

L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN AMÉRIQUE LATINE

Arnaud MARTIN

L'indépendance de la justice constitutionnelle représente, dans l'Amérique latine contemporaine, un enjeu d'autant plus important que l'avenir de la démocratie demeure incertain.

Alors que la consolidation démocratique progresse avec difficulté, et que certaines pratiques antidémocratiques perdurent plus de vingt ans après la troisième vague de démocratisation²³³, encouragées et facilitées par le régime présidentieliste qui vide de sa substance le principe de la séparation des pouvoirs en plaçant, face à un pouvoir présidentiel hypertrophié, un Congrès qui a souvent bien du mal à s'opposer aux dérives autoritaires du système, la justice constitutionnelle a un rôle particulièrement important à jouer dans le parachèvement de la démocratisation du sous-continent.

Plus encore, en contribuant au passage de l'État législatif de droit, qui affirme la suprématie de la loi, à l'État constitutionnel de droit, qui restaure pleinement la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, le juge constitutionnel se retrouve placé au centre du processus de consolidation démocratique dans sa dimension juridique. En effet, plus qu'une séparation des pouvoirs dont la signification est particulièrement ambiguë dans un régime présidentieliste, c'est bien la proclamation et la garantie

des droits et libertés fondamentaux des citoyens face au pouvoir politique qui constituent le socle de la démocratie libérale et la fonction principale de la justice constitutionnelle.

Autant dire que la question de l'indépendance de la justice constitutionnelle se pose avec une particulière acuité en Amérique latine. Face à des institutions politiques, au premier plan desquelles figure le président de la République, qui ne cessent de réaffirmer leur attachement au régime démocratique, institutions dont elles doivent contrôler l'activité et sanctionner les dérives, les juridictions constitutionnelles se placent souvent – à moins qu'elles n'y soient placées contre leur gré – dans une position de contre-pouvoirs, rôle qu'elles ne peuvent pleinement assumer que si leur indépendance vis-à-vis du pouvoir est convenablement garanti sur le plan juridique à défaut d'être totalement accepté par celui-ci.

La situation des juridictions constitutionnelles en Amérique latine est, sur ce point, riche d'enseignements sur la santé des démocraties du sous-continent. De leur volonté de s'opposer à certaines dérives autoritaires, de leur revendication de leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, des garanties juridiques de ladite indépendance, dépend leur rôle effectif joué dans le fonctionnement des institutions politiques.

Or, s'il est indéniable que l'indépendance de la justice constitutionnelle est un prérequis indispensable pour que cette dernière ne soit pas qu'un pur artifice destiné à cacher la véritable nature du régime, force est de constater qu'en Amérique latine, les exemples de tentatives de sa remise en cause ne manquent pas, ce qui peut, paradoxalement, inciter à l'optimisme, car la situation serait tout autre si le juge constitutionnel ne jouait pas pleinement son rôle. D'ailleurs, celui-ci défend généralement avec force ses prérogatives et sa mission lorsque celles-ci sont remises en cause par le pouvoir. Ainsi, les garanties juridiques de l'indépendance de la justice constitutionnelle, si elles ne sont pas parfaites, semblent tout à fait suffisantes pour permettre au juge constitutionnel de défendre son indépendance.

L'indépendance nécessaire de la justice constitutionnelle

La nécessaire prise en compte de la dimension complexe de la démocratie, qui ne peut se réduire au système politique reposant sur l'élection périodique des gouvernants et la limitation du pouvoir politique par la séparation des pouvoirs et les moyens de pressions réciproques, mais qui doit englober l'affirmation et la garantie des droits et libertés, non plus seulement par la loi et le juge ordinaire, mais par la Constitution et le juge constitutionnel, conduit à reconnaître à ce dernier un rôle de premier plan dans la défense du régime démocratique.

La question est d'autant plus délicate qu'elle soulève le problème de la légitimité démocratique des juridictions constitutionnelles, puisque ces dernières, bien qu'étant simplement nommées par des autorités politiques, généralement en dehors de toute intervention du peuple, sont chargées de contrôler et, le cas échéant, de censurer des institutions démocratiquement élues. Il est alors tentant d'évoquer un déficit démocratique, véritable tare originelle des juridictions constitutionnelles, pour ôter à ces dernières tout rôle effectif dans la vie institutionnelle des pays concernés en leur reprochant de prendre des décisions politiques sous le couvert de décisions de justice.

Pourtant, si les juridictions constitutionnelles font souvent l'objet de critiques quant à leur légitimité et à celle des décisions qu'elles sont amenées à prendre, c'est moins parce qu'elles remettent en cause des institutions démocratiquement élues que parce qu'elles s'opposent à des pratiques antidémocratiques auxquelles se livrent ces dernières.

La justice constitutionnelle et la défense des régimes démocratiques

L'État démocratique, en tant que mode d'organisation du pouvoir politique, repose sur le concept de participation politique. Ainsi, on définit classiquement la démocratie comme le

régime politique où le gouvernement est exercé par le peuple ou la nation dans son ensemble, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants, et où les décisions sont prises à la majorité. Mais il s'agit là d'une définition minimaliste de la démocratie²³⁴, qui ne permet, tout au plus, que de la distinguer de la monarchie et de l'oligarchie²³⁵, en ne retenant que les critères de la représentation et du principe majoritaire. La Constitution n'a alors manifestement d'autre vocation que d'établir les règles de dévolution et d'exercice du pouvoir politique.

On ne saurait donc se satisfaire de cette approche purement formelle et réductrice de la démocratie, qui ne permet pas, notamment, d'appréhender dans toute sa complexité la situation des régimes démocratiques latino-américains. Au contraire, la notion d'État constitutionnel de droit, généralement retenue par les constitutionnalistes latino-américains, restaure la démocratie en tant que concept substantif, et celle-ci apparaît ainsi comme étant indissociable des droits fondamentaux qui imposent des limites matérielles à l'exercice des compétences politiques et lient à la fois le pouvoir exécutif – et l'administration qui en est le prolongement naturel – et le législateur. Il est ainsi indispensable que la Constitution reconnaisse les droits universels, inaliénables et consubstantiels de la personne humaine, qui contribuent à tracer les limites infranchissables de l'intervention de l'autorité politique.

Pour autant, si la démocratie substantielle ne peut se réduire à la démocratie matérielle, elle lui est toutefois indissociablement liée. En proclamant des droits fondamentaux, elle précise, non seulement quelles décisions ne peuvent être prises, mais aussi et surtout quelles sont celles qui doivent l'être par les gouvernants, quelle que soit la majorité politique à laquelle ils appartiennent. Elle soumet ainsi ces derniers à des obligations négatives, fondées essentiellement sur les droits-libertés qui ne peuvent être violés, et à des obligations positives qui, elles, trouvent leur raison d'être dans l'obligation de satisfaire des droits-créances. Ainsi, comme le note Giuseppe de Vergottini :

À côté d'une conception substantielle de la démocratie, qui inclut comme valeurs spécifiques les libertés individuelles et collectives et les institutions représentatives caractérisées par la responsabilité à travers le contrôle et la possibilité de l'alternance, il existe une conception procédurale de celle-ci [selon laquelle] la démocratie permet de prédisposer des règles juridiques par lesquelles on peut canaliser les conflits politiques, choisir les gouvernants, mettre en cause leur responsabilité et assurer la garantie des libertés individuelles²³⁶.

On ne peut donc pas réduire la démocratie à ce système politique où les gouvernants sont élus périodiquement par le peuple et où les pouvoirs sont séparés et équilibrés, se contrôlent mutuellement et sont politiquement responsables. La démocratie, c'est aussi, et surtout, le régime politique qui se fixe comme projet de garantir les droits fondamentaux que la Constitution reconnaît. Tel est le sens de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui, dans son article 16, en proclamant que « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », place la garantie des droits avant la séparation des pouvoirs, le but avant le moyen, la démocratie substantielle avant la démocratie matérielle.

En fait, sans aller jusqu'à prétendre qu'un régime peut être démocratique simplement parce que les droits fondamentaux sont proclamés et garantis, alors même que la participation des citoyens à la décision politique – soit directement, soit indirectement – fait l'objet de restrictions plus ou moins sévères, il semble évident qu'un régime n'est pas totalement démocratique lorsque les droits fondamentaux sont imparfaitement protégés. Ainsi, si l'on appréhende les droits fondamentaux comme une limite matérielle du pouvoir politique,

on peut parler d'État de droit au sens profond pour le distinguer de l'État de droit au sens faible, qui est l'État non despotique, non régi par des hommes mais par des lois, et de l'État de droit au sens très faible, comme le kelsenien, conformément auquel une fois résolu l'État dans son ordre juridique, tout État est un État de droit et la notion même d'État de droit perd toute force qualificative²³⁷.

Dans le même sens, Carlos Santiago Nino considère qu'il existe « un sens minimal » du constitutionnalisme, pour lequel il suffit qu'il y ait une Constitution au sommet du système juridique, et qui conduit à admettre qu'un régime totalitaire comme l'Union soviétique est un régime constitutionnel²³⁸, auquel s'oppose un « sens plein » qui « requiert, non seulement l'existence de normes qui organisent le pouvoir et qui sont d'une certaine manière en retrait face à la procédure législative ordinaire, mais aussi, et de façon prépondérante, que l'on satisfasse certaines exigences sur la procédure et le contenu des lois qui règlent la vie publique ».

Ces exigences sont celles qui définissent le concept de démocratie libérale ou constitutionnelle, qui paraît émerger d'une combinaison difficile entre deux idéaux que de nombreux penseurs perçoivent en tension permanente : l'idéal d'un processus politique participatif dans lequel tous les gens concernés par ce processus interviennent dans cette décision, et l'idéal libéral d'un gouvernement limité, selon lequel il faut également que la majorité s'arrête face à des intérêts protégés²³⁹.

C'est ce « constitutionnalisme plein » que l'on peut dénommer « démocratie constitutionnelle », et qui repose sur deux principes établis et garantis par la Constitution : d'une part, la participation directe ou indirecte des gouvernés à la prise des décisions les concernant, d'autre part, la limitation du gouvernement par la proclamation et la protection des droits fondamentaux. C'est ainsi que l'on peut considérer le constitutionnalisme comme le « complément substantiel nécessaire²⁴⁰ » de la démocratie.

En ce sens, la Constitution fonde moins un régime politique par les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions politiques qu'elle impose que par les valeurs essentielles dont elle est porteuse et qui, au-delà de la consécration symbolique par un texte à la dimension historique, comme la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ou la Déclaration d'indépendance américaine du 4 juillet 1776, trouvent une consécration juridique par l'application

concrète, non seulement par le pouvoir, mais aussi par le juge, notamment, et surtout, le juge constitutionnel. Ainsi, comme l'a noté Abraham Siles Vallejos :

l'État constitutionnel de droit suppose un changement radical en ce qui concerne l'ancien État de droit ou État libéral. [...] Il faut souligner le caractère normatif de la Constitution, sa position de suprématie et la subordination de la législation à ses énoncés. Pour le néoconstitutionnalisme, la Constitution n'est pas seulement un ordre politique rendant la législation nécessaire pour son application, elle a aussi un caractère juridique et est directement efficace, applicable et invocable devant un juge. On incorpore ainsi, d'une manière complexe et non exempte de tensions et de conflits, le principe démocratique aux textes constitutionnels de l'après-guerre (seconde moitié du XX^e siècle) : les organes représentatifs élaborent la loi sur la base du principe de majorité, mais la loi devra être subordonnée à la valeur supérieure et astreignante de la Constitution, en particulier aux droits fondamentaux comme limite substantielle²⁴¹.

Mais on ne saurait envisager de portée normative effective de la Constitution sans l'instauration d'une justice constitutionnelle organiquement et fonctionnellement indépendante du pouvoir politique, neutre et impartiale, garantissant la suprématie de la norme constitutionnelle dans l'ordre juridique, la limitation et la séparation des pouvoirs, et surtout la pleine application des droits fondamentaux.

La justice constitutionnelle et la promotion de l'État de droit

L'existence des tribunaux constitutionnels soulève trois questions auxquelles il semble, *a priori*, difficile d'apporter une réponse claire et définitive. Tout d'abord, se pose naturellement la question de la nature des relations que doivent entretenir le politique et le droit dans le cadre d'un État constitutionnel de droit ou, plus précisément, celle du degré nécessaire de juridicisation de la politique dès lors que l'État est la principale manifestation du pouvoir politique. Par ailleurs, on peut à juste titre s'interroger sur la légitimité du contrôle d'une institution démo-

cratiquement constituée par une autre qui ne l'est pas ou, du moins, qui ne l'est pas de manière aussi immédiate et directe et qui, de plus, n'est responsable politiquement et juridiquement devant personne. Enfin, on peut se demander dans quelle mesure et à quelles conditions les décisions prises par une juridiction constitutionnelle sont des décisions juridiques et non des décisions politiques.

Sur un plan purement théorique, l'État constitutionnel de droit et la justice constitutionnelle ne sont nullement incompatibles ni contradictoires. Pour autant, la tension entre le politique et le droit est une évidence, et il semble totalement impossible, et d'ailleurs fort peu souhaitable, que le premier soit soumis sans réserve ni limite au second.

Le droit a vocation à substituer au pouvoir arbitraire un pouvoir réglé, contrôlable, et surtout limité. Telle est la mission de la Constitution, que l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 définit comme la garantie des droits et la détermination de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire la protection des individus contre le caractère naturellement invasif et potentiellement liberticide du pouvoir. Pour autant, s'il faut se prémunir contre le risque de dérive autoritaire du pouvoir par le droit, le juriste, et en premier lieu le juge, n'a pas vocation à se substituer à lui. Aussi, si la justice constitutionnelle est l'instrument le plus efficace de la juridicisation de la politique, elle ne peut et ne doit en aucun cas être le bras ou la bouche du politique.

La juridiction constitutionnelle bénéficie donc d'une légitimité démocratique réelle mais différente de celle des institutions politiques, essentiellement en raison de la nature de ses fonctions²⁴². C'est elle qui permet à la fois d'assurer une meilleure préservation des valeurs les plus essentielles, une protection efficace des individus et des groupes opposés au pouvoir, et une plus grande impartialité du processus de décision politique. Alors que la majorité d'aujourd'hui est l'opposition de demain, et que la démocratie n'est pas le gouvernement de la majorité contre – ou malgré – l'opposition, mais le gouvernement du peuple tout

entier, la justice constitutionnelle, loin d'être antidémocratique et antimajoritaire, est l'instrument essentiel de protection du système démocratique contre les processus de corruption qui le menacent²⁴³.

Pour autant, ce constat ne clôt pas définitivement le débat sur la nature exacte de la justice constitutionnelle qui s'inscrit dans le prolongement de la célèbre polémique entre Carl Schmitt et Hans Kelsen²⁴⁴, le premier estimant, contrairement au second, que la justice constitutionnelle relève de la politique et non du droit, qu'elle rend des décisions politiques et non juridiques, et que, par conséquent, sa légitimité démocratique est nulle. Or, même s'il est évident que les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles ont des répercussions politiques, il est tout aussi évident que, par nature, elles sont des décisions juridiques et non politiques. Par conséquent, la question de la légitimité des juridictions constitutionnelles se pose en d'autres termes qu'en ce qui concerne les institutions politiques.

Mais si l'existence de la justice constitutionnelle ne peut être remise en cause, du moins si l'on se place sur le terrain de la légitimité démocratique, son action se doit d'être limitée et conditionnée. Dans la mesure où elle contribue à la modération politique en garantissant le respect de la Constitution dont la fonction essentielle est justement d'éviter les dérives autoritaires du pouvoir, elle ne peut se permettre d'être elle-même un pouvoir politique au même titre que le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif car, inévitablement, elle serait un pouvoir incontrôlé puisque l'on ne saurait envisager qu'elle soit contrôlée par ceux qu'elle doit contrôler. Autant dire que la fixation des limites nécessaires de la juridiction constitutionnelle constitue le « point névralgique de la justice constitutionnelle²⁴⁵ », même s'il s'agit là d'un exercice délicat.

L'effort de ceindre la juridiction constitutionnelle dans de fermes limites matérielles, institutionnelles ou fonctionnelles, ressemble presque à la tentative de la quadrature du cercle. [...] Toutefois, abandonner cette tentative [...] équivaldrait pratiquement à une capitulation devant les faits et rendrait au

Tribunal un mauvais service [...] parce que son autorité factuelle provient précisément, et non en dernier ressort, de l'observance de telles limites²⁴⁶.

Ainsi, « la démocratie constitue, non seulement le principe légitimateur de la Constitution, mais aussi un principe général qui donne forme à l'ensemble de l'ordre juridique²⁴⁷ ». Comme l'a noté Francisco Rubio Llorente :

Par Constitution, nous entendons [...] et le meilleur de la doctrine entend aujourd'hui, un mode d'aménagement de la vie sociale dans lequel les générations vivantes sont titulaires de la souveraineté et où, par conséquent, les relations entre des gouvernants et les gouvernés sont réglées de telle sorte que ceux-ci disposent de réels domaines de liberté qui leur permettent le contrôle effectif des titulaires occasionnels du pouvoir. Il n'y a pas d'autre Constitution que la Constitution démocratique. Tout le reste est, en reprenant une phrase que Jellinek applique, avec une certaine inconséquence, aux Constitutions napoléoniennes, un simple despotisme d'aspect constitutionnel²⁴⁸.

Ceci conduit à formuler deux constats. D'une part, la démocratie constitue le principe légitimateur de la Constitution, et c'est elle qui lie la validité et la légitimité de cette dernière. D'autre part, si l'État constitutionnel est, par définition, un État de droit, la démocratie constitutionnelle implique la juridicisation de la démocratie et la nécessité de concevoir juridiquement la souveraineté elle-même. Il faut donc assurer l'autolimitation de la souveraineté par la Constitution.

L'autolimitation de la souveraineté par sa juridicisation est la mission principale de la Constitution. Elle repose sur un consensus politique qui évolue naturellement avec le temps, et la Constitution a pour vocation de réguler juridiquement cette évolution. La Constitution établit ainsi une limitation normative de la souveraineté, et elle constitue ainsi, et avant tout, une garantie pour le peuple en prévenant les dérives autoritaires du pouvoir institué. Par ailleurs, la constitutionnalisation du pouvoir du peuple n'est pas contraire à sa souveraineté, la Constitution étant l'œuvre du peuple souverain.

[...] le principe démocratique, comme principe légitimant de la Constitution (comme principe matériel dans une Constitution qui défend surtout la liberté et l'égalité) est réalisé, acquiert toute sa validité dans la vie de l'ordre juridique et des institutions, afin que le principe démocratique, comme principe de validité du souverain, reste juridiquement vivant, de telle sorte que la Constitution, même si elle change, reste encore la Constitution. L'approfondissement de la Constitution est [...] la seule voie pour éloigner toute possibilité que la validité puisse un jour détruire la légitimité²⁴⁹.

Mais, pour que l'autolimitation du pouvoir constituant soit compatible avec la conservation de son caractère souverain, celle-ci doit être procédurale et non matérielle. Le souverain peut s'autolimiter sur le plan procédural pour que l'expression de sa volonté soit juridiquement valide. La légitimité de l'ordre qu'il produit dépend, en revanche, du contenu même de cet ordre. Par conséquent, dans la mesure où il ne revient qu'au peuple de décider en toute liberté de son destin, il revient à l'État démocratique de garantir juridiquement cette liberté. L'expression de la volonté du peuple n'est valable que si le peuple est libre, c'est-à-dire s'il est politiquement organisé en un État constitutionnel démocratique. Pour cette raison, dans la Constitution, la légitimité est la condition de validité. La détermination matérielle du principe démocratique doit se chercher dans les valeurs essentielles que prétend réaliser l'État démocratique moderne, comme l'égalité, la liberté et la justice. De telles valeurs matérielles ont une incidence définitive sur les fonctions, tant du législateur que des juges, ce qui implique de lui reconnaître la plus grande efficacité juridique.

La justice constitutionnelle et la légitimité démocratique

Dès lors que l'on reconnaît la nécessité de garantir la suprématie de la Constitution en raison de son rôle dans la définition et la protection des droits fondamentaux, l'importance et la légitimité de l'intervention de la justice constitutionnelle en tant que protectrice de ces droits ne paraissent pas devoir faire l'objet de

vastes débats doctrinaux. D'ailleurs, rares sont les auteurs qui, de nos jours, critiquent encore l'intervention du juge constitutionnel sur ce fondement. De même, si la légitimité du rôle du juge constitutionnel est généralement admise, celle du juge constitutionnel lui-même fait régulièrement l'objet de critiques, et si la consécration par l'État constitutionnel de droit du caractère normatif et de la suprématie de la Constitution ne soulève pas d'objection majeure, il n'en va pas de même des mécanismes spécifiques de garantie.

Que la Constitution normative exige l'existence d'une justice constitutionnelle ne fait aucun doute. Dans le cas contraire, ses dispositions risqueraient de rester lettre morte et ne constitueraient, tout au plus, que de simples recommandations adressées aux pouvoirs législatif et exécutif, éventuellement également à l'administration, recommandations, certes, généralement suivies, ne serait-ce que pour des raisons de légitimité et d'autorité des décisions politiques, mais dont l'application dépendrait finalement, pour l'essentiel, du bon vouloir des pouvoirs publics, situation dont on ne saurait se satisfaire dans le cadre d'un État de droit.

Pour autant, la légitimité de l'intervention du juge constitutionnel a pu faire l'objet d'un débat. On a ainsi pu parler d'une « objection contre-majoritaire », pour souligner le fait que le juge constitutionnel ne bénéficie généralement pas de la même légitimité démocratique que les pouvoirs institués qui sont l'émanation de l'expression du suffrage universel, alors que, face à la représentation parlementaire, qui exprime la volonté du peuple ou de la nation, le juge opère un contrôle de constitutionnalité et substitue sa lecture et son interprétation de la Constitution à celles du législateur.

De même, lorsque le juge constitutionnel est amené à intervenir pour proclamer et défendre des droits fondamentaux menacés par les pouvoirs publics, et ainsi protéger les individus de décisions ou de pratiques violant les droits essentiels de la personne humaine, rares sont les citoyens qui s'élèvent contre de telles pratiques, alors même que l'institution politique ou l'autorité

administrative responsable ne manque pas de soulever la question de la légitimité démocratique du juge constitutionnel.

Mais la question est généralement très mal posée, car la légitimité des gardiens de la Constitution ne doit pas être cherchée dans le principe de majorité, et le fait que les juges ne soient pas élus est, au contraire, un gage de légitimité. En effet, en n'étant pas choisis en fonction de critères partisans, par un vote politique, selon des critères de convenances et d'opportunités, les juges constitutionnels bénéficient d'une légitimité bien plus grande, celle qui relève de leur indépendance par rapport aux pouvoirs publics, aux partis politiques et aux groupes de pression. C'est donc en se libérant du principe de majorité que les juges constitutionnels acquièrent leur légitimité, même s'il est vrai que, quel que soit le mode de désignation, les institutions politiques émanant du suffrage universel jouent un rôle de premier plan.

La légitimité démocratique de la justice constitutionnelle n'est pas d'ordre formel, mais d'ordre substantiel, avec pour fondement le versant matériel du principe démocratique. Elle réside dans le fait que les droits fondamentaux étant la raison d'être de l'État constitutionnel de droit, la Constitution les consacre comme les limites infranchissables de l'activité des pouvoirs publics, ce qui suppose l'existence d'une justice constitutionnelle impartiale, neutre et indépendante. Plus précisément, c'est dans l'intangibilité des principes fondamentaux que réside la légitimité des juges constitutionnels, contrairement aux lois qui puisent leur légitimité dans le fait qu'elles sont l'expression de la volonté générale. C'est donc d'une authentique légitimité démocratique qu'il s'agit, au sens substantiel du terme. Plus encore, la légitimité de la justice constitutionnelle plonge ses racines aux origines de la démocratie, dans la rencontre du *δῆμος* du *κράτος*. La justice constitutionnelle est la chose de tout le peuple, non d'une fraction de celui-ci, fut-elle majoritaire²⁵⁰.

Par conséquent, la condition première de la légitimité de la justice constitutionnelle, c'est son indépendance. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut assurer, d'une part, le respect de la

norme constitutionnelle et, en premier lieu, des droits fondamentaux, d'autre part, l'égalité des individus devant la norme constitutionnelle, c'est-à-dire la jouissance par tous des droits fondamentaux. Cela place naturellement la justice constitutionnelle en première ligne face au pouvoir politique, dans une situation potentiellement conflictuelle en raison dans des contextes politiques tendus, voire troublés, comme c'est souvent le cas en Amérique latine où l'État constitutionnel de droit est d'autant plus faible que les conditions de consolidation démocratique sont souvent loin d'être réunies et que la culture politique est fortement empreinte des dérives autoritaires qu'ont connues les États latino-américains.

L'indépendance menacée de la justice constitutionnelle

De par leur fonction de contrôle de l'activité des pouvoirs publics et de protection des droits et libertés des citoyens, les juridictions constitutionnelles sont naturellement amenées à s'impliquer directement dans la défense de la démocratie dont le processus de consolidation, dans la plupart des pays latino-américains, est loin d'être abouti²⁵¹. Plus encore, elles sont souvent tentées de renforcer leurs compétences, notamment par une interprétation extensive de certaines dispositions constitutionnelles. Le pouvoir, notamment le président de la République, est alors naturellement tenté de faire pression sur elles, voire de remettre en cause leur existence.

Une justice constitutionnelle politiquement impliquée dans la défense de la démocratie

La justice constitutionnelle n'est légitime que dans la mesure où elle cantonne son action aux limites inhérentes à sa fonction. Le juge constitutionnel n'a, *a priori*, pas vocation à devenir un législateur *bis*, à substituer son appréciation à celle du parlement

démocratiquement élu, c'est-à-dire à jouer un rôle politique qui, par nature, n'est pas le sien. Il doit se borner à assurer une fonction juridictionnelle, c'est-à-dire une fonction d'interprétation et d'application de la norme juridique dans les affaires qui lui sont soumises. Il ne doit, en aucun cas, en profiter pour ajouter à la norme législative, fut-ce en se cantonnant apparemment à une simple interprétation de celle-ci, en jouant, en fait, un rôle de colégislateur.

Le contrôle de constitutionnalité ne peut, en aucun cas, reposer sur une motivation politique : « La loi, en tant qu'expression de droits politiques démocratiques, a une raison d'être autonome et un cadre propre, dans lequel le jugement de constitutionnalité ne peut exercer aucune influence²⁵². » La Constitution fixe le cadre juridique de l'action des pouvoirs publics, en établit les règles du jeu et en précise un ensemble de valeurs fondamentales au respect desquelles ceux-ci doivent se plier, et c'est dans ce cadre juridique que la décision politique doit s'inscrire. C'est en ce sens que le droit et le politique sont indissociables, le premier imposant au second des limites à ne pas franchir. Mais cela a pour conséquence évidente que le juge constitutionnel doit respecter lui-même son rôle naturel, faute de quoi il perdrait toute légitimité et toute crédibilité. Il a pour mission de faire respecter ledit cadre juridique, non à imposer aux pouvoirs publics la teneur de leurs décisions dès lors que ces dernières ne violent pas la Constitution, même si les juges constitutionnels, dans leur for intérieur, sont opposés à celles-ci, pour des raisons philosophiques, religieuses, morales, politiques, etc., c'est-à-dire pour des raisons qui ne sont pas juridiques.

La situation politique de l'Amérique latine, notamment le caractère inachevé des processus de consolidation démocratique, conduit toutefois à relativiser l'impératif de neutralité politique de l'action des juridictions constitutionnelles. Dès lors que leur raison d'être est la protection des Constitutions et la garantie de leur effectivité, et que ces dernières ont vocation, dans la logique de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, à œuvrer pour « la garantie des droits » et la

« séparation des pouvoirs », c'est-à-dire pour la modération du pouvoir afin d'en limiter les effets potentiellement liberticides, il va de soi que les juridictions constitutionnelles ont un rôle éminemment politique : le maintien de l'ordre constitutionnel établi, au-delà du simple respect de la lettre de la Constitution. Aussi, face à la dérive autoritaire des régimes démocratiques, elles se doivent d'agir plus en acteurs politiques qu'en juridictions neutres.

C'est ainsi qu'en Amérique latine, les tribunaux constitutionnels ont souvent œuvré pour la défense de la démocratie constitutionnelle. Ceci a eu pour conséquence de les placer parfois dans des situations particulièrement difficiles face à un pouvoir exécutif ou une administration désireux de s'affranchir du respect de la Constitution ou violant ouvertement les droits fondamentaux.

La Cour de constitutionnalité du Guatemala a ainsi offert, dans les années quatre-vingt-dix, un exemple particulièrement remarquable. Le 25 mai 1993, le président de la République, Jorge Serrano Elías, s'adressa à la nation pour annoncer avoir signé un décret relatif aux « règles temporaires de gouvernement », décret prévoyant notamment la suspension de l'application de plus de quarante articles de la Constitution et de divers articles de la loi d'*amparo*, d'*habeas corpus* et de constitutionnalité, ainsi que la dissolution du Congrès, de la Cour suprême de justice et de la Cour de constitutionnalité. La réponse de la Cour de constitutionnalité fut immédiate : sept de ses membres se réunirent et prirent une sentence déclarant la nullité dudit décret et de quarante textes d'application de celui-ci pour violation directe de la Constitution et rupture de l'ordre constitutionnel légitimement établi :

[...] Quand les actes des pouvoirs publics sont réalisés hors de la compétence prévue par la Constitution, il est recevable de mettre en œuvre l'activité de la justice constitutionnelle afin de garantir l'État de droit. [...] Les actes réalisés par le président de la République rapportés précédemment et les actes qui en découlent, non seulement transgressent certains articles de la Constitution, mais représentent une rupture de l'ordre constitu-

tionnel, situation qui ne peut être ignorée par cette Cour dont la fonction essentielle est la défense de l'ordre constitutionnel²⁵³.

Bien entendu, le président de la République s'opposa à ce que la sentence fût publiée au *Diario oficial*. Cette dernière reçut toutefois une large publicité à travers la presse et, même si le chef de l'État refusa de la respecter, elle contribua grandement à affaiblir le soutien que les forces armées lui avaient initialement accordé. À défaut de portée juridique effective, l'effet politique fut réel. Six jours plus tard, en application de l'article 203 de la Constitution qui donne à ses décisions un caractère impératif, la Cour prit un acte exécutoire par lequel elle ordonna au ministre de Gouvernement et au ministre de la Défense de lui apporter leur soutien pour obtenir que la sentence soit publiée au *Diario oficial* et respectée par le pouvoir exécutif. Le lendemain, le ministre de la Défense invita la Cour de constitutionnalité à sortir de la clandestinité dans laquelle elle avait pris la précaution de se réfugier, accepta d'exécuter la sentence, et ordonna à l'armée de respecter l'ordre constitutionnel, ce qui poussa le président de la République à quitter le pays et permit le rétablissement de l'activité du Congrès et de la Cour suprême de justice. La Cour de constitutionnalité destitua le vice-président qui avait succédé au Président, le déclarant coresponsable de la tentative de coup d'État²⁵⁴.

Bien entendu, il s'agit là d'un exemple extrême et exceptionnel du rôle qu'une juridiction constitutionnelle peut être amenée à jouer pour la défense de la démocratie constitutionnelle, et rien ne permet d'affirmer que d'autres juridictions constitutionnelles auraient eu la même attitude face à ce qui s'apparente à une tentative de coup d'État. D'ailleurs, il faut reconnaître que la Cour de constitutionnalité guatémaltèque a plus agi en institution politique qu'en juridiction constitutionnelle, et qu'elle s'est livrée à une lecture particulièrement libre, voire discutable au regard des principes d'interprétation exégétique, de la Constitution dont elle est pourtant chargée de défendre l'intégrité et d'imposer le respect. En effet, la Cour de constitutionnalité a agi d'office, ce que ne prévoit pas la Constitution guatémaltèque, non pas en jus-

tifiant cette décision en termes d'opportunité ou d'impératif de défense de la norme suprême, ce qui n'aurait pas été scandaleux au regard de l'extrême gravité de la situation, mais en cherchant à lui donner un fondement juridique, certes, discutable, mais réel. En effet, elle s'est référée à l'article 45 de la Constitution qui prévoit le droit de résistance, mais également et surtout à l'article 268 qui lui attribue la mission de « la défense de l'ordre constitutionnel » qu'elle a qualifiée d'essentielle dans sa sentence du 25 mai 1993. La Cour de constitutionnalité a ainsi manifestement voulu donner à son action un authentique fondement juridique, ne se contentant pas de la légitimité que donnait à cette dernière la remise en cause de la démocratie constitutionnelle par le président de la République.

En dehors des situations de crises majeures, comme celle que nous venons d'évoquer, les juridictions constitutionnelles latino-américaines ont parfois eu l'occasion d'intervenir pour permettre que soient jugés les auteurs ou les complices de coups d'État. Indépendamment du fondement juridique, et même si elles montrent une attention toute particulière à défendre le texte constitutionnel, les décisions et jugements rendus trouvent leur raison d'être dans un impératif consubstantiel à l'ordre constitutionnel : la défense du régime démocratique. En effet, au-delà du châtiement des actes commis, contre la démocratie, par la participation à un coup d'État, puis contre les Droits de l'homme sous le régime autoritaire qui lui a succédé, les juridictions suprêmes ont parfois joué un rôle important de prévention de nouvelles atteintes à la démocratie, en raison de l'effet dissuasif des peines prononcées. Les exemples des poursuites engagées contre le général Pinochet au Chili, et contre certains membres des juntas militaires qui se sont succédé en Argentine de 1976 à 1983, sont à ce titre particulièrement parlants.

Ainsi, le 8 août 2000, la Cour suprême de justice du Chili a levé l'immunité dont jouissait Augusto Pinochet en tant que sénateur à vie, alors que celui-ci avait tenté de se protéger en avançant un argument paradoxal : l'absence de procédure d'instruction lancée contre lui dans le cadre d'un procès politique

antérieur, hypothèse prévue par la Constitution de 1925 en vigueur lors du coup d'État du 11 septembre 1973 et dont le général Pinochet lui-même en avait alors suspendu l'application. Ainsi, comme l'a indiqué la Cour dans son 49^e considérant :

Des raisons éthiques et juridiques élémentaires ne permettent pas d'accepter qu'il ne puisse être soumis à un procès criminel, et que par conséquent il se retrouve exempté de façon anticipée de toute possible responsabilité de ce type, n'ayant pas été préalablement privé de son immunité procédurale [...] par la procédure de la mise en accusation constitutionnelle, et dans des circonstances établies durant les périodes d'inexistence du Congrès national, organisme naturellement appelé à introduire ce procès politique contre certains fonctionnaires, alors qu'il a participé par la suite de façon personnelle et directe à l'approbation de la disposition juridique qui a conduit à ce que le parlement soit dans l'impossibilité juridique d'instruire ledit procès. Dans cet ordre de considération, on s'oppose à l'allégation de la défense, la théorie des actes propres, qui, dans tous les domaines du droit, écarte la possibilité de rapporter les bénéfices indus des actions antérieures de l'intéressé, dont l'application conduit nécessairement en l'espèce au rejet d'une extension de la responsabilité criminelle basée sur l'absence de procès politique découlant précisément de dispositions édictées avec le concours de son représenté.

Toutefois, alors que la Cour suprême avait levé l'immunité parlementaire du sénateur à vie Augusto Pinochet, permettant au juge Juan Guzmán de le poursuivre en justice pour les crimes commis contre les opposants au régime par le commando appelé la « Caravane de la mort » entre 1973 et 1978, elle suspendit, en juillet 2002, les poursuites engagées contre l'ex-dictateur, alors âgé de 86 ans, pour raisons médicales. Il fallut attendre 2005 pour qu'à une majorité de vingt-et-une voix sur vingt-cinq, la Cour lève de nouveau l'immunité du général Pinochet et qu'il soit de nouveau question de le juger, cette fois pour son implication dans l'« opération Condor²⁵⁵ ». Pourtant, peu après, une chambre de la même Cour, formée de trois magistrats, mit fin aux poursuites lancées contre Augusto Pinochet. La Cour suprême était manifestement partagée entre son souhait de ren-

dre la justice et sa crainte de voir la démocratie remise en cause par la volonté de l'armée de défendre l'ancien dictateur.

D'autres juridictions latino-américaines ont eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de certains textes juridiques relatifs aux régimes autoritaires. On peut ainsi rappeler l'arrêt du 6 mars 2001 du tribunal criminel national n° 4 d'Argentine qui déclara inconstitutionnelles les lois *de point final* et *d'obéissance due* pour violation de l'article 29 de la Constitution qui interdit au Congrès de concéder à d'autres pouvoirs des compétences extraordinaires « qui font que la vie, l'honneur ou le sort des Argentins demeurent à la merci des gouvernements ou de quelque personne ». Le tribunal a ainsi estimé, dans le VII^e considérant, que l'« on peut difficilement avoir un exemple plus clair de ce que l'article 29 veut éviter [...] que le terrorisme d'État instauré par le régime de fait (1976-1983) ».

De même, on peut évoquer le jugement de l'assemblée plénière de la Cour suprême du Honduras qui a déclaré inconstitutionnels certains décrets d'amnistie pour les délits commis durant la dernière période de suspension des garanties constitutionnelles en étendant la mesure de grâce à des délits de droit commun en violation des dispositions de l'article 205 de la Constitution.

Enfin, dans sa sentence du 21 janvier 2002, le Tribunal constitutionnel du Pérou a déclaré constitutionnelle la procédure de réforme de la Constitution de 1993 prévue par le Congrès national, sur la base des possibilités envisagées par le texte lui-même pour procéder à sa révision totale conformément aux principes démocratiques énoncés par la Constitution de 1979. Le Tribunal a ainsi considéré que la procédure de réforme était un effort louable de consolidation de l'État démocratique :

(...) bien que l'actuelle charte ait été élaborée par un Congrès constituant démocratique et approuvée par un référendum à la légitimité très douteuse, il est aussi douteux que le débat sur la possibilité de sa réforme soit posé, non pas dans un contexte de coexistence avec un gouvernement de fait dont la fin est annoncée, mais dans un contexte où la démocratie a été pleinement

rétablie dans le pays et à travers des mécanismes que la démocratie elle-même fournit. En ce sens, le Tribunal observe que l'intention de favoriser un processus de réforme constitutionnelle, avec les règles que l'ordre constitutionnel lui-même fournit, constitue un fait historique important dans la consolidation de l'État constitutionnel de droit.

Une justice constitutionnelle tentée par un renforcement de ses compétences

La volonté des juridictions constitutionnelles de garantir effectivement les droits fondamentaux les conduit parfois à se livrer à une interprétation extensive de leur compétence. La Cour suprême de justice argentine en a fourni deux exemples significatifs, dans les sentences qu'elle a rendus, en 1957 et 1958, dans les affaires *Ángel Siri* et *Samuel Kot*, et qui conduisirent à un renforcement significatif des garanties des droits fondamentaux. D'une part, la Cour a estimé qu'il était nécessaire de reconnaître l'existence du recours d'*amparo*, en dehors de tout fondement textuel explicite, pour protéger effectivement les droits reconnus par la Constitution. D'autre part, elle a affirmé, également de façon novatrice, son attachement à la doctrine allemande du *drittwirkung*²⁵⁶.

En 1957, dans l'affaire *Ángel Siri*²⁵⁷, la Cour suprême a déclaré recevable un recours d'*habeas corpus* qui avait été introduit par le journal *Mercedes* dont la publication avait été interdite sans raison apparente, estimant qu'il s'agissait, en réalité, d'un recours d'*amparo* prévu implicitement par la Constitution. À la majorité, la Cour affirma que « tant les préceptes constitutionnels que l'expérience institutionnelle du pays réclament ainsi la jouissance et l'exercice total des garanties individuelles pour l'application effective de l'État de droit et imposent aux juges le devoir de les assurer²⁵⁸ ». C'est ainsi que fut instituée la procédure d'*amparo*, sans que le terme ait été utilisé, ni par la Constitution, ni par le juge.

La cour a ainsi déclaré :

[...] Cette vérification immédiate suffit pour que la garantie constitutionnelle invoquée soit rétablie par les juges dans son intégrité, sans qu'il soit possible d'alléguer au contraire l'inexistence d'une loi qui la régleme : les garanties individuelles existent et protègent les individus par le seul fait d'être consacrées par la Constitution et indépendamment des lois, lesquelles sont seulement requises pour établir « dans quel cas et avec quelle justification on pourra procéder à leur pénétration et occupation », comme le dit l'article 18 de la Constitution à propos de l'une d'elles [le domicile, N.D.T.]²⁵⁹.

[...] Déjà, à la fin du siècle passé, Joaquín V. González signalait : « Les “déclarations, droits et garanties” ne sont pas, comme on peut le croire, de simples formules théoriques : chacun des articles et des clauses qu'ils contiennent possèdent une force obligatoire pour les individus, pour les autorités et pour toute la Nation. Les juges doivent l'appliquer dans la plénitude de son sens, sans altérer ou affaiblir la signification expresse de son texte par des interprétations vagues ou des ambiguïtés. Parce qu'il s'agit de la défense personnelle, du patrimoine inaltérable qui fait de chaque homme, citoyen ou non, un être libre et indépendant au sein de la nation argentine (*Manual de la Constitución argentina, in Obras completas*, vol. 3, Buenos Aires, 1935, n° 82 ; voir également n° 89 et 90).

Ainsi, aucun juge ne pouvait renoncer à la protection des droits fondamentaux sous prétexte de l'absence d'une procédure prévue par la loi.

L'année suivante, dans l'affaire *Samuel Kot*²⁶⁰, à l'occasion d'un recours d'*amparo* introduit par un chef d'entreprise qui, au sujet de l'occupation de son usine par son personnel, avait invoqué « les garanties à la liberté du travail²⁶¹, à la propriété²⁶², à la libre activité²⁶³ », la Cour suprême a estimé, à la majorité, que les droits fondamentaux étaient invocables à l'égard, non seulement des pouvoirs publics, mais aussi des particuliers :

[...] La protection des droits fondamentaux prévus par la Constitution ne serait pas suffisamment garantie si on méconnaissait la réalité actuelle des consortiums, des syndicats, des associations de professionnels et des grandes firmes qui sont capables, non seulement de faire front au pouvoir étatique, mais

aussi de menacer ou de violer les droits fondamentaux des individus. [...] Pour garantir la protection constitutionnelle, le fait que la violation des droits fondamentaux soit réalisée par les pouvoirs publics ou les particuliers n'est pas décisif. N'est pas non plus décisive la source de la violation illégitime du droit fondamental, contrairement au droit fondamental lui-même, qui doit être protégé [...] ²⁶⁴.

Comme on pouvait s'y attendre, cette doctrine provoqua un afflux de recours, et finit par prendre une telle importance en matière judiciaire que, malgré les tentatives du pouvoir législatif de neutraliser ou de freiner son avancée, elle a fini par consolider un modèle d'*amparo* qui, en principe, admet son exercice contre des actes de personnes privées ²⁶⁵.

En revanche, le pouvoir judiciaire ne put malheureusement pas faire grand-chose en ce qui concerne les violations des Droits de l'homme durant la dictature militaire de la période 1976-1983.

Déjà, en 1967, suivant une tendance à l'interprétation extensive du domaine du recours d'*amparo*, la Cour suprême, dans l'affaire *Outón* ²⁶⁶, avait admis la possibilité de déclarer inconstitutionnelle une norme de caractère général dans le cadre de cette procédure. Finalement, après une longue période d'hésitations, elle semble avoir été consolidée au début des années quatre-vingt-dix. En tout cas, cette activité jurisprudentielle a servi pour que la réforme de 1994 accueille expressément, pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle argentine, la procédure de l'*amparo* ²⁶⁷. Quelques années plus tard, à partir de l'affaire *Pérez de Smith* ²⁶⁸, qui avait conduit le juge judiciaire à dénoncer le déni de justice résultant de la contestation réitérée, par les autorités compétentes, des jugements d'*habeas corpus* rendus dans des affaires de disparitions d'opposants durant la dictature, la Cour en arriva à déclarer inconstitutionnel un acte pris par les autorités militaires considéré comme un exercice infamant du pouvoir constituant par celles-ci ²⁶⁹.

Or, si les résolutions de la Cour suprême d'Argentine sont assimilables à celles des juridictions constitutionnelles dans le

cadre d'un État démocratique et qui participent ainsi au plus large respect possible des droits fondamentaux de la part des pouvoirs publics ou des particuliers, à l'extrême opposé, on peut mentionner, à titre d'exemple, l'action d'autres cours constitutionnelles dans des contextes politiques très défavorables. C'est notamment le cas de la Cour constitutionnelle de Colombie, dont les magistrats sont arrivés à se voir dans l'obligation de faire preuve d'un grand zèle dans des affaires où les droits fondamentaux étaient loin d'être effectivement garantis, allant jusqu'à ordonner aux militaires d'étudier la doctrine constitutionnelle formulée dans le cadre d'une action de tutelle engagée par un citoyen persécuté par les forces de sécurité²⁷⁰.

Une justice constitutionnelle faisant l'objet de menaces et de pressions

Les régimes présidentielistes latino-américains présentent la caractéristique de voir les juridictions constitutionnelles entretenir des relations d'autant plus conflictuelles avec le pouvoir exécutif qu'elles représentent le seul contrepois possible au pouvoir présidentiel en raison de la passivité des assemblées parlementaires.

Cet état de fait n'est pas propre aux régimes autoritaires. Dans les régimes démocratiques, une tension existe naturellement entre la majorité politique et la justice constitutionnelle et, en cas de rapports conflictuels, grande est la tentation de réformer la composition de la juridiction constitutionnelle pour faire cesser cet état de chose. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler la crise qu'ont traversée les États-Unis dans les années 1930, et qui s'est soldée par un changement de la composition de la Cour suprême destiné à modifier les équilibres politiques en son sein. Il est en effet tentant de réformer une institution devenue gênante.

Mais le plus significatif, en Amérique latine, est que, justement en raison du contexte politique de grave déficit démocratique, la tension entre le pouvoir politique et la justice

constitutionnelle a prétendu se résoudre, dans certaines occasions, de façon radicale, par une tentative de neutralisation complète de l'action de la justice constitutionnelle, en rendant totalement inopérante sa forme d'action ou, à l'extrême, en faisant pression sur les magistrats ou en forçant leur destitution. Divers exemples peuvent être mentionnés en ce sens, comme l'intention de bloquer la capacité de décision de la Cour constitutionnelle de Colombie en imposant une majorité des deux-tiers des membres pour prendre des sentences précises, mesure considérée comme inconstitutionnelle par la Cour elle-même²⁷¹, ou encore la destitution de membres du Tribunal constitutionnel d'Équateur durant le bref mandat d'Abdalá Bucaram²⁷².

Mais l'exemple le plus significatif est la tentative de neutralisation du Tribunal constitutionnel du Pérou durant la présidence d'Alberto Fujimori, Tribunal créé précisément par la Constitution de 1993 afin de donner une certaine légitimité constitutionnelle au coup d'État. La cause immédiate de ce conflit résidait dans l'article 4 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel, qui prévoyait une majorité de six voix sur sept pour les déclarations d'inconstitutionnalité de normes législatives. Ce quorum empêchait pratiquement tout contrôle de constitutionnalité effectif, et venait achever la destruction de la justice constitutionnelle péruvienne, le Tribunal des garanties constitutionnelles, créé par la Constitution de 1979, ayant été dissous immédiatement après le coup d'État du 5 avril 1992. Dans ce tribunal, on exigeait alors une majorité de six voix sur neuf pour les déclarations d'inconstitutionnalité, ce qui expliquait qu'il avait un rôle encore moins probant en matière de contrôle des lois que dans la protection des droits fondamentaux par le recours d'*amparo*, alors même que, paradoxalement, il contribuait à asseoir l'idée de suprématie de la Constitution et de garantie par celle-ci des valeurs démocratiques, mettant l'accent sur la défense de l'État social défini par elle face aux politiques néolibérales du gouvernement de Fujimori.

La constitutionnalité de la réforme de l'article 4 de la loi organique fut confirmée par le Tribunal constitutionnel dans sa

décision du 22 décembre 1996, prise conformément à la procédure de vote envisagée, à une majorité de quatre voix sur sept qui considéra que la disposition contestée ne violait aucun article de la Constitution, la fixation de la majorité qualifiée pour le vote des décisions du Tribunal étant une compétence discrétionnaire du législateur. Par contre, les trois magistrats opposés à la réforme de l'article 4 estimèrent que le problème ne résidait pas dans le nombre de voix nécessaires pour une déclaration d'inconstitutionnalité, mais dans l'inégalité constitutionnelle écrasante que consacrait la disposition critiquée, puisque le Tribunal constitutionnel était désormais pratiquement incapable de déclarer inconstitutionnelle une disposition qui lui serait soumise. C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel se priva de toute possibilité de s'opposer au pouvoir, d'autant plus que deux de ses membres étaient étroitement liés à l'entourage présidentiel.

Toutefois, toutes ces entraves à l'action du Tribunal constitutionnel n'ont pas suffi à empêcher ce dernier de bloquer la tentative du président Fujimori de se maintenir au pouvoir au delà des strictes limites établies par la Constitution. En effet, la loi d'interprétation authentique de la Constitution, révélatrice de la dérive autoritaire du régime, remettait en cause la règle, posée par l'article 112 de la Constitution, de la limite de deux mandats présidentiels consécutifs. Cette loi ne pouvait être déclarée inconstitutionnelle dans le cadre de la procédure de contrôle *in abstracto*, car la majorité qualifiée ne pouvait être atteinte. Le Tribunal constitutionnel décida alors de se déclarer compétent pour opérer un contrôle diffus et pour censurer une loi manifestement inconstitutionnelle, s'agissant là, à ses yeux, d'« un droit et [d']une obligation constitutionnellement reconnus à tous les juges », y compris aux magistrats du Tribunal constitutionnel. La déclaration d'inapplicabilité fut votée le 17 janvier 1997, par trois voix, contre quatre abstentions, dont deux des magistrats *oficialistes* qui ont été obligés de se prononcer préalablement et publiquement en faveur de la constitutionnalité de la réélection présidentielle.

Presque simultanément, le Tribunal constitutionnel rendit une autre sentence, cette fois dans le cadre du contrôle abstrait de

constitutionnalité, déclarant ne pas censurer la loi incriminée car ne pouvant pas réunir la majorité requise. Le président du Tribunal ordonna la publication des deux sentences, afin de bien mettre en évidence la contradiction entre celles-ci, rendues selon deux procédures différentes, et surtout le caractère ubuesque de la situation, puisque la loi de réélection demeurait en vigueur, mais était inapplicable à celui qui l'avait inspirée, le président Fujimori.

En réponse à ce conflit ouvert entre le Tribunal constitutionnel et la majorité présidentielle, une procédure de mise en accusation constitutionnelle contre les trois magistrats considérés comme opposés au Président fut engagée, conduisant à leur destitution. Ceux-ci ne furent pas renouvelés, et le Tribunal, restant à quatre membres, fut paralysé, le quorum ne pouvant être atteint. Ceci valut la condamnation du Pérou par la Cour inter-américaine de Droits de l'homme, le 31 janvier 2001, pour violation des droits des magistrats destitués reconnus par la Convention américaine des Droits de l'homme.

Ces événements survenus au Pérou montrent bien que la justice constitutionnelle est désarmée face à un pouvoir autoritaire, incapable de se protéger elle-même, et que le droit ne saurait être un bon antidote contre la dérive autoritaire des systèmes politiques dominés par le modèle présidentieliste²⁷³. Pour autant, il faut se garder d'être trop critique à l'égard du droit. S'il représente, en effet, une protection souvent peu efficace des démocraties constitutionnelles en temps de crise institutionnelle majeure, lorsque leur assise est minée, que leur soutien populaire lui fait défaut et que les forces armées sont prêtes à prendre le relais des civils, le droit demeure, en cas de crise d'une moindre gravité, un frein à certaines pratiques héritées d'un récent passé politique. À ce titre, dans le cadre d'un État de droit, on peut envisager un certain nombre de dispositions juridiques, notamment constitutionnelles, destinées à protéger l'indépendance et la liberté d'action des tribunaux constitutionnels dont il faut rappeler qu'ils sont les défenseurs en première ligne de la démocratie constitutionnelle, des droits fondamentaux et de l'État de droit.

La détermination et le courage dont font preuve certaines personnes qui œuvrent, à titre individuel, parfois au péril de leur vie, pour garantir dans leur pays une normalité démocratique, démontre, s'il était nécessaire, que l'enracinement, l'autonomie et la capacité de décision des institutions constitutionnelles, au premier plan desquelles figurent les juridictions constitutionnelles, demeurent très précaires, avec le risque que cela représente pour la subsistance de l'ordre démocratique dans des périodes de crises politiques majeures, comme l'histoire constitutionnelle de l'Amérique latine l'a trop souvent montré.

Le Guatemala des années quatre-vingt-dix en a donné un triste exemple, avec l'assassinat, le 3 avril 1994, du président de la Cour de constitutionnalité du Guatemala, Epaminondas González Dubón, qui a montré à quel point le régime démocratique guatémaltèque était fragile²⁷⁴. Alors que la nature politique de cet événement, manifestement destiné à bâillonner la Cour de constitutionnalité, semblait évidente, au point que Carlos Aldana, du Bureau des Droits de l'homme de l'archevêché, avait affirmé : « Ce crime est révoltant, car il vient démontrer qu'au Guatemala nous ne sommes pas sortis de la culture de la violence », et que l'un des magistrats de la Cour de constitutionnalité, Edmundo Vásquez, l'avait qualifié d'« événement de la plus haute signification », le porte-parole de la police, Fernando López, déclara, avec un empressement suspect, que le meurtre du président de la Cour de constitutionnalité était un crime de droit commun, lié au vol de sa voiture, et qu'il n'y avait pas lieu d'y voir une quelconque signification politique. Neuf ans plus tard, la Cour de constitutionnalité permit au général Efraín Ríos Montt, principal instigateur du soulèvement militaire de 1982, de présenter sa candidature à l'élection présidentielle de 2003, alors que la Constitution de 1985, dans son article 196 a), interdisait expressément l'accès à la magistrature suprême aux personnes ayant exercé la fonction de chef du gouvernement à la suite d'un coup d'État. Invoquant le principe de non-rétroactivité des normes, la Cour refusa d'appliquer cette règle au général Efraín Ríos Montt sous prétexte que le coup d'État avait été per-

pétre trois ans avant l'entrée en vigueur de la Constitution. C'est ainsi qu'un homme responsable de la destruction de centaines de villages Maya et de milliers d'assassinats, et dont la politique avait été clairement qualifiée de génocidaire par la Commission de la vérité guatémaltèque²⁷⁵, a pu se présenter à l'élection présidentielle comme n'importe quel citoyen guatémaltèque. Entre 1990 et 1995, Efraín Ríos Montt avait déjà voulu présenter sa candidature, mais celle-ci avait été refusée par la Cour de constitutionnalité sur le fondement d'une interprétation totalement inverse des dispositions de la Constitution de 1982. Mais depuis, les choses avaient changé. Epaminondas González Dubón était mort, assassiné par un voleur de voitures, et le président de la Cour de constitutionnalité avait été ministre du gouvernement soutenu par le parti politique d'Efraín Ríos Montt, le *Frente Republicano*²⁷⁶. Quand le hasard s'acharne...

Bien entendu, dans aucun système politique, on ne peut affirmer que le pouvoir n'est jamais tenté de s'immiscer dans le fonctionnement de la justice constitutionnelle, c'est-à-dire de l'institution chargée de contrôler son activité. Même les démocraties consolidées connaissent ce problème. Pour autant, il est certains que les jeunes démocraties sont plus exposées à ce danger, notamment du fait des mauvaises habitudes parfois fortement ancrées dans la culture politique des pays concernés. Certes, les convictions démocratiques des titulaires des plus hautes fonctions politiques et juridictionnelles sont le meilleur rempart contre de telles dérives. Mais cela suppose la durée, condition indispensable et pire ennemi des processus de consolidation démocratique. Aussi, il est indispensable de prévoir des garanties statutaires de l'indépendance des juridictions constitutionnelles, garanties qui, même si leur efficacité est toujours inévitablement perfectible, sont d'autant plus indispensables que les juridictions constitutionnelles ont pour vocation première d'assurer le respect des garanties constitutionnelles face aux pouvoirs constitués et que celles-ci sont généralement incapables d'assurer elles-mêmes leur survie.

L'indépendance imparfaitement garantie de la justice constitutionnelle

Les Constitutions latino-américaines consacrent généralement un certain nombre de dispositions aux garanties d'indépendance des juges constitutionnels à l'égard du pouvoir politique. Celles-ci ont, certes, une portée limitée, car l'indépendance est avant tout un choix personnel et relève plus de l'état d'esprit, de l'honnêteté et de la probité des juges constitutionnels que de leur statut, mais elles ne doivent pas être sous-estimées, car elles limitent les moyens de pression dont le pouvoir peut user à l'égard des juges constitutionnels. Ainsi, la détermination des autorités de nomination, dont le nombre et la diversité sont notamment un gage de pluralisme, la durée des fonctions et l'éventuelle limitation du renouvellement des mandats, qui limitent l'influence que celles-ci peuvent exercer sur les magistrats qu'elles ont choisis, et les compétences juridiques requises des futurs juges constitutionnels, sans garantir l'indépendance de ces derniers, offrent une garantie non négligeable de neutralité dans l'exercice de leurs fonctions à l'égard des institutions politiques dont ils sont notamment chargés de contrôler les activités.

Des organes de nomination multiples

Les procédures de désignation des membres des Tribunaux constitutionnels en vigueur en Amérique latine présentent trois caractéristiques complémentaires : elles accordent une importance toute particulière à la légitimité démocratique en retenant le plus souvent l'élection de leurs membres au suffrage universel indirect ; elles associent différents acteurs politiques et sociaux, dans le but de dépolitiser – au sens partisan du terme – la désignation des juges constitutionnels ; enfin, elles accordent souvent une place importante au critère de la compétence juridique de ces derniers.

Seule la Constitution de la Bolivie retient la solution de l'élection des membres du Tribunal constitutionnel au suffrage

universel direct, celle-ci se déroulant selon les mêmes règles que pour l'élection des membres du Tribunal suprême de justice²⁷⁷. Les candidats peuvent être proposés par les organisations de la société civiles et des nations et peuples indigènes²⁷⁸, puis l'Assemblée législative plurinationale opère une présélection des candidats à la majorité des deux-tiers des membres présents²⁷⁹. Il s'agit là d'une procédure très démocratique associant étroitement le peuple au choix des membres du Tribunal constitutionnel. Dans la précédente Constitution de 1967, les cinq magistrats étaient élus, non pas au suffrage universel, mais par le Congrès, en session conjointe de la Chambre des députés et du Sénat, à la majorité des deux tiers des membres présents²⁸⁰. Les candidats étaient choisis par le ministre de la Justice, les collèges d'avocats et les facultés de droit, ce qui avait le mérite de donner une plus grande importance au critère de la compétence juridique.

Au Chili, les dix membres du Tribunal constitutionnel sont désignés selon trois procédures complémentaires constituant un ensemble relativement complexe²⁸¹. Trois membres sont nommés par le président de la République. Quatre membres sont élus par le Congrès national : deux d'entre eux sont élus par le Sénat, et les deux autres sont préalablement proposés par la Chambre des députés pour leur approbation ou leur rejet par le Sénat, les propositions et les élections étant faites par votes uniques à la majorité des deux tiers des députés ou des sénateurs en fonction. Enfin, trois membres sont élus par la Cour suprême, au scrutin secret, au cours d'une session spécialement convoquée à cet effet. Lorsqu'un membre de la Cour suprême est élu ou nommé membre du Tribunal constitutionnel, il quitte ses fonctions au sein de la Cour suprême, le cumul étant impossible. On peut penser que la solution la plus satisfaisante aurait été d'interdire le choix des membres du Tribunal constitutionnel parmi ceux de la Cour suprême, mais le constituant n'a pas jugé bon de supprimer cette possibilité lors de la révision de la Constitution en 2005. Toutefois, bien qu'imparfaite, cette réforme était nécessaire car, auparavant, on pouvait fort bien avoir des magistrats du Tribunal constitutionnel membres de la Cour suprême intervenant dans un

recours d'inapplicabilité pour inconstitutionnalité dans une affaire qu'ils avaient eu l'occasion de connaître dans le cadre d'un recours préventif. Une telle éventualité est désormais impossible.

Globalement, la réforme de la Constitution chilienne de 2005 a représenté une avancée démocratique considérable en matière de nomination des membres du Tribunal constitutionnel. En effet, la Constitution²⁸² prévoyait que le Tribunal constitutionnel était composé de sept magistrats : un membre nommé par le président de la République sans contrôle d'un autre organe, un autre élu par le Sénat, également sans contrôle d'un autre organe, à la majorité absolue des sénateurs, trois membres élus par la Cour suprême, à la majorité absolue et au scrutin secret à plusieurs tours, et enfin deux membres nommés par le Conseil de sécurité nationale, dans la logique du régime autoritaire sous lequel cette Constitution a été adoptée, en vertu de laquelle le système institutionnel était placée sous tutelle militaire. Bien évidemment, avec la suppression du Conseil de sécurité nationale, le Chili a abandonné cette scorie héritée du régime autoritaire et qui constituait une véritable anomalie au regard des principes démocratiques, anomalie dont on ne peut comprendre le maintien aussi longtemps après la transition démocratique qu'en se remémorant les conditions politiques tendues de ladite transition, notamment de la place importante de l'armée dans le système politique chilien.

En Colombie, les membres de la Cour constitutionnelle sont élus par le Sénat de la République, trois listes de candidats étant présentées respectivement par le président de la République, la Cour suprême de justice et le Conseil d'État²⁸³. Ne peuvent être nommées les personnes qui, durant l'année précédant l'élection, ont exercé la fonction de ministre d'État, de magistrat de la Cour suprême ou de magistrat du Conseil d'État²⁸⁴.

En Équateur, les membres de la Cour constitutionnelle sont nommés par une commission dont les membres sont désignés par les pouvoirs législatif, exécutif, et de « transparence et contrôle social », à raison de deux par pouvoir²⁸⁵. La sélection

des membres est opérée entre les candidatures présentées par les trois pouvoirs précités selon une procédure de concours public – d'où un risque de représentation des intérêts corporatifs –, avec une possibilité de contestation des citoyens. La Constitution de 1998²⁸⁶ prévoyait l'élection des membres de la Cour constitutionnelle par le Congrès national unicaméral à la majorité des membres : deux membres élus sur une liste de trois noms proposés par le président de la République, deux membres élus sur une liste de trois noms élus par la Cour suprême de justice en dehors de ses membres, deux membres élus par le Congrès national en-dehors des parlementaires, un membre élu parmi les trois noms proposés par les maires et les préfets provinciaux, un membre élu parmi les trois membres proposés par les syndicats de travailleurs et les organisations indigènes et paysannes à caractère national et légalement reconnues, et enfin un membre parmi les trois proposés par les Chambres de la production légalement reconnues. Cette procédure était relativement complexe. Elle avait toutefois le grand intérêt d'associer largement l'ensemble des composantes de la société équatorienne, mais l'on peut se demander dans quelle mesure les personnes et autorités invitées à proposer des candidats étaient réellement à même d'apprécier les compétences juridiques, notamment en matière constitutionnelle et des Droits de l'homme, des personnes appelées à assumer la fonction de juges constitutionnels. À l'inverse, la nouvelle procédure s'inscrit dans une double logique centralisatrice et de renforcement du rôle du pouvoir exécutif.

La Constitution du Guatemala²⁸⁷ a retenu une procédure relativement complexe, puisque les cinq magistrats de la Cour de constitutionnalité sont désignés par l'assemblée plénière de la Cour suprême de justice, l'assemblée plénière du Congrès de la République, le président de la République en Conseil des ministres, le Conseil supérieur universitaire de l'Université de San Carlos de Guatemala et l'assemblée du Collège des avocats, chaque nomination d'un titulaire étant doublée par celle d'un suppléant par le Congrès de la République. Cette procédure accorde une place importante au critère des compétences juri-

diques des futurs magistrats de la Cour de constitutionnalité, puisque l'on peut penser qu'au moins trois sur cinq seront des juristes.

On peut, à ce titre, rapprocher cette procédure de désignation de celle que retient la Constitution du Venezuela²⁸⁸. En effet, les magistrats du Tribunal suprême de justice sont élus par l'Assemblée nationale parmi les candidatures présentées par les intéressés eux-mêmes ou par des organisations liées à l'activité judiciaire et retenues par le Comité de candidatures judiciaires qui les transmet au « pouvoir citoyen » qui fait une nouvelle présélection, les citoyens pouvant faire part de leurs objections, soit au Comité des candidatures judiciaires, soit à l'Assemblée nationale. Il s'agit là d'une procédure permettant d'espérer, *a priori*, que seront choisies majoritairement des personnes ayant de réelles compétences juridiques.

Enfin, au Pérou, la procédure est nettement plus simple, les membres du Tribunal constitutionnel étant élus par le Congrès de la République à la majorité des deux-tiers des membres²⁸⁹, une majorité qui permet, *a priori*, de s'affranchir des clivages partisans et qui favorise les décisions consensuelles.

Une durée des fonctions limitée

Un mandat relativement long et non immédiatement renouvelable est un gage d'indépendance des membres du Tribunal constitutionnel, car les juges constitutionnels sont ainsi moins soumis à la tentation de céder aux pressions des autorités de désignation en échange de décisions favorables. Sur ce point, on peut noter une évolution appréciable des Constitutions durant les deux dernières décennies.

En ce qui concerne la durée du mandat, celle-ci est relativement longue. Certes, elle est à peine de cinq ans au Guatemala²⁹⁰ et au Pérou²⁹¹, et de six ans en Bolivie²⁹², mais elle est de huit ans en Colombie²⁹³, de neuf ans au Chili²⁹⁴ et en Équateur²⁹⁵, et de douze ans pour le Tribunal suprême de justice du Venezuela²⁹⁶.

La tendance générale de la durée du mandat est donc celle d'un allongement. En effet, si elle est passée de dix ans²⁹⁷ à six

ans en Bolivie, elle est demeurée stable en Colombie²⁹⁸, au Pérou²⁹⁹ et au Venezuela³⁰⁰, et elle a été allongée d'une année au Chili³⁰¹, et surtout de cinq ans en Équateur³⁰².

En ce qui concerne le renouvellement éventuel du mandat des membres des Tribunaux constitutionnels, gage également important d'indépendance de ceux-ci à l'égard des autorités de désignation, seule la Constitution du Guatemala l'autorise – ou plus exactement ne l'interdit pas expressément –, ce qui est une solution d'autant moins convaincante en terme d'indépendance des membres que le mandat est relativement court – cinq ans. Les Constitutions de la Bolivie³⁰³ et de la Colombie³⁰⁴ excluent tout renouvellement. Celle du Venezuela ne l'interdit pas formellement, mais prévoit un mandat unique, ce qui revient au même. Celles de l'Équateur³⁰⁵ et du Pérou³⁰⁶ interdisent un renouvellement immédiat, mais ne l'interdisent pas une fois passé un certain laps de temps. Quant à la Constitution du Chili³⁰⁷, elle n'autorise le renouvellement du mandat que dans l'hypothèse où le magistrat est resté en poste moins de cinq ans pour terminer le mandat d'un prédécesseur.

Avant les réformes constitutionnelles des deux dernières décennies, les constitutions latino-américaines étaient moins réticentes au sujet d'un renouvellement possible du mandat des membres des Tribunaux constitutionnels. La Constitution de l'Équateur³⁰⁸ et l'article 4 de la loi de contrôle de constitutionnalité RO/99 du 2 juillet 1997 permettaient expressément cette possibilité. Celle de la Bolivie envisageait une possible réélection non immédiate des magistrats : il suffisait de laisser passer un mandat³⁰⁹. Il en était de même au Pérou³¹⁰. Quant à la Constitution du Chili, avant la réforme du 4 janvier 2010, elle était muette sur ce point, mais l'article 2 de la loi organique n° 17.997 relative au tribunal constitutionnel prévoyait cette possibilité ; le projet de réforme constitutionnelle envisageait la possibilité de réélection pour les membres désignés par la Cour suprême, sans se prononcer sur les autres membres, ce qui excluait *a contrario* leur réélection, solution que la réforme n'a finalement pas retenue.

Des compétences juridiques requises

Les Constitutions latino-américaines imposent généralement aux autorités de nomination des juges constitutionnels que ceux-ci aient une solide compétence juridique. Si ce critère n'est en rien une garantie formelle d'indépendance des membres des tribunaux constitutionnels, il n'en constitue pas moins une limite de choix des autorités de nomination qui, de ce fait, ne peuvent pas se cantonner à des critères de pure allégeance partisane.

Ainsi, la Constitution de la Bolivie prévoit « une spécialisation ou une expérience accréditée d'au moins huit ans dans la discipline du droit constitutionnel, du droit administratif ou des Droits de l'homme. Pour la qualification des mérites, on prendra en compte le fait d'avoir exercé la qualité d'autorité originaire sous son système de justice³¹¹ ». Auparavant, la Constitution de 1967, dans son article 119.IV, établissait que les magistrats du Tribunal constitutionnel devaient réunir « les mêmes conditions que pour être ministre[s] de la Cour suprême de justice », l'article 13 de la loi sur le Tribunal constitutionnel précisant, comme prérequis, le fait d'« avoir le titre d'État d'avocat avec plus de dix ans d'exercice professionnel, ou de professeur d'université avec la même ancienneté ». Ainsi, il n'est plus nécessaire d'être avocat ou professeur d'université, mais il faut avoir une compétence reconnue en droit constitutionnel, en droit administratif ou en Droits de l'homme.

Le passage de dix ans à huit ans d'expérience juridique ne constitue pas un assouplissement sensible de l'exigence de la compétence juridique des candidats à la fonction de juge constitutionnel, surtout si l'on compare cette ancienneté avec celle requise par la Constitution du Chili. En effet, au Chili, l'article 92 de la Constitution prévoit l'obligation pour les futurs membres du Tribunal constitutionnel d'« avoir le titre d'avocat depuis au moins quinze ans ». Mais cela ne signifie pas qu'ils doivent avoir quinze ans de pratique professionnelle effective.

À l'inverse, la Constitution de l'Équateur est nettement plus exigeante, puisqu'elle prévoit, comme garantie de compétences

de juriste: « 2. Être titulaire d'un diplôme de troisième cycle en droit légalement reconnu dans le pays. 3. Avoir exercé avec une probité notoire la profession d'avocate ou d'avocat, la magistrature ou l'enseignement universitaire en sciences juridiques durant une période minimum de dix ans³¹² ». Cette Constitution est donc plus exigeante que celle de 1998, puisque cette dernière, dans son article 275 alinéa 2, imposait d'avoir le titre d'avocat, d'avoir exercé durant au moins quinze ans la fonction d'avocat, de magistrat ou de professeur de droit, mais ne prévoyait aucun diplôme.

Dans le même sens, la Constitution de la Colombie prévoit des critères cumulatifs, avec notamment celui de la durée des fonctions exercées: « 2. Être avocat. [...] 4. Avoir exercé, durant dix ans, des fonctions dans le domaine judiciaire ou dans le ministère public, ou avoir exercé, avec une bonne réputation, pour la même durée, la profession d'avocat, ou de professeur d'université dans les disciplines juridiques dans des établissements officiellement reconnus. »

De même, la Constitution du Pérou prévoit que, pour être membre du Tribunal constitutionnel, on exige les mêmes conditions que pour être membre de la Cour suprême à savoir, selon l'article 147 de la Constitution: « Avoir été magistrat de la Cour supérieure ou procureur supérieur durant dix ans, ou avoir exercé la fonction d'avocat ou de professeur d'université en matière juridique durant quinze ans³¹³. »

Dans le même sens, la Constitution du Guatemala qui se montre assez exigeante en ce qui concerne la durée des fonctions de juriste: « b. Être avocat associé. (...) d. Avoir au moins quinze ans d'expérience professionnelle³¹⁴. »

Enfin, on peut citer l'exemple du Venezuela pour être membre du Tribunal suprême de justice, il faut remplir les conditions suivantes:

2. Être un citoyen ou citoyenne d'honorabilité reconnue.
3. Être juriste de compétence reconnue, jouir d'une bonne réputation, avoir exercé le barreau durant un minimum de quinze ans et avoir un titre universitaire de troisième cycle en matière juri-

dique ; ou avoir été professeur d'université ou professeure d'université en science juridique durant au minimum quinze ans et avoir le grade de professeur ou de professeure titulaire ; ou être ou avoir été juge ou juge supérieur ou supérieure dans la spécialité correspondant à la Chambre pour laquelle il ou elle postule, avec un minimum de quinze ans dans l'exercice de la carrière judiciaire, et un prestige reconnu dans l'exercice de ses fonctions³¹⁵.

Il convient de signaler que, dans sa résolution du 12 décembre 2000, la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême du Venezuela a établi que le titre universitaire de troisième cycle n'était exigible que si, à la date de l'obtention du titre d'avocat, un enseignement de troisième cycle existait dans le pays. De même, le titre de professeur titulaire doit être compris, non comme une catégorie spécifique de professeur, mais comme s'opposant à l'exercice provisoire ou intérimaire de la fonction de professeur.

Les Constitutions latino-américaines se montrent donc généralement assez exigeantes en ce qui concerne les compétences juridiques des juges constitutionnels. Ces compétences ne sont pas, en soi, une assurance parfaite de l'indépendance de ces derniers à l'égard du pouvoir politique, notamment des autorités de nomination. Toutefois, venant compléter les garanties que constituent le choix des autorités de nomination, la fixation de la durée des fonctions et la limitation du renouvellement des fonctions, l'imposition de compétences juridiques permet d'espérer qu'une fois nommés, les juges constitutionnels feront primer leur fonction de juges sur d'éventuelles allégeances politiques.

*

* *

Les juridictions constitutionnelles latino-américaines offrent finalement un visage contrasté assez conforme à la situation globale des systèmes démocratiques du sous-continent. Alors que les démocraties peinent encore à mener à bien leur processus

consolidation, les juridictions constitutionnelles ont du mal à trouver leur place dans les schémas institutionnels en place.

Confrontées à des pratiques héritées des anciens régimes autoritaires, placées la plupart du temps face à un pouvoir présidentiel hypertrophié, investies à demi-mot d'une mission de contrôle du pouvoir que les Congrès ne sont pas à même de mener à bien dans des régimes présidentialistes qui ne leur reconnaît qu'un rôle très secondaire, les juridictions constitutionnelles semblent toujours en quête d'une légitimité qui ne leur est jamais, ni totalement reconnue, ni ouvertement niée.

Certes, les Constitutions comportent généralement diverses dispositions destinées à leur garantir une réelle indépendance à l'égard du pouvoir politique, mais ce dernier ne les respecte que dans la mesure où les juridictions constitutionnelles ne sont pas un obstacle à la mise en œuvre de leurs politiques. Comble de l'hypocrisie, cette indépendance n'est respectée que dans la mesure où elle ne gêne pas.

Le constat global de la situation incite toutefois à un optimisme raisonnable mais réel. Dès lors que la justice constitutionnelle apparaît comme suffisamment gênante pour susciter l'hostilité du pouvoir, notamment présidentiel, et que son indépendance est périodiquement mise en cause et remise en question, elle prouve son utilité, son efficacité et sa légitimité dans un système démocratique qui, souvent, sombrerait dans les vieux travers autoritaires si elle n'était pas là pour s'y opposer.

Aussi, plus qu'un enjeu de la consolidation démocratique, l'indépendance de la justice constitutionnelle est une réponse à celle-ci. Dans le cadre des régimes présidentialistes, les Congrès étant incapables de contrebalancer l'hypertrophie du pouvoir présidentiel, les juridictions constitutionnelles participent à l'encadrement et au contrôle de ce dernier. En affirmant et en protégeant les droits et libertés fondamentaux, elle renforce la confiance des citoyens dans le régime démocratique qui devient une réalité quotidienne. En garantissant la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne, et l'effectivité de la norme internationale – notamment les conventions relatives aux

Droits de l'homme –, elle œuvre au renforcement de l'État de droit et de la démocratie libérale.

Autant dire qu'en Amérique latine, où la consolidation démocratique fait toujours défaut, l'indépendance du juge constitutionnel est toujours loin d'être parfaitement assurée. Et finalement, cela est rassurant : le pouvoir ne se désintéresse du juge constitutionnel que quand ce dernier a cessé de jouer pleinement son rôle de gardien de l'État constitutionnel de droit.

plus de deux millions et demi de personnes, créant un état de fait institutionnel découant de l'absence d'exécution d'un ensemble de politiques publiques par les autorités publiques, dont la Cour a décidé de surveiller la mise en œuvre dans le cadre de l'exécution de sa sentence T-025.

²²⁵ Héctor FIX-ZAMUDIO, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, « El derecho de amparo en México », *op. cit.*, p. 502-508.

²²⁶ José Ramón COSSÍO, « Juicio de amparo. Diagnóstico de posibles soluciones », in *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*, *op. cit.*, p. 219-220 ; voir également <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=911> [consulté en janvier 2010].

²²⁷ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Alfonso HERRERA GARCÍA, « Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) », in *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, *op. cit.*, p. 330-331.

²²⁸ Víctor BAZÁN, « La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional », in « Cuestiones Constitucionales », *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 20, enero-junio, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 29.

²²⁹ *Ibid.*, p. 25-29 et 36-38.

²³⁰ Résolution interprétative 304.

²³¹ Gilmar FERREIRA MENDES, Inocéncio MÁRTIRES COELHO, Paulo GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, Sao Paulo, Editora Saraiva, 3^e éd., 2008, p. 541-543.

²³² Heinrich TRIEPEL, *Derecho público y política* Madrid, Civitas, 1986, p. 33-78.

²³³ Samuel P. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1993.

²³⁴ Norberto BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, Paris, Le Seuil, 2007.

²³⁵ Norberto BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Le Cerf, 1996.

²³⁶ Giuseppe DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologne, Il Mulino, 1998.

²³⁷ Norberto BOBBIO, *op. cit.*.

²³⁸ Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 2-3.

²³⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁰ Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2^e éd., 2001, p. 23-24.

²⁴¹ Abraham SILES VALLEJOS, « El rol de la jurisdicción constitucional en el Estado democrático de Derecho : algunas consideraciones sobre el modelo de ECDD y referencias al caso peruano », p. 6, consultable à l'adresse <http://www.dplf.org/uploads/1294082352.pdf>.

²⁴² Sur la question, voir M. CAPPELLETTI, « ¿Renegar Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 17, 1986, p. 36-41.

²⁴³ *Ibid.*, p. 40-41.

²⁴⁴ Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, reprint de l'édition de 1931, Berlin, Duncker & Humblot, 1996 ; Hans Kelsen, « Wer soll Hüter der Verfassung sein? », *Die Justiz*, vol. 6, p. 5-56. Sur la question, voir Carlos Miguel HERRERA, « La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitución », *Revista de Estudios Políticos*, n° 86, 1994, p. 195.

²⁴⁵ R. HERNÁNDEZ VALLE, « El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional », *Boletín mexicano de derecho comparado*, n° 88, 1997, p. 221.

²⁴⁶ H. P. SCHNEIDER, « Jurisdicción constitucional y separación de poderes », *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 198.

²⁴⁷ R. HERNÁNDEZ VALLE, *op. cit.*, p. 226.

²⁴⁸ F. RUBIO LORENTE, « La Constitución como fuente de derecho », in E. ANGULO RODRIGUEZ, A. ARGULLOL MURGADAS, J. AROZAMENA SIERRA, *La Constitución y las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 61.

²⁴⁹ M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 53.

²⁵⁰ Voir Gustavo ZAGREBELSKU, « Jueces constitucionales », in Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 101-102.

²⁵¹ Sur la question, voir notre étude : « La consolidation démocratique en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle, une quête inaboutie », in *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation. Mélanges offerts à Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 551-570.

- ²⁵² Marina GASCÓN ABELLÁN et Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra, 2^e éd., 2005, p. 282.
- ²⁵³ *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1994.
- ²⁵⁴ Sur cet événement, voir notamment J. M. GARCÍA LAGUARDIA, « La jurisdicción constitucional en Guatemala », in R. HERNÁNDEZ VALLE et P. PÉREZ TREMP, *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 129-151.
- ²⁵⁵ L'opération Condor était un plan concerté de six dictatures sud-américaines, l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay, pour éliminer leurs principaux opposants politiques.
- ²⁵⁶ « Effets vis-à-vis des tiers ».
- ²⁵⁷ Affaire 239 : 459, 27 décembre 1957.
- ²⁵⁸ <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/siri-angel-1957.html>.
- ²⁵⁹ *Ibid.*
- ²⁶⁰ Affaire 241 : 291.
- ²⁶¹ Article 14 de la Constitution.
- ²⁶² Article 17 de la Constitution.
- ²⁶³ Article 19 de la Constitution.
- ²⁶⁴ <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/samuel-kot-1958.html>.
- ²⁶⁵ Voir notamment J. R. A. VANOSSI, *Teoría Constitucional II. Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p. 283 et s..
- ²⁶⁶ Jugement 265 : 215 du 29 mars 1967.
- ²⁶⁷ Voir A. DALLA VIA, « Justicia Constitucional en Iberoamérica », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997.
- ²⁶⁸ Cour suprême de justice de la nation argentine, 21 décembre 1978, *Pérez de Smith, Ana M. y otros*, <http://www.surderecho.com.ar/mail/PDF/perez.pdf>.
- ²⁶⁹ Sur la question, voir notamment N. P. SAGÜES, « Instrumentos procesales protectores de los derechos humanos en Argentina », in D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO et R. HERNÁNDEZ VALLE (coord.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, p. 329.
- ²⁷⁰ Voir notamment P. PLANAS, *El Fujimorato. Estudio Político-Constitucional*, Lima, 1999, p. 157-158.
- ²⁷¹ *Ibid.*, p. 162-163.

²⁷² Voir N. LÖSING, *op. cit.*, p. 308-309.

²⁷³ E. ORELLANA, « La jurisdicción constitucional en Honduras », in R. HERNÁNDEZ VALLE et P. PÉREZ TREMPES, *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Valence, Tirant lo blanch, 2000, p. 192.

²⁷⁴ <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/asesinan-a-presidente-de-la-corte-de-constitucionalidad-64134-64134.html>.

²⁷⁵ J.-M. SIMON, « La comisión para el esclarecimiento histórico, verdad y justicia en Guatemala », *Boletín mexicano de derecho comparado*, n° 106, 2003, p. 180.

²⁷⁶ *The New York Times*, 1^{er} août 2003.

²⁷⁷ Article 198 de la Constitution de 2009.

²⁷⁸ Article 199 de la Constitution de 2009.

²⁷⁹ Article 182 de la Constitution de 2009.

²⁸⁰ Article 119 § II de la Constitution de 1967, révisé par la loi n° 1585 du 12 août 1994.

²⁸¹ Article 92 de la Constitution de 1980.

²⁸² Article 81 de la Constitution de 1980 dans sa rédaction antérieure à la révision constitutionnelle de 2005.

²⁸³ Article 239 de la Constitution de 1991.

²⁸⁴ Article 240 de la Constitution de 1991.

²⁸⁵ Article 434 de la Constitution de 2008.

²⁸⁶ Article 275 de la Constitution de 1998.

²⁸⁷ Article 269 de la Constitution de 1985.

²⁸⁸ Article 264 de la Constitution de 1999.

²⁸⁹ Article 201 de la Constitution de 1993.

²⁹⁰ Article 269 de la Constitution de 1985.

²⁹¹ Article 201 de la Constitution de 1993.

²⁹² Article 183 de la Constitution de 2009.

²⁹³ Article 239 de la Constitution de 1991.

²⁹⁴ Article 92 de la Constitution de 1980.

²⁹⁵ Article 432 de la Constitution de 2008.

²⁹⁶ Article 264 de la Constitution de 1999.

²⁹⁷ Voir l'article 119 § V de la Constitution de 1967, et l'article 15 de la loi sur le Tribunal constitutionnel.

²⁹⁸ Voir l'article 239 de la Constitution dans sa rédaction antérieure à la révision constitutionnelle de 2005, et article 44 de la loi statutaire de l'administration de la justice.

- ²⁹⁹ Article 201 de la Constitution de 1993, et article 8 de la loi organique n° 26435 relative au Tribunal constitutionnel.
- ³⁰⁰ Article 264 de la Constitution de 1999.
- ³⁰¹ Article 81 de la Constitution de 1980, dans sa rédaction antérieure à la réforme constitutionnelle de 2005. Le projet de réforme constitutionnelle prévoyait que le mandat des magistrats élus par les membres de la Cour suprême de justice ne serait que de trois ans.
- ³⁰² Voir l'article 275 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1998.
- ³⁰³ Article 183 alinéa 1^{er} de la Constitution de 2009. On peut noter que la question du non-renouvellement du mandat et abordée avant celle de sa durée, ce qui est significatif de l'importance qu'accorde le constituant à cette question.
- ³⁰⁴ Article 239 alinéa 2 de la Constitution de 2009.
- ³⁰⁵ Article 432 alinéa 2 de la Constitution de 2008.
- ³⁰⁶ Article 201 alinéa 3 de la Constitution de 1993.
- ³⁰⁷ Article 92 alinéa 2 de la Constitution de 1980.
- ³⁰⁸ Article 275 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1998.
- ³⁰⁹ Article 119 § V de la Constitution de 1967.
- ³¹⁰ Article 201 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1993.
- ³¹¹ Article 199.1 de la Constitution de 2009.
- ³¹² Article 433 de la Constitution de 2008.
- ³¹³ Article 201 de la Constitution de 1993.
- ³¹⁴ Article 270 de la Constitution de 1993.
- ³¹⁵ Article 263 de la Constitution de 1999.
- ³¹⁶ Recours permettant de remettre en cause la constitutionnalité de normes antérieures à la promulgation de la Constitution en vigueur [N.D.T].
- ³¹⁷ En ce sens, Maria Victória Benevides a affirmé que « l'empire de Vassoura a préparé le chemin pour la domination de l'épée », et a conclu : « Le personnalisme autoritaire de Jânio, le bonapartisme, le moralisme qui reprend le thème du golpisme, atténué durant la seconde moitié du gouvernement JK, a contribué au coup d'État. » Voir *Pesquisa FAPESP*, n° 182, p. 82. Comme l'a noté Maria Teresa Sadek, le caractère obscur du renoncement a toujours intéressé Jânio lui-même pour entretenir l'image de l'« homme juste et inflexible qui promettait de revenir un jour au combat contre les puissants », *Pesquisa FAPESP*, n° 182, p. 80.