

UNE RÉFORME PÉNALE EN AMÉRIQUE LATINE QUI DEVRAIT CHERCHER SA LÉGITIMITÉ

Pierre Gilles Bélanger

Special Issue, March 2015

L'État de droit en Amérique latine et au Canada

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067940ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067940ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The most important cause of vulnerability of Latin-American democracies, according to Rouquié (*Latin America: Introduction to the Far West*), is not “the resurgence of populism”, the *maras*, the guerrillas, “the drug traffickers’ criminal and corrupt offensive”, “the flow of ill-gotten gains”, nor “the inconsequence of some political leaders”, but rather poverty and the increase of social inequalities, which constitute the main challenge to the stability of institutions and the rule of law (Alain Rouquié, *Latin America: Introduction to the Far West*, Paris, Seuil, 1987 at 329-330). It is within this context of re-democratization of Latin America that we have analysed whether the legal reforms, especially the criminal ones that are practically generalised throughout the entire region, have brought upon an aspect of development or liberty to the citizen affected by them. It seemed timely to deepen our understanding of this context at a time where almost all of Latin America is adopting legal reforms that place the “law” as a solution to problems brought upon by the past. We have thus offered to explore the question as to whether since the implementation of the largest legal reform, since the implementation of the civil codes during the 18th century, Latin America has succeeded in placing the citizen at the centre of the law and development equation.

Cite this article

Bélanger, P. (2015). UNE RÉFORME PÉNALE EN AMÉRIQUE LATINE QUI DEVRAIT CHERCHER SA LÉGITIMITÉ. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 29–55. <https://doi.org/10.7202/1067940ar>

UNE RÉFORME PÉNALE EN AMÉRIQUE LATINE QUI DEVRAIT CHERCHER SA LÉGITIMITÉ

Pierre Gilles Bélanger*

La plus grande cause de vulnérabilité des démocraties latino-américaines nous disait Rouquié (*Amérique latine : Introduction à l'Extrême-Occident*) n'est ni « la résurgence du populisme », les *maras*, les guérillas, « l'offensive criminelle et corruptrice du narco trafic », « l'afflux de dollars mal acquis », ni même « l'inconséquence de certains hommes politiques », mais la pauvreté et l'aggravation des inégalités sociales qui constituent le principal défi à la stabilité des institutions et à l'État de droit. » (Alain Rouquié, *Amérique latine : Introduction à l'Extrême-Occident*, Paris, Seuil, 1987 aux pp 329-330). C'est justement dans ce contexte de re-démocratisation de l'Amérique latine que nous nous sommes attardés à regarder si les réformes juridiques, plus précisément celles pénales généralisées dans toute l'Amérique latine ou presque, ont su apporter avec elles un aspect de développement ou de liberté pour son citoyen. Il nous semblait opportun d'approfondir ce contexte particulièrement à un moment où presque toute l'Amérique latine se lance dans des réformes juridiques importantes mettant devant plusieurs maux le « droit » comme solution aux problèmes laissés par le passé. Nous avons donc proposé de voir si depuis la mise en œuvre de la plus grande réforme juridique, depuis la mise en place des codes civils au 18^e siècle, si l'Amérique latine a su mettre le citoyen au centre de l'équation droit et développement.

The most important cause of vulnerability of Latin-American democracies, according to Rouquié (*Latin America : Introduction to the Far West*), is not “the resurgence of populism”, the *maras*, the guerrillas, “the drug traffickers’ criminal and corrupt offensive”, “the flow of ill-gotten gains”, nor “the inconsequence of some political leaders”, but rather poverty and the increase of social inequalities, which constitute the main challenge to the stability of institutions and the rule of law (Alain Rouquié, *Latin America : Introduction to the Far West*, Paris, Seuil, 1987 at 329-330). It is within this context of re-democratization of Latin America that we have analysed whether the legal reforms, especially the criminal ones that are practically generalised throughout the entire region, have brought upon an aspect of development or liberty to the citizen affected by them. It seemed timely to deepen our understanding of this context at a time where almost all of Latin America is adopting legal reforms that place the “law” as a solution to problems brought upon by the past. We have thus offered to explore the question as to whether since the implementation of the largest legal reform, since the implementation of the civil codes during the 18th century, Latin America has succeeded in placing the citizen at the centre of the law and development equation.

* Pierre Gilles Bélanger est membre du Barreau du Québec. Pour le Canada, de 2000 à 2007, il a été le premier coordonnateur d'un nouveau groupe de travail d'experts dans les Amériques sur l'entraide juridique en matière pénale pour l'Organisation des États américains (OÉA). En 2008, il a été détaché par le ministère de la Justice du Canada au Centre des études de la justice des Amériques (CEJA), situé à Santiago au Chili. Ce centre est spécialisé en réforme pénale en Amériques. En 2010, il a été invité au Mexique comme professeur au *Tecnológico de Monterrey* pour enseigner les cours « *Escenarios regionales de Norte America* » et « *Escenarios regionales en America latina y el derecho humano* ». En 2011, il a obtenu la certification du *Tecnológico de Monterrey* sur la réforme pénale au Mexique. En 2011, il a mis sur pied un programme de premier cycle entre l'Université d'Ottawa et le *Tecnológico de Monterrey* s'intitulant « L'ordre juridico-politique en Amérique latine et ses enjeux avec le Nord ». Aujourd'hui, il se consacre à un doctorat en droit à l'Université d'Ottawa sur la relation Nord-Sud examinant la question de la réforme pénale en Amérique latine et l'analyse pour proposer une nouvelle façon durable de faire du développement juridique. Me Bélanger est membre du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa comme chercheur responsable d'un nouveau chantier d'études sur l'Amérique latine et les droits de la personne. Il est présentement professeur invité au *Tecnológico de Monterrey*, campus *Ciudad de Mexico*, où il donne notamment le cours de droit international de la personne et mécanismes de résolutions de conflit, deux éléments importants de la réforme pénale.

La principal causa de vulnerabilidad de las democracias latinoamericanas según Alain Rouquié (*América Latina : Introducción al Far West*), no se encuentra en “el resurgimiento del populismo”, o las maras, o la guerrilla, ni siquiera en “la ofensiva criminal y corrupta del narcotráfico, o “ la afluencia de dólares mal habidos “; Tampoco se encuentra en “la inconsecuencia de algunos políticos”. En realidad, la principal causa tiene relación con la pobreza y las crecientes desigualdades sociales, factores que a su vez, constituyen los principales desafíos a la estabilidad de las instituciones y el estado de derecho (Alain Rouquié, 1987, *América Latina : Introducción al Far West*. París, Edic du Seuil, pág 329-330). Es precisamente en este contexto de redemocratización de América que nos hemos planteado la interrogante sobre si las reformas judiciales, especialmente las reformas procesales penales que se llevan a cabo actualmente en casi toda América Latina, están contribuyendo o no, al desarrollo y la libertad de los ciudadanos. Nos parece oportuno indagar en esta área, considerando el hecho que casi toda América Latina ha entrado en un proceso de reformas jurídicas importantes, utilizando el derecho como solución a los problemas acarreados del pasado.

Legal meaning is a challenging enrichment of social life, a potential restraint on arbitrary power and violence. We ought to stop circumscribing the nomos; we ought to invite new worlds.

–Robert M Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword : Nomos and Narrative* (1983)

Au cours des vingt dernières années, plusieurs pays d'Amérique latine ont entrepris de réformer leur système de justice pénale. Ces réformes s'inscrivent dans le sillage de la chute des régimes autoritaires ou dictatoriaux qu'ont connu la plupart de ces pays au cours du dernier tiers du XX^e siècle. Elles sont propulsées par un nouveau vent de démocratie qui souffle sur ces pays, même si la démocratie est inscrite au cœur des discours politiques depuis plus de deux cents ans¹. Ce changement n'est pas venu seulement des mouvements sociaux de revendications aux droits et libertés. Il a eu et a toujours, une pression qui vient des organisations internationales et des bailleurs de fonds. Il y a aussi un carnet commercial à réaliser et à protéger. Les gouvernements doivent se conformer, et réserver une place à la bonne gouvernance. C'est dans ce contexte que la règle de droit et les réformes juridiques occupent aussi une place déterminante. Elles sont au centre des solutions; du jamais vu auparavant dans l'équation du droit et du développement.

Law is the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea's most common expression is the "rule of law" (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere².

¹ Alain Rouquié avance que la démocratie est une réalité qui habite les discours depuis deux cent ans. Même sous les dictatures, les régimes se revendiquaient de la démocratie et pour la démocratie. Voir Alain Rouquié, *À l'ombre des dictatures : La démocratie en Amérique latine*, Paris, Albin Michel, 2010 [Rouquié].

² Alvaro Santos, « The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development » dans David Trubek et Alvaro Santos, dir, *The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 à la p 253. À ce sujet, voir également Thomas Carothers, « The Rule of Law Revival » (1998) 77:2 *Foreign Affairs* 95 à la p 105 : « *Most governments attempting rule-of-law reform are not doing so on their own. Assistance in this field has mushroomed in recent years, becoming a major category of international aid. With a mix of altruism and self-interest, many Western countries have rushed to help governments in Eastern Europe and the former Soviet Union carry out legal and institutional reforms. Russia's legal and judicial reforms, for example, have been supported by a variety of U.S. assistance projects, extensive German aid, a \$58 million World Bank loan, and numerous smaller World Bank and European Bank for Reconstruction and Development initiatives, as well as many efforts sponsored by Great Britain, the Netherlands, Denmark, and the European Union. Asia and Latin America are also major recipients of rule-of-law aid, with a focus on commercial law in Asia and on criminal and commercial law in Latin America.* »

Depuis les années 1990, le mouvement de développement relie la prospérité à une nouvelle présence de l'État de droit. Cette nouvelle définition ou cette nouvelle vague de développement par le droit dépasse finalement la simple relation de la protection des investissements économiques d'un pays. Les pays de l'Amérique latine optent pour des réformes de grande importance. La première d'importance est la réforme de la procédure pénale.

Ce texte pose quelques réflexions à savoir si ces réformes de droit répondent aux attentes de développement qu'exigent les populations de l'Amérique latine.

I. Les réformes juridiques en général en Amérique latine

La règle de droit en Amérique latine s'installe dans un contexte bien particulier. La crainte du communisme s'amenuise, le « post consensus néo-libéral de Washington » s'installe et offre au monde la possibilité de nouveaux marchés à travers cette grande et riche Amérique à « re-développer » :

Law is at the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea's most common expression is the "rule of law" (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere³.

Since the late 1980s, Latin America has experienced a momentum for reforming judicial systems. Enhancing the rule of law has become the new miraculous cure to palliate the unfulfilled expectations of democracy and the market economy⁴.

Au sud, les régimes dictatoriaux tombent, au Mexique la « dictature parfaite » est sur le point également de tomber⁵. Toutefois, les années de violations des droits de la personne ont laissé plus que de simples traces. Des régimes, des

³ Alvaro, *ibid* au chapitre 7. Dans le même ordre d'idée : Thomas Carothers, « The Rule of Law temptations » (2009) 33 : 1 The Fletcher Forum of World Affairs 49 : « That is, rule-of-law development would facilitate economic transitions to the market model by helping achieve legal and institutional predictability and efficiency in a variety of areas crucial to the operation of a market economy. »

⁴ Carlos Santiso, « The Elusive Quest for the Rule of Law: Promoting Judicial Reform in Latin America » (2003) 23:3 Brazilian Journal of Political Economy 114.

⁵ « L'écrivain péruvien Mario Vargas Llosa avait qualifié de "dictature parfaite" le régime du Parti révolutionnaire institutionnel (PRI) au Mexique qui a régné de 1929 à 2000 : une dictature qui prend l'apparence d'une démocratie. Il y a des élections, mais un seul vainqueur possible et le parti unique achète un électorat qui lui en est reconnaissant. » Voir Emmanuelle Steels, « Présidentielle mexicaine : retour à la "dictature parfaite" », *La Presse [de Montréal]* (1 juillet 2012), en ligne : La Presse.ca <<http://www.lapresse.ca/international/amerique-latine/201206/30/01-4539793-presidentielle-mexicaine-retour-a-la-dictature-parfaite.php>>.

façons de penser et d'être demeurent « à l'ombre » des démocraties⁶. Ce mécanisme de re-démocratisation est selon André Corten un jeu de l'élite, un « compromis » obligé vers la démocratie, mais l'idéal démocratique n'est pas acquis par tous⁷.

C'est dans ce contexte que s'installent les réformes juridiques, les tribunaux et la justice pénale d'abord⁸. Si l'Amérique latine voulait se libérer, elle devait se démocratiser et elle a décidé de s'attaquer à ce qui est le plus immédiat, soit à la procédure criminelle, celle qui permet de juger le crime, de corriger l'impunité et d'offrir un climat de sécurité pour le citoyen⁹.

C'est aussi un moyen de faire régner l'État de droit qui contrôle l'action de ses institutions. L'État avait aussi une dette envers ses citoyens. L'État était perçu comme objecteur de conscience de la population, prenant son droit pénal comme outil de châtement, criminalisant la dissidence et les mouvements populaires, et ce, même avant les périodes dictatoriales¹⁰. Comme le soulignait Sérgio Adorno, trop souvent les lois ont été utilisées pour sanctionner des comportements politiques¹¹.

La grande majorité des pays d'Amérique latine entament donc ce changement de leur système pénal, passant d'un système inquisitoire à un système plus accusatoire¹². Le Mexique pour sa part délaisse un système mixte, à partir de la

⁶ Rouquié, *supra* note 1.

⁷ André Corten, « La démocratie et l'Amérique latine : Théories et réalités » dans Bérengère Marques-Pereira, dir, *Enjeux politiques et théoriques actuels de la démocratie en Amérique latine, Cahiers du GELA-IS*, vol 1, Paris, L'Harmattan, 2001 aux pp 5-6, 31-64.

⁸ Elin Skaar, recension de *Rule of Law in Latin America : The International Promotion of Judicial Reform* de Pilar Domingo et Rachel Sieder (2003) 45:1 *Latin American Politics and Society* 153 à la p 154 [Skaar].

⁹ Mauricio Duce, « Reforma de la justicia penal en América Latina : Una perspectiva panorámica y comparada, examinando su desarrollo, contenidos y desafíos » (2009) 3 *Serie de Políticas Públicas UDP*, en ligne : Expansiva – Universidad Diego Portales <<http://www.expansiva.cl/media/publicaciones/wpapers/20091102165306.pdf>>.

¹⁰ Paulo Sergio Pinheiro, parlant de la relation que le citoyen de l'Amérique latine a toujours eu avec l'État, donne quelques exemples : le travailleur immigrant comme révolutionnaire, les anarcho-syndicalistes entre 1900-1920, les communistes dans les années 1930 ou 1945, les syndicats urbains et ruraux dans les années 1960, les travailleurs sans terre dans les années 1990 et 2000, etc. Voir Paulo Sergio Pinheiro, « Démocratie et État de non-droit au Brésil : analyse et témoignage » (2005) 59 *Cultures et Conflits* 87 à la p 87 [Pinheiro].

¹¹ Sérgio Adorno, « Le monopole étatique de la violence : le Brésil face à l'héritage occidental » (2005) 59 *Cultures et Conflits* 149. Citant en exemple la criminalisation de la protestation sociale par la modification du cadre juridique en 2001 dans l'état de Mexico, voir également Sérgio Adorno, *La violence dans l'imaginaire latino-américain*, Paris, Karthala, 2008 à la p 99.

¹² Pilar Domingo, « Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America » (2004) 11:1 *Democratization* 104 à la p 105 : « *Promoting rule of law has become widely accepted throughout the region as a necessary aspiration for the consolidation of democracy [...] the remit of state reform and quest for good governance.* » Plusieurs autres études provenant particulièrement des États-Unis ont la même teneur. Citons par exemple les études de Maximo Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations : The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure » (2001) 45:1 *Harv Int'l LJ* 1 à la p 27 et Mark Ungar, *Elusive Reform : Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder, Lynne Rienner Pub, 2001 à la p 17 et s. Carlos Maldonado Curti, ministre de la Justice dans le gouvernement Bachelet au Chili et à l'époque responsable de la réforme pénale au Chili affirmait : « *A partir de la década de los 80 la gran mayoría de los países de América Latina comenzarían a modificar sus sistemas de enjuiciamiento* ».

réforme constitutionnelle de 2008.

Les systèmes inquisitoires variaient passablement d'un pays à l'autre et furent principalement hérités du passé colonial espagnol et adopté au XIX^e siècle lors du passage à l'indépendance, chaque pays y insérant des procédures adaptées à son contexte. Malgré les modifications qui prennent place en Europe à cette époque, l'Amérique latine demeure ancrée dans son système opaque :

At the beginning of the 19th century, continental Europe began a series of deep criminal procedure reforms. In 1808, Napoleon introduced his Code d'instruction criminelle which moved France away from the inquisitorial model represented by the Ordonnance criminelle of 1670 and translated a number of ideas from the English model of criminal procedure to a civil jurisdiction. Following the continental European inquisitorial tradition, the Code d'instruction criminelle established a secret and written pretrial investigation under which the defendant had very limited rights. However, inspired by the English model, the Code also incorporated an oral and public trial before a jury. [...] Even though several Latin American political actors advocated adopting one of the mixed models, most countries in the region ultimately rejected them. Latin American elites rejected the more liberal codes mainly because they deeply distrusted and disliked the jury as well as oral and public trials, believing that their populations were not ready for them¹³.

Durant la période de la colonie, ce système inquisitoire consistait dans une procédure qui donnait la faculté d'enquêter, d'accuser et de condamner et qui se concentrait dans les mains d'une seule personne, soit le juge, et ce, dans une procédure qui avait comme étape centrale le dossier écrit et secret :

The inquisitorial model as adapted to the various Latin systems has retained the fundamental European characteristics, but with a number of culturally or politically-dictated modifications in each Latin-American national system. Most importantly, the process, before the transitions [...] was shrouded in secrecy and was almost completely in writing¹⁴.

Un autre problème important du système inquisitoire d'Amérique latine était la concentration du pouvoir entre les mains d'un seul acteur, rendant du même coup vulnérables sa personne ainsi que sa justice.

Il faut bien comprendre que dans le modèle inquisitoire, la place du juge était centrale. On accentue la différence entre justice pénale et justice civile et on privilégie la position du juge comme représentant de l'intérêt général, responsable de diriger l'enquête afin de faire triompher la vérité.

criminal desde un sistema inquisitivo, o inquisitivo mixto, a uno más adversarial ». Voir Carlos Maldonado Curti, « La Reforma procesal penal chilena: gestación y estado actual del nuevo proceso penal », IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración Pública, Madrid, Espagne, 2 au 5 novembre 2004 [Curti].

¹³ Máximo Langer, « Revolution in Latin American Criminal Procedure : Diffusion of Legal Ideas from the Periphery » (2007) 55:4 Am J Comp L 617 à la p 627.

¹⁴ Leonard L. Cavise, « When the Inquisitorial and Adversary Systems Collide : Teaching Trial Advocacy to Latin American Lawyers » (2006) Bepress Legal Series, en ligne : Bepress Legal Series <<http://law.bepress.com/expresso/eps/1049>>.

Dans le système inquisitoire, le juge est un magistrat professionnel doté de pouvoirs importants destinés à lui permettre de diriger, de décider des enquêtes – à charge et à décharge. Dans le modèle inquisitoire, le juge plutôt que les parties avait la responsabilité de développer la cause et avait l'obligation « *to determine whether or not the defendant is guilty*¹⁵. »

Les parties n'avaient que très rarement de rôle dans l'enquête, la preuve ne leur parvenait qu'après l'accusation et les allégations ne venaient qu'après coup et par écrit. Ce modèle offre une procédure écrite, secrète, c'est-à-dire qui n'est pas partagée et donc non contradictoire et s'appuie sur l'idée que la justice répressive ne se limite pas à arbitrer un litige entre des plaideurs, mais qu'elle intéresse la société même : le juge lui-même chargé et responsable de trouver la vérité – laisse aussi une place réduite aux parties.

Si on regarde l'héritage juridique et judiciaire laissé à l'Amérique latine (et Haïti à certains égards peut y être inclus), la concentration du pouvoir dans les mains d'une seule personne ou autour d'une seule personne ne pouvait que contribuer à enliser le système pénal plutôt qu'à faire bénéficier la justice.

*Because of the judge's dominant role in the development of the case and the importance of the investigatory judge's findings, the trial phase in the Latin inquisitorial model became merely a confirmation of the findings of the investigation and, therefore, the principle of morality was of little utility*¹⁶.

Cette concentration du pouvoir entre les mains d'un seul acteur, additionné du secret de l'enquête, et dans un contexte politique de vulnérabilité, était un champ très fertile pour les violations des droits de la personne, la corruption, mais aussi laissait peu ou pas de place aux acteurs de la chaîne pénale pour avoir un rôle interprétatif de la justice pénale en faveur notamment des plus vulnérables.

Comme la recherche de vérité était l'ultime but, les confessions demeuraient l'ultime preuve et ainsi la torture était le moyen privilégié d'arriver à cette vérité¹⁷.

En Amérique latine, le système inquisitoire ne contribuait pas à protéger les garanties juridiques de base (le « *due process* ») ni à promouvoir la transparence, qui, on le sait aujourd'hui, est essentielle à l'administration de la justice tout autant que la justice elle-même. De même, le système inquisitoire ne permettait pas à tous les acteurs du processus pénal d'avoir un rôle important. Ce ne sont pas les seuls problèmes que véhiculait le système inquisitoire de l'Amérique latine, mais ils étaient la principale cause du malaise.

¹⁵ William T Pizzi, « Understanding Prosecutorial Discretion in the United States : The Limits of Comparative Criminal Procedure » (1993) 54 Ohio St LJ 1325 à la p 1333.

¹⁶ James W Diehm, « The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into the Former Soviet Union and Other Inquisitorial Countries » (2001) 11 Fla St J of Transnat'l L & Pol'y 5 à la p 26.

¹⁷ Julio Maier, *Derecho Procesal Penal, Tomo I Encuadrado*, Buenos Aires, University of Puerto Rico Press, 2004 à la p 297. Voir également John Langbein, « The Legal History of Torture » dans Stanford Levinson, dir, *Torture : A Collection*, New York, Oxford University Press, 2006.

II. La réforme comme mouvement hémisphérique

La réforme de la justice pénale dans la région peut être décrite comme un mouvement commun plutôt que comme une série d'efforts isolés, quoique réalisés d'une manière différente dans chaque pays.

Il y avait un commun accord pour constater l'état de faillite du système de justice pénale de la région. À vrai dire, tous s'accordaient pour dire que les libertés fondamentales n'étaient pas protégées sous ce type de régime pénal. Le système inquisitoire constituait une source de problèmes structurels. Bien qu'il ait été reconnu qu'il y avait de graves problèmes causés par un manque de ressources adéquates du secteur, la perception était que, bien que des ressources supplémentaires pouvaient améliorer certains points, elles ne seraient pas suffisantes par elles-mêmes pour couvrir les principaux problèmes susmentionnés.

Or, la réforme de la procédure pénale en Amérique latine est généralisée. D'importantes réformes se sont produites, par exemple, Cordoba en Argentine (1991) fut l'un des premiers et ensuite le Guatemala (1994), le Costa Rica (1998), la province de Buenos Aires en Argentine (1999), le Salvador, le Paraguay et le Venezuela (2000), le Chili – de façon graduelle débutant en 2001 se terminant en 2005, la Bolivie et l'Équateur (2002), le Honduras et le Nicaragua (2005), la Colombie – de façon graduelle – et la République dominicaine (2006), le Pérou — de façon également graduelle, la province de Chubut (2007) et la province de Neuquen (2014)¹⁸ en Argentine et ainsi de suite. Le grand absent demeure le Brésil qui a tout de même connu une grande modification par la création de son ministère public qui sert aussi d'ombudsman du citoyen¹⁹. Quant au Mexique, c'est par voie de modification constitutionnelle qu'il a procédé et en 2008, il entre dans cet immense processus de réforme de son droit pénal, comme l'avaient entamé quelques années auparavant ces quelques quatorze autres pays de l'Amérique latine et plusieurs états. Elle avait été présentée en 2004 par le président Fox,²⁰ mais c'est le président Calderón qui fit un plaidoyer en faveur du « *cambio procesal* » devant les sénateurs

¹⁸ Ces derniers insèrent à leur système pénal, contrairement aux autres pays, des jurés, s'inspirant entre autre de la procédure canadienne.

¹⁹ Malgré tout, en 2008, le Brésil a connu une réforme de son code pénal afin d'offrir principalement plus de garanties juridiques aux accusés. Par exemple, le nouveau code empêche que plusieurs juges se substituent dans une même cause, et ce, afin d'éviter la corruption et l'impunité. Ces quelques petits changements ne semblent pas satisfaire la société brésilienne qui réclame une réforme de fond. La société requiert des réformes plus poussées car le système brésilien demeure aussi secret. Il est issu du Portugal et d'un système mixte avec toujours peu de garanties juridiques et la procédure secrète (*inquérito*).

²⁰ Le président choisi par le président Fox, le magistrat José Guadalupe Carrera Domínguez, énonçait les six points de réforme pénale comme suit : « *Este proyecto de reformas lo podemos concentrar en seis grandes rubros, a saber : Fusión de la Policía federal Preventiva y la Agencia Federal de Investigaciones (creación de un sistema de una policial nacional, basado en la cooperación y coordinación). Creación de juez especializado en materia de ejecución de sanciones. Transformación de la Procuraduría General de la república en Fiscalía General de la federación, como órgano autónomo. Creación del Abogado General. Profesionalización del defensor penal. Juicio acusatorio, adversarial y oral* ». Voir Sergio García Ramírez, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia de Autoritarismo?*, Mexico, Porrúa, 2008 à la p 399 et s.

du pays, annonçant par le fait même une manière de combattre la criminalité émergente au Mexique et de changer les mentalités. Le contenu législatif n'avait pas été envoyé au Congrès avant 2011 et le Mexique étant un État fédéral, son application dépendait de chacun des trente-trois États qui composent le pays, certains États dont notamment Chihuahua, Nuevo León et Oaxaca n'ont cependant pas attendu que le Congrès légifère pour mettre en œuvre une réforme pénale. Mexico, la capitale également avec ses vingt-cinq millions d'habitants, a suivi en adoptant un système accusatoire dès mars 2008. Ont suivi par la suite Durango, Tabasco, Yucatán, Guanajuato et Baja California ainsi que par la suite en 2010, les États de Morelos et de Zacatecas. Tous devraient le faire avant la fin de 2016. L'on peut dire qu'il s'agit là d'une très grande révolution juridique.

III. Les principales caractéristiques des réformes pénales

Les nouveaux systèmes régionaux de procédure pénale présentent deux caractéristiques générales qui marquent des changements très importants. Le premier concerne la mise en place de procès oral. Le second implique un changement dans les rôles et les fonctions des participants à la chaîne pénale. Ces changements portent principalement sur le transfert de pouvoir. Nous allons voir plus en détail ces changements.

A. La création d'un ministère indépendant public

Par l'élimination du juge d'instruction, un nouvel acteur arrive en scène : le ministère public. Sans l'intervention du ministère public, le juge a comme rôle unique d'entendre la cause et ne peut pas prendre de décision avant que le ministère public en décide ainsi. Ce qui n'était pas le cas avant comme nous l'avons mentionné, le juge d'instruction avait à peu près tous les pouvoirs et le juge de la cause devait se soumettre aux preuves que lui apportait l'enquête. Notons que le Mexique, bien qu'il ait abandonné la figure du juge d'instruction lors d'une réforme en 1929 pour un ministère public très puissant à la *Procuraduría General de la República* (PGR) rattaché à une force policière et d'enquête – certains affirment que le même problème existait au Mexique que dans les autres pays de l'Amérique latine en ce qui avait trait aux violations fondamentales des droits des accusés :

*El desmesurado poder del ministerio público, que provisto del monopolio de la acción penal determina de manera casi exclusiva el curso de la averiguación previa, y en consecuencia el destino del imputado*²¹.

Or, ce nouveau joueur essentiel à la procédure vient, pour les opposants de la réforme, minimiser le rôle du juge, et même lui lier les mains, alors que pour les protagonistes de la réforme ceci vient plutôt permettre au juge de juger sur les faits

²¹ Salvador Valencia Carmona, « Constitución y Nuevo Proceso Penal Reforma Judicial » (2009) 13 *Revista Mexicana de Justicia* 39 à la p 41.

mis en preuve et sur le droit. Essentiellement, ce Ministère est souvent, par la loi ou par les constitutions des pays, totalement indépendant ou obtient une position privilégiée qui le met en quelque sorte dans une sphère de pouvoir indépendante. Il a la fonction de promouvoir l'action pénale, défendre la légalité et diriger les enquêtes policières. Ce n'est plus aux juges d'instruction de le faire.

B. Création d'une défense et d'une aide juridique publique (*la defensoria publica*)

Il est bien évident que ce changement, c'est-à-dire la création d'une institution constitutionnellement indépendante avec la capacité de poursuite et (d'avoir) un budget, doit aussi apporter avec lui un contrepoids afin que le concept de justice soit plus entier, du moins en principe. On reconnaît que sans défense, il ne peut y avoir de justice. L'aide juridique devient aussi essentielle. Il est compliqué de faire une analyse exhaustive de la défense pénale en Amérique latine ou au Chili par exemple, qui clairement a beaucoup investi dans sa défense pénale publique, qui n'est toutefois toujours pas constitutionnellement indépendante, donc assujettie aux caprices budgétaires du ministère de la Justice du Chili. Mais celle-ci offre à tous les citoyens un avocat spécialisé en matière pénale à tous et gratuitement si la capacité de payer de l'accusé est en dessous d'un certain seuil. Rappelons-nous que dans l'ancien système, avant la réforme, l'inculpé qui n'avait pas des moyens suffisants était laissé entre les mains d'un avocat souvent inexpérimenté, prétendant défendre l'accusé, ce qui résultait finalement dans plus de la moitié des cas en un emprisonnement provisoire. Au Mexique, les statistiques sont à l'effet que 80 % des détenus n'ont jamais parlé avec le juge qui les a condamnés. D'ailleurs, dans 70 % des dossiers, le juge n'a pas été présent lors de la prise de la déclaration de sentence²².

Rappelons-nous aussi que plusieurs de ces pays n'avaient et n'ont toujours pas d'associations professionnelles d'avocats obligatoires qui dictent la pratique à suivre et donc l'obligation pour l'État d'assurer une défense juste et de qualité par un avocat dans les matières pénales et ainsi avoir une défense pénale publique contribuant grandement à cette capacité du citoyen de se défendre devant les abus de l'État. Ceci devient un acquis fort important pour la justice des citoyens. Au Chili par exemple, on a même créé des unités spéciales d'avocats afin de défendre des groupes de personnes dans des situations plus vulnérables, comme les adolescents, les prisonniers, les autochtones et les immigrants²³.

²² On retrouve plusieurs statistiques intéressantes dans l'article de Miguel Carbonell et Enrique Ochoa Reza, « El abismo del sistema penal » (2008) 30:366 Nexos 51-56.

²³ À titre d'exemple, voir le site Web de la *Defensoría Penal Pública* disponible à l'adresse suivante : <www.dpp.cl>.

C. Un juge des garanties juridiques

En plus de promouvoir un défenseur public, la réforme instaure le concept de juges de garanties qui sont chargés d'assurer le respect des droits de la victime et de l'inculpé pendant l'enquête et de résoudre les problèmes liés à la procédure, souvent en ce qui a trait aux délais. C'est un mécanisme qui permet d'une part d'assouplir le système par des appels ou des *amparos*²⁴, mais essentiellement, d'autre part, permet aussi de garantir à tous et à tout moment (policiers, juges, etc.) l'observation des garanties. C'est en fait une procédure de révision.

D. Mécanisme alternatif de résolution

Il n'y a pas que les institutions ou les acteurs qui changent. Une réforme avec plus de droits ou de garanties juridiques amènerait avec elle son lot grandissant de plaintes, d'enquêtes et de procès, de plus grands délais à respecter et donc de possibles engorgements des tribunaux. Plusieurs s'accordaient aussi pour éviter la détention automatique avant même le procès. On pensait à la possibilité de la négociation de plaidoyer (« *plea bargaining* ») ou voire même à des mécanismes alternatifs pour les petits délits parce que tous les crimes n'entraînent pas nécessairement et automatiquement une incarcération. Le droit devait s'adapter et l'Amérique doit donc aussi le faire :

*Successful experiences in different developed and developing countries suggest that ADR programs can: support and complement court reform, bypass ineffective and discredited courts, increase popular satisfaction with dispute resolution, increase access to justice for disadvantaged groups, reduce delay in the resolution of disputes, reduce the cost of resolving disputes, increase civic engagement and create public processes to facilitate economic restructuring and other social change, help reduce the level of tension and conflict in a community and manage disputes and conflicts that may directly impair development initiatives*²⁵.

L'idée est présente. Les Nations unies et le Conseil de l'Europe, avec leurs lignes directrices sur la justice alternative, mieux connue sous le nom de justice réparatrice, invitent les pays réformés à y penser. On parle donc de créer une procédure criminelle alternative. L'idée est moderne, pourquoi envoyer un nouveau délinquant à l'école du crime alors qu'il peut purger une peine avec un résultat plus édifiant pour tous?

²⁴ Sorte d'*habeas corpus*.

²⁵ Jose Alberto Ramirez Leon, « Why Further Development of ADR in Latin America Makes Sense : The Venezuelan Model » (2005) J Disp Resol 399 à la p 404. Voir également *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718.2(d)

E. Protection des victimes et des témoins

La victime n'existait pas dans le système inquisitoire latino – américain et une nouvelle place lui est attribuée dans la réforme. Cette nouvelle notion fait de la victime un acteur principal avec le crime commis et oblige les ministères publics à protéger les victimes. Les codes font en sorte que dans l'évaluation de la sentence, les mises en détentions provisoires ou pour les cautionnements des accusés, on prenne en considération la victimisation. Également, on tente de considérer la victime-témoin dans le processus de l'obtention de la vérité.

Bref, à partir de 1995 et jusqu'à présent, le nouveau système s'implante dans plus de quatorze pays et plusieurs états. L'Amérique latine modifie son système juridique relié à la procédure pénale. Ces états ont adopté une procédure pénale axée sur la transparence et le débat oral. Ils ont mis en place des institutions nouvelles ou les ont renouvelées. Ils ont donné de nouvelles obligations aux juges. En retirant le juge d'instruction, ils ont donné aux policiers un devoir d'enquête et de témoignage. Ils ont créé des défenses pénales publiques et donné un rôle important aux victimes de crimes.

Mais aujourd'hui, bien que ces réformes ne soient pas tout à fait terminées dans l'ensemble de l'Amérique latine, nous sommes en droit de nous demander si ces réformes, malgré leur succès indéniable ou relatif (selon les pays), remplissent les attentes des populations des régimes post-autoritaires reliées à la règle de droit démocratique et au développement.

IV. La réforme pénale liée aux droits fondamentaux de base

C'est la société civile, la première, qui revendique les réformes, particulièrement au niveau de l'administration de la justice. Un des grands intellectuels à avoir touché la question de la réforme pénale de l'Amérique latine, le professeur Alberto Binder de l'Université de Buenos Aires, a toujours affirmé que la société civile en Amérique latine est imprégnée de cette capacité vivante d'aller chercher des droits meilleurs malgré l'amenuisement qu'a subi cette société. Lors d'une entrevue, le professeur Binder explique :

Creo que las organizaciones de la sociedad civil cumplen hoy varios papeles importantes. Uno de ellos ha nacido en América Latina durante la última década, impulsado por el importante trabajo de un conjunto de organizaciones que, con un lenguaje común, tienen la capacidad de incidir en las políticas judiciales. Esto ha sido muy positivo. Y esta es la primera función: mantener y lograr que nuestros estados tengan políticas judiciales permanentes y no que cada cincuenta años tengamos que hacer esta tarea ciclópica de cambiar todo el sistema²⁶.

²⁶ Entrevue de Alberto Binder par Pierre Gilles Bélanger, Congrès sur la réforme pénale haïtienne, Port-au-Prince, Haïti, 2011.

La procédure pénale n'est pas parmi les revendications de tous, mais elle est en première ligne dans un contexte où l'on vise l'évolution du système judiciaire et de l'État de droit. Les garanties juridiques lors des procès sont au cœur de ce processus de réforme. On ne voulait plus revivre des procès sans fin, secrets ou des parodies de procès. On ne voulait plus avoir de disparus, mais bien des gens condamnés ou libérés, on voulait des jugements, non des faveurs. La société civile criait justice :

Judicial reform has long been seen as a prerequisite for the consolidation of democracy and for sustainable development in Latin America. Most countries in the region approached the last decade of the twentieth century with weak, politically vulnerable and ineffective judicial institutions. Few were capable of holding executive power in proper balance, of guaranteeing the effective observance of basic human and civil rights, of promoting an atmosphere conducive to economic development, especially to foreign and domestic investment, or of providing basic security to citizens. They suffered from antiquated criminal codes, poorly organized and under funded courts, inadequate training and compensation of judges, judicial officials, and police, legal procedures that minimized transparency, and often-deplorable prison conditions²⁷.

Ce sont certains intellectuels universitaires, encouragés et appuyés par les pressions extérieures qui sont venus proposer aux nouvelles démocraties un projet de démocratisation juridique et judiciaire. Carlos Maldonado affirmait, en parlant de l'expérience chilienne, que la réforme est un processus qui a débuté dans la société civile avec l'importante contribution des intellectuels de l'extérieur du pays, qui par la suite fut approuvé par l'exécutif du pays qui vit la réforme comme une bonne plateforme politique²⁸.

V. Le cas du Chili

Le Chili est un exemple intéressant et inévitable lorsqu'il s'agit de la réforme pénale en Amérique latine. Ce dernier est vu par le monde comme l'État ayant réussi sa réforme pénale, le premier à la terminer et aujourd'hui qui exporte ses connaissances à travers plusieurs pays de l'Amérique latine.

Un des éléments du succès est sans contredit qu'il a su progressivement implanter sa réforme par étapes, par régions pour terminer avec la région la plus peuplée, soit celle de Santiago²⁹.

²⁷ Center for Strategic and International Studies, *Judicial Reform in Latin America : An Assesment* par Peter DeShazo et Juan Enrique Vargas, vol 17, n° 2, Washington, CSIS Policy Papers, 2006 à la p 1, en ligne : CSIS Americas Program <http://csis.org/files/media/csis/pubs/0609_latin_judicial_reform.pdf>.

²⁸ Curti, *supra* note 12 à la p 1.

²⁹ Première étape : Régions de Coquimbo et Araucania, 16 décembre 2000. Seconde étape : Régions d'Antofagasta, Atacama et Maule, 16 octobre 2001. Troisième étape : Régions de Taracapa, Aysen et Magallanes, 16 décembre 2002. Quatrième étape : Régions de Valparaíso, O'Higgins, Bio-Bio et Los Lagos, 16 décembre 2003. Cinquième et étape finale : Région métropolitaine (Santiago), 16 juin 2005.

De plus, le Chili présentait tout un défi. Le système inquisitoire était présent dans tous les pays d'Amérique latine, mais au Chili le système de la justice avait un fantôme à abattre :

This was true throughout all of Latin America, but Chile presented the most inquisitive model of all. The old Chilean system was inherited from Spain during the initial colonization. It was inquisitorial in form, by which the functions of investigation, prosecution, and judgment were all carried out by one institution: the judiciary. This was true throughout all of Latin America, but Chile adhered to an "orthodox" inquisitorial model. A hallmark of the inquisitorial system was the fact that it was, for the most part, a written system. Investigation was assigned to low level functionaries, many of whom had absolutely no training in the law. There was little or no contact between the parties and the judge. Cases could, and did, linger for years³⁰.

De plus, la réforme pénale a su toucher d'abord ce qui était le plus critiqué dans le système juridique en commençant en 1990 avec la réforme des tribunaux incluant la Cour suprême du pays, reconnue pour être aussi le bras droit de la dictature, le bras de la légitimité des actions dictatoriales. On créa un conseil de la magistrature afin de mieux gérer les nominations. Une forte opposition de l'ancienne garde toujours omniprésente affecta les réformes du nouveau président Aylwin et les anciennes structures demeurèrent en place malgré tout pendant tout son mandat.

Ce n'est que cinq ans plus tard, en 1995, qu'un ensemble de réformes législatives vint renforcer le vent de changement de la justice criminelle chilienne. On inscrivit dans la loi l'obligation d'avoir trois juges siégeant dans les dossiers de crimes majeurs. On abolit l'ancien système inquisitoire où le juge enquêtait et on élimina aussi la détention préventive presque automatique et par conséquent, on désengorgea les prisons. On mit un terme aux innombrables procédures en cours, basées sur des documents écrits qui se perdaient et qui ne cessaient de s'accumuler devant les tribunaux sans trop de résultats concrets.

À partir de 1995, la réforme fut donc échelonnée sur une période de dix ans. À travers tout le pays, on se donna également comme mission de former tous les acteurs de la réforme : les juges, les enquêteurs, les policiers, la défense publique, le personnel de la cour, etc. Bien que le plan décennal ait pris fin, on vise toujours une formation au sein des cours pénales ainsi que dans les autres tribunaux. Que l'on parle de cours familiales, juvéniles et voire même dans les tribunaux civils, on attend toujours.

Il est important de noter dans le discours officiel du président de la République du Chili que l'objectif de la réforme pénale procédurale promettait aussi de renforcer les droits de la personne, de sortir le citoyen de cette situation de non-

³⁰ Rafael Blanco, Richard Hutt et Hugo Rojas, « Reform to the Criminal Justice System in Chile : Evaluation and Challenges » (2004) 1:2 *Loyola University Chicago International Law Review* 253 à la p 255.

confiance et de lui permettre de se défendre face aux abus de l'État³¹. D'une part, on y apportait des garanties à la prospérité en solidifiant les droits d'investissement, mais aussi en redonnant une place à la citoyenneté³². Le discours officiel du Chili sur la réforme de la procédure pénale en 1999 :

*La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y ultima ratio supone, además supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción; exige modificar la relación entre el Estado y la policía, para favorecer la oportunidad y la selectividad en el uso de la fuerza; y supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculpaado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediación*³³.

La réforme proposa donc de donner une citoyenneté par l'entremise d'un lien étatique en établissant une sorte de relation de confiance entre l'État, l'État de droit et

³¹ Le discours du président Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle : « *Mientras el sistema de administración de justicia en Chile fue diseñado y constituido, en lo fundamental, hacia mediados del siglo XIX, permaneciendo desde entonces sin cambio alguno, la sociedad chilena se ha transformado en un sentido económico y político. El cambio político más importante en Chile ha sido, a su turno, la consolidación del modelo democrático, el que a su vez exige el respeto a los derechos humanos como un principio fundamental de legitimidad. [...] Ambos fenómenos plantean crecientes exigencias al sistema de administración de justicia, que hacen necesaria su modernización, sobre lo cual se ha decantado un importante consenso en el país. Los cambios políticos, a su turno, exigen una justicia accesible, imparcial, igualitaria y que maximice las garantías. La necesidad de prevenir la corrupción, supone, a la vez, una activa participación de los ciudadanos en el control del poder y ello aumenta la necesidad de contar con un Poder Judicial eficiente e independiente. [Nos soulignons.] (Le système de l'administration de la justice datant du milieu du XIX^e siècle au Chili demeure toujours inchangé bien que la société, elle, a changé dans un sens économique et politique. Le changement politique le plus important qu'a connu le pays est le renforcement de son modèle démocratique, qui exige le respect des droits de l'homme en tant que principe fondamental de légitimité. [...] Ces deux phénomènes exigent une modernisation du système juridique, idée qui trouve consensus au sein de la population. Ces changements politiques exigent une justice accessible, impartiale, égalitaire et qui maximise les garanties. Le besoin de prévenir la corruption suppose l'active participation des citoyens au contrôle du pouvoir et ceci augmente le besoin de compter sur un pouvoir judiciaire indépendant et efficace.)* » [Notre traduction.] Voir Eduardo Frei Ruiz-Tagle, « Mensaje de SE El Presidente de la Republica, Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con que inicia un proyecto de Ley que establece un nuevo código de procedimiento penal (Boletín no° 1630-07) » (1999) 10 Revista de Derecho de Valdivia 177 à la p 177 [Frei Ruiz-Tagle].

³² Voir Rafael Blanco, Blanco, *Rafael Libro Historia de La Reforma*, 2006 : « *La reforma procesal penal en Chile tiene por principal objetivo dotar al sistema de justicia de un modelo de enjuiciamiento criminal compatible con las exigencias del sistema político democrático, al tiempo de dar efectivo cumplimiento al conjunto de derechos y garantías que los tratados internacionales, la Constitución y las leyes reconocen a los intervinientes de un proceso penal...La reforma intenta erigir una estructura procesal que logre dar cabida a las lógicas de un proceso penal transparente, público, oportuno, accesible, comprensible, eficiente y eficaz. Para cumplir estos objetivos el proceso de reemplazo de la lógica inquisitiva ha tenido que enfrentar el desafío de sustituir el modo de hacer avanzar el proceso, desde un modelo escrito a uno principalmente oral.* »

³³ Frei Ruiz-Tagle, *supra* note 31 à la p 6 : « *Un Estado atento a corregir, en base a criterios de equidad, los resultados espontáneos de los procesos sociales y económicos, debe ocuparse del proceso penal, puesto que, con ello, produce integración al proceso de crecimiento económico y evita una fuente permanente de marginalidad productiva.* »

le citoyen. Au niveau du droit pénal, cela devait non seulement permettre aux citoyens de ne pas subir les foudres de l'État de façon injuste, mais aussi lui donner toutes les chances de se battre à armes égales. Le défi et le désir de se battre à armes égales est un phénomène qui est décrit pour toute l'Amérique latine : « *Es sabido que el sistema de justicia interno en América Latina es, en general, lento, caro y poco efectivo, y que no son muchos los Estados que garantizan la igualdad de armas*³⁴ », et qui essentiellement signifie de permettre à tous de se réaliser en société sans que le droit soit un obstacle, du moins sans qu'il soit un obstacle basé sur l'injustice, les préférences, les inégalités, etc.

Il nous paraît clair que l'un des objectifs fondamentaux de ces réformes juridiques dans le contexte post-dictature de l'Amérique est que celles-ci participent au développement³⁵. La Banque mondiale en 2011 faisait un bilan des réformes en Amérique latine renforce cette idée de développement socioéconomique relié aux réformes juridiques :

*Although most of the reform programs aimed at improving the performance of the court system and other dispute resolution institutions, they were also expected to enhance sector contributions to higher level objectives such as improved governance (including greater political stability, and reduction of crime and violence) and enhanced economic performance (higher growth, reduced poverty, and equitable access by all citizens). The transition to democracy was a period of high expectations and reformers felt obliged to address the broadest possible range of concerns in ambitious reform packages*³⁶.

Or, le but des réformes juridiques, la pénale de surcroît, n'est pas seulement formel, et rejette la formule de l'État de droit dite mince ou qui ne satisfait pas d'une application taciturne du droit. Les réformes exigent du droit de participer à l'essor des sociétés.

Vient se rajouter à ce défi, un des problèmes fondamentaux (et qui demeure toujours) d'une mise en œuvre de l'État de droit de développement équivalant à la notion de l'État de droit provenant du Nord, c'est-à-dire qui s'exporte, parce qu'au Nord, il y a de la richesse. C'est que le Nord a exporté sa compréhension de la notion de l'État de droit et que le Sud l'accueillait³⁷, en pensant qu'elle signifiait à peu près la même chose partout ou que les besoins démocratiques exigeaient à peu près des mises en œuvre similaires, mais aux couleurs locales :

[T]here was [...] a strong belief in the possibility of legal transplantation, a willingness to conduct reforms at once in all parts and levels of the legal order, and a view that there was one model of 'the rule of law' that made sense for all countries. Further, there was a faith that the needed reforms

³⁴ Gustava Aguilar, « El defensor público en el sistema interamericano » (2013) 8 *Revista* 93 24 à la p 27.

³⁵ Skaar, *supra* note 8 à la p 154.

³⁶ Klaus Decker, *Improving The Performance Of Justice Institutions : Recent Experiences From Selected OECD Countries Relevant For Latin America*, Washington, World Bank, 2011 à la p 25.

³⁷ Yves Dezalay et Bryant G Garth, *The Internationalization of Palace Wars : Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago, Chicago University Press, 2002.

*could be imposed from the top, and would be quickly and easily accepted*³⁸.

*Reforming the law on paper is not enough to change the reality on the ground. Poor people also need a legal and judicial system that they can access – one that ensures their legal entitlements are practical, enforceable and meaningful. Therefore, efforts to legally empower the poor focus on the underlying incentive structures as well as the capacity of the judiciary and state institutions necessary to make the law work for the poor*³⁹.

Le danger est bien réel. Outre le contexte récent et particulier de « re-démocratisation » que le Nord n'a pas connu, l'Amérique latine est confrontée à une réalité historique reliée à la division des classes peu ancrée comme mœurs au Nord. Elle met en confrontation directe la notion d'égalité proposée par la notion d'État de droit nouveau. Cette notion connue au Sud comme « classicisme » ou différenciations basée sur la classe sociale est étendue en Amérique latine depuis la colonisation espagnole⁴⁰. De nos jours, il est présent dans la culture, dans la géographie, dans les offres d'emplois, etc.⁴¹ Dans certains pays de l'Amérique latine, il est relié aussi à la provenance du seul nom de famille⁴².

Dans cette optique, le danger est d'appliquer de la même manière la règle de droit sans prendre en compte l'importance de re-démocratiser et de donner un sens propre à cet État de droit dans ces sociétés. On dit parfois que le droit s'inscrit dans une dé-historisation. Bourdieu dira que la hiérarchisation des valeurs établies et acceptées, est une dé-historisation attribuée par l'universalisation du droit, qui rejette le compromis du pluralisme ou l'alternatif renforcé par la clarté des codes et du verbe juridique. Ceci vient éliminer la possibilité de voir en l'autre l'idée que se logent des éléments de développement pour des démocraties modernes. Autrement ce serait

³⁸ David M Trubek et Alvaro Santos, dir, *The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal*, New York, Cambridge University Press, 2006 à la p 86 [Trubek et Santos].

³⁹ United Nations Development Programme, « Rule of Law and Access to Justice » (2014), en ligne : UNDP <http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/focus_areas/focus_justice_law/legal_empowerment/focus_areas/rule_of_law_accesstojustice.html>.

⁴⁰ Cette réalité date depuis la conquête espagnole qui a créé des castes de plus de quinze niveaux de citoyenneté. Voir la description complète de l'importance de la pureté de sang dans Jacques Poloni-Simard, « La vérité sur le métissage » *L'Histoire* n° 322 (juillet 2007) 41 à la p 43. Nous nous intéresserons plus au phénomène présent du classicisme – ou du racisme pour certains – dans les analyses des réformes juridiques qui semblent être totalement absentes de l'analyse du droit et du développement, surtout quand on sait que l'histoire de l'Amérique latine a été créée par des strates sociales. Le comédien mexicain Diego Luna faisait récemment une parodie du « rampant classicisme » mexicain. À ce sujet, voir Eduardo González, « En México aún vivimos clasismo rampante » *Milenio* (19 mars 2014), en ligne : Milenio Hidalgo <http://www.milenio.com/cultura/Mexico-vivimos-clasismo-rampante_0_265173554.html>.

⁴¹ À ce sujet, voir l'analyse de Javiera Bandierria, « Researching Race in Chile » (2013) 47:1, *Latin American Research Review* 161, ainsi que Urzula Tamara Cerda Ojeda, *Razas, Racismo, Clases sociales y Clasismo : Revisión Teórica y desarrollo en Chile*, mémoire de maîtrise en sciences sociales, Université du Chili, 2004, en ligne : Université du Chili <<http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112665/cs39tco89.PDF?sequence=1>>.

⁴² Javier Núñez et Graciela Pérez, « Dime cómo te llamas y te diré quién eres : la Ascendencia como mecanismo de diferenciación social en Chile » (2007) Université du Chili, en ligne : Santiago <<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa544858-58b8-4808-98de-c7c5a16f2c33.pdf>>.

donner peu de crédibilité à toute cette machinerie de la pensée structurée « enrégimentée, qui codifie en ordre symbolique » la société⁴³.

N'oublions pas que ces sociétés ont été brimées pendant des décennies complètes par leur État de droit. Que leur État de droit, leur droit pénal en particulier a servi à sanctionner, à pénaliser, à éliminer la dissidence⁴⁴.

Or, pour nous il est clair que les réformes pénales procédurales en Amérique et au Chili d'autant plus ce sont faites dans un courant du droit et développement et que la notion de l'État de droit s'inscrit aussi dans cette mouvance. Voyons brièvement ces deux notions de façons distinctes.

VI. « Droit et développement »

Le droit avait déjà fait son apparition comme élément important de développement après la Seconde Guerre mondiale. Essentiellement, la primauté du droit devait servir l'idée qu'une économie prospère apporte avec elle un développement durable⁴⁵. Logique qui pouvait sûrement se comprendre pour une Allemagne d'après-guerre, décimée et disposée à accepter le même cadre démocratique que celui des États-Unis. Divers moments se succédèrent, certains plus axés sur le renforcement et l'efficacité des États, mais toujours pour assurer des investissements stables. Jusqu'au moment où, face à plusieurs échecs comme nous l'expliquent Trubeck et Santos, l'approche que l'on attribuait au droit et au développement se modifiait peu à peu. Le droit devenait une valeur variable touchant autant à l'économie qu'à l'avancement des droits de la personne :

There were two different reasons why distributional issues were downplayed. First, according to formalist thinking, the rule of law simply creates a framework for efficient allocation of resources and does not itself have distributional consequences. Second, in robust neo-liberal economic thought, distributional issues are generally downplayed. But as some in the ROL enterprise have brought to light the inevitable distributional effects of all legal rules and institutions, and also seen the desirability of direct forms of intervention for distributional purposes, issues of distribution have reappeared in the debate⁴⁶.

Une nouvelle vague s'installe qui correspond aussi avec la chute des dictatures et des gouvernements dictatoriaux en Amérique latine. L'on perçoit dans le droit plus qu'un instrument qui servira à garantir les intérêts et investissements économiques et assurer sa protection au niveau juridique.

⁴³ Pierre Bourdieu, « Habitus, code et codification » (1986) 64:1 Actes de la recherche en sciences sociales 40 à la p 41.

⁴⁴ Pinheiro, *supra* note 10 à la p 96.

⁴⁵ Trubek et Santos, *supra* note 38.

⁴⁶ *Ibid* à la p 89.

Avec Amartya Sen en tête, on sait dorénavant que le développement est bien plus que la croissance des investissements, qu'il y a aussi toute une potentialité à protéger et à ne pas brimer afin de permettre la croissance d'une société. Ainsi, la façon actuelle d'envisager l'État de droit et le développement ne peut plus être seulement la protection des marchés, mais aussi de soutenir l'ensemble des populations incluant les plus vulnérables. L'action publique, les politiques publiques, doivent être adéquates envers les « *capabilities* »⁴⁷. Son discours devant la Banque mondiale vient de plus renforcer cette position en mettant une emphase toute particulière sur les institutions comme instruments essentiels du développement parce que la liberté ne se développe pas que par le droit, mais en conjonction l'une entre elles (les institutions)⁴⁸.

L'avocate générale de la Banque mondiale mentionnait en 2009 à ce sujet :

*Finally, I am also recommending that future legal reforms must be grounded on a development strategy of social inclusion or inclusive development. As a post-Washington Consensus lesson, we now understand that improving living standards, social sustainability, and equity considerations are critical to the development process*⁴⁹.

Ce récent tournant sur le droit est fondamental et a un impact direct sur ce qu'on attend dorénavant de l'État de droit ou de toutes nouvelles réformes proposées. Le droit n'est plus seulement un instrument de promotion des marchés. Le droit permet aussi de limiter les excès de marché et de soutenir le progrès social.

Tout ceci a, ou devrait avoir un impact sur le système juridique et judiciaire. Sur les juges, l'impact qui s'en suit est qu'ils ne sont pas seulement tenus de protéger les droits de propriété et de veiller au respect des contrats, mais

*they also have to be sure they interpret regulatory law correctly, protect a wider range of human rights, and contribute to poverty reduction [...]. And since the judiciary is now linked to poverty reduction and the social, it is important to provide access to justice for those most in need*⁵⁰.

Cette période nouvelle qui correspond à la chute des dictatures en Amérique latine promeut un État de droit qui prend en compte plus que les stratégies

⁴⁷ Amartya Sen mentionne à plusieurs reprises que les institutions se doivent d'avoir un système d'évaluation et des mesures de compensation pour remplir les capacités des citoyens, en prenant en compte plusieurs interactions des fonctions instrumentales de la liberté : Amartya Sen, *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté*, Paris, Odile Jacob, 2003 aux pp 114-115, 118 [Sen, *Un nouveau modèle économique*]. Lors de son discours à la Banque mondiale le 5 juin 2000, Sen souligne cette interdépendance obligatoire entre les champs en « *integrated and comprehensive approach* ». Voir Amartya Sen, « What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process? », World Bank Legal Conference, Washington DC, 5 juin 2000 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : World Bank

<<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf>> [Sen, « Role of Legal and Judicial Reform »].

⁴⁸ Sen, « Role of Legal and Judicial Reform », *supra* note 47.

⁴⁹ Teresa Genta Fons, « Building Legal Systems for Global Integration : A Development Perspective for the Latin American Context » (2009) 15:1 Law and Business Review of the Americas 165 à la p 183.

⁵⁰ Trubek et Santos, *supra* note 38 à la p 9.

internationales visant à protéger les droits de la personne, mais aussi un droit interne qui prévoit et exige des lignes de conduite d'une grande efficacité. Le mouvement de défense des droits de la personne a commencé à examiner les institutions nationales, plaidant pour la création de garanties constitutionnelles, pour le réexamen des décisions judiciaires, pour une plus grande indépendance des juges et pour l'accès à la justice. Cette voie a conduit naturellement à de nouvelles idées concernant l'édification de la notion de « l'État de droit »⁵¹.

Mais la confusion demeure. Malgré la mise en œuvre de l'État de droit, lié au développement, malgré l'indépendance judiciaire, les sociétés peuvent être encore inégalitaires, voire parfois injustes. Bien que ce ne soit pas le rôle du droit de s'occuper de la redistribution, par exemple de la richesse, ou de l'accès à l'éducation ou de la santé, il est à parier qu'une société inégalitaire aura beaucoup de difficulté à appliquer son droit de manière égalitaire et ainsi les réformes doivent, à la différence des sociétés plus égalitaires, penser à poser les questions d'égalité comme objectifs, lors de la mise en œuvre du droit et des interprétations juridiques ou judiciaires. Nous savons que des raisons économiques, politiques et autres viennent souvent justifier des applications inégales du droit. Or, la question qui se pose est de savoir à quelle conception de l'État de droit ces réformes se réfèrent-elles, particulièrement si elles affirment promouvoir l'égalité pour tous et spécialement dans le contexte post-dictature de l'Amérique latine? Il est donc essentiel de toucher ce que signifie la règle de droit et ensuite voir quel État de droit s'inscrit réellement dans les réformes de l'Amérique latine en particulier, la pénale.

VII. Le concept de l'État de droit

La notion de l'État de droit tire son origine des notions développées par le juriste autrichien Hans Kelsen qui a redéfini cette notion d'origine allemande (*Rechtsstaat*) au début du XX^e siècle et qui dit essentiellement que les normes juridiques sont suprêmes de telle sorte que les actions de l'État sont soumises au droit. Mais c'est vraiment sous le juriste britannique Dicey que le terme *rule of law*, a connu son expansion lorsque dans son ouvrage intitulé *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, publié en 1885, décrit la primauté du droit comme une caractéristique des institutions politiques de l'Angleterre. Le terme se définit en deux axes⁵². « [D]'une part, nul ne peut faire l'objet de sanctions ni se voir infliger une peine l'atteignant dans sa personne ou dans ses biens s'il n'a clairement enfreint la loi [...] [et] d'autre part, [tous], quels que soient son rang ou sa situation sociale, [sont] soumis au droit commun du royaume et justiciables des tribunaux ordinaires⁵³. »

Depuis, les juristes nord-américains ont accaparé cette notion et la Banque mondiale, la première, nous l'avons vu, l'a associé au développement des sociétés.

⁵¹ *Ibid* à la p 84.

⁵² Maggie Gorman Vélez, *Examen des écrits sur la primauté du droit*, 2009, en ligne : CRDI <<http://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/40795/1/128976.pdf>>.

⁵³ *Ibid*.

Cette notion est donc aujourd'hui associée à la démocratie et au renforcement de celle-ci, comme la bonne gouvernance l'a été pour un court laps de temps. Mais encore la règle de droit reçoit de multiples définitions.

Certes, il semble y avoir un accord généralisé sur certains principes de l'État de droit. Notamment, les principes de la justice naturelle devraient être observés; on parle ici d'audience publique et équitable, absence de parti pris, etc., et que la loi doit être appliquée de manière équitable, sans discrimination, sans préférence ou privilège non plus. La notion d'un État de droit équivaut à un système où les lois sont durables, accessibles, transparentes, claires et relativement stables et d'un appareil judiciaire indépendant, qui reçoit constitutionnellement une garantie, que les tribunaux doivent être dotés de pouvoirs d'appels, de réexamens et devraient être aisément accessibles⁵⁴. Mais toujours une confusion demeure. De quel État de droit parlons-nous? Bien qu'il y ait un accord généralisé pour dire que l'état de droit fait partie de l'évolution démocratique, quelle forme doit-il prendre?

C'est ainsi que se sont développées dans les dernières années diverses définitions et diverses approches à ce que devrait être l'État de droit afin qu'il participe au développement des sociétés qui se démocratisent ou se re-démocratisent?

Essentiellement, il existe deux visions de la notion de l'État de droit. Celle qui contient des conceptions processuelles, que l'on rattache la plupart du temps à Dicey, et met l'accent sur la soumission de l'État au droit et au contrôle des tribunaux. L'autre conception qui s'inscrit dans cette mouvance moderne du développement et droit, qui s'inscrit nettement au-delà de la procédure et de l'accès aux tribunaux. Elles misent sur le respect d'un certain nombre de droits fondamentaux.

Parmi celles-ci et parmi les plus connues, du moins quand il s'agit du développement par l'État de droit de l'Amérique latine, est sans contredit celle de Guillermo O'Donnell. Pour ce dernier, il n'existe pas de « primauté du droit » – c'est-à-dire que les règles sont imposées par les hommes et non par les lois. Donc ce qui reste en réalité ce sont des individus qui, à des règles que l'on peut généralement considérer comme des lois parce qu'elles satisfont des critères établis⁵⁵.

Pour O'Donnell, l'État de droit doit être lié aux principes démocratiques : principes allant de l'ordre politique au respect des droits civils des populations, à des contrôles établis par la loi, dont le but est de vérifier et d'évaluer les actes de ces agents étatiques ou qui ont une responsabilité légale⁵⁶ :

The rule of law is among the essential pillars upon which any high-quality democracy rests. But this kind of democracy requires not simply a rule of law in the minimal, historical sense. [...] What is needed, rather, is a truly democratic rule of law that ensures political rights, civil liberties, and mechanisms of accountability which in turn affirm the political equality of

⁵⁴ Joseph Raz, « The Rule of Law and Its Virtue » (1977) 93 Law Q Rev 195 à la p 198.

⁵⁵ Guillermo O'Donnell, « Why the Rule of Law Matters » (2004) 15:4 Journal of Democracy 32 à la p 34.

⁵⁶ *Ibid* à la p 33.

*all citizens and constrain potential abuses of state power. Seen thus, the rule of law works intimately with other dimensions of the quality of democracy. Without a vigorous rule of law, defended by an independent judiciary, rights are not safe and the equality and dignity of all citizens are at risk. Only under a democratic rule of law will the various agencies of electoral, societal, and horizontal accountability function effectively, without obstruction and intimidation from powerful state actors*⁵⁷.

Dans un même ordre d'idée, le prix Nobel de l'économie 1998 et grand défenseur du droit comme outil de liberté, Amartya Sen, rajoute à la définition de l'État de droit et affirme qu'il ne peut pas s'agir seulement des lois ou de l'efficacité des systèmes. Il doit aller au-delà de sa rigidité formelle. De fait, dit-il « le mieux est de considérer les droits de la personne comme un ensemble de revendications d'ordre éthique, qu'il faut se garder d'assimiler à des garanties juridiques imposées par la loi⁵⁸ ».

Dans cette panoplie de définitions, finalement, on cherche à circonscrire l'État de droit pour savoir s'il s'agit d'un outil dont on peut se servir pour atteindre des buts plus importants ou si l'accent est mis sur ce que l'État de droit doit accomplir comme, par exemple, faire respecter l'ordre public, ou faire en sorte que soient rendus des jugements prévisibles et efficaces ou voir en ces institutions juridiques et judiciaires des institutions qui fonctionnent bien⁵⁹. Il existe donc moult interprétations de ce qu'est le droit ou l'État de droit ou ce que devrait faire ou être le droit dans le cadre de ces pays en développement.

Dans cet immense éventail de définitions, l'apport de Daniels et Trebilcock en 2008 est sans contredit fondamental particulièrement lorsqu'il s'agit d'adresser la question de réforme procédurale pénale, mais aussi dans un contexte de développement comme ce qui se passe en Amérique latine.

Ils se démarquent de tous les autres qui accueillent l'État de droit comme mécanisme pour régler les besoins socioéconomiques ou politiques des citoyens. Plutôt, ils reconnaissent les limites du droit face à sa capacité à lui seul de transformer l'ensemble des besoins des sociétés. Ils reprennent l'idée de Sen. L'État de droit doit être limité aux institutions juridiques. Toutefois, ils reconnaissent les limites de l'État de droit, qualifié de mince ou strictement procédural prenant en exemple qu'un État de droit parfaitement rodé et efficace peut très bien servir les intérêts d'une dictature et qu'en ce sens le droit ne peut être complet par lui-même.

Ainsi, pour Trebilcock et Daniels, bien que l'on doive limiter l'État de droit aux institutions juridiques, il se doit d'aller au-delà de la simple application de la loi. L'État de droit exige que l'on se préoccupe des méthodes d'interprétation et

⁵⁷ *Ibid* à la p 32.

⁵⁸ Sen, *Un nouveau modèle économique*, *supra* note 47 à la p 299.

⁵⁹ Rachel Kleinfeld, « Competing Definitions of the Rule of Law : Implications for Practitioners » (2005) 55 Carnegie Endowment for International Peace, en ligne : Carnegie Endowment for International Peace <<http://carnegieendowment.org/2005/01/21/competing-definitions-of-rule-of-law-implications-for-practitioners>>.

d'application des lois, de même que des mécanismes d'exécution des décisions judiciaires et autres. Les institutions doivent chercher la légitimité dans leur mise en œuvre :

Our procedural definition of the rule of law consists in an enumeration [...] of normative benchmarks for key legal institutions [e.g. the judiciary, prosecutors, police, penal systems, specialized law enforcement agencies, legal aid, bar associations, and legal education], running the gamut from the judiciary to the legal education system. These normative benchmarks, in turn, are to be justified in terms of the contribution they make to human development⁶⁰.

Bien que Trebilcock et Daniels fassent l'apologie d'une définition dite mince de l'État de droit, l'exigence des normes les place malgré tout dans un répertoire assez sophistiqué de l'État de droit et exige d'établir des normes qui répondent aux besoins de tous. Elles devront toutefois se faire dans un cadre bien limité, celui des institutions et à l'intérieur des choix juridiques. Mais quels seront ces choix, ces actions discrétionnaires qui formeront la légitimité de l'État de droit? Quels choix les acteurs de la chaîne pénale peuvent ou doivent poser pour remplir les exigences de la réforme pénale, pour construire cet État de droit?

À ce chapitre et sans contredit la pensée de Robert M Cover nous aide.

Pour Cover, toute action de l'État qui a un impact juridique sur le justiciable exige d'être située dans un dialogue – « pourvue d'une histoire et d'une destinée, d'un début et d'une fin, d'une explication et d'une finalité⁶¹ ». Bref, l'acteur juridique se doit de donner un sens aux citoyens lorsqu'il pose un geste.

Ce que Cover veut dire est que les réformes pénales, autant procédurales qu'elles soient, sont beaucoup plus que simplement la mise en œuvre d'une procédure. Elles impliquent des acteurs, des juges, des défenseurs et des procureurs qui parfois ont une décision à prendre, une décision permise par les normes, voire une discrétion, et ce sont en ces moments, selon Cover, que se joue la légitimité de l'État de droit. En prenant en compte l'expérience, dans les narrations qui sont « les trajectoires que nos imaginations projettent sur la réalité matérielle⁶² ». L'institution juridique à travers ses prescriptions ne devrait pas, selon Cover, exister sans prendre en considération les narrations qui la situent et qui lui donnent un sens.

En d'autres mots, pour Cover, tout comme pour le classicisme, il ne s'agit pas de reconnaître formellement ou uniquement par la formalité la différence. Une loi contre la discrimination ne suffit pas, mais porter une action juridique et de poser la reconnaissance plurielle emporte un sens légitime en l'insérant dans la norme juridique.

⁶⁰ Michael J Trebilcock et Ronald J Daniels, *Rule Of Law Reform And Development : Charting the Fragile Path of Progress*, Northampton, Edward Elgar, 2008 à la p 25.

⁶¹ Robert M Cover, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover*, trad par Françoise Michaut, Paris, L'Harmattan, 2001 à la p 70 [Cover, *Le droit dans tous ses états*]. Voir également la version originale en anglais Robert M Cover, « The Supreme Court, 1982 Term – Foreword : Nomos and Narrative » (1983) 97 Harv L Rev 4 à la p 5 [Cover, « The Supreme Court »].

⁶² Cover, *Le droit dans tous ses états*, *supra* note 61 à la p 64.

C'est ce qui pour Cover explique le chemin de tout grand système juridique. Il se doit « d'être plus que rectitude procédurale⁶³ ». La marque d'une grande civilisation comprend la richesse du « *nomos* » dans lequel elle se situe et qu'elle aide à constituer le droit à travers les revendications des besoins des autres. C'est justement ce que nous indiquait le discours du président Frei du Chili. Il faut donc aller plus loin que la norme rigide. Dans la procédure, on ne construit pas le « *nomos* », on construit le mécanisme. Tandis que le « *nomos* » contient des matériaux de règles et de doctrines à comprendre, mais aussi à habiter – à y vivre⁶⁴.

Une tradition juridique se doit donc de bâtir aussi la légitimité et non seulement un *corpus juris*, mais un langage et une mythologie prenant en compte les narrations. Il faut un lexique pour l'action narrative « qui prend en actualité des modèles signifiants », particulièrement pour ces sociétés où un groupe important ne s'associe pas à cet État de droit.

VIII. Notre doute

Les critiques des réformes pénales sont peu nombreuses. Quand elles existent, c'est pour démontrer le succès, indéniable par rapport au passé, ou pour renforcer des éléments que nous qualifions de techniques. Augmenter le nombre de juges, donner plus d'indépendance au défenseur, offrir plus de formation aux avocats, adapter le Code pénal aux réalités présentes, etc.

Pourtant, nous venons d'effleurer, du moins dans le contexte plus moderne de nos sociétés démocratiques, ce que l'État de droit pourrait offrir comme outil de développement et nous ne voyons pas de critiques basées sur l'État de droit légitime ou comme participant au développement. C'est comme si le succès des réformes, si positif par rapport au passé, suffisait pour mettre une société au niveau de développement qu'elle recherche.

Nous comprenons qu'il y a eu une avancée extraordinaire et nous ne voulons pas non plus attaquer le succès de celle-ci. Il est réel. Là n'est pas le but de cette réflexion. Mais nous sommes étonnés d'entendre les critiques qui affirment le succès de cette réforme sans pour autant poser la réflexion : qu'en est-il de l'impact sur les droits de la personne ou qu'en est-il de cette réforme au niveau du développement du citoyen?

Bien que devant l'opacité des procédures, l'apport de l'oralité et le retrait du huis clos force une transparence et pose un plus grand débat; que l'amélioration des délais d'attente devant un juge, d'offrir un nouveau droit aux victimes de crimes, de légiférer pour une plus grande indépendance judiciaire ou de mieux former les avocats et de créer des spécialisations dans certains domaines pour venir en aide à des populations vulnérables sont des avancées qui peuvent ouvrir la voie à un meilleur

⁶³ Voir Cover, *Le droit dans tous ses états*, *supra* note 61. Voir également Robert M Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1984.

⁶⁴ Cover, « The Supreme Court », *supra* note 61 à la p 4.

système de justice, il se peut que le droit soit utilisé de façon injuste. Sans pour autant opter pour une conception substantielle de l'État de droit, la réforme pénale procédurale appelle plus qu'à une simple théorie dite mince de l'état de droit comme nous venons de la définir dans les paragraphes précédents. Ainsi, croire que ce changement sans plus apportera plus de possibilités et de renforcement de l'État de droit et de confiance entre le citoyen et l'État nous semble être exagéré.

Quand il s'agit de changements de fond, comme la refonte ou la mise à jour des codes pénaux, qui sont des critiques valables, elles demeurent selon nous limitées, voire parfois dirigent dans de fausses directions d'aide et de renforcement⁶⁵.

De plus qu'entendons-nous par renforcement des droits de la personne? À titre d'exemple, et selon l'étude empirique de Lydia Brashear Tiede faite en 2007⁶⁶, cette dernière démontre que la réforme procédurale pénale chilienne a fait augmenter la transparence du processus de justice pénale et ainsi selon elle a amélioré la protection des droits de la personne et sa défense. Tiede a utilisé des ensembles de données originales et les a comparées cinq ans après (selon la région) l'entrée en vigueur de la réforme pénale pour constater des impacts positifs sur ce qu'il dit être « les droits de la personne ». Ces impacts positifs sont : meilleur droit à un avocat de la défense pénale malgré la capacité financière des individus, des délais plus courts pour être entendu devant un juge, moins d'incarcération avant condamnation, création d'un juge de garantie juridique qui permet d'entendre les causes sur les violations de garanties fondamentales, etc. Bref, ces résultats montrent que le droit criminel réformé au Chili a renforcé les droits des accusés, mais ne démontre pas si tous peuvent se défendre « à arme égale contre les abus de l'État » comme le prévoyait l'objectif de la réforme procédurale pénale.. La réforme a certes amélioré, comme le dit Tiede, la structure qui a apporté plus de respect à l'égard des droits fondamentaux de la personne et a amélioré plusieurs des conditions des accusés et des victimes, mais ne considère pas si la réforme a apporté un respect égal dans l'application de ces procédures nouvelles. Par exemple, l'étude de Tiede fait fi et ne démontre pas s'il y a eu une diminution du type ou du genre de personne qui a été incarcéré⁶⁷ ou comme le mentionnait Bourdieu, si les nouveaux codes, comme par magie avaient réussi à se défaire des habitudes inconscientes du passé⁶⁸? Son étude ne démontre pas non plus si

⁶⁵ Luz Nagle, « Rule of Law in Latin America » dans Richard Millett, Jennifer S Holmes et Orlando J Pérez, dir, *Latin American Democracy : Emerging Reality or Endangered Species?*, New York, Routledge, 2009 à la p 90.

⁶⁶ Lydia Brashear Tiede, « Legal Reform and Good Governance : Assessing Rights and Economic Development in Chile », 2007, en ligne : Paperroom <http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_877.pdf>. La même étude a été présentée plus en détail en 2012 sous le titre : « Legal Reform and Good Governance: Assessing Rights and Economic Development in Chile », en ligne : UTexas <http://www.utexas.edu/law/magazine/wp/wp-content/uploads/centers/clbe/tiede_legal_reform_and_good_governance.pdf>.

⁶⁷ Lydia Brashear Tiede, « Legal Reform and Good Governance : Assessing Rights and Economic Development in Chile » (2012) 34:3 Law & Pol'y 237 à la p 237 et s.

⁶⁸ Pierre Bourdieu, « La force du droit : Éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986) 64:1 Actes de la recherche en sciences sociales 3 [Bourdieu, « La force du droit »]. Il dit à la page 13a) : « ces énoncés performatifs sont des actes magiques qui réussissent, parce qu'ils sont, en manifestant dans l'objectivité d'une orthodoxie, en mesure de se faire reconnaître universellement, donc d'obtenir que nul ne puisse refuser ou ignorer le point de vue, la vision qu'ils imposent ».

un groupe de personnes est délaissé par la pratique ou l'un des acteurs de la chaîne pénale ou s'il y a violence « symbolique », dans les propos ou les interprétations du juge ou du fiscal. Violence non physique, mais violence émanant du juge ou du défenseur qui décide de ne pas entendre ou défendre entièrement l'accusé pour des motifs qui existent dans l'inconscience et la profonde inégalité, dans les habitus et les mœurs juridiques ou qui trouvent leurs sources dans le classicisme. En d'autres mots, ceux qui ont le pouvoir discrétionnaire de choisir, le feront ils en entamant un dialogue avec le citoyen, en tentant de donner au droit un sens pour le citoyen accusé ou condamné, ou, s'ils se camoufleront sous la couverture juridique ou reproduiront les inégalités du passé?

Il est clair que la réforme procédurale pénale doit être considérée comme un progrès, mettant le droit comme priorité par rapport aux abus étatiques. Le danger est que, dans ce contexte de réformes en Amérique latine, l'État de droit s'installe dans une zone confortable d'accomplissements en ignorant l'importance d'établir un discours qu'il doit dorénavant entamer de rapprochement du monde des « autres », qui sert pourtant à bâtir la norme des sociétés basées sur le droit. Nous comprenons que la pression fut urgente et grande de la part de tous et particulièrement des bailleurs de fonds. La réception de ces idées fut rapide et exigeante, et le risque d'une dichotomie entre l'organisation sociale du droit comme pouvoir et l'organisation du droit comme signification demeure selon nous un défi majeur, et ce, malgré les politiques faisant un effort vers les plus vulnérables qui servent trop souvent à oublier les « narrations » plutôt que de les insérer.

Dans nos recherches sur le terrain et toujours non terminées, nous avons constaté que l'on ne questionne pas qui et comment les dossiers ont été entendus ou comment ils ont été traités; si on a préféré des groupes de personnes ou discriminé certaines personnes sur une base qui laisse croire que le droit est encore objet de contrôle ou encore contraire à cette recherche de créer des états ouverts et développés. Nous l'avons mentionné, les recherches à ce sujet ou les critiques autour des réformes ou des institutions réformées semblent se concentrer entre des revendications de nature politique des droits ou le renforcement technique de l'appareil judiciaire et procédural. C'est qu'en réalité les acteurs ont un pouvoir discrétionnaire très important qui est presque invisible à l'État de droit. Nous pensons qu'il s'agit de trouver des méthodes de mises en œuvre et d'évaluations qui permettent aux acteurs de ces institutions du droit d'établir une discussion entre par exemple la sentence et celui qui la reçoit. Certes, ce malaise se constate de plus en plus universellement, mais ces sociétés qui adhèrent à l'État de droit par la grande porte de réformes importantes ont un passé donc une réalité présente qui exige de cet État de droit un regard pluriel sur le citoyen.

Le classicisme reconnu en Amérique latine et particulièrement présent au Chili pourrait être l'un de ces obstacles comme nous en ont informés quelques défenseurs privés comme publics au Chili⁶⁹. Entre autres, si des études démontrent que le classicisme chilien par exemple freine l'accès du citoyen à ses institutions, celles du travail, de l'éducation et ainsi de suite, pourquoi n'avons-nous pas trouvé d'études qui posent la question à savoir si ce dernier est tant ancré dans l'habitus qu'il se transpose au droit? On est donc en droit de dépasser les critiques présentes qui se limitent au cadre actuel et de se demander si le classicisme (ou autres obstacles issus de la société) ne se traduit pas aussi dans son État de droit et or donc il serait temps d'adopter une conception plus riche de l'État de droit qui respecterait les besoins et les réalités de ces nouvelles démocraties.

On est en droit d'aller voir de ce côté pour évaluer les nouvelles réformes. Sinon comme le disait Bourdieu nul ne peut apporter de nouvelles et réelles solutions, car nul n'aura « le souci de situer le droit au lieu profond des forces historiques [ce qui] interdit, encore une fois, d'appréhender dans sa spécificité l'univers social spécifique dans lequel il (le droit) se produit et s'exerce⁷⁰ ».

C'est ce que cette recherche propose dans les prochaines années.

⁶⁹ Entrevues faites entre le 12 août 2013 et le 30 mars 2014.

⁷⁰ Bourdieu, « La force du droit », *supra* note 68 à la p 3.