricaine. En témoignent les opinions concordantes des juges Diego García-Sayan et Sergio García Ramírez. Le premier valide l'existence de la répression pénale – qui doit, bien entendu, être utilisée de façon proportionnée pour les délits les plus « graves »⁴⁶ – tandis que le second considère que l'importante panoplie des sanctions civiles serait suffisante pour réprimer efficacement les excès des propos injurieux et diffamatoires⁴⁷.

2. LE DROIT AU JUGE

Sous la dénomination générique de « droit au juge », on fait référence aux dispositions qui, dans le texte américain, permettent aux justiciables de contester tout type d'atteinte à leur droit d'être jugés équitablement et impartialement en dispo-

⁴² L'historien et journaliste Eduardo Kimel a été condamné à un an de prison et 20.000,00 pesos d'amendes (à l'époque de l'équivalence entre le dollar américain et le peso argentin) pour avoir publié un livre sur un des drames les plus emblématiques de la dictature militaire (Le massacre de cinq religieux « palotinos » connu sous le nom du « massacre de San Patricio » (v. E. KIMEL, *La masacre de San Patricio*, Ediciones Lohlé-Lumen, 1995). Cette peine a été jugée « manifestement disproportionnée » par la Cour interaméricaine (§94). Alors que l'auteur portait un regard critique sur la manière dont les juridictions argentines avaient traité l'assassinat des hommes d'Eglise, un magistrat mis en cause dans l'ouvrage utilisa les ressorts des délits de calomnie et d'injure du Code pénal pour défendre son honneur. La Cour interaméricaine, en plus de mettre à l'index un jugement de la Cour Suprême de Justice la Nation qui avait cassé une décision de première instance en considérant pertinente la sanction pénale, enfonça le clou en valorisant l'importance de la « reconstruction de l'enquête judiciaire du massacre (...) en émettant un jugement critique sur l'attitude du Pouvoir Judiciaire pendant la dernière dictature militaire en Argentine. » (§92).

⁴³ Cour IDH, 2 mai 2008, Fond et réparations, *Kimel c. Argentine*, Série C n° 77, §78.

⁴⁴ *Ibid.*, §78: « La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. » (C'est nous qui soulignons).

⁴⁵ Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, §27; Cour EDH, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, §46; Cour EDH, 2004, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*.

⁴⁶ D. GARCIA SAYAN, §§19-26 de l'opinion séparée dans l'affaire *Kimel*.

⁴⁷ S. GARCIA RAMIREZ, §§19-29 de l'opinion séparée dans l'affaire *Kimel*.

sant, notamment, de toutes les voies de recours pertinentes à cet effet. Ces articles sont les très importants articles 8 et 25, respectivement dénommés « garanties judiciaires » et « protection judiciaire ». Ils font en réalité référence à ce que nous appelons, sur le continent européen, le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif (respectivement articles 6§1 et 13 de la Convention européenne). La jurisprudence interaméricaine est d'une richesse inouïe sur ces questions. Il n'existe pas une affaire qui lui soit soumise où les allégations de violations ne mentionnent pas ces deux dispositions, qui sont en général combinées avec la violation des articles 1 (obligation de respecter les droits) et 2 (devoir d'adopter des mesures d'ordre interne). A l'instar du système européen de garantie des droits – où l'article 6§1 est une disposition les plus invoquées – le « droit au juge » apparaît comme consubstantiel aux démocraties au point que l'article 27§2 n'autorise pas de suspension des garanties « indispensables » à la protection des droits. Les principes que la Cour interaméricaine a dégagés dès ses premiers avis⁴⁸ sont d'autant plus importants qu'ils sont ceux qui aident à réformer de fond en comble les systèmes judiciaires nationaux. L'indépendance et l'impartialité pour les juridictions judiciaires ; la publicité, l'effectivité, la célérité pour l'examen des recours et le déroulement des procès sont autant d'éléments structurants pour les jeunes démocraties latino-américaines. Or, pour que les valeurs incarnées par la Convention américaine soient vivaces au sein des Amériques, il faut des organes juridictionnels solides. La jurisprudence interaméricaine participe à établir les axes de cette solidité en dégagant des principes clés. Cet aspect est d'autant plus important quand on garde à l'esprit que le système interaméricain n'a certainement pas vocation à *tout* juger. Sa nature de système subsidiaire⁴⁹ induit qu'il puisse compter avec la collaboration des juges nationaux. Or, ceux-ci doivent agir dans le cadre de structures judiciaires qui garantissent les éléments essentiels d'une bonne justice... L'affaire *Apitz Barbera* est symptomatique de l'importance de ces questions dans des Etats où l'équilibre démocratique reste fragile et où l'indépendance et l'impartialité judiciaires peuvent, très vite, être les premières victimes d'une présidentialisation du régime⁵⁰.

⁴⁸ Cour IDH, 30 janvier 1987, *L'habeas corpus en période de suspension des garanties*, Série A n° 8 et Cour IDH, 6 octobre 1987, *Les garanties judiciaires en période d'état d'urgence*, Série A n° 9.

⁴⁹ Sur le principe de subsidiarité en général, v. P. G. CAROZZA, «Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, pp.78-79.

⁵⁰ Cour IDH, 5 août 2008, Exceptions préliminaires, fond et réparations, *Apitz Barbera et autres c. Venezuela*, Série C n° 182. Cette affaire trouve son origine dans la destitution de trois membres de la « Corte Primera de la Contencioso-Administrativo », pour avoir commis une erreur de droit en accordant un *amparo cautelar* qui eut pour effet de suspendre les effets d'un acte administratif. Le Venezuela fut condamné pour la violation de certaines garanties prévues par l'article 8§1. Le défaut d'*impartialité* de l'organe qui procéda à la destitution des magistrats fut mis à l'index. Il revenait à la Cour de se demander si le fait de ne pas pouvoir révoquer les juges de l'instance disciplinaire était contraire à l'exigence d'impartialité mentionnée à l'article 8§1 (§62). La Cour, après avoir estimé que « la récusation est un instrument procédural destiné à protéger le droit d'être jugé par un organe impartial » (§64), a poursuivi en affirmant que « s'il n'y a pas de preuve qui démontre que l'Etat ait méconnu le droit des victimes à être jugées par un tribunal impartial, il est cependant avéré que la législation de l'Etat comme la jurisprudence les empêchèrent de demander une vérification de l'im-

On ne va pas ici dans les quelques lignes qui vont suivre retracer les axes majeurs de la jurisprudence interaméricaine sur la question. La tâche est trop importante et a déjà été entreprise dans moult études spécialisées. Ce que nous voudrions mettre en évidence est la *disputatio* qui étreint certains membres de la Cour sur le jeu des articles 7 (liberté personnelle), 8 et 25. La question n'est pas uniquement doctrinale. Il y va de l'intelligibilité des critères dégagés par la Cour afin qu'ils puissent être, ultérieurement, correctement appliqués par les juges nationaux, premiers destinataires de l'interprétation conventionnelle.

La *disputatio*, tantôt larvée, tantôt ouverte, concerne l'approche « fusionnelle » des articles 8 et 25 de la Convention américaine. Le juge A. Cançado Trindade a été celui qui, sans relâche, a plaidé en faveur d'une telle osmose. Il se plaît à la nommer une « herméneutique intégratrice » qui entend effacer toute différence entre les deux dispositions. Il rappelle d'ailleurs lui-même régulièrement à l'envi sa vision⁵¹. Minoritaire en 1997⁵², il réussit à imposer ses vues au sein de la Cour à partir de l'affaire *Castillo Páez*⁵³. A partir de cette date, excepté quelques arrêts épars⁵⁴, il est rare de trouver des affaires où la Cour statue séparément sur ces deux dispositions. A. A. Cançado Trindade conçoit le droit au recours effectif comme étant « l'expression du droit d'accès à la justice entendu *lato sensu*, c'est-à-dire comme le droit à la prestation juridictionnelle qui intègre par voie de conséquence de manière inéluctable les garanties du procès équitable »⁵⁵. Cette vision fusionnelle a pour conséquence, pour l'auteur brésilien, la nécessaire élévation du « droit au Droit » au rang des normes de *jus cogens*⁵⁶. Cette vision doctrinale a pris l'allure

partialité de l'organe de jugement. » (§66). S'agissant de l'*indépendance* du pouvoir judiciaire, la Cour considéra *in casu* (sur la base des éléments de preuve dont elle disposait), qu'on ne pouvait pas considérer que l'ensemble de l'appareil judiciaire vénézuélien souffrait d'un manque d'indépendance (§108). Toutefois, la Cour estima – à nouveau *in casu* – que les trois victimes ne purent bénéficier d'un jugement établi par un organe suffisamment indépendant (§§147-148). Sur la problématique de l'indépendance de la justice, voir l'analyse très fouillée de Carlos AYALA CORAO, « La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 131, 2008, 41 p.

⁵¹ Il suffit de se référer à titre d'exemple à son opinion concordante sous l'arrêt *Massacre de Pueblo Bello* pour découvrir un recensement circonstancié de sa démarche (Cour IDH, 31 janvier 2006, Fond et réparations, *Massacre de Pueblo Bello c. Colombie*, Série C n° 140). On saisit l'occasion ici pour mettre en exergue la fonction spécifique des opinions séparées dans le système interaméricain qui pose immanquablement la question de leur véritable nature. Elles permettent parfois, en fonction de la personnalité de chaque juge, de connaître par le menu détail les méandres des évolutions jurisprudentielles dans le cadre d'un raccourci didactique, tantôt mi-judiciaire tantôt mi-doctrinal... en faisant état très clairement, parfois de façon vigoureuse, d'un désaccord qui n'est pas forcément encore visible à la lecture des arrêts, ce qui pour le coup est à notre sens assez malvenu. En effet, si le chercheur est assurément orienté dans sa démarche scientifique, cela peut toutefois porter atteinte à l'autorité des arrêts, débat récurrent s'il en est dès qu'il est question d'opinions séparées...

⁵² Cour IDH, 13 septembre 1997, Demande de révision, *Genie Lacayo c. Nicaragua*, Série C n° 30),

⁵³ Cour IDH, 3 novembre 1997, Fond, *Castillo Páez c. Pérou*, Série C n° 34.

⁵⁴ *Ad. ex.* Cour IDH, 6 février 2001, Fond, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, Série C n° 74, §§132-142.

⁵⁵ §28 de son opinion concordante sous l'arrêt *Massacre Pueblo de Bello*.

⁵⁶ *Ibid.*, §§63-65.

d'un *dictum* devenu classique au sein de la jurisprudence. Lisons plutôt. «Selon la Cour, les Etats parties ont l'obligation, conformément à la Convention américaine, de fournir aux victimes des violations des droits de l'homme des recours judiciaires effectifs (article 25) qui doivent respecter les règles du procès équitable (article 8§1), l'ensemble s'insérant dans le cadre de l'obligation générale imposée à la charge des Etats de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention à toute personne qui se trouve sous sa juridiction (article 1§1)»⁵⁷.

Cette analyse symbiotique entre le droit à un procès équitable (article 8) et le droit à un recours effectif (article 25) a été contrecarrée et critiquée par des juges restés longtemps minoritaires : ainsi du juge Mexicain (Sergio García Ramírez) et Chilien (Cecilia Medina Quiroga). Récemment, le juge *ad hoc* colombien Diego Rodriguez Pinzón – dans l'affaire *Salvador Chiriboga*⁵⁸ – est venu croître les rangs de ceux qui défendent une approche techniquement plus pointue. Afin d'illustrer un des aspects de la controverse, on se référera à la question des délais des articles 8§1 et 25§1. Sont-ils les mêmes ? D'un côté, la disposition relative au droit à un procès équitable (8§1) rappelle logiquement, à l'unisson des autres instruments internationaux, qu'il doit se dérouler dans «un délai raisonnable», tandis que de l'autre, celui concernant le droit à un recours effectif (25§1) impose que ledit recours soit «rapide». Or, pour Cecilia Medina Quiroga – qui eut l'occasion de l'écrire comme professeur avant de le défendre comme juge – il ne s'agit absolument pas des mêmes délais. Ce faisant, ils ne peuvent pas être analysés de façon conjuguée. La «rapidité» du recours de l'article 25§1 – qui caractérise l'*amparo* latino-américain conçu de façon générique comme une procédure d'urgence de protection des droits fondamentaux – s'analyse en termes de «jours», tandis que le «délai raisonnable» du procès mentionné à l'article 8§1 peut évidemment pour sa part s'apprécier en termes d'années⁵⁹. Dans ce contexte, elle postule la dissociation de ces deux bases juridiques et la mise au point de critères spécifiques adaptés à chaque cas de figure. Si Cecilia Medina Quiroga relève que sur la base du référent européen, le délai raisonnable a été apprécié à l'aune de trois critères (complexité de l'affaire, attitude du pétitionnaire et attitude des autorités étatiques), elle estime que la Cour devrait en forger d'autres, expressément adaptés au recours visés à l'article 25§1. La jurisprudence récente⁶⁰ démontre qu'une évolution est en train de

⁵⁷ Voir, parmi une jurisprudence foisonnante, (Cour IDH, 26 juin 1986, Exceptions préliminaires, *Velasquez Rodríguez c. Honduras*, Série C n° 1, §90; Cour IDH, 11 mai 2007, Fond et réparations, *Massacre de La Rochela c. Colombie*, Série C n° 163, §145). La formule de la Cour se fait parfois plus explicite et spécifique en fonction des particularités des espèces : «Afin que le droit à un recours effectif soit préservé sur la base de l'article 25, il est indispensable que ledit recours soit mis en œuvre conformément aux règles du procès équitable telles que prévues à l'article 8 qui inclut l'accès à l'assistance judiciaire» (Cour IDH, 21 juin 2002, Fond et réparations, *Hilaire, Constantine, Benjamin et a. c. Trinité et Tobago*, Série C n° 94, §148).

⁵⁸ Cour IDH, 6 mai 2008, Exceptions préliminaires et fond, *Salvador Chiriboga c. Equateur*, Série C n° 179.

⁵⁹ Voir notamment son opinion séparée partiellement dissidente sous l'affaire Cour IDH, 5 juillet 2004, Fond et réparations, *Dix-neuf commerçants c. Colombie*, Série C n° 109.

⁶⁰ Voir l'opinion concordante de S. GARCIA RAMIREZ à laquelle s'est ralliée le juge C. MEDINA QUIROGA sous l'arrêt Cour IDH, 4 juillet 2007, Fond et réparations, *Escué Zapata c. Colombie*,

se dessiner afin de délimiter plus précisément les contours conceptuels et pratiques de ces deux articles, ce qui ne manque pas d'intérêt analytique et pratique. En effet, il n'est pas question ici uniquement de simples querelles conceptuelles. Ce qui est en jeu, c'est la correcte réception par les juges nationaux des critères dégagés par la Cour. Or, plus ils sont lisibles et techniquement précis, plus le juge national sera en mesure de les mettre correctement en œuvre...

Ces affaires – qui ont donné l'occasion à la Cour de forger une jurisprudence riche et particulièrement subtile – sont la preuve éclatante que les sociétés latino-américaines se trouvent confrontées à des questionnements classiques, propres à chaque société démocratique. Il ne faudrait pas toutefois en déduire que le continent en a fini avec les problèmes structurels qui le traversent du Nord au Sud en passant par les îles de la sphère caribéenne. La réalité des Amériques est complexe, encore et toujours en proie à des problèmes endémiques, particulièrement caractéristiques des sociétés latino-américaines.

B. La persistance des affaires « latino-américaines »

Ces affaires « spécifiques », reliées aux caractéristiques des sociétés latino-américaines, concernent ce que nous pourrions appeler, de façon générique, les « vulnérables ». On connaît la formule de Frantz Fanon tout à la fois splendide et désespérée relative aux « *Damnés de la terre* »⁶¹. Il mentionnait les Africains qui n'ont pas été épargnés par les affres de l'Histoire : de l'esclavage à la colonisation⁶². L'Amérique, à l'instar de l'Afrique, connaît aussi ses *Damnés de la terre* : des vulnérables parmi les plus vulnérables qui souffrent d'ostracisme et de discrimination. Il s'agit tout à la fois de « groupes » spécifiques mais aussi de personnes, plus spécifiquement les femmes et les enfants.

1. LA PROTECTION DES GROUPES « VULNÉRABLES »

Les « communautés indiennes » sont nombreuses et variées sur le continent américain, tandis qu'elles représentent, à l'échelle mondiale, près de 370 millions de personnes. Pourtant, leur existence, pour ne pas dire leur survie, relève du miracle si on considère l'histoire de la *Conquista*. Habitants originaires de *Las Indias*, ils subirent les affres de la colonisation espagnole et portugaise – massacres, évangélisation forcée, déracinement, extorsion de terres, acculturation etc... – relatés par Fray Bartolomé de Las Casas dans sa célèbre *Brevísima Relación de la Des-*

Série C n° 165.

⁶¹ F. FANON, *Les Damnés de la terre*, Paris, La Découverte, 2003 (rééd.), Poches / Essais n° 134.

⁶² Cet ouvrage, publié en 1961 et préfacé par Jean-Paul Sartre, à une époque où la violence coloniale se déchaîne avec la guerre d'Algérie, fut l'objet de saisies confiscatoires à de nombreuses reprises et connut un destin exceptionnel. Il a servi – et sert encore aujourd'hui – d'inspiration et de référence à des générations de militants anticolonialistes. Son analyse du traumatisme du colonisé dans le cadre du système colonial et son projet utopique d'un Tiers-monde révolutionnaire porteur d'un « homme neuf » restent un grand classique du tiers-mondisme.

trucción de las Indias. L'apparition des Etats nations fut loin d'améliorer leur sort. Différents, reliés à leurs terres de façon singulière, ils firent l'objet de constantes discriminations, spoliations, déplacements forcés par ceux-là même qui auraient dû assurer leur protection : les Etats. Cette situation d'ostracisme politique, culturel, social et juridique a cependant fini par s'amoindrir. Sur la base d'un mouvement convergent, c'est tout à la fois le droit international, mais aussi les droits internes qui aujourd'hui prennent en compte le «fait différentiel indigène»⁶³. A l'échelle nationale, le particularisme indigène a fini par être «constitutionnalisé» alors que la tradition constitutionnelle dans l'Hémisphère Sud a été plutôt statocentrée, axée sur le principe – très longtemps érigé en dogme – de l'«unité nationale», hermétique à tout type de différenciation. Nombre de réformes constitutionnelles initiées dans le courant des années 1980 et au-delà ont ainsi pris en considération la spécificité culturelle et linguistique des peuples indigènes existant sur le territoire des Etats concernés, tandis que certaines d'entre elles allaient jusqu'à leur reconnaître des droits spécifiques⁶⁴.

Le « fait indigène » a fait irruption dans le contentieux interaméricain le 31 août 2001 quand la Cour statuait dans l'affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*⁶⁵. Il s'agit d'un cas historique car inédit dans l'univers judiciaire international. Il porte au grand jour la difficulté qu'il y a d'accorder les faits au droit, de rendre réelle et concrète une protection pourtant consacrée à l'échelle constitutionnelle et mise en œuvre par le législateur national nicaraguayen⁶⁶. Cette affaire n'est pas la

⁶³ A l'échelle internationale, la Convention n° 169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux, adoptée le 27 juin 1989 et entrée en vigueur le 5 septembre 1991, a longtemps constitué le texte phare en la matière S. TORRECUADADRA, *Los pueblos indígenas en derecho internacional*, Madrid, Dykinson, 2003, 192 p

⁶⁴ G. GUERRA GONZALEZ, *Derechos de los Pueblos Indígenas. Legislación en América Latina*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999. Voir également le Numéro spécial de la *Revista Interamericana de derechos humanos* sur le droit indigène, n° 41, enero-junio 2005 ; R. STAVENHAGEN ET ALII, *Derecho indígena y derechos humanos*, IIDH-Colegio de México, 1988, 383 p.; F. MACKAY, *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Copenhague, 2002, IWGIA.

⁶⁵ Cour IDH, 31 août 2001, Fond et réparations, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Série C n° 79.

⁶⁶ L'article 5 de la Constitution politique nicaraguayenne de 1995 affirme que «L'Etat reconnaît l'existence des peuples indigènes qui jouissent des droits, devoirs et garanties inscrits dans la Constitution. Il reconnaît plus spécialement ceux concernant le maintien et le développement de leur identité et de leur culture, la possession de leurs propres formes d'organisation sociale et d'administration de leurs affaires locales ainsi que l'existence, la jouissance et l'utilisation des formes communautaires de la propriété de leurs terres, en conformité avec la loi. Pour les Communautés de la Côte Atlantique, il est établi le régime d'autonomie prévu par la Constitution». Les articles 89 et 180 quant à eux prennent en considération la spécificité des «Communautés de la Côte Atlantique» en matière culturelle, linguistique et religieuse, s'agissant de leur droit de propriété, de leur forme d'organisation sociale, de leurs modalités de représentation politique et impose à l'Etat l'obligation d'en assurer l'effectivité. Or, malgré la mise en œuvre normative de ces prescriptions (adoptions de lois en 1986 et 1987 ainsi que d'un décret en 1996), ces droits inscrits dans le marbre de la Constitution restèrent lettre morte. En l'espèce, le contentieux avec l'Etat vit le jour quand celui-ci accorda une concession à une compagnie forestière (la SOLCARSA) dont le rayon d'action se situait sur les terres ancestrales du peuple Mayagna, composé approximativement de cent quarante-deux familles constituant environ six cent-

plus dramatique. Nombreuses sont les situations où en réalité les Etats n'ont même pas reconnu les limites des territoires historiques indigènes⁶⁷, n'entendent pas procéder à leur délimitation et, pour de multiples raisons (économiques et/ou militaires), procèdent au déplacement forcé des peuples indigènes qui, loin de leur habitat traditionnel, dépérissent et finissent par mourir. Que dire alors des cas de figure où les communautés sont, de façon encore plus radicale, les cibles de massacres collectifs⁶⁸ qui s'inscrivent pour certains dans le cadre d'une politique génocidaire, à l'instar du massacre de membres du peuple *Maya* au Guatemala pendant les heures les plus sombres du conflit armé interne qui défigura le pays⁶⁹.

Dans un continent où la «question indienne» est majeure – allant jusqu'à provoquer d'importants bouleversements d'ordre politique comme dans la Bolivie d'Evo Morales – la Cour interaméricaine fait encore figure de pionnière. N'ayant pas attendu l'adoption de la Déclaration universelle sur les droits des peuples indiens⁷⁰ pour agir, elle est aujourd'hui la seule juridiction internationale à reconnaître l'existence de *droits* pour les membres des peuples indigènes *en tant que tels*. Ce faisant elle construit patiemment un véritable *corpus juris* indigène et réussit – ce qui a pu longtemps apparaître comme une gageure – à conjuguer l'universalité

trente personnes et vivant dans la «Région Autonome de l'Atlantique Nord» (RAAN) du Nicaragua. Le litige était donc afférent à un problème de démarcation territoriale et fut porté devant la Commission IDH par le leader de la Communauté grâce aux efforts conjugués de l'ONG nord-américaine Indian Law Resource Center et de différents intervenants universitaires regroupés autour d'un programme d'assistance judiciaire mis en œuvre par l'Université d'Arizona et piloté par le spécialiste nord-américain des peuples indigènes : James Anaya. Après avoir rejeté l'exception préliminaire du gouvernement relative au défaut d'épuisement des voies de recours internes (Cour IDH, 1^{er} février 2000, Exceptions préliminaires, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Série C n° 66), la Cour condamnait à l'unanimité le Nicaragua pour violation de l'article 21 (droit de propriété) et 8 et 25 (Garanties judiciaires et Protection judiciaire). Voir l'analyse de S.J. ANAYA, C. GROSSMAN, «The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, n° 1, 2002, pp. 1-15;

⁶⁷ Cour IDH, 17 juin 2005, Fond et réparations, *Communauté Yakye Axe c. Paraguay*, Série C n° 125.

⁶⁸ Cour IDH, 15 juin 2005, Fond et réparations, *Communauté Moiwana c Suriname*, Série C n° 124.

⁶⁹ Cour IDH, 29 avril 2004, Fond, *Massacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, Série C n° 105.

⁷⁰ Le projet de Déclaration universelle sur les droits des peuples indigènes a été adopté lors de la première réunion du Conseil des droits de l'homme le 29 juin 2006 après plus de deux décennies de travaux. Le Texte fut présenté par le rapporteur péruvien Luis Chávez. Il recueillit 30 votes en sa faveur (la quasi-totalité des Etats latino-américains et asiatiques), 12 abstentions (la majeure partie des Etats africains ainsi que l'Argentine) et 2 contre (Canada et Fédération de Russie). Il fallut encore attendre un an pour que l'Assemblée générale franchisse le stade de l'approbation solennelle, le 13 septembre 2007 (UN Doc A/61/L67, UN Doc A61/L.67/Add. 12 et 13 septembre 2007. Sur les évolutions ayant participé à l'adoption de la Déclaration, v. M. MENDEZ DÍAZ, D.M. CASTRO, «Introducción al proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas», *Revista de Antropología Iberoamericana*, 2006, pp. 331-36. S. TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO, «La consideración internacional de las poblaciones indígenas en los últimos años. Evolución y asignaturas pendientes», *Themis* (Pérou), 2006, pp. 269-285; «La situación jurídica internacional de los pueblos indígenas en los últimos años», *Curso de derechos humanos de Donostia/San Sebastián*, 2003-2004, Vol. V, pp. 335-367.

avec la diversité. Le particularisme culturel est pris en considération par la Cour comme s'il fallait démontrer que le droit pouvait se conjuguer avec la culture ; comme s'il fallait clamer que l'universalité des droits pouvait parfaitement se marier avec la spécificité culturelle. En un mot, le juge interaméricain démontre ce que le grand juriste humaniste René-Jean Dupuy écrivait sur l'universalisme alors qu'il présentait la Déclaration universelle des droits de l'homme : «Il n'est pas question en réalité d'un homme unique, mais de tous les hommes différents et égaux à la fois»⁷¹. La position de la Cour qui affronte les cultures et qui ne les ignore point est une position de principe dont les conséquences sont loin d'être négligeables au moment de déterminer le montant des réparations⁷². Elle permet de démontrer que l'universalité n'est certainement pas l'éradication de la différence, mais bien au contraire l'acceptation et la promotion de celle-ci. Quelque soit le droit en cause, la Cour de San José n'a cessé de mettre en avant l'importance – pour les Etats comme pour elle-même dans le cadre de son office – de prendre en considération la spécificité culturelle des peuples indigènes. Cette démarche passe par le vecteur de la protection : «En ce qui concerne les peuples indigènes, il est indispensable que les Etats octroient une protection effective qui prenne en compte leurs particularités, leurs caractéristiques économique et sociale ainsi que *leur situation de spéciale vulnérabilité*, leur droit coutumier, leurs valeurs, us et coutumes»⁷³. La Cour a ainsi imposé aux Etats la prise en compte du particularisme culturel indien en matière politique, plus spécifiquement électorale⁷⁴ ainsi qu'en matière de propriété⁷⁵. Sur ce dernier point, en plus d'interpréter l'article 21 de la

⁷¹ R.-J. DUPUY, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Unesco, 1986.

⁷² L'emblématique affaire *Aloeboetoe* a été la première à le démontrer en prenant en compte la coutume du peuple *Saramaca* pour déterminer, au stade des réparations, l'identité des héritiers (Cour IDH, 10 septembre 1993, Réparations, *Aloeboetoe et autres c. Suriname*, Série C n° 15, §§62-66). C'est un élément qui est, depuis, systématiquement, rappelé quel que soit le droit en cause (Cour IDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, *Communauté Sawhoyamaya c. Paraguay*, Série C n° 146, §221.) On mentionnera ici plus particulièrement l'affaire du *Massacre Plan de Sánchez* où la Cour, après avoir présenté les fondamentaux de la culture Maya Achí, avance les différents éléments afin de déterminer le montant des réparations pour dommage immatériel. Parmi eux, il convient de relever l'importance des rites funéraires dans la culture Maya et l'impossibilité de procéder aux rites et cérémonies traditionnels pendant un très long laps de temps, ce qui affecte la transmission des codes culturels. Et de rappeler que la mort des femmes et des anciens, qui sont les relais oraux de la culture *Maya achí*, a provoqué un «vide culturel» (Cour IDH, 19 novembre 2004, Réparations, *Massacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, Série C n° 116, § 87 a. et b.).

⁷³ Cour IDH, 17 juin 2005, Fond et réparations, *Communauté Yakye Axa c. Paraguay*, Série C n° 125, §63 (C'est nous qui soulignons).

⁷⁴ Cour IDH, 23 juin 2005, Fond et réparations, *Yatama c. Nicaragua*, Série C n° 127, v. L. GONZÁLEZ VOLIO, «Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana : el caso *Yatama c. Nicaragua*», *Revista IIDH*, 2005, n° 41, pp. 317-346; L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp.532-564.

⁷⁵ Cour IDH, 31 août 2001, Fond et réparations, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Série C n° 79. L'*Arizona Journal of International Law* a consacré un numéro spécial à l'affaire historique *Awás Tigni*, 2002, Vol. 19. Voir également parmi les nombreux commentaires, v. L.C. SOTO, «Los derechos de los pueblos indígenas, el Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) awas tingni ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Os rumos do direito internacional dos direitos hu-*

Convention américaine comme incluant le droit à la « propriété communautaire », elle n'a pas hésité à prendre acte des croyances indiennes en relevant « la signification spéciale de la propriété communautaire des terres ancestrales pour les peuples indigènes, y compris afin qu'ils préservent leur identité culturelle et puissent la transmettre aux *générations futures*⁷⁶ ». Aux cotés de cette nécessaire appréhension de la différence, la Cour a également bâti une jurisprudence basée sur la non-discrimination. Encore plus que le juge de Strasbourg – qui découvre à peine les vertus de la protection des groupes « vulnérables »⁷⁷ – le juge interaméricain a utilisé la théorie des obligations positives pour exhorter les États à mettre en œuvre des réglementations qui favorisent l'égalité matérielle et non formelle. La question indienne est sans conteste celle qui a le mieux et le plus servi la Cour de San José pour valoriser le système des discriminations positives qu'elle impose tant dans le champ collectif qu'individuel⁷⁸.

La vulnérabilité n'affecte pas uniquement les peuples indiens comme tel. Aux côtés de ces groupes, dont la spécificité culturelle saute aux yeux, se trouvent également des personnes qui, parce qu'elles sont femmes ou enfants⁷⁹, pâtissent de nombreuses violations dans un continent encore au proie à de multiples manifestations de violence, souvent structurelles.

2. LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

L'irruption du *droit des femmes* est très récente dans le contentieux interaméricain et s'est effectuée dans des conditions très particulières qui tiennent aux contours de la compétence matérielle de la Cour⁸⁰. Si aucune disposition spécifique de la Convention américaine des droits de l'homme n'est consacrée aux femmes, cela ne veut pas dire que le système interaméricain dans sa globalité ignore la question. C'est en effet la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes – qui a été signée le 9 juin 1994 à Belém do Pará – qui est l'instrument interaméricain de référence en la matière. Il s'agit de l'instrument régional qui a recueilli le plus grand succès auprès des États membres de l'Organisation des États Américains puisque de ses trente-cinq membres, trente-deux l'ont ratifié⁸¹. Ce texte prévoit explicitement la compétence con-

manos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade, Porte Alegre, Fabris, 2005, Vol. 5, pp. 551-575.

⁷⁶ *Ibid.*, § 124.

⁷⁷ Cour EDH, Gde Ch., 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*.

⁷⁸ Cour IDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, *Comunidad Sawohoyamaya c. Paraguay*, Série C n° 146, § 155; Cour IDH, 1^{er} février 2006, Fond et réparations, *López Álvarez c. Honduras*, Série C n° 141, § 171.

⁷⁹ Les stigmates de la discrimination sont encore plus aigus quand ces personnes font partie intégrante des communautés indiennes...

⁸⁰ Sur cette question technique, on se permet de renvoyer à L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *op. cit.*, pp. 59-87.

⁸¹ A la date du 30 octobre 2008, la Convention du 9 juin 1994, entrée en vigueur le 5 mars 1995, est ratifiée par trente-deux des trente-cinq États membres de l'OEA : Antigua, Argentine, Bahamas, Barbades, Belize, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, Equateur, El Salvador,

sultative de la Cour de San José pour interpréter ses dispositions conformément au libellé de l'article 11⁸². Elle est toutefois moins claire s'agissant de sa compétence contentieuse, l'article 12 se contentant de mentionner la seule saisine de la Commission interaméricaine⁸³. Les doutes que certains avaient pu émettre en doctrine sur la compétence de la Cour pour statuer sur l'application de cette Convention furent levés le 25 novembre 2006 quand, dans la très célèbre affaire de la prison *Miguel Castro Castro*, elle appliquait aux faits de l'espèce la Convention de 1994 qui avait été ratifiée par l'Etat défendeur⁸⁴. Elle y condamnait à l'unanimité le Pérou pour avoir enfreint (entre autres) les articles 8§1 et 25 de la Convention américaine combinés avec l'article 7b) de la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes qui impose aux Etats d'«*agir avec diligence pour prévenir, enquêter et sanctionner la violence contre les femmes*». Cette affaire dramatique⁸⁵ fut l'occasion de reprendre les stan-

Grenade, Guatemala, Guyane, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Saint Vincent et les Grenadines, Sainte Lucie, St Kitts et Nevis, Suriname, Trinité et Tobago, Uruguay, Venezuela. Ne l'ont pas ratifiée : Canada, Cuba et les Etats-Unis.

⁸² Article 11 de la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes : «*Les Etats parties à cette Convention ainsi que la Commission interaméricaine des femmes peuvent solliciter à la Cour interaméricaine des droits de l'homme un avis consultatif sur l'interprétation de cette Convention.* »

⁸³ Article 12 de la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes : «*Toute personne ou groupe de personnes ou entité non gouvernementale légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'organisation, peut saisir la Commission interaméricaine des droits de l'homme afin d'y présenter des plaintes ou dénonciations de violations de l'article 7 de la présente convention par un Etat partie; la Commission les considérera conformément aux normes et conditions de procédure concernant la présentation des pétitions stipulées dans la Convention américaine des droits de l'homme comme dans son statut et règlement de procédure*». Sur l'étendue de la compétence de la Cour pour statuer sur l'application de cette Convention, v. S. GARCÍA RAMÍREZ, «*Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*», *La Jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, Mexico, Editorial Porrúa, 2003, p. 223, note 45.

⁸⁴ Cour IDH, 25 novembre 2006, Fond et réparations, *Prison Miguel Castro Castro c. Pérou*, Série C n° 160. M. FERIA-TINTA, «*Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte IDH: el caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica* » *REVISTA CEJIL*, n° 3, 2007, pp. 30-45.

⁸⁵ L'arrêt de la Cour reçut un accueil des plus mitigés au Pérou. En effet, l'opinion publique eut du mal à l'accepter dans la mesure où les victimes de l'opération policière au sein de la prison (d'une violence inouïe causant la mort de 90 détenus et faisant subir à d'autres des traitements dégradants) étaient des détenus (masculins comme féminins) appartenant, pour certains d'entre eux, au mouvement du «*Sentier Lumineux* ». La Cour, qui bien évidemment ne devait pas examiner la question de la culpabilité ou non des détenus mais les conditions de leurs détentions et les violations qu'ils y subirent lors de l'attaque de la prison par les forces de l'ordre, considéra que la violence de l'intervention policière avait pris l'allure d'un crime contre l'humanité : «*Por lo tanto, la Corte encuentra que hay evidencia para sostener que las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales, por las razones referidas en párrafos precedentes constituyen crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer estos crímenes es una norma de ius cogens, y, por tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad* » (Ibid., §404).

dards posés par la jurisprudence internationale en matière de violences sexuelles⁸⁶. Cette affaire est, à n'en pas douter, la première d'une longue liste à venir où le droit des femmes sera toujours plus à l'honneur. A l'instar des enfants, leur vulnérabilité est encore plus décuplée quand elles sont détenues⁸⁷.

La jurisprudence interaméricaine sur les *enfants* et leurs droits irrigue la compétence contentieuse et consultative de la Cour depuis l'emblématique affaire des *Enfants des rues*⁸⁸. Enfants orphelins, enfants déplacés, enfants abandonnés, enfants détenus, enfants battus, enfants délinquants, la liste des situations désespérées qui étreignent les mineurs en Amérique latine est particulièrement longue⁸⁹. La Cour, au fil des espèces contentieuses et consultatives⁹⁰, a bâti une jurisprudence qui tend, en utilisant comme paramètre interprétatif la Convention de New York de 1989, à mettre en exergue tout à la fois que l'enfant est un sujet de droit qui mérite également d'être l'objet de « mesures de protection », soit de la famille, soit des autorités étatiques quand la première est défaillante⁹¹. Ici, c'est à nouveau la théorie des obligations positives qui est activée par la Cour pour imposer à l'Etat de mettre en œuvre les mesures nécessaires et adéquates à la préservation des droits des enfants.

A côté de la physionomie matérielle du contentieux, on distingue la nécessité de présenter la manière dont les Etats se mette en adéquation avec leurs obligations

⁸⁶ Et d'affirmer que le « viol peut s'entendre d'actes de pénétration vaginale ou anale, sans consentement de la victime, au moyen de l'utilisation d'autres parties du corps de l'agresseur ou d'objets, ainsi que la pénétration buccale par le membre viril [de celui-ci] » (§310). Qu'un agent de l'Etat viole une détenue, il s'agit d'un abus de pouvoir manifeste dont les séquelles physiques et traumatiques ne passent guère facilement avec le temps. C'est dans ce contexte qu'en l'espèce, la Cour conclut que « les actes de violence sexuelle auxquels fut soumise une détenue sous le couvert d'une supposée 'inspection' vaginale tactile constituèrent un viol qui, de par ses effets, est une torture » (Cour IDH, 25 novembre 2006, Fond et réparations, *Prison Miguel Castro Castro c. Pérou*, Série C n° 160, §312).

⁸⁷ La vulnérabilité spécifique aux détenus n'est pas que le propre des femmes et des enfants. La jurisprudence interaméricaine a mis également en exergue celle des indiens (Cour IDH, 1^{er} février 2006, Fond et réparations, *López Álvarez c. Honduras*, Série C n° 141, §169) et, plus récemment, celle des malades mentaux (Cour IDH, 4 juillet 2006, Fond et réparations, *Ximenes Lopez c. Brésil*, Série C n° 149, §120, §125).

⁸⁸ Cour IDH, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres c. Guatemala* (« *Les enfants des rues* »), Série C n° 63.

⁸⁹ L'ouvrage collectif publié sous la direction S. GARCÍA RAMÍREZ contient plusieurs contributions intéressantes sur la question, v. *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas jurídicos comparados. III. Ejecución de penas IV Menores Infractores, V. Justicia penal internacional y sistemas nacionales.*, S. GARCÍA RAMÍREZ (dir.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 480p.

⁹⁰ Cour IDH, 28 août 2002 Avis, *Statut juridique et droits des enfants*, Série A n° 17; Cour IDH, 2 septembre 2004, *Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*, Série C n° 112; Cour IDH, 8 juillet 2004, *Les frères Gómez Paquiyauri c. Pérou*, Série C n° 110; Cour IDH, 21 septembre 2006, *Servelón García et autres c. Honduras*, Série C n° 152; Cour IDH, 26 septembre 2006, Fond et réparations, *Vargas Acero c. Paraguay*, Série C n° 155.

⁹¹ M. BELOFF, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2004, 224p. Cet ouvrage est un recueil de plusieurs articles écrits par l'auteur sur l'intégration de la Convention sur les droits de l'enfant dans les ordres juridiques latino-américains, mais aussi sur l'affaire *Villagrán Morales* et l'avis consultatif n° 17.

conventionnelles. La question est tout simplement liée à l'effectivité du système interaméricain des droits de l'homme. Si cette problématique affecte, en premier lieu, la question du fonctionnement concret de la Cour (sessions, procédure, financement etc...), elle n'en concerne pas moins également l'importante question des effets des arrêts de la Cour et de leur mise en œuvre par les autorités nationales. Cette tendance est donc procédurale dans la mesure où elle témoigne des modalités techniques concrètes de prise en considération, par les Etats, de la jurisprudence interaméricaine. Cet aspect de l'étude du contentieux interaméricain est majeur afin d'évaluer le degré de pénétration, au sein des ordres juridiques, de la « donne conventionnelle ».

II. LES NOUVELLES TENDANCES PROCÉDURALES

Les pouvoirs de la Cour associés à ses audaces prétoriennes permettent d'affirmer qu'elle orchestre une métamorphose des systèmes nationaux qui affecte tout autant les pouvoirs législatifs (A) que judiciaires (B) des Etats parties. Il s'agit sans nul doute d'un aspect existentiel de la jurisprudence interaméricaine. Celle-ci ne doit restée confinée aux seuls cercles des experts officiant au sein des Instituts ou des Universités ; sa connaissance doit absolument, afin que le système soit viable, se diffuser au sein des Etats parties afin que chacun de leurs pouvoirs constitués en prenne acte. Il s'agit d'un long processus qui doit aboutir à la « conventionnalisation » de toutes les branches du droit, à l'instar de ce qui s'est passé en Europe⁹².

A. La métamorphose législative

La métamorphose législative n'est pas qu'une clause de style. Elle existe et se réalise grâce à une disposition majeure de la Convention américaine : son article 2⁹³. Cette disposition est la consécration à l'échelle interaméricaine d'une norme classique du « droit des gens » selon laquelle tout Etat qui a ratifié un traité de protection des droits de l'homme doit introduire dans son droit interne les modifications nécessaires afin d'assurer une application fidèle des obligations contractées. « *Principe allant de soi* » qui fut posé dès 1925 par la Cour Permanente de justice internationale⁹⁴. La Convention américaine en donne même une version spécifique à l'article 28 – concernant la dénommée « clause fédérale » – qui a pour

⁹² Sur cette question, v. la chronique de « Jurisprudence européenne comparée » publiée à la *Revue de droit public* depuis l'année 2000 sous ma direction.

⁹³ Il se lit ainsi: « *Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet auxdits droits et libertés* ». Voir *Conférence spécialisée Interaméricaine sur les droits de l'homme*, San José, Costa Rica, 7-22 novembre 1969, Actes et Documents, OEA.Ser. K/XVI/1.2, 1978, Doc.5. ; C. MEDINA QUIROGA, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988 (spécialement le Chapitre V qui relate les travaux préparatoires relatifs à l'article 2).

⁹⁴ CPJI, avis, 21 février 1925, *Echange des populations grecques et turques*, Série B, n° 10, p.20.

objet d'en éviter une application différenciée au sein des Etats fédéraux, majoritaires sur le continent américain⁹⁵.

Comme la Cour s'est plu à le rappeler à plusieurs reprises, l'article 2 ne définit guère les mesures pertinentes d'adaptation du droit interne au standard conventionnel. Ce faisant, elle a comblé de façon prétorienne le laconisme conventionnel. L'opération d'adaptation doit se profiler dans deux directions. La première concerne «la suppression des normes et des pratiques de toute nature qui entraînent la violation des garanties de la Convention ou qui méconnaissent les droits qui y sont consacrés ou qui empêchent leur exercice ». La seconde concerne «l'approbation de normes et le développement de pratiques encourageant le respect effectif des garanties conventionnelles»⁹⁶. Ce sont respectivement les obligations d'approbation puis de suppression normatives qui seront envisagés plus avant.

1. L'OBLIGATION D'APPROBATION NORMATIVE

Il est remarquable de relever que les effets de l'article 2 se manifestent ici de façon magistrale au stade des réparations. Elle lie cette exigence avec celle – propre au domaine des réparations – de « *non répétition des faits* ». Une sorte de réparation aux effets préventifs en somme. Ainsi, imposer que soit intégré au sein de la législation pénale interne le crime de disparition forcée conformément au contenu de la convention américaine sur les disparitions forcées du 9 juin 1994 a pour fonction majeure d'éviter à tout prix qu'un système d'impunité ne perdure⁹⁷. Exiger la création d'un registre des détenus a pour fonction d'éviter que ne se reproduise des actes de détention illégale ou à tout le moins faire en sorte que cela puisse être contrôlé et donc sanctionné le cas échéant⁹⁸. De même, le fait d'imposer la création d'un système d'information génétique qui permet la détermination et l'éclaircissement de la filiation et de l'identification des enfants disparus a, là encore, pour dessein de prévenir les errements et les pertes de temps en cas de nouvelles disparitions d'enfants⁹⁹.

Il arrive évidemment que l'effort d'adaptation normative passe par un processus complexe qui intègre une phase préalable consistant à éradiquer de l'ordre juridique des lois non conformes aux standards conventionnels. L'affaire de la *Dernière Tentation du Christ* est emblématique notamment parce qu'était en jeu la compatibilité de la Constitution chilienne à la Convention américaine¹⁰⁰. Or, la Cour, après avoir constaté que l'Etat viola l'article 13 (liberté d'expression) et ne respecta pas ce fai-

⁹⁵ Pour un exemple comme l'Argentine, v. A. DULITZKY, «Federalismo y Derechos humanos. El caso de la Convención americana sobre derechos humanos y la República Argentina», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, Vol.VI, pp.199-249.

⁹⁶ Cour IDH, 5 février 2001, Fond et réparations, *La Dernière Tentation du Christ*, Série C n° 73, §85 ; Cour IDH, 26 septembre 2006, Fond et réparations, *Almonacid Arrellano c. Chili*, §118, c'est nous qui soulignons.

⁹⁷ Cour IDH, 27 février 2002, Réparations, *Trujillo Oroza c. Bolivie*, Série C n° 92, §121.

⁹⁸ Cour IDH, 7 juin 2003, Fond, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras* Série C n° 99, §189.

⁹⁹ Cour IDH, 1^{er} mars 2005, *Les sœurs Serrana Cruz c. Guatemala*, Série C n° 120, §§194-195.

¹⁰⁰ Cour IDH, 5 février 2001, Fond et réparations, *Olmedo Bustos et autres (La Dernière Tentation du Christ) c. Chili*, Série C n° 73.

sant les articles 1§1 et 2 de la Convention, s'adressa à l'Etat au stade de la détermination des réparations et l'exhorta à agir en deux temps. Ainsi, sous l'angle de l'article 63§1, la Cour affirma ceci : « S'agissant de l'article 13 de la Convention, la Cour considère que l'Etat doit modifier son ordre juridique afin de supprimer la censure préalable afin que le film *La Dernière Tentation du Christ* puisse être diffusé et puisse faire l'objet de publicité. (.../...). S'agissant des articles 1§1 et 2, les normes chiliennes de droit interne qui réglementent la diffusion et la publicité de la production cinématographique n'ont toutefois pas encore été adaptées au standard posé par la Convention américaine afin que disparaisse la censure préalable. L'Etat continue ce faisant de ne pas respecter les obligations générales de ces deux dispositions conventionnelles. Par voie de conséquence, le Chili doit adopter les mesures appropriées pour réformer, selon les termes du paragraphe antérieur, son ordonnancement juridique interne de manière conforme au respect et à la jouissance du droit à la liberté de pensée et d'expression consacré par la Convention. » (§§97-98). Le point 4 du dispositif impose ce faisant au Chili de modifier son droit interne dont il faut rappeler ici qu'il s'agissait ni plus ni moins de l'article 19.12 de la Constitution chilienne qui consacrait le principe de la censure préalable... Il ordonna à l'Etat ce faisant qu'il lui remette, dans un délai de six mois, un rapport sur les mesures adoptées à cet effet. Le Chili exécutait l'arrêt dans les délais impartis¹⁰¹, ce qui permit à la Cour de mettre un terme définitif à l'affaire¹⁰². Les écarts sont tenus entre l'opération d'approbation et de suppression : ils vont souvent en réalité de pair, même si on peut constater qu'il est un domaine où l'obligation de suppression des « lois inconventionnelles » a pris un tour particulier aux Amériques dans le contexte post-dictatorial.

2. L'OBLIGATION DE SUPPRESSION NORMATIVE

C'est l'important sujet des lois d'amnistie ou des lois dites encore d'« auto amnistie » – quand elles sont le fait de 'gouvernements *de facto*' qui furent ceux qui perpétrèrent les faits criminels – qui est ici au cœur de la problématique¹⁰³. Or, grâce aux ressorts de l'article 2, la Cour s'est reconnue la faculté d'opérer un contrôle *in abstracto* de telles lois. Si le système conventionnel européen connaît la technique du contrôle *in abstracto*, elle s'est limitée à des cas somme toute peu nombreux et à des lois très spécifiques. Parmi celles-ci, on trouve surtout celles qui pénalisaient les relations homosexuelles entre adultes consentants¹⁰⁴. La question

¹⁰¹ C. AYALA CORAO, «La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos», *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca (Chile), Año 5, 2007, n° 1, pp.127-201.

¹⁰² Cour IDH, 28 novembre 2003, Résolution sur l'exécution, *La Dernière Tentation du Christ*.

¹⁰³ La littérature est prolifique. On ne citera ici que quelques références à titre d'exemple : FUNDACIÓN MYRNA MACK, *Amnistía y Reconciliación Nacional: Encontrando el camino de la Justicia*, Guatemala, 1996; G. PACHECO, L. ACEVEDO, G. GALLI (dir.), *Verdad, Justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, San José de Costa Rica, Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Instituto interamericano de derechos humanos, 2005, 234 p.

¹⁰⁴ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Série A n° 45 ; Cour EDH, 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, Série A n° 45.

prend un tour passablement plus transcendant sur le continent américain. Car ce dont il est question en fin de compte c'est de savoir si les sociétés latino-américaines peuvent se reconstruire, après des longues et sanglantes dictatures, sur l'oubli ou si à l'inverse, elles ne peuvent faire l'impasse de la justice qui passe par la mise au grand jour de la vérité¹⁰⁵. C'est une affaire péruvienne – l'affaire *Barrios Altos* – qui porta un coup fatal à l'impunité, phénomène trop courant au sein des sociétés latino-américaines dans le cadre des transitions démocratiques des années 80. La Cour de San José affirma de façon générique « que sont inadmissibles les dispositions d'amnistie et de prescription et l'établissement de causes exonératoires de responsabilité qui prétendent empêcher les enquêtes et la sanction des responsables de violations graves des droits de l'homme comme la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires et les disparitions forcées, toutes violations prohibées car elles contreviennent à des droits insusceptibles de dérogations reconnus par le droit international des droits de l'homme¹⁰⁶. » Et de poursuivre en affirmant: « Comme conséquence de l'incompatibilité manifeste des lois d'auto amnistie avec la Convention américaine sur les droits de l'homme, les dites lois n'ont *per se* aucun effet juridique et ne peuvent continuer de constituer un obstacle pour enquêter sur les faits à l'origine de cette affaire ni pour identifier et condamner les responsables» (§§43-44). Une telle approche fut confirmée dans l'important arrêt en interprétation rendu dans la même affaire à la demande de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. A la question de savoir si la déclaration d'incompatibilité des lois d'auto amnistie était circonscrite au cas d'espèce, la Cour de San José a répondu en martelant qu' «au regard de la nature de la violation constituée par les lois d'amnistie n° 26479 et 26492, ce qui a été établi dans l'arrêt au fond dans l'affaire *Barrios Altos* a une portée générale¹⁰⁷». L'éradication des

¹⁰⁵ L'expérience vécue par de nombreux pays en Amérique Latine dans le courant des années 1980, contraints d'affronter leur passé une fois la démocratie retrouvée, a été à l'origine d'un débat majeur : fallait-il, notamment au nom des impératifs de réconciliation nationale, accepter les lois d'auto-amnistie promulguées en Argentine, au Chili, au Guatemala, en Uruguay, au Pérou? Juger les criminels, dévoiler le déroulement et l'organisation des crimes, révéler le sort des personnes exécutées ou disparues, participerait-il à affaiblir ou à l'inverse à renforcer les jeunes sociétés démocratiques? Celles-ci et leurs composantes pouvaient-elles se passer d'une confrontation avec leur passé? Autant d'interrogations qui font référence à la « *justice transitionnelle* » qui fut au centre d'une multitude d'études d'ordre philosophique et juridique sur le continent américain au moment même où nombre de pays furent amenés à porter au grand jour *la* ou *les* vérités de leur passé. Si le sujet est à nouveau l'objet d'un regain d'intérêt dû aux expériences qui se multiplient en la matière de part le monde (de l'Europe post-communiste à l'Afrique en passant par l'Asie *v. bibliographie*) et si les spécialistes et les travaux sur la question sont légion, il convient toutefois d'accorder une mention et une place spéciales au philosophe argentin Carlos Santiago NINO. Cet universitaire argentin, décédé prématurément de façon accidentelle, s'est illustré tant par ses études scientifiques (*Ad. ex. Radical Evil on Trial*, New Haven-London, Yale University Press, 1996, 220p. ; *C. Derecho, moral y política II. Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Compilado por G. Maurino, Prologo de O. Fiss, Buenos Aires, Gedisa Editorial, 2007, 234 p), que par son engagement politique concret auprès du président Raúl Alfonsín en œuvrant avec passion et conviction pour tenter de dépasser les paradoxes liés à la quête de justice.

¹⁰⁶ Cour IDH, 14 mars 2001, Fond, *Barrios Altos c. Pérou*, Série C n° 75, §41.

¹⁰⁷ Cour IDH, 3 septembre 2001, Interprétation, *Barrios Altos c. Pérou*, Série C n° 83, §18.

paysages législatifs nationaux de lois scélérates – étouffant les nécessités de la justice – est ainsi orchestrée par le « haut », par la Cour interaméricaine qui lance un signal très clair aux législateurs nationaux. Il est vain de perdurer dans un processus qui serait celui de l'oubli, pis celui de l'exonération de responsabilité, inadmissible dès qu'il s'agit de violations massives des droits de l'homme.

Si les Etats ont l'obligation d'adapter leurs normes internes au standard conventionnel, alors les juridictions nationales en tant que composante existentielle des ordres étatiques doivent veiller, dans le cadre de leur compétence, à ce que l'opération d'adaptation législative soit conforme aux exigences de la justice interaméricaine. La jurisprudence récente de la Cour de San José met en exergue le rôle novateur – pour le continent américain – du juge national érigé en quelque sorte en « juge conventionnel de droit commun » pour reprendre ici une expression chère au droit européen de l'intégration.

B. La métamorphose judiciaire

Les affaires historiques *Almonacid Arellano*¹⁰⁸ et *La Cantuta*¹⁰⁹ sont en quelque sorte des arrêts d'apothéose s'agissant de la problématique des lois d'amnistie. En effet, non seulement ils confirment une jurisprudence qui a pris corps avec l'affaire *Suárez Romero*¹¹⁰ et qui fut très fermement posée par l'affaire *Barrios Altos*, mais encore et surtout ils ouvrent une perspective majeure pour l'avenir. Cette perspective s'incarne dans le rôle que doivent jouer les juges internes. La Cour interaméricaine – pour la première fois à notre connaissance – incite le juge national à s'engager sur la voie du « contrôle de conventionnalité » (1). Cela préfigure une métamorphose radicale des systèmes judiciaires nationaux donnant tout son sens, au bout du compte, à la subsidiarité du mécanisme conventionnel. Il faut reconnaître ici que certains juges nationaux n'avaient pas attendu ce *dictum* majeur de la Cour interaméricaine pour agir de la sorte, aidés en cela par un ordonnancement constitutionnel particulièrement « ouvert » au droit international. Il n'empêche qu'il est tout simplement existentiel. La création et le développement progressif d'une 'culture conventionnelle', qui permettra au droit conventionnel américain d'être *effectif* au sein des Etats parties, est entièrement conditionnée par l'aptitude du juge national à agir comme un « juge conventionnel de droit commun » (2).

1. LE NOUVEL OFFICE DU JUGE NATIONAL

La plus valeur ici est manifestement posée par l'arrêt *Almonacid Arellano* puisqu'il inaugure la nécessité d'un « contrôle de conventionnalité ». Le paragraphe 124 est tout simplement capital : « La Cour est consciente du fait que les juges et tribunaux internes sont soumis à l'empire de la loi et sont obligés, pour ce faire,

¹⁰⁸ Cour IDH, 26 septembre 2006, Fond et réparations, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, Série C n° 154.

¹⁰⁹ Cour IDH, 29 novembre 2006, Fond et réparations, *La Cantuta c. Pérou*, Série C n° 162.

¹¹⁰ Cour IDH, 12 novembre 1997, *Suárez Romero c. Equateur*, Série C n° 35.

d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordre juridique. Toutefois, quand un Etat a ratifié un traité international comme la Convention américaine, ses juges, comme partie intégrante de l'appareil d'Etat, lui sont également soumis, ce qui les contraint à veiller à ce que les effets des dispositions conventionnelles ne soient pas malmenés par l'application de lois contraires à son objet et son but et qui, depuis le début, sont dépourvues d'effets juridiques. En d'autres termes, le pouvoir judiciaire doit exercer une sorte de « contrôle de conventionnalité » entre les normes juridiques internes qu'ils appliquent dans des affaires concrètes et la Convention américaine des droits de l'homme. Dans le cadre de cette fonction, le pouvoir judiciaire doit prendre en compte non seulement le traité, mais également l'interprétation que la Cour interaméricaine en a fait, celle-ci étant l'interprète ultime de la Convention américaine¹¹¹ ». Ce passage laisse entendre que le juge interne a le pouvoir de régler un conflit entre une loi interne et une disposition de la Convention américaine au profit de cette dernière. Surtout, il invite le juge interne à s'arrimer non pas au seul texte de la Convention, mais bien évidemment à l'interprétation délivrée par la Cour, ce qui suppose qu'il soit attentif à l'évolution jurisprudentielle interaméricaine. Quelques précisions supplémentaires ont été apportées sur ce contrôle dans l'affaire des *Travailleurs licenciés du Congrès*¹¹². On peut y lire que « les organes du pouvoir judiciaire doivent exercer non seulement un contrôle de constitutionnalité, mais également un contrôle de conventionnalité *ex officio* » et qu'il doit s'effectuer « dans le cadre des compétences et des règles procédurales correspondantes ». C'est très clairement s'adresser à nouveau aux juges internes afin qu'ils deviennent les alliés objectifs de la Cour interaméricaine en leur permettant de soulever eux-mêmes la question de conventionnalité des normes internes. La référence furtive « *aux compétences et règles procédurales* » est loin d'être négligeable. En effet, chaque juge devra composer avec les caractéristiques de son ordonnancement juridique, *i.e.* avec la place détenue par les traités internationaux de protection des droits de l'homme dans la hiérarchie des sources, avec l'existence d'un contrôle concentré ou à l'inverse diffus de constitutionnalité¹¹³...

Les juges de la Cour de San José ont certainement considéré que le temps était effectivement venu en Amérique Latine de voir les organes judiciaires des Etats démocratiques appliquer de manière naturelle et systématique la Convention américaine telle qu'interprétée par le juge de San José. Il s'agit en quelque sorte d'une nouvelle ère qui s'ouvre et qui doit se caractériser par la diffusion au sein des Etats de la jurisprudence interaméricaine. C'est respecter la subsidiarité du mécanisme de garantie et c'est également ce faisant éviter, qu'à terme, la Cour interaméricaine ne connaisse les mêmes problèmes structurels d'engorgement que son homologue

¹¹¹ Cour IDH, 26 septembre 2006, Fond et réparations, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, Série C n° 154, §124 (C'est nous qui soulignons).

¹¹² Cour IDH, 24 novembre 2006, Fond et réparations, *Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) c. Pérou*, Série n° 158, §128.

¹¹³ M. ABREGÚ, C. COURTIS (dir.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997, 655 p.

européenne... Le juge et ancien Président de la Cour interaméricaine, le pénaliste mexicain de renom Sergio García Ramírez, s'est très clairement fait l'écho de cette ultime préoccupation. Il affirma en effet en toute lucidité que «dans le cadre de la logique juridictionnelle qui sous-tend la création et le fonctionnement de la Cour, il ne faudrait pas attendre qu'elle soit contrainte de juger des centaines ou des milliers d'affaires sur un seul thème conventionnel (.../...) c'est-à-dire tous les litiges qui se présentent à tout moment et dans tous les pays, et qu'elle examine un à un les faits délictuels de chaque affaire et qu'elle garantisse également un à un les droits et libertés spécifiques. L'unique raisonnable protection possible implique qu'une fois fixé 'le critère d'interprétation et d'application', il soit repris par l'ensemble de l'appareil juridique étatique : au travers de politiques, de lois, d'arrêtés qui octroient aux arrêts de la Cour importance, universalité et efficacité¹¹⁴.»

2. LA NOUVELLE CULTURE CONVENTIONNELLE

Aujourd'hui, les systèmes nationaux latino-américains sont de plus en plus perméables au droit international et plus spécifiquement au droit international des droits de l'homme¹¹⁵. Il suffit d'opérer un tour d'horizon constitutionnel pour prendre la mesure de la place relativement privilégiée des droits de l'homme au sein des systèmes internes.

L'Argentine est un pays qui octroie *expressis verbis* un rang constitutionnel aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, qu'ils soient de droit dur comme de droit mou, ce qui est, en soi, passablement remarquable. L'article 75§22 présente en effet une impressionnante nomenclature qui inclut tant la Déclaration que la Convention américaine des droits de l'homme parmi les instruments hissés au rang du droit constitutionnel. Ce qu'il convient de relever ici c'est la volonté du constituant argentin d'opérer une *summa divisio* entre les traités internationaux classiques et ceux dont l'objet est la garantie des droits. En effet, la nouvelle Constitution du 22 août 1994 différencie les seconds des premiers en octroyant à ces derniers uniquement un « rang supérieur aux lois »¹¹⁶. Avec une telle

¹¹⁴ Point 8 de l'opinion concordante du juge GARCÍA RAMÍREZ, Cour IDH, 24 novembre 2006, Fond et réparations, *Travailleurs licenciés du Congrès c. Pérou*, Série n° 158.

¹¹⁵ C. AYALA CORAO, « La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos humanos y sus consecuencias », H. FIX-ZAMUDIO, « El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte interamericana de Derechos humanos », *Revista latinoamericana de Derecho*, Año 1, n° 1, Enero-Junio de 2004, pp. 141-180; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « La Convención americana de derechos humanos como derecho interno », *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, n° 69-71, 1987-1989, pp. 35-55.

¹¹⁶ Artículo 75. « Corresponde al Congreso: (.../...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la

ouverture constitutionnelle au droit international des droits de l'homme, il n'est pas étonnant que la Cour Suprême de Justice de la Nation ait été pionnière dans l'utilisation de la Convention américaine comme l'application directe de la jurisprudence interaméricaine. Ce pays pensa un moment qu'effacer le passé, tenter l'oubli pour mieux participer à la « réconciliation nationale » était la meilleure solution. Les fameuses lois dites de « *Punto Final* » du 24 décembre 1986 et de « *Obediencia Debida* » du 4 juin 1987 étaient ainsi adoptées par le gouvernement de Raúl Alfonsín au risque de maintenir vivace le sentiment d'injustice des familles de disparus. C'était sans compter avec la Cour Suprême de Justice de la Nation qui, le 14 juin 2005 dans l'affaire *Simón, Julio Hector et autres* déclaraient nulles les dites lois en s'appuyant, pour ce faire, *expressis verbis* sur la jurisprudence *Barrios Altos*¹¹⁷.

Si l'article 93 de la Constitution colombienne a opté pour une formule ambiguë – qui affirme « la prévalence dans l'ordre interne »¹¹⁸ des traités internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par l'Etat¹¹⁹ – la Cour constitutionnelle a tranché en les intégrant sans sourciller dans le « bloc de constitutionnalité »¹²⁰. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle colombienne a estimé que la jurisprudence de la Cour interaméricaine était un référent primordial qu'il fallait prendre en considération dans l'opération d'interprétation constitutionnelle¹²¹. Ainsi, dans

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. »

¹¹⁷ Cour Suprême de Justice de la Nation, 14 juin 2005, *Simón, Julio Hector et autres*, §§23, 27, 29, extraits reproduits in *Diálogo jurisprudencial, Derecho internacional de los derechos humanos, Tribunales nacionales, Corte interamericana de derechos humanos*, IIDH, IJ, Konrad Adenauer Stiftung, Corte IDH, Julio-diciembre 2006, n° 1, pp. 257-273; v. également, E. S. PETRACCHI, « Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp.1253-1278.

¹¹⁸ Article 93. « Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. » Il est intéressant également de prendre connaissance de l'article 94.: « La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. »

¹¹⁹ L'article 93 peut en effet s'analyser tout à la fois comme octroyant aux traités de protection des droits de l'homme soit un « rang supralégislatif », soit un « rang constitutionnel » dans la mesure où « l'ordre interne » peut inclure ou exclure le champ constitutionnel.

¹²⁰ J. CÓRDOBA TRIVIÑO, « Aplicación de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, pp. 667-684.

¹²¹ Cour constitutionnelle colombienne, Sentencia C-010/00, mais également sentence C-406/96.

le domaine des violations massives des droits de l'homme ou encore en matière de liberté d'expression, les références explicites à la jurisprudence interaméricaine ne manquent pas, tandis que la doctrine a relevé que les inspirations implicites se dénombreraient dans pas moins de cent soixante-dix affaires¹²².

Au Pérou, l'article 200§4 de la Constitution de 1993 – qui traite de la question en inconstitutionnalité – mentionne que les traités (sans les distinguer) ont rang de loi¹²³. C'est en réalité en prenant connaissance des dispositions transitoires que l'on découvre qu'ils doivent être interprétés de manière conforme tant à la Déclaration universelle qu'aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par le Pérou. L'équivalent de l'article 10§2 de la Constitution espagnole en somme ! Dans ce contexte, depuis 2002, le Tribunal constitutionnel de Lima a résolu de nombreux recours d'*amparo* ou d'*habeas corpus* en se basant sur la Convention américaine, ce qui a participé à élargir considérablement le bloc de constitutionnalité¹²⁴. Dans ce contexte, les instances judiciaires péruviennes se sont alignées avec une célérité et une révérence remarquables sur la jurisprudence *Barrios Altos*. L'affaire *La Cantuta* le démontre par les nombreuses références faites à la jurisprudence des tribunaux internes dans le corps de l'arrêt¹²⁵. La Cour interaméricaine retranscrit notamment au §181 des extraits de l'arrêt du Tribunal Constitutionnel du Pérou du 29 novembre 2005¹²⁶ qui prend en compte *expressis verbis* la déclaration de nullité absolue des lois d'amnistie n°26479 et 26492. Là encore, le signal lancé aux juges internes est clair. En valorisant leur jurisprudence – quand elle est conforme au standard conventionnel – le juge interaméricain instaure un dialogue basé sur le respect, en fonction des spécificités propres à chaque système national, du degré de protection des droits tel que posé par la Convention.

Tout n'est pas idyllique cependant. Il suffira de mentionner ici le « cas vénézuélien ». Alors que la Constitution vénézuélienne est, avec la Constitution argentine, la plus ouverte au droit international des droits de l'homme grâce à son article 23¹²⁷; alors qu'une disposition est expressément consacrée à ce que l'on nomme au sein des Amériques, l'« *amparo* international », c'est le juge suprême qui a, sans

¹²² J. CÓRDOBA TRIVIÑO, *op.cit.*, p.671.

¹²³ A ce titre ils peuvent donc faire l'objection d'une question en inconstitutionnalité. L'article 200§4 est libellé comme suit : «La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. »

¹²⁴ F. EGUIGUREN PRAELI, « Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana », *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, 2003, n° 1, pp.157-191.

¹²⁵ Cour IDH, 29 novembre 2006, Fond et réparations, *La Cantuta c. Pérou*, Série C n° 162.

¹²⁶ Tribunal Constitutionnel du Pérou, 29 novembre 2005, *Santiago Martín Rivas*, affaire n° 4587-2004-AA/TC.

¹²⁷ Il se lit ainsi : « Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tiene jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público. »

rationalité aucune – sauf peut-être celle guidée par des considérations d'ordre politique – littéralement dévoyé l'interprétation du texte constitutionnel. A cet égard, la jurisprudence vénézuélienne est marquée au fer rouge par la regrettable décision n° 1.492 qui malmène les canons de la protection internationale de la liberté d'expression¹²⁸.

La phase de la prise en compte par les juges internes de la « donne conventionnelle » est, d'une manière générale, sur la bonne voie, si on égard aux quelques points positifs mentionnés plus haut s'agissant des cas argentin, colombien ou encore péruvien. Toutefois, on perçoit à quel point le juge, même en présence du meilleur des textes, peut souverainement s'en écarter au risque de mettre à mal la donne démocratique induite par la nouvelle « culture conventionnelle ».

La Cour interaméricaine représente une institution judiciaire existentielle pour le continent latino-américain. Ses pouvoirs – qui à de nombreux égards dépassent ceux de son homologue européenne de Strasbourg – lui permettent d'avoir les moyens de sa jurisprudence passablement audacieuse, tant des domaines classiques que dans ceux qui mettent en lumière les défis que doivent relever les sociétés latino-américaines. Grâce à la force inhérente des traités internationaux des droits de l'homme dans les ordres internes, la Cour de San José construit patiemment un ensemble de « valeurs communes » dont les juges nationaux doivent se faire les porte-étendards. Un mouvement de « responsabilisation » des juges internes est en marche. Il est toutefois fragile. A tout moment, le juge peut se replier sur lui-même et jouer le jeu d'un souverainisme dépassé et destructeur. La diffusion de la « culture conventionnelle » est un « combat » de tous les instants.

¹²⁸ Sur cette décision, on se reportera avec profit à l'ouvrage collectif dirigé par A. A. SANCHEZ, C. AYALA CORAO, R. J. CHAVERO GAZDIK, H. FAUNDEZ LEDESMA, *Sentencia 1.942 vs Libertad de expresión*, Aequitas, Comisión Andina de Juristas, 2003, 427 p.