

LES STRATEGIES JUDICIAIRES DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR POUR REDUIRE LA
PAUVRETE ET LES INEGALITES

Carlos Bernal*

Traduit par Arnaud Martin†

Table des matières

ABOUT CARLOS BERNAL	35
À PROPOS DE CARLOS BERNAL	37
INTRODUCTION.....	39
1. LA REDUCTION DE LA PAUVRETE ET DES INEGALITES PAR L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX.....	42
2. LES CIRCONSTANCES JURIDIQUES ET SOCIALES DE L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX.....	45
2.1. LA DIFFICULTE DE MESURER LES EFFETS DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR	45
2.2. L'INDETERMINATION DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES RELATIVES AUX DROITS SOCIAUX	51
3. LE PARADOXE DE L'ÉTAT SOCIAL.....	55
4. LE ROLE TRANSFORMATEUR DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX	57
5. UNE EVALUATION DES STRATEGIES JUDICIAIRES DE TRANSFORMATION.....	61

Abstract

Some constitutions, particularly those of the so-called South, have a transformative function. However, assigning this function to these constitutions raises problems, which need to be addressed and on the basis of which this article considers two hypotheses. The first is that both broad and narrow conceptions of transformative constitutionalism recognize that one of their objectives is to reduce poverty and inequality. The second is that transformative

* Magistrat à la Cour constitutionnelle de Colombie. L'auteur remercie le Professeur Pierre Brunet et les membres du Comité éditorial de la revue juridique des étudiants de la Sorbonne pour leur aide dans le cadre de la traduction de cet article.

† Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux.

constitutionalism can achieve this objective through the application of social rights by the Constitutional Court and the Supreme Court. On the basis of these assumptions, in the context of institutional and performance issues, this article provides a critical analysis of the strategies that these courts have adopted to achieve this objective. It focuses in particular on the shortcomings of so-called structural remedies and formulates concrete proposals for solutions, based on dialogical remedies.

To achieve this objective, this article focuses its analysis on transformative constitutionalism in Latin America. Similarly, as a case study, it assesses the main strategies for the protection of social rights adopted by the Constitutional Court of Colombia

Résumé

Certaines constitutions, en particulier celles des pays dits du Sud, ont une fonction transformatrice. Attribuer cette fonction à ces constitutions soulève néanmoins des problèmes, qu'il est nécessaire d'évoquer et sur la base desquelles cet article envisage deux hypothèses. La première est que les conceptions tant larges qu'étroites du constitutionnalisme transformateur reconnaissent que l'un de leurs objectifs est la réduction de la pauvreté et des inégalités. La seconde est que le constitutionnalisme transformateur peut atteindre cet objectif par l'application des droits sociaux par la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. Sur la base de ces présupposés, dans le cadre de la problématique institutionnelle et de performance, cet article propose une analyse critique des stratégies que ces tribunaux ont adoptées pour atteindre cet objectif. Il se concentre en particulier sur les lacunes des remèdes dits structurels et formule des propositions concrètes de solutions, basées sur des remèdes dialogiques.

Pour atteindre cet objectif, le présent article concentre son analyse sur le constitutionnalisme transformateur en Amérique latine. De même, en tant qu'étude de cas, il évalue les principales stratégies de protection des droits sociaux adoptées par la Cour constitutionnelle de Colombie.

ABOUT CARLOS BERNAL

If there is a dream or perhaps a widespread fantasy among lawyers, it is undoubtedly that of being able to change the world by law. In the past, some believed that they could organise war or establish peace, but also guarantee equality between individuals, protect freedom, establish solidarity, and today others or the same hope to be able to fight against global warming, preserve the nature of consumerism in need of energy resources or reduce inequality and bring about social transformation. Admittedly, the results are poor when compared to the ideal, but without law, would it not be worse? Can we seriously consider fighting poverty and reducing inequalities without law? Is politics enough? And if politics is not... can tribunals, can the constitutional or supreme courts do it? These are the questions that Carlos Bernal tackles with his well-known rigour and a knowledge that is not limited to the legal field¹.

He is indeed one of these legal professionals who know that much can be expected from the law but that it would be naive to expect everything from it. With an elegant scepticism, he discusses here the contemporary and, at first sight, very abstract discussion relating to the constitutionalism of transformation or transformative constitutionalism of which Latin America very quickly appeared to many commentators as a laboratory². It is true that for their part, some sociologists had seemed to set the tone by promoting the epistemologies of the South rooted in resistance against capitalism, colonialism, and patriarchy³. However, this should not be seen as a cause/effect relationship: it was first in South Africa that the idea of constitutionalism that could transform a country's political and social institutions emerged⁴.

¹ Carlos Bernal Pulido is the author of numerous articles. Among them, several were translated by Arnaud Martin. His major book is *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 4e éd. (initially published in Madrid in 2003).

² see D. Bonilla Maldonado (ed.) *Constitutionalism of the Global South: the Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 and A. von Bogdandy, E. Ferrer MacGregor, M. Morales Antoniazzi et F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Comune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. But, we can note that he doesn't confine his studies on global south. Voy.M. Hailbronner, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *American Journal of Comparative Law*, 2018, vol. 65, n. 3, p. 527-565.

³ Obviously, we think of B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010 et most recently, *Id. The End of the Cognitive Empire : the Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham, Duke University Press, 2018, p. 2 : « The epistemologies of the South concern the knowledges that emerge from social and political struggles and cannot be separated from such struggles. They are not, therefore, epistemologies in the conventional sense of the word. Their aim is (...) to identify and valorize that which often does not even appear as knowledge in the light of the dominant epistemologies, that which emerges instead as part of the struggles of resistance against oppression and against the knowledge that legitimizes such oppression ».

⁴ « By transformative constitutionalism », writes Karl E. Klare, « I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power

It is precisely in this conceptual, institutional and practical field that Carlos Bernal's text is set. As a battle-hardened legal professional, who has a perfect expertise of comparative constitutional law and who knows what law owes to other social sciences, he rightly underlines the limits (institutional, argumentative but also conceptual) that courts face and the pragmatic solutions - often modest - to which they can aspire when they are simply not forced to do so. His point of view is all the more precious as it is that of a judge - in one of the most creative and imaginative court in Latin America - trained in both law and philosophy, keen to preserve his view as an academic familiar with very different legal systems⁵.

Far from praising the merits of a radical transformation of the society, his conception of constitutionalism continues to trust the democratic political game. As these lines are being written, and as the cries of an angry population in Ecuador, Chili, Bolivia, Argentina and Colombia resonate, his analysis takes on a premonitory value.

Pierre Brunet
Professor of Public Law
Sorbonne Law School

relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law », see K. E. Klare, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, n. 1, p. 146-188, (here p. 150).

⁵ Carlos Bernal Pulido has a PhD in law from the University of Salamanca and a PhD in philosophy from the University of Florida. He is an associate professor at Macquarie University (Australia). He has been a judge of the Colombian Constitutional Court since May 2017.

À PROPOS DE CARLOS BERNAL

S'il est un rêve ou peut-être un fantasme assez répandu chez les juristes, c'est sans doute celui de pouvoir changer le monde par le droit. Certains ont cru dans le passé pouvoir organiser la guerre ou instaurer la paix, mais aussi garantir l'égalité entre les individus, protéger la liberté, établir la fraternité, et aujourd'hui d'autres ou les mêmes espèrent pouvoir lutter contre le réchauffement climatique, préserver la nature d'un consumérisme en mal de ressources énergétiques ou encore réduire les inégalités et opérer une transformation sociale. Certes, à l'aune d'un idéal les résultats sont maigres mais sans le droit, ne serait-ce pas pire ? Peut-on sérieusement envisager de lutter contre la pauvreté et réduire les inégalités sans le droit ? Suffit-il de la politique ? Et si la politique ne le fait pas... est-ce que les tribunaux, est-ce que les cours constitutionnelles ou suprêmes peuvent le faire ? Voilà les questions auxquelles Carlos Bernal s'attaque avec le sérieux qu'on lui connaît et une culture qui ne se limite pas au droit⁶.

Il est en effet de ces juristes qui savent que l'on peut attendre beaucoup du droit mais qu'il serait naïf de tout en attendre. Avec un élégant scepticisme, il aborde ici la discussion contemporaine et à première vue très abstraite relative au constitutionnalisme de transformation ou constitutionnalisme transformateur dont l'Amérique latine est très vite apparue à nombre de commentateurs comme un laboratoire⁷. Il est vrai que de leur côté certains sociologues avaient semblé donner le ton en faisant la promotion des épistémologies du Sud ancrées dans la résistance contre le capitalisme, le colonialisme et le patriarcat⁸. Il ne faudrait cependant pas y voir une relation de causalité : c'est d'abord en Afrique du Sud qu'est apparue l'idée d'un constitutionnalisme susceptible de transformer les institutions politiques et sociales d'un pays⁹.

⁶ Carlos Bernal Pulido est l'auteur de très nombreux articles dont plusieurs ont été traduits en français par Arnaud Martin. Son ouvrage majeur est *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 4^e éd. Initialement publié à Madrid en 2003.

⁷ v. D. Bonilla Maldonado (ed.) *Constitutionalism of the Global South: the Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 et A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi et F. Piovesan (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Mais dont on a pu faire remarquer qu'il ne se limite pas au Sud, v. M. Hailbronner, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, n°3, 2018, p. 527-565.

⁸ On pense évidemment à B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010 et plus récemment, Id. *The End of the Cognitive Empire : the Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham, Duke University Press, 2018, p. 2 : « The epistemologies of the South concern the knowledges that emerge from social and political struggles and cannot be separated from such struggles. They are not, therefore, epistemologies in the conventional sense of the word. Their aim is (...) to identify and valorize that which often does not even appear as knowledge in the light of the dominant epistemologies, that which emerges instead as part of the struggles of resistance against oppression and against the knowledge that legitimates such oppression ».

⁹ « By transformative constitutionalism », écrivait Karl Klare, « I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of

C'est précisément sur le terrain à la fois conceptuel, institutionnel et pratique que se situe le texte de Carlos Bernal. En juriste aguerrri, qui maîtrise parfaitement le droit constitutionnel comparé et sait aussi tout ce que le droit doit aux autres sciences sociales, il souligne avec justesse les limites (institutionnelles, argumentatives mais aussi conceptuelles) auxquelles se heurtent les cours et les solutions pragmatiques –souvent modestes – auxquelles elles peuvent aspirer quand elles n'y sont tout simplement pas contraintes. Son point de vue est d'autant plus précieux qu'il est celui d'un juge – au sein d'une des cours les plus créatives et imaginatives d'Amérique latine – formé tant au droit qu'à la philosophie soucieux de conserver son regard d'« académique » familier de systèmes juridiques très différents¹⁰.

Loin de vanter les mérites d'une transformation radicale de la société, sa conception du constitutionnalisme continue de faire confiance au jeu politique démocratique. À l'heure où l'on écrit ces lignes, et tandis que résonnent les cris d'une population en colère en Équateur, au Chili, en Bolivie, en Argentine et en Colombie, son analyse prend une valeur prémonitoire.

Pierre Brunet,
Professeur de droit public
École de droit de la Sorbonne

conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law », v. K. E. Klare, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, n°1, 1998, p. 146-188, ici p. 150.

¹⁰ Carlos Bernal Pulido est docteur en droit de l'Université de Salamanque, docteur en philosophie de l'Université de Floride ; il est professeur associé à la Macquarie University de Sydney ; il siège à la Cour constitutionnelle de Colombie depuis mai 2017.

INTRODUCTION

Des chercheurs et des juges compétents ont souligné que certaines constitutions, en particulier celles des pays dits du Sud¹¹, ont une fonction transformatrice. Attribuer cette fonction à ces constitutions soulève au moins quatre problèmes : un problème conceptuel, un problème de faisabilité, un problème institutionnel et un problème de performance.

Le problème conceptuel renvoie à ce qu'il faut entendre par « constitutionnalisme transformateur ». La littérature révèle qu'il existe des conceptions plus larges et plus restreintes de ce type de constitutionnalisme. Par exemple, dans son célèbre article sur le constitutionnalisme transformateur, Karl E. Klare a associé la Constitution sud-africaine de 1996 à la transformation des « institutions politiques et sociales et des relations de pouvoir vers un leadership démocratique, participatif et égalitaire »¹². Dans une perspective plus large, Armin von Bogdandy a soutenu que l'approche « transformatrice » est un élément commun du constitutionnalisme dans les pays d'Amérique latine¹³. Cette approche fait référence à la tentative de changer les « conditions de vie inacceptables », telles que « l'exclusion de larges secteurs de la société et la faiblesse de l'État de droit », « par le renforcement concerté de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme »¹⁴. En revanche, dans une perspective plus étroite, dans l'arrêt *Soobramoney c. Ministre de la Santé*, en tant que porte-parole majoritaire de la Cour constitutionnelle sud-africaine, le juge Chaskalson a souligné que la Constitution sud-africaine de 1996 était déterminée à transformer certaines caractéristiques de la société, comme les « grandes disparités économiques », le fait que « des millions de personnes vivent dans des conditions déplorables et dans une grande pauvreté », le « chômage élevé », la « sécurité sociale inadaptée » et le manque d'« accès universel à l'eau potable et à des services de santé adéquats »¹⁵.

¹¹ On ne sait pas très bien ce qu'est le « Sud global », ni s'il existe un constitutionnalisme particulier dans cette région du monde. Néanmoins, certains auteurs ont défini le constitutionnalisme de certains pays dits du Sud, comme l'Afrique du Sud, l'Inde ou la Colombie, au service de la transformation de la société. Sur cette question, voy. D. B. Maldonado (dir.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Pour sa part, Michaela Hailbronner a soutenu que l'aspiration à la transformation n'est pas une caractéristique exclusive des constitutions des pays du « Sud global » Voy. M. Hailbronner, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *The American Journal of Comparative Law*, 2017, vol. 65, n. 3, p. 527 et s.

¹² Cf. K. E. Klare, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, *South African Journal on Human Rights*, 1998, vol. 14, n. 1, p. 150.

¹³ A. von Bogdandy, « *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador », *Revista de Derecho del Estado*, 2015, n° 34, p. 3.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cour constitutionnelle sud-africaine, *Soobramoney c. Ministre de la Santé*, 1998 (1) SA 765 (CC).

Dans ce contexte, le problème conceptuel est de savoir laquelle de ces conceptions du constitutionnalisme transformateur est appropriée pour évaluer ce phénomène et pour estimer s'il doit être transposé dans d'autres pays ou régions du monde. Cela implique de définir la situation de la société qui aspire au changement par le biais d'un constitutionnalisme transformateur. Il s'agit également de savoir quels sont le contenu et la portée des transformations attendues. Par exemple, en ce qui concerne l'institutionnalisation de la démocratie dans une perspective large, de quel type de démocratie parle-t-on ? Représentative, participative ou délibérative ? Par ailleurs, quels sont les niveaux souhaités de réduction et d'élimination de la pauvreté et quelles sont les stratégies qui doivent être mises en œuvre ?

Le problème de la faisabilité suppose de déterminer si le constitutionnalisme peut réellement être transformateur. Le terme « constitutionnalisme » est lié à une thèse descriptive et à une thèse empirique. Selon la thèse descriptive, les institutions étatiques sont créées et structurées au moyen de normes juridiques. La thèse normative affirme que l'exercice du pouvoir politique par les autorités de l'État doit être limité par lesdites normes¹⁶. En principe, si la thèse descriptive offre une explication du *statu quo*, en ce qui concerne l'existence de l'État, la seconde justifie sa pérennisation. Il est donc paradoxal de s'attendre, en même temps, à ce que le constitutionnalisme perpétue le *statu quo* et qu'il le modifie pour atteindre les finalités du concept du constitutionnalisme transformateur. Résoudre ce paradoxe constitue l'un des enjeux actuels de la théorie du droit et de la constitution du « Sud global ».

Le problème institutionnel est le suivant : quels arrangements institutionnels la mise en œuvre d'un constitutionnalisme transformateur présuppose-t-elle ? On souligne souvent que les aspirations de ce type de constitutionnalisme peuvent être satisfaites si les droits fondamentaux, en particulier les droits sociaux, sont rendus effectifs, et qu'il s'agit là d'une mission que les cours constitutionnelles et suprêmes doivent remplir. À cette fin, on soutient que ces tribunaux doivent jouer un rôle actif. Toutefois, la question de savoir si les cours constitutionnelles et suprêmes ont la capacité de mener à bien — ou du moins de catalyser — les transformations attendues n'est pas claire. Il n'y a pas non plus de consensus sur les stratégies qu'elles devraient déployer pour atteindre cet objectif.

¹⁶ W. Waluchow, « Constitutionalism », E.N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (édition printemps 2018).

Le dernier problème concerne la performance du constitutionnalisme transformateur¹⁷. Il existe une grande disparité dans la littérature sur le point de savoir si les constitutions transformatrices ont réellement produit les changements souhaités¹⁸ ou si, au contraire, elles sont devenues involontairement des constitutions de façade¹⁹.

Dans ce cadre, le présent article envisage deux hypothèses. La première est que les conceptions tant larges qu'étroites du constitutionnalisme transformateur reconnaissent que l'un de leurs objectifs est la réduction de la pauvreté et des inégalités. La seconde est que le constitutionnalisme transformateur peut atteindre cet objectif par l'application des droits sociaux par la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. Sur la base de ces présupposés, dans le cadre de la problématique institutionnelle et de performance, cet article propose une analyse critique des stratégies que ces cours ont adoptées pour atteindre cet objectif. Il se concentre en particulier sur les lacunes des remèdes dits structurels et formule des propositions concrètes de solutions, basées sur des remèdes dialogiques.

Pour atteindre cet objectif, le présent article concentre son analyse sur le constitutionnalisme transformateur en Amérique latine. De même, en tant qu'étude de cas, il évalue les principales stratégies de protection des droits sociaux adoptées par la Cour constitutionnelle de Colombie. La première partie étudie la manière dont les constitutions latino-américaines ont cherché à réduire la pauvreté et les inégalités par l'institutionnalisation de droits sociaux juridiquement applicables. La seconde examine la situation sociale et juridique des pays d'Amérique latine dans lesquels l'application judiciaire des droits sociaux est réalisée afin de produire des effets transformateurs escomptés. La troisième traite du rôle que, du point de vue du constitutionnalisme transformateur, les cours constitutionnelles doivent jouer dans l'application de ces droits. Enfin, la dernière présente une évaluation des stratégies de transformation judiciaire de la Cour constitutionnelle colombienne.

¹⁷ Une analyse optimiste de la performance de la Constitution sud-africaine dans la réalisation de certains des objectifs du constitutionnalisme transformateur : D. Bilchitz, D. Glaser, A. Konstant, L. Du Toit, K. Moshikaro, M. Werbeloff, *Assessing the Performance of the South African Constitution*, International IDEA, 2016, disponible sur: <https://www.idea.int/publications/catalogue/assessing-performance-south-african-constitution> (consulté le 25 avril 2019).

¹⁸ Cf. une analyse en ce sens in A. Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

¹⁹ À ce propos, David S. Law et Mila Versteeg parlent de « *Sham constitution* ». Voy. « *Sham Constitutions* », *California Law Review*, 2013, vol. 101, n. 4, p. 863-952. NdT.

1. LA REDUCTION DE LA PAUVRETE ET DES INEGALITES PAR L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX

L'institutionnalisation d'un catalogue des droits sociaux dans la Constitution est une stratégie centrale du constitutionnalisme mondial, en particulier dans les pays du « Sud global », pour transformer la société, avec pour ambition de réduire la pauvreté et les inégalités. Selon les données de 2012, sur 195 constitutions en vigueur, 179 reconnaissent des droits sociaux. Dans 68 constitutions, tous les droits sociaux sont exécutoires et, dans 58 d'entre elles, cette nature a été attribuée à l'un d'entre eux au moins. En outre, comme l'expliquent Courtney Jung, Ran Hirschl et Evan Rosevear dans une analyse traitant de cette question²⁰, toutes les constitutions latino-américaines reconnaissent ces droits et le font en moyenne plus que dans les autres régions du monde.

Les constitutions peuvent reconnaître les droits sociaux de diverses manières. Les constitutions des premiers constitutionnalistes libéraux comprenaient des dispositions reconnaissant ce que Mark Tushnet appelle des « droits non justiciables » ou des « droits simplement déclaratoires »²¹, c'est-à-dire des droits qui ne pouvaient être appliqués devant les tribunaux. Ce fut le cas dans presque toutes les constitutions d'Amérique latine qui ont été promulguées dans la première moitié du XX^e siècle²². Ces constitutions ont été clairement influencées par le constitutionnalisme continental européen qui s'est construit entre la fin du XVIII^e siècle et le début du XX^e siècle. Les articles 21²³ et 22²⁴ de la Constitution française du 24 juin 1793, par exemple, garantissent le droit des citoyens nécessiteux d'obtenir une assistance publique, un emploi ou d'un accès à des biens essentiels comme l'instruction. Ces dispositions ne peuvent être appliquées devant les tribunaux contre les autorités politiques. Les droits sociaux reconnus dans la Constitution de Weimar de 1919 vont dans le même sens. La jurisprudence et la doctrine autorisée, dont les positions étaient influentes en Amérique latine, considéraient ces dispositions qui reconnaissent des droits comme des « énoncés

²⁰ C. Jung, R. Hirschl et E. Rosevear, « Economic and Social Rights in National Constitutions », *American Journal of Comparative Law*, 2014, vol. 62, n. 4, p. 1043-1098.

²¹ M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 238.

²² M. Krennerich et M. E. G. Mera, « Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía », *Centre de Nuremberg pour les droits humains*, 2006, p. 3.

²³ Constitution française du 24 juin 1793 : « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

²⁴ Constitution française du 24 juin 1793 : « L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens ».

programmatisches » (*Programmsätze*). En tant que telles, elles ont été vues comme n'imposant d'obligations juridiquement exécutoires, ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif²⁵. Cette conception est devenue l'interprétation dominante des dispositions de la Constitution de Weimar relatives aux droits sociaux, à savoir l'article 151 selon lequel l'organisation de l'économie vise à assurer « à chacun les conditions d'une existence digne de l'homme »²⁶, l'article 155 qui habilite l'État à contrôler la répartition et l'utilisation des biens immobiliers afin « d'assurer à tout Allemand une habitation saine »²⁷, l'article 161 qui institue un système de sécurité sociale au service des mères, des personnes âgées et des personnes moins favorisées, et l'article 162 qui protège les droits sociaux minimum des travailleurs.

Certaines constitutions actuelles instituent les droits sociaux de la même manière, c'est-à-dire comme de simples droits déclaratifs. Selon l'article 53.3 de la Constitution espagnole de 1978, par exemple, les droits sociaux — qui énoncent les principes directeurs de la politique sociale et économique — « doivent guider la législation positive, la pratique judiciaire et les actions des autorités publiques »²⁸. Selon la disposition précitée, ces principes ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développent. Les dispositions se référant à ces principes reconnaissent les droits sociaux relatifs à la famille, aux enfants et aux mères (article 39), aux travailleurs (articles 40, 41 et 42), aux personnes handicapées (article 49), aux personnes âgées (article 50), aux droits à la santé (article 43) et au logement (article 47).

Malgré l'absence de force contraignante des droits sociaux dans ce modèle, ceux-ci ont une valeur politique en tant qu'idéaux qui peuvent être réalisés par l'exercice du pouvoir politique. En outre, les juges peuvent les utiliser pour interpréter des lois ambiguës. Le législateur peut également les invoquer comme motifs légitimes pour justifier des limitations aux libertés²⁹. Enfin, au-delà du cas espagnol, et dans un contexte de privatisation des services

²⁵ G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, Stilke, 14^e édition, 2009, p. 514, et E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, 1960, p. 96.

²⁶ Article 151 de la Constitution de Weimar de 1919: « L'organisation de la vie économique doit répondre aux principes de la justice et viser à garantir à chacun les conditions d'une existence digne de l'homme. Dans ces limites, la liberté économique de l'individu doit être assurée. » Traduction française disponible sur : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/de1919.html> (consulté le 20 novembre 2019).

²⁷ *Id.*, article 155 : « La répartition et l'utilisation du sol sont contrôlées par l'État de manière à empêcher les abus et à atteindre l'objectif d'assurer à tout Allemand une habitation saine et à toutes les familles allemandes, particulièrement aux familles nombreuses, un foyer domestique et d'activité économique, correspondant à leurs besoins. Pour l'établissement de ce droit au foyer, on aura particulièrement égard aux anciens combattants. »

²⁸ Constitution espagnole de 1978. Disponible à l'adresse http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf.

²⁹ J. J. Campo, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 130, et L. Parejo Alfonso, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, p. 56.

publics, les droits sociaux purement déclaratifs peuvent faire pression sur les politiques menées par l'exécutif, les entreprises nationales et transnationales, publiques et privées, pour garantir la satisfaction des besoins fondamentaux des individus et ainsi contribuer à réduire la pauvreté et les inégalités³⁰. Si les législateurs et ceux qui conçoivent et mettent en œuvre tant les politiques publiques que celles des entreprises ne tiennent pas compte des raisons fondées sur les droits sociaux, l'opinion publique peut légitimement les tenir pour responsables.

Les constitutions aux aspirations transformatrices s'écartent de cette tendance. Elles institutionnalisent les droits sociaux invocables devant les juges en tant que stratégie centrale pour réduire la pauvreté et les inégalités. De même, elles attribuent à la Cour constitutionnelle et à la Cour suprême la compétence d'appliquer directement ces droits. En ce sens, malgré l'influence de la Constitution espagnole sur toutes les constitutions d'Amérique latine promulguées après 1978, il existe dans ce sous-continent une nette convergence en ce qui concerne l'institutionnalisation de droits sociaux contraignants et juridiquement applicables. Par exemple, les articles 42 à 77 de la Constitution politique colombienne de 1991 garantissent, entre autres, les droits fondamentaux des enfants, des femmes enceintes, des adolescents, des personnes âgées et des personnes handicapées, ainsi que le droit des individus à une pension, à la santé, au logement, aux loisirs, à l'éducation et à des conditions de travail équitables. En outre, les articles 12 à 55 de la Constitution équatorienne de 2008 garantissent également tous ces droits, ainsi que les droits à l'eau, à l'alimentation et certains droits sociaux spécifiques des détenus et des personnes souffrant de maladies dont le traitement est financièrement lourd. Le chapitre II du titre II (articles 6 à 11) de la Constitution brésilienne de 1988 garantit les droits à l'éducation, à la santé, à la nutrition, au travail, au logement, aux loisirs, à la sécurité sociale, à la protection de la maternité et de l'enfance, à l'assistance sociale aux personnes dans le besoin, ainsi que les droits sociaux des travailleurs. Au Brésil, tous ces droits sont juridiquement contraignants³¹.

³⁰ K. G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 74.

³¹ La pratique constitutionnelle au Chili constitue une exception notable à cette convergence de l'Amérique latine. Le chapitre III de la Constitution de 1980 énumère certains droits sociaux et économiques sans préciser leur caractère contraignant ou non contraignant. Depuis près de vingt ans, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle leur a donné un caractère purement déclaratoire. Toutefois, l'introduction d'un « recours en cas de non-applicabilité » à l'article 93.6 de l'amendement de 2009 a conduit la Cour constitutionnelle à commencer à reconnaître les droits sociaux, tels que le droit à la santé, comme obligatoires. A. C. Macmanus et J. C. Salas, « La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente », *Estudios Constitucionales*, n° 8, 2010, p. 389-430. Par exemple, voy. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008. Voy. également J. Bassa, « La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional », in Santiagon Aguilar Cavallo, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2013, p. 102.

2. LES CIRCONSTANCES JURIDIQUES ET SOCIALES DE L'APPLICATION JUDICIAIRE DES DROITS SOCIAUX

La question que nous aborderons dans cette section est de savoir dans quelles circonstances juridiques, politiques, économiques et sociales a lieu l'application judiciaire des droits sociaux qui, selon une lecture transformatrice de la Constitution, a pour objectif de réduire la pauvreté et les inégalités. Nous souhaitons à présent évoquer trois circonstances. La première est la difficulté de mesurer les effets du constitutionnalisme transformateur. La deuxième concerne l'indétermination des dispositions constitutionnelles en matière de droits sociaux. La troisième est liée à ce que nous appellerons ici le paradoxe de l'État social.

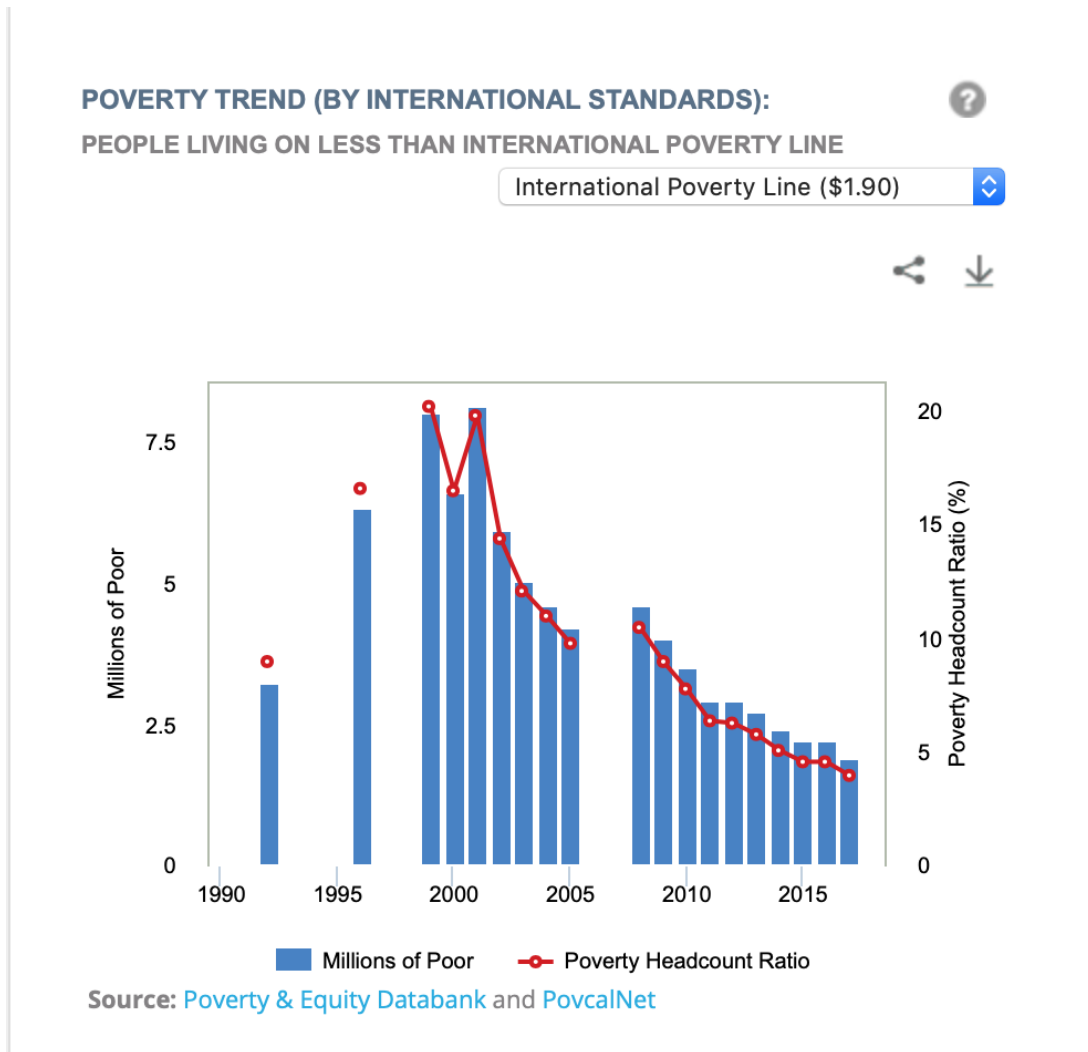
2.1. La difficulté de mesurer les effets du constitutionnalisme transformateur

La première circonstance est la difficulté qu'ont les autorités politiques et judiciaires à mesurer les effets du constitutionnalisme transformateur sur la pauvreté et l'inégalité. En Amérique latine, il n'y a pas de consensus minimum sur les critères à utiliser pour mesurer la pauvreté et l'inégalité afin notamment de déterminer si elles sont réduites ou aggravées après l'application de mesures politiques ou judiciaires. Il existe plusieurs indices pour mesurer la pauvreté, notamment l'indice des besoins fondamentaux non satisfaits (UBN³²), l'indice de développement humain (IDH) et l'indice de pauvreté multidimensionnelle (IPM). L'inégalité est généralement mesurée par le coefficient de Gini, lequel permet non seulement de paramétrer l'inégalité en termes de revenu, mais aussi de clarifier la manière dont l'inégalité entre les groupes sociaux est présentée.

Indépendamment du problème méthodologique qui consiste à préciser laquelle de ces méthodologies est la plus appropriée, les études de la Banque mondiale révèlent que la pauvreté et les inégalités ont été réduites en Amérique latine au cours des dernières décennies. Il en va de même pour la Colombie, pays dont les mesures judiciaires transformatrices font l'objet d'une étude de cas dans cet article. Par exemple, le graphique ci-dessous montre les données de la Banque mondiale sur la réduction de la pauvreté monétaire en Colombie, c'est-à-dire les données relatives au nombre de personnes vivant avec moins de 1,9 USD par jour³³ :

³² *Unsatisfied Basic Needs*

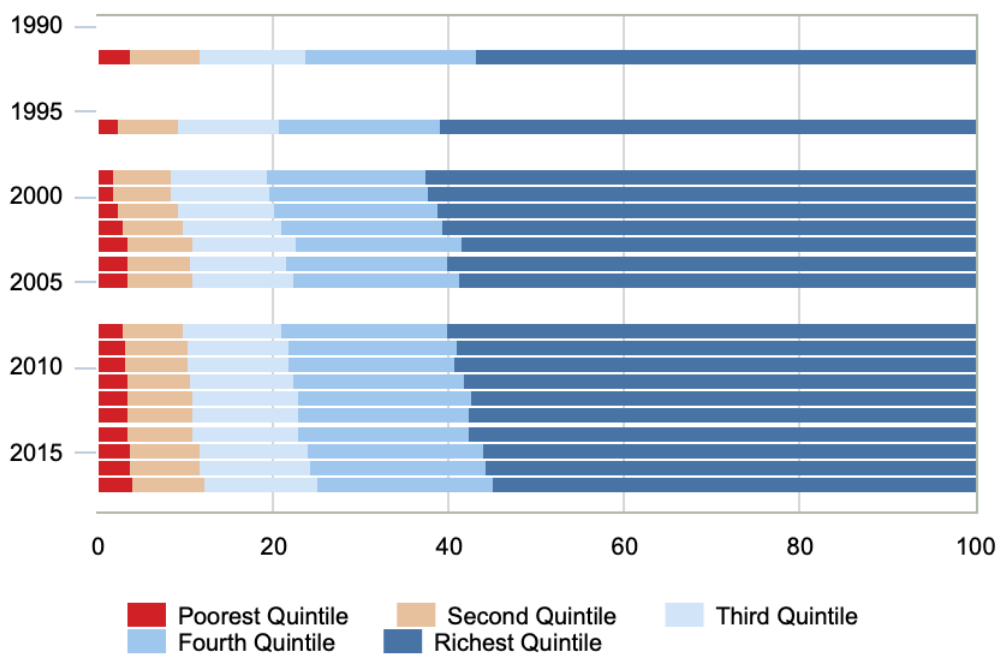
³³ Voy. <http://povertydata.worldbank.org/poverty/country/COL> (consulté le 28 avril 2019).



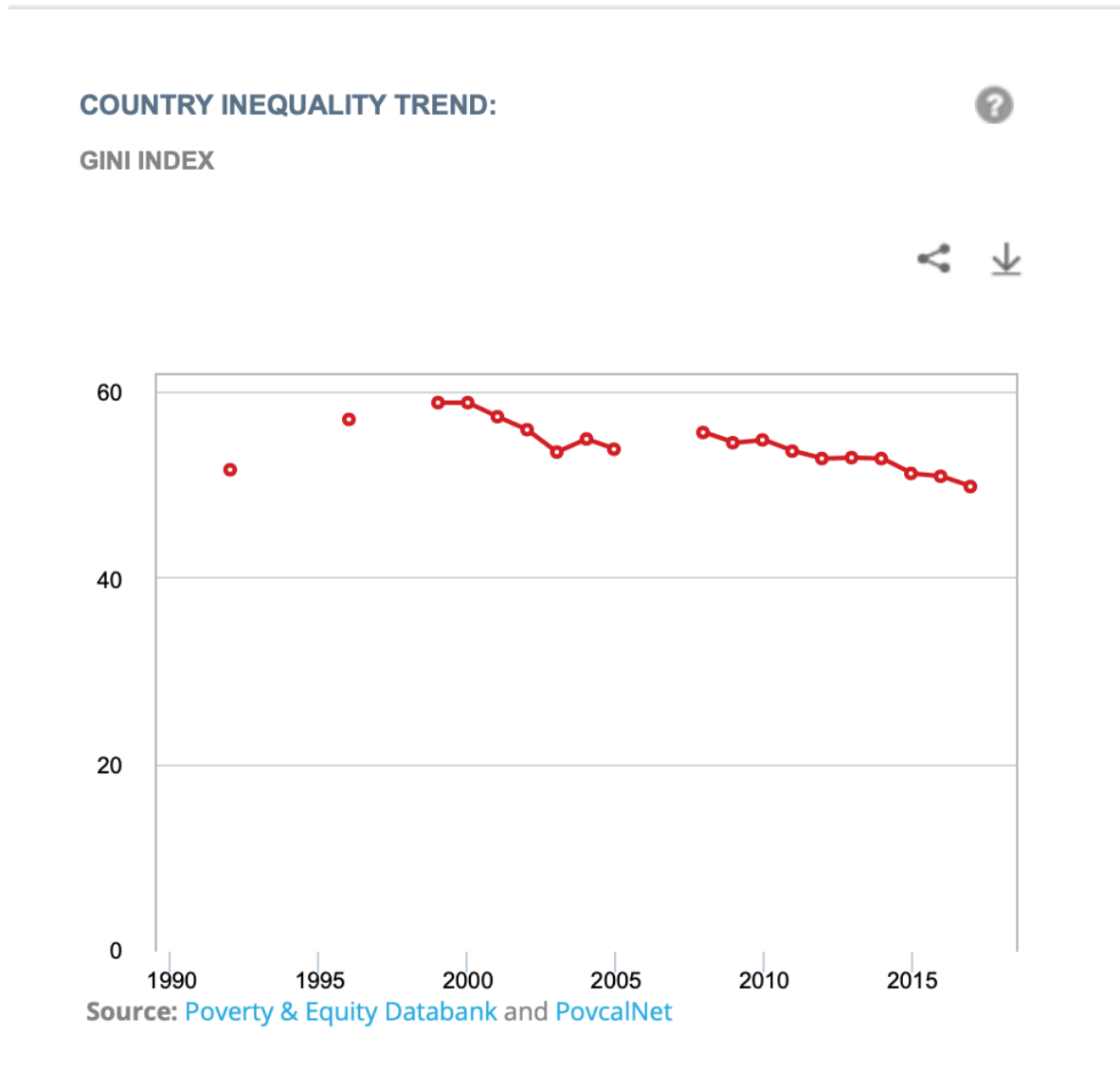
Le graphique ci-dessous montre également une légère réduction des inégalités en Colombie en termes de revenu ou de capacité de consommation depuis 1990³⁴.

³⁴ *Idem.*

DISTRIBUTION OF INCOME OR CONSUMPTION BY QUINTILE :



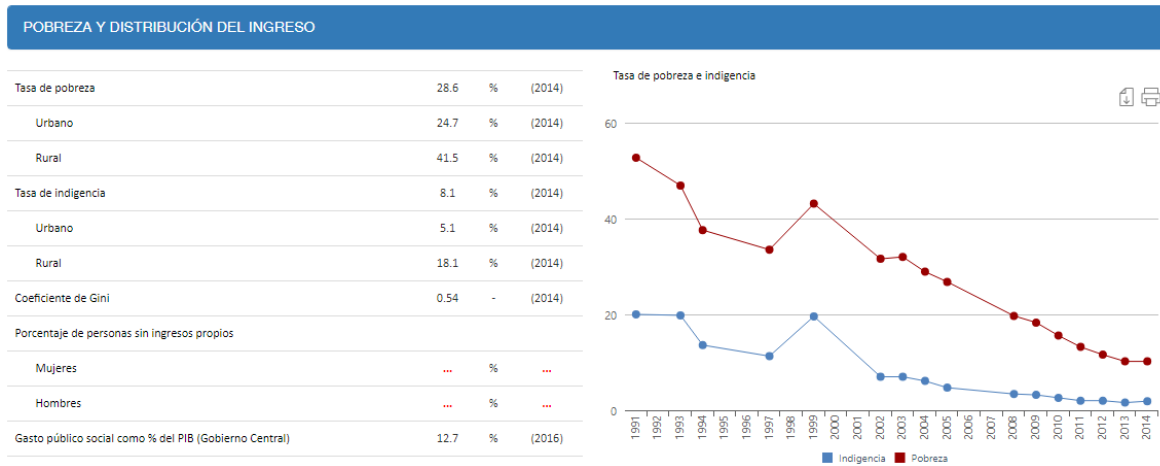
Source: [Poverty & Equity Databank](#) and [PovcalNet](#)



Le graphique suivant montre les données de la Banque mondiale sur les niveaux d'inégalités en Colombie, mesurés sur la base du coefficient de Gini :

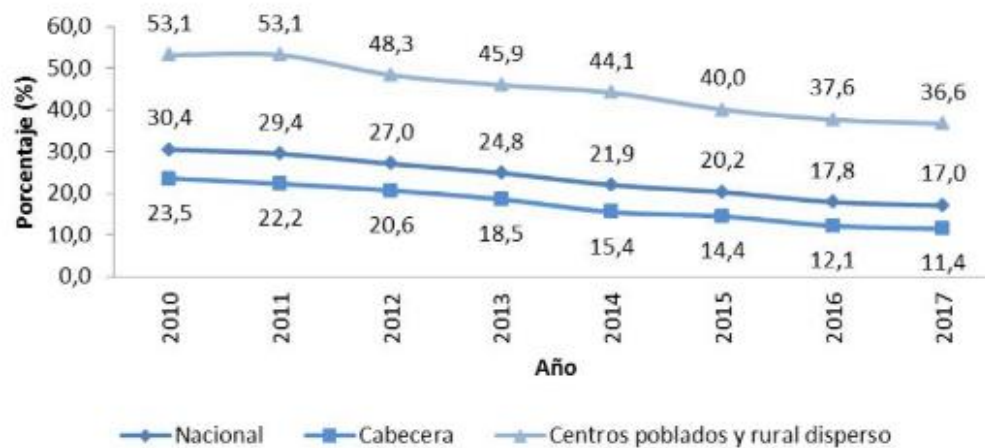
Il est utile de comparer ces données avec celles de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC), qui prend en compte des indices mesurant le taux de pauvreté urbaine et rurale. Ces dernières suggèrent également une réduction des inégalités en Colombie³⁵ :

³⁵ CEPALSTAT, 2019 Disponible sur : <https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil Nacional Social.html?pais=COL&idioma=english> (consulté le 19 novembre 2019).



Ces mesures de réduction de la pauvreté et les inégalités en Colombie coïncident avec les données que le Département national des statistiques de Colombie a compilées dans l'Enquête nationale sur la qualité de vie durant les dernières années.

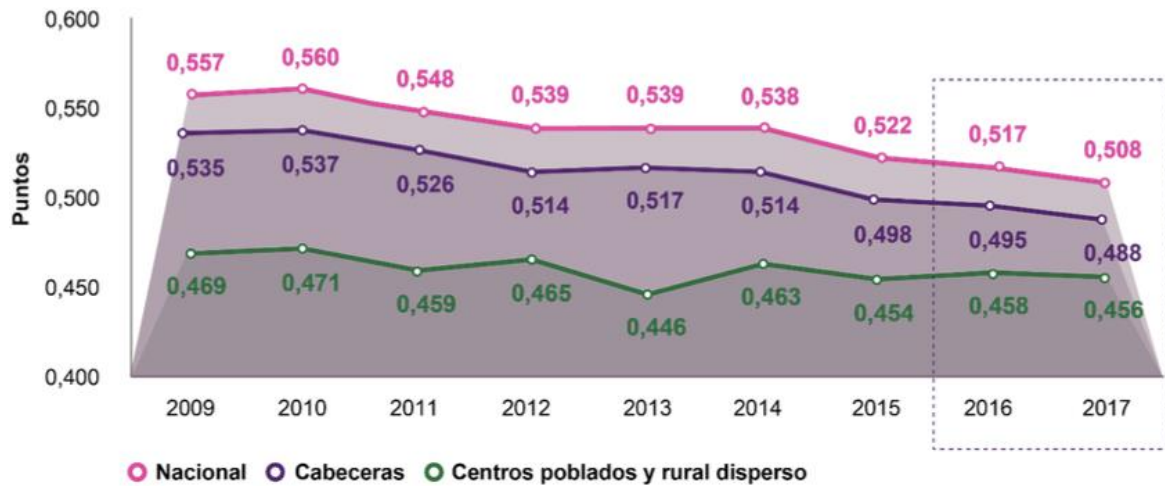
Incidencia de Pobreza Multidimensional, según grandes dominios
Total nacional, cabeceras y centros poblados y rural disperso
2010-2017



Fuente: DANE, cálculos con base en la Encuesta Nacional de Calidad de Vida.

En ce qui concerne le coefficient de Gini, en 2017, le même Département administratif national de statistique de la Colombie a publié les statistiques suivantes relatives aux inégalités dans ce pays :

LES STRATEGIES JUDICIAIRES DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR POUR REDUIRE LA PAUVRETE ET LES INEGALITES



Les données de la Banque mondiale, résultant de l'utilisation du coefficient de Gini, montrent également une réduction des inégalités en Amérique latine³⁶ :



³⁶ Cf. <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=CO> (consulté le 20 novembre 2019)

Malgré la coïncidence de ces mesures de la réduction de la pauvreté et des inégalités, tant en Colombie qu'en Amérique latine, il est difficile d'établir clairement dans quelle mesure le constitutionnalisme transformateur et ses stratégies ont joué un rôle efficace dans cette réduction des inégalités. En même temps, on ne sait pas très bien comment, par exemple, les cours constitutionnelles peuvent mesurer les effets à court, moyen et long terme de leurs mesures transformatrices sur la réduction de la pauvreté et des inégalités.

2.2. L'indétermination des dispositions constitutionnelles relatives aux droits sociaux

Une seconde circonstance est d'ordre juridique et linguistique. Les dispositions reconnaissant des droits sociaux contraignants donnent lieu à différents types de situations juridiques³⁷. Comme l'indique Frank I. Michelman, pour atteindre leurs objectifs, les dispositions relatives aux droits sociaux attribuent aux titulaires de ces droits au moins trois types de situations juridiques : premièrement, les droits interdisant à l'État et à d'autres d'interférer sur l'accès et la jouissance de biens et services appropriés dont bénéficient déjà les individus (droits négatifs) ; deuxièmement, les droits à l'égalité dans l'accès et la jouissance de ces biens et services (égalité des droits) ; enfin, le droit à l'autonomie, à la promotion, la protection et aux garanties d'accès aux biens et services (droits positifs)³⁸. Il s'agit là de situations juridiques tripartites dans lesquelles une personne est titulaire d'un droit qui correspond à un devoir corrélatif de l'État ou d'une personne privée, devoir qui vise à créer, promouvoir, protéger ou garantir l'accès aux biens et services soumis aux droits sociaux, ou à en assurer la jouissance par une tierce personne³⁹. L'exécution de l'action par le responsable du traitement permettra d'obtenir la satisfaction du titulaire du droit à un certain niveau.

Ces trois types de situations juridiques liées aux droits sociaux apparaissent dans la jurisprudence et la doctrine latino-américaines. Le droit négatif le plus significatif est l'interdiction de la régression dans le domaine des prestations sociales⁴⁰. En ce qui concerne les droits à l'égalité, la doctrine a insisté sur le fait que les droits sociaux ont non seulement un lien nécessaire avec l'interdiction de la discrimination⁴¹, mais peuvent également justifier

³⁷ Cf. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 120.

³⁸ Cf. F. I. Michelman, « Socioeconomic Rights in Constitutional Law : Explaining America Away », *International Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 6, n. 3-4, p. 667.

³⁹ Cf. R. Alexy, « On Constitutional Rights to Protection », *Legisprudence*, 2009, vol. 3, n. 1, p. 1-17.

⁴⁰ Cf. C. Courtis, « *Ni un paso atrás . La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* », Buenos Aires, Centro de Asesoría Legal y Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.

⁴¹ R. G. Rivas et P. S. Ugarte, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, Mexique, Conapred, 2011.

l'attribution d'un traitement préférentiel aux pauvres et aux plus vulnérables⁴². Dans la suite de cet article, nous nous concentrerons sur les droits positifs et les recours pour les rendre effectifs. C'est la structure de ces droits qui permet de progresser vers les objectifs de réduction de la pauvreté et des inégalités.

De plus, les cas impliquant l'application judiciaire de dispositions constitutionnelles qui institutionnalisent des droits sociaux positifs sont parfois des « cas difficiles », selon la terminologie de Dworkin⁴³. Il s'agit de cas dans lesquels la constitution ne détermine pas clairement la décision. Cela est principalement dû aux formes linguistiques des dispositions constitutionnelles et aux facteurs institutionnels dans lesquelles cette application a lieu. Ces facteurs sont nombreux : les dispositions constitutionnelles qui institutionnalisent les droits sociaux sont indéterminées — elles souffrent d'imprécision, d'ambiguïté et d'ouverture — ; les revendications associées à ces droits peuvent entrer en conflit avec les revendications liées à d'autres droits et principes constitutionnels⁴⁴ ; des désaccords interviennent lors de la résolution de ces conflits ; la mise en œuvre de ces droits appelle la création et l'application des politiques publiques ; l'application des droits sociaux conduit les juges à contrôler ces politiques publiques, ainsi que les actions d'autres autorités politiques ; enfin les dispositions institutionnalisant les droits sociaux ne précisent généralement pas elles-mêmes le contenu de ces politiques, notamment en ce qui concerne la désignation du titulaire, de la partie responsable, du degré et de la manière dont ces droits sont respectés.

En ce qui concerne ce dernier facteur, l'application des droits sociaux ne différerait pas des obligations de droit privé, telles que l'obligation contractuelle de payer un prêt ou le prix d'un bien immobilier, si les dispositions de la Constitution qui les instituent précisaient la partie responsable, le degré et le mode de satisfaction du droit en question. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Les constitutions énoncent les droits sociaux *in abstracto*, sans réserve, plutôt que des listes d'actions spécifiques à entreprendre par le débiteur de ces droits. Certaines dispositions constitutionnelles protègent avec souplesse les droits sociaux. Elles garantissent l'accès aux prestations plutôt qu'à certaines prestations en tant que telles. Par exemple, les articles 26 et 27 de la Constitution sud-africaine garantissent l'accès à un « logement décent »⁴⁵,

⁴² C. S. Muñoz, « Derechos sociales e igualdad », *Revista de ciencias sociales*, numéro spécial, 2015, p. 75.

⁴³ Voy. R. Dworkin, « Hard Cases », *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, n. 6, p. 1057.

⁴⁴ Cf. R. Dixon et T. Ginsburg, « The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as “insurance swaps” », *Constitutional Court Review*, 2011, vol. 4, n.1, p. 3.

⁴⁵ Article 26 (1) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to adequate housing* ».

à des services de santé⁴⁶, à la nourriture, à une quantité d'eau suffisante⁴⁷ et à la sécurité sociale⁴⁸. D'autres dispositions confèrent le droit de disposer de certains biens. Ainsi, l'article 30 de la Constitution équatorienne accorde à chacun le droit à un « logement décent »⁴⁹. Cependant, des dispositions encore plus spécifiques, comme celle-ci, décrivent de manière générique les biens couverts par les droits sociaux. Par exemple, la signification du terme « adéquat » dans le contexte de l'article 30 de la Constitution de l'Équateur mérite d'être discutée. En outre, certaines dispositions constitutionnelles ne précisent pas qui est débiteur du droit ni comment garantir l'accès du titulaire du droit aux avantages correspondants ou la jouissance de ceux-ci. Certaines dispositions exigent l'élaboration de politiques publiques, comme une « politique de santé »⁵⁰ ou un « programme de logement »⁵¹. Malgré leur utilité potentielle, ces dispositions ne précisent pas les détails de la politique ou du programme pertinents ni le moment où ils devraient être mis en œuvre. Enfin, bien souvent, ces politiques ne déterminent pas comment faire face aux contraintes financières et à la rareté des ressources nécessaires à l'attribution d'avantages à un large éventail d'ayants droit.

La plupart des dispositions constitutionnelles des droits sociaux ne déterminent pas qui en est responsable, c'est-à-dire le sujet à qui est attribué le devoir de les réaliser. En principe, l'État pourrait être considéré comme universellement responsable de ces droits. En ce sens, dans presque toutes les constitutions d'Amérique latine, l'État est caractérisé comme un État de droit « social ». Toutefois, au sein de l'État, il existe parfois plusieurs institutions conjointement responsables de l'élaboration et de la mise en œuvre de plans, de politiques et de programmes visant à satisfaire chaque droit. Les constitutions ne déterminent généralement pas quelle institution est responsable de quelles activités spécifiques, liées à ces plans,

⁴⁶ Article 27 (1)(a) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to healthcare services* ».

⁴⁷ Article 27 (1)(b) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to sufficient food and water* ».

⁴⁸ Article 27 (1)(c) de la Constitution sud-africaine : « *Everyone has the right to have access to social security* ».

⁴⁹ Article 30 de la Constitution équatorienne : « *Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica* ».

⁵⁰ Article 32 de la Constitution équatorienne : « *La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional* ».

⁵¹ Article 51 de la Constitution colombienne : « *Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda* ».

politiques et programmes. C'est une tâche que les constitutions délèguent souvent au législateur. Cependant, les parlements peuvent laisser des « angles morts »⁵². Il est également important de tenir compte de la nécessité de veiller à ce que d'autres institutions soient compétentes pour faire respecter les droits sociaux et leur fournir des ressources suffisantes.

D'autre part, dans les sociétés néolibérales, l'État n'a parfois ni la possibilité ni la responsabilité immédiate de satisfaire les droits sociaux. En ce qui concerne le droit à l'eau, par exemple, le marché de l'eau a été privatisé dans de nombreux pays d'Amérique latine où des sociétés privées fournissent de l'eau aux particuliers. Nul ne sait si ces entreprises sont également responsables du droit à l'eau et ont donc l'obligation constitutionnelle de le respecter⁵³.

Enfin, la plupart des dispositions relatives aux droits sociaux ne déterminent pas le niveau et le mode de satisfaction requis par la Constitution. Alors que le niveau de satisfaction se réfère aux objectifs spécifiques que les responsables — autorités politiques et personnes privées, physiques et morales — doivent atteindre pour chaque droit, le mode de satisfaction touche aux moyens appropriés que les responsables doivent mettre en œuvre pour arriver à ce niveau. Ces deux variables — c'est-à-dire le niveau et le mode de satisfaction — sont ici particulièrement pertinentes, car elles sont la concrétisation des stratégies du constitutionnalisme transformateur visant à réduire la pauvreté et les inégalités. En raison de l'indétermination constitutionnelle concernant ces deux aspects, il est difficile, dans certains cas spécifiques, de déterminer l'action ou l'omission qui violerait la loi. Pour décider qu'un droit a été violé, les juges ont besoin de savoir quel comportement l'auteur est censé adopter. Gertrude Lübbe-Wolff⁵⁴ se réfère à ce comportement comme « le contraire constitutionnel de la violation ». En ce qui concerne les libertés, déterminer le contraire constitutionnel de la violation est une tâche assez facile : une action est inconstitutionnelle si elle porte atteinte de façon déraisonnable ou disproportionnée à une ou des libertés juridiquement établies. Sur le plan constitutionnel, le contraire de la violation d'une liberté est la cessation ou l'omission de

⁵² Cf. R. Dixon, « Creating Dialogue about Socioeconomic Rights. Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n. 3, p. 391-418.

⁵³ Cf. A. Russell, « Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water », *International Journal of Law in Context*, 2011, vol. 7, n. 1, p. 1-30.

⁵⁴ G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte : Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen [Les droits fondamentaux comme droits de la défense contre les interventions. Structure et portée de la dogmatique d'intervention dans le domaine des services publics]*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

cette action inconstitutionnelle. C'est la stratégie appropriée pour la réparation d'une liberté face à une violation.

En ce qui concerne les droits sociaux positifs, une omission absolue ou relative est inconstitutionnelle si elle ne protège pas le droit en jeu de façon adéquate. Cependant, en raison de l'indétermination des dispositions relatives aux droits sociaux quant à la responsabilité du droit et quant au niveau et au mode de satisfaction, une omission inconstitutionnelle n'a pas une seule contradiction constitutionnelle avec la violation. Au contraire, il peut y avoir autant d'oppositions constitutionnelles qu'il y a de titulaires de devoirs, de niveaux alternatifs et de modes de satisfaction du droit. Dans ces circonstances, on ne peut s'attendre à ce qu'il soit possible de tirer des dispositions relatives aux droits sociaux une réponse capable d'éliminer l'incertitude et les désaccords interprétatifs. L'incertitude et les désaccords interprétatifs disparaîtraient s'il était envisageable de dériver de la Constitution une règle prescrivant un devoir spécifique et clair, à la charge de la personne responsable, pour tous les cas possibles. L'ensemble de ces normes rendrait explicite ce que les droits sociaux permettent, interdisent ou ordonnent pour chaque situation imaginable. Toutefois, cela n'est ni faisable ni souhaitable. Si une société disposait d'un catalogue spécifique et certain de normes en matière de droits sociaux fondamentaux, ses perspectives de délibération politique seraient considérablement limitées. La marge de manœuvre de l'assemblée législative serait minimale : elle deviendrait une autorité uniquement chargée d'exécuter des normes constitutionnelles et son importance en tant que forum de participation et de délibération démocratiques disparaîtrait.

3. LE PARADOXE DE L'ÉTAT SOCIAL

Troisièmement, les constitutions latino-américaines sont confrontées à un paradoxe lié à l'État social. D'une part, ces constitutions institutionnalisent les principes économiques néolibéraux qui sous-tendent les politiques de privatisation des personnes publiques chargées des services publics en rapport avec les droits sociaux. Ces principes se réfèrent également aux libertés économiques et à la libre concurrence. D'autre part, les constitutions latino-américaines garantissent le principe de l'État social (transposé de la Loi fondamentale allemande et de la Constitution espagnole de 1978), un ensemble de droits sociaux juridiquement applicables et la nature positive du droit à l'égalité, qui exige que l'État prenne des mesures juridiques permettant d'atteindre l'égalité des chances dans la population. Alors que le premier ensemble de principes sous-tend un État peu interventionniste, guidé par l'idéologie du libéralisme

politique et économique, le second crée des droits dont la réalisation exige une forte intervention de l'État dans l'économie.

Les principes néolibéraux mentionnés ci-dessus reflètent les demandes de réformes institutionnelles réclamées aux pays d'Amérique latine par les organisations multilatérales au début des années quatre-vingt-dix, et connues sous l'expression « consensus de Washington ». Ce concept, forgé par John Williamson⁵⁵, suggérait l'adoption du libre-échange, des taux de change flottants, du libre marché, de la déréglementation, de la privatisation des entreprises publiques et des organismes officiels chargés du bien-être des plus vulnérables et de la stabilité macroéconomique (y compris la stabilité budgétaire) comme instruments nécessaires à la reprise économique en Amérique latine après les crises financières des années quatre-vingt. Le parrainage du libre-échange par l'Organisation mondiale du commerce et le premier Accord de libre-échange nord-américain, ainsi que la conditionnalité financière des prêts multilatéraux — c'est-à-dire le fait que le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ont subordonné l'octroi de crédits à la mise en œuvre de réformes visant à faciliter le libre-échange — étaient des stratégies utiles pour influencer l'adoption et l'application du consensus de Washington. Cette exécution a eu lieu principalement sous les gouvernements de Carlos Menem (Argentine, 1989-1999), Fernando Collor de Mello (Brésil, 1990-1992), César Gaviria (Colombie, 1990-1994), Carlos Salinas de Gortari (Mexique, 1988-1994), Alan García (Pérou, 1985-1990), Julio María Sanguinetti (Uruguay, 1985-1990 et 1995-2000) et Carlos Andrés Pérez (Venezuela, 1989-1993).

L'institutionnalisation constitutionnelle et législative des principes économiques néolibéraux rend difficiles la satisfaction adéquate des droits sociaux de même que la réalisation des objectifs de réduction de la pauvreté et des inégalités, caractéristiques du constitutionnalisme de transition. La préservation de l'équilibre budgétaire ainsi que la privatisation des entreprises d'État et des organismes chargés du bien-être des plus vulnérables éliminent ou, du moins, diminuent la capacité des institutions politiques à fournir des services publics corrélatifs aux droits sociaux positifs. Laisser la prestation de ces services entre les mains d'entreprises privées crée une tension entre le profit et la capitalisation, d'une part, et la prestation satisfaisante de services sociaux, d'autre part. Plus la prestation ou les conditions de réalisation d'un service social sont élevées, moins cette activité sera rentable, et vice-versa. Les intérêts associés au profit déterminent généralement la façon dont cette tension est résolue. Les

⁵⁵ J. Williamson, « What Washington Means by Policy Reform », in John Williamson (dir.), *Latin American Adjustment. How Much Has Happened ?*, Washington, Institute for International Economics, 1990.

gouvernements n'ont pas la capacité ou la volonté de garantir un résultat différent — les entreprises privées qui fournissent des services publics ou sociaux financent souvent des campagnes politiques.

La question pertinente est la suivante : comment, dans ce contexte, les cours constitutionnelles peuvent-elles contribuer à la réalisation des objectifs d'un constitutionnalisme transformateur par l'application des droits sociaux ?

4. LE RÔLE TRANSFORMATEUR DES COURS CONSTITUTIONNELLES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIAUX

Attribuer un rôle transformateur aux cours constitutionnelles par l'application des droits sociaux soulève au moins trois questions. Premièrement, les tribunaux doivent-ils déterminer l'objet de la protection de ces droits, les sujets responsables, le niveau et le mode de satisfaction requis par la Constitution⁵⁶ ? Deuxièmement, comment doivent-ils s'acquitter de cette tâche⁵⁷ ? Et troisièmement, dans le cas où les responsables de l'application de ces droits ne respectent pas leurs obligations et, par conséquent, violent ces droits, quelles sont les stratégies judiciaires pour remédier à ces violations ?

La troisième question est cruciale pour l'objet du présent article. En effet, ces stratégies concrétisent les mécanismes par lesquels les cours constitutionnelles contribuent à la réalisation des objectifs de transformation liés à la réduction de la pauvreté et des inégalités. En particulier, nous souhaiterions analyser ici de façon critique deux stratégies utilisées par la Cour constitutionnelle colombienne et qui ont été reprises dans d'autres pays de la région. Nous les appellerons les mesures fortes dans les cas individuels et les mesures structurelles. Ces stratégies ont remis en question la conception traditionnelle de la séparation (stricte) des pouvoirs, ainsi que l'idée qu'en matière de contrôle concret de constitutionnalité, les recours ne peuvent aller au-delà de la demande des parties.

La Cour constitutionnelle colombienne a tenté d'exercer sa fonction formatrice dans des affaires individuelles et structurelles. Un exemple d'affaire individuelle est la manière

⁵⁶ Cf. en faveur de cette possibilité D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 187 et s., et « Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n. 3, p. 710-739.

⁵⁷ Pour cela, il existe plusieurs critères, parmi lesquels le caractère raisonnable, le degré minimum et l'analyse de proportionnalité. Cf. S. Liebenberg, *Droits socio-économiques. Adjudication under a Transformative Constitution*, Le Cap, Juta, 2010, p. 132 et s. ; C. Bernal Pulido, « The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis », in M. Borowski, S. Paulson et J. R. Sieckmann, *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 497-522.

dont, dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a protégé le droit fondamental à l'eau. Par exemple, l'arrêt T-740/2011⁵⁸ a fait droit à un recours en protection dans lequel la demanderesse, qui n'avait pas les moyens financiers de payer la facture d'eau, alléguait que la suspension de ce service public par une société privée violait son droit fondamental à l'eau. Invoquant sa pauvreté, la requérante a demandé une exemption du paiement de la facture. Sur la base d'un rapport de 2003 de l'Organisation mondiale de la santé⁵⁹, la Cour a conclu que le standard minimum de satisfaction du droit fondamental à l'eau implique que chaque personne reçoive au moins 50 litres d'eau par jour, quelle que soit sa capacité financière ou la manière dont le service est fourni. Par conséquent, la cour a ordonné à la compagnie défenderesse de fournir à la requérante et à chacun des membres de sa famille cette quantité d'eau gratuite indéfiniment. Elle a également fait observer que la société défenderesse pouvait demander à l'État le paiement de la moitié du coût de l'eau qu'elle fournissait sans frais.

Assumant une fonction transformatrice afin d'assurer la jouissance universelle du droit fondamental à l'eau, la Cour constitutionnelle a pris une mesure forte. Pour cela, elle a utilisé le critère du noyau minimum et elle s'est déclarée compétente pour déterminer le niveau et le mode appropriés de satisfaction du droit à l'eau. En exigeant la garantie de l'entreprise privée poursuivie, la Cour a modifié le cadre institutionnel, juridique et économique de la fourniture des services publics domestiques d'eau potable. Cette sentence a valeur de précédent et peut être invoquée par toute personne physique se trouvant dans des circonstances identiques ou similaires, contre toute entreprise publique ou privée de services publics.

La Cour constitutionnelle a également exercé sa fonction de transformation par le biais de mesures structurelles, auxquelles, dans certains cas, elle a ajouté l'exercice d'une fonction de vérification du respect des dispositions. Cela s'est produit dans des affaires structurelles, c'est-à-dire des procédures de protection des droits fondamentaux (*tutelas*), dans lesquelles un grand nombre de justiciables invoquent la violation d'un même droit, dont la satisfaction implique l'action coordonnée de diverses institutions publiques, afin de concevoir et mettre en œuvre des politiques publiques⁶⁰. Ces dernières, appelées à bénéficier à l'ensemble de la

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-740-11.

⁵⁹ Organisation mondiale de la santé, « Domestic Water Quantity, Service Level and Health », 2003. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf (consulté le 26 novembre 2019).

⁶⁰ Cf. C. Rodríguez-Garavito, « Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America », *Texas Law Review*, 2010-2011, n. 89, p. 1671.

population et pas seulement aux justiciables, finiront par institutionnaliser la manière et le niveau appropriés de protection constitutionnelle des droits sociaux.

La Cour constitutionnelle colombienne a adopté ce type d'approche dans des affaires telles que celles concernant le manquement de l'État à son devoir d'affiliation des agents publics au système de sécurité sociale⁶¹, à la protection insuffisante des défenseurs des droits de l'homme⁶², à la protection des droits fondamentaux des personnes déplacées par le conflit armé interne⁶³ et au droit à la santé⁶⁴. Dans la plupart de ces cas, afin d'exercer sa fonction transformatrice, la Cour constitutionnelle a jugé qu'il y avait une situation inconstitutionnelle qui devait être corrigée.

Une analyse de l'arrêt T-025/2004⁶⁵ peut illustrer la façon dont la Cour constitutionnelle a cherché à remédier à ces situations inconstitutionnelles. Ce jugement a statué sur 108 actions intentées par 1150 familles déplacées. La Cour constitutionnelle les a regroupées en raison de leurs caractéristiques, de leurs prétentions et des faits communs. Les plaignants ont souligné que l'absence d'une politique publique uniforme de protection des personnes déplacées par le conflit armé a entraîné une violation massive de plusieurs droits fondamentaux de cette population. Certaines personnes n'avaient reçu qu'une aide humanitaire incomplète. D'autres n'ont même pas obtenu ces prestations, malgré des demandes répétées de protection de l'État en termes de droits sociaux au logement, à l'accès au travail, à la santé, à l'éducation et à la nourriture. Les institutions étatiques concernées ont rejeté ces demandes pour incompétence, insuffisance budgétaire ou parce que l'aide humanitaire d'urgence ne pouvait être accordée que pour trois mois.

Les demandeurs ont utilisé les recours en protection (*acciones de tutela*) pour demander aux juges constitutionnels de protéger ces droits. La majorité des juges de première instance ont refusé cette protection, faisant allusion à des raisons de procédure, en particulier leur incompétence pour donner des ordres aux institutions de l'État en matière de formulation et d'adoption des politiques publiques. Dans le cadre des recours en protection, toutes ces

⁶¹ Corte constitucional de Colombia, Sentencia SU.559/97 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-068/98 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-535/99 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia SU-090/2000 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98 ; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-388/2013.

⁶² Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-590/98.

⁶³ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-025/2004.

⁶⁴ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-760/2008.

⁶⁵ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-025/2004.

décisions judiciaires ont été transmises à la Cour constitutionnelle pour qu'elle statue sur leur révision éventuelle.

La décision T-025/2004 est le résultat d'un examen conjoint de ces décisions. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a soulevé deux problèmes juridiques fondamentaux : l'un d'ordre procédural et l'autre d'ordre substantiel. Le problème de procédure est de savoir si, par le biais du recours en protection, les juges constitutionnels ont compétence pour évaluer le rôle des autorités et résoudre les problèmes de conception et de mise en œuvre des politiques publiques relatives à l'assistance aux personnes déplacées par le conflit armé interne. Le problème fondamental est le suivant : quel est le contenu constitutionnel des droits fondamentaux dont il faut tenir compte dans la conception et la mise en œuvre des politiques publiques relatives à l'aide à apporter aux populations déplacées ?

En ce qui concerne le problème de procédure, la Cour constitutionnelle a conclu que les personnes déplacées se trouvent dans des conditions d'extrême vulnérabilité. Par conséquent, les exigences formelles et procédurales ne peuvent empêcher les juges constitutionnels de protéger leurs droits fondamentaux. Cette conclusion a un fort impact sur la séparation des pouvoirs et les frontières entre la justice constitutionnelle et la justice ordinaire. Selon l'arrêt, l'extrême vulnérabilité des plaignants a permis — et peut-être exigé — que la Cour constitutionnelle aille au-delà de la stricte limitation de ses pouvoirs. En réalité, cette situation habilite la Cour à « catalyser » la conception, la mise en œuvre et l'application de politiques sociales visant à rétablir les droits fondamentaux violés.

Sur la question de fond, la Cour constitutionnelle a reconnu que les droits fondamentaux des personnes déplacées — les droits à une vie digne, à l'intégrité de la personne, à l'égalité, au travail, à la santé, à la sécurité sociale, à l'éducation, au niveau de vie minimum et à une protection spéciale des personnes âgées, des mères, des chefs de famille et des enfants — étaient victimes de violations massives et répétées du fait d'omissions imputables aux autorités nationales et régionales. Par conséquent, la Cour a déclaré que de telles omissions créaient une situation inconstitutionnelle, c'est-à-dire une situation dans laquelle quatre conditions étaient remplies, chacune nécessaire et toutes suffisantes, à savoir : a) qu'il y a violation massive de plusieurs droits fondamentaux d'un nombre représentatif de personnes ; b) que la cause de cette violation est un manquement généralisé des autorités à leurs obligations ; c) que les mesures législatives, administratives et budgétaires prises pour prévenir la violation de ces droits sont insuffisantes ; et d) que la solution au problème exige un ensemble complexe d'actions coordonnées, qui doivent être déployées par plusieurs institutions publiques. La Cour

constitutionnelle a noté que pour remédier à la situation inconstitutionnelle des personnes déplacées, les autorités doivent allouer des ressources suffisantes et adapter leurs activités pour garantir un niveau minimum de satisfaction des droits fondamentaux violés.

Sur la base de ces motifs, la Cour constitutionnelle a rendu deux types de mesure : certaines structurelles et d'autres simples. L'objectif des mesures structurelles était de surmonter l'inconstitutionnalité de la situation. Les mesures simples répondaient aux demandes concrètes des plaignants concernant la protection de leurs droits.

En outre, la Cour constitutionnelle a déclaré qu'elle conserverait sa compétence pour contrôler le respect de ces mesures. Le décret 2591/1991, qui régit la procédure du recours en protection, habilite la Cour constitutionnelle à contrôler le respect de ses décisions jusqu'à ce que la violation des droits fondamentaux cesse effectivement. En général, la Cour laisse cette tâche aux juges de première instance. Toutefois, en raison de l'importance des mesures rendues dans le cas des personnes déplacées, la Cour a réservé l'exercice de cette compétence. Par ailleurs, en 2009, ce travail a été confié à une chambre de suivi créée au sein même de la Cour.

5. UNE EVALUATION DES STRATEGIES JUDICIAIRES DE TRANSFORMATION

Le jugement T-025/2004 est l'une des décisions les plus emblématiques de la Cour constitutionnelle dans la mesure où elle concerne le constitutionnalisme de transition. Très bien fondé d'un point de vue empirique, il repose sur une analyse rigoureuse de la violation des droits fondamentaux des personnes déplacées, ainsi que sur l'absence de politiques appropriées pour remédier à cette situation anormale sur le plan constitutionnel. Il a également été pionnier dans la compréhension du déplacement forcé, non seulement en tant que problème social, économique et politique, mais aussi en tant que violation de plusieurs droits fondamentaux. Pour y remédier, il utilise la stratégie, suggérée par Rosalind Dixon⁶⁶, de combiner une définition forte du contenu des droits sociaux avec des remèdes faibles qui énoncent les objectifs de politique publique que les autorités publiques doivent atteindre mais leur laissent le soin de déterminer les moyens. La Cour a ainsi respecté le pouvoir discrétionnaire des autorités, tout en se réservant la compétence de vérifier le respect des objectifs fixés dans l'arrêt, relatifs à la protection des droits fondamentaux des personnes déplacées.

Depuis l'arrêt T-025/04, les juges de toute la Colombie ont rendu plus de 400 décisions pour donner suite aux mesures de la Cour et s'y conformer. Ces décisions ont élargi et clarifié

⁶⁶ Voy. R. Dixon, « Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n. 3, p. 391-418,

les ordres structurels et ajouté des remèdes forts, c'est-à-dire des ordres spécifiques à l'administration publique, relatifs à l'adoption de moyens. De son côté, la Cour constitutionnelle a tenu une trentaine d'audiences publiques et de sessions techniques auxquelles ont participé les acteurs concernés, tels que les plaignants, les institutions publiques, les délégués d'ONG et les organisations internationales de défense des droits de l'homme. La Cour a également rendu des décisions de suivi dans lesquelles elle a adopté des mesures spécifiques pour la réparation différenciée des droits fondamentaux des femmes, des peuples autochtones, des enfants, des personnes âgées et des handicapés, qui sont tous victimes de déplacements forcés.

L'arrêt T-025/04 a conduit à l'adoption de la loi 1448/2011, « Loi sur les victimes et la restitution de terres », qui a notamment créé un programme de protection et de réparation pour les victimes de déplacement forcé et autres victimes du conflit armé. Cette décision a également incité le pouvoir exécutif de plusieurs gouvernements à concevoir et à mettre en œuvre des politiques en faveur de la population déplacée et du pouvoir judiciaire, en particulier des juges des tutelles, pour protéger leurs droits dans des cas spécifiques. Enfin, les audiences publiques de la Cour constitutionnelle ont placé la violation massive des droits fondamentaux des personnes déplacées au centre de l'agenda politique et social et ont ouvert un espace de réflexion entre les entités étatiques et la communauté. Dans cet espace, des personnes déplacées et des groupes de militants des droits de l'homme ont évalué les stratégies adoptées par l'État.

Toutefois, des données récentes et fiables révèlent l'inefficacité de la stratégie de recours énergiques adoptée dans les mesures de contrôle rendues par la chambre de suivi dans le cadre de l'arrêt T-025/2004⁶⁷. L'une des raisons qui peuvent expliquer cet effet est le manque de connaissances techniques des juges sur les aspects financiers et sociaux des politiques publiques. Certains de ces recours ont accru la judiciarisation et obligé le gouvernement national à allouer des ressources considérables pour couvrir les coûts de transactions liés aux litiges. Quinze ans plus tard, la situation inconstitutionnelle n'a pas encore été surmontée. Certaines statistiques montrent que le nombre de personnes déplacées par le conflit armé interne a augmenté, passant de 3,6 millions en 2004 à 7,7 millions en 2017. 66,2 % d'entre elles n'ont pas encore reçu d'aide d'État. Seulement 0,5 % a bénéficié de toutes les prestations offertes par les autorités. 97,6 % des victimes de déplacements forcés vivent encore dans des conditions de pauvreté et 78,8 % dans des conditions d'urgence. Ces chiffres ne permettent pas d'affirmer

⁶⁷ A. Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

avec certitude que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a radicalement transformé la situation des personnes déplacées en Colombie. Le problème est peut-être trop complexe pour être résolu par les modestes instruments du constitutionnalisme. Toutefois, cela ne saurait non plus conduire à sous-estimer l'impact positif que la jurisprudence constitutionnelle en la matière a eu sur la vie de centaines de milliers de personnes déplacées.

Les statistiques concernant les cas structurels dans les prisons conduisent également à des conclusions pessimistes. Des décisions récentes de la Chambre de contrôle sur le respect des arrêts T-388/2013⁶⁸ et T-762/2015⁶⁹ ont conclu à un faible niveau de respect des mesures de la Cour⁷⁰. Dans le cadre de cette affaire structurelle et de celles relatives aux personnes déplacées et au droit à la santé, plusieurs ONG et autres acteurs sociaux demandent toujours à la Cour de continuer à contrôler la mise en œuvre des mesures décidées dans les arrêts pertinents. Une question se pose : quand la Cour devrait-elle mettre fin à cette fonction de suivi ? Répondre à cela implique un dilemme à trois branches. Premièrement, la Cour ne peut pas continuer à exercer cette fonction définitivement. Toutefois, les programmes adoptés par les autorités ne semblent toujours pas protéger les droits sociaux au niveau requis par la Constitution. Il n'est pas non plus prévisible qu'ils le feront dans un avenir proche. Ainsi, si la Cour met fin à sa fonction de contrôle, elle doit accepter que les mesures ordonnées mais non encore exécutées demeurent lettre morte ou qu'il lui soit impossible de les exécuter dans les circonstances politiques et économiques actuelles. Dans les deux scénarios — tous deux regrettables — la question demeure de savoir si la Cour devrait continuer à admettre des recours en rapport avec les mêmes objectifs de protection des droits sociaux qui n'ont pas encore été atteints.

Il existe également des doutes fondés quant à la capacité institutionnelle de la Cour à transformer la société par le biais de mesures fortes qui déterminent les niveaux et les modes de satisfaction des droits sociaux dans les affaires structurelles. Premièrement, les politiques économiques et sociales sont le moyen habituel de déclencher des transformations sociales. Compte tenu de la séparation des pouvoirs, les cours constitutionnelles ou suprêmes ont une compétence assez limitée pour concevoir et appliquer de telles politiques. Deuxièmement, les tribunaux activistes peuvent prendre des décisions chimériques ou inappropriées. L'impossibilité de se conformer à de telles décisions peut susciter la méfiance des citoyens à

⁶⁸ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-388/2013.

⁶⁹ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-762/2015.

⁷⁰ Voy. Autos A-548/2017, A-121/2018 et A-110/2019.

l'égard des institutions étatiques, y compris la justice constitutionnelle. Elles ne peuvent produire que des effets symboliques qui masquent des problèmes économiques et sociaux profondément enracinés. En outre, des décisions inappropriées peuvent entraîner des distorsions dans la répartition et des coûts de transaction injustifiés et peuvent entraîner la perte d'opportunités et de ressources pour produire les transformations souhaitées. Troisièmement, se pose le problème de la bureaucratisation de la justice. Par exemple, les mesures prises par la Cour constitutionnelle colombienne en matière de santé imposant aux institutions du système de santé de fournir des médicaments ou d'exécuter des procédures ont renforcé la protection du droit fondamental à la santé et ont transformé les politiques publiques dans ce domaine. Toutefois, dans une certaine mesure, l'intervention du juge constitutionnel est devenue dans la pratique une étape supplémentaire dans le processus bureaucratique d'obtention de services de santé. Paradoxalement, cela a diminué le niveau de satisfaction de ces droits.

En ce qui concerne les affaires individuelles, la Cour continue d'adopter des réponses énergiques dans un grand nombre de cas où les autorités n'ont pas fourni les médicaments ou les traitements auxquels le requérant avait droit. De même, dans des affaires récentes, la Cour a commencé à expérimenter des voies de recours délibératives dans lesquelles elle invite à une coopération importante entre les requérants et les autorités politiques. La base de ces expériences est la tentative de maximiser l'efficacité dans la satisfaction des droits sociaux tout en minimisant l'ingérence dans le principe de la séparation des pouvoirs.

L'arrêt T-91/2018⁷¹ de la Cour constitutionnelle montre comment les juges peuvent jouer ce rôle de catalyseur. Dix élèves d'un collège ont demandé l'ouverture d'une école secondaire aux autorités éducatives d'un petit village, situé dans une région dévastée par le conflit armé interne en Colombie. En raison de contraintes financières, un décret prévoit qu'un cours secondaire peut être ouvert s'il y a vingt-deux élèves. Sur la base de ce décret, les autorités éducatives ont rejeté la requête. Les élèves ont ensuite intenté un recours en protection pour demander que leur droit à l'éducation soit protégé.

Lorsque la Cour constitutionnelle a examiné l'affaire, elle avait au moins trois possibilités. Tout d'abord, faire preuve de déférence à l'égard des autorités politiques. Deuxièmement, adopter un remède ferme et ordonner d'ouvrir l'école secondaire. Si la première n'avait pas conduit à une protection efficace du droit, la seconde aurait impliqué une forte ingérence judiciaire dans les politiques éducatives et budgétaires. La Cour a donc adopté

⁷¹ Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-91/2018.

une stratégie catalytique. En ce sens, elle a donné lieu à un dialogue entre les pétitionnaires et les autorités éducatives. La Cour a demandé à ces autorités comment les droits de ces élèves pouvaient être protégés. En particulier, elle leur a demandé s'ils pouvaient se voir offrir des quotas dans les écoles environnantes. Les autorités ont identifié deux écoles secondaires dans un rayon de vingt kilomètres dans lesquelles les élèves pourraient poursuivre leurs études. La Cour a ordonné aux autorités d'ouvrir un processus de participation significative avec les requérants afin de s'entendre, premièrement, sur l'école où les élèves poursuivraient leurs études et, deuxièmement, sur la prise en charge des frais de transport. La collaboration a été fructueuse. Après quelques jours, un accord a été conclu. Les élèves étaient inscrits dans l'une des écoles secondaires avoisinantes. Le gouvernement de la municipalité dans laquelle ils vivent a pris en charge les frais de transport.

Ces stratégies de dialogue peuvent s'avérer plus efficaces pour favoriser les transformations. Premièrement, elles engagent les autorités à rechercher des mesures concrètes pour satisfaire les droits sociaux. Deuxièmement, l'examen de ces mesures est fondé sur ce qui est possible dans les circonstances particulières des pétitionnaires et des personnes responsables de la fourniture de biens et de services pour que les droits sociaux puissent être satisfaits.