

SECTION 1

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX EN AMÉRIQUE DU SUD

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

La possibilité d'invoquer des droits sociaux devant un juge est, dans de nombreux États d'Amérique Latine, une question d'une particulière actualité. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer.

Des facteurs historiques, tout d'abord. Certains États d'Amérique Latine, tels que le Mexique et le Brésil, ont été les précurseurs du « constitutionnalisme social »⁴⁴⁸, même si leurs expériences respectives n'ont pas connu une postérité identique. La Constitution mexicaine du 5 février 1917 est ainsi souvent considérée comme l'une des premières au monde à avoir consacré les droits au travail, à la propriété sociale de la terre, à l'éducation et à l'assistance sociale. Au Brésil, sous la double influence du socialisme et du positivisme sociologique, les droits sociaux sont vite apparus comme une condition de la réalisation des droits individuels et de la protection des plus pauvres face aux propriétaires terriens et aux conséquences de l'industrialisation. Toutefois, la Constitution de 1934, d'inspiration sociale, a tourné court en raison de l'instauration d'une dictature.

Des facteurs économiques et sociaux, ensuite. L'espace latino-américain est le théâtre de criantes inégalités économiques et sociales, plusieurs États revendiquant détenir le record du plus grand écart de revenus sur la planète. Une chose est certaine : les situations de plus grandes richesses côtoient celles de plus grandes pauvretés, et un fort taux d'habitants latino-américains vit en dessous du seuil de pauvreté absolu.

Des facteurs politico-intellectuels, enfin. Les sociétés latino-américaines se caractérisent par un niveau de culture et de conscience sociale et politique élevé, même s'il existe des disparités d'un groupe social à l'autre. Les élites intellectuelles, quelles que soient leur sensibilités politiques, ont un très haut niveau de formation et de réflexion critique. Il est à ce titre significatif que les dictatures militaires qui se sont succédé tout au long du XX^e siècle sur le continent n'aient eu de cesse d'éliminer les militants politiques et les intellectuels tout particulièrement de gauche, ce qui a conduit une partie de ces

⁴⁴⁸ Carlos HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social », RUDH, 2004, vol. 16, n° 1-4, p. 33

derniers à s'engager dans des organisations de guérilla armées. Ce phénomène a son importance pour la compréhension du succès qu'a pu ensuite acquérir auprès de certains juristes, qu'ils soient universitaires, avocats, juges ou militants associatifs, la question de la justiciabilité des droits sociaux. Beaucoup conçoivent en effet dorénavant le droit comme un moyen d'action non violent et en prônent un usage alternatif en faveur des causes sociales⁴⁴⁹.

Ces usages sont bien sûr très variables selon les États, selon les causes, selon les auteurs, selon les juges. Pour obtenir un aperçu sinon exhaustif, du moins représentatif des débats doctrinaux et de l'attitude des juges en Amérique Latine à l'égard de la question de la justiciabilité des droits sociaux, cinq États « tests » ont été choisis : l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Mexique et le Pérou⁴⁵⁰. Les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme seront aussi évoquées. D'autres États comme le Chili, l'Équateur, le Venezuela ou la Bolivie, auraient pu aussi retenir l'attention en raison de leur actualité juridique et politique. Il semble toutefois qu'une analyse plus approfondie de la question dans ces États n'aurait pas apporté de modifications sensibles aux conclusions idéal-typiques auxquelles l'étude des cinq États-tests permet de parvenir.

Après avoir exposé l'état de débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine (I), on évaluera la façon dont les juridictions latino-américaines peuvent la consacrer (II).

I. Les droits sociaux et leur justiciabilité : état des débats doctrinaux

La compréhension des débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux dans les États d'Amérique Latine (B), appelle un aperçu préalable de l'état de la doctrine latino-américaine et de son appréhension des droits sociaux (A).

A. Doctrine et droits sociaux en Amérique Latine : aperçu général

L'état de la doctrine juridique latino-américaine varie fortement d'un État à l'autre. Les États observés présentent trois configurations. Dans certains États, la doctrine en général et la doctrine sur les droits sociaux en particulier atteignent des niveaux quantitatifs et qualitatifs tout à fait comparables aux États européens. Cela peut s'expliquer soit par des raisons liées à l'importance historique de la question sociale (Brésil, Mexique), soit par l'histoire académique et de la pensée juridique (Brésil, Argentine). Dans d'autres États, l'activité

⁴⁴⁹ V. Oscar CORREAS, *Acerca de los derechos humanos*, México, Ediciones Coyoacán, 2003

⁴⁵⁰ Ont participé à ce travail à titre de correspondant Monica PINTO, professeure à l'Université de Buenos Aires, et son équipe de recherche pour l'Argentine, Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, docteur en droit, pour le Brésil, Victor Andrés OLARTE doctorant, et Carlos MOLINA, professeur à l'Université de Medellin, pour la Colombie, Alina RIVERA MALDONADO, doctorante, pour le Mexique, Carlos GONZALES PALACIOS, doctorant, pour le Pérou.

doctrinale est moins volumineuse mais en cours de développement. C'est le cas de la Colombie où les débats doctrinaux sur les droits sociaux ont pris une envergure nouvelle en raison de l'activisme stimulant de la Cour constitutionnelle créée en 1991. Enfin, le Pérou présente un faible niveau d'activité doctrinale tout particulièrement en matière de droits sociaux. Cette situation est liée aux très forts enjeux politiques qui entourent la question. Celle-ci est en effet pris en tenaille entre, d'un côté, la doctrine conservatrice et néo-libérale dominante (surtout à Lima) qui refuse de considérer les droits sociaux comme de véritables droits en dépit de leur reconnaissance dans la Constitution et de l'existence de programmes sociaux et, d'un autre côté, l'extrême gauche qui a longtemps préféré recourir à des méthodes radicales et violentes plutôt que de discourir sur la justiciabilité des droits. Dans ce contexte, les travaux sur les droits sociaux n'ont d'assise que localement, en « province où la doctrine est plus critique et revendicatrice »⁴⁵¹ mais ne dispose souvent que de faibles moyens de diffusion, ou, à l'autre extrême, internationalement⁴⁵², mais dans des publications parues loin du Pérou.

Quelle que soit leur intensité nationale respective, on soulignera que, dans tous les États observés, émergent à côté d'une doctrine classique de type dogmatique, conservatrice et souvent hostile aux droits sociaux, de nouveaux courants doctrinaux, minoritaires mais non marginaux, faisant preuve d'une maîtrise des travaux de théories juridiques de très haut niveau, d'une propension à l'inventivité et à la réflexion critique, et d'une ouverture internationale manifeste. Certains travaux de ces auteurs sont devenus des ouvrages de référence, cités tant dans toute l'Amérique Latine ainsi qu'en Espagne. On pense tout particulièrement à l'ouvrage des argentins V. Abramovich et C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*⁴⁵³.

L'aperçu général de l'appréhension des droits sociaux dans les doctrines latino-américaines s'articulera en quatre points portant sur leur définition (1), leur présentation en termes de générations de droits (2), leur fundamentalité (3) et la détermination de leurs titulaires (4).

1) Définitions des droits sociaux

Les travaux doctrinaux latino-américains proposent des définitions assez classiques des droits sociaux, mais avec quelques variantes selon les contextes historiques, politiques ou académiques propres à chaque État.

⁴⁵¹ Carlos GONZALES PALACIOS, « Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux au Pérou », in *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux- Rapport d'étape*, p. 103, http://droits-sociaux.free.fr/Projet/rapports_scientifiques.pdf.

⁴⁵² V. par exemple, sur un tout autre sujet, Clara SANDOVAL, « The challenge of Impunity in Peru: The significance of the Inter-American Court of Human Rights », *Essex Human Rights Review*, vol. 5, n° 1, 2008, p. 97.

⁴⁵³ Madrid, Trotta, 2002.

Au Brésil, par exemple, les droits sociaux sont essentiellement définis par des critères générationnels et fonctionnels. Ils sont présentés comme des droits de deuxième génération, se rapportant aux conditions d'égalité entre les individus. Ils ont pour fonction de permettre « l'accès » de tous « à une vie digne, au développement personnel » et d'assurer « l'exercice effectif de la liberté »⁴⁵⁴.

En Colombie, on rencontre des modes de définitions très divers. Certains auteurs mettent l'accent sur le critère générationnel, d'autres sur la nécessité de l'intervention de l'État, d'autres encore, sur la complémentarité que les droits sociaux présentent avec les libertés individuelles en assurant à l'individu son plein épanouissement en société⁴⁵⁵.

Enfin au Mexique, la définition des droits sociaux est le plus souvent centrée sur leur fonction économique et sociale. Les droits sociaux visent à améliorer les conditions de vie des démunis. Ils doivent assurer à chacun une existence digne. Ils sont alors un instrument de justice sociale qui justifie l'intervention de l'État pour répondre aux besoins essentiels des personnes en matière de logement, de santé, d'éducation, etc.⁴⁵⁶.

2) Droits sociaux et générations de droits

La présentation des droits et des libertés en termes de générations successives est commune dans les doctrines latino-américaines. Les droits sociaux sont considérés comme des droits de deuxième génération après celle des libertés individuelles et des droits civils et politiques, et avant celle de droits « globaux » ou liées aux nouvelles technologies (droits à un environnement sain, à la paix ou au respect de l'intégrité du corps humain). De façon assez classique également, de nombreux auteurs prennent argument de ce découpage générationnel pour minimiser la valeur et la portée normative des droits sociaux.

Partout toutefois, certains cherchent à relativiser la présentation générationnelle tout comme les conséquences juridiques qui lui sont associées. Les arguments peuvent varier en fonction des spécificités constitutionnelles nationales.

En Argentine, des auteurs comme V. Abramovich et C. Courtis⁴⁵⁷ soutiennent ainsi que les droits sont dits de « deuxième génération » en raison de leur apparition à un moment historique postérieur à d'autres, mais que cela ne signifie pas qu'ils soient de « deuxième niveau » ou de moindre importance.

⁴⁵⁴ Maria-Elisa VILLAS-BÔAS, « Derechos de los pobres, ¿pobres derechos? Investigación sobre la justiciabilidad de los derechos sociales- Brasil », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 47.

⁴⁵⁵ Angel HERREÑO, *¿Todo o nada? Principio de integralidad y derechos sociales*, Bogotá, Textos de Aquí y Ahora, n° 11. ILSA, 2008, p. 72.

⁴⁵⁶ Alina RIVERA MALDONADO, « Doctrine sur les droits sociaux au Mexique », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 96.

⁴⁵⁷ Précit.

Cet argument est partagé ailleurs. Au Mexique ou au Brésil, l'accent est mis sur l'indivisibilité, la complémentarité et l'unité des droits de l'Homme. Au Brésil, les auteurs peuvent s'appuyer sur un argument de texte, à savoir celui de la Constitution. Celle-ci comprend en effet un titre général consacré aux « droits fondamentaux », englobant sans distinction autre que thématique tous les droits et libertés : « droits et devoirs individuels et collectifs », « droits sociaux », « droits de nationalité » et « droits politiques ». Certains, à l'instar du portugais J. Miranda, préfèrent alors utiliser le terme de « dimension » plutôt que de « génération », ce premier paraissant moins clivant⁴⁵⁸. Bien plus, le colombien A. Herreño s'engage dans une remise en cause radicale de la présentation de l'histoire des droits de l'Homme par séquence générationnelle. Pour l'auteur, « la lutte pour les droits ne s'est pas faite de manière interrompue et centrée sur des catégories spécifiques ». Les revendications politiques n'ont jamais été déconnectées de revendications sociales. En conséquence, « la division entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels » est tout au plus « conventionnelle »⁴⁵⁹.

3) Droits fondamentaux et droits sociaux

La question de savoir si les droits sociaux peuvent être considérés comme des droits fondamentaux est récurrente, tout particulièrement parce que dans certains États (la Colombie, le Pérou) le caractère fondamental des droits conditionne la recevabilité des recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela*. Trois positions doctrinales peuvent être distinguées.

Selon un premier courant, classique, les droits sociaux ne sont pas des droits fondamentaux, mais des « normes programmatiques » dépourvues d'effet normatif contraignant.

Un deuxième courant soutient que seuls les droits sociaux qui assurent un « minimum existentiel », c'est-à-dire un « minimum nécessaire à la survie »⁴⁶⁰, tels que l'éducation primaire ou les services essentiels de santé, peuvent être considérés comme fondamentaux⁴⁶¹.

Un troisième courant estime que tous les droits sociaux sont, sans réserve, fondamentaux. Trois raisons peuvent être invoquées : un argument de texte là où la constitution procède elle-même à la qualification (Brésil), un argument historique lié à l'indissociabilité des luttes pour la reconnaissance des libertés individuelles et des droits sociaux, un argument axiologique selon lequel

⁴⁵⁸ Maria-Elisa VILLAS-BÓAS, précit., p. 47.

⁴⁵⁹ Angel HERREÑO, précit.

⁴⁶⁰ Ricardo LOBO TORRES, « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set. 1989, pp. 29-49.

⁴⁶¹ Carlos MOLINA, « Justiciabilidad de los derechos humanos en Colombia », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 73.

les droits sociaux concourent à la réalisation de l'égalité sociale et à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine⁴⁶².

4) Titularité

L'idée selon laquelle les droits sociaux sont des droits collectifs, c'est-à-dire dont la titularité n'appartient pas à une personne considérée individuellement, mais est étendue à des groupes spécifiques d'individus, jusqu'à bénéficier à la société tout entière, est très répandue en Amérique Latine. Toutefois le débat sur la titularité des droits prend parfois de tournures particulières selon les histoires et les contextes sociaux propres à chaque État. Ainsi par exemple la doctrine mexicaine a longtemps considéré que les droits sociaux posés par la constitution de 1917 ne bénéficiaient qu'aux ouvriers et aux paysans les plus démunis ayant participé à la Révolution. Les droits sociaux sont ainsi conçus comme des droits de protection, des droits destinés à remédier à des déséquilibres économiques et sociaux. Ce ciblage des bénéficiaires des droits sociaux expliquerait que, dans la constitution mexicaine, les droits au travail et à la propriété sociale de la terre aient été plus développés que d'autres tels que les droits à l'éducation, à la protection de la santé ou à un logement digne⁴⁶³.

Une telle conception se retrouve aussi au Brésil ou en Colombie. D'ailleurs, ceux qui défendent une titularité plus large des droits sociaux, le font souvent en opposition explicite à celle-ci. A. Herreño défend ainsi l'universalité des droits sociaux en insistant sur le fait qu'ils ne sont pas « exclusivement reconnus pour les groupes de marginaux, personnes vulnérables ou travailleurs ». Il rejette également la possibilité d'une titularité individuelle car la vocation des droits sociaux est de produire des effets collectifs et universels au bénéfice de tous⁴⁶⁴.

B. Les débats doctrinaux sur la justiciabilité des droits sociaux

Dans tous les États d'Amérique Latine, la possibilité d'invoquer devant un juge des droits sociaux divise la doctrine. La thèse selon laquelle les droits sociaux ne sont que des normes programmatiques et donc, à la différence des droits civils et politiques, ne sont pas justiciables, a longtemps prédominé (1). Mais, dans tous les États émergent de nouveaux courants doctrinaux qui contestent cette conception de façon très argumentée (2).

1) Les arguments contre la justiciabilité des droits sociaux

L'absence de justiciabilité des droits sociaux est soutenue dans tous les États. Partout, les distinctions entre les droits économiques, sociaux et culturels

⁴⁶² Angel HERREÑO, précit.

⁴⁶³ Alina RIVERA MALDONADO, précit.

⁴⁶⁴ Angel HERREÑO, précit.

et les droits civils et politiques apparaissent « comme le résultat de décisions politico-idéologiques », plutôt qu'elles ne reposent « sur des arguments juridiques clairs et solides qui donneraient un réel fondement à une supposée différence »⁴⁶⁵. Toutefois, ne serait-ce que pour maquiller les présupposés politiques, les arguments techniques et juridiques ne sont pas inexistantes. On peut les regrouper en 3 types.

La divisibilité des droits. Cette thèse prend appui sur la présentation de l'émergence des droits en génération et sur l'affirmation des droits au niveau international dans deux pactes distincts à savoir, le Pacte international sur les droits civils et politiques et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

Le caractère programmatique des droits sociaux. A l'inverse des droits civils et politiques qui constitueraient de véritables droits subjectifs invocables en justice, les droits sociaux seraient « symboliques », « programmatiques » et « à faible potentiel juridique ». Leur justiciabilité est conditionnée à l'existence d'une loi qui les met en œuvre mais c'est alors cette loi qui permet de fonder les recours.

La compétence et la légitimité des juges. Tandis que les droits civils et politiques impliquent une obligation d'abstention de la part des autorités publiques ou de toute personne privée et que le contrôle juridictionnel se limiterait à l'annulation ou à la condamnation des actes qui enfreignent cette obligation, les droits sociaux seraient porteurs d'obligations positives qui conduisent les juges à formuler des injonctions et des obligations d'action. Or, ce type de décisions porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la compétence législative en matière de finances publiques. En tout état de cause, les mécanismes juridictionnels seraient inadaptés pour assurer la garantie des droits sociaux.

2) Les arguments en faveur de la justiciabilité des droits sociaux

La relativisation de la distinction entre des droits civils et politiques invocables devant les juges et des droits sociaux qui ne le seraient pas a pour fondements premiers les principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'Homme. Elle repose sur l'idée que les différences éventuelles entre les droits et libertés ne sont pas substantielles mais reposent sur un ensemble de choix et « de croyances contingentes »⁴⁶⁶. Cinq types d'arguments peuvent le démontrer.

⁴⁶⁵ M. PINTO, « Derechos de los pobres, ¿pobres derechos? Investigacion sobre la justiciabilidad de los derechos sociales- Argentina », in « 4- Doctrine sud-américaine et droits sociaux », précit., p. 18 et s., et A. RIVERA, précit.

⁴⁶⁶ Monica PINTO, précit., p. 18.

La force des textes. Comme l'affirmait R. Barbosa⁴⁶⁷ à propos de la Constitution brésilienne de 1932 : « une constitution n'énonce pas des conseils, des avis ou de simples recommandations, mais de vrais ordres dictés par le peuple ». Toutes ces dispositions sont donc sources d'obligations. On retrouve l'argument au niveau international. Pour certains, l'exigence d' « interprétation de bonne foi conforme au sens courant des termes (du traité) dans le contexte où ils sont utilisés » rend « irraisonnable de penser que les normes qui protègent les droits économiques, sociaux et culturels manquent de forces obligatoires »⁴⁶⁸.

L'État social de droit, la fonction sociale des juges et la pensée juridique. L'intégration des droits sociaux dans les textes constitutionnels institue un État social de droit dont il revient aux juges, et tout particulièrement aux juges constitutionnels, d'assurer la garantie au même titre que tout type de droits. Le concept d'État social de droit attend donc pour sa pleine réalisation l'engagement des juges, mais aussi celui de la pensée juridique. Comme le souligne M. Pinto, le concept d'État social de droit n'a pas encore été théorisé à la hauteur de celui d'« État de droit libéral ». Ainsi, s'il est possible que la justiciabilité des droits sociaux n'implique pas les mêmes mécanismes que celle des droits civils et politiques, cela ne signifie pas que leur absence de garantie échappe à toute sanction juridictionnelle. La justiciabilité des droits sociaux exige un effort d'imagination de la part des juristes et des juges⁴⁶⁹.

L'identité structurelle des énoncés juridiques affirmant des droits. Les droits sociaux ne sont pas plus abstraits ou imprécis que les droits civils et politiques. Les termes d'égalité, de liberté, de propriété ou d'accès au logement ne posent pas aux juges de problèmes d'interprétation très différents. Les droits sociaux peuvent donc tout autant être considérés comme des droits subjectifs que les droits civils et sont porteurs des mêmes types d'obligations, d'action ou d'abstention.

La réalité de la pratique juridictionnelle. « Les tribunaux interviennent généralement sur une gamme considérable de questions ayant des conséquences importantes sur les ressources disponibles de l'État ». L'argument des coûts est donc souvent brandi au prix d'une minimisation du coût de l'effectivité des droits civils et politiques et d'une maximisation de celui des droits sociaux⁴⁷⁰.

L'évolution du droit international et l'indivisibilité des droits. Pour répondre à ceux qui prennent prétexte de l'existence des deux pactes internationaux de New York pour établir une différence de nature entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, une partie de la doctrine affirme l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme posées par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et soutenue, sur le continent

⁴⁶⁷ Roberto BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, V. II, H. Pires (coord), São Paul, Saraiva & Cia, 1932.

⁴⁶⁸ Monica PINTO, précit.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

américain, par la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme⁴⁷¹.

Ces arguments mobilisés en faveur de la justiciabilité des droits sociaux s'inscrivent souvent dans des constructions doctrinales visant plus largement à construire un concept d'exigibilité des droits sociaux, à l'adresse tout autant des juges que des autorités administratives et des services sociaux. Il s'agit ainsi d'engager une redéfinition des politiques publiques et des obligations de l'État en matière sociale dans laquelle les juges sont une des parties prenantes.

II. Des réponses jurisprudentielles contrastées : entre rejet, prudence et audace

Les décisions des juges latino-américains et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme en matière de droits sociaux offrent un panorama contrasté. Si beaucoup de juges rejettent de façon très classique les recours fondés sur des droits sociaux, d'autres les acceptent sous des conditions variables (A) et définissent des obligations à la charge des autorités publiques adaptées à chaque cas d'espèce (B).

A. Une justiciabilité à géométrie variable

L'attitude des juges à l'égard des droits sociaux diffère d'un État à l'autre et, au sein d'un même État, d'une juridiction à l'autre, d'un droit à l'autre, d'un cas d'espèce à l'autre. Si de très nombreux juges restent encore réticents à l'idée d'imposer des obligations de faire aux autorités publiques sur le fondement de la violation de droits sociaux, d'autres s'y emploient nettement. A cet égard, la formulation des textes constitutionnels ne prédétermine que faiblement les solutions juridictionnelles, ce qui convainc, si besoin en était, qu'en la matière les juges disposent d'un large pouvoir interprétatif. Si l'on peut concevoir que le silence ou l'ambiguïté des textes favorisent les interprétations les plus diverses, leur clarté apparente stimule aussi parfois l'imagination des juges pour la contrarier dans un sens plus ou moins favorable, selon leur sensibilité, à la justiciabilité des droits sociaux.

Au Brésil par exemple, les recours fondés sur des droits sociaux sont largement acceptés dans la mesure où l'article 5 § 1 de la constitution prévoit que toutes les normes qui définissent des droits fondamentaux sont d'application immédiate, sans introduire de distinction entre les droits civils, politiques et sociaux. Pourtant, même s'ils sont aujourd'hui de moins en moins nombreux, certains tribunaux ont pu refuser d'obliger l'État à fournir des prestations assurant la garantie des droits sociaux⁴⁷².

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² Brésil, Tribunal de apelacion de São Paulo, Ag. Instr. N° 42 530 5/4, 2a Câmara de Dereito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, 11.11.1997.

Au Mexique, alors même que les textes constitutionnels ont été à l'avant-garde du constitutionalisme social (*supra*), les tribunaux restent imprégnés de l'idée que les droits sociaux ne sont que des énoncés programmatiques ou de simples « directives » dépourvus d'effets concrets⁴⁷³ et d'obligations pour l'État. Hormis l'admission, pour des raisons historiques, des recours des paysans fondés sur le droit du travail ou la propriété collective des terres, le seul cas significatif où un recours d'*amparo* invoquant la violation d'un droit social, en l'occurrence le droit à la santé, a été déclaré recevable et a abouti au fond, est récent et reste isolé (*infra*).

Après avoir exposé les voies de recours qui peuvent être ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux (1), seront évoquées les techniques interprétatives utilisées par les juges pour admettre leur recevabilité (2).

1) Les voies de recours ouvertes aux prétentions fondées sur des droits sociaux

A côté des procédures juridictionnelles de droit commun, presque tous les pays d'Amérique Latine se sont dotés d'un recours d'*amparo* qui peut aussi prendre le nom d'*acción de tutela* en Colombie, de *recurso de protección* au Chili ou de *mandado de injunção* et de *mandado de segurança* au Brésil. Ces recours s'effectuent selon des modalités et des procédures diverses d'un État à l'autre : *amparo* à titre seulement individuel au Mexique ou également collectif en Argentine⁴⁷⁴ ; *amparo* placés en dernière instance sous l'autorité d'une Cour suprême (Argentine, Brésil, Mexique), ou d'une Cour constitutionnelle spécifique (Colombie, Pérou). Quoi qu'il en soit, ces recours reposent tous sur un même principe : offrir aux individus ou à des entités collectives, une voie spéciale de recours quand ils estiment que leurs droits et libertés fondamentaux ou constitutionnellement garantis sont violés.

Dans quelle mesure ces procédures ont-elles été ouvertes aux recours fondés sur des droits sociaux ? La réponse varie selon les États et les droits considérés.

En Argentine, on relève une dizaine de recours d'*amparo* significatifs fondés sur des droits sociaux. La Cour Suprême de Justice de la Nation a admis des recours tant à titre individuel⁴⁷⁵ que collectif⁴⁷⁶ qui invoquaient la protection

⁴⁷³ Mexique, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, registro n° 187926, Pleno, enero 2006, p. 6 et t. XVII, tribunales colegiados, registro n° 184751, febrero 2003, p. 1156.

⁴⁷⁴ Art. 43 de la Constitution argentine.

⁴⁷⁵ Argentine, C.S., *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24/10/2000.

⁴⁷⁶ Argentine, C.S., *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.688, 01/06/2000* ; voir aussi *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social*, 02/06/1998.

du droit à la santé ou le droit à l'éducation⁴⁷⁷. De même, la Cour d'appel du contentieux administratif et fiscal de la Ville autonome de Buenos Aires a admis un recours d'*amparo* individuel sur le fondement du droit à un logement digne et a affirmé, à l'occasion, la justiciabilité de tous les droits économiques, sociaux et culturels⁴⁷⁸. Elle a réitéré en accueillant un recours d'*amparo* collectif fondé sur le droit à l'eau potable et en insistant sur l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme⁴⁷⁹.

Au Brésil, la Constitution de 1988 prévoit deux types de procédure spéciale en matière de droits et libertés : le *mandado de segurança* et le *mandado de injunção*. Le *mandado de segurança* (article 5, LXIX de la Constitution) vise à protéger tout droit non couvert par le principe d'*habeas corpus*, « lorsque les responsables de l'illégalité ou de l'abus de pouvoir sont des autorités publiques » ou des agents exerçant des pouvoirs publics. Ce recours peut être individuel ou collectif (association, syndicats, partis politiques représentés au Congrès national, *class action*). Le *mandado de injunção* peut, quant à lui, être formé devant les tribunaux par toute personne, y compris des associations, « toutes les fois que l'absence de normes rend impossible l'exercice des droits et libertés constitutionnels ainsi que des prérogatives inhérentes à la nationalité » (art. 5, LXXI)⁴⁸⁰.

En Colombie, la Constitution de 1991 a créé une *acción de tutela* (article 86 de la Constitution) qui peut être introduite devant toute juridiction par toute personne, sans obligation de représentation par un avocat, lorsque celle-ci estime qu'un de ses droits fondamentaux a été violé. La juridiction transmet le recours pour examen à la Cour constitutionnelle. Ce recours rencontre un vif succès. S'agissant des droits sociaux, la Cour considère en principe qu'ils n'ont pas d'effet direct. Elle a pu le rappeler au sujet du droit au logement⁴⁸¹ ou du droit à la sécurité sociale⁴⁸². Toutefois, elle a ouvert des possibilités de recours au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce (*infra*).

Au Mexique, il existe un recours d'*amparo* qui s'exerce à titre individuel, en cas de préjudice personnel et direct. Hormis le cas particulier des recours des paysans face aux réformes agraires⁴⁸³, seule l'invocation du droit à la santé dans l'affaire « Mininuma » - du nom d'une communauté d'habitants vivant dans des

⁴⁷⁷ Argentine, C.S., Ferrer De Leonard, Josefina Y Otros C. Superior Gobierno De La Provincia De Tucumán S/Amparo, 12/08/2003 ; voir aussi Superior Tribunal de Justicia – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 19/03/2008.

⁴⁷⁸ Argentine, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Mansilla, María M. c. Ciudad de Buenos Aires, 13/10/2006.

⁴⁷⁹ Argentine, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires, 18/97/2007.

⁴⁸⁰ Humberto NOGUIERA ALCALÁ, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Mexico, 2003, UNAM, p. 205.

⁴⁸¹ Colombie, Cour constitutionnelle, arrêt T-495/95.

⁴⁸² Colombie, Cour constitutionnelle, arrêt T-585/99.

⁴⁸³ Héctor FIX-ZAMUDIO, Ensayos sobre el derecho de amparo, México, UNAM, 1993, pp. 30-31.

conditions d'extrême pauvreté et dépourvue de tout accès à des soins médicaux-⁴⁸⁴ a conduit à reconnaître la justiciabilité d'un droit social.

Au Pérou, la violation de droits sociaux peut être invoquée dans le cadre d'une procédure spéciale du droit du travail définie dans *Ley Procesal del trabajo* n° 26636. Mais il existe plus généralement un recours d'*amparo* qui doit être formé devant le juge civil de première instance ou la Cour supérieure d'appel correspondante. Le Tribunal constitutionnel se prononce définitivement sur la demande. Le recours est ouvert à toute personne qui estime violé un de ses droits fondamentaux (autres que ceux protégés par l'*habeas corpus* et l'*habeas data* qui font l'objet de procédures particulières), par un acte ou une omission de toute autorité publique, fonctionnaire ou personne (article 200 al. 2 de la Constitution de 1993). Pour le moment, le Tribunal constitutionnel a admis la recevabilité de plusieurs recours en matière de santé (*infra*)⁴⁸⁵, de santé mentale⁴⁸⁶, de spectacles culturels⁴⁸⁷, de pensions de retraite, de maintien d'avantages sociaux liés aux activités du travail⁴⁸⁸ et, surtout, d'éducation⁴⁸⁹. En revanche, les juges ont été moins favorables aux recours fondés sur les droits à l'alimentation, au logement, à l'élargissement d'un revenu d'existence minimum hors cas de pensions de retraite⁴⁹⁰.

S'agissant enfin du système interaméricain de protection des droits de l'Homme, les recours sont ouverts après épuisement des voies de recours internes. Outre la possibilité d'invoquer le droit syndical (art. 8.1) et le droit à l'éducation (art. 13) en vertu de l'article 19.6 du Protocole additionnel de San Salvador adopté le 17 novembre 1988 et entré en vigueur le 16 novembre 1999, la Commission et la Cour interaméricaines ont admis une dizaine de recours relatifs à la protection de droits sociaux en recourant à diverses techniques interprétatives.

2) Les techniques d'admission indirecte de la justiciabilité des droits sociaux

Si la justiciabilité des droits sociaux est parfois acceptée de façon directe comme Brésil, en Argentine ou, pour le droit à l'éducation, au Pérou et devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, elle est souvent soumise à des conditions. On peut isoler trois types de technique d'accueil conditionné des

⁴⁸⁴ Mexique, Sentencia 1157/2007-II, 11 de julio 2008, Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero.

⁴⁸⁵ Pérou, Tribunal constitutionnel, Azanca Alhelí Meza García, n°2945-2003-AA/TC, § 30.

⁴⁸⁶ Pérou, Tribunal constitutionnel, R.J.S.A. Vda. de R. n°3081-2007-PA/TC.

⁴⁸⁷ Pérou, Tribunal constitutionnel, Ley de tributación municipal: espectáculos públicos n°0042-2004-AI/TC.

⁴⁸⁸ Pérou, Tribunal constitutionnel, Elías Toledo Gutiérrez, n° 1396-2004-AA/TC.

⁴⁸⁹ Pérou, Tribunal constitutionnel, Huaroto Palomino c. Decano de la facultad de medicina humana de la Universidad Nacional de Ica, 18 février 2005, Exp. n°0091-2005-PA/TC, § 6.

⁴⁹⁰ V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Perou.pdf>.

recours : a) la connexité, b) la double facette des droits et libertés, c) la prise en compte d'un minimum vital et de l'état de vulnérabilité des personnes.

a) La connexité

L'exigence de connexité consiste à n'admettre la justiciabilité des droits sociaux que dans la mesure où ces derniers sont invoqués à l'appui de droits civils et politiques.

Cette technique a très tôt été développée par la Cour constitutionnelle colombienne qui accueille des recours dès lors qu'elle considère que l'absence de garantie de droits sociaux a pour effet la violation de droits fondamentaux civils et politiques⁴⁹¹. Par exemple, le droit à la santé, en principe non invocable dans le cadre d'une *acción de tutela* le devient, lorsque l'absence de prestation de soins met en péril la vie de la personne malade. Pour admettre des *acciones de tutela* fondées sur des droits sociaux, la Cour exige alors : (i) un rapport de *conexidad* avec un droit fondamental civil et politique; (ii) un péril grave et imminent pour la vie humaine et la santé ; (iii) une situation d'extrême nécessité, et (iv) des possibilités réelles pour l'État d'assurer la prestation⁴⁹². La Cour a ensuite assoupli les conditions de recevabilité en prenant davantage en considération la situation sociale des requérants (l'incapacité économique d'assurer le paiement des prestations dont ils ont besoin) et la nécessité de l'action en justice pour obtenir l'effectivité du droit invoqué⁴⁹³.

Au Pérou, le Tribunal constitutionnel a aussi admis des recours dans lesquels il estimait que l'absence de garantie des droits sociaux compromettait celle de libertés individuelles ou de droits civils et politiques. Le Tribunal considère que « sans éducation, santé et qualité de vie digne en général, il est difficile de parler de liberté et d'égalité sociale ». La garantie des droits et libertés doit donc être pensée « de façon indissociable et interdépendante »⁴⁹⁴. Là encore, la santé offre un cas paradigmatique. Alors même que le Tribunal constitutionnel reconnaît qu'elle est une « condition indispensable pour le développement » de la personne et « un moyen fondamental pour atteindre le bien-être individuel et collectif »⁴⁹⁵, il estime que le droit à la santé n'implique « qu'un simple plan d'action pour l'État »⁴⁹⁶. Il n'en admet la fondamentalité et la justiciabilité que lorsque l'invocation de ce droit est liée de façon inséparable au droit à la vie⁴⁹⁷.

⁴⁹¹ Colombie, Cour const., Arrêt T-491/92.

⁴⁹² Colombie, Cour const., SU-819/99 ; V. Victor Andrés OLARTE, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Colombie.pdf>.

⁴⁹³ Colombie, Cour const., Arrêt T-760/08.

⁴⁹⁴ Pérou, Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud n° 2016-2004-AA/TC, § 10 et § 27.

⁴⁹⁵ Pérou, Tribunal constitutionnel, Azanca Alhelí Meza García, n° 2945-2003-AA/TC.

⁴⁹⁶ Pérou, Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud, précit.

⁴⁹⁷ V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, précit.

b) La double facette des droits et libertés : les effets sociaux des droits civils et politiques

L'idée est ici que tous les types de droits ou libertés sont porteurs aussi bien d'obligations « négatives » d'abstention que d'obligations « positives » d'action ou de prestation. A contre-courant des représentations classiques de l'opposition entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, il est admis que la garantie de ces derniers peut reposer sur une abstention des autorités publiques⁴⁹⁸ tandis que, à l'inverse et surtout, celle des premiers peut faire naître des obligations de prestation.

En Colombie, la Cour a ainsi condamné la plus importante entreprise de transport public de bus de Bogotá pour violation du principe de libre circulation en raison de l'absence d'équipements adaptés pour les personnes handicapées. La Cour exige des autorités publiques et de l'entreprise la mise en œuvre d'un plan d'action, devant dans les deux ans, permettre le transport de toutes personnes handicapées⁴⁹⁹. Certaines décisions juridictionnelles mexicaines font également produire ce type d'effets aux droits civils et politiques.

Ce type de technique trouve enfin un écho au sein des décisions de la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme. La Cour tire par exemple du droit à ne pas être arbitrairement privé de sa vie, une obligation étatique de créer des moyens nécessaires à la garantie de conditions de vie digne pour les enfants des rues⁵⁰⁰ ou prend appui sur le droit de propriété pour accueillir la demande de retraités péruviens voulant obtenir le versement de certaines pensions⁵⁰¹.

c) Minimum vital et état de vulnérabilité

Les juges peuvent enfin accueillir des recours fondés sur des droits sociaux lorsqu'ils considèrent qu'est en jeu un minimum vital (*mínimo vital* ; *o direito ao Mínimo existencial*⁵⁰²), un « noyau essentiel minimal, non négociable dans le débat démocratique »⁵⁰³. S'agissant des individus les plus vulnérables, les juges vont jusqu'à reconnaître le droit subjectif à un minimum vital.

La Cour colombienne, par exemple, admet que même en l'absence de lois, l'individu en situation de vulnérabilité peut effectuer une *acción de tutela* en vue d'obtenir des autorités publiques des prestations nécessaires à sa survie. Elle estime qu'il s'agit là d'une obligation liée aux principes de dignité humaine et

⁴⁹⁸ Colombie, Cour const., Arrêt T-1318/05. La cour admet un recours fondé sur le droit au logement pour ingérences arbitraires de l'autorité publique.

⁴⁹⁹ Colombie, Cour const., Arrêt T-595/02, §§ 5.1. à 5.5.

⁵⁰⁰ CIDH, Villagrán Morales c. Guatemala, 11 septembre 1997.

⁵⁰¹ CIDH, Los cinco pensionistas c. Perú, 28 février 2003, §147; CIDH Acevedo Buendía c. Perú, 1er juillet 2009, §§67 à 73 ; § 85.

⁵⁰² V. Ricardo LOBO TORRES, *O Direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

⁵⁰³ Colombie, Cour const., T-426/92.

d'État social de droit⁵⁰⁴. Elle a fait application de cette jurisprudence en faveur des enfants, des personnes âgées, des femmes⁵⁰⁵ et des populations victimes de déplacements forcés pour cause de conflits armés. S'agissant de ces dernières, la Cour estime qu'il existe des « droits minimaux » qui conditionnent leur subsistance et leur dignité et que les autorités publiques doivent garantir en toute circonstance⁵⁰⁶. Pour déterminer le contenu minimal des droits sociaux exigibles, la Cour se réfère alors aux observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Elle a ainsi procédé s'agissant du droit à la santé⁵⁰⁷ ou le droit au logement⁵⁰⁸.

La référence au minimum vital a également intégré les décisions du Tribunal constitutionnel péruvien. Celui-ci a notamment admis la recevabilité d'un recours visant à la reconnaissance d'un droit au versement de pension de retraite dans le mesure où ce droit permet d'assurer l'effectivité du droit à la vie et le droit à un *minimum vital*⁵⁰⁹.

Un des traits marquants de ces décisions est que les juges admettent la recevabilité de recours d'*amparo* ou d'*acción de tutela* en reconnaissant le caractère fondamental des droits invoqués, non pas en toute généralité, mais en fonction de l'état de la personne qui les invoque. Un droit est d'autant plus fondamental, et donc justiciable, que la personne qui requiert sa mise en œuvre se trouve démunie. En ce sens, la Cour colombienne a reconnu le caractère fondamental du droit au logement pour les personnes victimes de déplacement forcé, en raison de leur situation de spéciale vulnérabilité et marginalité⁵¹⁰. Dans le même sens, le Tribunal constitutionnel péruvien a affirmé de façon générale que les droits sociaux « ne peuvent être exigés de la même manière dans tous les cas », notamment en raison de la limitation des ressources budgétaires de l'État. Les droits sociaux, et en l'occurrence le droit à la santé, ne peuvent alors être invoqués en justice qu'en fonction de la gravité ou du caractère raisonnable du cas (personne atteinte du VIH⁵¹¹), de leur lien avec d'autres droits fondamentaux et de la disponibilité budgétaire de l'État⁵¹².

B. Les effets de la justiciabilité

L'accueil de recours fondés sur des droits sociaux permet, d'une part, de préciser les bénéficiaires des droits et corrélativement les responsables de leur violation (1). Il conduit, d'autre part, les juges à définir des obligations à la charge des autorités publiques (2).

⁵⁰⁴ Colombie, Cour const., C-251/97.

⁵⁰⁵ Colombie, Cour const., SU-062/99.

⁵⁰⁶ Colombie, Cour const., T-025/04.

⁵⁰⁷ Colombie, Cour const., T-859/03, référence à l'observation générale 14.

⁵⁰⁸ Colombie, Cour const., C-936/03, référence à l'observation générale 4.

⁵⁰⁹ Colombie, Cour const., Affaire Manuel Anicama Hernández, n° 1417-2005-PA/TC, § 37.

⁵¹⁰ Colombie, Cour const., SU-585/06.

⁵¹¹ En ce sens, V. l'affaire José Correa Condori, précit.

⁵¹² V. Carlos GONZÁLES PALACIOS, précit.

1) L'identification de bénéficiaires et des responsables

En principe, tout individu peut prétendre bénéficier de la justiciabilité des droits sociaux. Pour les personnes incapables d'agir en justice, les juges admettent une représentation légale par les parents ou par des tuteurs. Ce sont ainsi les parents des enfants mineurs ou de déficients mentaux⁵¹³ qui agissent en justice pour faire respectivement valoir le droit à une éducation élémentaire gratuite ou le droit à la santé. L'action de personnes morales ayant pour objet la défense des droits des individus, tels que les associations ou les syndicats, est également admise.

L'intérêt particulier des droits sociaux, qui plus est lorsqu'ils sont invoqués dans le cadre d'un recours d'*amparo* collectif, est qu'ils peuvent avoir des retombées immédiates sur des ensembles d'individus qui dépassent la ou les seules personnes qui requièrent. En Argentine, le droit à la santé a pu bénéficier à toutes les personnes souffrant du Sida, aux enfants handicapés, à tous les enfants âgés de 45 jours à 5 ans, à une population de 3 500 000 personnes potentiellement exposées à une épidémie de fièvre, ou à l'ensemble des habitants privés d'accès à l'eau potable⁵¹⁴. Au Mexique, malgré le caractère individuel et l'effet en principe *inter pares* du recours d'*amparo*, le jugement de l'affaire *Minimuma* bénéficie potentiellement aux 300 habitants de la communauté et aux 30 000 habitants de la Municipalité de Metlatonoc dans laquelle vit cette communauté⁵¹⁵. Mais ce jugement reste isolé.

L'admission de recours fondés sur des droits sociaux implique aussi l'identification de personnes responsables de leur violation. Si l'État national est le plus souvent désigné comme responsable de l'absence de mise en œuvre des droits sociaux, les solutions peuvent être plus complexes, notamment lorsqu'un État présente une structure fédérale. En Argentine, selon les droits en cause et la répartition des compétences entre les différents niveaux territoriaux, les juges peuvent déclarer responsables soit l'État fédéral, soit les États fédérés, soit les deux conjointement⁵¹⁶. Au Brésil, l'État fédéral, les États fédérés et les municipalités se rejettent très souvent la responsabilité de la mise en œuvre des droits sociaux, notamment en matière de santé. Chacun défend la responsabilité individuelle de l'autre selon un principe de proximité : d'abord les municipalités, puis les États fédérés et enfin l'État fédéral. Mais dans la grande majorité des cas, les juges retiennent une responsabilité solidaire. Les recours en

⁵¹³ Colombie, Cour const., Affaire n° 02480-2008-PA/TC.

⁵¹⁴ V. arrêts précités.

⁵¹⁵ R. GUTIÉRREZ RIVAS, Alina RIVERA MALDONADO, « El Caso *Minimuma*; un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México », *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIX, n° 251, México, UNAM, enero-junio 2009, p. 12.

⁵¹⁶ Equipo de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, M. Pinto (dir.), <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Argentine.pdf>.

manquement peuvent alors être introduits simultanément contre toutes les entités estimées responsables par les requérants⁵¹⁷.

Enfin, dans certains États, la responsabilité d'entreprises en charge de missions publiques peut également être engagée. La Cour constitutionnelle colombienne a ainsi déclaré responsable une entreprise de transport public qui n'avait pas prévu d'équipements permettant le déplacement de personnes handicapées (*supra*)⁵¹⁸.

2) Obligations positives et exigence de progressivité

Dans la mesure où la garantie des droits sociaux appelle souvent l'institution de mécanismes ou de prestations spécifiques, les juges qui acceptent leur justiciabilité peuvent être conduits à définir de façon constructive des obligations d'agir à la charge des personnes tenues pour responsables.

En Argentine, la Cour suprême de justice de la nation a, dans l'affaire des malades du Sida, retenu la responsabilité de l'État national pour fourniture tardive de médicaments. Selon la Cour, l'État doit adopter les mesures nécessaires pour assurer l'accès sur tout le territoire aux médicaments appropriés⁵¹⁹. Dans une autre affaire, la Cour a ordonné au gouvernement d'assurer la provision, brutalement interrompue, de médicament à un enfant handicapé. Elle précise que l'État ne peut « se délier de son devoir de promouvoir et de faciliter les prestations de santé nécessaires aux enfants mineurs, sous prétexte de l'inactivité d'autres entités publiques ou privées ». Il doit, conformément aux engagements internationaux de l'Argentine, « développer un plan d'action pour la protection de l'enfance »⁵²⁰. S'agissant du droit à un logement digne, la Chambre d'appel de la ville de Buenos Aires se montre tout aussi incisive. Elle estime que « le droit au logement implique, par sa nature même, le devoir des autorités publiques de garantir un niveau minimum d'effectivité, ce qui exige l'adoption de mesures positives d'action lorsque le niveau de satisfaction du droit n'atteint pas celui de standards minima ». « La satisfaction du droit au logement suppose alors une progression de l'intervention » des autorités publiques dans le temps. Celles-ci doivent s'employer à « améliorer les conditions de jouissance et d'exercice des droits sociaux dans le cadre de leur moyens techniques et financiers »⁵²¹ et s'abstenir de toutes mesures qui abaisseraient le niveau de jouissance des droits considérés. En l'espèce, la Chambre ordonne le versement mensuel d'allocations jusqu'à ce que les requérants puissent bénéficier du programme de logement de

⁵¹⁷ V. pour la fourniture de médicaments, Brésil, STJ, 17 nov. 2003, RESP, 507205/PR, Rel. Ministro José Delgado, DJ.

⁵¹⁸ Colombie, Cour const., Arrêt T-595/02.

⁵¹⁹ Argentine, C.S., Asociación Benghalensis y otros..., précit.

⁵²⁰ Argentine, C.S., Campodónico de Beviacqua, Ana Carina..., précit. V. aussi affaire Viceconte, Mariela C..., précit, dans laquelle l'État a été enjoint de ne pas interrompre les campagnes de vaccination.

⁵²¹ Argentine, C.S., Mansilla, María M..., précit.

la ville de Buenos Aires, ou jusqu'à ce que leur situation d'urgence ait disparu⁵²². Cette juridiction adopte une approche similaire en matière de distribution d'eau potable. Elle exige du gouvernement de la ville de Buenos Aires la garantie « sans exception, sans délai et sans interruption, de la distribution d'eau, en fonction des besoins fondamentaux de la population, jusqu'à l'exécution d'une politique sanitaire définitive ». Elle considère que « le droit à la jouissance et à la fourniture d'eau potable – en tant qu'élément indispensable à la vie – est un devoir des autorités publiques qui suppose un niveau minimum d'effectivité ». Celles-ci doivent adopter des mesures permettant d'atteindre le niveau « de standard minimum exigible »⁵²³. Enfin, s'agissant du droit à l'éducation maternelle, le Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rappelle que ce droit suppose quatre types d'obligation, à savoir le respecter, le garantir, le protéger et le promouvoir. Les autorités publiques ont alors le devoir d'assurer et de financer l'accès à l'école maternelle en instituant des structures éducatives et en définissant des programmes permanents de scolarisation⁵²⁴.

Les juges brésiliens, tout particulièrement en matière de santé, exigent aussi des prestations de la part des pouvoirs publics et de nombreux arrêts sont relatifs à l'obligation de fournitures de médicaments⁵²⁵.

Lorsqu'elle admet les recours fondés sur des droits sociaux, la Cour colombienne se montre également très constructive. Elle affirme l'obligation de développement progressif du contenu des droits sociaux et, corrélativement, l'interdiction de régression du niveau de protection. Elle a estimé ainsi contraires à la constitution des dispositions législatives qui réduisaient, sans justification précise, le niveau de contribution annuelle de l'État pour le financement de l'assurance santé des personnes n'ayant pas les moyens de contracter une assurance privée⁵²⁶, ou qui excluaient du système de santé des forces armées d'anciens bénéficiaires ne pouvant accéder à aucun autre mode d'assurance⁵²⁷. La Cour a également saisi l'occasion d'un recours relatif à la stabilité des contrats et des conditions du travail pour affirmer de façon générale que l'exigence de progressivité du niveau de protection des droits sociaux implique l'obligation corrélatrice pour le législateur de ne pas abaisser les niveaux de protection déjà atteints (un effet cliquet, en quelque sorte)⁵²⁸. « Toutefois, elle admet que cette obligation ne peut pas être absolue parce que les États peuvent rencontrer, à un certain moment, des difficultés qui rendent impossible le maintien des conditions antérieures. Dans ce cas, les mesures

⁵²² Argentine, C.S., Equipo de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, précit.

⁵²³ Précit.

⁵²⁴ Argentine, C.S., Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, précit.

⁵²⁵ Brésil, STF, RE 407902, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-411 ; STJ, RMS 28.338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009

⁵²⁶ Colombie, Cour const., C-1165/00.

⁵²⁷ Colombie, Cour const., C-671/02.

⁵²⁸ Colombie, Cour const., C-038/04.

adoptées doivent être justifiées suivant un principe de proportionnalité en vertu duquel il appartiendra au juge constitutionnel de vérifier que : (i) les nouvelles mesures n'ont pas été prises d'une façon inopinée, mais qu'elles répondent à des études attentives ; (ii) le législateur a envisagé d'autres alternatives, mais qu'il n'en a pas trouvé de plus efficace ; (iii) la mesure adoptée est proportionnée aux objectifs poursuivis »⁵²⁹.

Au Mexique, le cas *Minimума* a également fourni l'occasion aux juges d'affirmer que pour remédier à la violation du droit à la santé, « les autorités sanitaires doivent mettre en œuvre les conditions qui permettent à ses habitants l'accès aux services de santé, en garantissant et en construisant des infrastructures nécessaires telles qu'un centre de Santé qui corresponde aux exigences définies dans le plan national de santé »⁵³⁰.

Enfin, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'Homme se sont elles aussi engagées dans la détermination d'obligation positive et le rappel du principe de progressivité. Elles prennent en l'occurrence appui sur l'article 26 de la Convention éponyme : « Les États parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés ». Si certains auteurs estiment que la Commission et la Cour pourraient adopter une interprétation encore plus large des droits sociaux couverts par cette protection, il n'en demeure pas moins qu'à une dizaine de reprises, ces instances ont fait usage de l'article 26 pour exiger des États des prestations adaptées à la satisfaction de droits sociaux. La Commission a ainsi rappelé au sujet du droit à la santé, invoqué en l'occurrence pour accéder à des médicaments contre le VIH, que l'obligation d'assurer la garantie des droits économiques, sociaux et culturels implique l'interdiction d'adopter des mesures régressives par rapport au niveau de protection déjà atteint. Elle considère toutefois en l'espèce que l'État salvadorien n'a pas méconnu ses obligations⁵³¹. La Commission veille également au respect l'obligation de développement progressif des droits économiques, sociaux et culturels au moment des rapports d'activité État par État. Elle a ainsi rappelé à la Colombie⁵³² que cette obligation supposait que l'accès aux droits ne disparaisse pas avec le temps ou que l'État ne retarde pas indéfiniment leur mise en œuvre ou, au Pérou, qu'il convenait d'assurer une réalisation constante

⁵²⁹ Victor Andrés OLARTE, précit.

⁵³⁰ V. Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS, Alina RIVERA MALDONADO, précit., p. 14.

⁵³¹ CIDH, Affaire 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, c. El Salvador, 20 marzo 2009, § 106.

⁵³² CIDH, Troisième rapport sur la situation des droits de l'Homme en Colombie, OEA/Ser.L/V/II. Doc.9 Rev.1, 26/02/1999.

des droits concernés⁵³³. Enfin la Cour et le Commission peuvent en vertu de l'article 63.2 de la Convention ordonner les mesures provisoires qu'elles jugent nécessaires, « dans les cas d'extrême gravité » requérant une intervention urgente afin d'éviter des dommages irréparables sur les personnes. La Commission a ainsi pu demander à l'État péruvien d'assurer les soins nécessaires aux habitants de la ville La Oroya victimes d'un très haut niveau de pollution de l'air, du sol et de l'eau en raison de la diffusion de particules des métaux par les industries de métallurgie avoisinantes⁵³⁴.

Conclusion

L'inventivité d'une partie de la doctrine latino-américaine sur la question de la justiciabilité des droits sociaux et le relais juridictionnel qu'elle peut susciter ne pourraient être appréciés à leur juste mesure sans rappeler qu'hormis les recours massifs en matière de droit à la santé au Brésil ou en Colombie, l'accueil des recours fondés sur des droits sociaux reste pour le moment mitigé. Par ailleurs, cette inventivité est stimulée par le travail, sur le terrain, de réseaux associatifs très actifs qui ont trouvé dans un usage alternatif du droit un moyen de redéfinition des luttes sociales. Même si l'affaire est perdue au fond, l'important est la visibilité de l'action auprès de l'opinion publique.

Mais la possibilité d'obtenir du juge la mise en œuvre des droits sociaux n'est, pour beaucoup, qu'un élément de transformation sociale, dont l'urgence et l'adéquation varie d'un État à l'autre. La doctrine latino-américaine favorable aux droits sociaux estime dans sa grande majorité que l'accès au juge n'est qu'un outil, certes important, mais insuffisant. L'intervention de l'État par la définition de politiques publiques structurelles reste perçue comme un élément essentiel pour la garantie des droits sociaux. En Colombie, l'activisme de la Cour constitutionnelle a même conduit certains auteurs, comme C. Molina, pourtant favorables aux droits sociaux, à dénoncer le « tout juridictionnel », les décisions de la Cour se substituant à celles qui devraient être prises par les responsables politiques. Un des enjeux de la justiciabilité des droits sociaux apparaît donc ici nettement : jusqu'à quel point, une fois leur compétence en la matière établie, les juges peuvent-ils être les acteurs de la mise en œuvre de politiques sociales ?

Pour citer cet article

Véronique Champeil-Desplats, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf>

⁵³³ CIDH, Deuxième rapport sur la situation des droits de l'Homme au Pérou, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc.59 Rev. 2/06/2000, chap. VI.

⁵³⁴ CIDH, Comunidad de la Oroya, Pérou, 2007, § 50 ; voir aussi Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, Pérou, § 49.