

Les Conférences

La Protection des droits sociaux en Colombie

par Carlos Molina, professeur à l'Université de Medellín (Colombie)

Depuis 1991, la Colombie connaît une véritable « révolution », menée en grande partie par l'élan et le courage de la Cour constitutionnelle¹. Le juge constitutionnel peut contrôler l'ensemble des normes inférieures à la constitution². Ce principe garantit que la Constitution soit effectivement respectée et ne puisse être modifiée par des règles de rang inférieur, telles que les celles adoptées par les assemblées législatives et par l'exécutif³. Cela constitue un point significatif dans un pays à système traditionnellement présidentiel, non seulement s'agissant de la légalité des actions gouvernementales⁴.

La pratique originale du contrôle de constitutionnalité⁵ par la Cour n'a pas de précédent ni dans l'histoire de la Colombie, ni dans l'un des États voisins⁶. La Cour constitutionnelle avec sa fonction de contrôle a conduit à repenser le travail législatif, à canaliser le travail administratif et à reconstituer la structure politique et administrative de l'État⁷.

Toutefois il n'est un secret pour personne que cette nouvelle autorité constitutionnelle se heurte souvent aux autres pouvoirs constitutionnels⁸. Parfois, son contrôle a été considéré comme plus politique que juridique⁹, surtout en matière économique¹⁰ en ce qui concerne la santé¹¹ ou les finances¹². Dès lors, on a beaucoup parlé sur les limites du contrôle exercé par

¹ Carlos Molina. « Le nouveau gouvernement constitutionnel », *Dix ans de Cour constitutionnel en Colombie*, ouvrage collectif, Bogotá, Université Rosario, Sept. 2003, p.57.

² Cour constitutionnelle colombienne, Arrêt, T-406 de 1992.

³ Ce ne serait qu'une conséquence normale du principe de suprématie de la Constitution (art. 4, CN, 1991). Voir, Vladimiro Naranjo Mesa, « Le nouveau rôle du tribunal constitutionnel dans le système politique colombien », *Juridiction Constitutionnel en Colombie. La Cour constitutionnelle 1992-2000. Réalités y Perspectives.*, Bogotá, Ecole judiciaire Rodrigo Lara Bonilla et Fondation Konrad Adenauer. 2001, 489.

⁴ Carlos Molina. « Le Conseil d'État, un modèle original de juridiction administrative », Paris, *Revue administrative*, n° 300. Janvier 1997, pp. 638 et s.

⁵ Présenté comme l'un des plus complexes et novateurs d'Amérique latine. Voir, Olivier Duhamel.

« La Colombie dans cent ans de solitude », *Droit constitutionnel et politique*, Paris, Seuil, 1993, p. 235.

⁶ Julián Daniel López Murcia et autres, *La garantie des droits sociaux*, Bogotá, Ibáñez-Université Javeriana, 2009, pp. 89 et s.

⁷ Carlos Molina et autres, *Cour constitutionnelle colombienne et État social de droit*, Medellín, Université de Medellín, Col. Mémoires Juridiques, n° 4, 2007.

⁸ Sandra Morelli Rico, *La Cour constitutionnelle: un législateur complémentaire?* Bogotá, Institut d'Études constitutionnelles Carlos Restrepo Piedrahíta, *Thèmes de Droits public*, n. 45, Université Externado, 1997, p. 17.

⁹ Germán López Daza, *La Justice constitutionnel colombienne. Un gouvernement de juges ?* Neiva, Université Surcolombienne, 2009.

¹⁰ Felipe Vallejo García, « Constitution et réalité économique », *Revue de l'Académie colombienne de jurisprudence*, n° 317 de nov. 2000, p. VII

¹¹ Carlos Molina, « Réflexions sur l'activisme judiciaire en matière de droits sociaux en Colombie : le cas du droit à la santé », *Revue éléments de Jugement*, n° 13, Bogotá, 2010, pp. 91-113.

la Cour constitutionnelle¹³. D'ailleurs, son rôle a souvent été interprété comme trop poussé, ce qui le rend de plus en plus normatif¹⁴ et le conduit aux frontières de la fonction législative¹⁵ et gouvernementale¹⁶, ou encore de celles des tribunaux de grande instance¹⁷. Par son envergure et les intérêts en jeu, la doctrine se demande si ses décisions, souvent prises dans des conditions de vote dangereuses « 5-4 » (la Cour étant composée de neuf membres), représentent des positions qui vont au-delà de contrôle judiciaire et de sa compétence¹⁸, conduisant à l'incertitude juridique¹⁹ et au désordre politique²⁰.

C'est ce que l'on voudrait illustrer en matière de protection sociale (I) et des avancées institutionnelles incertaines de la jurisprudence de la Cour en cette matière (II).

I. Le rôle de la Cour constitutionnelle colombienne dans la protection sociale

Deux siècles de pratique institutionnelle ont fini par donner lieu à une nouvelle jurisprudence sociale en Colombie (A), apportant des contributions indéniables pour les plus défavorisés (B).

A. La nouvelle jurisprudence constitutionnelle en matière de protection sociale

Depuis 1991, les juridictions intervenant en matière sociale abordent chaque fois davantage la question internationale des obligations sociales de l'État envers les individus²¹. Nous ne pouvons manquer de reconnaître ici qu'elles ont considérablement contribué à améliorer la situation économique de beaucoup de citoyens plongés dans la plus grande misère²². Tel est le cas avec la reconnaissance des droits à la vie et à l'intégrité personnelle, comme tout ce qui a un lien avec l'état de la pauvreté, la négligence ou la situation de

¹² Sergio Clavijo, *Arrêts et failles de la Cour constitutionnelle colombienne*, Bogotá, Alfaomega, *Cambio*, Bogotá, avril 2001.

¹³ Carlos Molina, « Limiter ou renforcer la Cour constitutionnelle », *Dix ans de Cour constitutionnelle*, ouvrage collectif, Bogotá, Université Rosario, Sept. 2003, p. 297.

¹⁴ Luis Villar Borda, « L'influence de Kelsen dans l'actuel système colombien de contrôle juridictionnel de la Constitution », *Revue de l'Académie colombienne de jurisprudence*, Bogotá, n° 317, nov. 2000, p. 1.

¹⁵ Manuel José Cepeda, *Polémiques constitutionnelles*, Bogotá, Temis, 2007.

¹⁶ Sandra Morelli Rico, *La Cour constitutionnelle, Un rôle institutionnel à définir*, Bogotá, Académie colombienne de jurisprudence, Col. Portable. Fev. 2001

¹⁷ Hernán Alejandro Olano García, *Le choc de trains : guerre entre cours?*, Bogotá, Doctrine et Loi, 2010.

¹⁸ Javier Tamayo Jaramillo. « Critique au nouveau droit et à l'interprétation de la Cour constitutionnelle », *3^e Congrès National et international de droit constitutionnel: tensions contemporaines de constitutionnalisme*, CIESJ, Pasto, 2008, p. 139.

¹⁹ Carlos Molina, *La Cour constitutionnelle colombienne: garante de sécurité juridique et d'ordre public?*, Medellín, Université de Medellín, 2007. p. 396.

²⁰ Bernardita Pérez R., « Limites et contrôles à la justice constitutionnelle », Medellín, *Lettres Juridiques des Entreprises Publiques de Medellín*, Vol. V, n° 2, sept. 2000, p. 197.

²¹ Victor Abramovitch et Christian Courtis, *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

²² Carlos Molina, « Cour constitutionnelle et révolution sociale », *Cour constitutionnelle et État Social de droit*, Medellín, Université de Medellín, Collection Mémoires Juridiques n° 4, Université de Medellín, 2007, p. 97.

violence généralisée²³. Dans ces cas, les juges peuvent ordonner la protection des personnes déplacées et de celles qui reconnaissent le transfert ou la réaffectation d'une personne victime de menaces²⁴. Ces réponses des tribunaux, même dans des temps difficiles de récession économique dans le pays a permis que milliers de Colombiens ne tombent pas dans le désespoir absolu par manque de protection effective de l'État²⁵.

Cependant, toute cette protection ne pouvait pas être seulement reçue pacifiquement²⁶. Pour certains, une telle protection ne peut pas se faire au détriment des finances de l'État qui sont en fin de compte celles qui déterminent l'ensemble du système de protection sociale²⁷. Par exemple, ont été critiquées par certains experts en économie²⁸ les décisions de la Cour constitutionnelle relatives au financement du logement social²⁹.

Mais cette polémique n'est pas isolée. En ce qui concerne la retraite ou l'enseignement la situation est aussi bien complexe. En effet, avant 1988, il n'existait pas en Colombie de mécanisme annuel d'ajustement des retraites pour compenser les effets de l'inflation et donc le maintien du pouvoir d'achat. Afin de corriger cette situation, la loi n° 71 de 1988 a introduit un mécanisme de revalorisation annuelle des pensions en fonction de la hausse du salaire minimum. Le déséquilibre généré jusqu'à 1988 a conduit à la loi n°6a de 1992 pour les fonctionnaires publics à la retraite dont les pensions diffèrent en fonction de l'année d'obtention de la pension, ce qui a été mis en œuvre en plusieurs étapes entre 1993 et 1995. Ce réglage n'est pas intégralement étendu aux fonctionnaires nationaux couverts par la loi territoriale du secteur privé. L'article 142 de la loi 100 de 1993 a introduit alors le paiement d'une allocation supplémentaire pour les retraités qui avaient obtenu leur pension avant le 1er janvier 1988.

Saisie de la loi de 1993, la Cour constitutionnelle a conclu que la règle était discriminatoire et injustifiée pour des retraités ayant obtenu un tel statut, et a ordonné de verser l'allocation supplémentaire dans le mois de juin à tous les retraités soumis au régime général de la loi 100 de 1993³⁰. La Cour a établi les prestations de retraite et généralisé un quatorzième mois par an. Mais ce qui a surpris les experts est que ces avantages ont été étendus plus tard aux fonctionnaires des entreprises en monopole, telle Ecopetrol, et de

²³ Mauricio García Villegas, « Droits sociaux et nécessités politiques. L'efficacité judiciaire des droits sociaux dans le constitutionnalisme colombien », in De Boaventura Sousa Santos, Mauricio García Villegas, (eds.). *Le caléidoscope des justices en Colombie*. Tomo I. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Siglo del Hombre, 2001. p. 478.

²⁴ Roberto Vidal López, *Droit global et déplacement interne: création, usage et disparition du déplacement par la force pour violence en droit contemporain*. Bogotá, Université Javeriana, 2007, pp. 109-114.

²⁵ Julián Daniel López Murcia, Lina María García, « L'obligation de progressivité des droits économiques, sociaux et culturels: le cas des services publics en Colombie », *International Law*, n. 12, Bogotá, Université Javeriana, 2008, pp. 217-252.

²⁶ Rodolfo Arango, *Le Concept des droits sociaux fondamentaux*, Bogotá, Legis, 2005.

²⁷ Carlos Molina, *Dix ans de Cour constitutionnelle. Bilan et perspectives*, Ouvrage collectif, Bogotá, Université Rosario, Sept. 2003.

²⁸ Sergio Clavijo, « Qui commande ici ? » et « Le logement n'est pas un négoce », *Semana, Bogotá*, éditions n° 965 nov. 2000 et 955 août 2000, *Cambio*, Bogotá, oct. 30, 2000, pp. 36-37. Voir aussi, Fernando Gaviria Cadavid, « La Colombie devant néfastes perspectives », Bogotá, Journal *La République*, 3 novembre 2000, *Cambio*, Bogotá, oct. 30, 2000, pp. 36-37.

²⁹ Exemple : Cour constitutionnelle, Arrêt, C-383/99 du 27 mai 1999, Mag. Pon., Alfredo Beltrán Sierra.

³⁰ Cour constitutionnelle, Arrêt T- 387 du 1 sept. 1994.

l'enseignement, qui, conformément à la loi 100 en matière de santé, sont couverts par des dispositions spéciales très favorables par rapport au régime général des autres fonctionnaires. De même, avec les mêmes critères spéciaux, ces avantages ont été reconnus aux Parlementaires³¹, aux magistrats³² et aux anciens fonctionnaires publics³³.

S'agissant de l'enseignement public, a été établie, à partir de la loi 114 de 1913, la pension de grâce pour les enseignants dans les écoles primaires publiques, qui, plus tard a été étendue aux enseignants dans les écoles secondaires par les lois 116 de 1928 et 37 de 1933. Depuis 1951, le Conseil d'État a établi que pour être admissible à la pension de grâce, il était nécessaire d'avoir travaillé au moins la moitié du temps de service. La même juridiction a déclaré qu'il n'était pas nécessaire pour l'école normale d'être professeur d'école primaire ou inspecteur, il suffisait que les vingt années aient été effectuées à l'école normale comme professeur d'école primaire, ou à l'école normale comme inspecteur. En 1997, l'Assemblée du Conseil d'État a étendu la solution aux enseignants à travailler exclusivement à l'école secondaire et à ceux qui ont travaillé sur le plan national.

Il restait alors à déterminer si cette pension pouvait être attribuée aux enseignants qui ont travaillé exclusivement à l'école secondaire ou ceux qui sont liés par la Nation. C'est ce que la Cour constitutionnelle a fini par décider³⁴. La Caisse de retraite des fonctionnaires Cajanal a dû reconnaître que tous les enseignants de l'ordre territorial embauchés avant 1981 (primaire et secondaire) pouvaient toucher la pension de grâce, qui se cumulait avec d'autres pensions nationales.

En dépit de réactions gouvernementales, toutes les situations ont été régularisées³⁵. Pour les intéressés, justice est faite. Mais il subsiste encore un énorme problème qui nécessite l'attention des juges et des juridictions constitutionnelles, en particulier l'assemblée de la Cour constitutionnelle : l'absence d'uniformité. Il existe encore en effet des décisions équivoques voire contradictoires³⁶. Ceci porte atteinte à la rationalité et à la cohérence de la jurisprudence des droits sociaux et au respect du principe d'égalité. Sans cohérence jurisprudentielle sur la protection sociale, il n'est pas possible de faire une véritable « révolution » dans le long terme, et les juges constitutionnels eux-mêmes deviennent aussi sujets aux critiques sur la nouvelle protection sociale.

³¹ C.C. Arrêt T-483, 21 juillet 2009.

³² C.C. Arrêt T-390, 28 mai 2009.

³³ La législation en commentaire établit que les pensions devraient être remises à zéro chaque année parce que qu'elle augmente le salaire minimum, et devrait être indexée sur le pourcentage de variation de l'indice des prix des consommateurs de l'année précédente, certifié par le Département National de statistique DANE. C.C. Arrêt T- 681, 6 août de 2003.

³⁴ C.C. Arrêt C-085, 13 fév. 2002.

³⁵ C.C. Arrêt, C-395 du 23 mai 2007.

³⁶ Voir Zoraida Rincón Ardila, *Le Droit en siège de tutelle : bilan et perspectives de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne*. Bogotá, Université Catholique, 2009, p. 85.

B. La contribution sociale de la Cour

En premier lieu, avec la reconnaissance d'un minimum social, appelé Vital³⁷, les individus viennent solliciter le juge afin que leur soit garanti un minimum de droits. C'est le cas pour le droit au travail : il est demandé aux juges d'assurer en urgence le paiement correct de salaire ou de pension, seule source de subsistance. La justice constitutionnelle, nonobstant l'existence de ce type d'action en justice, a reconnu et protégé le droit fondamental à un salaire décent, si le salaire ou la pension sont la seule source de revenu pour le travailleur ou sa famille³⁸. Dans la jurisprudence, le travailleur et le retraité ne peuvent être forcés, ni moralement ni constitutionnellement, à passer par une procédure ordinaire car le respect du droit fondamental doit être accordé sans délai afin de préserver, nous dit la Cour, des valeurs plus élevées³⁹.

On peut, en deuxième lieu, signaler la position de la Cour sur les questions inconstitutionnelles permanentes⁴⁰ d'indigence ou de détresse⁴¹. La justice constitutionnelle protège le droit à un salaire décent pour toute personne et la loi assure les moyens d'une existence digne⁴². La Cour devient ainsi une véritable juridiction sociale aussi nettement que les autres institutions colombiennes créées en ce domaine par l'État après 1991.

En matière de santé, en troisième lieu, la politique jurisprudentielle du minimum vital a servi à faire en sorte que les retraités, sans égard à la crise économique de l'État⁴³, puissent conserver la substance de leur droit à une pension de retraite ou d'invalidité⁴⁴. En outre, la Cour a exigé des entités chargées de la sécurité sociale la délivrance et le paiement de la caution de pension à une personne qui profite de sa retraite mais qui a droit à une bonification⁴⁵. Elle a également fourni une protection temporaire aux personnes âgées et pour les travailleurs domestiques qui n'ont pas accès à la retraite⁴⁶. Ou encore, en ce qui concerne le droit à un logement décent, un couple vivant avec le VIH a reçu une protection de ses droits à l'égalité et l'accès au logement⁴⁷.

Puis, pour des raisons d'équité, la compétence de la protection sociale a étendu la couverture du service de l'employeur en matière de santé publique pour les personnes dépendante financièrement, et qui n'auraient pas de garantie de protection en formant une nouvelle famille⁴⁸. La Cour a également fixé un ordre de priorité des personnes ou des entités

³⁷ Julieta Lemaitre, Rodolfo Arango, *Le Droit fondamental au minimum vital. Systématisation et analyse de jurisprudence de la Cour constitutionnelle*, Bogotá, Cijus, Université Andes, Bogotá 2001.

³⁸ C.C. Arrêt, T-597 de 1998.

³⁹ C.C. Arrêt, SU-995 de 1999.

⁴⁰ C.C. Arrêt, T-025 de 2004.

⁴¹ C.C. Arrêt, T-606 de 1999.

⁴² Rodolfo, Arango. « La justiciabilité de los droits sociaux fondamentaux », *Revue de Droit public*, no. 12, Université Andes, Bogotá 2001.

⁴³ C.C. Arrêt, T-606 de 1999.

⁴⁴ C.C. Arrêt, T-426 de 1992, SU-995 de 1999.

⁴⁵ C.C. Arrêt, T-1044 de 2001.

⁴⁶ C.C. Arrêt, SU-062 de 1999, T-092 de 2000 y T-1055 de 2001

⁴⁷ Cette question s'est posé à l'occasion du refus d'un assureur de délivrer une police d'assurance-vie exigée comme condition pour l'obtention d'un programme de récompense du logement social. C.C. Arrêt, T-1165 de 2001.

⁴⁸ C.C. Arrêt, SU-1167 de 2001.

pour lesquelles il existe des obligations exécutoires corrélatives du droit fondamental à la santé : la personne, sa famille, la collectivité ou l'État⁴⁹. Elle le justifie par la protection de la dignité humaine et de la solidarité sociale, nécessaires quand il faut garantir les droits fondamentaux tels que la vie et santé⁵⁰. Cette jurisprudence a par exemple permis de protéger les malades du sida contre les discriminations, étant donné les coûts élevés du traitement et le risque de contagion⁵¹.

Dans le champ de l'éducation, la Cour constitutionnelle a évité la suspension des services éducatifs en raison du retard dans le paiement des indemnités à verser aux établissements d'enseignement privés⁵².

En ce qui concerne la nécessité urgente de protéger les victimes de déplacements forcés, la Cour a ordonné, dans une récente décision, de donner la priorité, pour l'attribution des places dans les écoles, aux familles victimes de violence (décret 2231 de 1989), avec exonération totale du paiement des frais de scolarité pour les enfants qui entrent à l'école préscolaire, primaire et secondaire à partir de la 9^e année jusqu'à 15 ans⁵³. (...)

Toute importante est-elle, la Cour constitutionnelle n'a pas achevé la justification théorique de cette large protection des droits sociaux. Or celle-ci se révèle dans certains cas être un problème sérieux pour la solvabilité du système économique.

II. UNE PROTECTION INCERTAINE

Le débat sur la jurisprudence sociale de la Cour constitutionnelle revêt une importance particulière en matière économique⁵⁴ (A). Le droit à la santé est un excellent exemple de l'incertitude jurisprudentielle en ce qui concerne les garanties judiciaires de celui-ci (B).

A. Le débat sur le financement des droits sociaux

Il n'est plus discutable aujourd'hui que l'origine des droits de l'Homme est une histoire étroitement liée aux origines de l'État moderne⁵⁵ : droits anglais des déclarations de 1689 qui limitent le pouvoir souverain (*Bills of Rights*), révolutions de 1776 dans l'ouest de l'Amérique du Nord et 1789 en France⁵⁶. Ensuite vient une longue construction de la reconnaissance des droits sociaux, consacrés en France par la révolution de 1848⁵⁷, en 1910 au Mexique⁵⁸, avant d'être affirmés au niveau international en 1948 dans la Déclaration universelle des droits de

⁴⁹ C.C. Arrêt, T-209 de 1999.

⁵⁰ C.C. Arrêt, T-505 de 1992.

⁵¹ C.C. Arrêt, T-849 de 2001.

⁵² C.C. Arrêt, T-356 de 2001.

⁵³ C.C. Arrêt, T-356 de 2001.

⁵⁴ Joseph Stiglitz, *L'Économie dans le secteur public*, Barcelona, Antoni Bosch, 2000.

⁵⁵ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in theory and practice*, 2^e édition, New York, University de Cornell, University Press, 2003.

⁵⁶ Ernesto Rey Cantor, María Carolina Rodríguez, *Les Générations des Droits de l'Homme*, 5^e édition, Bogotá, Ibáñez, Université Militaire 2007.

⁵⁷ Eric Hobsbawm, *L'Ère de la révolution, 1789-1848*, Londres, 2005, pp. 15 et s.

⁵⁸ Lucas Alaman, *Histoire de Mexique*, Mexique, D.F. Bucarelli, 1849, pp. 335 et s.

l'Homme, puis à New York dans le Pactes sur les droits sociaux, économiques et culturels de 1966, sans oublier les avancées des jurisprudences des Cours interaméricaine et européenne de droits de l'Homme⁵⁹.

L'histoire des droits de l'Homme est ainsi marquée, dans le même temps, par une évolution de l'État de droit⁶⁰ et une construction progressive de l'État social de droit : abolition de l'esclavage (Vienne 1815), renonciation au colonialisme (Espagne 1889), protection des minorités (Versailles 1919), abolition de la ségrégation raciale (New York 1948), protection des victimes de la guerre (Genève 1949), et interdiction de la guerre nucléaire (Boston 1963).

C'est au vingtième siècle, en Amérique Latine avec la Constitution mexicaine, que de nombreux droits de l'homme commencent à entrer dans le préambule de la Constitution, les reconnaissant comme fondamentaux au sein des catégories particulières. Pour beaucoup, les droits de l'Homme se classent en trois catégories différentes: individuelles (1789-1910), sociales (1910-1966) et collectives (1988-2008). Pour d'autres, il n'y a qu'une seule catégorie de droits de l'être humain.

S'il est vrai qu'il y a des raisons de séparer les trois catégories de droits en trois générations différentes, non seulement en raison de leur évolution historique mais aussi de la reconnaissance accordée à chacun des groupes au sein de la Constitution et des conventions internationales, il est également vrai que cette division n'implique pas une hiérarchie ou une prévalence de l'un sur l'autre, pas plus que les droits individuels doivent être considérés comme négatifs ou d'abstention⁶¹, justiciables et immédiatement applicables alors que les autres seraient positifs, à réalisation progressive et non justiciables⁶².

Ces divisions sont encore soutenues par de nombreux auteurs⁶³. Cependant, la plupart de la doctrine moderne finit généralement par accepter que les trois groupes de droits sont complémentaires, indissociables, exécutoires et nécessaires pour atteindre les objectifs de développement social de l'individu⁶⁴. C'est en tout cas le sens de la proclamation de Téhéran :

« 13. Puisque les droits de l'homme et des libertés fondamentales sont indivisibles, la réalisation des droits civils et politiques sans la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels est impossible. La réalisation de progrès durables dans la mise en œuvre des droits de l'homme dépend de saines et efficaces politiques nationales et internationales de développement économique et social »⁶⁵.

⁵⁹ Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 9e, Paris, PUF, 2008, pp. 157 et s.

⁶⁰ Michel Freeman, *Human Rights. An interdisciplinary approach*, Cambridge, Polity Press, 2002.

⁶¹ Roberto Vidal López, *Droit global et déplacement de force interne*, .op.cit, pp. 109-114.

⁶² Julián Daniel López Murcia, Lina María García, « L'obligation de progressivité... », *op. cit.*, pp. 217-252;

Voir aussi, Julián López Murcia « Le Régime tarifaire de los services publics du domicile et clause de progressivité des DESC en Colombie », *Revue de Droit économique*, Bogotá, n°5, 2011, pp. 201-240.

⁶³ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in theory and practice*, *op. cit.*

⁶⁴ Victor Abramovich, Christina Courtis, *op. cit.*

⁶⁵ Nations Unies, Conférence Internationale de Droits de l'Homme, Téhéran, Iran, 13 mai 1968.

Des lors, la justification du financement direct des droits sociaux par l'État n'est plus contestable⁶⁶. À partir de l'évolution de la société et de l'économie et des critiques des politiques néolibérales, il existe d'importantes normes internationales que la Colombie a signées et ratifiées, et qui vont dans le sens d'une large protection des droits sociaux et économiques. Par exemple, selon l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁶⁷ :

« Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

En matière de santé, notamment, le gouvernement colombien⁶⁸ tout comme la loi n° 100 de 1993, bien que d'application stricte, a institué une large protection des droits à la sécurité sanitaire et sociale de la population en Colombie, ce qui n'existait pas avant la Constitution de 1991. La même loi prévoit une durée de dix ans pour parvenir à des soins complets. Toutefois, cette protection n'a pas atteint toutes les obligations internationales.

Par conséquent, si le gouvernement colombien a pris des mesures, et que celle-ci entrent progressivement en vigueur et ne restent pas de simples attentes⁶⁹, il est également vrai que ces obligations ne peuvent être regardées comme immédiatement et complètement couvertes⁷⁰. L'État n'a pas su planifier son budget et agir au meilleur de ses capacités. Si cette situation est vraie, il n'en demeure pas moins que le système a été bouleversé par une véritable « dictature » judiciaire, où une autorité publique ordonne sans merci des dépenses budgétaires sans autorisation normative et, dans certains cas, sans que ces autorisations relèvent de ses compétences.

Les magistrats de la Cour constitutionnelle ont forcé le système⁷¹, ce qui oblige l'État à dégager des ressources non inscrites au budget pour répondre à ses obligations. En ce sens, il est reconnu que la Cour constitutionnelle avec un certain activisme judiciaire n'a pas satisfait toutes les personnes impliquées par ses décisions⁷². C'est sur ce point de savoir si ce que le juge propose par de telles actions de protection s'inscrit dans son champ de compétences qui fait controverse en doctrine.

Nous devons à ce sujet d'abord remarquer que la compétence de la Cour constitutionnelle en matière économique n'est pas nouvelle. Sa position face au principe de séparation de pouvoirs dans ce domaine a significativement évolué. Si la tendance a toujours été en faveur de l'affirmation de la compétence du législateur ces vingt dernières années, cela n'a pas empêché que soit critiqué l'impact sur les finances publiques des décisions de la Cour

⁶⁶ Joseph Stiglitz, *L'Économie... op. cit.*

⁶⁷ Office du haut commissaire des Nations Unies pour les droits de l'Homme.
<http://www2.ohchr.org/french/law/cescr.htm>

⁶⁸ Contrôleur Général de la République, *Le Système national de santé dix ans après la loi n°100*, Bogotá, *Revista Economía Colombiana*, n. 303.

⁶⁹ Victor Abramovich, Christian Courtis, *op. cit.*

⁷⁰ Comité DESC, *Observation Générale*, n. 19, *Le Droit à la sécurité sociale*, 23, 2007.

⁷¹ Manuel José Cepeda, *Polémiques constitutionnelles*, Bogotá, Legis. 2008.

⁷² Carlos Molina, « Réflexions... », *op. cit.*, pp. 91-113.

les plus controversées en matière de santé. La Cour constitutionnelle a été confrontée à trois positions importantes s'agissant de la protection judiciaire des droits économiques⁷³.

La première est régulatrice. Le marché néolibéral est ici considéré comme un régulateur social. Les juges ne doivent alors pas être impliqués dans les décisions publiques prises par le législateur. Les droits sociaux sont des aspirations constitutionnelles que le gouvernement doit mettre en œuvre dans la mesure de la capacité de ses ressources. Si celui-ci ne remplit pas son mandat constitutionnel, le système doit s'appuyer sur le juge sans qu'il puisse prendre des décisions à leur place.

La deuxième est celle de la garantie. Les droits sociaux sont considérés ici comme des normes exécutoires. Les juges constitutionnels doivent offrir ces services sans égard aux dispositions du budget du gouvernement. Par mandat constitutionnel, le juge des tutelles doit agir si les autres autorités publiques ne réagissent pas.

La troisième est la progressivité. Le principe de progressivité, reconnu en droit international pour la protection effective des droits de l'Homme exige que l'État prenne des mesures appropriées pour la protection complète des droits sociaux, en tenant compte de sa capacité financière. Une fois que le législateur suit le principe de progressivité, le juge est autorisé à protéger ces droits au sens large. La Cour constitutionnelle est un vecteur de pression sur les autorités publiques afin d'adopter et de respecter le principe.

La première position n'a aucun fondement dans la pratique institutionnelle colombienne. Les experts économiques ont fait appel à elle quand les décisions de la Cour constitutionnelle ont commencé à grandement affecter le budget national. Mais ces experts ont dû reconnaître quelques changements jurisprudentiels par rapport aux premières décisions prises par la Cour constitutionnelle⁷⁴.

Les constitutionnalistes ont davantage adopté la seconde position⁷⁵. Ils ont aussi mis en évidence que, dans les développements de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ont eu lieu des revirements relatifs à l'application de la notion de la primauté du droit sur les impératifs économiques⁷⁶. Ceci est expliqué par le fait que les juges ont été influencés par la situation politique, la stabilité économique et l'instabilité politique du pays à l'époque où ils décident.

La troisième position a été progressivement adoptée par la Cour constitutionnelle⁷⁷ en utilisant la clause de faveur dans l'interprétation des droits de l'homme du droit international. Elle l'utilise aussi comme un outil pour justifier la protection des droits sociaux⁷⁸. Mais il est

⁷³ Julián Daniel López Murcia et autres, *op. cit.*, pp. 89 et s.

⁷⁴ En ce qui concerne l'état d'exception, C.C. Sentencia C-802 de 2002, en ce qui concerne les impôts, C.C. Sentencia C-776 de 2003, en matière de salaires de la fonction publique C.C. Sentencia C-1017 de 2003. Voir, Sergio Clavijo, « Déchiffrer la nouvelle cour constitutionnelle », Alfaomega-Cambio, 2001.

⁷⁵ C.C. *Sentencias*, T- 494 de 1993; T-271 de 1995 y T-646 de 2005.

⁷⁶ Manuel José Cepeda, en: *Polémiques*, *op. cit.* p. 127.

⁷⁷ C.C. Arrêt, C- 939, 2001 en ce qui concerne le logement; C.C. Arrêt, C- 038 de 2004 en ce qui concerne le droit du travail; et C.C. Arrêt, T- 405 y T-591 de 2008 en matière de sécurité sociale.

⁷⁸ C.C. Arrêt, T-284, 2006 y C-251 de 1997.

vrai que, dans les dernières années, c'est plutôt la compétence du parlement et du gouvernement pour fixer les politiques publiques qui doivent guider les besoins de protection, qui a été mise en avant⁷⁹. La Cour reconnaît ainsi que, bien que le droit à la santé soit garanti dans de nombreux cas, il ne peut pas être considéré comme fondamental, parce que sa mise en œuvre effective nécessite le déploiement de ressources financières et la planification des crédits budgétaires qui appartiennent seulement à l'État.

Quoi qu'il en soit, la Cour constitutionnelle a reconnu avoir utilisé une définition large de la notion de primauté du droit pour justifier la demande de droits à la protection sociale de nombreux citoyens⁸⁰. Cela lui a permis de défendre une nouvelle position sur la dignité humaine ainsi que sur l'obligation que l'État de répondre aux besoins fondamentaux des Colombiens. Cette jurisprudence a eu un impact considérable sur la planification économique et l'élaboration des politiques publiques par les gouvernements successifs. Pour la Cour constitutionnelle, la notion d'État de droit social implique en effet un engagement sérieux de la part de l'État pour la protection effective des droits économiques, sociaux et culturels⁸¹. Ainsi, la Cour constitutionnelle cherche à obtenir une plus grande égalité matérielle, ce qui passe par l'accès aux services publics et une meilleure couverture des besoins essentiels non satisfaits.

Cette position peut être socialement défendable, mais non structurellement car elle implique un changement considérable dans les prévisions budgétaires du gouvernement et dans la conception de la notion de séparation des pouvoirs. Et de fait, ce changement a impliqué un grave problème économique pour l'État⁸².

B. L'exemple du droit à la santé

Selon le concept de la solidarité du système de sécurité sociale en Colombie, le régime subventionné repose en grande partie sur les ressources fiscales⁸³. Cependant, la solidarité n'est pas remplie, en partie en raison de l'insolvabilité du système de contribution dans la première décennie de son fonctionnement. Cela est en particulier dû à la forte augmentation du chômage à la fin des années 90, où le secteur informel a atteint 60 %, ce qui représente une couverture de seulement 40 % de la population⁸⁴.

Tout cela a un impact majeur sur l'excédent du compte de péréquation du Fond de solidarité FOSYGA qui est la base de la viabilité du régime, et qui a été négatif après des années de crise. Ce sont alors les autorités étatiques et locales qui doivent couvrir ces déficits par des budgets de plus en plus importants.

⁷⁹ C.C. Arrêt, T-859, 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁰ C.C. Arrêt, C-164, 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

⁸¹ C.C. Arrêt, T-585 de 2000, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸² Rodolfo Arango, *Le concept des droits...*, *op. cit.*

⁸³ Voir Décret 1485 de 1984 et la loi 972 de 2005.

⁸⁴ Département National de statistique DANE. www.dane.gov.co

http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=121&Itemid=67.

Luis Eduardo Arango et Carlos Esteban Posada, *Le Chômage en Colombie*, Banque Centrale colombienne, Bogotá, 2002.

Depuis la mise en œuvre de la loi n° 715 de 2001, l'État a réduit les transferts financiers. Les services de santé ont reçu l'ordre d'assumer le paiement des services qui ne sont pas membres du Plan Obligatoire de santé (POS), en prétendant qu'ils ont généré une inflation d'impôt substantiel et représente un grave poids pour les finances des collectivités locales⁸⁵. Cela a déclenché un problème de flux de paiements sur les entreprises prestataires de santé (EPS) et des Instituts prestataires de santé (IPS) public et privés, avec les déficits cumulés de plus de 600.000 millions de pesos dans les années qui ont suivi la crise économique des années 1990.

Par ailleurs, la pression vient aussi de la Cour constitutionnelle qui autorise certaines dépenses imprévues. Toutefois ceci n'est pas répréhensible dans de nombreux cas car les limites et le contenu du POS ne sont pas définis clairement⁸⁶. Mais cela stimule la demande à travers des actions juridictionnelles : sept demandes sur dix relèvent de la revendication de recours⁸⁷.

Selon le rapport de l'ombudsman colombien (médiateur), plus de 90 % des rendez-vous médicaux que les Colombiens demandent chaque année sont pour des mesures de protection sociales, plus de 95 % sont des examens et plus de 80 % des chirurgies. Plus de 65 % de tous les services de santé que les membres demandent de cette manière font partie du plan de la santé⁸⁸.

L'une des principales causes de ces demandes réside dans le régime désuet qui existe dans la santé subventionnée: des noms mal tapés, des morts et des vivants qui apparaissent et disparaissent, des démissions injustifiées sont souvent des anomalies qui favorisent les recours⁸⁹.

Si nous ajoutons aux dysfonctionnements du système le grave problème de la corruption, on comprend que le système vit en déficit. Le Fonds de Garantie sécurité sociale pour les maladies graves et les catastrophes FOSYGA devaient aux hôpitaux 450 000 millions d'euros en 2008 pour des services couverts par des fonds de compte d'événements catastrophiques et les accidents de la circulation (ECAT). Ce retard dans les paiements au système EPS est transféré à l'hôpital, les départements et les municipalités et l'État, ce qui revient, en fin de compte, à faire payer le contribuable.

En effet, depuis 2004, la situation d'urgence sociale oblige le gouvernement à émettre des décrets visant à répondre aux problèmes les plus urgents de la crise de la santé, notamment pour couvrir le déficit et ressources financières régulières. Le gouvernement national a essayé de le faire par le biais de nouvelles taxes sur la bière, le jeu, les cigarettes et les alcools, des ressources qui seront utilisées ultérieurement pour assurer l'universalité des

⁸⁵ Rodrigo Uprimny, « Contrôle constitutionnel, politique économique et droit sociaux ».

En construisant démocratie, table de promotion et défense de la Constitution de 1991. Bogotá, 1991. p. 109.

⁸⁶ C.C. Arrêt, SU-819 de 1999.

⁸⁷ En 2008, il y a eu 142 957 actions de tutelle en santé, 30 % prévoient des dépenses non couvertes par le Plan Obligatoire de Santé.

⁸⁸ Defensoria del pueblo, *informe La tutelle et le droit à la santé 2008* <http://www.defensoria.org.co>

⁸⁹ 33 % des actions en justice pour manque d'accès aux soins. Au premier trimestre 2008, il y a eu 9 040 réclamations contre les entreprises prestataires de santé, Journal *El Tiempo*, 29 de déc. 2008.

soins, l'unification des régimes, et couvrir les prestations de santé exceptionnelles. Or, la Cour constitutionnelle a annulé ces décrets et la crise du système se poursuit. Toutefois, d'autres mesures d'urgence cherchent à se conformer à la jurisprudence de la Cour en matière de couverture universelle et d'égalisation des régimes d'avantages sociaux contributifs et subventionnés⁹⁰. Le gouvernement national a aussi adopté de nombreuses ressources supplémentaires pour essayer de résoudre le problème, mais ceux-ci ne sont pas suffisants.

La crise, de plus en plus forte depuis 2006, a permis d'aborder le débat sur des questions cruciales de la santé. Elle a mis en évidence la nécessité de parvenir à un consensus sur le nécessaire équilibre entre les droits. Dans la mesure où le système de santé doit assurer une couverture universelle, cela nécessitera un financement supplémentaire et permanent par l'impôt général. Toutefois, des politiques publiques seront aussi nécessaires pour une plus grande formalisation structurelle du marché du travail et pour favoriser ainsi la création d'emplois et la composition du régime contributif.

Malgré tous les efforts du gouvernement et du juge constitutionnel pour fournir des garanties en matière sociale, pour l'instant, tout reste à l'identique, et s'empire peut-être, avec de nouveaux scandales de corruption. Un juge vient même d'être condamné par la Cour suprême pour avoir accueilli des milliers de recours «scandaleux»... tel que le paiement de l'opération d'un utérus masculin. Plus qu'à un activisme des juges, il y a là une véritable anarchie judiciaire !

CONCLUSION

On ne peut ignorer maintenant que la contribution première et la plus importante de la Constitution de 1991 a été la création de la nouvelle juridiction constitutionnelle, forte et indépendante, qui contrebalance les pouvoirs étatiques traditionnels. Malgré des affaires très controversées, cette institution judiciaire est progressivement devenue une véritable juridiction sociale, ce qui représente un changement sans précédent sur le regard porté sur l'importance des droits fondamentaux dans une société démocratique.

En effet, la jurisprudence constitutionnelle sur les droits sociaux implique des intérêts économiques. Elle est un exemple de la transformation de la culture politique et juridique ainsi que de la sensibilisation aux besoins fondamentaux et à la reconnaissance effective des droits des individus⁹¹. En outre, la jurisprudence constitutionnelle a été la conception et la mise en œuvre d'une conception moderne de l'État dans lequel le respect des obligations sociales joue un rôle central dans la réorganisation des institutions publiques. Toutefois, en même dehors de l'absence de formation des juges, du manque de financement adéquat du système de santé et de l'absence de véritables contre-pouvoirs dans les institutions, il existe certains problèmes d'ajustement institutionnel. Si nous approuvons la majeure partie du

⁹⁰ Arrêt constitutionnel T-760, 2008.

⁹¹ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centre d'Études constitutionnelles, 1997.

travail de la Cour constitutionnelle de ces vingt ans de pratique, ses dérives jurisprudentielles conduit à se demander si, en droit constitutionnel colombien, le juge constitutionnel est le mieux placé pour mettre en œuvre la politique sociale de l'État.

Pour citer cet article

Carlos Molina, « La protection des droits sociaux en Colombie »,
La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013
<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/9-molina-franc3a7ais2.pdf>