

CYCLE DE CONFERENCES ANNUEL DU CENTRE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

► CONFERENCE « AMERIQUE LATINE » DU 7 MARS 2014

Dans le cadre du cycle de conférences annuel (2013-2014) du Centre de droit pénal et de criminologie (CDPC), trois interventions ont été successivement présentées, le 7 mars 2014, par le Professeur Pierrette Poncela, Daniel Borrillo et Zunilda Carjaval autour du thème de l'Amérique latine.

Grâce aux liens étroits noués par certains de ses membres avec des enseignants-chercheurs latino-américains, le CDPC s'est, de longue date, intéressé aux évolutions du droit pénal sur ce continent. Comme l'a montré cette conférence, l'Amérique latine est souvent un "laboratoire" d'innovations juridiques, notamment en matière de politique criminelle. L'intervention du Professeur Pierrette Poncela est résumée et les interventions de Daniel Borrillo et de Zunilda Carjaval sont reproduites, ci-dessous.

PRISONS DE COLOMBIE PAR PIERRETTE PONCELA

Avertissement : une intervention orale est une création éphémère ; les quelques éléments indiqués ci-dessous n'en sont que des bribes constituant une structure mouvante et occasionnelle.

Principaux points abordés dans l'intervention orale :

1. Contexte politique et économique de la Colombie
 2. L'explosion de violence du milieu des années 1990 : affrontements armés et narcotrafic
 3. Le Plan Colombie (USA/Colombie) :
 - le volet narcotrafic : contenu et bilan
 - le volet « réforme de la justice » et le plan prisons : contenu et bilan
- l'alliance du bureau fédéral des prisons et des industriels du carcéral ; l'exportation en Colombie (ses causes) du modèle carcéral étatsunien (principales caractéristiques de ce modèle) : construction de 16 établissements de haute sécurité
- accroissement exponentiel de la population carcérale ;
 - résistances individuelles et collectives au modèle importé ;
 - force de la culture locale

4. Compte-rendu de la mission en Colombie :

- la nouvelle politique pénale voulue par le Ministre de la justice pour lutter contre la surpopulation carcérale : développement de peines alternatives et amélioration des conditions de détention, en s'inspirant des modèles européens.
- les prisons traditionnelles colombiennes (La Modelo et La Picota à Bogota) : quelques impressions du dedans.

- au cœur des villes, contribuant à une « économie » locale ;
- ouvertes sur les familles et l'extérieur ;
- l'importance et la vie des patios ; les activités qui s'y déroulent
- l'entraide et l'autogestion ;
- l'importance des règles « tacites » et de leur respect ;
- du linge qui sèche à la place des filins de sécurité ;
- la gaité sur fond de violence
- la liberté dans l'enfermement

.....

Deux références importantes :

- Julie de DARDEL, *Les prisons qui s'exportent. Géo-ethnographie des espaces carcéraux colombiens à l'ère de la mobilité globale*, Thèse en sciences humaines, Université de Neuchâtel, juin 2013.
- Roberto SAVIANO, *Zero, zero, zero*, éd. Feltrinelli, 2013 ; traduction espagnole : *Cero, Cero, Cero*, éd. Anagrama, mars 2014. Pas de traduction française au moment de notre intervention (avril 2014).

Lorsque le sexe biologique ne correspond pas avec le sexe socio-psychologique (genre), le droit donnait traditionnellement la prééminence au premier au détriment du second.

En tant qu'attribut de la personnalité, le sexe apparaissait comme un élément d'ordre public, indisponible donc par l'individu. Suite à la condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme, la jurisprudence française en matière de trans-identité commence, non sans difficulté, à se déplacer de la « question du sexe » vers la « question du genre ». Autrement dit, l'identité sexuelle cesse graduellement d'être une réalité imposée à l'individu pour devenir progressivement une composante de sa vie privée. La tension entre ces deux conceptions (ordre public ou vie privée) déterminera non seulement l'action des juges mais aussi les différents textes de loi adoptés aussi bien au niveau national qu'au niveau européen et international.

Je vais vous présenter le dispositif juridique lequel, à l'heure actuelle, est celui qui est allé le plus loin dans la conception de l'identité de genre comme un élément de la vie privée.

Background politique

En Argentine les associations trans-identitaires ont joué un rôle très important dans l'Assemblée constitutionnelle de la ville de Buenos Aires de 1996. Elles se battaient, en effet, contre les édits policiers répressifs. Au-delà de ce combat ponctuel, leur mobilisation a permis d'introduire dans la nouvelle constitution de la ville autonome de Buenos Aires un certain nombre de droits nouveaux parmi lesquels le « droit à la différence » (art. 11) et le « droit à l'identité » (art. 12).

En 2009, une loi de Buenos Aires obligeait l'administration locale à respecter le changement de prénoms sollicités par les personnes trans-identitaires.

Une abondante littérature juridique commence à émerger en Argentine sur la question de l'identité en générale à partir de laquelle commence à se dégager une distinction intéressante. D'une part, le droit protège une identité fixe ou statique conformée par certains attributs comme le génome humain et les empreintes digitales, par exemple, et d'autre part, la loi protège également une identité dynamique qui fait référence au développement personnel, constituée par certaines qualités et caractéristiques choisies (religion, profession, mœurs...). Le droit à l'identité fait référence à ces deux dimensions et place l'identité de genre dans la catégorie d'identité dynamique.

La loi argentine fut précédée d'un important nombre de décisions de justice qui exigeaient la modification de l'état civil des personnes trans-identitaires sans qu'il soit nécessaire de passer par un parcours médicale. Avec la consécration du droit à l'identité, cette jurisprudence favorable à la démedicalisation du transsexualisme a joué un rôle particulièrement important dans l'adoption de la loi.

Il faut également se rappeler qu'en 2010, l'Argentine adopte la loi sur le mariage pour tous et qu'en juin 2012 l'accès à la PMA est gratuit pour tous les couples.

La loi argentine n° 26 743 du 23 mai 2012 (votée par une majorité absolue, aucun voix contre et une seule abstention au sénat) crée un nouveau droit subjectif de l'individu dénommé « droit à l'identité de genre ». Selon l'article 2 de la loi : « On entend par identité de genre l'expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ».

On peut dire que, sur le plan juridique, le sexe a quitté le corps pour s'installer dans l'âme (volonté). Le genre devient ainsi un élément de la personnalité disponible par l'individu en tant que composante essentielle de sa vie privée. Le genre cesse donc d'être une question d'ordre public, il s'agit désormais d'une faculté individuelle.

Trois autres prérogatives découlent du droit à l'identité de genre :

- a) le droit à la reconnaissance de l'identité de genre,
- b) le droit au libre développement de la personnalité conformément à l'identité de genre et
- c) le droit à être traité en accord avec son identité de genre, en particulier sur les aspects de registre de l'état civil.

Cette question s'inscrit dans une régulation plus globale au sein de laquelle la dignité et la liberté des personnes constituent les deux grands piliers du droit à l'identité de genre.

De même, la loi argentine produit une démedicalisation totale de la « dysphorie de genre », catégorie qui disparaît de la gnoseologie médicale.

L'identité de genre est considérée désormais comme un élément de l'identité individuelle. La médecine concourt donc uniquement pour modifier, si la personne le souhaite, les caractéristiques physiques au travers des interventions pharmaceutiques ou chirurgicales. La justification du remboursement par la sécurité sociale des traitements hormonaux et chirurgicaux se fonde non pas sur une pathologie mais sur un droit consacré par la loi (ce point me semble d'une particulière importance dans le processus de démedicalisation).

Le droit à être traité en accord avec son identité de genre implique principalement la faculté de rectifier les inscriptions de l'état civil. Ainsi, l'article 3 de la loi stipule que :

« Toute personne peut demander la rectification de la mention du sexe dans les registres, ainsi que la modification du prénom et de l'image, quand elles ne coïncident pas avec son identité de genre telle que ladite personne la perçoit ».

Le numéro d'identité personnel d'origine est conservé, lequel prévaut sur le prénom et l'apparence physique (sachant qu'en Argentine ce numéro ne permet pas de connaître le sexe de la personne comme c'est le cas du numéro de la sécurité sociale en France).

La personne peut procéder à la modification de son état civil directement dès l'âge de 18 ans ou à travers de ses représentants légaux (le plus souvent les deux parents)¹ s'il s'agit d'un mineur.

Ainsi, le 29 octobre 2013 à Buenos Aires, Luana (née garçon) est le premier enfant transidentitaire reconnu officiellement dans le monde.

Par ailleurs, il faut souligner que le projet de code civil argentin, reprenant la notion de capacité progressive des conventions internationales, établit dans son article 26 que « à partir de 16 ans l'adolescent est considéré comme un adulte pour les décisions relatives à son propre corps ».

Dans le cas de refus ou d'impossibilité d'avoir l'accord de représentants légaux du mineur, le juge peut (par référé dans un délai de 60 jours) statuer en tenant compte des principes de capacité progressive et de l'intérêt supérieur de l'enfant. La démarche de rectification de l'inscription est gratuite et ne nécessite pas de l'intervention d'un avocat (art. 6), sauf s'il s'agit des mineurs².

La rectification peut se faire librement une fois. Si la personne demande une nouvelle rectification la démarche nécessite de l'intervention judiciaire. Si la seule volonté de l'individu oblige l'autorité administrative à modifier le registre, on ne comprend pas pourquoi toute nouvelle demande de rectification de l'état civil doit être soumise à l'autorisation judiciaire. Surement, la loi veut éviter les abus mais de quel abus parle-t-on ? En tout cas, il ne s'agit pas d'une question d'ordre public mais d'un abus d'ordre privé en quel cas une intervention judiciaire semble superflue.

Une fois effectué le changement de genre avec la modification des prénoms, l'autorité administrative (registre civil) procède à la création d'un nouvel acte de naissance dans lequel il n'y a aucune référence au changement de sexe. Le registre conserve l'acte originaire. Seuls peuvent avoir accès à ce dernier, la personne qui a changé son genre ou toute autre personne possédant une autorisation judiciaire écrite et fondée. La loi argentine crée un droit à la confidentialité (art. 9°). Seul le registre de l'état civil peut communiquer le changement de sexe au casier judiciaire et autres organismes publics comme le registre électoral.

Le changement de l'état civil ne produit pas d'effets rétroactifs (art. 7), pas d'incidence donc sur les liens familiaux du couple ni sur les actes de naissance des enfants si la personne est parent.

Aussi, si un homme change de sexe et souhaite bénéficier d'un départ à la retraite en tant que femme (alors qu'il a apporté pendant un certain nombre

¹ Si l'un de parents se refuse à donner son accord, le juge peut intervenir au nom de l'intérêt du mineur.

² Il doit être assisté de l'avocat des mineurs introduit par l'article 27 de la loi 26.061.

d'années en tant qu'homme) elle pourra le faire en comptabilisant les années de manière proportionnelle (prorata) aux apports en tant qu'homme et en tant que femme. Elle pourra ainsi bénéficier d'un départ à la retraite plus tôt qu'un homme qui n'a pas changé de sexe mais pas au même âge qu'une femme qui aura cotisé toute sa vie professionnelle en tant que telle.

De même, la rectification ne produit aucun effet vis-à-vis de liens de famille établis juridiquement, soit par le mariage soit par la filiation.

Le cas argentin constitue un bon exemple d'un système juridique qui a assumé de traiter le sexe non pas comme une catégorie statique et immuable ancrée dans une réalité biologique mais comme une réalité complexe relevant de l'intime. Ni l'ordre public, ni la preuve de la possession d'état³, ni un quelconque diagnostic médical ne conditionnent le droit au changement de genre.

Sans aller jusqu'à faire disparaître la catégorie des actes de l'état civil, le droit argentin fait dépendre l'assignation juridique à l'un ou l'autre sexe exclusivement de l'individu (droit subjectif) et non pas d'un ordre quelconque qui le dépasse (ordre public, symbolique ou médical). Aussi, la présence de témoins attestant de la bonne foi du requérant⁴ n'est pas demandée par la loi argentine.

L'Argentine reste encrée dans la logique binaire des sexes, contrairement à l'Australie qui par une décision du 31 mai 2013 de la cour d'appel de Nouvelle-Galles du Sud, a officiellement reconnu que les formulaires australiens de naissance, décès et mariage mentionnent outre « *homme* » ou « *femme* » sous la case « *genre* », la possibilité de cocher « neutre », tout comme l'Allemagne qui a adopté une loi en 2013 (confirmée par la Cour constitutionnelle en août, entrée en vigueur le 1/11/13) selon laquelle les enfants nés avec les deux sexes (intersexués) pourront être déclarés à l'état civil de « sexe indéterminé », et pourront par la suite soit garder cette identité neutre, soit choisir à n'importe quel moment de changer leur identité en homme ou femme. La loi argentine ne reconnaît pas le sexe neutre.

Pourtant, la possibilité d'un genre neutre n'est juridiquement pas nouvelle, elle avait été évoquée à la fin du XIX^{ème} siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne qui militait pour une réforme de l'article 57 du code civil afin d'« imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »⁵. Mais sa proposition n'a jamais prospéré.

³ La possession d'état est établie par la réunion d'un certain nombre de faits attestant de la notoriété, à l'occurrence le nouveau genre. Cette solution n'est pas acceptée par les juges. Elle me semble particulièrement inefficace car elle ralentit énormément les démarches administratives et fait dépendre le changement d'éléments extérieurs au vécu de la personne trans-identitaire, seul élément déterminant pour l'identification de genre.

⁴ « La requête en rectification de la mention du sexe est présentée par l'intéressé au président du tribunal de grande instance en présence d'au moins trois témoins capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé. Ils témoignent de la bonne foi du fondement de la requête » : Proposition de loi n° 4127 *visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil* du 22 décembre 2011.

⁵ A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, Paris, A. Storck 1887, p. 91.

Si le genre est devenu en Argentine une question privée qui dépend uniquement de la volonté individuelle et de sa libre disponibilité, on se demande quel est l'intérêt de conserver la catégorie « sexe » comme un élément d'identification publique des personnes.

Si, sur le plan juridique, le genre appartient à la catégorie d'« identité dynamique » plus proche de la religion, le choix politique, la profession ou les goûts vestimentaires.... Pourquoi le maintenir dans les documents d'identité ? Personne ne songe, de nos jours, à inscrire dans les pièces d'identité l'appartenance religieuse, la profession ou l'affiliation politique des personnes. En revanche, l'assignation obligatoire à l'un ou l'autre sexe semble constituer une nécessité juridique majeure puisqu'elle reflèterait une réalité naturelle.

Conclusion

La loi argentine peut-elle constituer un modèle pour la France ?

Sur le plan social et culturel, l'Argentine est un pays proche de la France avec une société majoritairement d'origine européenne et de religion catholique.

Aussi, le droit civil argentin s'est inspiré du droit français au XIX^{ème} siècle. L'organisation de l'état civil, affranchie du monopole de l'Eglise, a servi de modèle pour l'organisation administrative argentine.

La France peut à son tour s'inspirer de la loi argentine et même la perfectionner. Je crois que le point le plus important est celui de faire de l'identité de genre un droit fondamental de l'individu et de donner à celui-ci la possibilité de régler rapidement la question administrative de la rectification de son état civil.

La loi argentine ne fait que suivre les douze recommandations émises par Thomas Hammarberg, ancien commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe dans son document, publié en juillet 2009 (page 43) : "Droits de l'Homme et identité de genre".

Ce qui est étonnant c'est que ce soit l'Argentine à le faire et non pas la France...

Le pas suivant (et pour moi logique) serait celui de cesser de considérer le sexe et le genre comme un élément de l'état civil.

Seule l'identité fixe ou statique me semble pertinente comme élément de l'état civil (la date de naissance, la mort, la filiation...) et non pas les identités dynamiques telles que l'appartenance politique, religieuse, syndicale ou sexuelle. Après tout, être homme ou femme, se sentir homme ou femme, ne pas se sentir ni homme ni femme, aimer les hommes ou les femmes, relève de l'intime ou du « goût » de chacun.

Comme dit le proverbe espagnol : « *sobre gustos no hay disputa* » (des goûts et des couleurs on ne se discute pas).

ÉLÉMENTS INSTITUTIONNELS DE LA REFORME DE LA PROCEDURE PENALE CHILIENNE PAR ZUNILDA CARVAJAL

En 2000, le Chili a promulgué un nouveau code de procédure pénale qui a bouleversé les fondements de l'ancienne procédure. Cette réforme intervient dix ans après le retour de la démocratie et vient renforcer l'engagement du pays dans une nouvelle voie politique. L'ancienne procédure, issue du code de procédure pénale de 1906, attribuait au juge un rôle prédominant. Cette procédure, identique pour la poursuite de toutes les infractions excepté certaines contraventions, répondait au schéma suivant : le juge pénal, *juez del crimen*, agissait tout d'abord en juge d'instruction. Il avait l'obligation d'instruire à charge et à décharge toutes les affaires portées à sa connaissance et pouvait également se saisir d'office. Cette phase procédurale était entièrement écrite et secrète, y compris vis-à-vis du mis en cause qui n'avait accès au dossier qu'à un niveau très avancé de la procédure. Une fois les investigations terminées, le juge dictait une ordonnance qui avait pour double effet de clore l'instruction et d'accuser formellement le mis en cause. En effet, depuis la suppression du Ministère Public en 1927, le juge avait la charge d'assumer lui-même l'exercice de l'action pénale et de requérir une peine contre le mis en cause. S'ouvrait ensuite la phase dite de jugement, supposée être orale et contradictoire. Le juge d'instruction devenait alors juge de jugement et devait se prononcer sur l'affaire qu'il avait instruite lui-même. En pratique, les audiences de jugement avait disparu, le juge connaissant déjà suffisamment le dossier pour se prononcer immédiatement après l'instruction. Les preuves devaient être appréciées dans le respect d'une hiérarchie établie par la loi. Le régime légal d'appréciation des preuves a toutefois été assoupli par des réformes successives tout au long du XX^{ème} siècle. Ces réformes, qui témoignaient de l'anachronisme du système probatoire, n'ont fait qu'accroître les pouvoirs du juge et les risques d'arbitraire.

Après dix-sept années de dictature militaire (1973-1990), le Chili a débuté le XXI^{ème} siècle par une réforme gigantesque et drastique de sa justice pénale. Cette réforme se fonde sur l'idée d'une rupture totale avec la législation antérieure et fait graviter la nouvelle procédure autour de la notion clé de débat contradictoire. Afin d'innover l'ensemble du procès, le débat contradictoire se réalise désormais à toutes les étapes de la procédure et permet d'aboutir à une décision judiciaire qui puise sa légitimité dans la participation active des parties au débat. L'émergence du principe du contradictoire a été obtenue grâce à une nouvelle répartition des rôles entre les différents protagonistes du procès, et notamment la création d'un Ministère Public.

Le succès de cette révolution procédurale se doit moins aux modifications législatives du code de procédure pénale qu'à la manière globale dont a été appréhendée la réforme. Il ne s'agissait pas de modifier uniquement certains aspects du Code ni même de se réduire à ce Code, mais d'envisager la procédure pénale comme un des rouages d'un système beaucoup plus vaste. Aussi, l'implantation d'une nouvelle procédure a-t-elle permis une vaste réflexion

portant sur des aspects aussi variés que l'importance de la symbolique dans les nouveaux tribunaux pénaux, la formation et la carrière des magistrats, le statut du nouveau Ministère Public, l'accès effectif du mis en cause à une défense pénale gratuite. Les choix effectués reflètent la volonté d'instaurer un changement irréversible. Nous nous proposons d'aborder certains de ces éléments qui, tout en étant périphériques à la procédure, ont contribué à assurer la transformation de l'acte de juger (I) et la garantie du débat entre les parties (II).

I) La transformation de l'acte de juger

La figure du juge pénal s'est dédoublée avec la réforme. Le nouveau Code de procédure pénale met en place deux types tribunaux au sein desquels siègent des magistrats aux fonctions différentes.

Il s'agit tout d'abord du tribunal des garanties, au sein duquel siège à juge unique le juge des garanties. Le juge des garanties a la fonction principale de contrôler l'enquête que dirige désormais le Ministère Public. Juge de mise en état des affaires pénales, le juge des garanties contrôle la garde à vue, autorise les mesures d'enquêtes coercitives et le placement en détention provisoire, valide les alternatives aux poursuites. Il constitue également la juridiction de jugement des procédures rapides instaurées par la réforme. Enfin, en phase d'exécution de la sentence pénale, le juge des garanties exerce la fonction de juge d'application des peines.

Il s'agit ensuite des « tribunaux de jugement oral », dont l'appellation témoigne du changement procédural réalisé par la réforme. Au sein de ces tribunaux siègent collégalement trois juges dits « de jugement oral » qui ont pour fonction de juger les affaires pénales soumises à la nouvelle procédure de droit commun applicable aux crimes et aux délits.

Qu'il siège au sein des tribunaux des garanties ou de jugement oral, le juge pénal chilien a été confronté à une transformation profonde de sa tâche. L'acte juridictionnel ne se fonde plus sur un dossier écrit et déjà connu mais sur un débat contradictoire, oral et public. La décision ne résulte plus d'une application rigoureuse de la hiérarchie légale des preuves mais sur l'intime conviction du juge. Cette dernière modification a impliqué de repenser également l'exigence de motivation des décisions de justice.

La transition d'un système à un autre ne s'annonçait pas aisée. Le législateur chilien a fait le choix d'une entrée en vigueur progressive du nouveau système procédural sur le territoire national. Ainsi, le nouveau Code est d'abord entré en vigueur le 16 décembre 2000 dans deux régions dites « pilotes » : l'une située au Nord, l'autre au Sud du Chili. Chaque année depuis cette date, le nouveau système a été appliqué dans deux régions supplémentaires jusqu'à atteindre, en 2005, la région centrale où se trouve la capitale, Santiago. Malgré l'entorse au principe d'égalité devant la loi que représente une telle solution, le pragmatisme

du législateur chilien a permis aux structures et aux acteurs de s'adapter au mieux à la nouvelle procédure. Il a fallu, d'une part, construire massivement des tribunaux et s'interroger sur le poids de la symbolique judiciaire (A) et, d'autre part, former les magistrats à leurs nouvelles fonctions (B).

A) La symbolique judiciaire

Les acteurs de la réforme de la procédure pénale chilienne ont employé la symbolique comme vecteur des valeurs du nouveau procès. En amont de ce dernier, c'est tout d'abord l'architecture judiciaire qui a été utilisée comme instrument d'expression du changement. La construction de nouvelles salles de tribunaux rendue nécessaire par la multiplication des audiences a été l'occasion d'illustrer de manière innovante et concrète le changement qu'impliquait la réforme.

À Santiago, un gigantesque complexe judiciaire a été : le *Centro de Justicia*. Cette infrastructure comprend les tribunaux des garanties, les tribunaux de jugement, les bureaux du Ministère Public et ceux de la Défense Pénale Publique. Le Centre de Justice a été construit à proximité de la prison de Santiago afin de relier les deux édifices par des souterrains. Le transfèrement des condamnés et des détenus s'effectue alors par tunnels, ce qui limite les risques d'évasion. L'objectif des autorités étant de construire un édifice très symbolique, représentatif de la réforme du procès pénal. Pour cela, la façade du complexe a été entièrement réalisée en verre afin de symboliser la transparence du nouveau système judiciaire. Le bureau du Ministère Public et celui de la Défense Pénale Publique sont d'une égale dimension et placés face à face, comme pour symboliser l'affrontement qu'organise le nouveau procès entre deux parties égales. Chacun de ces deux édifices est relié au bâtiment où se trouvent les tribunaux et les bureaux des magistrats, donnant ainsi un sentiment d'unité au Centre de Justice. L'ensemble des bâtiments forme donc un U au centre duquel s'étend la « place civique » depuis laquelle le justiciable peut apercevoir l'intérieur des édifices. Les bâtiments du Ministère Public et de la Défense Pénale Publique sont reliés par un toit commun élevé à plus de quarante mètres de haut et sous lequel passe le justiciable avant de pénétrer sur la place civique et les tribunaux. Cette liaison exprime l'idée selon laquelle, outre leur affrontement au cours des audiences, ces deux entités ont avant tout été créées dans le but d'offrir une meilleure justice. De même, le souhait du législateur de rendre indépendants et autonomes les trois acteurs que sont le procureur, l'avocat de la défense et le juge, trouve écho dans l'architecture judiciaire. Ainsi, les bureaux des juges, des procureurs et des avocats de la Défense Pénale Publique sont reliés aux salles d'audience par des escaliers et des tunnels qui ne se croisent jamais, grâce à une configuration en colimaçons. Le complexe judiciaire a donc été construit de manière à ce que les acteurs puissent accéder aux salles de tribunaux sans se rencontrer avant l'audience.

Le juge étant désormais rendu visible aux yeux du justiciable, la question de son habillement s'est également posée. Certains magistrats exerçant au sein des

nouveaux tribunaux ont demandé à porter des robes. Cette proposition a été rejetée par la Cour Suprême au motif que la réforme n'implique pas de « copier des systèmes étrangers trop différents » des traditions chiliennes. Cette volonté de conserver une identité propre n'a pas empêché la mise en place d'un élément du décor quasi-généralisé dans les systèmes étrangers : l'élévation du bureau du juge au dessus de la salle grâce à son placement sur une petite estrade. Cette configuration exprime moins la supériorité que la neutralité ; il est au dessus de la bataille qui se déroule devant lui et accomplit une fonction de régulateur du débat ayant lieu entre les parties. Cette transformation de l'acte de juger impliquait que les magistrats soient correctement formés et préparés aux nouvelles règles de procédure.

B) La formation des magistrats

Jusqu'en 1995, le système de recrutement des juges reposait principalement sur la cooptation. Pour chaque poste vacant, la cour d'appel organisait un appel à candidature et sélectionnait trois noms. Il revenait ensuite au Président de la République de nommer un candidat parmi les trois noms qui lui étaient transmis. La majorité des candidats à la magistrature étaient des *actuarios*, c'est-à-dire des jeunes juristes qui, au sortir de l'université, étaient recrutés par les juridictions de première instance afin de seconder les juges dans leurs tâches les plus courantes. Au bout de deux à trois années, l'*actuario* pouvait compter sur un nombre satisfaisant de recommandations de la part de magistrats titulaires, et soumettait alors sa candidature lorsqu'un poste était déclaré vacant. Au sortir de la dictature militaire, au début des années 1990, la communauté universitaire et certains avocats ont dénoncé l'absence de sélectivité dans la carrière judiciaire ainsi que l'impossibilité de modifier les pratiques dans un système fondé sur la reproduction des traditions. Toute réforme du système judiciaire devait donc impérativement débiter par la formation des juges.

En 1994 est promulguée la loi 19.346 qui crée l'Académie Judiciaire (*Academia Judicial*). L'Académie a pour fonction d'assurer la formation initiale des candidats à la magistrature et la formation continue des professionnels déjà en activité. Elle est soumise au contrôle de la Cour Suprême mais sa direction et son administration sont à la charge d'un Conseil directif composé de neuf membres représentant les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. L'Académie a commencé à fonctionner à partir du mois de mars 1995.

Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale, le programme de la formation initiale dispensée par l'Académie judiciaire a été réformé afin de s'adapter au nouveau procès pénal. Les cours de procédure pénale ont été renforcés et une habilitation spéciale pour devenir juge des garanties ou juge de jugement a été créée.

Concernant les magistrats déjà en poste, des solutions distinctes ont été appliquées suivant leur ancienneté dans la magistrature. Les réformateurs ont en effet distingué les jeunes magistrats considérés comme facilement transférables

aux nouvelles juridictions (jusqu'à dix années d'exercice dans les tribunaux) des magistrats aguerris (plus de dix années d'ancienneté).

Les jeunes magistrats ont rejoint les nouveaux tribunaux après une formation intensive dispensée par l'Académie Judiciaire. En revanche, concernant les magistrats les plus expérimentés, le législateur a dû minimiser l'impact sur le nouveau procès de leur éventuelle réticence au changement et surtout de leur culture judiciaire, trop enracinée pour être réformée. Trois solutions se sont appliquées à leur cas. Tout d'abord, certains d'entre eux ont été envoyés en retraite anticipée sur le budget attribué à la réforme du procès pénal. Ce fut le cas de la quasi-totalité des magistrats âgés d'au moins cinquante-sept ans. Cette solution a été justifiée par le législateur par « l'impossibilité pour une personne qui a passé sa vie à exercer la fonction de juge à partir d'une certaine conception du procès de bouleverser en fin de carrière toutes ses habitudes et ses certitudes »⁶ et n'a pas rencontré de résistance de la part des fonctionnaires concernés. Ensuite, les magistrats disposant d'une ancienneté conséquente au sein du pouvoir judiciaire mais non susceptibles d'être concernés par une retraite anticipée n'ont pas été transférés dans les juridictions du nouveau procès mais maintenus à leur poste de l'ancien procès. Il faut ici rappeler que le nouveau Code de procédure pénale est entré en vigueur de manière progressive à partir de l'année 2000 et régit l'ensemble des régions du pays depuis 2005. Cela fait donc plus de dix ans que le Chili fonctionne avec deux justices pénales, suivant le lieu et la date de commission de l'infraction. Aujourd'hui les seules affaires étant encore soumises à l'ancienne législation procédurale se trouvent à Santiago et devraient être résolues d'ici le milieu de l'année 2014. Enfin, certains magistrats jugés par l'Académie aptes à être transférés dans le nouveau procès pénal ont été promus afin de se trouver dans les juridictions supérieures et non en première instance. La réussite de la mise en œuvre du nouveau procès pénal s'explique donc notamment par la faible représentation dans les rangs des juges de première instance de magistrats issus de l'ancien système. L'observation d'audiences du nouveau procès a ainsi révélé la jeunesse des magistrats de première instance, dont l'âge moyen est de 29 ans⁷.

D'une manière générale, les acteurs sont satisfaits de leur formation et la réussite du changement est d'ailleurs la preuve de l'efficacité de la formation dispensée par l'Académie Judiciaire. Le juge a donc été bien préparé à diriger les audiences contradictoires instaurées par le nouveau Code. Le débat contradictoire, quant à lui, ne pouvait être effectif qu'au moyen de mécanismes garantissant les droits procéduraux des parties.

⁶ Débats parlementaires in Martin MOIS FREIWIRTH *et al.*, *Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordancias*, T. IV, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2003, p. 124.

⁷ Statistiques officielles du Ministère Public chilien, 2007.

II) La garantie du débat entre les parties

L'instauration d'un débat contradictoire entre les parties n'a été rendue possible que par le transfert de certaines fonctions confiées autrefois au juge. En cela, la clé de voûte de la réforme de la procédure pénale chilienne est sans conteste la création d'un Ministère Public. Le Ministère Public n'a pas toujours été absent du système pénal chilien. Du temps de la colonie espagnole, des procureurs exerçaient au sein des juridictions supérieures. Ces procureurs avaient pour fonction de défendre les intérêts de la Couronne d'Espagne mais également de représenter en défense les membres des communautés indigènes et les personnes vulnérables. Après l'indépendance obtenue en 1818, le Chili tarde à édicter et codifier sa législation républicaine, les lois coloniales continuent donc d'être appliquées. Le Code d'organisation des tribunaux promulgué en 1875 et le Code de procédure pénale de 1906 prévoient l'existence d'un Ministère Public en procédure pénale. Contrairement aux procureurs coloniaux, les représentants du Ministère Public républicain n'ont plus la tâche d'assister en défense les populations vulnérables. Leur fonction est d'exercer la vindicte publique et d'assister le juge dans la correcte application de la loi en émettant des avis motivés. Mis à l'écart de la phase d'investigation, leur rôle procédural est extrêmement faible. L'identité entre le juge d'instruction et le juge de jugement conduit à réaliser des simulacres de procès au cours desquels le procureur soutient une accusation préparée par le juge lui-même. En 1927, dans un contexte de restriction budgétaire, la représentation du Ministère Public en première instance est supprimée par décret.

Le nouveau procès pénal chilien repose en grande partie sur l'activité d'un Ministère Public. Ce dernier a la charge de diriger l'enquête, d'exercer les poursuites, de proposer des alternatives ou de classer en vertu du pouvoir d'appréciation des affaires qui lui est dévolu. Son existence garantit le principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement qui faisait défaut à l'ancienne procédure. La création de cette nouvelle institution étatique suscitant tout à la fois craintes et grandes attentes, le statut du nouveau Ministère Public fut le sujet le plus débattu de la réforme de la procédure pénale. La préoccupation première du législateur a été de s'assurer que le nouveau Ministère Public bénéficierait de l'indépendance nécessaire pour mener à bien la tâche qui lui a été attribuée (A).

Face au nouveau Ministère Public se trouve le mis en cause dont les droits procéduraux ont été amplement élargis afin d'instaurer un procès équitable. Néanmoins, l'échec de réformes ponctuelles réalisées dès le début des années 90, au sortir du gouvernement militaire, a mené le législateur à s'interroger sur le problème d'effectivité des droits de la défense. Cette réflexion a permis de mettre en exergue l'inefficacité du système d'assistance légale gratuite et a abouti à la création d'une nouvelle institution étatique qui garantit une défense pénale gratuite de qualité (B).

A) La création d'un Ministère Public indépendant

Les débats sur le statut du Ministère Public reflètent les craintes du législateur chilien face à la création d'une nouvelle institution étatique aux pouvoirs importants. Après avoir étudié les modèles offerts par le droit comparé le législateur chilien a retenue une solution innovante qui garantit l'indépendance politique des nouveaux procureurs.

Au sommet du Ministère Public se trouve le Procureur de la Nation. Ce dernier est désigné après un processus de sélection qui fait intervenir les trois pouvoirs étatiques. Après un appel à candidatures, les conseillers à la Cour Suprême votent chacun pour trois candidats. Les cinq noms ayant reçu le plus de voix sont transmis au Président de la République qui en soumet un à l'approbation du Sénat. Le candidat doit être approuvé aux deux tiers par le Sénat. Si le candidat n'obtient pas cette majorité, le Président de la République a le choix entre proposer un autre candidat parmi les quatre restants ou demander à la Cour Suprême de recommencer un nouveau processus de sélection. Afin de protéger le Procureur de la Nation des changements politiques provoqués par les élections présidentielles et législatives qui interviennent tous les quatre ans, le mandat du Procureur de la Nation est de huit ans. Le Procureur de la Nation ne peut être destitué que pour des faits exceptionnellement graves par le biais d'une procédure faisant intervenir les trois pouvoirs.

Dans le ressort de chaque cour d'appel ont été créés des parquets régionaux dirigés par des procureurs régionaux. Ces derniers sont sélectionnés par les cours d'appel selon une procédure similaire à celle mise en œuvre pour la désignation du Procureur National. Les cours d'appel transmettent trois noms au Procureur de la Nation qui en choisit un. Le mandat des procureurs régionaux est également de huit ans. Les parquets régionaux ont sous leur direction des bureaux locaux du Ministère Public. Au sein de ces bureaux exercent des procureurs recrutés sur concours et ayant suivi une formation rémunérée de sept mois. Le Ministère Public ne dispose pas d'une école de formation permanente sur le modèle de l'Académie judiciaire. Les formations sont dispensées par les parquets régionaux, de manière plus ou moins homogène.

Si elle garantit l'indépendance politique de la nouvelle institution, cette configuration présente néanmoins le risque d'isoler l'institution des autres autorités étatiques et donc d'entraver la cohérence de l'application de la politique pénale. Le Ministère Public a donc dû être progressivement associé à l'élaboration de la politique pénale. Contrairement aux procureurs régionaux, le Procureur de la Nation ne peut dicter d'instructions individuelles aux procureurs locaux. En revanche, il a en charge d'élaborer la politique de l'institution en matière d'exercice de l'action pénale et dicte dans ce cadre des instructions générales aux parquets régionaux. Cela a été rapidement jugé insuffisant. En 2005, alors que le nouveau Code régit enfin l'ensemble du pays, de nombreuses voix s'élèvent au sein des universités pour dénoncer l'absence d'engagement du Ministère Public dans une lutte efficace contre la délinquance. La réforme a

mauvaise presse auprès d'une partie de l'opinion publique qui accuse le nouveau procès d'être une porte giratoire par laquelle les délinquants entrent pour en ressortir libres immédiatement. Les politiques, quant à eux, reprochent au Ministère Public de limiter son action à la répression au lieu d'élaborer une politique pénale globale qui tiendrait compte des impératifs de prévention et de la nécessité d'intervenir en amont de la délinquance. Le législateur intervient alors afin d'obliger le Procureur de la Nation à formuler dans son rapport annuel des propositions de réformes législatives en matière de politiques publiques préventives de la délinquance⁸. En 2011, une nouvelle étape approfondit l'intégration du nouveau Ministère Public à l'élaboration de la politique pénale : un secrétariat de prévention de la délinquance est créé au sein du Ministère de l'Intérieur chilien (*Subsecretaría de prevención del delito*). Ce secrétariat est responsable de « l'élaboration, la coordination, l'exécution et l'évaluation des politiques publiques destinées à prévenir la délinquance, réhabiliter et réinsérer socialement les délinquants »⁹. Le Procureur de la Nation est inclus au rang des membres permanents de ce secrétariat. Le Ministère Public n'est donc plus cantonné à la définition de la politique d'exercice d'action pénale mais est associé à l'élaboration de la politique pénale dans son sens large. Face à une institution aussi puissante, il était indispensable de garantir une défense pénale gratuite de qualité.

B) La garantie d'une défense pénale gratuite de qualité

L'assistance juridique gratuite pour les accusés les plus démunis était assurée, dans l'ancien procès pénal, par trois mécanismes qui subsistent aujourd'hui en matière civile. Il s'agissait tout d'abord du système d'avocat de permanence. Nommé par le juge de première instance pour une durée d'un mois, l'avocat de permanence devait assumer gratuitement la représentation et la défense des mis en cause à faibles ressources jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue. Il s'agissait, ensuite, des corporations d'assistance judiciaires qui sont des cabinets juridiques publics au sein desquels les étudiants en dernière année de droit ont l'obligation d'effectuer un stage non rémunérés de six mois. Enfin, de manière marginale, le mis en cause pouvait avoir recours à une « clinique juridique » qui est une organisation à but non lucratif opérant au sein de certaines universités et qui est constituée d'étudiants sur la base du volontariat.

La défense gratuite des mis en cause à faibles ressources n'était donc pas nécessairement assurée par un avocat professionnel. Lorsque c'était toutefois le cas, ce dernier accomplissait le plus souvent sa tâche de mauvais gré à cause des conditions peu avantageuses de l'obligation qui lui était imposée. Considérant que ces mécanismes étaient inadéquats pour garantir les droits de la défense, le législateur a réformé le système de défense pénale gratuite en créant un organisme unique : la Défense Pénale Publique (*Defensoría Penal Pública*).

⁸ Loi 20.074 du 14 novembre 2005.

⁹ Site internet de la *Subsecretaría de prevención del delito* : <http://www.seguridadpublica.gov.cl/quienessomos.html> [Consulté le 12 mars 2014].

Créée par la loi 19.718 du 10 mars 2001, la Défense Pénale Publique est le fruit d'une analyse approfondie des différents modèles d'assistance et de représentation gratuites offerts par le droit comparé. Après avoir étudié les différentes solutions possibles, le législateur chilien a choisi la solution la plus répandue sur le continent latino-américain : une institution hiérarchisée et soumise au pouvoir exécutif. Néanmoins, contrairement aux autres pays de la région, la défense pénale publique chilienne n'est pas constituée uniquement d'avocats fonctionnaires. Elle repose également sur l'activité d'avocats libéraux en contrat avec l'institution. Ces contrats sont obtenus après un appel d'offre et soumis aux règles des marchés publics.

Les avocats-fonctionnaires sont des membres permanents de la Défense Pénale Publique et disponibles pour intervenir immédiatement lors des premiers actes de procédure à l'encontre d'un suspect. En pratique, il intervient depuis la garde à vue jusqu'à l'audience d'inculpation. Au-delà, l'avocat-fonctionnaire doit transmettre l'affaire à l'avocat privé sous contrat avec la Défense Pénale Publique que l'inculpé aura lui-même choisi sur une liste. Cependant, si au cours d'une audience postérieure, l'avocat privé sous contrat fait défaut pour une raison quelconque (abandon de la défense, absence injustifiée à une audience), le juge peut désigner d'office un avocat-fonctionnaire qui assurera la défense du mis en cause. Les avocats fonctionnaires sont recrutés sur concours pour une durée indéterminée. L'avocat privé sous contrat, quant à lui, est sélectionné par la Défense Pénale Publique à la suite d'un appel d'offres. L'appel d'offres s'adresse aussi bien aux personnes physiques qu'aux cabinets juridiques. Les candidats doivent spécifier le pourcentage du total d'affaires auquel ils postulent ainsi que le prix de leurs services. Ils sont retenus en fonction du prix proposé après avoir réussi un examen portant sur la procédure pénale et la déontologie de l'avocat.

La Défense Pénale Publique n'a pas vocation à représenter uniquement les accusés les plus démunis. Toute personne mise en cause par un procès pénal peut demander à être représentée par un avocat de cette nouvelle institution en contrepartie d'une rémunération proportionnelle à ses revenus. En pratique, les avocats de cette nouvelle institution sont préférés aux avocats libéraux car leur spécialisation et leur mode de recrutement garantissent une meilleure connaissance de la nouvelle procédure pénale.

Au niveau structurel, la Défense Pénale Publique est organisée hiérarchiquement sur le même modèle que le nouveau Ministère Public. Les avocats sont regroupés au sein de bureaux locaux placés sous le contrôle d'une défense pénale régionale. Chaque bureau régional est dirigé par un défenseur régional, nommé par le Défenseur National. Ce dernier est désigné et démis de ses fonctions par le Président de la République. En pratique, un nouveau Défenseur National est nommé après chaque élection présidentielle.

La question de l'indépendance politique de la Défense Pénale Publique présente un enjeu considérable pour les années à venir. En effet, face aux réticences des Etats à alimenter le fonds d'assistance judiciaire, le système interaméricain de

protection des droits de l'homme a décidé de s'appuyer sur les défenses les Défenses Pénales Publiques nationales pour assurer la défense et la représentation gratuites des victimes de violations de droits de l'homme. Un Défenseur Pénal Public Interaméricain a ainsi été créé pour défendre les victimes devant la Commission et la Cour Interaméricaines. Concrètement, ce défenseur est constitué de deux avocats : l'un appartenant à la Défense Pénale Publique nationale de l'Etat mis en cause, l'autre appartenant à la Défense Pénale d'un pays tiers. Consciente de l'importance du rôle des Défense Pénales Publiques mais aussi de la nécessité d'en harmoniser la configuration dans les pays de la région, l'Assemblée Générale de l'Organisation des Etats Américains a approuvé le 5 juin 2013 une résolution intitulée « Vers l'autonomie de la défense publique officielle comme garantie d'accès à la justice »¹⁰. Cette résolution salue le travail des *defensores* en matière d'accès à la justice et adresse aux États membres plusieurs injonctions. À ceux qui ne disposent pas encore d'une Défense Pénale Publique, l'Assemblée Générale demande d'en créer une au plus vite. À ceux qui l'ont déjà instituée, l'Assemblée recommande que soit garantie l'indépendance politique de l'institution mais aussi que la participation des *defensores* au système interaméricain des droits de l'homme soit encouragée. Le succès de l'instauration de l'institution du Défenseur Interaméricain tel qu'il est en train de se configurer dépendra amplement de l'autonomie et de l'indépendance politique des Défenses Pénales Publiques des pays membres de l'OEA.

En conclusion, ces quelques éléments de la réforme chilienne ont permis de démontrer que la rupture souhaitée par le législateur avec l'ancien procès pénal ne pouvait être obtenue en se limitant à la promulgation d'un nouveau Code de procédure pénale. Le changement induit par le nouveau Code est tel qu'il ne pouvait être effectif qu'en entraînant à sa suite la modification de l'ensemble du système judiciaire. Dans cet élan de création d'une nouvelle identité judiciaire, le Chili s'est trouvé pris au sein d'un dilemme entre d'un côté la volonté de rompre radicalement avec un système hérité de la colonie espagnole et de l'autre, le refus d'importer des mécanismes étrangers inadaptés à sa culture. Surmontant cette tension, le législateur chilien a su faire preuve d'une grande capacité d'innovation.

¹⁰ AG/RES. 28.01 (XLIII-O/13), 5 juin 2013, *Hacia la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia*.