AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE DIFFUS DANS LE SYSTÈME COLOMBIEN DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 15 avril 2019 par

Jalil Alejandro MAGALDI SERNA

Directeurs de recherches

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI
Directrice de recherches CNRS

Néstor Ivan OSUNA PATINO
Professeur à l'Université Externado de Colombie

Jury

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI
Directrice de recherches CNRS – Examinateur

Olivier LECUCQ
Professeur à l'Université de Pau et des Pays d'Adour – Examinateur

Idris FASSASSI
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne – Rapporteur

Juan Carlos HENAO PEREZ
Recteur de l'Université Externado de Colombie – Examinateur

Manuel José CEPEDA ESPINOSA
Professeur à l'Université des Andes Colombie – Rapporteur

Néstor Ivan OSUNA PATIÑO
Professeur à l'Université Externado de Colombie – Examinateur

AVERTISSEMENT

L'Université Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents Lucia Cristina et Jaime Jalil

REMERCIEMENTS

À tous ceux qui, de manière directe ou indirecte, ont contribué à la réalisation de cette recherche. Cette thèse est à vous.

RÉSUMÉ

Le système de justice constitutionnelle colombien est caractérisé par la richesse des moyens de protection de la Constitution qu'il consacre. D'une part, il comprend un contrôle concentré dont la légitimité démocratique n'est guère questionnable au regard de son ouverture à la participation des citoyens et de son incidence autant sur la protection abstraite des droits fondamentaux que le sur contrôle des poids et contrepoids institutionnels. D'autre part, il existe un contrôle diffus qui, bien qu'il soit entré en vigueur au même moment que le contrôle concentré, n'a pas été véritablement au centre de la pensée juridique classique en Colombie. Il a fait l'objet d'un traitement très léger par la doctrine, la jurisprudence et la formation universitaire des juristes. En revanche, la culture juridique majoritaire, fortement légicentriste, a conduit à des craintes autour de son utilisation qui se sont maintenues jusqu'à nos jours, malgré la transformation du droit impliquée par la Constitution de 1991.

De plus, les contrôles diffus et concentré ne sont pas nés de manière coordonnée, la fonction de chacun n'étant pas délimitée. Tout au contraire, les dispositions qui les consacrent dans la Charte constitutionnelle octroient une portée très large au deux. Cependant, historiquement, le contrôle diffus a été interprété de manière restreinte, comme un contrôle préalable au contrôle concentré et portant seulement sur des normes manifestement contraires à la Constitution. Or, cette approche formaliste du contrôle diffus semble aujourd'hui en contradiction avec les piliers du constitutionnalisme colombien contemporain ; un décalage qui a finalement conduit les juges constitutionnels à s'en séparer progressivement sans toutefois proposer une argumentation substitutive. Aussi, l'étude s'achève-t-elle en proposant une conception du contrôle diffus qui interagisse de manière harmonieuse avec le contrôle concentré, afin de régler autant les inconstitutionnalités abstraites que concrètes. La thèse analyse donc quel a été - et quel devrait être - la place du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien en recourant à diverses méthodes de sciences sociales.

Mots-clés : Colombie – contrôle diffus – contrôle concret – système intégral de justice constitutionnelle- légitimité – interaction entre contrôles diffus et concentré - non-application de normes – défaisabilité – histoire de la justice constitutionnelle colombienne – exception d'inconstitutionnalité – contrôle mixte –

RESUMEN

El sistema de justicia constitucional colombiano se caracteriza por su riqueza en métodos de protección de la Constitución. De un lado, cuenta con un control concentrado cuya dificultad democrática es reducida en razón a la apertura participativa de su procedimiento y de su incidencia tanto en la protección abstracta de los derechos fundamentales como en el control al respeto de la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos. Del otro lado, existe un control difuso que, a pesar de haber entrado en vigor al mismo tiempo que el control concentrado, no ha estado realmente en el centro del pensamiento jurídico colombiano. En efecto, su tratamiento doctrinario y jurisprudencial ha sido muy ligero y apenas superficial en la formación de los abogados y jueces. Esto se explica por una cultura jurídica fuertemente legicentrista para la cual la idea de la inaplicación de normas resultaba una afronta directa. Así, se fueron formando temores acerca de la utilización del mecanismo, que se han mantenido a pesar de la transformación del derecho que ha producido la Constitución de 1991.

En efecto, los controles difuso y concentrado no fueron concebidos de manera coordinada delimitando la función de cada uno de ellos. Al contrario, las disposiciones que los consagran tienden a otorgarles un alcance muy amplio a los dos. Históricamente, el control difuso ha sido entendido como un control anticipado al concentrado, cuando la norma a aplicar es manifiestamente contraria a la Constitución. Esta idea formalista del concepto de control difuso afecta gravemente los pilares del constitucionalismo colombiano contemporáneo, cosa que finalmente ha conllevado a que los jueces se separen de esa concepción sin proponer un argumento sustitutivo. Este estudio termina por proponer un concepto de control difuso que interactúe de manera armoniosa con el control concentrado para atacar tanto las inconstitucionalidades abstractas como las concretas. Esta tesis analiza entonces cuál ha sido -y cuál debe ser- el lugar del control difuso en el sistema colombiano de justicia constitucional a través de varias metodologías propias de las ciencias sociales.

Palabras clave: Colombia – control difuso – control concreto – sistema integral de justicia constitucional – legitimidad – interacción controles difuso y concentrado – inaplicación de normas – derrotabilidad – historia de la justicia constitucional colombiana – excepción de inconstitucionalidad – control mixto –

ABSTRACT

The Colombian judicial review system is characterized by its wealth of methods of control. On the one hand, it has a concentrated control that reduces the democratic objection, comparatively speaking, because of the aperture to participation in its procedure and its impact both on the abstract protection of fundamental rights and on the control of respect for the checks and balances system. On the other hand, there is a diffuse control that, despite having entered into force at the same time as the concentrated control, has not been at the center of Colombian legal thought. In effect, its doctrinal and jurisprudential treatment has been scarce and superficial in the training of lawyers and judges. This is explained by a strongly exegetical law culture in which the idea of the non-application of rules was seen as a direct affront. Thus, fears were raised about the use of this mechanism that remain presently, despite the transformation of the concept of law as a result of the Constitution of 1991.

In effect, the diffuse and concentrated controls were not conceived in a coordinated way, delimiting the function of each. In fact, the provisions that establish them tend to grant a very broad scope to both of them. Historically, diffuse control has been understood as an anticipated control to the concentrated one, when the rule to be applied is manifestly against the Constitution. This formalistic idea of the concept of diffuse control seriously affects the pillars of contemporary Colombian constitutionalism, which has subsequently led judges to separate themselves from that conception without proposing a substitute argument. Finally, this study proposes a concept of diffuse control that must interact harmoniously with concentrated control to restrain abstract and concrete unconstitutionalities. This thesis then ultimately analyzes the role diffuse control has had in (and should have in) the Colombian system of judicial review through various methodologies of the social sciences.

Keywords: Colombia - diffuse control - concrete control - integral system of judicial review - legitimacy - interaction diffuse and concentrated controls - non-application of rules - defeasibility - history of Colombian constitutional justice - exception of unconstitutionality - mixed control -

SOMMAIRE

Introduction générale

Chapitre préliminaire : L'adoption d'un système de justice constitutionnelle à la fois concentré et diffus

PARTIE I : UN SCENARIO FAVORABLE AU DÉVELOPPEMENT D'UN CONTRÔLE CONCENTRE

Titre I : L'évolution constructive d'un contrôle concentré fort

Chapitre I : La présence de systèmes de contrôle de constitutionnalité au cours du XIXe siècle
Chapitre II : Le renforcement continu du contrôle concentré depuis 1910

Titre II : La difficulté démocratique réduite du contrôle concentré en Colombie

Chapitre I : Les défauts de la représentation : la « difficulté démocratique » du contrôle concentré
Chapitre II : Un contrôle concentré tendant à la consolidation de la démocratie

PARTIE II : LE SCENARIO ARIDE DE L'ÉMERGENCE DU CONTRÔLE DIFFUS

Titre I : La mesure de l'incidence de la *judicial review* américaine sur le contrôle diffus colombien

Chapitre I : La mesure de l'influence américaine sur son établissement
Chapitre II : L'éloignement interprétatif de deux textes distincts au cours du XXe siècle

Titre II : Les méconnaissances et les craintes quant à l'exercice du contrôle diffus

Chapitre I : Un contrôle méconnu
Chapitre II : Des craintes autour du mécanisme

PARTIE III : L'INTERACTION DES DEUX TYPES DE CONTRÔLE

Titre I : Le système de justice constitutionnelle selon la « thèse de la contradiction manifeste »

Chapitre I : L'interprétation de l'« incompatibilité manifeste » des normes avec la Constitution
Chapitre II : Le contrôle diffus en tant que contrôle préalable au contrôle concentré

Titre II : La crise de la « thèse de la contradiction manifeste » dans le constitutionnalisme colombien contemporain

Chapitre I : La « thèse de la contradiction manifeste » dans le constitutionnalisme contemporain
Chapitre II : L'incohérence de l'exercice de la « thèse de la contradiction manifeste »

Conclusion générale
Propos de synthèse
Chapitre d'ouverture : Vers une distinction de l'objet du contrôle en tant que moyen d'harmoniser l'exercice des deux contrôles

INTRODUCTION GÉNÉRALE

> « Les êtres humains pensent en récits, plutôt qu'en faits, en chiffres ou en équations. Plus le récit est simple, mieux ça vaut. Chacun, chaque groupe, chaque nation a ses histoires et ses mythes. » (Yuval Noah HARARI, *21 Leçons pour le XXI^e siècle*, Paris, Albin Michel, 2018, p. 24)

1. Cette citation a d'emblée le mérite d'aborder deux questions centrales qui ont été le moteur de l'étude que nous avons entreprise et que nous présentons ici sur la justice constitutionnelle en Colombie. D'une part, un problème très général : il nous semble que les connaissances et éléments nécessaires à la compréhension du droit finissent, du fait de leur répétition incessante dans l'enseignement et la doctrine, par devenir des dogmes qui ne se retrouvent que très rarement mis en question. D'autre part, plus spécifiquement, la compréhension du rôle et de la place du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien a depuis longtemps été enfermé dans un récit que nous aimerions ici analyser et mettre à l'épreuve des faits. Car, ces récits auxquels l'auteur de la citation fait référence, fruits d'un certain réductionnisme et qui sont aussi présents dans la sphère du droit, ne sont presque jamais examinés bien qu'ils soient parfois faux ; déformant la réalité ou donnant une vision superficielle et inexacte de certaines questions.

2. C'est à notre sens précisément ce qu'il s'est passé avec la figure du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien. Le récit qui entoure ce dispositif - son exercice, son fonctionnement et son histoire - reflète un amas d'idées simples et vagues qui, sans véritable fondement, n'ont jamais réellement permis de l'étudier. Le contrôle diffus est largement méconnu en Colombie. Afin de pallier cette insuffisance d'analyse et de proposer une étude approfondie de cette question, nous avons voulu reprendre à notre compte l'esprit des remarques qu'exposait Descartes en ouverture des *Méditations Métaphysiques* :

> « Il y a déjà quelque temps que je me suis aperçu que, dès mes premières années, j'avais reçu quantité de fausses opinions pour véritables, et que ce que j'ai depuis fondé sur des principes si mal assurés, ne pouvait être que fort douteux et incertain ; de façon qu'il me fallait entreprendre sérieusement une fois en ma vie de me défaire de toutes les opinions que j'avais reçues jusques alors en ma créance, et commencer tout de

nouveau dès les fondements, si je voulais établir quelque chose de ferme et de constant dans les sciences. » (René DESCARTES, Méditations métaphysiques, Paris, Garnier-Flammarion, 2005, Première méditation, p. 27)

3. Ainsi, avant de débuter notre étude, nous aimerions faire une remarque liminaire générale concernant les approches habituellement retenues pour l'étude des modèles de justice constitutionnelle puis la qualification du système colombien à partir de ce discours : le récit que nous voudrions mettre en question.

4. En effet, la classification des modèles a traditionnellement été formée par un discours *nord-nord* ; un cadre qui a déterminé la manière dont ont été pensés les *formes « pures »* de ces systèmes ainsi que leurs *emprunts*. Nous aurions ainsi deux systèmes « purs », ou classiques, incarnés dans des traditions nationales, et tous les autres systèmes seraient des *copies dérivées* ou des *hybridations* de ces deux modèles classiques. En ce sens, choisir une forme de contrôle plutôt qu'une autre signifierait, en fait, *importer* un système de justice constitutionnelle créé ailleurs (en Europe ou aux États-Unis), pour l'appliquer ou le plaquer sur une réalité institutionnelle, politique ou constitutionnelle différente ; dans notre cas, colombienne.

5. Nous pouvons donc considérer que le premier obstacle à une analyse aboutie que représentent de tels récits, notamment s'agissant de l'histoire et du rôle du contrôle diffus dans le système colombien, est la perception étroite qu'ils induisent. En résumé, il est couramment accepté que « le contrôle diffus est un emprunt direct au constitutionnalisme américain, teinté d'influences françaises, que la Colombie a copié ». Or, nous aimerions approfondir la question en partant du postulat que le contrôle diffus qui a été consacré en Colombie a une histoire et une réalité spécifiquement colombiennes ; non seulement au regard de l'histoire du constitutionnalisme, mais encore en tant que dispositif institutionnel particulier. A ce titre, il mérite amplement qu'on lui consacre une étude détaillée.

6. Au cours du siècle dernier, l'étude de la justice constitutionnelle a été une démarche relevant principalement de la sphère du droit comparé. Son objet

était, avant tout, de classer divers systèmes de contrôle de constitutionnalité en se fondant sur certaines catégories d'analyse.

Précisément, parmi les catégorisations les plus répandues de la justice constitutionnelle moderne, on trouve une distinction entre deux grands modèles : l'américain et l'européen. Chronologiquement antérieur, le modèle américain est fondé sur les articles 3 et 6 de la Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787 et a été consolidé par le célèbre arrêt de la Cour Suprême fédérale *Marbury vs. Madison* de 1803. Le modèle européen, aussi appelé « kelsenien », a quant à lui été mis en place en 1919 par la Constitution de la Tchécoslovaquie, puis celle de l'Autriche en 1920 ; cependant, il ne s'est véritablement diffusé à travers toute l'Europe qu'après la Seconde Guerre mondiale.

7. Si nous nous en tenons à cette présentation, il se dégage une vision dichotomique de la justice constitutionnelle. D'une part, le modèle américain se singularise par son caractère *diffus* : tous les juges ont la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité des normes. Ce type de contrôle est aussi appelé *concret*, car il naît dans le cadre d'une affaire spécifique (un cas) et les effets de la décision d'inconstitutionnalité sont limités aux parties au litige (effet *inter partes*). L'appartenance de la norme à l'ordonnancement juridique n'est donc pas mise en question ; elle n'est juste pas appliquée à l'espèce en raison de son inconstitutionnalité. D'autres termes sont souvent employés pour caractériser ce modèle de justice constitutionnelle ; par exemple, on dit qu'il est *incident* et *accessoire* à la question principale du litige[1].

8. Par opposition à ce modèle, Kelsen a proposé - et plusieurs États européens l'ont adopté - un contrôle dit *concentré*, c'est-à-dire de la compétence d'une seule institution : un Tribunal ou une Cour constitutionnel(le)[2]. Ce type de contrôle est *abstrait* puisqu'il porte sur la validité de la norme en tant que telle ; il

[1] Surtout en France, de nombreux auteurs ajoutent d'autres caractéristiques qu'ils tendent à opposer au modèle de contrôle européen, comme le caractère *a posteriori* de l'entrée en vigueur de la disposition. Par exemple, MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques. États-Unis, Europe, France*. 1re éd. Condé-sur-Noireau : PUG, 1997, p. 9.

[2] KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* [en ligne]. 1928, Vol. XLV, no 14, p. 197-257. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9355286/f7.double.

requiert son évaluation et une analyse de son appartenance à l'ordonnancement juridique. Ainsi, les effets d'une décision d'inconstitutionnalité concernent tous les citoyens (effet *erga omnes*). Dans ce modèle, la controverse sur la constitutionnalité de la norme est l'objet *principal* du procès.

9. Cette opposition entre deux philosophies de contrôle de la validité constitutionnelle a été reprise par KELSEN pour justifier son argument selon lequel le système autrichien aurait mis en place la méthode plus appropriée pour contrôler la constitutionnalité des lois[3]. Il répondait ainsi à ce qu'il pensait être l'un des plus grands défauts du système américain : un *manque de sécurité juridique* généré par la diversité des décisions prises en matière de constitutionnalité et la permanence de la norme considérée comme contraire à la Charte dans l'ordonnancement juridique[4].

10. Cette distinction entre modèle américain et modèle européen s'est répandue parmi les auteurs spécialistes de la justice constitutionnelle les plus influents, essentiellement en Europe[5] mais aussi en Amérique latine[6], et elle a été reprise dans tous les débats portant sur ce sujet jusqu'à nos jours[7].

---

[3] Cette justification a été construite pour contester les postures qui depuis la seconde moitié du XIX[e] siècle avaient tenté d'introduire un contrôle diffus. À ce propos voir : FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I*. 1[re] éd. Bogotá : Dikinson, 2009, p. 134-142 ; MAULIN, Eric. Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. Dans : *La notion de « justice constitutionnelle »*. 1[re] éd. Paris : Dalloz, 2005, p. 137-145.

[4] KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A comparative study of the Austrian and the American constitution. *The Journal of Politics*. 1942, Vol. 4, n[o] 02, p. 187-189.

[5] Après KELSEN, son étude de la justice constitutionnelle a été mise en œuvre par différents professeurs de droit de la procédure selon une perspective comparée, comme CALAMANDREI et CAPPELLETTI mais aussi des constitutionnalistes comparatistes comme FAVOREU, RUBIO LLORENTE ou FERNANDEZ SEGADO, pour simplement nommer les plus importants. En tout cas, tous ont eu une démarche principalement comparatiste.

[6] Cette distinction a été présente pour certains auteurs importants en Amérique latine. La démarche comparatiste de la justice constitutionnelle a notamment été reprise par FIX SAMUDIO, COUTURE, et plus récemment par NOGUEIRA ALCALÁ, REY CANTOR, GARCIA BELAUNDE ou BREWER-CARIAS

[7] Encore aujourd'hui, des ouvrages renommés de droit constitutionnel tendent à maintenir cette distinction, en dépit de questionnements et de mises en cause par différents théoriciens, voir par exemple en Europe : FAVOREU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, et al. *Droit constitutionnel*. 20[e] éd. Paris : Dalloz, 2018, p. 247-302. En Amérique latine, par exemple : NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. 1[re] éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2010, p. 191-204.

11. Malgré son apparente popularité, cette distinction a toutefois été rapidement mise en question des deux côtés de l'Atlantique. Les critiques ont principalement attaqué sa prétendue *universalité*.

12. Du côté européen, les systèmes étatiques de justice constitutionnelle sont très divers et donc de fait difficilement classables ; il est ardu de considérer que tel mécanisme appartient *uniquement* à un seul modèle. En effet, une étude détaillée de quelques dispositifs[8] met en question les caractéristiques attribuées à chaque modèle. Plutôt que l'application de modèles « purs », on a assisté à un phénomène de mélange et d'hybridation de différentes caractéristiques originalement distinctes et propres à chacun des deux modèles[9].

13. Du côté latino-américain, cette classification n'a pas permis de comprendre ni les fondements ni les moments de création ni la réalité de certains systèmes nationaux[10]. En outre, de nombreux systèmes « mélangent » des caractéristiques issues des deux modèles ; une situation qui, selon la logique de la dichotomie classique, serait source de conflits et d'incohérences. Les systèmes « non purs » ou « mixtes » contenant des éléments de l'un et de l'autre modèle (nombreux en Amérique latine) ont par ailleurs tous été considérés comme relevant d'un même ensemble ; comme si le seul fait d'être différents des modèles « purs » était un élément suffisant pour regrouper tous ces systèmes. Ceux-ci sont pourtant aussi très différents les uns des autres.

14. La crise de la conception classique des modèles de justice constitutionnelle, qui aboutit à leur remise en cause, nous a révélé le besoin d'analyser chaque système de contrôle de manière individuelle afin d'éviter des

---

[8] ZAGREBELSKY, Gustavo. Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie. *Cahiers du Conseil Constitutionnel* [en ligne]. 2007, n° 22, p. 6. [Consulté le 1 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3137/pdf.

[9] Pour une analyse des critiques voir: FROMONT, Michel. La diversité de la justice constitutionnelle en Europe. Dans : *Mélanges Philippe Ardant-Droit et politique à la croisée des cultures*. 1re éd. Paris : LGDJ, 1999 ; MAULIN, Eric. Apreçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. Dans : *La notion de « justice constitutionnelle »*. 1re éd. Paris : Dalloz, 2005, p. 137-158 ; TUSSEAU, Guillaume. *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*. 1re éd. Bolognia : Bolognia University Press, 2009 ; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I*. 1re éd. Bogotá : Dikinson, 2009, p. 129-224 ; BERNAL CANO, Natalia. *Le modèle unique de contrôle de constitutionnalité*. 1re éd. Bissendorf : European Research Center of Comparative Law, 2015, p. 205-222.

[10] GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988, p. 30-47.

catégorisations universalisantes fondées sur une conception eurocentrée qui tend à éluder les éléments spécifiques de chaque système en ignorant ainsi ce qu'un système singulier peut apporter à l'étude comparée de la justice constitutionnelle.

15. Le système de justice constitutionnelle colombien a été traditionnellement qualifié par la doctrine de *mixte*, parce qu'il contient des mécanismes relevant tant du *modèle européen* que du *modèle américain* de contrôle juridictionnel de constitutionnalité. En effet, d'une part, la Charte a établi un contrôle *concentré* mais bicéphale, car placé entre les mains de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État. La première est chargée de juger la conformité des actes normatifs ayant force matérielle de loi ou des normes hiérarchiquement supérieures et le second contrôle les actes administratifs de l'ordre national. D'autre part, la Constitution a aussi établi un contrôle *diffus* réalisé par toute personne qui doit appliquer une norme (juge ou fonctionnaire) et fondé sur la règle selon laquelle « [*e*]*n tout cas d'incompatibilité entre la Constitution et la loi, on appliquera les dispositions constitutionnelles*. (…) ».

16. Les systèmes mixtes, catégorie à laquelle a donc été rattaché le système colombien, ont été perçus comme une excentricité dans la mesure où ils mélangent des éléments distinctifs des deux modèles dits « purs » dont la logique de fonctionnement et les justifications théoriques et doctrinales, nous l'avons relevé, ont été présentées comme les plus pertinentes[11]. Les systèmes qui ont été qualifiés de mixtes sont en réalité eux-mêmes très divers ; il n'existe pas une seule matrice conceptuelle qui puisse les fédérer. En d'autres termes, ils ont été tout simplement qualifiés de mixtes parce qu'ils ne sont pas « purs » au regard des deux modèles théoriques élaborés par la doctrine.

17. Cette distinction conceptuelle de modèles de contrôle de constitutionnalité conduit souvent les auteurs à discuter de la possible incohérence d'un système qui établit simultanément un contrôle concentré entre les mains d'un

[11] KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* [en ligne]. 1928, Vol. XLV, nº 14, p. 197-257. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9355286/f7.double ; KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A comparative study of the Austrian and the American constitution. *The Journal of Politics*. 1942, Vol. 4, nº 02, p. 183-200 ; CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Napoli : Morano, 1968 ; CAPPELLETTI, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. 1re éd. Mexico D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

seul organe juridictionnel et un contrôle diffus confié à tous les juges (ou même étendu aux fonctionnaires). Si un État établit un contrôle concentré, quel sens trouve-t-on à permettre à tous les juges ou fonctionnaires de contrôler eux aussi la constitutionnalité de la norme ? Au contraire, si tous les juges ou fonctionnaires peuvent contrôler la constitutionnalité de la norme, alors pourquoi attribuer *à un seul juge* la compétence de trancher la question de sa conformité à l'ordonnancement juridique ?

18. Les systèmes dits mixtes doivent, c'est évident, délimiter les champs d'application de chacun des deux mécanismes pour éviter un conflit de compétences. L'exemple paradigmatique de système mixte est le système portugais. Au Portugal, il existe un contrôle diffus confié à tous les juges qui leur permet de ne pas appliquer une norme lorsqu'ils considèrent qu'elle enfreint des dispositions ou principes constitutionnels[12]. Le questionnement sur la constitutionnalité d'une norme dans le cadre du contrôle diffus ouvre la possibilité d'interposer un recours devant le Tribunal constitutionnel qui devra se prononcer sur la correcte interprétation de la norme au cas d'espèce[13]. Cette décision de constitutionnalité n'a cependant d'effets que sur les parties à l'affaire dans laquelle la controverse est née[14]. En l'absence de mécanisme de protection spécifique et direct des droits fondamentaux, le contrôle diffus est donc le moyen principal d'assurer leur garantie au bénéfice des citoyens portugais.

Toutefois, il existe parallèlement un contrôle concentré confié au Tribunal constitutionnel dont la compétence peut être déclenchée par plusieurs voies, au regard de plusieurs éléments : selon que le contrôle soit réalisé *a priori*[15] ou *a*

[12] En effet, l'article 204 original de la Constitution du Portugal établit : « Article 204. Contrôle de constitutionnalité. Les tribunaux ne peuvent pas appliquer aux faits soumis à leur jugement des normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont inscrits. » ASAMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Constitution de la République Portugaise. *http://mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. Lisbone, 2 avril 1976. [Consulté le 22 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3-6.

[13] À cet égard voir : BON, Pier. Presentation générale de la justice constitutionnelle au Portugal. Dans : *La justice constitutionnelle au Portugal*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 1989, p. 107-127.

[14] En revanche, suite à trois décisions particulières d'inconstitutionnalité (« concrètes »), le Ministère public ou tout juge peut mettre en cause la constitutionnalité devant le Tribunal Constitutionnel. NUNES DE ALMEIDA, Luis. Les effets des arrêts du Tribunal Constitutionnel. Dans : *La justice constitutionnelle au Portugal*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 1989, p. 399-402.

[15] Le Tribunal constitutionnel peut être saisi en contrôle *a priori* ou préventif, à la demande du Président de la République lorsqu'une disposition d'un traité international lui est soumis à ratification. « De tout

posteriori[16] de l'entrée en vigueur de la disposition ; si celui-ci est exercé sur recours direct de certaines autorités contre certains types de normes ; ou encore, dans quelques cas, par application de certaines règles temporelles[17].

Au Portugal, l'interaction entre le contrôle diffus et le contrôle concentré est explicitement traitée par la Constitution qui établit, par exemple, que s'il se trouve trois cas concrets dans lesquels *une même norme* est jugée inconstitutionnelle, alors le Tribunal constitutionnel doit impérativement vérifier la conformité de la norme[18].

La formule portugaise est beaucoup trop complexe pour la décrire en quelques lignes, mais à partir de ce bref panorama on peut comprendre pourquoi ce système sert souvent d'exemple en matière de délimitation du champ d'application des contrôles diffus et concentré, qui se réalise ici d'une manière plutôt harmonieuse, à travers des dispositions constitutionnelles. La Colombie n'est pas dans ce cas.

---

décret qui lui a été envoyé en vue de sa promulgation comme loi ou comme décret-loi, ou de tout accord international dont le décret d'approbation lui a été remis pour signature. » Article 278 ASAMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Constitution de la République Portugaise. *http://mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. Lisbone, 2 avril 1976. [Consulté le 22 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3-6.

[16] Article 281 « (…) 2. La déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, avec force obligatoire générale, peut être demandée au Tribunal constitutionnel par les personnes ou organismes suivants :

a) le président de la République ; b) le président de l'Assemblée de la République ; c) le premier ministre ; d) le médiateur ; e) le procureur général de la République ; f) un dixième des députés de l'Assemblée de la République ; g) les représentants de la République, les Assemblées législatives des régions autonomes, les présidents des Assemblées législatives des régions autonomes, les présidents des gouvernements régionaux ou un dixième des députés des Assemblées législatives des régions autonomes, quand la demande de déclaration d'inconstitutionnalité est fondée sur la violation des droits des régions autonomes ou quand la demande de déclaration d'illégalité se fonde sur la violation de leur statut particulier. » ASAMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Constitution de la République Portugaise. *http://mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. Lisbone, 2 avril 1976. [Consulté le 22 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3-6.

[17] Par exemple, l'alinéa 3 de l'article 278 établit que « 3. L'examen préventif de la constitutionnalité doit être demandé dans un délai de huit jours à compter de la date de la réception du texte. » ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Constitution de la République Portugaise. *http://mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. Lisbone, 2 avril 1976. [Consulté le 22 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3-6.

[18] L'alinéa 3 de l'article 281 établit « 3. Le Tribunal constitutionnel examine et déclare également, avec force obligatoire générale, l'inconstitutionnalité ou l'illégalité de toute norme, dès lors qu'il l'aura jugée inconstitutionnelle ou illégale dans trois cas concrets. » ASAMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Constitution de la République Portugaise. *http://mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. Lisbone, 2 avril 1976. [Consulté le 22 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3-6.

19. En effet, les dispositions de la Constitution relatives la justice constitutionnelle colombienne n'ont pas délimité le champ du contrôle diffus et du contrôle concentré. Les deux mécanismes de contrôle ont été conçus en 1910 d'une manière très large mais aussi concurrente.

20. La délimitation des deux contrôles a été laissée à la pratique constitutionnelle qui, à partir de la jurisprudence, a déterminé de manière plutôt lacunaire et souvent obscure leur interaction.

21. Une telle absence de clarté quant au champ d'application de chacun des deux contrôles est principalement due, à notre avis, à la quasi-absence d'analyse du contrôle diffus par la doctrine constitutionnaliste colombienne, accompagnée d'une mise en œuvre plutôt rare durant les cinquante premières années de son existence. En effet, aucun livre ni article n'a été spécifiquement dédié au contrôle diffus avant la Constitution de 1991.

22. En outre, les enseignements universitaires sur le sujet se caractérisent moins par une analyse approfondie que par des références courtes. Ce contexte a produit un certain nombre de craintes quant à son exercice, qui se sont progressivement consolidées dans la culture juridique colombienne. Tous ces éléments ont contribué à ce que le contrôle diffus ait été conçu d'une manière restreinte.

23. À partir de 1991, le contrôle diffus a commencé à être mis en œuvre beaucoup plus fréquemment. En effet, la nouvelle Constitution entrée en vigueur cette année a consacré une riche charte de droits fondamentaux et une action spécifique et directe afin d'assurer leur protection effective, l'action de *tutela*. Ces nouvelles conditions ont contribué à un emploi plus fréquent du contrôle diffus.

24. En revanche, les études élaborées en la matière n'ont vu le jour qu'à la fin de la décennie 1990. Ces travaux, même les plus récents, ont cependant analysé le contrôle diffus comme un *mécanisme isolé du contrôle concentré* de constitutionnalité. Par conséquent, les conclusions auxquelles ils ont abouti n'ont pas eu de portée réelle et nouvelle sur la compréhension de la place du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien.

25. Néanmoins, en dépit d'une doctrine laconique et lacunaire, la Cour constitutionnelle a commencé, surtout à partir des années 2000, à utiliser le

contrôle diffus comme un *mécanisme* de *protection des droits fondamentaux*. Toutefois, cette nouvelle conception du contrôle diffus ne dispose pas encore d'un fondement théorique solide qui aurait remplacé la thèse précédente développée par la doctrine selon laquelle le contrôle diffus ne peut être exercé que lorsque la norme est « manifestement contraire à la Constitution ».

26. Ces dernières années, le contrôle diffus a connu une utilisation historiquement forte par les Hautes juridictions, mais son fondement théorique et conceptuel reste encore très limité.

27. Nous nous proposons donc, dans le cadre de la présente thèse, de présenter une recherche inédite sur *la légitimité du contrôle* diffus *dans le système de justice constitutionnelle colombien*.

28. Avant de poursuivre plus avant notre réflexion, nous voudrions préciser la signification que nous donnerons aux deux catégories les plus utilisées par la doctrine comme principaux axes d'analyse des systèmes de justice constitutionnelle : premièrement, la distinction contrôle *diffus* / *concentré* ; deuxième, la différenciation contrôle *abstrait* / *concret*. Cette précision est particulièrement importante étant donné la variété d'acceptions que ces vocables ont dans les différents systèmes et cultures juridiques.

DÉFINITIONS

29. Un des problèmes les plus fréquents lorsqu'on se réfère à ces catégories typiques de l'étude de la justice constitutionnelle est que les vocables utilisés pour s'y référer sont polysémiques. Par exemple, les termes *abstrait* et *concret* sont souvent utilisés pour faire référence à des éléments différents : pour nommer la procédure qui déclenche le contrôle[19] ; pour qualifier les *effets* de la décision ; pour se référer à un degré de généralité ou de spécificité d'une idée, etc. Il

[19] Pour une analyse très intéressante sur ce point en France, voir : GAY, Laurence. Du contentieux a priori au contentieux a posteriori: l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France? Dans : *Annuaire International de justice constituionnelle 2013*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2014, p. 55-59. Une approche européenne comparée est apporté par LAGRAVE, Claire. Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a priori dans les modèle espagnol, italien et français. Dans : GAY, Laurence (dir.), *La question prioritaire de constituionnalité. Approche de droit comparé*. 1re éd. Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 237-262.

convient alors de préciser la portée de certains mots qui seront utilisés tout au long de ce travail.

30. Par contrôle *concentré*, sera désigné le contrôle dont la compétence est exclusivement confiée à un organe juridictionnel suivant une norme déterminée.

31. Par opposition, le contrôle *diffus* désignera le contrôle dont la compétence de contrôle n'est pas exclusive d'un seul organe mais est confié à des autorités variées : soit elle est attribuée à tous les juges ou à tous les juges et autorités administratives ; soit la disposition qui établit cette compétence est encore plus indéterminée en se référant à « tous ».

32. Il nous paraît, en outre, nécessaire de préciser le sens de l'expression *exception d'inconstitutionnalité*. La doctrine traditionnelle sur le contrôle de constitutionnalité en Colombie a utilisé cette expression pour caractériser le contrôle diffus. Autrement dit, le contrôle diffus en Colombie est connu sous l'appellation « technique » d'*exception d'inconstitutionnalité*. Nous allons cependant éviter d'employer cette formule et essayerons, dans la mesure du possible, d'employer l'expression de *contrôle diffus*. La raison principale de ce choix est que la doctrine colombienne a conçu d'une manière très formaliste le mécanisme procédural attaché à cette terminologie.

En revanche, l'expression « contrôle diffus » renvoie à un concept beaucoup plus large, qui lui-même *contient* le mécanisme couramment connu en Colombie sous le nom d'*exception d'inconstitutionnalité*. Avec le concept de *contrôle diffus,* nous pensons comprendre beaucoup plus clairement le *phénomène de non-application de normes* contraires à la Constitution. C'est pourquoi, nous préférons nous référer au *contrôle diffus* plutôt qu'à l'*exception d'inconstitutionnalité*. En tout état de cause, lorsque cette dernière expression sera utilisée, elle le sera en tant que synonyme de contrôle diffus ; car, nous l'utiliserons alors pour nous référer à la formule habituellement employée par la communauté juridique colombienne au sujet d'un point particulier de notre argumentation.

33. Par contrôle *abstrait* sera entendu le contrôle qui porte sur les normes en tant que telles ; comme propositions idéelles. Ce type de contrôle ne prend pas en compte les éléments factuels qui ne sont pas considérés comme pertinents pour la décision.

34. D'autre part, nous allons désigner par contrôle *concret* la méthode qui prend en considération les éléments factuels en tant qu'éléments nécessaires pour prendre une décision. Ce type de contrôle est donc caractérisé par le fait qu'il tient compte des conditions factuelles de l'application d'une norme.

Ayant précisé ces définitions essentielles, nous voudrions poursuivre l'analyse en présent quelques remarques importantes sur la méthodologie que nous avons utilisée.

MÉTHODOLOGIE

35. Formés en droit, nous nous sommes cependant aventurés dans ce travail à utiliser plusieurs méthodes d'analyse pour aborder notre problématique d'une manière pluridimensionnelle, afin de nous permettre d'avoir une compréhension plus complète du phénomène. Ainsi, nous avons eu recours à des méthodes historiques, sociologiques (statistiques descriptives) et proprement juridiques, à l'appui d'une *prétention analytique* de découverte des réalités du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien.

36. Cette prétention analytique doit être comprise comme un engagement scientifique personnel ; comme un devoir de scientificité qui s'accomplit à travers l'emploi de différentes méthodes d'analyse visant à comprendre la « réalité » observée. Ainsi, dans les trois parties qui composent la présente thèse, nous présenterons une *description analytique* de la situation. Dans le chapitre conclusif, en revanche, nous défendrons une *posture normative* qui prend parti pour une compréhension « plus appropriée » de la place du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle de l'État constitutionnel colombien contemporain.

37. Quelques remarques méthodologiques plus particulières doivent être faites sur la façon dont nous avons organisé le travail de recherche, qui a employé plusieurs procédés accompagnant les formes les plus classiques d'analyse et d'étude des questions juridiques. Nous avons combiné dans ce travail une approche empirique, une analyse jurisprudentielle classique en droit mais aussi, plus généralement, des études historiques à partir de sources différentes, autres que purement juridiques, pour aborder l'histoire du système de justice constitutionnelle colombien à partir d'un examen du développement du contrôle diffus.

38. En premier lieu, en effet, ce travail se nourrit avant tout de recherches empiriques.

1. Le contrôle diffus a très mauvaise réputation parmi les juristes colombiens : il suscite d'énormes craintes, est très mal connu et à peine enseigné. Pour mieux saisir ces représentations *a priori*, nous avons réalisé un sondage dont l'objectif était de déterminer et d'analyser les craintes et méconnaissances qui caractérisent l'exercice du contrôle diffus, auprès d'un échantillon de juristes et d'étudiants colombiens ayant des caractéristiques sociodémographiques spécifiques. Ce faisant, nous avons recherché quelques indices factuels pour évaluer la formation universitaire qui est dispensée en matière de contrôle diffus, des craintes qu'il suscite et la fréquence de sa pratique. Il convient ici de remarquer que nous n'avons utilisé dans le corps du travail que quelques résultats du sondage. Dans une Annexe 1, nous présentons cependant, sous la forme de graphiques, les résultats les plus importants de cette enquête.

2. À partir de la deuxième partie, nous nous sommes appuyés sur une *analyse jurisprudentielle* qui nous a permis de comparer la naissance, l'évolution et le développement de divers éléments du contrôle diffus et leur rapport avec le contrôle concentré. Ainsi, nous avons classé et systématisé plus de 700 décisions rendues par toutes les Hautes juridictions colombiennes de 1910 jusqu'à décembre 2018. Ce faisant, nous avons voulu réduire le risque de proposer un récit arbitraire de la jurisprudence.

39. En deuxième lieu, dans l'ensemble de cette thèse, nous avons prétendu combiner une perspective juridique et une approche historique afin de mieux analyser et de mettre en perspective les grands éléments du système de justice constitutionnelle colombien. Précisément, nous avons voulu aborder la question de l'histoire juridique et institutionnelle du contrôle diffus colombien à travers plusieurs éléments d'analyse.

1. D'une manière classique, nous avons fait appel aux sources historiques qui nous ont permis de classer les différents systèmes de contrôle de constitutionnalité qui ont caractérisé l'histoire de la Colombie.

2. Nous nous sommes aussi concentrés sur une sélection de *processus constituants* spécifiques pour comprendre la manière dont ont été consacrés, dans les Constitutions successives, des formes et des éléments structurels du système. Nous avons ainsi pu élaborer une hypothèse tendant à expliquer pourquoi la Colombie a choisi un système déterminé de contrôle de constitutionnalité à un moment donné de son histoire.

40. Ces éléments méthodologiques posés, il nous semble à présent pertinent d'aborder le cœur de notre recherche en précisant la problématique traitée et le plan suivi pour la développer.

Nous avons relevé que le système colombien de justice constitutionnelle fait coexister un contrôle diffus et un contrôle concentré dont les champs d'application respectifs n'ont cependant pas été délimités normativement par la Constitution. Dans le cadre de cette étude, nous nous sommes alors demandé quelle a été effectivement la place du contrôle diffus dans un système de justice constitutionnelle caractérisé par un contrôle concentré particulièrement fort ? Finalement, en guise de conclusion, nous proposerons une autre manière de concevoir le contrôle diffus qui nous semble plus adaptée au contexte du constitutionnalisme colombien contemporain.

41. Pour traiter cette problématique, nous avons employé un plan en trois parties. Afin de faciliter la lecture de notre travail, il nous semble important de présenter l'organisation de notre plan en précisant le fil conducteur de notre argumentation :

42. Depuis 1910, la Colombie a établi, de manière continue, un système de justice constitutionnelle qui consacre à la fois un contrôle concentré et un contrôle diffus. Néanmoins, l'étude de leur fonctionnement réel permet de constater que le système est caractérisé par une prépondérance du premier sur le second.

43. En effet, le système de justice constitutionnelle colombien à la fois concentré et diffus est né d'une manière non articulée. L'examen de la conjoncture politique sous-jacente aux débats qui se sont tenus durant l'Assemblée nationale constituante de 1910, nous conduit à penser que, plus que l'adoption d'une conception institutionnelle complexe de justice constitutionnelle, les constituants

ont eu avant tout pour finalité de doter les citoyens de mécanismes solides de protection de la Charte, mais surtout de contestation des éventuels abus des pouvoirs exécutif et législatif. Ce moment particulier du constitutionnalisme colombien mérite une analyse spécifique (CHAPITRE PRÉLIMINAIRE).

44. Ce manque d'articulation entre les différents mécanismes de justice constitutionnelle a notamment contribué à une évolution séparée de chaque système de contrôle. Le contrôle concentré a clairement profité d'un *terrain fertile*. En effet, l'étude de l'histoire constitutionnelle du XIX^e^ siècle nous a permis d'observer la présence, déjà, de différents dispositifs de contrôle concentré. Habitués à ce type de contrôle de longue date, les juges constitutionnels se sont donc montrés plus enclins à employer ce mécanisme. De plus, à juger par les réformes dont il fut l'objet tout au long du XX^e^ siècle, ce type de contrôle a vécu un renforcement normatif visant à l'enrichir ou le perfectionner ; parfois même en positivant les compétences que la Cour s'était elle-même attribuées à travers sa jurisprudence.

Le contrôle concentré a été vivement encouragé par l'exercice de l'action publique de constitutionnalité qui, fidèle aux motifs de sa création, a été consolidée comme un pilier de la démocratie colombienne ; spécialement si l'on prend en considération les questionnements relatifs à la légitimité représentative du Parlement. La *difficulté démocratique* classiquement inhérente à la justice constitutionnelle est ainsi particulièrement réduite en Colombie (PARTIE 1).

45. En revanche, le contrôle diffus a rencontré un terrain beaucoup plus *aride*. Dans un contexte institutionnel et politique qui avait depuis longtemps consolidé le contrôle concentré, les juristes colombiens semblent n'avoir eu besoin ni de trop développer le contrôle diffus ni même pas de copier le contrôle diffus américain. En effet, malgré le fait que, selon certains auteurs, le système colombien ait été influencé par la *judicial review* américaine, une étude de l'histoire du contrôle diffus colombien ne nous révèle pas de processus d'appropriation des mécanismes américains. En effet, d'une part, la rédaction des deux textes constitutionnels est aussi différente que leurs fondements ; d'autre part, les juges colombiens n'ont fait de référence ni aux arrêts ni aux développements doctrinaux relatifs à la *judicial review* américaine. De plus, le contrôle diffus n'a de fait été ni étudié ni enseigné de

manière approfondie en Colombie. Il est donc finalement très peu connu, notamment son histoire spécifiquement colombienne. Ce climat de méconnaissance a été propice à la consolidation de craintes quant aux effets négatifs du système et à l'émergence de nombreuses critiques portant sur ses fondements et son utilité ; des appréhensions qui ont survécu et se sont transmises de manière continue à partir d'une sorte de tradition orale qui s'est répandue dans les milieux juridiques (PARTIE 2).

46. Puis, nous centrerons notre analyse sur l'interaction des deux contrôles (diffus et concentré) à partir du contenu que la jurisprudence a donné au contrôle diffus. Ce faisant, nous pourrons mieux délimiter le champ d'application de chacun des moyens de contrôle. Ainsi, nous mettrons en évidence le processus de formation et de consolidation de la conception traditionnelle à l'endroit du contrôle diffus majoritaire dans la pratique colombienne, que nous avons qualifiée de *thèse de la contradiction manifeste.* Subséquemment, nous examinerons de manière critique les arguments qui soutiennent cette doctrine. Précisément, nous tenterons de démontrer que cette posture ne permet plus de remplir les exigences de l'État constitutionnel colombien à l'époque contemporaine, raison pour laquelle cette conception nous semble désormais insuffisante (PARTIE 3).

47. Enfin, pour clore notre cheminement analytique, nous allons proposer une approche inédite du contrôle diffus colombien ; précisément de son fondement démocratique, de sa fonction et de sa place dans le système. Pour ce faire, nous allons entreprendre une distinction entre *l'objet* du contrôle concentré et celui du contrôle diffus. Cette distinction nous aidera à comprendre une interaction harmonieuse - mais non conflictuelle – des deux types de contrôle. Ce rapport nouveau permettra la consolidation d'un système véritablement intégral de justice constitutionnelle. (CHAPITRE D'OUVERTURE).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : L'ADOPTION D'UN SYSTÈME DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A LA FOIS CONCENTRE ET DIFFUS

48. En 1910, la Constitution de 1886 a été reformée afin, entre autres, d'établir un système de contrôle de constitutionnalité qui aujourd'hui encore s'applique en Colombie. Ce procédé a été adopté par une Assemblée Nationale constituante née comme une réponse à une histoire et à une conjoncture politique qui démontraient le besoin de contrôler effectivement les actes des pouvoirs exécutif et législatif (Section 1). Dans le cadre de l'Assemblée constituante, le contrôle de constitutionnalité a été l'un des sujets les plus riches en discussions. L'Assemblée a finalement opté pour l'approbation d'un dispositif de contrôle hybride, à la fois concentré et diffus. Cependant, un système articulé de contrôle n'a pas fait l'objet d'une véritable concertation entre députés qui ont surtout envisagé cette consécration comme une manière de renforcer les mécanismes de protection de la Charte constitutionnelle (Section 2).

SECTION 1 QUELQUES ÉLÉMENTS SUR UNE CONJONCTURE POLITIQUE DÉTERMINANTE

49. Même si la présente recherche n'a pas de prétention historique, il nous paraît déterminant de nous référer à quelques éléments de l'histoire de la Colombie qui nous paraissent nécessaires pour comprendre l'importance que le contrôle de constitutionnalité a eu dans la réforme constitutionnelle de 1910. Précisément, nous allons dans un premier temps nous référer brièvement aux problèmes suscités par l'insuffisance du système de justice constitutionnelle prévu dans la Charte de 1886 (Paragraphe 1). Puis, il s'agira d'étudier la conjoncture politique complexe du début du XX^{e} siècle qui a été marquée par une dictature (Paragraphe 2), pour enfin essayer de comprendre pourquoi le courant du Républicanisme est alors né dans le but de dépasser les défauts démocratiques du système institutionnel colombien à travers la promotion d'un contrôle de constitutionnalité fort (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 L'insuffisance du système de justice constitutionnelle en 1886

50. La Constitution de 1886 avait établi un système de gouvernement qui octroyait au Président de la République de larges pouvoirs, y compris celui de contrôler voire surpasser les compétences du pouvoir législatif. Ce fort présidentialisme est notoire dans la conception même du contrôle de constitutionnalité. En effet, la Charte constitutionnelle n'avait établi qu'un *seul* moyen de contrôler la constitutionnalité des normes postérieures à la Constitution ; celui des objections présidentielles aux projets de loi.

51. Selon l'article 90 de cette Constitution, le Président de la République pouvait en effet stopper le vote d'un projet de loi s'il le trouvait non-pertinent (*inconveniente*) ou inconstitutionnel. Il devait alors transmettre le projet, avec ses objections, au Parlement qui pouvait soit modifier les points objectés, soit ratifier sa décision avec l'approbation des 2/3 des membres des deux chambres. Cependant, dans le cas d'objections pour inconstitutionnalité, la ratification impliquait le renvoi de l'affaire à la Cour suprême de justice qui devait se prononcer, dans les 6 jours suivants, sur la constitutionnalité de la norme en question. Si cette dernière déclarait le projet constitutionnel, le Président de la République ne pouvait pas refuser son approbation. Dans le cas contraire, le projet de loi était classé[20].

52. Ce système se fondait sur l'idée selon laquelle il n'existait pas de « possibilité morale »[21] pour l'expédition de lois inconstitutionnelles si le Président de la République entendait les objecter avant leur entrée en vigueur. D'une certaine manière, la Charte octroyait ainsi au Président de la République une place primordiale pour empêcher que des normes hiérarchiquement inférieures aillent à l'encontre des dispositions constitutionnelles.

53. Pourtant, ce mécanisme n'a pas été mis en œuvre les années suivant l'édiction de la Charte de 1886. À plusieurs reprises, en effet, le législateur a établi

[20] Article 90. CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Constitución política de 1886. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 7 août 1886, n° 6758-6759, p. 801. [Consulté le 1 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862.

[21] Ce sont les mots de Miguel Antonio Caro sur ce point devant le Conseil constituant de 1885. Colombie, *Diario oficial* No. 6689 du 22 mai 1886, IN, Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, pag 85.

des normes inconstitutionnelles qui n'ont pas fait l'objet d'objections de la part du Président de la République. Un bon exemple à ce sujet est la loi 61 de 1888, connue comme la « loi des chevaux » (*Ley de los caballos*)[22], qui octroyait au Président de la République la faculté d'imposer des peines de confinement, expulsion, prison ou perte de droits politiques aux individus qui perturbaient l'ordre public interne, pour le temps qu'il considérait nécessaire et sans avoir besoin de déclencher une procédure judiciaire. Cette disposition, logiquement, n'a pas été remise en cause par le Président de la République.

Ce type de mesures fait preuve soit de la candeur soit de la perversion de l'argument de « l'impossibilité morale de l'expédition des normes inconstitutionnelles » à l'appui de la possibilité accordée au Président de la République de présenter des objections présidentielles pour ce motif[23]. De fait, des objections présidentielles pour inconstitutionnalité n'ont été présentées au Parlement que très rarement et lorsqu'elles l'ont été, elles visaient plutôt à s'opposer à une décision des chambres représentatives qui agissaient sans la « permission » du Président[24].

54. Ainsi, les années suivant l'entrée en vigueur de la Constitution ont été caractérisées par une absence de mécanisme de contrôle réel de la constitutionnalité de la loi. Pourtant, le sujet était un thème de discussion vivace parmi les acteur politiques. Comme nous le verrons ultérieurement[25], on peut relever que dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1886, il y a eu des tentatives, à de nombreuses reprises, visant à établir un système de contrôle de

---

[22] CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 61 de 1888. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 mai 1888, n° 7399, p. 1. [Consulté le 16 septembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1806120?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

[23] SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. "El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886". Dans : BARBOSA DELGADO, Francisco (dir.), *Historia del Derecho Público en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 261-318 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 44 ; RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

[24] CAJAS SARRIA, Mario A. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1910: de juez de la Regeneración a juez constitucional. *Historia constitucional*. Cali, 2013, n° 14, p. 437.

[25] Voir Partie II, Chapitre I, Section 1, Paragraphe 3.

constitutionnalité[26]. Plusieurs leaders des deux principaux partis politiques de l'époque ainsi que plusieurs auteurs, appartenant à différents courants idéologiques, ont présenté des arguments pour persuader le Parlement de la nécessité d'instaurer un contrôle de constitutionnalité[27]. Les formules suggérées, dans les propositions normatives comme dans les discours des acteurs politiques, oscillaient entre un contrôle diffus et un contrôle concentré ; une préférence pour le premier procédé se manifestant surtout dans les premières années de la Constitution de 1886[28] et, pour le second, essentiellement à partir de la fin du XIX^{e} siècle[29].

---

[26] RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. "Relaciones entre los poderes judicial y legislativo". *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 22. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0 ; SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886. Dans : BARBOSA DELGADO, Francisco (dir.), *Historia del Derecho Público en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 312-314 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 50.

[27] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978. Pag 49.

[28] La plus importante de ces tentatives a été l'article 5 de la loi 57 de 1887, dont l'entrée en vigueur date du 15 avril 1887. Cette norme établit que « lorsqu'il y a incompatibilité entre une disposition constitutionnelle et une légale, on préférera celle-ci ». Cette règle, qui établit un contrôle diffus en Colombie, a en fait eu une vie très courte. Effectivement, quatre mois après, le 15 août 1887, est entré en vigueur un autre texte, la loi 153 aux termes de laquelle : « Une disposition expresse de loi mais postérieure à la Constitution est réputée constitutionnelle et elle sera appliquée même si elle paraît contraire à la Constitution […] ». Ainsi, cette loi, complètement cohérente avec l'esprit constituant de 1886, a établi une présomption de droit de la constitutionnalité des lois. Autrement dit, elle a interdit la possibilité de contester la constitutionnalité des normes juridiques postérieures à la Charte, octroyant ainsi au Parlement le dernier mot en termes normatifs.

En 1887, le Conseil d'Etat a par ailleurs présenté un projet de Code de régime politique et municipal (*Código de régimen político y municipal*) dont l'article 120 disposait : « Seront sans valeur les lois émises en violation d'une disposition de la Constitution ou aux interdictions du législateur ». Cette proposition n'a cependant jamais été discutée.

[29] Un peu plus tard, une proposition parlementaire de 1894 dont le texte proposait un contrôle de constitutionnalité devant la Cour suprême de justice à la demande de tout citoyen et même des personnes morales a aussi été rejetée. Proposition de loi présentée par Juan C. Arveláez. Colombie. Anales de la Cámara de Representantes No. 17, 25 août 1894. *In* RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 51.

Une autre tentative a été concrétisée par la loi n°2 de 1904. Cette loi a établi un contrôle de constitutionnalité des *décrets de l'exécutif* dans le cadre exceptionnel de l'état de siège. Ce contrôle s'exercerait par voie d'action publique devant la Cour suprême de justice. Cette disposition a eu une très courte durée, car elle a été substituée par la loi 8 de 1905. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 52.

Une dernière tentative s'est produite en 1909. Deux propositions de réforme de la Constitution ont été présentées, qui incluaient parmi leurs articles la consécration d'un système concentré de justice constitutionnelle pour les décrets édictés en cas d'état d'exception. D'un côté, le député Jose Vicente CONCHA et de l'autre, Joaquin COLLAZOS et Manuel BONILLA ont proposé sensiblement le même

55. Enfin, plus généralement l'absence de contrôle réel des actes normatifs des pouvoirs législatif et exécutif a nourri un questionnement au sein de la société de cette époque sur la nécessité d'établir un système de contrôle de constitutionnalité.

PARAGRAPHE 2 Vers une dictature dans la première décennie du XXe siècle

56. La guerre des « mille jours » (entre 1899 et 1903)[30] et la perte du Panama (1903)[31] ont généré une conjoncture politique très fragile[32] mais propice à Rafael REYES, leader charismatique qui, se prévalant d'un discours optimiste quant à la récupération du Panama[33], brigua et remporta la présidence en 1904.

57. Mis en question personnellement par de possibles fraudes durant les élections[34] mais fort des prérogatives que lui accordait le présidentialisme exacerbé de la Charte de 1886 ainsi qu'une absence de contrôle de constitutionnalité effectif, Rafael REYES et son Gouvernement ont rapidement montré des tendances dictatoriales. Le président persécuta en effet autant ses adversaires politiques que la presse libre, allant jusqu'à exclure de la scène politique ses propres partisans conservateurs qui n'ajustaient pas leurs opinions avec les vues de son Gouvernement[35].

---

système chargeant la Cour suprême de justice de se prononcer sur les demandes de tout citoyen sur les décrets du gouvernement dans le cadre des états d'exception. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 53-55. En outre, le député ESGUERRA a présenté un projet de réforme à la Constitution qui consacrait un contrôle concentré par voie d'action publique. ESGUERRA, Nicolás. Proyecto de acto legislativo. *Anales de la Cámara de Representantes*. Bogotá, 1909, nº 7, p. 51-56.

30 Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla*, 1 Ed, Bogotá, Panamericana, 2012, p.177

31 Sur ce sujet, voir: LEMAITRE, Eduardo. *Panamá y su separación de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Amazonas Editores, 1993.

32 À cet égard, voir SANIN CANO, Baldomero. *La administración Reyes (1904-1909)*. 1re éd. Lausana : Imprenta Jorge Bridel & Ca, 1909, p. 31-46.

33 Le slogan de campagne de Reyes était : « Plus d'administration et moins de politique » en appellant à « l'union et la concorde ». RÍOS PENALOSA, Gilma. "Las constituyentes de 1905 y 1910" | banrepcultural.org. *Revista credencial historia* [en ligne]. Revista Credencial, 1991, nº 13. [Consulté le 13 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.banrepcultural.org/node/81507.

34 La victoire électorale de Reyes a fait l'objet de controverses en raison d'une possible fraude électorale. TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 250.

35 MELO, Jorger Orlando. La República conservadora. Dans : *Colombia Hoy: Perspectivas Hacia el Siglo XXI* [en ligne]. XVI. Bogotá : Banco de la República, 24 décembre 1996, p. 11. [Consulté le 27 mars 2016]. Disponible à l'adresse : http://repository.unad.edu.co/handle/10596/5383 ; TASCÓN, Tulio Enrique.

58. Le Président REYES alla encore plus loin en décidant, en février 1905, de fermer le Parlement et de décréter la création d'une Assemblée nationale constituante et législative qui ne serait plus élue mais nommée par les entités territoriales qu'il contrôlait[36].

59. Ce nouveau corps constituant et législatif a réformé la Constitution à plusieurs reprises en cherchant à amenuiser le pouvoir législatif jusqu'en 1909. Certes, certaines des réformes décidées ont été bien acceptées par de nombreux libéraux puisqu'elles garantissaient une représentation des « minorités politiques » ou restructuraient les administrations d'État, les élections et l'ordonnancement territorial ; toutefois, les mesures prises par ladite Assemblée ont péché par manque d'autonomie et d'indépendance de cette dernière vis-à-vis du Gouvernement[37]. Un bon exemple de cette problématique est la réforme du 27 mars 1905 qui a inclus dans la Charte une disposition selon laquelle le mandat présidentiel durerait désormais quatre ans, soit deux ans de moins que ce qui avait été établi originalement par la Constitution de 1886 ; sauf pour le Président REYES pour qui il était entendu que ce serait dix ans de mandat[38].

60. En mars 1909, la situation politique devint cependant intenable pour Rafael REYES. D'abord, encouragées par l'Union républicaine, de grandes manifestations eurent lieu dans les plus importantes villes du pays[39]. Ensuite, un refus progressif mais généralisé est monté parmi la population à l'encontre du traité de « normalisation » des relations diplomatiques avec les États-Unis conclu après

Historia del derecho constitucional colombiano. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 250-252.

[36] MELO, Jorger Orlando. La República conservadora. Dans : *Colombia Hoy: Perspectivas Hacia el Siglo XXI* [en ligne]. XVI. Bogotá : Banco de la República, 24 décembre 1996, p. 11-12. [Consulté le 27 mars 2016]. Disponible à l'adresse : http://repository.unad.edu.co/handle/10596/5383.

[37] TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 253-254.

[38] Article 5. COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de. Acto legislativo 5 de 1905. Dans : *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 4 avril 1905. [Consulté le 12 juin 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1000183.

[39] RODRIGUEZ PEÑARALDA, Maria Luisa. Colombia: 100 años de justicia constitucional y republicana. Dans : *Revista Sin permiso*. Web ed [en ligne]. 2010, p. 2‑3. Disponible à l'adresse : http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3725.

une négociation économique envisageant des réparations pour la perte du Panama[40].

61. À la suite de ces manifestations et acculé par plusieurs milieux de la société, le Président REYES a réinstauré le Parlement et convoqué des élections qui se sont déroulées en mai 1909. Ayant perdu le soutien du pouvoir législatif, le Président démissionna le 7 juin 1909. Au regard du risque qu'il encourait d'être jugé pour les violations de la Constitution qu'il avait commises, il quitta le pays[41].

PARAGRAPHE 3 La naissance du Républicanisme

62. Cette décennie difficile de la vie publique colombienne a motivé la formation de ce qu'on a appelé le « Républicanisme ». Il s'agissait d'un mouvement constitué par des intellectuels et des hommes politiques ayant pour idées mobilisatrices de réfléchir à des réformes structurelles de l'État colombien et de prendre les mesures les plus appropriées aux réalités du pays afin notamment de permettre une convergence de tous les partis politiques vers des objectifs collectifs réels[42].

63. Les questionnements constitutionnels avaient donc une place primordiale dans ce débat : les contrôles et contrepoids entre les institutions ; la suprématie de la Constitution et, partant, la justice constitutionnelle ; la réforme du système de représentation démocratique ; les droits et libertés des personnes… Toutes ces questions ont été mises au débat à l'époque[43]. En ce qui concerne la justice constitutionnelle, un document signé par Carlos E. RESTREPO (conservateur) et Fidel CANO (libéral) consacra l'une des principales intentions du républicanisme, celle « *d'organiser les pouvoirs publics, en garantissant leur indépendance et leur séparation réciproque, et d'établir la Cour Suprême comme*

---

[40] MELO, Jorger Orlando. La República conservadora. Dans : *Colombia Hoy: Perspectivas Hacia el Siglo XXI* [en ligne]. XVI. Bogotá : Banco de la República, 24 décembre 1996, p. 12. [Consulté le 27 mars 2016]. Disponible à l'adresse : http://repository.unad.edu.co/handle/10596/5383.

[41] TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 256 ; RESTREPO, Carlos Eugenio. *Orientación republicana*. Vol. 27, T. 1. Bogotá : Banco Popular, 1972, p. 299‑406.

[42] RESTREPO, Carlos Eugenio. *Orientación republicana*. Vol. 27, T. 1. Bogotá : Banco Popular, 1972, p. 280 et ss.

[43] RESTREPO, Carlos Eugenio. *Orientación republicana*. Vol. 27, T. 1. Bogotá : Banco Popular, 1972, p. 280 et ss.

l'arbitre et l'interprète de l'intelligence et la constitutionnalité des lois, à la demande du Ministère public ou des citoyens »[44].

64. Un important nombre de politiciens des deux partis politiques ont alors rejoint le mouvement du Républicanisme pour former ce qu'on a appelé « l'Union républicaine ». Ce nouveau parti politique acquit, petit à petit, une grande importance. D'une part, en raison de son discours pacifiste et tolérant ; d'autre part, parce qu'il offrait une option politique pour un grand nombre de citoyens qui, mécontents des mesures du Gouvernement, se sentaient aussi impuissants pour changer la donne.

65. Lors des élections de mai 1909, l'Union républicaine obtint la majorité au Parlement. Une fois la démission du Président REYES entérinée, le Parlement élut Ramon GONZALEZ VALENCIA pour assurer le mandat présidentiel. Celui-cis'est naturellement servi des réformes de 1905 pour convoquer une Assemblée nationale constituante afin de réviser la Constitution, dans le but de « *rétablir les traditions de la République en droit public* »[45]. On cherchait en particulier à instaurer des mécanismes visant à garantir la séparation entre les pouvoirs publics, réformer le système de participation populaire et des « minorités politiques » au sein du Parlement, établir un système de justice constitutionnelle plus fort et efficace, ou encore garantir et renforcer certains droits et libertés ; entre autres[46].

66. En définitive, le discours conciliateur de l'Union républicaine a touché le cœur de nombreux Colombiens. Celle-ci a pu capitaliser sur une méfiance sociale généralisée générée par les nombreux excès des pouvoirs exécutif et législatif commis au nom de « l'ordre social » proclamé par la Constitution de 1886[47]. Ce mouvement est ainsi arrivé à promouvoir des réformes appropriées aux difficultés

---

[44] Traduction à nos soins. Restrepo, Carlos E. Orientación republicana. T 1, Bogota. 1930. pag 176. *In* RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978. MELO, Jorge Orlando, TIRADO, Álvaro et BEJARANO, Jesus. *Nueva historia de Colombia*. Vol III. Bogotá : Planeta, 1989.

[45] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 126 del 25 de febrero 1910. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 1910, nº 13929. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1842327?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

[46] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 126 del 25 de febrero 1910. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 1910, nº 13929. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1842327?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

[47] MORENO ORTIZ, Luis Javier. *El sistema de control de constitucionalidad*. 2010, Vol. 10, nº 19, p. 84.

connues par la jeune République. Un des leaders les plus notables du Républicanisme, Carlos E. RESTREPO, avança la justification suivante pour expliquer l'appui populaire accordé aux réformes de l'Assemblée de 1910 :

> « *si les institutions nationales ne nous laissent, face aux violations du droit par les pouvoirs exécutifs et législatifs, d'autre chemin que le déshonneur ou la guerre, nous affirmons maintenant que le pouvoir judiciaire peut nous donner la véritable paix. Celle qui se produit naturellement et par la voie juridique de l'exercice et de la coexistence harmonieuse du devoir et la liberté* » [48].

67. En résumé, l'absence de contrôle de constitutionnalité qui a contribué à laisser se commettre des abus des pouvoirs publics et même à ce qu'une dictature se mette en place, a influencé l'émergence d'un courant politique qui s'est engagé à prendre les mesures les plus appropriés pour répondre aux problèmes nationaux. Ce constat nous permet de comprendre pourquoi le constituant de 1910 était si intéressé à instaurer un puissant contrôle de constitutionnalité en Colombie.

SECTION 2 CHRONIQUE DE L'ADOPTION D'UN CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE DE 1910

68. L'Assemblée nationale constituante, élue par les municipalités, était ainsi une sorte de représentation nationale, toutefois indirecte[49]. Bien que l'Union républicaine disposât d'un nombre de députés majoritaire, l'Assemblée fut formée d'une manière très ouverte si on compare cela au fait que pendant les cinq décennies ayant précédé son élection[50], les normes constitutionnelles avaient été élaborées seulement par un seul parti[51]. En effet, l'Assemblée était composée d'hommes venant des différents courants politiques de l'époque : conservateurs nationalistes,

---

[48] RESTREPO, Carlos Eugenio. Estudios constitucionales. *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*. 1912, Vol. 3, n° 25, p. 78.

[49] RÍOS PENALOSA, Gilma. Las constituyentes de 1905 y 1910 | banrepcultural.org. *Revista credencial historia* [en ligne]. Revista Credencial, 1991, n° 13. [Consulté le 13 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.banrepcultural.org/node/81507.

[50] Comme on le sait, la Constitution de 1858 a aussi été élaborée d'une manière concertée par les Conservateurs et Libéraux.

[51] VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla*. 1 Ed. Bogotá : Panamericana, 2012, p. 125-197 ; TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 65-261.

conservateurs royalistes et membres de l'Union républicaine (composée de conservateurs et de libéraux modérés)[52].

69. Installée le 15 mai 1910, l'Assemblée constituante a pris un peu plus de quatre mois pour procéder à la modification constitutionnelle la plus ambitieuse depuis l'adoption de la Charte de 1886. Concernant le contrôle de constitutionnalité, au-delà d'une indiscutable certitude quant à son adoption, nous observons, en étudiant les débats, qu'aucun des modèles de justice constitutionnelle proposés et débattus à l'Assemblée n'a été à l'avance préféré à un autre. Au fur et à mesure de l'avancée des débats[53], quelques propositions ont cependant pris plus d'importance que d'autres. Il nous semble donc que l'approbation finale d'un contrôle mixte, concentré et diffus, est plus le résultat d'un jeu de forces politiques dispersées que d'une minutieuse conception institutionnelle.

70. En dépit de sources réduites et insuffisantes pour connaître les détails des débats qui se sont tenus dans le cadre de l'Assemblée constituante[54], nous voudrions tout de même présenter une brève chronique de ceux-ci, un exercice qui

---

[52] RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. "Hechos y comentarios, nova et vetera" in RÍOS PENALOSA, Gilma. Las constituyentes de 1905 y 1910 | banrepcultural.org. *Revista credencial historia* [en ligne]. Revista Credencial, 1991, nº 13. [Consulté le 13 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.banrepcultural.org/node/81507. Malgré tout, le seul membre du parti libéral Rafael Uribe Uribe, élu en tant que « minorité » politique, a refusé d'assister à l'Assemblée. Les libéraux qui ont participé à l'Assemblée étaient ceux qui ont rejoint l'Union républicaine. TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 259.

[53] Selon l'article 4 de l'Acte législatif 9 de 1905, une réforme de la Constitution par l'Assemblée devait suivre la même procédure que pour l'approbation des lois. Selon le règlement de la Chambre des représentants, appliqué pour l'Assemblée, la procédure se divisait en trois débats. D'abord, l'Assemblée plénière décidait sur l'admissibilité des projets : il s'agissait d'apprécier la convenance de légiférer sur ce point. Une fois le projet approuvé en premier débat, il passait à la Commission des réformes constitutionnelles dont la fonction consistait à présenter un projet unifié à partir des différentes propositions à la plénière qui devait l'approuver de manière plus détaillée. Enfin, une fois approuvé en *deuxième débat*, le projet passait à un troisième débat dit de ratification : il s'agissait d'un vote sur l'ensemble du projet. Une fois approuvé, le projet passait à la sanction du Président de la république. Il n'y avait pas lieu à ses objections.

Règlement du 6 septembre 1888. CAMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA. *Reglamento de la Cámara de Representantes para su régimen y policía interior*. Bogotá : Imprenta Nacional, 1944.

[54] Bien que nous croyions que cette recherche a épuisé les sources disponibles, il y a certainement des lacunes à cause de l'absence de moyens technologiques au moment des débats, qui fait que les comptes rendus, le contenu des débats, et les exposés des députés constituent des traces imparfaites des débats qui ont effectivement eu lieu.

Nous ajoutons que nous croyons pertinent de relever la méfiance exprimée par Lácides Segovia, principal compilateur des travaux de l'Assemblée, sur la fidélité du travail des sténographes et des rapporteurs administratifs de l'Assemblée, chargés de prendre note des débats et discussions. SEGOVIA, Lácides. *Historia de las leyes: Acto legislativo número 3 de 1910*. 1 Ed (1914. Bogotá : Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, p. 5 (Prologo).

nous permettra de démontrer comment les deux propositions initiales relatives à la justice constitutionnelle tendaient, en fait, à vouloir instaurer un contrôle concentré ; soit d'effets *inter partes*, soit d'effets *erga omnes* (Paragraphe 1). Une fois que la Commission aux affaires constitutionnelles a unifié les critères sur le sujet, elle a présenté un projet proposant un contrôle concentré d'effets *inter partes*, option que l'Assemblée a approuvée en deuxième débat (Paragraphe 2). Pourtant, les discussions ont repris les derniers jours de session de l'Assemblée. Finalement, n'ayant pas réussi à trouver un accord quant au modèle à choisir, les députés ont préféré approuver les deux types de contrôle que nous avons encore aujourd'hui (Paragraphe 3). Ainsi, d'une certaine manière, ils ont préféré un « excès » à un « déficit » de mécanismes de contrôle de constitutionnalité.

PARAGRAPHE 4 Les propositions initiales favorables à un contrôle concentré

71. Des cinq projets de réforme présentés, deux établissaient un système de justice constitutionnelle.

Le jour de l'installation de l'Assemblée, le 15 mai 1910, le député Nicolas ESGUERRA a présenté un premier projet de réforme constitutionnelle dont l'admission a été approuvée le 18 mai 1910. Son article 24 établissait les règles suivantes :

> *« La Cour suprême de justice est chargée de la garde de l'intégrité et de la suprématie de la Constitution. Par conséquent, en plus des facultés qui lui sont conférées par celle-ci ou les lois, elle aura la faculté suivante :*
>
> *Décider définitivement sur la validité des actes législatifs qui ont été objectés en tant qu'inconstitutionnels par le gouvernement, ou sur les lois ou décrets dénoncés comme inconstitutionnels devant elle par un citoyen, ayant préalablement écouté le Procureur général de la nation sur la matière* »[55].

Puis, le député Hernando HOLGUIN Y CARO présenta, le 18 mai 1910, un autre projet de réforme qui incluait aussi un système de justice constitutionnelle.

[55] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión de instalación de 15 mayo 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, p. 5‑8. Serie unica, No. 1.

Son admission a été approuvée le 20 mai 1910. Le premier article du titre XV de ce projet disposait :

> « *Appartient à la Cour Suprême la compétence de suspendre pour chaque cas particulier, à la demande de la partie offensée et ayant écouté préalablement le Procureur général de la nation, l'effet des lois qui portent atteinte aux droits civils garantis par le Titre III de la Constitution* »[56] .

72. En revanche, les autres projets de réforme constitutionnelle, présentés respectivement par les députés Pedro CARREÑO[57], Roman GOMEZ[58] et José María LOMBANA[59], ne comportaient aucun élément relatif à la justice constitutionnelle.

73. Il est ici intéressant de remarquer que les deux projets qui ont proposé des systèmes de justice constitutionnelle optaient pour des mécanismes de contrôle concentré en reconnaissaient l'importance de la participation du Procureur général de la Nation pour prendre une décision. Le projet de Nicolas ESGUERRA reprenait le contrôle des objections présidentielles en ajoutant un contrôle des actes normatifs par voie d'action citoyenne. La décision de la Cour Suprême aurait dans ce cas des effets généraux *erga omnes*. Le projet d'Hernando HOLGUIN Y CARO proposait quant à lui un contrôle des situations particulières aboutissant à des décisions dont les effets seraient cette fois *inter partes* ; en particulier lorsque les lois porteraient atteinte aux droits fondamentaux mais n'impliqueraient pas pour autant l'invalidation de la norme.

---

[56] Traduction par nos soins. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Herando Holguin y Caro. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 3, p. 22‑24 ; SEGOVIA, Lácides. *Historia de las leyes: Acto legislativo número 3 de 1910*. 1 Ed (1914. Bogotá : Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, p. 76.

[57] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Pedro Carreño. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 2, p. 12‑16.

[58] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Roman Gomez. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 4, p. 25‑25.

[59] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Jose María Lombana. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 6, p. 45.

PARAGRAPHE 5 Un deuxième débat : un contrôle concentré avec des effets *inter partes*

74. Les projets admis par l'Assemblée constituante ont ensuite été envoyés à la Commission des réformes constitutionnelles afin d'unifier leurs critères et aboutir à l'élaboration d'un seul projet devant être de nouveau présenté devant elle. Persuadés de la possibilité d'une convergence des mesures proposées dans tous les projets, les députés de la Commission ont privilégié le projet ESGUERRA en lui apportant quelques modifications inspirées des autres projets[60]. Parmi ces modifications, la Commission a préféré, en particulier, un système de justice constitutionnelle davantage inspiré par le projet HOLGUIN Y CARO. En effet, l'article 34 du texte finalement déposé par les rapporteurs a littéralement repris la disposition de ce projet : « *Appartient à la Cour Suprême la compétence de suspendre pour chaque cas particulier, à la demande de la partie offensée et ayant écouté préalablement le Procureur général de la nation, l'effet des lois qui portent atteinte aux droits civils garantis par le Titre III de la Constitution* »[61] .

75. La discussion et l'approbation de cet article présenté à l'Assemblée ont eu lieu les 13 et 14 juillet 1910. Durant les débats, plusieurs propositions pour le modifier ont été émises, cependant aucune d'elles n'a été adoptée et le projet a été approuvé en deuxième débat comme proposé par les rapporteurs. Néanmoins, il est intéressant de constater qu'à ce moment, les propositions de modifications tendaient *à l'adoption d'un contrôle concentré*. Le député ESPINOSA proposa notamment d'inclure les « décrets » parmi les actes normatifs susceptibles d'être contrôlés. Un autre député, SALAZAR, soutint la formule originale du projet ESGUERRA, c'est-à-dire un contrôle concentré par voie d'action publique ayant des effets généraux. Enfin, les députés ARANGO et HOLGUIN Y CARO ont suggéré de modifier le texte présenté par les rapporteurs en lui ajoutant qu'une fois que la Cour suprême de justice aurait suspendu la norme, elle devrait en avertir le Parlement

[60] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Informe de la Comisión de reformas constitucionales. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 10, p. 75‑76.

[61] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Modificaciones que presenta la Comisión de reformas constitucionales a los proyectos presentados sobre la materia a la Asamblea nacional. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 10, p. 76‑80.

pour que celui-ci décide définitivement de la constitutionnalité ou non de cette dernière[62] .

PARAGRAPHE 6 La réouverture de la discussion : un contrôle à la fois diffus et concentré avec des effets *erga omnes*

76. À la mi-septembre 1910, presque tous les articles avaient été approuvés en deuxième débat, y compris les dispositions transitoires. Cependant, certains sujets ont été rediscutés dans le cadre d'autres séances ; parmi eux, le système de justice constitutionnelle. La chronique proposée ici des débats parlementaires nous permettra de suivre la diversité des postures émises lors de ces nouvelles discussions qui se sont tenues au sein de l'Assemblée constituante. Ce faisant, nous pouvons constater le parcours peu articulé - voire même confus -[63] de l'approbation parallèle d'un contrôle diffus et d'un contrôle concentré avec des effets *erga omnes*. Cette étude nous a ainsi permis d'arriver à la conclusion selon laquelle plutôt que d'élaborer un système bien organisé de contrôle de constitutionnalité, le constituant de 1910 a surtout voulu renforcer la Charte constitutionnelle de 1886 en dotant les citoyens de mécanismes assurant leur protection.

77. En effet, bien que le contrôle concentré ait été retenu, le député ESPINOSA proposa le 19 septembre 1910 un nouvel article établissant du contrôle diffus. Son texte disposait qu'« *en tout cas d'incompatibilité entre la constitution et la*

---

[62] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 13 de julio de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 32, p. 252‑255. *Et* ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 14 de julio de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 33, p. 257‑260.

Malgré son excellent travail, le livre de Lácides Segovia contient une contradiction concernant ce qui a été approuvé ce jour là. Selon lui, le 14 juillet le contrôle diffus est approuvé avec cette rédaction : « En tout cas d'incompatibilité entre la constitution et la loi, on appliquera les dispositions constitutionnelles de préférence ». Nous croyons qu'il s'agit d'une erreur. D'abord, parce que l'Assemblée a rejeté toutes les propositions de modification de l'article 34. En revanche, elle a décidé de l'approuver dans la forme où elle avait été présentée par la Commission des reformes constitutionnelles. Ensuite, parce que l'article 34 du projet présenté par la Commission de réformes constitutionnelles, selon les actes de l'Assemblée (et le livre de Segovia) est celui que nous avons présenté en haut. SEGOVIA, Lácides. *Historia de las leyes: Acto legislativo número 3 de 1910*. 1 Ed (1914. Bogotá : Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, p. 247.

[63] Ne disposant malheureusement pas d'enregistrements ou de transcriptions fidèles des interventions, les actes de ces journées - notre principale source - font cependant preuve de vives discussions dont les argumentations étaient parfois limitées.

loi, on appliquera de préférence les dispositions constitutionnelles »[64]. Malgré la contestation du député GARCÍA HERREROS, la proposition fut finalement aussi approuvée[65].

Nous remarquons donc que l'approbation de cet article n'impliqua pas un rejet du système concentré avec effets *inter partes* approuvé le 14 juillet, soit à peine deux mois auparavant ; ESPINOSA l'ayant en effet présenté comme une nouvelle dispositions. Dès lors, les deux mécanismes de contrôle ont été retenus.

78. Loin de provoquer un consensus général parmi les députés, à partir de ce moment et jusqu'à la fin de la session, ce sujet provoqua des interruptions successives de séances en raison de l'intervention de députés qui prétendaient présenter des modifications ou d'autres propositions de mécanismes de justice constitutionnelle[66].

79. Ainsi, le lendemain de la proposition du député ESPINOSA, le 20 septembre 1910[67], le député HOLGUIN Y CARO présenta une proposition tendant à éliminer aussi bien l'article approuvé la veille (le contrôle diffus) que l'article 34 approuvé le 14 juillet (le contrôle concentré avec effets *inter partes*). Il suggéra en effet :

> « *Dans les controverses juridictionnelles et dans les cas d'incompatibilité manifeste entre la Constitution et une disposition légale, on appliquera la*

---

[64] Traduction de l'original : « En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales »

[65] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 19 de septiembre de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional1*. Bogotá, 19 septembre 1910, nº 60, p. 476-477.

[66] Rapidement, le député HOLGUIN Y CARO a proposé la révocation de l'article précédemment approuvé et la réouverture du débat à ce propos. Cette proposition n'a pas été votée en raison d'interruptions répétées d'autres députés. Ainsi, Le député PINZON a interrompu la discussion précédente et a proposé la suspension de la séance. Ensuite, il a plaidé pour la version initiale d'ESGUERRA, c'est-à-dire, un contrôle concentré et définitif réalisé par la Cour suprême de justice, à la demande d'un citoyen. Mais le député ESPINOSA a aussi coupé court à cette proposition pour la modifier de telle manière que la Cour suprême de justice ne pouvait que suspendre temporairement les lois à la demande du gouvernement ou des citoyens et donner ensuite avis au Parlement pour une décision définitive. Cette dernière proposition a été approuvée, mais avant d'être adoptée, le député RODRIGUEZ a proposé une modification de sa rédaction, en disant plus ou moins la même chose. La discussion a donc continué mais la séance a alors été suspendue. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 19 de septiembre de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional1*. Bogotá, 19 septembre 1910, nº 60, p. 476-477.

[67] La séance a commencé en reprenant la proposition du député RODRIGUEZ dont la discussion avait été suspendue la veille.

Constitution ; mais toute décision à cet égard devra être consultée avec la Cour suprême de justice.

Si l'incompatibilité n'est pas manifeste, on appliquera la loi dans le sens le plus conforme aux préceptes constitutionnels »[68].

80. Pendant la discussion de cette motion, le député SALAZAR présenta deux types de modifications à lui apporter. Tout d'abord, il proposa qu'elle remplace seulement l'article 34, c'est à dire, le contrôle concentré des cas de violation des droits garantis par la Charte, avec effets *inter partes*. Selon lui, on ne devait point modifier le contrôle diffus approuvé la veille. Pourtant, cette première proposition a été repoussée. Puis, il suggéra la substitution du même article 34 par la formule originale présentée par le député ESGUERRA, c'est-à-dire un *contrôle concentré par voie d'action publique avec effets généraux*. Cette proposition a été approuvée et adoptée[69] sans que finalement la norme du contrôle diffus ait été remise en cause donc éliminée. Finalement, les deux dispositions ont donc été approuvées dans le même texte normatif [70].

81. Le 31 octobre 1910, le Président de la République Carlos E. RESTREPO approuva l'Acte législatif 3 amendant la Constitution. En définitive, la réforme a introduit dans la Charte les deux types existants de contrôle juridictionnel de

---

[68] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesion del 20 de septiembre de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, n° 61, p. 483,485-487.

[69] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesion del 20 de septiembre de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, n° 61, p. 483,485-487.

[7070] Une dernière remarque : à la fin de la discussion et approbation du système de justice constitutionnelle que nous venons d'étudier, le député PINZON a voulu enregistrer un témoignage indiquant que la proposition du député ESPINOSA de la veille, l'établissant d'un contrôle diffus, *n'avait pas été rejetée*. Ce fait est intéressant parce qu'on pourrait songer que le témoignage irait à l'encontre de l'approbation du contrôle diffus. Etant donné que le 19 septembre le député ESPINOSA avait deux propositions qui ont été approuvées, il est nécessaire d'éclaircir que ce « témoignage » portait sur une proposition de modification d'une proposition du député PINZON lorsqu'il a plaidé pour le contrôle concentré d'ESGUERRA. A ce moment, ESPINOSA a proposé qu'en tous les cas, la Cour ne puisse déclarer l'invalidité de la norme sinon la suspendre et l'envoyer au Parlement pour une décision définitive. Malgré son approbation, avant son adoption (puisqu'il s'agit d'une modification qui devait alors être soumise à un nouveau vote pour finalement la ratifier) le député RODRIGUEZ a interrompu le débat pour faire une proposition substitutive. Donc, cette proposition n'a pas été adoptée.

Le député SALAZAR et le Président de l'Assemblée, député MESA, ont contesté l'argument de ESPINOSA en se fondant sur l'article 275 du règlement qui établissait que lorsqu'une proposition a été suspendue et a été remplacée par une nouvelle, la première serait *suspendue indéfiniment* et ne pourrait être considérée à nouveau que sur décision explicite de la Chambre. Les députés avançaient que l'on devait donc comprendre cette proposition comme implicitement écartée ; une interprétation confirmée par l'Assemblée.

constitutionnalité des lois. Désormais, l'article 40 consacrait le contrôle diffus et l'article 41 entérinait le contrôle concentré. En outre, même si nous avons borné notre analyse au contrôle constitutionnel des normes ayant un haut degré hiérarchique, nous remarquons que cette réforme a aussi établi des mécanismes de contrôle de constitutionnalité des actes des municipalités[71].

82. De tous ces évènements nous pouvons tirer plusieurs conclusions. En premier lieu, les expériences vécues du point de vue institutionnel et politique sous le régime de la Constitution de 1886, et tout spécialement celles qui ont marqué la première décennie du XX^{e} siècle, ont amené les constituants de 1910 à se soucier et à enrichir les moyens de contrôle de constitutionnalité des actes normatifs.

83. Deuxièmement, à l'Assemblée, aucune proposition n'a fait consensus concernant le système de justice constitutionnelle ; ni au début ni à la fin des débats. Plusieurs types de systèmes ont été débattus ; aussi bien politiques que juridictionnels ; diffus que concentrés ; certains avec effets *erga omnes* et d'autres avec effets *inter partes*.

84. Troisièmement, nous pouvons aujourd'hui relever que le système retenu, consacrant un contrôle diffus et un contrôle concentré, n'a pas été pensé dans son ensemble. Les deux types de contrôle sont en effet issus de propositions distinctes. Un examen des discussions qui se sont tenues à l'Assemblée constituante nous permet de percevoir que les députés *n'ont pas analysé* l'interaction entre les deux types de contrôle et qu'ils n'ont pas pensé à délimiter clairement le champ d'application de chacun. Les deux propositions ont été présentées devant l'Assemblée constituante, promues par des politiciens. Peut-être l'approbation des deux a-t-elle été le fruit de négociations politiciennes et une manière de satisfaire les intérêts politiques des promoteurs des deux postures.

85. En revanche, nous pouvons faire l'hypothèse que les constituants avaient pris en considération le fait que l'existence de ces deux mécanismes pouvait assurer le but que s'était proposé d'atteindre l'Assemblée constituante : la défense

[71] En effet, l'alinéa 7 de l'article 59 établit les attributions des gouverneurs de département pour révoquer les actes des maires et transmettre les actes des municipalités aux juges compétents, pour contrôler leur constitutionnalité. De plus, l'article 64 établit une action publique contre les actes contraires à la Constitution et la loi des Conseils municipaux. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acto legislativo número 3 de 1910. *Diario oficial*. Bogota, 1910, Vol. XLVI, n^{o} 14131, 14132, p. 407‑409.

de la Constitution et la protection de la population des excès auparavant constatés de la part des deux pouvoirs, exécutif et législatif. En somme, malgré l'adoption parallèle et simultanée du contrôle concentré et du contrôle diffus, nous pouvons aujourd'hui constater, avec plus d'un siècle de recul, que la pratique constitutionnelle colombienne a cependant préféré sur le temps long le contrôle concentré au contrôle diffus.

PARTIE I UN SCÉNARIO FAVORABLE AU DÉVELOPPEMENT D'UN CONTRÔLE CONCENTRÉ

86. Le contrôle concentré a profité d'un scenario plutôt favorable en Colombie. En effet, l'histoire du constitutionnalisme colombien révèle l'existence d'importants précédents de contrôle concentré au XIX^{e} siècle ; un élément qui a fait qu'une fois adopté en 1910, ce type de contrôle a fait l'objet de développements progressifs, autant du point de vue des dispositions normatives que de la jurisprudence, au point d'avoir pu être conçu comme l'un des exemples les plus intéressants de contrôle concentré de constitutionnalité au monde (Titre I). Ce contexte propice au contrôle concentré est fortement lié à la place de celui-ci dans le système démocratique colombien. En effet, nous défendons la position selon laquelle le discours de la doctrine majoritaire portant sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité présuppose certaines conceptions, particulièrement vis-à-vis du système représentatif, qui ne sont pas valides pour le cas colombien. Au contraire, les défauts du système représentatif colombien semblent justifier que tout citoyen puisse exiger le contrôle d'une norme qu'il considère inconstitutionnelle en saisissant la Cour constitutionnelle et même participer aux procédures de contrôle de constitutionnalité initiées par d'autres citoyens. Une sorte de « forum participatif des idées » borné à une argumentation constitutionnelle des requérants et participants mais aussi des juges, s'est ainsi développé dans le cadre de l'exercice du contrôle concentré. Ceci a fortement contribué à l'amélioration progressive de la protection des droits, de la défense des minorités et de la séparation des pouvoirs (Titre II).

TITRE I L'ÉVOLUTION CONSTRUCTIVE D'UN CONTRÔLE CONCENTRÉ FORT

87. Depuis les débuts du constitutionnalisme colombien, on peut faire le constat que la majorité des systèmes de contrôle de constitutionnalité des normes adoptés ont plutôt été concentrés. En effet, plusieurs constitutions du XIX^{e} siècle ont prévu des systèmes de justice constitutionnelle soit juridictionnels soit juridico-politiques mais tous ayant un caractère concentré (Chapitre 1). Cette tradition a certainement contribué à un plus fort développement du contrôle concentré au XX^{e} siècle à partir du moment où tout citoyen a pu le déclencher à partir de 1910 (Chapitre 2).

CHAPITRE I LA PRÉSENCE DE SYSTÈMES CONCENTRÉS DE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ AU COURS DU XIX^{E} SIÈCLE

88. Le XIX^{e} siècle en Colombie a été caractérisé par de nombreux textes constitutionnels. Pendant les 90 ans de vie républicaine, depuis l'Indépendance en 1810 jusqu'à la fin du siècle, on recense, en effet, pas moins de neuf[72] constitutions nationales et autour d'une vingtaine de constitutions provinciales et fédérales durant l'époque dite des *Provinces Unies* (1911-1921) et celle des *États Unis de Colombie* (1863-1886). Certes, d'aucuns pourraient conclure à une « instabilité politique » au cours du XIX^{e} siècle au regard du nombre de constitutions nationales[73] qui se sont succédé, mais nous préférons nous concentrer ici sur l'analyse de la richesse des différentes méthodes de justice constitutionnelle qui ont été établies et des conceptions institutionnelles au fondement de chacune de ces constitutions. C'est pourquoi nous n'allons pas exposer les contextes historiques ni les causes qui ont conduit les Colombiens à implanter un système de contrôle de constitutionnalité[74] plutôt qu'un autre ; nous allons plutôt ici présenter une *classification* des systèmes de justice constitutionnelle établis dans ces différentes constitutions.

89. Nous en distinguons principalement trois : certaines constitutions ne prévoient pas de contrôle juridictionnel des lois (Section 1) ; d'autres consacrent des systèmes *hybrides* politico-juridictionnels (Section 2) ; enfin, quelques-unes ont établi des systèmes de contrôle proprement juridictionnels (Section 3).

---

[72] Y compris celle de 1830, même si elle n'a jamais été appliquée en raison de la dissolution de la Grande Colombie.

[73] VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla*. 1 Ed. Bogotá : Panamericana, 2012 ; BASILIEN-GAINCHE, ML. La constitucionalidad de contienda: la promoción jurídica de la guerra civil en la Colombia del siglo XIX. *Historia Crítica* [en ligne]. 2008. [Consulté le 20 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.org.co/pdf/rhc/n35/n35a08.pdf.

[74] À ce propos, voit à titre indicatif OSUNA, Néstor. Panorama De La Justicia Constitucional Colombiana. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en Latinoamerica?* 2010, p. 623‑643 ; TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978. ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936. Entre autres études.

SECTION 1 L'ABSENCE DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

90. Au niveau national, les Constitutions de 1821, 1830, 1832, 1843 et 1853 n'ont pas établi de système de contrôle juridictionnel des lois. Certes, on pourrait penser qu'en raison de cette absence, il a existé un système de suprématie parlementaire. Nous avons toutefois de bonnes raisons de penser que l'idée de suprématie constitutionnelle a tout de même été présente dans la pratique constitutionnelle colombienne du XIX^{e} siècle. Tout d'abord parce que les constitutions de 1832, 1843 et 1853 ont établi des contrôles de constitutionnalité de certains actes administratifs territoriaux qui, progressivement, sont devenus des contrôles de type juridictionnel (Paragraphe 1). D'autre part, nous pouvons relever que quelques constitutions ont établi des dispositifs juridictionnels permettant d'interroger la constitutionnalité des normes (Paragraphe 2). Enfin, parce nous disposons de nombreux documents politiques qui démontrent que l'idée d'une suprématie de la Constitution était déjà très enracinée parmi les leaders politiques et les dirigeants des institutions de la République[75] (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 Vers un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des actes administratifs territoriaux

91. Passons en revue quelques exemples intéressants de situations dans lesquelles, même en l'absence de système de contrôle de constitutionnalité, des dispositions normatives ont ouvert la voie à des formes de contrôle normatif en vue de garantir l'esprit de la Constitution. L'article 162 de la Constitution de 1832 avait ainsi établi que le Sénat était compétent pour connaître les demandes des citoyens contestant les résolutions des assemblées des provinces[76]. Ces actes administratifs pouvaient même être suspendus par le Président de la République s'il les trouvait contraires à la Constitution[77].

---

[75] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Control de constitucionalidad. Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*. T. 1. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2006.

[76] MONTAÑA PLATA, Alberto. *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 82‑83.

[77] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4^{e} éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 169.

92. La Constitution de 1843 ne prévoyait quant à elle pas de système de justice constitutionnelle[78], cependant la loi de 3 juin 1848 autorisait le Gouverneur de chaque province à suspendre les actes de la Chambre provinciale ou des autorités municipales au motif de leur caractère contraire à la Constitution[79].

Par ailleurs, les articles 23 et 24 de la Loi organique sur l'administration et le régime municipal du 22 juin 1850[80] octroyaient à la Cour Suprême « *la connaissance des causes directes, ouvertes et citoyennes contre les normes des Chambres des provinces et des "conseils paroissiaux" en raison de leur inconstitutionnalité* »[81].

93. Enfin, la Constitution de 1853 ne permettait pas non plus de contrôle de constitutionnalité des lois mais son article 42-6 accordait à la Cour Suprême la compétence de contrôler la constitutionnalité des ordonnances des municipalités[82].

PARAGRAPHE 2 Les questions judiciaires de droit ordinaire

94. Les Constitutions de 1830, 1832 et 1858 (la première n'est jamais entrée en vigueur) ont consacré une « question judiciaire », respectivement dans leur article 110-9[83], 131-6[84] et 50[85]. Précisément, il était prévu que la juridiction

---

[78] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009.

[79] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Control de constitucionalidad. Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*. T. 1. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2006.

[80] REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Codificación nacional*. Bogota : Imprenta Nacional, 1929, Vol. T. XIV, p. 158.

[81] Traduction par nos soins de FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional* [en ligne]. 2012, no 12, p. 52. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/2268/2219.

[82] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009.

[83] 1. « Artículo 110.- Habrá en la capital de la República una Alta Corte de Justicia, cuyas atribuciones son: […] 9. Oír las dudas de los Tribunales Superiores, sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto de Poder Ejecutivo; […] » RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009.

[84] « Artículo 131.- Habrá en la capital de la República una corte suprema de justicia, cuyas atribuciones son: […] 6. Oír las dudas de los tribunales superiores sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al congreso, por conducto del Poder Ejecutivo. » RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009.

[85] « Artículo 51.- La Corte Suprema oirá las consultas que le dirijan los Jueces y Tribunales de la Confederación sobre la inteligencia de las leyes nacionales, y las dirigirá al Congreso expresando su opinión sobre el modo de resolverlas. » CONGRESO DE LA NUEVA GRANADA. Constitución para la

suprême doive écouter les questions posées par les juges portant sur l'*intelligence* des lois, pour ensuite, renvoyer l'affaire au Parlement. Dans cet ordonnancement constitutionnel, le Parlement était en effet l'unique institution qui pouvait décider sur l'intelligence, voire l'interprétation, des lois et même de la Constitution. Sans avoir pu trouver - pas encore – d'exemples réels de son exercice, nous pensons qu'avec ce type de mécanisme, des interprétations non-constitutionnelles des normes ont pu être mises en question. Sans pouvoir affirmer qu'il s'agit d'une méthode de contrôle de constitutionnalité en tant que telle, il est donc possible de suggérer que ce dispositif a permis de garantir une interprétation conforme à la Constitution des normes[86].

PARAGRAPHE 3 Des pratiques constitutionnelles tendant à la préservation de la suprématie de la Constitution

95. Pendant les périodes durant lesquelles ces Constitutions qui ne prévoyaient pas de systèmes juridictionnels de contrôle de constitutionnalité étaient en vigueur, on a pu toute de même relever des pratiques politiques et institutionnelles tendant à contrôler la constitutionnalité des actes des pouvoirs publics (plutôt vers la première moitié du XIX^{e} siècle). C. RESTREPO PIEDRAHITA, le principal historien du droit constitutionnel colombien, a ainsi mis en lumière de nombreux documents qui dévoilent une tendance à un contrôle de constitutionnalité de fait. Certes, ces documents ne suffisent pas à *démontrer* l'existence de systèmes de justice constitutionnelle ; ils permettent néanmoins de relever deux points intéressants.

96. Premièrement, que les dirigeants politiques avaient une certaine conception de la suprématie de la Constitution, donc la conscience de la nécessité de corriger les actes qui violeraient la Charte. Ainsi, des discours parlementaires mais aussi des actes juridiques se fondaient et s'amendaient au regard des normes constitutionnelles[87]. Deuxièmement, qu'il y a eu une évolution progressive de

---

Confederación Granadina de 1858. *www-suin-juriscol.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mai 1858, n^{o} S/N. [Consulté le 8 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020216?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

[86] Sans doute, il s'agit d'un sujet qui attirera notre attention dans le cadre de recherches historiques futures.

[87] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Control de constitucionalidad. Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*. T. 1. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2006.

certaines institutions et procédures qui ont été prises en compte dans les futures conceptions constitutionnelles comme éléments constitutifs d'un véritable système de justice constitutionnelle. Mentionnons, par exemple, les objections présidentielles aux lois pour cause d'inconstitutionnalité, la place du Procureur général de la Nation pour défendre la Constitution contre des actes normatifs contraires à la Charte, ou encore l'action des citoyens visant à demander la suspension de normes -même devant le Parlement-.

SECTION 2 UN CONTRÔLE POLITICO-JURIDIQUE ET JURIDICTIONNEL ?

97. Les moyens de contrôle prévus dans les Constitutions de 1858 et 1863 méritent une mention particulière parce qu'ils établissent un système de contrôle politico-juridique mais on peut aussi percevoir une montée en puissance de la juridiction pour effectuer ce contrôle. Précisément, les articles 50 de la Constitution de 1858 et 72 de celle de 1863 ont établi un dispositif de contrôle de constitutionnalité que l'on pourrait classer comme politico-juridique mais la pratique révèle une tournure juridictionnelle de ce mécanisme.

98. Selon les articles 50 de la Constitution de 1858[88] et 72 de celle de 1863[89], la Cour suprême de justice pouvait en effet suspendre les normes juridiques édictées par les états fédérés si elle les considérait inconstitutionnelles. Ensuite, elle devait envoyer l'affaire au Sénat national pour qu'il se prononce définitivement sur la validité ou la nullité de ces actes normatifs.

99. Tandis que la Constitution de 1858, de manière simple, établissait la compétence de la Cour suprême « *pour suspendre l'exécution des actes des législatures des états* » en cas d'inconstitutionnalité, la Constitution de 1863 disposait expressément que cette compétence était déclenchée sur demande d'un citoyen ou du Procureur général de la Nation. De plus, la Constitution conditionnait la suspension de la norme en question à la décision unanime de l'ensemble des

[88] CONGRESO DE LA NUEVA GRANADA. Constitución para la Confederación Granadina de 1858. *www-suin-juriscol.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mai 1858, nº S/N. [Consulté le 8 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020216?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

[89] CONVENCIÓN NACIONAL. *Constitución política de los Estados Unidos de Colombia de 1863*. Bogota, 1863.

membres de la Cour, suivie d'un renvoi de l'affaire au Sénat afin qu'il prenne une décision définitive sur la « *validité ou la nullité desdits actes* ».

100. On pourrait penser qu'étant tranchée par le Sénat, une telle décision serait naturellement politique. Cependant, à la différence de ce qui arrivait pour la « question judiciaire », on trouve dans les archives plusieurs exemples d'application de ce mécanisme qui permettent de s'en faire une meilleure idée. Précisément, plusieurs documents montrent que lorsque le Sénat tranchait une affaire de contrôle de constitutionnalité des lois des états, il le faisait par décision motivée et consensuelle, au nom du pouvoir judiciaire.

101. Nous sommes ainsi fortement persuadés que le Sénat, en tant qu'institution politique, a conçu le contrôle de constitutionnalité comme une fonction proprement *juridictionnelle* ; ses décisions devant contenir les mêmes éléments qu'un arrêt juridictionnel. Ce constat nous amène à conclure qu'il s'agissait d'un contrôle *simultanément politique et juridictionnel*[90].

SECTION 3 DES CONTRÔLES JURIDICTIONNELS

102. Il existait, au cours du XIX^e^ siècle, deux moyens de contrôle de constitutionnalité définitivement juridictionnels en Colombie. En premier lieu, durant les premières années de la République, certaines Constitutions ont consacré des « Sénats conservateurs » en tant que véritables chambres juridictionnelles chargées du contrôle de constitutionnalité des actes des autorités publiques (Paragraphe 1). D'autre part, la dernière des Chartes constitutionnelles du XIX^e^ siècle a entériné un contrôle de constitutionnalité à travers des objections présidentielles portées aux projets de lois votés par le Parlement (Paragraphe 2)

PARAGRAPHE 1 Les « *Sénats conservateurs* » : de véritables chambres juridictionnelles

103. La Constitution de Cundinamarca de 1811 et la Constitution de Carthagène de 1812, deux des premières constitutions provinciales de la première

[90] MALAGÓN PINZÓN, Miguel, La acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario. *Revista de estudios socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, julio - diciembre, Vol. 9, N° 2, Bogotá, 2007. Pp 207-231

étape de la période républicaine de la Colombie, ont consacré des contrôles juridictionnels de constitutionnalité de manière similaire.

104. La première constitution provinciale édictée après l'Indépendance - qui est aussi la première constitution du monde hispanique au sens moderne du terme[91] - a été celle de Cundinamarca adoptée le 4 avril 1811. Cette Charte prévoyait un système de contrôle de constitutionnalité de tous les actes émis par tous les pouvoirs publics. L'article 9 du titre I du texte constitutionnel prévoyait en effet : « *il y aura un Sénat de censure et de protection,* […] *chargé des soutenir cette constitution et les droits du peuple, à cette fin, d'office ou à la demande de tout citoyen, toute infraction ou usurpation de tous ou chacun des trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire contre la teneur de la Constitution pourra être réclamé* »[92].

105. De plus, l'article 11 du titre VII sur le pouvoir judiciaire précisait que « […] le Sénat est obligé de prendre en considération toute plainte ou avertissement documenté présenté par tout pouvoir, fonctionnaire ou citoyen […] »[93] arguant l'inconstitutionnalité d'actes ou de conduites des pouvoirs publics.

106. De son côté, la Constitution de Carthagène de 1812 a établi un système de contrôle juridictionnel de constitutionnalité identique à celui de la Charte de Cundinamarca de 1811. La seule différence est le *nom* de l'institution en charge mais ses fonctions et la rédaction même de la disposition est très similaire[94]. En effet, l'article 9 du Titre II de cette Constitution consacra un « Sénat conservateur », tête du pouvoir judiciaire, « *dont les attributions sont de soutenir la Constitution, réclamer ses infractions, connaître des accusations publiques contre des fonctionnaires des trois*

---

91 VANEGAS, Isidro. La Constitución de Cundinamarca: la primera del mundo hispánico. *Historia Constitucional*. 2011, nº 12, p. 221‑260 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 11 ; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional* [en ligne]. 2012, nº 12, p. 166‑167. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/2268/2219.

92 URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. V. II. Madrid : Ediciones cultura hispánica, 1985, p. 351 Voir aussi l'article 4 du titre VII. p. 376.

93 URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. V. II. Madrid : Ediciones cultura hispánica, 1985, p. 377.

94 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 18.

pouvoirs […] »[95]. L'article 23 de la Section I du Titre VIII sur le pouvoir judiciair, consacrait aussi qu'étant donné que le *« principal objet de son existence est de conserver et maintenir intacte la Constitution, le Sénat est obligé de prendre connaissance de toute infraction notoire de la Constitution, des pouvoirs ou de ses membres, à la demande ou avertissement documenté de tout pouvoir, fonctionnaire publique ou citoyen* […] »[96].

107. Il s'agissait, à ce moment-là, d'un contrôle juridictionnel. Mais le « Sénat de censure et protection » de la Constitution de Cundinamarca, comme le « Sénat conservateur » de la Constitution de Carthagène, contrairement à ce que peut laisser croire leur dénomination respective, n'étaient pas du tout des chambres législatives[97].

PARAGRAPHE 2 Le contrôle des objections présidentielles aux projets de loi

108. La dernière Constitution du XIX[e] siècle, celle de 1886, établissait un système de contrôle de constitutionnalité *a priori*. Selon son article 90, le Président

---

[95] URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. V. II. Madrid : Ediciones cultura hispánica, 1985, p. 523.

[96] URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. V. II. Madrid : Ediciones cultura hispánica, 1985, p. 543‑547.

[97] Une importante partie de la doctrine considère que l'origine du « Sénat de Censure et Protection » établi par la Constitution de Cundinamarca de 1811 - et l'argument s'appliquerait aussi pour le « Sénat conservateur » de la Constitution de Carthagène - est le « Sénat conservateur » de la Constitution française de 1799. En effet, une des principales fonctions de l'institution française, prévue tout particulièrement dans l'article 21 de la Constitution, est qu'il « *maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Gouvernement* […] ». Mais le Sénat conservateur français était l'une des institutions relevant du pouvoir législatif, alors que les Sénats analysés ici sont des institutions judiciaires.

Cependant, plusieurs constitutions provinciales ont prévu des « Sénats conservateurs » exerçant en tant que chambres législatives ; par exemple, la Constitution de Cundinamarca de 1812, la Constitution de Tunja de 1811 ou la Constitution des Provinces Unies de la Valle del Cauca de 1814. En revanche, les institutions analysées ci-dessus ont été désignées explicitement comme les hautes juridictions de ces ordonnancements juridiques.

De plus, le Sénat conservateur français ne pouvait être saisi que par le Gouvernement, alors que le Sénat néogrenadin permettait une saisine par tout citoyen.

RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 4. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 17 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Primeras constituciona de Colombia y Venezuela 1810-1830*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 72.

de la République pouvaient émettre des objections à l'encontre de projets de loi ratifiés par le Parlement au motif de leur inconstitutionnalité ; une démarche qui pouvait conduire à un jugement sur la constitutionnalité du projet devant la Cour suprême de justice.[98]

109. Précisément, lorsqu'un projet de loi était voté par le Parlement, il était envoyé au Président de la République pour approbation. Ce dernier pouvait alors présenter des objections au projet de loi s'il le considérait inconstitutionnel. Après une première analyse, il le renvoyait aux deux chambres législatives en explicitant les raisons de ses objections. Si le Parlement confirmait cependant son approbation du projet de loi par un vote de 2/3 de ses membres, alors l'affaire était renvoyée à la Cour suprême de justice qui devait déterminer si le projet était constitutionnel ou s'il ne l'était pas. Si elle le considérait conforme à la Charte, le Président de la République ne pouvait refuser de l'entériner. Dans le cas contraire, le projet était archivé.

110. D'une manière globale, il ressort de ces exemples de contrôle de constitutionnalité des lois que le modèle conçu était, en pratique, concentré mais aussi, d'un point de vue conceptuel, que le contrôle juridictionnel de la Constitution était une réflexion présente dans le constitutionnalisme colombien depuis le début de la République. Cette présence historique a notamment contribué à ce qu'une fois que les deux moyens de contrôle ont été constitutionnellement consacrés en 1910, le contrôle concentré a pu se développer et se renforcer plus fortement que le contrôle diffus au cours du XX^{e} siècle.

[98] Nous sommes de l'avis selon lequel plus qu'un système de justice constitutionnelle, il s'agissait en fait d'une prérogative du Président de la république pour « contrôler » le Parlement. En effet, si le Président de la République faisait une objection à un projet de loi, le Parlement ne pouvait insister sur sa décision qu'avec une majorité qualifiée des 2/3 des membres des deux Chambres. Et s'il insistait, été déclenché un procès de constitutionnalité devant la Cour suprême de justice.

CHAPITRE II LE RENFORCEMENT CONTINU DU CONTRÔLE CONCENTRÉ DEPUIS 1910

111. Après 1910, le système de justice constitutionnelle concentré a vécu un lent processus de renforcement, principalement en raison de deux facteurs : la spécialisation de l'organe chargé du contrôle concentré d'une part (Section 1) et l'optimisation de ses compétences pour contrôler la constitutionnalité des normes d'autre part (Section 2).

SECTION 1 VERS UNE SPÉCIALISATION DE L'ORGANE CHARGÉ DU CONTRÔLE CONCENTRÉ

112. Le contrôle de constitutionnalité a été confié en 1910 à la Cour suprême de justice. Cependant, durant le XX^{e} siècle, le constituant dérivé a décidé d'octroyer le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs relevant de l'ordre national au Conseil d'État (Paragraphe 1). Par ailleurs, à plusieurs reprises, le constituant a voulu créer une Cour constitutionnelle ; une réforme qui n'a toutefois pu aboutir qu'en 1991 (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Un Conseil d'État chargé de vérifier la constitutionnalité des règlements

113. Comme nous l'avons vu, le contrôle de constitutionnalité concentré, tel qu'il a été conçu en 1910, octroyait à la Cour suprême de justice la compétence de connaître aussi bien les objections présidentielles pour inconstitutionnalité que les demandes des citoyens contre toutes les lois ainsi que tous les décrets édictés par le Gouvernement.

114. Cependant, la loi 167 de 1941 portant *Code du contentieux administratif*, prévoyait que le Conseil d'État avait compétence pour juger du contrôle de constitutionnalité des règlements du Gouvernement. En effet, son article 62 établissait que « *pourront être accusés devant le Conseil d'état ou devant les tribunaux administratifs, selon les règles de compétence signalées dans les deux chapitres précédents : les décrets, les résolutions et d'autres actes du Gouvernement,*

les ministres et autres fonctionnaires, employés ou personnes administratives, au motif d'inconstitutionnalité ou illégalité […] »[99].

115. Cette concurrence de compétences entre les deux juridictions a conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de 1941 par la Cour suprême de justice[100]. Cependant, l'idée d'octroyer la compétence au Conseil d'État pour réaliser le contrôle de constitutionnalité des règlements semblait à l'époque être une bonne mesure afin d'accélérer le délai de prise de décisions juridictionnelles sur des affaires de constitutionnalité[101].

116. Finalement, l'Acte législatif 1 de 1945 a modifié la Constitution pour trancher ce conflit de compétences entre juridictions suprêmes en octroyant au Conseil d'État le contrôle de constitutionnalité des « *décrets dictés par le Gouvernement, lorsqu'il ne s'agit pas des décrets en exercice des facultés consacrées dans les alinéas 11 et 12 de l'article 69 et de l'article 117 de cette constitution* »[102].

Ainsi, l'article 53 de cette réforme *a réduit* la compétence de la Cour suprême de justice établie dans l'article 40 de l'Acte législatif 3 de 1910. En effet, désormais, la Cour suprême de justice n'allait être compétente que pour contrôler la constitutionnalité des objections présidentielles pour inconstitutionnalité lorsque le Parlement aura insisté et des demandes expresses des citoyens sur toutes les lois. Concernant les décrets du Président de la République, la compétence de la Cour a été réduite à trois types de normes : deux prévues aux alinéas 11 et 12 de l'article 69 et une autre à l'article 117 de la Constitution.

- Les premières, appelés par la doctrine *décrets spéciaux*[103], sont des normes que le Président de la République peut émettre lorsque le

[99] COLOMBIE, Loi 167 de 1941, article 62 [In] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 58.

[100] COLOMBIE, Cour Suprême de justice de la. Arrêt du 7 jullet 1942. Bogotá: Gaceta judicial, T III, pp. 5-231 [In] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 59.

[101] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 64‑65.

[102] Traduit à nos soins. Article 41. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1. *Diario oficial* [en ligne]. 1945, n° 25769, p. 593-600. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969.

[103] PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogota : Editorial Horizontes, 1974, p. 479.

Parlement concède « *des autorisations au Gouvernement pour réaliser des contrats, négocier des emprunts, aliéner des biens nationaux et exercer d'autres fonctions au sein de l'orbite constitutionnelle* »[104] (selon l'alinéa 11 de l'article 69 constitutionnel).

- Les deuxièmes, mieux connues sous le nom de *décrets-loi*, sont des normes édictées par le Président de la République lorsque le Parlement lui a temporairement octroyé des « *facultés précises et extraordinaires* » pour élaborer des décrets ayant force de loi.

- Les troisièmes, enfin, les *décrets législatifs*, sont des normes de nature temporaire que le Président de la République édicte dans le cadre d'un état de siège pour résoudre une situation exceptionnelle.

117. Pour résumer, avec cette modification constitutionnelle de 1945, la Cour suprême de justice a gardé une compétence en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, des projets de lois, des décrets-lois, des décrets législatifs et des décrets spéciaux ; tandis que le Conseil d'État a acquis la compétence du contrôle de constitutionnalité des règlements.

118. De 1945 jusqu'à nos jours, cette attribution du Conseil d'État n'a pas changée. En effet, le constituant de 1991 l'a maintenue. Précisément, l'alinéa 2 de l'article 237 établit la compétence du Conseil d'État pour connaître « *des actions de nullité pour inconstitutionnalité des décrets du Gouvernement National dont la compétence ne relève pas de la Cour constitutionnelle* »[105].

119. Dans le système constitutionnel de 1991, la compétence du Conseil d'État semble ainsi *résiduelle* face à celle de la Cour constitutionnelle. Autrement dit, toute norme dont le contrôle de constitutionnalité ne relève pas de la Cour constitutionnelle sera contrôlée par le Conseil d'État.

---

[104] CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Constitución política de 1886. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 7 août 1886, n° 6758-6759, p. 801. [Consulté le 1 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862.

[105] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

120. Par ailleurs, il est intéressant de noter que dans ses arrêts antérieurs à 1991, le Conseil d'État avait admis sa compétence pour connaître les demandes formées contre les actes administratifs de l'ordre national même *s'ils ne provenaient pas* du Gouvernement National. Récemment, le paragraphe de l'article 135 du *Code de procédure administrative et du contentieux administratif* (CPACA), acté par la loi 1437 de 2011, suivant la même logique, a établi explicitement la possibilité de « *demander la nullité des actes de caractère général qui par disposition constitutionnelle explicite soient émis par des entités ou des organismes distincts du Gouvernement National* » [106].

121. Cette spécialisation du contrôle des actes administratifs relevant de l'ordre national a notamment contribué au renforcement du contrôle concentré. Cette attribution de compétence au Conseil d'État a été principalement fondée sur la nécessité de réduire le nombre important d'affaires traitées à l'époque par la Cour suprême de justice qui affectait l'efficacité de son contrôle. Le Conseil d'État, juge suprême des actes administratifs, a obtenu constitutionnellement la compétence d'exercer un contrôle qui ne s'arrêtait pas au texte de la loi mais tenait aussi compte des possibles affronts faits à la Charte.

122. D'autre part, le contrôle effectué par la Cour suprême de justice a aussi vécu un processus de spécialisation au point d'aboutir à l'institution d'une Cour constitutionnelle en 1991. La justification principale de cette création constitutionnelle a été celle de la nécessité d'un juge plus connaisseur du droit constitutionnel.

PARAGRAPHE 2 Vers la création d'une Cour constitutionnelle

123. Entre 1957 et la nouvelle Constitution de 1991 toujours en vigueur, plusieurs tentatives de consécration d'une Cour constitutionnelle ont eu lieu en

---

[106] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 18 janvier 2011, nº 47956. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#135.

Cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle sous réserve d'interprétation. En effet, la Cour a établi que cette disposition n'empêchait pas qu'elle puisse prendre connaissance d'autres actes normatifs, tel que ceux des organes autonomes ou des actes administratifs liés à des normes sous le contrôle de la Cour. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-400 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. [s. d.]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-400-13.htm.

Colombie. Même si la Constitution n'a finalement pas été modifiée pour l'établir avant 1991, nous pouvons relever que cette idée a progressivement gagné en force tout au long de la seconde moitié du XX^{e} siècle. En l'absence de réforme, des mesures pour spécialiser le contrôle de constitutionnalité ont toutefois été mises en place (1). Il faudra néanmoins attendre 1991 pour qu'une véritable Cour constitutionnelle soit établie dans le pays (2).

1 Des tentatives avortées de création d'une Cour constitutionnelle mais favorisant la spécialisation du contrôle concentré de la loi

124. Durant la seconde moitié du XX^{e} siècle, on peut observer plusieurs tentatives d'instaurer une Cour constitutionnelle. Bien que celles-ci n'aient finalement pas abouti, il est intéressant de noter que l'idée d'un besoin de spécialisation du contrôle concentré de la loi a pénétré la pensée du constitutionnalisme colombien au point que des mesures tendant à une telle spécialisation ont progressivement été mises en œuvre. Nous analyserons brièvement ces tentatives en prenant en considération leurs justifications.

125. Les deux premières tentatives visant à spécialiser le contrôle concentré de constitutionnalité ont eu lieu pendant le *régime militaire*, entre 1953 et 1957. Comme a pu le relever Mario CAJAS SARRIA, on pourrait trouver paradoxal qu'un régime militaire veuille établir un renforcement du contrôle de constitutionnalité mais cette politique, plus qu'une amélioration du système, cherchait en réalité à permettre un plus fort contrôle de l'exécutif sur la Cour suprême de justice[107].

Les justifications de ces mesures alors exposées par le Gouvernement nous semblent importante à étudier, notamment parce qu'elles se répéteront à d'autres moments de l'histoire constitutionnelle : premièrement, les décisions de constitutionnalité de la Cour prenant beaucoup de retard, un juge spécialisé permettrait de réduire le délai d'analyse et de prise de décision ; deuxièmement, les

[107] CAJAS SARRIA, Mario. La justicia constitucional del general Gustavo Rojas Pinilla: entre el tribunal de garantías constitucionales y la sala de negocios constitucionales. Colombia, 1953-1957. *Revista de historia constitucional*. 2016, n^{o} 17, p. 289.

juges de la Cour n'étant pas des experts en droit public, leurs décisions n'étaient pas suffisamment techniques.

126. En 1957, une « *Commission paritaire de régulation institutionnelle* » a été mise en place en vue de réorganiser et moderniser les institutions colombiennes. Elle proposa la création d'une Cour constitutionnelle[108]. Certes, ce projet n'a pas été approuvé par le Parlement, mais il a mis en lumière l'idée selon laquelle l'instauration d'une Cour constitutionnelle pouvait répondre à trois problèmes présents dans le système constitutionnel d'alors : premièrement, la méconnaissance et le manque d'intérêt des magistrats pour les questions de droit public ; deuxièmement, un excès de travail dans leurs propres spécialités qui générait un manque de temps pour résoudre des affaires de constitutionnalité, donc un retard constant dans l'édiction des arrêts d'inconstitutionnalité ; enfin, troisièmement, la volonté de limiter la possible influence des partis politiques sur la juridiction (c'était, à ce moment-là, le Gouvernement qui proposait et le Parlement qui choisissait et désignait les magistrats)[109].

127. Entre 1966 et 1968, un nouveau projet de réforme constitutionnelle, établissant notamment une Cour constitutionnelle, a été discuté au Parlement. Le texte original du projet octroyait à la Cour constitutionnelle envisagée plus de compétences de contrôle normatif que celle antérieurement proposée[110].

D'une manière similaire aux partisans de la précédente proposition, les défenseurs de ce projet ont présenté la réforme comme une solution à trois

---

[108] En somme, le projet attribuait les compétences établies en 1910 à la Cour suprême de justice à la Cour constitutionnelle. Cependant, le Parlement ne l'a pas adopté. OSUNA, Néstor. Panorama De La Justicia Constitucional Colombiana. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en Latinoamerica?* 2010, p. 627.

[109] Anales de la Comisión paritaria de reajuste institucional. Bogotá : Imprenta nacional. No 18. 4 octobre 1957. pp. 139 In RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 97‑98.

[110] En plus des attributions existantes, la Cour contrôlerait automatiquement les décrets dans le cadre des états d'exception et la conformité des traités internationaux. Les objections pour inconstitutionnalité émises par les gouverneurs sur les actes des assemblées départementales et des conseils municipaux (contrôlées d'ailleurs par les tribunaux départementaux), seraient désormais de la compétence de la Cour constitutionnelle. Une autre particularité de cette proposition a été que les exceptions d'inconstitutionnalité seraient décidées par la Cour constitutionnelle, éliminant ce faisant le contrôle diffus du système colombien en prévoyant une sorte de contrôle concentré des espèces avec effets *inter partes.* CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario oficial, No 32347 de 1967. In RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 99‑103.

situations problématiques *du contrôle concentré* de justice constitutionnelle : premièrement, comme une manière de garantir des décisions plus rapides grâce à un tribunal spécialisé en matière constitutionnelle ; deuxièmement, pour corriger l'existence problématique d'un contrôle de constitutionnalité réparti entre différents juges ; enfin, troisièmement, pour inclure un contrôle de constitutionnalité des traités internationaux[111]. Le projet a toutefois été modifié lors des derniers débats législatifs, en réduisant fortement sa portée ambitieuse. Concrètement, l'article 71 de l'Acte législatif 1 de 1968 a finalement créé une Chambre constitutionnelle au sein de la Cour suprême de justice chargée de préparer les projets de décisions qui seront votées par sa Chambre plénière[112] ; non une Cour constitutionnelle en tant que telle.

128. En 1977, à la suite de la réunion d'une autre commission d'experts pour réformer l'administration de la justice et le régime territorial de la Colombie, le Gouvernement a initié une réforme constitutionnelle visant à modifier la Constitution par la voie d'une Assemblée constituante. Le projet de réforme justifiait la création d'une véritable Cour constitutionnelle après l'expérience douce-amère de presque une décennie d'application de l'amendement de 1968. En effet, même si la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice a apporté une amélioration du contrôle de constitutionnalité concentré, le fait que la décision finale statuant de la constitutionnalité des actes mis en cause était prise par sa Chambre plénière affectait la qualité des arrêts rendus. Composée d'une majorité de juges spécialisés dans d'autres branches du droit, la Chambre plénière réfutaient souvent les arguments portant spécifiquement sur l'inconstitutionnalité de l'acte en cause qui lui étaient présentés par la Chambre constitutionnelle[113].

Une fois l'autorisation de modification par voie d'Assemblée constitutionnelle approuvée par le Parlement, le Gouvernement a convoqué son élection. LA réforme a été déclarée inconstitutionnelle sans avoir jamais produit des

---

[111] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 103‑112.

[112] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, n° 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[113] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 114‑127.

effets juridiques, principalement parce que le Plébiscite de 1957 avait proscrit tout amendement constitutionnel différent de celui réalisé par le Parlement[114].

129. Par conséquent, le Gouvernement essaya de reformer la Constitution en 1979, cette fois par la voie parlementaire. Le projet original prévoyait aussi la création d'une Cour constitutionnelle ; une proposition qui n'a toutefois pas été adoptée par le Parlement qui souhaitait maintenir la compétence du contrôle en faveur de la Cour suprême de justice.

La préoccupation pour une spécialisation des juges constitutionnels a tout de même été prise en compte par le constituant dérivé. En effet, le paragraphe de l'article 58 sépara la compétence de contrôle de constitutionnalité de la Chambre plénière de celle de la Chambre constitutionnelle : la première contrôlerait les réformes à la Constitution et les décrets législatifs ; tandis que la seconde jugerait de la constitutionnalité des autres normes[115]. La Chambre constitutionnelle deviendrait ainsi une « Cour constitutionnelle » au sein de la Cour suprême de justice[116].

Néanmoins, la réforme de 1979 a finalement eu une vie très courte (près de deux ans), la Cour suprême de justice ayant déclaré cet Acte législatif contraire à la Charte au motif que son adoption n'avait pas respecté les procédures constitutionnelles[117].

130. La dernière tentative de création d'une Cour constitutionnelle avant sa consécration en 1991 a eu lieu en 1988[118]. Le Gouvernement initia alors une réforme d'envergure de la Constitution de 1886 ; une sorte de grande « mise à jour institutionnelle ». Une des plus importantes modifications envisagées concernait le système de justice constitutionnelle. Le projet proposait un dispositif exclusivement

---

[114] SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1978. *Gaceta judicial*. Bogota, 5 mai 1978, n° 2397, p. 105.

[115] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 1 de 1979. *Diario oficial*. Bogota, 20 décembre 1979, p. 91 et ss.

[116] À cet égard, CAJAS SARRIA, Mario. La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1991. *Precedente*. 2015, Vol. 7, n° jul-dic, p. 137.

[117] SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia 57 de 1981. *Gaceta judicial*. Bogota, 3 novembre 1981, n° 2405, partie VIII.

[118] OSUNA, Néstor. Panorama De La Justicia Constitucional Colombiana. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en Latinoamerica?* 2010, p. 629.

concentré entre les mains d'une Cour constitutionnelle[119]. Cependant, au cours des débats parlementaires, cette proposition a de nouveau été mise de côté[120].

131. Cette chronique - un peu brève mais intéressante - des réformes constitutionnelles proposées et votées nous a permis de souligner de quelle manière l'idée d'un juge constitutionnel spécialisé a fait son chemin dans la pensée constitutionnelle colombienne de la seconde moitié du XX^{e} siècle. Bien que les tentatives de création d'une Cour constitutionnelle aient échoué pour différentes raisons, un pas important vers la spécialisation du juge constitutionnel a été initié en 1968. Mais ce « processus d'essais-échecs » a certainement contribué au fait que la création d'une Cour constitutionnelle a été l'un des sujets les plus débattus durant l'Assemblée nationale constituante de 1991.

2 L'établissement d'une Cour constitutionnelle forte depuis 1991

132. La Cour constitutionnelle n'a donc finalement été établie qu'avec la Constitution de 1991. Sa création, cependant, n'a pas été facilement acceptée au sein de l'Assemblée nationale constituante. Les constituants n'étaient pas complètement d'accord avec l'établissement d'une Cour constitutionnelle et les débats ont notamment tourné autour de la question du maintien d'un contrôle de constitutionnalité assuré par la Cour suprême de justice. Parallèlement, les éléments du contrôle concentré ont été perfectionnées dans le cadre d'une nouvelle conception institutionnelle.

133. La plupart des projets de constitution alors présentés qui ont traité du contrôle de constitutionnalité ont tendu à le maintenir entre les mains de la Cour suprême de justice[121]. Seuls trois de ces projets ont préféré proposer la création

---

[119] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Proyecto de reforma constitucional. Dans : *Reforma constitucional*. Bogota : Imprenta Nacional, novembre 1988, p. 37.

[120] TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4^{e} éd. Bogota : Ibañez, 2012, p. 59.

[121] ZALAMEA, Alberto. Proyecto de Constitución política de Colombia. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 28 février 1991, n^{o} 12, p. 24 ; CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 58. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 18 mars 1991, n^{o} 22, p. 64 ; ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Proyecto de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 112. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 26 mars 1991, n^{o} 27, p. 32 ; GARCÉS LLORREDA, María Teresa. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 13. *Gaceta constitucional*. Bogotá, 20 février 1991, n^{o} 36, p. 10-18 ; NAVARRO WOLF, Antonio. Proyecto Acto Reformatorio de la Constitución Política No 7. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 19 février 1991, n^{o} 8, p. 20 ; FAJARDO LANDAETA, Jaime Álvaro et MEJÍA AGUDELO, Darío Antonio. Propuesta de acto

d'une Cour constitutionnelle[122]. Parmi ces derniers, on trouve le projet de réforme constitutionnelle présenté par le Gouvernement qui a servi de texte base à l'adoption puis à la modification des normes qui consacreront *in fine* la Cour constitutionnelle. Autrement dit, la Constitution de 1991 a fortement été inspirée par ce projet.

134. Presque identique à la tentative de 1988, ce projet lui octroyait un large nombre d'attributions, voire même plus que celles dont elle dispose effectivement actuellement. Outre un contrôle automatique et par voie d'action publique, il lui accordait le contrôle des actes administratifs et avait même prévu une question judiciaire de constitutionnalité ainsi qu'un recours en inconstitutionnalité concret avec effets *inter partes*[123].

135. La quatrième Commission, chargée de l'étude de l'administration de la justice, a délégué aux députés GARCÉS LLOREDA et VELASCO GUERRERO l'analyse du système de justice constitutionnelle. Bien que les deux députés aient présenté ensemble un rapport devant la Commission qui établissait une Cour constitutionnelle[124], le député VELASCO GUERRERO a en outre présenté à titre personnel une proposition octroyant le contrôle de constitutionnalité à la Cour suprême de justice[125]. Par ailleurs, même si la Commission a approuvé majoritairement la création d'une Cour constitutionnelle, les députés ont tout de même aussi tenu à présenter un *rapport de minorité* en faveur du maintien du

---

reformatorio de la Constitución política de Colombia. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 26 mars 1991, nº 27, p. 32.

[122] GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 2. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 12 février 1991, nº 5, p. 32 ; URIBE VARGAS, Diego. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No 6. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 18 février 1991, nº 7, p. 32 ; GÓMEZ MATÍNEZ, Juan et LONDOÑO, Hernando. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 9. *Gaceta constitucional*. Bogotá, 19 février 1991, nº 9, p. 24.

[123] À notre avis, c'est le projet d'établissement d'une cour constitutionnelle le plus ambitieux et important jamais présenté dans l'histoire du constitutionnalisme colombien. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Proyecto de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia*. Bogota : Imprenta Nacional, 1991, p. 80-82.

[124] GARCES LLOREDA, María Teresa et VELASCO GUERRERO, José María. Informe de Ponencia ante la Comisión Cuarta: Control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, nº 36, p. 17-18.

[125] VELASCO GUERRERO, José María. Informe de ponencia ante la Comisión Cuarta. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, nº 36, p. 19-28.

contrôle à la Cour suprême de justice, afin que l'Assemblée dispose des deux points de vue pour se décider définitivement en la matière[126].

136. Le premier débat qui s'est tenu à l'Assemblée plénière a été long et complexe et les députés ne sont pas arrivés à un accord[127]. Nous avons pu observer que les justifications des deux côtés sont devenues très fortes et difficiles à concilier. D'un côté, l'argument de la nécessaire spécialisation du juge constitutionnel s'est ajouté au fait que la nouvelle conception institutionnelle qui se développait suggérait de nombreux nouveaux mécanismes de protection et un contrôle plus étendu, requérant une institution spécialisée dédiée à la résolution de ces sujets. D'un autre côté, les questionnements relatifs au retard et au manque de connaissances en droit public qui avaient été posés auparavant contre le principe d'un contrôle exercé par la Cour suprême de justice était à ce moment beaucoup plus faibles ; d'une part, parce que son travail était à jour et, d'autre part, parce que les décisions qu'elle avait rendues les dernières années précédant l'Assemblée constituante démontraient l'action d'un juge beaucoup plus expert en droit constitutionnel. En définitive, une « *Commission ad hoc* » (en esp. *accidental*) a été mise en place pour obtenir un accord sur l'organe qui serait finalement désigner dans la nouvelle Constitution en tant que juge constitutionnel.

137. C'est cette Commission qui a pris une décision en faveur de la création d'une Cour constitutionnelle. Abordée à l'Assemblée puis rediscutée par les députés, elle a été approuvée en premier débat. Durant le deuxième débat, son établissement n'a pas été mis en question[128].

138. Au fil des discussions, les attributions de la Cour envisagée ont cependant été quelque peu réduites par rapport à celles prévues dans le projet original du Gouvernement. Malgré tout, la compétence de contrôle approuvée par les députés est restée assez forte. Certes, la Cour n'a pas reçu de compétence pour

---

[126] Le *rapport de majorité* a été publié dans le n° 85 de la *Gaceta constitucional*, tandis que les *rapport de minorité* ont été publiés dans les n° 81 et 82 de la *Gaceta constitucional*. In ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 365.

[127] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 366-367.

[128] Pour une plus détaille information à cet égard, voir: ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 366-268.

le contrôle des décrets du Président de la République (qui continuent d'être contrôlés par le Conseil d'État). La question judiciaire et le recours en inconstitutionnalité concret n'ont pas non plus été adoptés, mais les compétences de contrôle normatif ont été renforcées. Précisément, il a été acté que la Cour constitutionnelle, par voie d'action publique de constitutionnalité, puisse contrôler la conformité des réformes à la Constitution, des lois et des décrets-lois. Par voie de contrôle automatique, elle peut aussi contrôler *a priori* les projets de loi statutaire et les objections présidentielles aux projets de lois ; elle peut en outre contrôler *a posteriori* les décrets législatifs, les traités internationaux et les lois qui les approuvent, les lois qui convoquent un referendum constitutionnel, les plébiscites, les consultations populaires nationales et les referendums législatifs.

139. Plus récemment, la compétence de la Cour a encore été élargie. Deux récents amendements à la Constitution ont en effet été votés en ce sens. Premièrement, l'Acte législatif 2 de 2015 lui a octroyé la faculté de résoudre les conflits de compétences entre les différentes juridictions[129]. D'autre part, l'Acte législatif 1 de 2016 a institué une procédure législative accélérée et une autorisation au Président de la République d'édicter des décrets-lois ; deux dispositifs entrant dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord de paix signé entre le Gouvernement et les FARC. De plus, cette réforme a prévu un contrôle de constitutionnalité accéléré, automatique et *a posteriori* - sauf des projets de loi statutaires - pour ces types d'actes présidentiels[130].

SECTION 2 VERS UNE EFFICACITÉ CROISSANTE DU SYSTÈME DE CONTRÔLE CONCENTRÉ

140. Le contrôle concentré a connu un processus continu d'optimisation à partir de 1910. En effet, le constituant du XX^{e} siècle a transformé les difficultés associées au contrôle par voie d'action publique en opportunités d'améliorer le système. Ainsi, le problème de la longue durée des procès de constitutionnalité pour

[129] Article 14. COLOMBIA, Congreso de la República de. Acto legislativo 2 de 2015. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 1 juillet 2015, n^{o} 49560. [Consulté le 16 septembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html.

[130] Articles 1 et 2. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 2016. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 7 juillet 2016, n^{o} 49927, p. 8. [Consulté le 28 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30021746.

résoudre des affaires urgentes, comme la question de la constitutionnalité des décrets législatifs édictés durant les états d'exception, a généré une limitation du temps de réponse du juge compétent et la prolifération d'un contrôle automatique, y compris sans une procédure de demande ou de plainte des citoyens (Paragraphe 1). Parallèlement, la Cour suprême de justice, face à certaines conjonctures politiques, s'est emparée du contrôle des vices de formation de la loi, des réformes constitutionnelles ainsi que des traités internationaux. Ce phénomène s'est accompagné d'un soutien du constituant qui a réagi pour *rendre positives* de telles compétences et ainsi finalement accorder plus de certitude quant au contrôle de certaines autres normes (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Le besoin d'un contrôle normatif accéléré

141. Selon le professeur RESTREPO PIEDRAHITA, vers la moitié du XX^{e} siècle, l'efficacité du contrôle de constitutionnalité concentré posait question. Le doute quant à sa pertinence portait principalement sur le contrôle des décrets législatifs pris par le Président de la République dans le cadre d'un état de siège qui permettaient d'édicter des normes ayant valeur de loi de manière accélérée, sans passer par une procédure législative. Même si les normes ainsi prises pouvaient en principe être déclarées inconstitutionnelles, la faculté de former un recours à cette fin soit n'était pas exercée, soit la Cour suprême de justice saisie d'une action tardait beaucoup à se prononcer (autour de 3 ans)[131].

Cette situation a conduit le constituant colombien à établir certaines règles de procédure visant à limiter la durée des procès en matière de contrôle de constitutionnalité (1) ; il a également institué un contrôle automatique de constitutionnalité pour certains actes normatifs (2).

1 L'inclusion d'un délai pour les procédures

142. Le système de justice constitutionnelle colombien *post* 1910 ne prévoit de délai pour résoudre les procès de constitutionnalité que pour un seul type de contrôle. Précisément, l'article 90 originel de la Constitution de 1886 établit un

[131] Pour certaines affaires, la Cour suprême de justice a mis presque 10 ans pour se prononcer. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 64-65.

délai de 6 jours pour que la Cour suprême de justice rende son jugement sur la constitutionnalité des projets de lois ayant fait l'objet d'une objection de la part du Président de la République. Autrement dit, aucun délai n'avait constitutionnellement été établi s'agissant du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par voie d'action publique.

143. À la suite des nombreuses critiques générées par le retard excessif de la Cour suprême de justice pour prendre ses décisions en matière de contrôle de constitutionnalité, l'Acte législatif 1 de 1960 a établi que le contrôle de constitutionnalité des décrets législatifs pouvait être déclenché par la majorité parlementaire. Dans ce cas, il ne pouvait pas durer plus de 6 jours[132].

144. Puis, la réforme constitutionnelle de 1968 est allée beaucoup plus loin dans le but d'établir des délais de jugement plus efficaces. Elle a en effet explicitement déterminé des délais de réponse de la Cour suprême de justice pour les procédures de constitutionnalité qui n'avaient pas été précédemment traitées.

Ainsi, s'agissant de la procédure ordinaire, c'est-à-dire l'action publique de constitutionnalité, l'article 214 du texte constitutionnel a été modifié pour y inclure certaines normes minimales de procédure : le Procureur général de la Nation et la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice ont chacun 30 jours pour, respectivement, rendre un avis ou présenter un rapport ; tandis que la Chambre plénière de la Cour dispose de 60 jours pour prendre une décision définitive[133].

Pour le cas du contrôle des décrets pris dans le cadre d'un état de siège, les délais ont été réduits à un tiers du délai ordinaire[134]. Autrement dit, le Procureur général de la Nation et la Chambre constitutionnelle ont 10 jours chacun pour rendre un avis ou présenter un rapport ; tandis que la Chambre plénière dispose de 20 jours pour prendre une décision définitive. En outre, le non-respect de ces délais

---

[132] Article 1. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1960. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 10 décembre 1960, n° 30403, p. 1. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/30020056?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

[133] Article 71. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, n° 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[134] Article 43. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, n° 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

est considéré comme une cause grave de responsabilité disciplinaire[135]. Ainsi, il importe de souligner que le constituant de 1968 n'a pas simplement déterminé des délais de jugement pour la Cour ; il a aussi précisé *la conséquence* d'un retard injustifié en termes de sanction.

145. Le constituant de 1991 a généralement préservé les délais et les règles de procédure ainsi déterminés pour la Cour constitutionnelle. En premier lieu, s'agissant de la procédure ordinaire, le Procureur général de la Nation a 30 jours pour rendre un avis ; tandis que la Cour constitutionnelle dispose de 60 jours pour prendre une décision[136]. Vu qu'il n'existe plus de Chambre constitutionnelle chargée de préparer un rapport, les 30 jours qui étaient auparavant consacrés à la présentation de ce projet de décision sont maintenant octroyés au magistrat rapporteur dans le même but, par disposition légale[137]. En deuxième lieu, s'agissant du contrôle des décrets législatifs, les délais de procédure ont été réduits à un tiers des délais ordinaires[138]. En troisième lieu, le contrôle des projets de loi ayant fait l'objet d'une objection pour inconstitutionnalité par le Président de la République ne peut pas tarder plus de 6 jours[139].

146. Finalement, l'Acte législatif 1 de 2016 a établi une réduction des délais de jugement de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de constitutionnalité des normes qui mettent en œuvre l'accord de paix signé entre le Gouvernement et les FARC. Selon cet article, le délai de contrôle de

---

[135] Article 71. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, n° 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[136] Numéral 4 de l'article 242. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[137] Article 8. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto ley 2067 de 1991. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 4 septembre 1991, n° 40012. [Consulté le 3 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1394864.

[138] Numéral 5 de l'article 242. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[139] Alinéa 4 de l'article 167. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.aa

constitutionnalité des réformes constitutionnelles et des lois édictées dans le cadre de la procédure accélérée est réduit à un tiers du délai ordinaire. Par ailleurs, concernant le contrôle des décrets-lois autorisés par l'article 2 de l'Acte législatif, la Cour constitutionnelle ne peut excéder deux mois pour rendre un arrêt définitif[140].

147. Parallèlement à l'établissement de ces délais de résolution des affaires de constitutionnalité, un autre mécanisme d'amélioration de l'effectivité temporelle du contrôle concentré a été prévu : la Cour a reçu une compétence automatique de contrôle pour certains cas.

2 Le développement d'un contrôle automatique de certains actes normatifs

148. L'article 90 originel de la Constitution de 1886 a établi un contrôle automatique des projets de loi ayant fait l'objet d'une objection pour inconstitutionnalité par le Président de la République. Cette expérience de contrôle a certainement influencé la pensée des constituants colombiens du XXe siècle qui ont recherché à améliorer l'efficacité du contrôle de constitutionnalité concentré.

149. En effet, un des problèmes observés, à la source des critiques qui se sont multipliées à l'encontre du contrôle de constitutionnalité, concerne les décrets pris durant les états de siège qui ont caractérisé la Colombie vers la moitié du XXe siècle ; précisément la possibilité qu'un tel décret ne puisse être reconnu comme inconstitutionnel soit parce que personne n'a présenté de recours, soit parce qu'une action a été formée trop tard[141].

150. C'est pourquoi la réforme constitutionnelle de 1968 est allée plus loin : son article 42 a modifié l'article 121 de la Charte pour établir que « *le Gouvernement enverra à la Cour suprême de justice, le jour suivant leur émission, les*

---

[140] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 2016. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 7 juillet 2016, nº 49927, p. 8. [Consulté le 28 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30021746.

[141] Un premier essai de réponse sur ce point a été inclus à l'Acte législatif 1 de 1960. En effet, ce texte déterminé que le contrôle de constitutionnalité sur les décrets législatifs pouvait être déclenché par une décision du Parlement, prise à la majorité absolue. Dans ce cas, la Cour suprême de justice n'avait que six jours pour décider. Mais cette mesure, délimitant le délai pour que la Cour intervienne, n'empêchait pas que certaines de ces normes échappent au contrôle de constitutionnalité. Article 1. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1960. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 10 décembre 1960, nº 30403, p. 1. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/30020056?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0.

décrets législatifs édictés dans l'exercice des pouvoirs de cet article [état de siège], *pour qu'elle décide définitivement sur leur constitutionnalité* »[142]. Si le Gouvernement ne les envoie pas à temps, la Cour pourra en prendre connaissance *ex officio*.

De plus, cette réforme a élargi la catégorie des décrets législatifs pouvant être pris dans le cadre des états d'urgence économique ou sociale. Le contrôle de constitutionnalité automatique a aussi été élargi à ce genre de normes juridiques[143].

Désormais, le contrôle de constitutionnalité des décrets législatifs n'est pas déclenché sur demande citoyenne ; la Cour constitutionnelle est compétente dès la naissance de l'acte normatif. À cet égard, un point très remarquable de cette réforme est que même si le contrôle de constitutionnalité des décrets législatifs n'est plus déclenché par voie d'action publique de constitutionnalité, l'article 71 de l'Acte Législatif établit que *tout citoyen* peut intervenir devant la Cour suprême de justice pour défendre ou contester la constitutionnalité des décrets législatifs[144]. Malgré l'absence d'initiative citoyenne, les citoyens ont gardé la possibilité d'agir devant la Cour.

151. Le contrôle automatique a gagné progressivement une bonne image, perçu comme une mesure efficace pour empêcher de possibles abus des actes étatiques. D'ailleurs, la réforme avortée de 1977 qui prévoyait une révision constitutionnelle par voie d'Assemblée constituante a établi, pendant sa courte durée de vie[145], un contrôle automatique des actes réformateurs de la Constitution

[142] Paragraphe de l'article 42. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, nº 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[143] Paragrphe de l'Article 43. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, nº 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[144] Numéral 2 de l'article 71. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, nº 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[145] La réforme de 1977 a eu une validité de moins de cinq mois : du 19 décembre 1977, jour de sa publication au 5 mai 1978, jour de sa déclaration d'inconstitutionnalité. Or, cette réforme constitutionnelle convoquait une Assemblée constitutionnelle qui n'a jamais vu jour.

édictés par la voie d'une Assemblée constitutionnelle, chose qui évidemment n'a jamais eu lieu[146].

152. Fort de cette évolution, le constituant de 1991 ne l'a pas simplement préservé ; il l'a élargi à d'autres actes normatifs. Ce contrôle automatique peut être soit préalable soit ultérieur à l'entrée en vigueur de la norme en question.

153. ***S'agissant du contrôle automatique préalable***, la Constitution de 1991 établit deux types d'actes normatifs soumis à ce contrôle : les projets de loi ayant fait l'objet d'une objection pour inconstitutionnalité par le Président de la République et les projets de loi « statutaires[147] ». Premièrement, la Constitution de 1991 a préservé le contrôle de constitutionnalité automatique tel qu'il a été établi par l'article 90 originel de la Constitution de 1886. Ainsi, les projets de loi ayant fait l'objet d'une objection pour inconstitutionnalité par le Président de la République qui auraient été ratifiés par la majorité absolue des deux chambres parlementaires, sont transmis à la Cour constitutionnelle pour un contrôle de constitutionnalité[148]. De plus, les projets de lois statutaires, une fois approuvées par le Parlement, doivent être envoyés à la Cour constitutionnelle pour une révision générale de leur constitutionnalité[149]. Il s'agit d'un contrôle formel et matériel de tout le projet de loi au regard de toute la Constitution.

---

[146] Article 13. ASAMBLEA CONSTITUCIONAL. Acto legislativo 2 de 1977. *Diario oficial*. Bogota, 1977, no 34935.

[147] Une « Loi statutaire » est un type de loi réservé à certaines matières et soumis à une procédure spéciale. En effet, la législation portant sur les droits et des devoirs fondamentaux, les mécanismes de participation citoyenne, le régime des partis politiques, l'administration de justice, les états d'exception et l'équité entre les candidats à la présidence de la république doit suivre une procédure particulière qui consiste à obtenir la majorité absolue à tous les votes, l'exigence de que toute la procédure ait lieu durant une même législature et l'obligation d'un contrôle de constitutionnalité avant l'entrée en vigueur de ces mesures. Voir article 152. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[148] Article 167 et numéral 8 de l'article 241. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[149] Article 153 et numéral 8 de l'article 241. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

154. ***S'agissant du contrôle automatique ultérieur***, quatre types de normes sont concernées : les décrets législatifs pris dans le cadre d'un état d'exception ; les lois qui convoquent un référendum constitutionnel ou une assemblée constituante ou les lois approuvées par des référendums législatifs ; les résultats des consultations populaires de l'ordre national ou des plébiscites ; les traités internationaux et les lois qui les approuvent.

En premier lieu, les décrets législatifs, c'est-à-dire les normes émises par le Président de la République dans le cadre d'un état d'exception, font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité automatique et ultérieur à leur entrée en vigueur. En effet, le Président de la République doit envoyer le décret législatif en question le lendemain de son édiction. Le cas échéant, la Cour constitutionnelle peut lui demander l'envoi du décret. S'il ne l'envoie pas, elle contrôle la norme telle qu'elle a été publiée[150].

En deuxième lieu, les lois qui convoquent une assemblée constituante ou un référendum font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité automatique et ultérieur à leur entrée en vigueur mais avant la décision du peuple[151].

En troisième lieu, les décisions prises par référendum législatif, consultation populaire ou plébiscite sont contrôlées ultérieurement à leur entrée en vigueur, c'est-à-dire, lors de l'approbation par le peuple[152].

En quatrième lieu, les traités internationaux, pour acquérir une validité dans l'ordonnancement juridique interne, doivent être soumis à l'approbation du

---

[150] Numéral 6 de l'article 214, paragraphe de l'article 215 et numéral 7 de l'article 241. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[151] Numéral 2 de l'article 241. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[152] Pour une approche comparée du contrôle *a posteriori* des lois référendaires, voir : FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2004, p. 267-279.

Numéral 3 de l'article 241. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

Parlement. Une fois que la loi qui les approuve entre en vigueur, le Gouvernement doit envoyer à la Cour constitutionnelle aussi bien le texte du traité que cette loi pour leur contrôle. La possibilité pour le Président de la République de ratifier le traité en question est alors conditionnée à un arrêt de la Cour confirmant sa constitutionnalité[153].

155. Enfin, l'Acte législatif 1 de 2016 a établi un contrôle automatique pour toutes les normes édictées en vue de la mise en œuvre de l'Accord de paix signé entre le Gouvernement et les FARC. En effet, dans ce cadre, toutes les réformes à la Constitution, toutes les lois émises par procédure législative accélérée et tous les décrets-lois autorisés par l'article 2 de l'Acte législatif font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité automatique *a posteriori* ; sauf les projets de lois statutaires dont le contrôle est toujours réalisé *a priori*.

156. L'inclusion de délais procéduraux plutôt courts et la détermination de normes permettant un contrôle automatique sans une demande citoyenne ont sans doute contribué à une meilleure effectivité du contrôle de constitutionnalité concentré ; même pour celui déclenché sur demande citoyenne. Grâce à ces mesures, le système concentré de justice constitutionnelle n'a depuis lors pas cessé de gagner en importance.

PARAGRAPHE 2 Des cours acceptant de contrôler certains actes normatifs

157. La réforme de 1910 a consacré un contrôle de constitutionnalité concentré *a posteriori* assez large. En effet, elle a établi un contrôle sur « […] *les lois ou les décrets accusés devant elle par tout citoyen comme étant inconstitutionnels* »[154] . L'application de cette disposition a posé plusieurs questions s'agissant de la compétence de la Cour suprême de justice pour contrôler la constitutionnalité de certains actes normatifs et des vices dans l'élaboration des normes soumises à son contrôle. Au cours du XX[e] siècle, la Cour a progressivement

[153] Numéral 10 de l'article 241. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[154] Article 41. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acto legislativo número 3 de 1910. *Diario oficial*. Bogota, 1910, Vol. XLVI, n° 14131, 14132, p. 407-409.

reconnu sa compétence pour connaître certains types d'affaires (1). De son côté, le constituant dérivé a agi, en général de manière constructive, afin de dissiper les doutes interprétatifs et en consacrant ces compétences dans des réformes constitutionnelles ultérieures (2).

1 Une cour se déclarant compétente malgré un texte normatif vague

158. La Cour suprême de justice a lentement modifié sa jurisprudence en se reconnaissant compétente pour traiter certaines affaires de constitutionnalité dont elle n'avait pas la charge. Tandis que la première moitié du XXe siècle a été marquée par une déférence de la Cour vis-à-vis des actes parlementaires, manifestations de la démocratie représentative, et une perspective restrictive voire conservatrice quant à sa compétence de contrôle des cas non clairement définis par la Constitution, la seconde moitié du XXe siècle a été caractérisée par une ouverture de son approche vers une plus vaste reconnaissance de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité. Nous pouvons observer qu'un tel processus a eu lieu en particulier dans trois cas sur lesquels nous allons nous arrêter : le contrôle des vices de procédure dans le cadre de l'élaboration de la loi, le contrôle des réformes de la Constitution et le contrôle des traités internationaux[155].

159. Dans un arrêt du 20 avril 1912, la Cour suprême de justice s'est déclarée incompétente pour connaître des vices de procédure relatifs à l'élaboration de la loi. Selon elle, le constituant de 1910 n'avait pas voulu lui octroyer une telle compétence qu'elle considérait comme exclusive au Parlement. À l'appui de cette posture, la juridiction suprême argumentait que parallèlement à l'approbation de la réforme, l'Assemblée nationale constituante de 1910 avait aussi adopté la loi 54 de 1910 « *qui a déclaré qu'une disposition légale est considérée sans force obligatoire pour cause d'informalités, intervenues dans le cadre de la procédure*

[155] Peut-être qu'un autre type de normes qui permettraient ce processus sont les décrets qui déclarent un état d'exception. Cependant, ce sujet est tellement complexe qu'il mériterait un développement approfondi qui déborderait l'objet de cette étude. Sur ce sujet, voir : CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la Regeneración al régimen militar 1886-1958*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015 ; CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015.

d'élaboration »[156]. Il était alors évident, de son point de vue, que le constituant avait voulu que le contrôle des vices de procédure relevant du processus d'élaboration des lois soit résolu par les Chambres législatives elles-mêmes[157].

Cette position, qui a ensuite été confirmée à plusieurs reprises, a évolué à partir de la réforme de 1945 pour admettre la possibilité d'un contrôle des vices formels exclusivement dans le cadre des objections présidentielles[158]. Puis, un arrêt du 28 juin 1952[159] a marqué un important revirement : à partir de ce jugement, la Cour a compris qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une distinction entre normes constitutionnelles substantielles et normes constitutionnelles formelles. Les violations de normes constitutionnelles de procédure sont aussi des violations de la Constitution ; elles doivent donc être contrôlées par la Cour suprême de justice[160].

160. S'agissant du contrôle des actes portant réforme de la Constitution, aucune action publique de constitutionnalité n'a été enregistrée avant 1955[161]. Dans une décision d'admissibilité en date du 28 octobre 1955, la Cour suprême de justice a rejeté une demande formée contre les Actes législatifs 1 de 1953 et 1 de 1954. Elle se fonda alors sur l'argument selon lequel la Cour suprême de justice détient une compétence limitée par la Constitution au contrôle de la loi et des décrets. Par

---

156 CAJAS SARRIA, Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente*. 2005, p. 19.

157 Pour une analyse du contexte politique et un développement détaillé de la jurisprudence, voir : CAJAS SARRIA, Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente*. 2005, p. 17-24 ; PALACIOS TORRES, Alfonso. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 253-257 ; CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la Regeneración al régimen militar 1886-1958*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 227-241.

158 PALACIOS TORRES, Alfonso. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257-258.

159 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 28 de junio de 1952. *Gaceta judicial*. Bogota, 1952, Vol. XXI, no 2110-2114.

160 CAJAS SARRIA, Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente*. 2005, p. 29-34 ; PALACIOS TORRES, Alfonso. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257-259 ; CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la Regeneración al régimen militar 1886-1958*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 341-353.

161 CAJAS SARRIA, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Cali : Universidad Icesi, 2008, p. 34.

conséquent, elle ne peut contrôler les actes du constituant[162]. Cette posture d'incompétence de la Cour pour connaître des demandes formées contre les réformes de la Constitution a été à plusieurs reprises confirmée les années suivantes[163].

161. L'évolution de la jurisprudence de la Cour sur les vices de procédure a cependant aidé à ce qu'elle admette aussi sa compétence pour connaître des demandes citoyennes présentées contre les actes portant réforme de la Constitution. Ainsi, dans un arrêt du 5 mai 1978[164], la Cour a déclaré inconstitutionnel l'Acte législatif 2 de 1977[165]. Elle s'est pour cela fondée sur deux arguments : l'un relatif à l'inaccomplissement des règles de procédure pour réformer la Charte ; l'autre relevant l'absence de compétence du Parlement pour déléguer sa fonction de réforme constitutionnelle à une Assemblée constitutionnelle[166]. Malgré les 10 votes dissidents, la reconnaissance de la compétence de la Cour pour contrôler les actes visant à réformer la Constitution a été actée dans cet arrêt et n'a pas été modifiée[167].

162. Quant aux traités internationaux, on constate une évolution jurisprudentielle semblable. Depuis un arrêt du 6 juillet 1914, la Cour suprême de justice s'était déclarée incompétente pour procéder au contrôle des lois qui

---

[162] CAJAS SARRIA, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Cali : Universidad Icesi, 2008, p. 37-43.

[163] Par exemple, la décision d'admissibilité de 30 janvier 1956, l'arrêt du 28 novembre 1957 ou l'arrêt du 16 avril 1971. À ce propos voir: CAJAS SARRIA, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Cali : Universidad Icesi, 2008, p. 37-58.

[164] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1978. *Gaceta judicial*. 1978, no 2397.

[165] SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1978. *Gaceta judicial*. Bogota, 5 mai 1978, no 2397, p. 105.

[166] En effet, l'argument se fonde sur le fait que la réforme constitutionnelle approuvée par le « plébiscite » de 2 décembre 1957 a été votée par une grande majorité des électeurs. Son article 13 établit que la Constitution ne pourra être réformée que par le Parlement. Dès lors, considérant la large ratification du constituant primaire de cette mesure, le Parlement ne peut outrepasser une compétence délimitée directement par le peuple. À cet égard RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 430-433 ; CAJAS SARRIA, Mario. La Corte Suprema controla la reforma constitucional (1978-1990). Dans : *El control judicial a la reforma constitucional : Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Santiago de Cali : Universidad Icesi, 2011, p. 60-72. ISBN 9789588357027.

[167] Par exemple, voir : la décision d'admissibilité du 13 février 1979, les arrêts du 16 octobre 1979, du 3 novembre 1981 ou les arrêts 59 et 138 de 1990. À cet égard : CAJAS SARRIA, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Cali : Universidad Icesi, 2008, p. 58-96.

approuvent des traités internationaux[168]. La Cour justifiait cette décision en distinguant les lois ordinaires et les lois qui approuvent des traités internationaux. Précisément, de son point de vue, ces derniers types de lois ne sont pas l'expression de la volonté du Parlement sinon des actes complexe dont elle ne peut modifier le contenu. Partant, elle ne pourrait pas contrôler leur constitutionnalité car ce faisant elle contrôlerait les accords, ce qui n'est pas de sa compétence.

163. Cette posture a été reprise au cours des décennies suivantes[169]. Dans les années 1970, la Cour continuait à se déclarer incompétente pour contrôler la constitutionnalité des traites internationaux[170], cependant on constate l'apparition progressive, dans les opinions dissidentes présentes dans les arrêts rendus, de l'idée selon laquelle la Cour devrait se reconnaître compétente pour juger la constitutionnalité des traités internationaux avant leur ratification[171]. Cette opinion n'est devenue majoritaire qu'à partir d'un arrêt rendu le 6 juin 1985. Les décisions ultérieures du 12 décembre 1986 et du 25 juin 1987 ont maintenu cette position en

[168] Il s'agit d'une décision contre la loi 14 de 1914 qui a approuvé le Traité Urrutia-Thompson, tranchant l'affaire de la perte du Panama. [in] CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la Regeneración al régimen militar 1886-1958*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 143-157.

[169] Par exemple, l'arrêt du 6 décembre 1930 sur la loi 55 de 1925 qui a approuvé le traité Lozano-Salmon (Colombie et Pérou) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 6 de diciembre de 1930. *Gaceta judicial*. Bogota, 6 décembre 1930, Vol. XXXVI, no 1833, p. 248. Un peu plus tard, dans l'arrêt du 26 juillet 1971, la Cour a maintenu la thèse de l'incompétence bien qu'elle ait considéré que l'approbation de l'Accord pour l'intégration subrégionale dans le décret-loi 1245 de 1969 était inconstitutionnel. A noter que huit juges ont présenté des votes dissidents et deux ont exposé que la Cour aurait dû se déclarer compétente. CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 223-225.

[170] Cette position, exprimée à plusieurs reprises, n'a pas été complétement uniforme. En effet, dans l'arrêt du 20 janvier 1972, la Cour suprême de justice a déclaré inconstitutionnel un décret qui mettait en œuvre le régime commun de traitement des capitaux étrangers selon l'accord économique de Carthagène pour les pays membres du « groupe andin ». Cependant, cette déclaration d'inconstitutionnalité a été prise sans prendre en considération le problème de la compétence de la Cour pour contrôler des traités internationaux. À cet égard, voir : CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 225-228.

[171] Voir, par exemple : CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. sentencia del 26 de julio de 1971. *Gaceta judicial*. Bogota, 1971, Vol. CXXXVIII, no 2340-2342 ; [in] CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 223-225.

mettant l'accent sur le contrôle de la procédure d'élaboration de la loi qui approuve le traité[172].

164. Ces exemples montrent comment le juge a lentement changé sa jurisprudence vers une interprétation tendant à étendre sa compétence de contrôle à d'autres types de normes. Ainsi, petit à petit, l'idée même de compétence a changé en Colombie : de la nécessité d'une compétence explicite de contrôle reconnue dans le texte constitutionnel à une certaine prise de conscience que tout acte normatif de l'ordre national est susceptible d'être contrôlé par un juge constitutionnel.

2 Un constituant favorisant l'étendue du contrôle de constitutionnalité

165. Le constituant dérivé a corroboré les changements jurisprudentiels tendant à consolider la compétence de la Cour suprême de justice pour contrôler certains types de normes dont elle ne se souciait pas. En effet, nous pouvons constater que peu de temps après les revirements jurisprudentiels réalisés, le constituant dérivé a modifié la Charte pour garantir clairement et de manière positive ces nouvelles compétences en matière de contrôle de constitutionnalité.

166. Dans l'Acte législatif 1 de 1968, le constituant a ainsi consacré la compétence de la Cour suprême de justice pour contrôler les projets de loi ayant fait l'objet d'une objection pour inconstitutionnalité au motif de vices de procédure comme de vices matériels[173].

167. Puis, l'impossibilité de mettre en cause la constitutionnalité des lois pour vices dans leur élaboration par voie d'action publique de constitutionnalité a été écartée d'abord par l'article 16 du Décret 432 de 1969 *organique*[174] de la juridiction constitutionnelle. En effet, ce texte a établi que l'action publique de

---

[172] Pour un analyse historique complète, voir : CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015, p. 333-356. Pour une analyse un peu moins détaillée, voir : QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014, p. 280-284.

[173] Article 71. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, no 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

[174] En Colombie, les normes *organiques* portent sur l'organisation et les compétences des Institutions publiques.

constitutionnalité permettait le contrôle de « *l'infraction de normes substantielles ou de procédure de la Constitution* »[175].

168. L'éphémère réforme de 1979 (en vigueur jusqu'en 1981) a aussi participé à la consolidation normative de la compétence de la Cour concernant les vices de procédure dans l'élaboration des normes juridiques. Le paragraphe 3 de l'article 58 de l'Acte législatif qui a réformé l'article 214 de la Constitution a établi que la Cour est compétente pour « *décider définitivement les demandes d'inconstitutionnalité des lois, aussi bien pour leur contenu matériel que pour ne pas avoir été approuvées par la procédure constitutionnelle* »[176].

En outre, le paragraphe 1 dudit article a consacré la compétence de la Cour suprême de justice pour contrôler la constitutionnalité des modifications apportées à la Constitution pour non-respect de la procédure d'élaboration, notamment des majorités nécessaires pour l'approbation de l'acte législatif[177].

169. Enfin, le constituant de 1991 a étendu plus largement le contrôle de constitutionnalité concentré. Désormais, la Cour constitutionnelle remplit non seulement le vide normatif quant à sa compétence, mais elle garantit aussi que de nouveaux types de normes ne posent pas interrogations quant à celle-ci. Ainsi, la Constitution a établi un contrôle sur les vices de procédure dans le cadre de l'élaboration de *toutes les normes juridiques* soumises à son contrôle. Elle a limité ce type de questionnement à un délai d'une année.

170. Par ailleurs, lorsque la Cour considère qu'un vice de procédure est remédiable, elle doit rendre l'acte à l'autorité qui l'a édicté pour sa correction. La Cour devra ensuite juger si la correction réalisée respecte les normes constitutionnelles ou non.

171. S'agissant des réformes constitutionnelles, la Cour est compétente pour connaître toute demande d'inconstitutionnalité pour vices formels formée contre les actes législatifs ; peu importe qu'il s'agisse d'une réforme réalisée par la

---

[175] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 432 de 1969. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 16 avril 1969, nº 32759. [Consulté le 8 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_0432_1969.htm.

[176] ASAMBLEA CONSTITUCIONAL. Acto legislativo 2 de 1977. *Diario oficial*. Bogota, 1977, nº 34935.

[177] ASAMBLEA CONSTITUCIONAL. Acto legislativo 2 de 1977. *Diario oficial*. Bogota, 1977, nº 34935.

voie parlementaire, un référendum constitutionnel ou la réunion d'une assemblée nationale constituante. De plus, elle contrôle la loi qui convoque le peuple à un référendum constitutionnel ou à la désignation d'une assemblée nationale constituante. Ainsi qu'on l'a dit, ce contrôle se limite aux vices de procédure liés à l'élaboration de ces actes[178].

172. Concernant les traités internationaux, la Constitution de 1991 a établi un contrôle sans qu'une demande soit nécessaire, une fois que la loi qui approuve le traité est sanctionnée par le Président de la République. Si la Cour considère que la norme est inconstitutionnelle, le Président de la République ne pourra ratifier le traité qu'en incluant une réserve. C'est seulement si la Cour détermine que la norme en question est constitutionnelle que le Président pourra réaliser la procédure nécessaire pour engager l'État.

173. Enfin, le constituant ayant récemment consacré, comme nouveautés, certains types de mécanismes de participation citoyenne tels que les référendums législatifs, les consultations populaires et les plébiscites, ceux-ci font aussi désormais l'objet d'un contrôle constitutionnel de la part de la Cour constitutionnelle.

174. Ainsi, comme nous avons tenté de le démontrer, le constituant colombien a participé à un mouvement de renforcement du contrôle de constitutionnalité. Ces conjonctions de faits historiques semblent montrer que le contrôle de constitutionnalité conçu en 1910, étendu et solide, a vécu un processus de renforcement continu ; une évolution qui ne peut s'expliquer que par le rôle important que ce contrôle a eu pour la préservation et le développement de la démocratie en Colombie.

[178] Depuis 2003, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour connaître des vices causés par un excès de compétence en matière de réforme de la Constitution. Ainsi, elle a forgé une jurisprudence selon laquelle le constituant dérivé est compétent pour réformer la Charte mais non pour la substituer.

CONCLUSION TITRE I

175. Jusqu'à présent, nous avons présenté un panorama global de l'évolution normative du contrôle concentré qui nous a permis de mettre en évidence une évolution constructive de ce type de contrôle.

176. Dans ce cadre, nous avons analysé les divers systèmes de contrôle de constitutionnalité qui se sont succédé durant le XIX^{e} siècle. De cette manière, nous avons pu présenter des dispositifs de contrôle variés conçus par diverses constitutions. Nous avons ainsi pu noter l'existence de systèmes hybrides, politico-juridictionnels, et de systèmes proprement juridictionnels. Cependant, le contrôle retenu dans toutes les constitutions étudiées était concentré.

177. Ces antécédents ont sans doute influencé l'Assemblée nationale constituante de 1910 qui a consacré un contrôle concentré caractérisé par certains éléments pratiqués le siècle précédent, tel que le contrôle sur action publique de constitutionnalité ou l'exigence d'un avis du Procureur de la Nation sur une demande d'inconstitutionnalité. Mais cette Constitution a également reconnu un contrôle diffus.

178. Néanmoins, malgré l'adoption d'un contrôle à la fois diffus et concentré en 1910, le contrôle concentré est devenu prédominant dans le constitutionnalisme colombien du XX^{e} siècle. En effet, nous avons pu observer que les réformes constitutionnelles qui ont concerné le contrôle concentré ont toujours visé à renforcer ce mécanisme de contrôle. D'une part, on a pu relever un processus de spécialisation du juge constitutionnel afin qu'il ait plus de connaissances spécifiques et pour une meilleure efficacité dans la prise de décisions. D'autre part, nous avons remarqué que cette quête d'efficacité de la justice constitutionnelle a contribué à rechercher de nouveaux moyens pour accélérer le contrôle, notamment l'introduction de délais plus courts de jugement et d'un contrôle *automatique* de certaines normes.

179. Finalement, nous avons pu mettre en lumière un processus d'élargissement du contrôle concentré, spécialement durant la seconde moitié du XX^{e} siècle. Cette évolution a débuté par un changement de perspective du juge lui-même qui s'est déclaré compétent pour analyser certaines normes pour lesquelles

un contrôle de constitutionnalité n'avait toutefois pas été explicitement prévu par les dispositions constitutionnelles. Ainsi, nous sommes en quelque sorte passé d'une optique selon laquelle tout acte normatif de l'ordre national peut faire l'objet d'un contrôle concentré de constitutionnalité.

180. Contraire à ce que l'on pourrait penser, la réaction du pouvoir politique à l'élargissement du contrôle concentré a été constructive, comme le montre son action en tant que constituant dérivé. En effet, les réformes constitutionnelles qui ont porté sur la justice constitutionnelle ont explicitement reconnu les compétences de contrôle concentré que le juge constitutionnel s'était octroyées de fait.

181. Ce panorama historique autant que normatif nous a donc permis de confirmer une évolution constructive du contrôle concentré dans le constitutionnalisme colombien. Afin de compléter notre analyse, il est désormais nécessaire que nous traitions la raison principale pour laquelle ce contrôle est devenu le principal de justice constitutionnelle en Colombie ; caractérisé par une *difficulté démocratique* réduite. Plus encore, nous pourrions dire qu'il est un vecteur important de démocratie dans ce pays.

TITRE II LA DIFFICULTÉ DÉMOCRATIQUE RÉDUITE DU CONTRÔLE CONCENTRÉ EN COLOMBIE

182. Nous venons d'étudier le processus continu de renforcement qu'a connu le contrôle concentré tout au long de l'histoire constitutionnelle colombienne. Cette évolution tend à nous indiquer que le contrôle concentré a plutôt bénéficié d'une *acceptation* importante de la part du constitutionnalisme colombien. Ce scénario favorable est à la fois une cause et une conséquence d'une certaine confiance en ce mécanisme de contrôle. Dans le cadre de ce titre, il s'agira d'aborder plus en détail la question des raisons qui ont conduit à ce que le contrôle concentré ait gagné cette place si importante dans le paysage juridique colombien.

183. Aussi bien dans la doctrine que dans la sphère politique nationale, on trouve difficilement des interrogations quant à la *pertinence de l'existence* du contrôle concentré. En effet, la question de sa *légitimité* n'a pas fait l'objet d'importantes discussions dans le cadre du constitutionnalisme colombien. En général, les débats, autant académiques que politiques, se concentrent sur la portée ou la justesse politique de certaines décisions[179]. Tout au plus, on peut noter quelques réactions - surtout politiques - lorsque la Cour constitutionnelle tranche une affaire qui génère une polémique dans les diverses couches de la société.

184. Malgré tout, cette ambiance favorable au contrôle concentré ne nie pas une « difficulté démocratique » du contrôle de constitutionnalité concentré dans toute démocratie, particulièrement dans la démocratie colombienne. Comme l'a exposé Jeremy WALDRON dans une récente conférence donnée à la Cour constitutionnelle colombienne, « *l'existence d'autres sources de légitimité ne fait pas disparaître la difficulté démocratique. Elle continue à être un reproche permanent et un point de vulnérabilité constitutionnelle* »[180].

---

[179] Une chose assez similaire s'est passée aussi aux États-Unis durant le XX^{e} siècle. Sur ce sujet, voir : TUSHNET, Mark. Judicial review. Dans : GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (dir.), *Constitucionalismo y judicial review*. 1re éd. Lima : Palestra editores, 2013, p. 79-81.

[180] WALDRON, Jeremy. Revisión judicial y legitimidad política. Dans : *Conferencia en la Corte Constitucional*. Bogotá : Corte Constitucional de Colombia, 4 août 2017, p. 17.

185. Nous aborderons principalement dans ce titre la question de la légitimité de la justice constitutionnelle colombienne. Pour ce faire, nous traiterons premièrement les discussions de la doctrine à ce sujet, ce qui nous conduira à mettre en lumière les questionnements les plus sérieux relatifs à une telle légitimité. Nous prendrons particulièrement en considération les arguments de Jeremy WALDRON qui se fondent sur un système plutôt fort de représentation politique des électeurs pour montrer que ce raisonnement ne semble pas être tout à fait applicable en Colombie (Chapitre 1). Puis, nous analyserons comment le contrôle concentré de constitutionnalité a contribué au renforcement du caractère délibératif, participatif et globalement émancipateur de la démocratie colombienne (Chapitre 2).

CHAPITRE I LES DÉFAUTS DE LA REPRÉSENTATION : « LA DIFFICULTÉ DÉMOCRATIQUE » DU CONTRÔLE CONCENTRÉ

186. La question de la *légitimité démocratique des décisions prises par les juges* est un thème classique de la théorie politique et constitutionnelle : depuis les formulations fondatrices des études de la fin du XVIII^e^ (notamment par les penseurs de la révolution américaine) et des premières décennies du XIX^e^ siècle[181], jusqu'au renouvellement de l'intérêt pour la question au cours du XX^e^ siècle. Cet intérêt s'est consolidé autour de cas concrets dans des contextes très variés ; aussi bien aux États-Unis en raison de décisions courageuses de la Cour suprême de justice, qu'en Europe, au regard de la consécration de tribunaux constitutionnels et de leur rôle de protecteur des droits fondamentaux dans plusieurs constitutions. Cette évolution touche désormais de façon globale le monde entier grâce à l'expansion, l'adoption et le développement institutionnel de ces idées. Voici l'un des sujets, peut-être, le plus traité du droit constitutionnel à l'échelle mondiale.

187. Nous ne prétendons pas répondre à cette grande question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité, nous voudrions simplement proposer quelques éléments de réflexion en nous concentrant sur le cas colombien, sachant que la perspective généralement adoptée pour l'approcher se fonde sur le caractère représentatif de la démocratie (Section 1). Puis, à partir des présupposés de la réflexion sur le contrôle de constitutionnalité proposée par Jeremy WALDRON, nous tenterons de démontrer en quoi cette justification semble défaillante pour analyser le contrôle exercé en Colombie, aussi bien en raison du poids de la réalité politique du pays que des particularités de la conception constitutionnelle colombienne (Section 2).

---

[181] Les *Founding Fathers* aux Etats-Unis. Voir : HAMILTON, Alexander. The Federalist #78. *Independent Journal* [en ligne]. 14 juin 1788. [Consulté le 20 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.constitution.org/fed/federa78.htm ; MADISON, James. The Federalist #51. *Independent Journal* [en ligne]. 6 février 1788. [Consulté le 20 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.constitution.org/fed/federa51.htm; ou ceux des premiers auteurs de doctrine européens à étudier le système américain TOCQUEVILLE, Alexis. *De la démocratie en Amérique*. 7^e^ éd. Paris : Gallimard, 1951, p. 273-281. ou ceux des penseurs qui ont traité transversalement cette problématique Livre XI, chapitre VI. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*. 1995^e^ éd. Paris : www.institutdeslibertes.org [en ligne], 1758, p. 116. [Consulté le 13 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Montesquieu_esprit.pdf.

SECTION 1 UN DISCOURS FONDÉ SUR UNE REPRÉSENTATION PARLEMENTAIRE LÉGITIME

188. La question de la détermination de l'autorité qui doit avoir le dernier mot dans une démocratie a marqué le constitutionnalisme moderne depuis ses premières expressions. La solution apportée à ce dilemme - jamais définitive[182] - a oscillé entre deux modèles : d'aucuns considèrent que le dernier mot doit revenir au Parlement ; d'autres pensent qu'il revient aux juges. La justesse et la justification de chacune de ces conceptions ont été argumentées par des penseurs qui ont la plupart du temps aussi contribué à la conception constitutionnelle des États résultant des révolutions libérales des XVIII^e^ et XIX^e^ siècles (Paragraphe 1). La vague expansive du contrôle de constitutionnalité durant le XX^e^ siècle a contribué à l'émergence d'un discours de la doctrine et de positions jurisprudentielles fortes quant à la légitimité dont disposeraient les juges pour contester ou mettre en question les décisions du pouvoir législatif. Progressivement, l'argumentation de l'une et de l'autre perspective est devenue plus raffinée, les deux camps opposant *in fine* des conceptions différentes de la démocratie (Paragraphe 2). Il nous semble que Jeremy WALDRON pose les questions les plus structurées s'agissant de la pertinence de la justice constitutionnelle dans une démocratie à l'heure actuelle. En revanche, certaines conditions doivent être réunies pour reconnaître la validité de son argument, ce qui réduit son applicabilité au cas colombien où elles ne sont pas forcément présentes (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 Les prémisses de la question : la représentation électorale comme fondement de la légitimité du dernier mot dans une démocratie

189. La question portant sur *l'organe* devant avoir le dernier mot dans une démocratie a été présente de manière systématique dans la conception institutionnelle de tous les États constitutionnels. Malgré le fait que le fondement de

[182] Bruce Ackerman l'avait déjà écrit à 1984 : « Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble » ACKERMAN, Bruce. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal* [en ligne]. 1984, Vol. 93, p. 1016. [Consulté le 1 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.

la légitimité puisse varier, la justification principale a été trouvée dans les thèses *contractualistes* de la formation de l'État ; particulièrement celle de ROUSSEAU et sa conception de la souveraineté populaire. En effet, celle-ci vise à signaler une fois pour toutes que l'origine du pouvoir ne vient pas d'un Dieu sinon des hommes organisés en société qui forment un « État » ou société politique. Le moment constitutif d'un État est la réunion de ces hommes et la célébration d'un « contrat social » ou pacte fondateur assimilé par la pensée politique à une *constitution*. Étant donné que tous les hommes seraient alors libres et égaux, les décisions générales devraient être prises suivant la règle de la majorité. Même si le fondement du pouvoir public retombe toujours sur le peuple[183], sauf peu d'exceptions[184], il est nécessaire, pour prendre les décisions qui affectent la collectivité au jour le jour, qu'un processus politique aboutisse à des formes de participation ou à une représentation. Bien que ROUSSEAU critique celle-ci, la tradition de la démocratie politique moderne se fonde sur ce rapport de représentation prenant la forme d'un mandat électoral qui, fondé sur la règle de la majorité, est détenu par des représentants. C'est, fondamentalement, l'apport des théoriciens américains. De même, lorsqu'il s'agit d'un corps pluriel de représentants, ils prennent leurs décisions de manière majoritaire. Telle est la forme démocratique moderne de la volonté populaire[185].

190. Si l'on accepte cette idée, comme elle l'a été dans de nombreux pays occidentaux, il est alors difficile de considérer qu'un juge puisse contester ou remettre en question une décision du Parlement, étant entendu que dans la plupart des cas on considère celui-ci comme l'émanation de la volonté populaire (fondement

[183] De la même manière pensait CONDORCET, selon son projet de Constitution de 1793. Cité par FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2004, n. 98.

[184] Il peut y avoir des exceptions au regard de la culture, tradition ou contexte d'un État. Montesquieu, par exemple, considérait que ce type d'exceptions concernent les États territorialement petits dont la population n'est pas très nombreuse. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*. 1995e éd. Paris : www.institutdeslibertes.org [en ligne], 1758. [Consulté le 13 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Montesquieu_esprit.pdf.

[185] Voir spécialement les chapitres VI et VII du livre I ; les chapitres I, VI, VII et VIII du livre II ; les chapitres XI, XII, XIII, XIV et XV du livre III et ; les chapitres I et II du livre IV. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social, ou principes du droit politique*. Dans : *Collection complète des oeuvres*. Vol. 1 [en ligne]. 4e éd. Genève : www.rousseauonline.ch [en ligne], 1782, p. 187-360. [Consulté le 12 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0004.pdf.

de l'ordre politique). Ainsi, les juges *n'étant pas élus*, ils n'auraient aucune légitimité à prendre des décisions *au-dessus* du Parlement[186].

191. Cette question a cependant été débattue différemment au moment de la naissance de la République des États-Unis, où une tendance à lier le contrôle de constitutionnalité à certaines formes de légitimité démocratique est apparue très tôt dans la pensée des *Founding Fathers*. Si l'on suit l'argument d'HAMILTON[187], la légitimité des juges pour mettre en question la constitutionnalité d'une loi a été octroyée par le peuple en tant que pouvoir constituant. Ainsi les juges, au moment de contrôler les décisions du Parlement, font respecter la décision majoritaire prise par le peuple à travers la Constitution. Autrement dit, d'une certaine façon, en acceptant la Constitution comme fondement de l'ordre politique, le peuple-constituant aurait octroyé cette légitimité aux juges[188]. Cet argument a aussi été utilisé par le juge MARSHALL dans le célèbre arrêt *Marbury vs Madison*[189], puis confirmé dans d'autres arrêts.

PARAGRAPHE 2 Un traitement divers : la question permanente de la difficulté démocratique

192. Pourtant, la posture que nous venons d'exposer a été soumise à une importante critique à partir de la moitié du XX^{e} siècle, notamment de la part de Alexander BICKEL. Ce dernier a en effet écarté l'argument classique de la légitimité du contrôle juridictionnel fondée sur la volonté du constituant en se concentrant sur un caractère distinctif du pouvoir judiciaire, donc sur l'aspect qui permet à une

[186] À ce propos, TRIBE a exposé que « dans une société politique qui aspire à avoir une démocratie représentative ou, au moins à avoir un système de représentation populaire, les exercices du pouvoir qui ne peuvent pas trouver une justification ultime dans le consensus des gouvernés résultent très difficiles, sinon impossibles à justifier » (traduction de nos soins). TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. Mineola, New York : The Foundation Press, 1978, p. 48 [cité par] ; GARGARELLA, Roberto. "La dificultad de defender el control judicial de las leyes". Isonom'\ia [en ligne]. 1997, n^{o} 6, n. 8. Disponible à l'adresse : http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf.

[187] HAMILTON, Alexander. The Federalist #78. *Independent Journal* [en ligne]. 14 juin 1788. [Consulté le 20 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.constitution.org/fed/federa78.htm.

[188] Pour une critique à cet égard, voir: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona : Ariel, 1996.

[189] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Marbury v. Madison, 5 U.S. 137* [en ligne]. 1803. [Consulté le 20 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm.

minorité de bénéficier d'une protection de ses droits fondamentaux que la majorité pourrait menacer[190].

193. Précisément, BICKEL a justifié la légitimité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité à partir de ce qu'il appelle son *caractère contre-majoritaire*. L'argumentation de l'auteur part d'une analyse des défauts de la représentation politique (bien reflétée dans l'expression de « crise de la représentation ») autour de la question de savoir si la formation de la loi répond (comme le veut la théorie) à la volonté populaire déléguée à des représentants ou plutôt à des enjeux et des mobilisations spécifiques de groupes de pression au sein du Parlement[191]. D'une part, cette crise de la représentation affecte les électeurs qui appartiennent au groupe majoritaire ; de l'autre, en tout état de cause, les minorités seront fortement exclues et leurs nécessités, garanties par la Constitution, seront méconnues par la logique des jeux politiques. Étant donné que le Parlement n'est pas le souverain mais un pouvoir défini et institué par la Constitution, si l'on accepte cette soumission à cette dernière, on devrait aussi accepter qu'elle autorise le pouvoir judiciaire à la faire prévaloir.

194. Cette idée permet de fonder l'argument selon lequel un pouvoir judiciaire indépendant constitue un contrepoids à la force des majorités politiques. Cette position a aussi aidé à consolider l'argument de J. H. ELY selon lequel l'office des juges constitutionnels doit permettre de remédier aux décisions ou traitements qui nuisent aux minorités, en particulier si elles ont été traditionnellement exclues des bénéfices des politiques publiques[192].

195. Toutefois, cet argument en défense de la *judicial review* ancré sur son caractère contre-majoritaire a fait l'objet de plusieurs critiques.

196. Soulignons tout d'abord que la Cour suprême de justice des États-Unis a de fait agi de manière largement respectueuse du législateur tout au long du XIX^{e}

---

[190] BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch.The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2^{e} éd. New Haven, London : Yale University Press, 1962, p. 16-18.

[191] L'auteur se fonde sur la pensée de TRUMAN et DAHL. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch.The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2^{e} éd. New Haven, London : Yale University Press, 1962, p. 18-21.

[192] ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. una teoría del control constitucional*. Bogota : Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

siècle mais aussi des *majorités* au cours du XXe siècle - contrairement à ce que l'on serait intuitivement tenté de croire -[193]. En général, la jurisprudence a suivi l'argument selon lequel une norme ne peut être déclarée inconstitutionnelle que si elle est le fruit d'une « erreur claire » (*clear mistake*) du législateur[194] ; autrement dit, si tout doute raisonnable portant sur son inconstitutionnalité est dissipé[195].

Ce n'est qu'à partir des premières décennies du XXe siècle que la Cour américaine a commencé à développer un rôle plus actif concernant le contrôle de constitutionnalité[196]. Ainsi, elle a pu être souvent qualifiée d'activiste, par exemple à l'occasion du célèbre arrêt *Brown vs Board of Education* ; puis elle a été conçue comme une gardienne de la « sphère de l'indécidable »[197] en tant qu'elle a pu « *retirer certains sujets des difficultés de la controverse politique* »[198] . Cependant, il reste difficile de lui reconnaître une véritable place « contre-majoritaire » ; tout au contraire, elle semble généralement s'accorder à l'opinion publique des majorités politiques[199].

197. De plus, Bruce ACKERMAN a pu mettre en lumière ce qui, selon lui, constitue une *difficulté intemporelle* lorsqu'il s'agit de fonder la légitimité du contrôle constitutionnel dans le cas américain, ce notamment à partir du commentaire sur « l'autorisation du constituant » de 1776. Si l'on suit l'argument de

---

[193] À ce propos, voir : FASSASSI, Idris. *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*. [S. l.] : Aix-Marseille Université, 2015, p. 470-600.

[194] C'est l'idée centrale du célèbre travail de THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard law review*. 1893, Vol. 7, no 3, p. 129-156.

[195] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213,270*. 1827 ; Cité par WALDRON, Jeremy. Revisión judicial y legitimidad política. Dans : *Conferencia en la Corte Constitucional*. Bogotá : Corte Constitucional de Colombia, 4 août 2017, p. 82-122.

[196] WOLF, Chistopher. La transformación de la Interpretación constitucional. Civitas, Madrid, 1986, p. 305-328.

[197] Pour utiliser une expression ultérieurement attribuée à FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 7e éd. Madrid : Editorial Trotta, 2010, p. 23-25.

[198] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U.S. 624,638*. 1943. Cité par WALDRON, Jeremy. Revisión judicial y legitimidad política. Dans : *Conferencia en la Corte Constitucional*. Bogotá : Corte Constitucional de Colombia, 4 août 2017, p. 22.

[199] À ce propos, voir : FASSASSI, Idris. *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*. [S. l.] : Aix-Marseille Université, 2015.

l'auteur, les juges ont été légitimés par une majorité d'il y a plus de deux siècles pour décider au-dessus de la majorité actuelle[200].

198. Finalement, le fondement « contre-majoritaire » suppose - tel que présenté par Sébastian LINARES - une difficulté impliquant simultanément deux questions qui sont liées. La première concerne l'existence d'une limite matérielle aux décisions du peuple ; c'est-à-dire, il s'agit de se demander s'il existe des problèmes ou des thématiques qui ne sont pas traitables par la décision des majorités ou, autrement dit, s'il existe des sujets qui ne sont pas susceptibles d'être soumis à une décision populaire[201]. La seconde part de l'idée selon laquelle les sociétés démocratiques sont des sociétés pluralistes et hétérogènes dans lesquelles les individus peuvent avoir différents points de vue sur la vie, les valeurs, les fondements de l'ordre social ; aussi bien de manière individuelle et personnelle que collective[202]. Ainsi, les désaccords naturels entre les personnes devraient pouvoir être débattus et résolus, dans le cadre démocratique, par une décision collective qui fasse converger ces points de vue divers vers un objectif collectif commun. Dans ce cadre, se pose toutefois la question des minorités : pourquoi doit-on, concernant la décision d'une minorité (ici, les juges), faire prévaloir celle-ci sur la décision des majorités représentées au Parlement si chez les juges il existe aussi des désaccords sur les décisions et leurs justifications ? Les réponses à cette interrogation ont été développées à partir de deux doctrines apparemment aux antipodes l'une de l'autre : le procéduralisme et le substantivisme[203].

199. Le procéduralisme - spécialement celui de Jeremy WALDRON - défend l'argument selon lequel étant entendu que les désaccords sont le résultat naturel des sociétés démocratiques pluralistes, un accord préalable sur la question de savoir *quels* sont les droits fondamentaux dans une société démocratique n'est pas

---

[200] ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge : Harvard university press, 1991.

[201] Sur ce sujet voir : FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2004, p. 39-78.

[202] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York : Columbia university press, 1993.

[203] Selon la classification faite par MARTÍ, Jose Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid, Barcelona : Marcial Pons, 2006. [cité par] LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. 1re éd. Madrid : Marcial Pons, 2008, p. 34-35. Cependant, aux États-Unis, cette distinction est aussi utilisée par TUSHNET, Mark. "La judicial review de la legislación". Dans : GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (dir.), *Constitucionalismo y judicial review*. 1re éd. Lima : Palestra editores, 2013, p. 92-97.

possible. Par conséquent, en principe, une société démocratique, qui doit se mettre d'accord sur tout nécessite tout d'abord l'existence d'un droit à « participer aux décisions sur un pied d'égalité »[204] . Ainsi, suivant en ceci la théorie politique antique du régime démocratique, *l'isonomie* (l'égalité devant la loi) serait le premier des droits, car il est *le seul* que l'on peut exiger dans le cadre d'un désaccord sur l'existence même des droits fondamentaux et de leur portée[205]. Par voie de conséquence, le dernier mot, dans une démocratie, doit revenir au Parlement, car c'est la procédure législative qui permet, en tout cas, la protection du droit fondamental à participer aux décisions collectives sur un pied d'égalité[206].

200. Le substantivisme - notamment celui de Ronald DWORKIN - considère qu'il existe des valeurs objectives de justice qui doivent être obtenues par un travail au sein d'un État démocratique. Au-delà de la discussion portant sur *qui* doit prendre la décision, toutes les institutions de l'État doivent contribuer pour y parvenir[207]. En effet, la correction substantive des décisions est, selon cette perspective, le critère le plus important : ces dernières aboutissent à garantir, protéger et élargir la portée des principes propres d'une démocratie, droits y compris[208].

201. Jeremy WALDRON et Ronald DWORKIN ont donc des conceptions fondamentalement différentes de la démocratie et, partant, des effets de celle-ci sur le contrôle de constitutionnalité. Tandis que Jeremy WALDRON pense que la façon de « doter de valeur » chaque individu dans une société pluraliste est de lui permettre de participer sur un pied d'égalité à la procédure législative donc à la prise de décisions législatives, Ronald DWORKIN a développé un « *modèle associatif de démocratie* » qui suppose que toute personne est l'associée d'une entreprise politique collective. Ainsi, une décision législative n'est pas légitime par le fait

---

[204] WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 277-303.

[205] LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. 1re éd. Madrid : Marcial Pons, 2008, p. 32.

[206] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. 2006, Vol. 115, no 6, p. 1346-1406 ; WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid : Marcial Pons, 2005.

[207] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Oxford : Princeton University Press, 2006.

[208] À ce propos voir : FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. 2e éd. Madrid : CEPC, 2007, p. 47-52 ; LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. 1re éd. Madrid : Marcial Pons, 2008, p. 29-44.

d'avoir été prise majoritairement mais parce qu'elle protège les intérêts de *chaque* citoyen ; autrement dit, parce qu'elle reconnaît la valeur intrinsèque de chaque personne en lui permettant de « triompher » dans son projet de vie[209].[210]

202. Signalons que la conception de la démocratie de Ronald DWORKIN n'implique pas forcément un rapport entre la représentation politique et la prise de décisions normatives ; un aspect que nous n'aborderons que dans la section suivante. En revanche, la conception de Jeremy WALDRON se fonde clairement sur la représentation politique, étant donné que la seule manière de respecter la diversité des points de vue des citoyens placés sur un pied d'égalité est celle de suivre la procédure législative, conçue en termes de représentation.

203. En effet, Jeremy WALDRON développe l'idée selon laquelle, dans une société plurielle, les individus ont des désaccords persistants sur le contenu et la portée des droits, sauf pour le droit à participer sur un pied d'égalité car il est le premier droit ; celui inhérent à la démocratie elle-même. Ce droit ne pose pas question. Or, s'il n'existe pas de certitude quant à la portée et au contenu des droits en général, une action collective qui permet de trancher le désaccord est nécessaire. Cette action collective s'exerce, dans une société démocratique, dans le respect de la règle de la majorité et de la représentation. Par conséquent, toutes les décisions prises par des autorités composées par un nombre pluriel de membres telles que le Parlement et les hautes Cours doivent suivre la règle de la majorité étant donné que parmi les membres de ces institutions se présentent naturellement aussi des désaccords. C'est pourquoi Jeremy WALDRON considère finalement que le législateur se situe à une meilleure place pour trancher ces désaccords

---

[209] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge : Harvard university press, 2011, p. 327-417.

[210] Naturellement, les positions radicales des deux postures sont beaucoup plus vulnérables à la critique. C'est pourquoi les positions mieux construites des deux postures, donnent une certaine importance à l'autre dans son argumentation, tendant alors vers des positions que MARTÍ a appelé « faibles », mais que nous appellerions « raisonnables ». Le procéduralisme raisonnable accepte l'existence de principes vers lesquels l'Etat doit diriger ses décisions. Le substantivisme raisonnable admet que les procédures, spécialement la procédure législative, permettent de faire converger les différents points de vue propres d'une société démocratique, vers un but commun. FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. 2e éd. Madrid : CEPC, 2007, p. 53-130 ; LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. 1re éd. Madrid : Marcial Pons, 2008, p. 29-98 ; BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. *Discusiones* [en ligne]. 2000, Vol. 1, p. 65-94. [Consulté le 9 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.cervantesvirtual.com/controladores/get_citation.php?id=251544&tipo=bibtex&descarga=0.

fondamentaux et de principe, en faisant prévaloir le droit à participer sur un pied d'égalité par le truchement de son activité.

204. Ainsi, à l'occasion d'une conférence donnée à Bogotá en 2017, Jeremy WALDRON a affirmé que la « difficulté du fondement de la décision majoritaire » qu'il relève dans son travail n'était pas insurmontable. Malgré ce questionnement, les États qui ont octroyé le dernier mot aux juges fonctionnent en vérité sans trop de problèmes en termes de légitimité qui a en fait été trouvée autrement. En revanche, la « difficulté démocratique », elle, persiste. Mieux que la nier, il faudrait la mitiger[211].

PARAGRAPHE 3 Les quatre présupposés de la thèse de Jeremy WALDRON

205. Même si parmi les auteurs les plus reconnus en la matière quelques-uns utilisent des arguments abstraits applicables à un ensemble de démocraties[212], d'autres auteurs exposent des arguments un peu plus concrets applicables ou inspirés par un État déterminé[213]. Ces derniers arguments sont susceptibles d'être généralisés pour pouvoir être mis en discussion avec les premiers ; et les premiers couvrent parfois aussi les particularités des États analysés à travers les seconds.

206. Ces auteurs, qu'ils se rattachent à l'un ou l'autre de ces deux conceptions, partent de l'idée selon laquelle le système démocratique représentatif, auquel leurs arguments visent à s'appliquer, fonctionne en réalité plutôt bien. La question est donc celle du « pourquoi ? ». L'élucidation de ce point nous permettra, à notre tour, d'emprunter les termes de cette discussion en vue d'essayer de caractériser le contenu et le fonctionnement de la démocratie colombienne. Dans ce cadre, nous analyserons notamment dans quelle mesure les thèses de Jeremy WALDRON nous permettent de comprendre la conception institutionnelle colombienne et son fonctionnement.

---

211 WALDRON, Jeremy. "Revisión judicial y legitimidad política". Dans : *Conferencia en la Corte Constitucional*. Bogotá : Corte Constitucional de Colombia, 4 août 2017, p. 17.

212 Par exemple : Waldron, Hübner, Ferreres, Alexy, Bernal, Habermas, Favoreu, Rousseau, Colon Rios, Bayón, Ferrajoli entre d'autres.

213 Par exemple : Ely, Dworkin, Ackerman, Tushnet, Sager, Chemerinsky.

207. Pour nourrir la prétention d'universalité de son discours, Jeremy WALDRON part de quatre présupposés que nous considérons comme pouvant être repris par la plupart des auteurs[214] - tant procéduralistes que substantivistes - qui abordent la « difficulté démocratique » du contrôle de constitutionnalité[215].

208. Jeremy WALDRON prétend procéder à une « analyse abstraite » du problème[216], même s'il construit son discours surtout en faisant référence à certains pays, en particulier du *Commonwealth* (plus spécialement les États-Unis, le Royaume-Uni et la Nouvelle Zélande). Il recherche, ce faisant, à proposer un discours qui tende à l'universalité. Précisément, plutôt que de se référer à certains pays, il a conditionné le champ de validité scientifique de son discours à l'accomplissement de quatre présupposés qu'il a identifiés. Par conséquent, « *si quelques-unes de ces conditions échouent, l'argument ne peut pas être soutenu* »[217]. Ainsi, pour répondre à la question implicite du « quand et pourquoi les démocraties fonctionnent-elles ? », Jeremy WALDRON a déterminé quatre critères de fonctionnement qui agissent comme des principes conditionnant aussi, de manière corollaire, le rôle et l'exercice du contrôle de constitutionnalité.

En premier lieu, il doit s'agir d'un État dans lequel le pouvoir législatif représentatif fonctionne raisonnablement bien et dont les membres sont élus par le peuple.

---

[214] Dworkin - pour prendre en considération les arguments de son contradicteur principal - n'exposerait pas de manière explicite ce présupposé d'applicabilité de son discours. Cependant, il circonscrit explicitement son exposé aux États-Unis et, quelque fois, à l'Angleterre et à la Nouvelle Zélande. On peut dire que les présupposés de Waldron lui seraient applicables. En revanche, d'autres auteurs supposent et partent de faits différents. Par exemple Bickel, pour qui la légitimité contre-majoritaire se justifie fortement dans la *crise de représentation* du Parlement. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch.The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2e éd. New Haven, London : Yale University Press, 1962, p. 16-18.

[215] Quelques autres présupposés pourraient être mis en lumière, tels que l'idée de Constitution, la notion d'Etat de droit et des effets de la rigidité des textes constitutionnels. Sur ce premier, voir : COLÓN-RÍOS, Joel. El fin del debate en torno al constitucionalismo y la democracia. Dans : *La constitución de la democracia*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 27-41. Sur ce dernier, voir : VIRGÜEZ RUÍZ, Santiago. Democracia desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin-Waldron. *Revista de Derecho Público*. 2015, no 35, p. 8.

[216] En effet, il essaye de maintenir dans son exposé un haut degré d'abstraction. Voir WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? *Emory Law Journal*. 2009, no 58, p. 675-712.

[217] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. 2006, Vol. 115, no 6, p. 1360.

En deuxième lieu, il doit exister un ensemble d'institutions judiciaires raisonnablement bien organisées dont les membres *ne sont pas élus par le peuple*.

En troisième lieu, il doit exister un accord de la majorité de la société et des fonctionnaires sur l'idée de droits individuels et leur caractère fondamental.

En quatrième lieu, il doit exister un désaccord persistant, substantiel et de bonne foi entre les membres de la société sur le contenu, les limites et la portée de ces mêmes droits[218].

209. En définitive, l'argumentation élaborée par Jeremy WALDRON admet une limitation factuelle. Si les conditions établies pour la validité de son discours ne sont pas réunies, alors il n'applique pas. Or, de nombreux États de la planète ne connaissent pas de telles conditions, pour différentes raisons ; c'est notamment le cas de la Colombie. C'est pourquoi, nous allons à présent nous concentrer sur une analyse de certaines réalités de la représentation électorale en Colombie afin de mettre en lumière et de comprendre comment ses défauts ajoutent des raisons à la défense de la légitimité de la justice constitutionnelle concentrée.

SECTION 2 LES DIFFICULTÉS DE FONDER LA LÉGITIMITÉ DU CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL COLOMBIEN SUR UN SYSTÈME DE REPRÉSENTATION ÉLECTORALE

210. Malgré sa cohérence et sa pertinence[219], la force de l'argumentation de Jeremy WALDRON est mise à mal si on la confronte au cas de la Colombie. En effet, des quatre présupposés de son analyse, les deux premiers ne se retrouvent pas dans la réalité et à la conception institutionnelles de ce pays.

La première condition n'est pas réunie, parce que la faible participation aux élections et les pratiques d'une « classe politique » visant à maintenir leur pouvoir

[218] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. 2006, Vol. 115, n° 6, p. 1359-1369. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 254.

[219] Ce qui ne veut pas dire que l'argument est dénué de difficulté. En effet, Waldron part de l'idée de souveraineté populaire mais il semble l'assimiler à la représentation parlementaire (dans la lignée de la tradition anglaise). Ceci ouvre la voie à une série de critiques par rapport à la procédure de sélection des représentants et aux moyens de résoudre les différences entre la volonté du peuple et celle du Parlement. À cet égard, voir : COLÓN-RÍOS, Joel. El fin del debate en torno al constitucionalismo y la democracia. Dans : *La constitución de la democracia*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 27-79.

et leur contrôle sur les appareils administratifs de l'État empêchent un fonctionnement moyennement nécessaire pour une « consolidation de la volonté populaire » (Paragraphe 1).

La deuxième ne l'est pas non plus, parce que la Cour constitutionnelle colombienne est élue par le Sénat ; une particularité dont on peut considérer qu'elle lui confère une forme de représentation électorale indirecte (Paragraphe 2).

Nous n'avons pas soumis les troisième et quatrième présupposé à une preuve empirique mais nous les présumons raisonnablement réunis pour le cas colombien. Nous ne les traiterons cependant pas puisqu'ils ont peu d'intérêt pour notre étude. Les analyser impliquerait de dévier l'argumentation centrale de notre recherche[220].

PARAGRAPHE 1 Une démocratie représentative déficitaire

211. Bien que l'on puisse analyser le fonctionnement du pouvoir législatif en Colombie de plusieurs façons (en particulier à partir de l'étude de ses membres, de la qualité du contrôle politique qu'il exerce sur le Gouvernement, ou encore de la qualité de la production normative ; entre autres critères)[221], nous allons centrer notre réflexion sur la représentation populaire du Parlement[222], probablement le sujet pour lequel les indicateurs sont les plus faibles lorsqu'on tente de mesurer les *outputs* de la démocratie colombienne. En effet, la très basse participation historique

[220] Sur la troisième condition : s'agissant de l'existence d'un accord sur l'idée de droits individuels et sur leur caractère fondamental, l'Etat colombien a considérablement évolué. Depuis la Constitution de 1991, et tout particulièrement la consécration de l'action de *tutela*, l'Etat et les particuliers sont plus concernés par les droits fondamentaux. D'un côté, les justiciables sont conscients de pouvoir former une action directe pour la protection de leurs droits ; d'un autre, l'Etat et les particuliers qui sont mis en cause dans le cadre d'une *tutela*, tendent à répondre de manière plus effective à la protection des droits.

Sur la quatrième condition : un désaccord persistant, substantiel et de bonne foi entre les membres de la société sur le contenu, les limites et la portée des droits, est la conséquence d'une société qui garantit les droits basiques d'opinion et d'expression. Ce type de sociétés construisent une diversité de pensées qui génère naturellement un désaccord persistant. Nous croyons que c'est le cas de la Colombie.

[221] Par exemple, BERNAL PULIDO expose que la soumission du pouvoir politique aux pouvoirs financiers, et la manipulation des *mass media* à laquelle est victime l'électorat défient les conceptions les plus classiques de la démocratie électorale. Voir la présentation de l'ouvrage COLÓN-RÍOS, Joel. El fin del debate en torno al constitucionalismo y la democracia. Dans : *La constitución de la democracia*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 14.

[222] Nous devons souligner que nous ne défendons pas l'idée selon laquelle le Parlement colombien ne bénéficie pas d'une légitimité démocratique ; non pas simplement parce qu'il existe une élection populaire pour le désigner, mais aussi parce qu'ont lieu des discussions et des débats pertinents et déterminants dans son cadre, visant à contrôler le pouvoir exécutif ou développer les principes de la République colombienne.

des citoyens aux élections (1) paraît avoir un indéniable lien avec une « culture politique » « gamonaliste » et « clientéliste » qui gouverne et caractérise le pays depuis deux siècles (2).

1 Une faible participation aux élections

212. On constate en Colombie une *très faible participation* citoyenne aux scrutins. Durant les vingt dernières années, les élections parlementaires en Colombie ont été caractérisées par une participation maximale qui se stabilise autour de 45%[223], et ces données semblent être plutôt identiques si l'on considère de plus longues périodes du XX[e] siècle[224].

213. Si l'on regarde toute l'Amérique du sud, la Colombie dispose de la moyenne la plus basse de participation pour élire les membres de son Parlement[225]. Des données récentes montrent en effet que l'Uruguay dispose de la moyenne la plus haute, avec 89,7% de participation ; le Pérou et la Bolivie atteignent plus de 80% ; le Brésil, le Chili et l'Argentine dépassent les 70% ; le Paraguay, 66% et le Venezuela, 55,5% ; tandis que la Colombie arrive au dernier rang avec 42,6% de participation[226]. Il convient tout de même de noter, pour éclairer ces résultats,

---

[223] L'abstention la plus basse durant cette période a été de 37.41% des électeurs au deuxième tour de l'élection du Président de la République en 1998. Cependant, s'agissant du Parlement, elle a été supérieure à 55% des électeurs. REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. *Resumen de votación del Congreso y la Presidencia de la República entre 1998-2014* [en ligne]. Bogotá : [s. n.], 2016. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/DATOS_20_ANOS_ELECTORALES-2.pdf.

L'année 2018 a été caractérisée par une légère augmentation de la participation électorale. En effet, s'agissant du Parlement, la participation a été de 48,97% pour la Chambre des Représentantes et de 48,82% pour le Sénat. Malgré une augmentation par rapport à la moyenne, ce taux n'atteint cependant pas encore la moitié des électeurs possibles. Dans le cadre de l'élection du Président de la République, la participation a été de 54%, un taux au-dessus de la moyenne qui n'est toutefois pas inusuel. MISION DE OBSERVACIÓN ELECTORAL. *Resultados Electorales. Elecciones legislativas y consultas interpartidistas 2018* [en ligne]. Bogotá : [s. n.], 2018, p. 13. [Consulté le 5 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : https://moe.org.co/wp-content/uploads/2018/06/Resultados-Congreso-2018.pdf.

[224] L'auteur relève aussi que le taux le plus bas d'abstention en Colombie a été de 31,2% ; il concernait le plébiscite du 2 décembre 1957. MORALES, Alberto. Colombia: Elecciones y crisis política. *Nueva Sociedad* [en ligne]. 1978, n° 34, p. 65-66. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10701620N34-5.pdf.

[225] ZOVATTO, Daniel. Participación electoral en América Latina*. Dans : REYNA IZAGUIRRE, Carlos (dir.), *Elecciones* [en ligne]. Lima : ONPE, 2003, p. 29, 41. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/918D15C72A441A3E0525756300630E80/$FILE/articulo_02.pdf.

[226] Il convient de préciser, en revanche, que des dix pays d'Amérique du sud analysés, seuls le Venezuela et la Colombie n'ont pas de régime de vote obligatoire. Une étude approfondie sur ce sujet serait intéressante, cependant elle dépasse l'objet de la présente recherche. Sur ce point, voir : FLOREZ, Jose.

l'influence importante des systèmes électoraux ; certains pays ayant consacré le vote obligatoire (l'Argentine, par exemple).[227]

214. Dans toute l'Amérique latine, la participation colombienne n'est comparable qu'avec celle du Salvador caractérisé par une participation qui atteint 45%[228] en moyenne et elle n'est dépassée que par le cas d'Haïti qui occupe la dernière place au monde en matière de participation électorale.

215. À titre de comparaison, en Europe, la moyenne de la participation électorale est beaucoup plus haute. De manière illustrative, mentionnons l'Italie avec 80,2% ; la Norvège, l'Allemagne, l'Espagne et la Grèce avec plus de 70% ; tandis que la France n'atteint que 58,6%[229].

216. Les pays du *Commonwealth* sont aussi généralement caractérisés par une forte participation citoyenne aux élections : l'Australie détient l'un des plus hauts taux de participation électorale (93,6%) ; la Nouvelle Zélande et l'Afrique du Sud dépassent 75% ; le Canada et le Royaume-Uni ont plus de 60% de participation ; et les États-Unis ont une moyenne de participation électorale de 57,1%[230].

217. Au-delà des facteurs et des causes qui peuvent expliquer ces chiffres pour chaque pays, dans le cas colombien, si la participation électorale est si faible

---

Abstencionismo, composición del electorado activo y perspectivas del voto obligatorio en Colombia [en ligne]. Bogota : [s. n.], 2015. [Consulté le 29 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/03/Jose-Florez.pdf.

[227] Chiffres déterminés à partir de la base de données de l'IDEA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Voter turnout database* [en ligne]. 2016. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.idea.int/advanced-search?th=Voter Turnout Database. Données à jour 2018.

[228] ZOVATTO, Daniel. Participación electoral en América Latina*. Dans : REYNA IZAGUIRRE, Carlos (dir.), *Elecciones* [en ligne]. Lima : ONPE, 2003, p. 30. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/918D15C72A441A3E0525756300630E80/$FILE/articulo_02.pdf ; GELINEAU, Francois et ROMERO BALLIVIÁN, Salvador. *Estudio sobre la participación electoral en América central* [en ligne]. [S. l.] : [s. n.], 2014, p. 24. [Consulté le 24 février 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.oas.org/es/sap/docs/deco/EstudioParticipacionCA2015_s.pdf.

[229] Chiffres déterminés à partir de la base de données de l'IDEA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Voter turnout database* [en ligne]. 2016. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.idea.int/advanced-search?th=Voter Turnout Database.

[230] Chiffres déterminés à partir de la base de données de l'IDEA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Voter turnout database* [en ligne]. 2016. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.idea.int/advanced-search?th=Voter Turnout Database.

(autrement dit : moins de 50% de la population habilitée à voter le fait), comment peut-on s'assurer qu'il existe un soutien populaire suffisant pour fonder la légitimité démocratique des décisions du Parlement ? Une participation électorale peu élevée pourrait très clairement servir d'argument pour remettre en question la légitimité politique des actes législatifs, en particulier en temps de crise ou de polarisation politique.

218. En tout en état de cause, à tout le moins s'agissant du cas colombien, le *système* fonctionne malgré lui-même pourrait-on dire. La faible participation des citoyens aux élections ne paraît donc *a priori* guère affecter le caractère et le fonctionnement institutionnel de l'État. En revanche, la méfiance généralisée quant à l'exercice du pouvoir public par des représentants sans légitimité et suspectés de ne pas représenter suffisamment la volonté des électeurs et qui, historiquement, agissent moins pour le « bien commun » que pour leurs intérêts particuliers, demeure une difficulté que la démocratie constitutionnelle n'arrive pas à résoudre.

2 Les pratiques d'un système élitiste de représentation populaire

219. Outre une faible légitimité de la représentation politique en raison d'un taux de participation électorale particulièrement bas, d'autres facteurs propres à la « pratique électorale » colombienne affectent aussi le caractère démocratique des décisions parlementaires.

220. En effet, la manière de « faire de la politique électorale » en Colombie est caractérisée par deux phénomènes complémentaires : le « gamonalisme » (*gamonalismo*) et le « clientélisme » (*clientelismo*)[231].

221. Si nous suivons la réflexion de Néstor OSUNA PATIÑO, rappelons que l'État colonial a été concrétisé en Amérique latine à travers un certain type d'institutions dont les objectifs essentiels étaient de contrôler les populations et de maintenir un pouvoir territorial. Parmi ces institutions, l'une des plus importantes était la *encomienda*. Un *encomendero* (en général un conquistador, ou un colon

[231] Il s'agit d'une sorte de structure économique mafieuse visant à se faire élire et à maintenir un certain pouvoir bureaucratique. Cependant, certains votes se détachent de l'aspect bureaucratique et sont alors beaucoup plus libres. Par exemple, le plébiscite de 1957, le mouvement du « septième vote » (la *séptima papeleta)*, à l'origine à la Constitution de 1991, ou encore le plébiscite de 2016, sont de bons exemples de votes qui ont été plutôt libres.

espagnol) était commissionné par les autorités royales espagnoles pour l'exploitation économique de grandes étendues de territoires. Il disposait d'une grande liberté d'action, s'étant vu conférer un pouvoir politique quasi absolu sur les populations et communautés indiennes qui lui étaient ainsi *recommandées* (*encomendados*, placés sous son autorité). Selon le professeur OSUNA PATIÑO, ce type de *rapport de gouvernement*, essentiellement autoritaire, n'a pas vraiment changé avec l'indépendance et s'est perpétué plus de trois siècles après le début de son application[232]. Encore aujourd'hui, le système politique en connaît quelques réminiscences[233]. Plus qu'une transformation du rapport entre les personnes et l'État, il y a eu, dans de nombreux territoires, seulement une *substitution* du nom des autorités[234].

222. Ce phénomène, traditionnellement connu en Colombie sous le nom de *gamonalismo*, continue d'être une réalité persistante et désigne fondamentalement l'ensemble des pratiques, stratégies et formes de contrôle d'un leader politique sur un groupe plus ou moins large d'électeurs sur un territoire ou une communauté donné/e. Plus le nombre d'électeurs qu'il contrôle est important[235], plus élevé est le

---

[232] Voir : SANDERS, James. Pertenecer a la gran familia granadina. Lucha partidista y construcción de la identidad indígena en el Cauca, Colombia 1849-1890. *Revista de estudios sociales*. 2007, n° 26, p. 41 ; MELO, Jorger Orlando. La República conservadora. Dans : *Colombia Hoy: Perspectivas Hacia el Siglo XXI* [en ligne]. XVI. Bogotá : Banco de la República, 24 décembre 1996, p. 54-88. [Consulté le 27 mars 2016]. Disponible à l'adresse : http://repository.unad.edu.co/handle/10596/5383 ; MIRANDA ONTAÑEDA, Néstor. *Clientelismo y dominio de clase: el modo de obrar político en Colombia*. Bogota : Editorial CINEP, 1977.

[233] Voir par exemple: HELFRICH-BERNAL, Linda. Elecciones: entre gamonalismo y civismo. El caso de Tumaco en la costa Pacífica. *Territorios: Revista de estudios regionales y urbanos* [en ligne]. 2000, p. 39-51. [Consulté le 2 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2344/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=6d71abfa-f0fe-41f4-9749-f5f461b64232@sessionmgr101&hid=108 ; ÁVILA, Ariel Fernando et VELASCO, Juan David. Parapolíticos, narcos, guerrilleros y votos: revisitando el problema de la teoría democrática a partir del caso colombiano. *Pap. Polít.* [en ligne]. 2012, Vol. 17, n° 2, p. 371-421. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v17n2/v17n2a02 ; BARRERAS CORTÉS, Roy Alejandro. *Clientelismo y movilización electoral análisis de las elecciones legislativas de 2010* [en ligne]. [S. l.] : Pontificia Universidad Javeriana, 2010. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/7725/tesis387.pdf?sequence=1.

[234] OSUNA, Néstor. Democracia y presidencialismo en Colombia en los primeros años del siglo XXI. Dans : VANEGAS GIL, Pedro Pablo (dir.), *La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo.* 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2009, p. 133-139.

[235] BASSET, Yann. ¿Voto amarrado? personalización del voto y trayectorias electorales de los senadores en Colombia. *Revista de Ciencia Política* [en ligne]. 2015, Vol. 35, n° 3, p. 489-507. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v35n3/art02.pdf ; SÁNCHEZ, Miguel García, MONTALVO, Jorge Daniel et SELIGSON, Mitchell A. *Cultura política de la democracia en Colombia, 2015 Actitudes democráticas en zonas de consolidación territorial*. 2015, p. 35-36.

nombre d'électeurs qui pourront voter et soutenir un candidat choisi par lui, et donc plus grande est son influence au sein de la bureaucratie, au niveau territorial d'une région ou d'une province mais aussi dans les appareils des partis politiques avides de bases politiques stables et mobilisables. Ainsi, très souvent, l'exercice de la démocratie représentative n'est plus que l'effort pour l'accès à la répartition bureaucratique et son contrôle par le truchement des votes. Ces « élections » sont donc vidées de leur contenu démocratique.

223. De l'autre côté de la médaille, une fois élus, les « gamonales » favorisent une « clientèle[236] », composée d'amis, de groupes d'intérêt ou de notables ayant contribué à la campagne électorale ; soit parce qu'ils contrôlent personnellement les actions, initiatives et procédures de la bureaucratie, soit, directement, par le pouvoir de concéder ou attribuer des contrats publics. Cette manière de « faire de la politique » - essentiellement assimilable à une structure maffieuse - a conduit à concentrer le pouvoir politique entre les mains de quelques familles ou groupes d'alliance stables qui le transmettent à leurs descendants depuis des décennies, se constituant ainsi en *dynasties*.

224. Soulignons un autre élément central : ces structures politiques utilisent aussi souvent des procédés illégaux pour maintenir leur clientèle électorale[237]. En effet, malgré les contrôles institutionnels qui sont prévus et exercés, l'exercice massif et constaté de ces pratiques demeure quasi systématiquement impuni. Selon les données du Bureau du Procureur général de la

---

[236] À propos de la notion complexe de « clientélisme » et de ses manifestations, voir : GONZÁLEZ, Barrios. Clientelismo y familias en accion: una mirada desde lo local. *OPERA-Observatorio de Políticas, Ejecución y …* [en ligne]. 2011, nº 11, p. 150-153. Disponible à l'adresse : https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5147330 ; RÚA DELGADO, Carlos. La legitimidad en el ejercicio del poder político en el estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano. *Revista Ius et Praxis* [en ligne]. 2013, Vol. 19, nº 2, p. 99-107. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n2/art04.pdf ; BASSET, Yann. ¿Voto amarrado? personalización del voto y trayectorias electorales de los senadores en Colombia. *Revista de Ciencia Política* [en ligne]. 2015, Vol. 35, nº 3, p. 489-507. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v35n3/art02.pdf.

[237] La faible participation électorale n'indique pas, en soi, simplement une indifférence des citoyens à l'égard des affaires politiques ; elle révèle aussi un phénomène plus complexe de manipulation des votes en Colombie, avec l'existence d'une pratique d'achat-vente des votes et de manœuvres des politiciens pour transporter des électeurs d'une circonscription à l'autre. À ce propos voir : RODRÍGUEZ-RAGA, JC et SELIGSON, MA. *Cultura política de la democracia en Colombia: 2006*. [S. l.] : [s. n.], 2007, p. 91-136. [Consulté le 16 avril 2015]. Disponible à l'adresse : https://books.google.es/books?hl=en&lr=&id=Emg7u0LoGEAC&oi=fnd&pg=PR13&dq=indice+democracia+colombia&ots=kBy8V_qvpp&sig=zc94psVnKH8K_ZHJJQwzrE0h3v4.

Nation pour la période allant du 1er janvier 2014 au 31 mai 2017, 3634 plaintes pénales ont été présentées concernant la commission de crimes et de délits nuisant à la liberté et à l'autonomie des électeurs. Parmi ces plaintes, 189 cas ont fini par être présentés devant les juges avec imputation de charges, mais seulement 55 affaires sont arrivées à l'étape du jugement. Finalement, seulement 25 personnes ont été déclarées pénalement responsables puis condamnées[238]. L'indépendance de la *justice*, au regard de son fonctionnement et de l'influence des réseaux criminels en son sein, est donc un problème majeur.

225. En définitive, si nous nous plaçons dans la perspective des électeurs, certains ressentent fortement que leurs votes n'arriveront de toute façon pas à changer la réalité politique caractérisée par ces « pratiques malades » du système représentatif, ni même à influencer les dynamiques sociales et institutionnelles existantes. D'autre part, nous avons un important nombre de citoyens qui participent aux élections mais ne décident pas nécessairement librement[239]. Ainsi, en général, les résultats des élections sont plus des victoires de politiciens que la manifestation de la volonté du peuple.

226. Cette situation, cependant, ne démontre ou n'implique pas non plus nécessairement une illégitimité *absolue* du Parlement colombien. Nous ne voulons pas nier, par exemple, l'existence d'un vrai débat parlementaire pour voter les lois ou pour contrôler l'exercice du pouvoir public. En revanche, les éléments que nous venons - brièvement - de décrire contribuent à une meilleure compréhension des enjeux de la représentation politique en Colombie.

227. Si nous reprenons le fil de notre réflexion, le cas colombien nuance la pertinence du présupposé de Jeremy WALDRON de l'élection du Parlement « gardien du dernier mot » pour juger de l'état de fonctionnement satisfaisant ou

---

238 FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Respuesta a derecho de petición. Rad: 20177720139231*. Bogotá, 2017.

239 HORBATH, Jorge Enrique. Pobreza y elecciones en Colombia. Algunos hallazgos para reflexionar. *Espiral, estudios sobre estado y sociedad* [en ligne]. 2004, Vol. X, nº 29, p. 199-232. Disponible à l'adresse : http://revistascientificas.udg.mx/index.php/EEES/article/view/1276/1154 ; BARRERO (D), FREDY; LIENDO, NICOLÁS; MEJÍA, LAURA; ORJUELA, Guillermo. *Abstencionismo electoral en Colombia: una aproximación a sus causas* [en ligne]. Bogota : [s. n.], 2013. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/CEDAE_-_Abstencionismo_electoral_en_Colombia.pdf ; CUBILLOS, GP. Representatividad parlamentaria:¿ Congreso en crisis? *Revista de Derecho Público* [en ligne]. 2014, nº 32, p. 20. [Consulté le 20 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4760196.

d'une démocratie. Nous pouvons, à partir de l'exemple de la Colombie, dire en effet que la légitimité représentative réduite du Parlement conduit, par conséquent, à une difficulté démocratique plus réduite de la justice constitutionnelle concentrée.

PARAGRAPHE 2 Une Cour constitutionnelle élue par le Sénat

228. Le deuxième des présupposés conditionnant la validité de l'argumentation de Jeremy WALDRON est que l'État (en réalité un modèle abstrait d'État auquel s'applique sa thèse), doit comporter un ensemble d'institutions judiciaires raisonnablement bien organisées dont les membres *ne sont pas élus par le peuple*.

229. Ici aussi, l'analyse de la conception et de la pratique institutionnelles colombienne réévalue la pertinence de ces exigences théoriques pour juger du bon fonctionnement d'un État démocratique. En effet, la Constitution colombienne octroie au Sénat la faculté d'élire des juges à la Cour constitutionnelle. Cette attribution ajouterait un paradoxe dans l'argumentation de Jeremy WALDRON puisque dans un système dans lequel le Parlement élit les juges de la Cour, on pourrait penser que ces derniers disposent de la légitimité démocratique pour édicter leurs actes (1). Néanmoins, ce seul argument n'est pas suffisant, à lui seul, pour fonder la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité concentré colombien (2).

1 La conception institutionnelle de la formation de la Cour constitutionnelle

230. Analysons cette question plus en détail. La conception institutionnelle de formation d'une Cour constitutionnelle a été l'un des sujets les plus discutés à l'Assemblée nationale constituante de 1991 après que celle-ci ait pris la décision de consacrer un juge indépendant vis-à-vis de la Cour suprême de justice[240] pour

[240] Cet intéressant sujet déborde notre recherche et mériterait une étude plus sérieuse. Nous voudrions juste rappeler qu'à l'Assemblée nationale constituante de 1991, le sujet a eu une grande importance. Il a été fortement attaché à la création d'une Cour constitutionnelle ou le maintien du contrôle par la Cour suprême de justice. À ce propos, voir les projets présentés et les discussions à leur sujet aussi bien dans le cadre de la quatrième Commission, que de la Commission *ad hoc* et de l'Assemblée plénière. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Asamblea Nacional Consituyente | banrepcultural.org. Dans : *banrepcultural.org* [en ligne]. 1991. [Consulté le 3 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.banrepcultural.org/asamblea-nacional-constituyente.

exercer le contrôle de constitutionnalité. Finalement, un jeu complexe de poids et contre-poids entre propositions s'est mis en place tendant à déterminer la manière de désigner les membres de la Cour constitutionnelle. C'est finalement un dispositif complexe qui a été retenu, requérant la participation des trois pouvoirs publics dans le but d'empêcher qu'aucun d'eux n'ait une influence démesurée sur les autres pour former la Cour constitutionnelle et la contrôler, en particulier s'agissant de la question de l'élection des futurs juges.

231. D'une part, le Président de la République, la Cour suprême de justice et le Conseil d'État présentent chacun *trois listes* de trois candidats au Sénat qui élira les neuf juges de la Cour constitutionnelle. Les listes de trois personnes sont présentées individuellement, à la fin du mandat de chaque juge déjà en exercice. Autrement dit, chacune des trois institutions dispose du droit de sélectionner trois postes à la Cour constitutionnelle. Deux institutions du pouvoir judiciaire - indépendantes l'un de l'autre - et le chef de l'exécutif exerce donc une attribution de nomination mais c'est le Sénat, c'est-à-dire la Chambre législative élue par circonscription nationale, qui élit chaque juge à la Cour.

232. D'autre part, ce dispositif a aussi été pensé comme un moyen de « contrôler le contrôleur ». En effet, si les juges de la Cour constitutionnelle contrôlent la conformité des normes du Parlement, les institutions qui disposent d'une compétence de nomination et le Sénat ont le pouvoir de rééquilibrer les forces au moment d'élire les juges suivants.

233. Un tel mécanisme constitutionnel permettrait, par conséquent, d'octroyer un degré de représentation indirecte à la Cour constitutionnelle. Si le juge qui détermine la constitutionnalité des normes est élu par le Sénat, chambre législative d'élection nationale, alors il profiterait d'une représentation démocratique indirecte puisque par une décision prise suivant la règle de la majorité, les représentants (sénateurs) la dotent de la légitimité démocratique qui leur a été conférée par les électeurs.

234. Revenons à la pensée de Jeremy WALDRON. Le constat de l'existence de systèmes comme le système colombien pourrait changer la force persuasive de l'argument de l'auteur en faveur d'une déférence envers le législateur - mais il l'a exclu -. Si le juge constitutionnel dispose d'un certain degré de représentation

populaire (même indirecte) et que les procédures pour élire les juges ont été correctement suivies, alors les décisions de ces derniers, prises dans le respect des procédures juridictionnelles déterminées par la Constitution et la loi, respecteraient aussi l'exercice du droit à « participer aux décisions sur un pied d'égalité »[241], puisque tous - parmi les représentants - auraient utilisé cette méthode pour résoudre les désaccords portant sur l'existence ou la portée des droits [242].

2 L'insuffisance de l'argument de la légitimité démocratique indirecte

235. L'idée d'un transfert de légitimité démocratique du fait de l'élection des juges par le Sénat colombien répond abstraitement au problème, mais il peut être naïf et insuffisant d'un point de vue plus concret.

236. En effet, si l'on présume que la manière dont est formée la Cour constitutionnelle permet de transférer une partie de la légitimité démocratique octroyée au Parlement (Sénat), alors à travers ce transfert se transmettraient aussi ses vices et ses problèmes de légitimité liés aux difficultés que nous avons mentionnées relativement à la légitimité des élections.

237. Ainsi, un système représentatif, tel que l'est le système colombien, caractérisé par un déficit de représentation qui mine sa légitimité ne pourrait que transférer une légitimité précaire à la Cour constitutionnelle ; il existerait même un risque d'infiltration des défauts clientélistes dans la juridiction.

238. De plus, cet argument paraît insuffisant pour expliquer la légitimité démocratique d'un système concentré mais bicéphale comme en Colombie. Car, si l'on admet une légitimité démocratique indirecte pour la Cour constitutionnelle, alors on ne pourrait pas en dire de même pour le Conseil d'État. Dépourvu d'un tel soutien populaire indirect, le contrôle exercé par ce dernier pourrait, suivant cette logique, être considéré comme *moins légitime*. Comme nous l'avons déjà indiqué, le

---

[241] WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 277-303.; LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. 1re éd. Madrid : Marcial Pons, 2008, p. 32.

[242] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. 2006, Vol. 115, no 6, p. 1346-1406 ; WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid : Marcial Pons, 2005.

procédé institutionnel de formation du Conseil d'État implique un système de cooptation ; il s'élit lui-même, il s'auto-désigne.

239. En conclusion, si la Cour constitutionnelle profitait d'une forme de légitimité démocratique à travers un soutien populaire indirect, alors les vices démocratiques de la « pratique de la politique » en Colombie lui seraient aussi, tôt ou tard, transmis. De plus, le contrôle concentré réalisé par le Conseil d'État ne bénéficierait pas, lui, d'une légitimité démocratique puisque sa formation n'est lié de près ou de loin à aucune élection parlementaire qui lui octroierait un soutien populaire indirect.

240. En revanche, on peut tout de même considérer que le contrôle concentré de constitutionnalité qui s'exerce en Colombie profite d'une légitimité démocratique plus consolidée au regard du caractère participatif et argumentatif de la prise de décision mais aussi du point de vue de la garantie et de la protection des dispositions de la Charte.

CHAPITRE II UN CONTRÔLE CONCENTRÉ TENDANT À LA CONSOLIDATION DE LA DÉMOCRATIE

241. Une réflexion conceptuelle institutionnelle permet une meilleure compréhension de l'existence d'un certain degré de légitimité démocratique du contrôle concentré de constitutionnalité. Or, dans le cas colombien, ce cadre abstrait ne suffit pas en raison des nombreuses particularités et difficultés qui, de fait, le caractérisent et ternissent sa légitimité. En tout état de cause, la participation des citoyens au processus de contrôle de constitutionnalité, soit au Conseil d'État soit à la Cour constitutionnelle, est clairement bornée par l'exigence de développer des raisonnements de nature constitutionnelle (Section 1), son caractère argumenté (Section 2) et par les avancées démocratiques qui ont été mises en avant par les décisions de contrôle concentré (Section 3) tendant à confirmer pourquoi ce dernier semble fortement légitime en Colombie en dépit de la difficulté démocratique qui le caractérise, propre à tout contrôle juridictionnel.

SECTION 1 L'OUVERTURE À UNE PARTICIPATION ARGUMENTÉE DES CITOYENS : UN « *FORUM* DES IDÉES »

242. Cass SUNSTEIN - qui se rapprocherait sur ce point de Jeremy WALDRON -, à partir de l'expérience américaine, a pu affirmer que « l'action judiciaire, même si elle est délibérative, pâtit d'un défaut important : elle exclut nécessairement des procès politiques les citoyens »[243] . En effet, aux États-Unis - et en général dans les États qui ont choisi un contrôle diffus de constitutionnalité, comme dans de nombreux États disposant d'un contrôle de constitutionnalité concentré -, les citoyens ne peuvent prendre part au procès de constitutionnalité.

243. En Colombie, cependant, tout citoyen peut directement participer à la délibération. En effet, la conception institutionnelle colombienne garantit une participation citoyenne durant la procédure qui se déroule au sein de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État (Paragraphe 1). Néanmoins, cette participation citoyenne est limitée par des réquisits exigeant une argumentation de

[243] SUSTEIN, Cass. Constituciones y democracia: epílogo. Dans : ELSTER, Jon et SLAGSTAD (COMPS), Rune (dir.), *Constitucionalismo y democracia*. Mexico D.F. : Fondo de cultura económica, 1999, p. 354 ; Cité par: RODRÍGUEZ PEÑARANDA, Maria Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 31.

nature constitutionnelle ; des conditions qui visent à empêcher que des arguments politiques, économiques ou purement « *d'opportunité* », propres à la délibération parlementaire, soient mis en débat lors du contrôle concentré réalisé par le juge (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Une conception normative du contrôle concentré contribuant à la participation

244. L'existence historique de *l'action publique de constitutionnalité* en Colombie ne signifie pas simplement un droit de déclencher un contrôle de constitutionnalité ; elle consiste aussi à participer, avec des arguments juridiques constitutionnels, à ce « forum des idées » qui débouche sur une décision sur la conformité des normes à la Constitution.

245. Précisément, l'Acte législatif 3 de 1910 prévoyait que l'action publique de constitutionnalité pouvait être intentée à l'encontre de « *toutes* les *lois et tous les décrets accusés devant elle* [Cour suprême de justice] *par tout citoyen*… ». Cependant, ce texte n'a rien dit quant aux modalités de participation citoyenne dans les procès de constitutionnalité.

246. C'est en revanche l'Acte législatif 1 de 1968 qui a créé le contrôle automatique des décrets édictés dans le cadre des états d'exception, première norme constitutionnelle garantissant la participation de tous les citoyens aux procès de constitutionnalité, même s'ils n'ont pas introduit de demande. En effet, l'article 71, qui a modifié l'article 214 de la Constitution de 1886, a établi que « *dans les cas des articles 121 et 123* [états d'exception], *tout citoyen peut intervenir pour défendre ou contester la constitutionnalité desdits décrets* »[244].

247. Cette innovation a encore été élargie par le constituant de 1991. En effet, l'article 242 actuel de la Constitution, qui consacre les règles de procédure basiques à suivre devant la Cour constitutionnelle, établit dans un paragraphe 1 que « *tout citoyen peut exercer les actions publiques prévues par l'article précèdent et participer pour accuser ou défendre les normes soumises à contrôle soit dans les*

[244] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, n° 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156.

procédures déclenchées par autrui, soit dans celles dans lesquelles il n'existe pas d'action publique »[245] .

248. Ainsi, il est désormais possible que tout citoyen participe à toutes les procédures de contrôle de constitutionnalité en présentant des arguments en faveur ou à l'encontre de la constitutionnalité de la norme soumise au contrôle. Peu importe si le contrôle est réalisé dans l'exercice d'une compétence automatique de la Cour constitutionnelle ou par la voie de l'action publique de constitutionnalité.

249. Dans le cas du contrôle de constitutionnalité des décrets de caractère national, octroyé depuis 1968 au Conseil d'État, son caractère ouvert n'existe que depuis 2011, date de l'entrée en vigueur du CPACA. Auparavant, l'action en nullité pour inconstitutionnalité suivait les règles de procédure de l'action en nullité ordinaire dans laquelle l'ouverture de la procédure aux interventions publiques n'était donc pas prévue. Actuellement, dans le cadre de l'action en nullité pour inconstitutionnalité formée devant le Conseil d'État, comme dans toutes les autres procédures de contrôle concentré de constitutionnalité, une étape est prévue pour recevoir les arguments directs de tout citoyen en faveur ou à l'encontre de la constitutionnalité de la norme en question.

250. De plus, l'article 244 de la Constitution établit que la Cour constitutionnelle doit communiquer au Président de la République ou au Président du Parlement, selon le cas, le début de toute procédure de contrôle de constitutionnalité exercé sur une norme qu'ils ont édictée. Ainsi, l'auteur de la disposition litigieuse, dont le rôle est questionné, peut aussi participer au débat sur la constitutionnalité de cette norme.

251. En outre, le Procureur général de la Nation doit rendre un rapport sur la constitutionnalité de toute norme contrôlée soit par la Cour constitutionnelle (selon le paragraphe 2 de l'article 242 de la Constitution), soit par le Conseil d'État (selon la lettre *a*, du paragraphe 4 de l'article 184 du CPACA). Cette participation du Procureur ajoute à l'efficacité du contrôle de constitutionnalité l'argument de

[245] Traduction à nos soins. Article 242. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, nº 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

l'existence d'un organe de contrôle, séparé des trois pouvoirs publics, chargé de vérifier l'exécution correcte de la Charte.

252. Enfin, selon l'article 13 du décret-loi 2067 de 1991 et l'alinéa 2 de la lettre c du paragraphe 4 de l'article 184 du CPACA, les juridictions chargées du contrôle concentré peuvent demander des rapports ou avis à des organisations publiques spécialisées, des experts ou à des organisations qu'elles considèrent concernées par des problématiques spécifiques comme des universités, des ONG, des associations professionnelles ou d'experts, etc. Le but de ces consultations est de disposer de meilleurs éléments de jugement pour prendre une décision pertinente.

253. Bien que nous n'ayons pas une mesure précise de l'utilisation de ce droit de participer aux décisions, il est de plus en plus rare qu'une décision de contrôle de constitutionnalité concentré, au moins de la Cour constitutionnelle, n'ait été élaborée après de nombreuses interventions citoyennes.

254. Naturellement, les sujets les plus polémiques suscitent plus d'interventions que d'autres. Les interventions et avis peuvent être très nombreux ; jusqu'à parfois représenter un tiers du corps de l'arrêt[246]. La participation d'universités ou d'organisations non gouvernementales (au sens le plus étendu possible du terme) est fréquente et quelques-unes suivent attentivement tous les procès de constitutionnalité pour déterminer les affaires dans lesquelles elles peuvent agir.

255. En définitive, un « forum des idées » est ainsi formé en vue de contribuer à une meilleure prise de décision. Or, Étant donné que toute intervention citoyenne ou avis doit apparaître – résumé(e) - dans le corps de l'arrêt, les juges se trouvent devant un « marché d'arguments » pour débattre et consolider soit la décision, soit les votes dissidents ou concurrents.

[246] Par exemple, les arrêts sur le mariage homosexuel ont généré de nombreuses interventions et avis.

PARAGRAPHE 2 L'exigence d'une argumentation constitutionnelle du discours

256. Les arguments intégrant ce « forum des idées » doivent cependant prendre la forme d'un discours constitutionnel. Tant les demandeurs que les intervenants doivent proposer des arguments de constitutionnalité pour justifier leurs postures. Pour les premiers, un contrôle d'admissibilité de leur demande permet de vérifier que les arguments employés relèvent bien du discours constitutionnel. Pour les seconds, il n'existe pas de contrôle de recevabilité de leur participation, cependant l'influence de leurs arguments sur l'arrêt qui sera finalement édicté dépend bien sûr du poids argumentatif constitutionnel de ces derniers.

257. La Constitution n'a pas spécifiquement prévu de conditions quant à l'argumentation de la demande d'inconstitutionnalité. Il convient alors de se reporter à l'article 2 du Décret-loi 2067 de 1991 pour y lire les réquisits spécifiques aux demandes d'inconstitutionnalité[247]. Le paragraphe 3 de cette disposition exige ainsi que le demandeur expose « *les raisons pour lesquelles ces textes* [les normes constitutionnelles] *sont estimés violés* ».

258. Avec la pratique, la Cour constitutionnelle a progressivement délimité le champ de validité de l'argumentation des demandes. Elle a commencé à ne pas admettre les actions publiques dont l'argumentation n'entre pas dans le champ d'un litige de constitutionnalité. Puis, fruit d'une évolution jurisprudentielle au cours de

[247] "Article 2° Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;

2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas;

3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados;

4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y

5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda."

Traduction par nos soins : « Les demandes d'actions publiques d'inconstitutionnalité doivent être présentées par écrit, en copie double et comprendre : […] Les raisons pour lesquelles ces textes sont estimés violés… ».

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto ley 2067 de 1991. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 4 septembre 1991, n° 40012. [Consulté le 3 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1394864.

la décennie 1990[248], la Cour constitutionnelle a indiqué dans l'arrêt C-1052 de 2001 cinq réquisits de rationalité des arguments présentés à l'appui d'une action à réunir pour pouvoir admettre celle-ci ; nous traiterons les trois principaux[249].

La Cour mentionne la *spécificité*, la *pertinence* et la *suffisance* de l'argumentation qui doit s'inscrire dans le discours constitutionnel[250]. La première condition, la *spécificité*, exige que l'acteur expose au moins une charge directe à l'encontre de la norme mise en cause. La deuxième, la *pertinence*, requiert que l'argumentation ait un fondement en matière de normes constitutionnelles, c'est-à-dire que la demande ne doit s'appuyer ni sur des doctrines ni sur des théories, ni non plus sur des normes inférieures. La troisième, la *suffisance*, demande qu'il ressorte de l'argumentation une certaine estimation du sérieux du problème ; autrement dit, qu'elle mette effectivement en évidence au moins un doute bien fondé quant à la constitutionnalité de la norme en question[251].

259. Ainsi, la demande d'inconstitutionnalité doit incontestablement être conforme aux normes du discours constitutionnel. La Cour peut donc ne pas admettre une action qui ne respecterait pas ces réquisits de rationalité constitutionnelle du discours. De plus, si ultérieurement, la Chambre plénière considère finalement que ces conditions n'ont pas été observées, elle peut refuser de rendre un arrêt de fond.

---

[248] Sur ce sujet, voir : BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. *Rev. Derecho del Estado* [en ligne]. 2008, nº 21, p. 81-94. [Consulté le 18 avril 2016]. Disponible à l'adresse : http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/revderest21&section=7.

[249] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-1052 de 2001* [en ligne]. Bogota : www.corteconstitucional.gov.co, 2001. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1052-01.htm.

[250] Les deux autres sont la clarté et la certitude. Le premier permet que l'argumentation suive un fil conducteur ; autrement dit, qu'elle soit logique. Le second vise que la demande soit dirigée vers une norme existant réellement dans l'ordonnancement juridique ; soit la disposition juridique, soit une interprétation juridictionnelle de certaine(s) disposition(s). Dans le premier cas, la demande doit être dirigée soit contre une disposition qui est en vigueur, soit contre une disposition qui n'est plus en vigueur mais continue de produire des effets juridiques. Si la demande est dirigée contre une norme juridique telle qu'elle a été interprétée par une autorité judiciaire, alors elle doit démontrer que ladite interprétation existe réellement.

[251] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-1052 de 2001* [en ligne]. Bogota : www.corteconstitucional.gov.co, 2001. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1052-01.htm.

260. Malgré l'existence pratique du principe *pro actione* qui exige une interprétation large de la recevabilité de l'action, de nombreux recours sont écartés au motif qu'ils ne satisfont pas aux exigences du discours constitutionnel.

Précisément, le principe *pro actione* vise à éviter qu'une action d'inconstitutionnalité soit écartée en raison de difficultés surmontables. La Cour doit essayer d'opter pour l'interprétation la plus favorable à la reconnaissance d'une rationalité constitutionnelle de la demande. Il s'agit, ce faisant, de réduire les barrières pour accéder à la Cour. Dans le cadre juridique colombien, le requérant n'a en principe pas besoin d'être représenté par un avocat puisque tous les citoyens peuvent accéder directement à la Cour. Ainsi, il est en théorie possible que tout citoyen, même s'il dispose de peu de connaissances juridiques, puisse exercer une action publique d'inconstitutionnalité ; cela donc en dépit de possibles méconnaissances des concepts juridiques ou constitutionnels qui conduisent à ce que son écrit ne soit pas très précis. Même dans ce cas, l'action publique engagée doit être interprétée de la manière la plus souple possible pour permettre de dégager un argument pertinent à l'encontre de la norme contestée.

261. En principe, l'existence du principe *pro actione* impliquerait ainsi que la plus grande partie des actions publiques d'inconstitutionnalité aboutissent à l'édiction d'un arrêt de fond, puisqu'elles seraient interprétées en faveur de l'intelligence de la demande. Toutefois, malgré l'absence de données fiables en la matière, il est estimé qu'autour de 40% des demandes présentées sont en fait refusées parce qu'elles n'observent pas les prérequis de la demande[252]. En outre, parmi les 6111 arrêts de constitutionnalité édictés sur action publique de

[252] Ce pourcentage n'est pas exact ; il est approximatif. Il est tiré d'une analyse des donnés fournies par la Secrétaire générale de la Cour constitutionnelle par la voie du droit de pétition et une recherche propre sur la page web de la Cour constitutionnelle. Les informations sont très nombreuses, mais malheureusement elles ont été organisées de manière désordonnée et les critères de classification des données n'ont pas été traités avec le soin requis. SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Derecho de petición SGC-430*. Bogota, 11 octobre 2016 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Información de demandas de inconstitucionalidad 1992-2016* [en ligne]. 2016. [Consulté le 30 décembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/proceso.php.

constitutionnalité (chiffres de septembre 2016), 647 ont conclu à l'inhibition de la Cour pour rendre un arrêt de fond, ce qui correspond à environ 10,5 % des arrêts[253].

262. S'agissant du contrôle de constitutionnalité réalisé par le Conseil d'État, deux dispositions du CPACA sont importantes. Selon son article 135, les citoyens pourront demander la nullité des actes administratifs pour « *infraction directe à la constitution* ». De plus, le paragraphe 1 de l'article 184 de ce code exige du demandeur d'exposer « *dans l'avis* [concepto] *sur la violation les raisons qui fondent l'inconstitutionnalité alléguée* »[254].

263. Ainsi, dans certaines décisions d'admissibilité[255], le Conseil d'État précise que le demandeur devait argumenter un rapport direct entre l'acte administratif contesté et la violation de la Constitution. D'une manière semblable au contrôle concentré de la Cour constitutionnelle, il y aurait, pour le Conseil d'État, une sorte de prérequis de spécificité de l'argument tendant à ce que l'accusation vise à démontrer l'incompatibilité de l'acte normatif en question aux normes constitutionnelles.

264. Certainement, la jeunesse du CPACA permet de penser que, par la force de la pratique, ces conditions de recevabilité tendront à se consolider d'une manière plus complexe quant aux exigences de l'argumentation.

265. Nous avons ainsi vu comment les normes colombiennes ont tendu à modeler le contrôle de constitutionnalité comme une procédure ouverte à la participation citoyenne. En revanche, la recevabilité de cette participation a été limitée à des arguments véritablement constitutionnels, autant pour le demandeur que pour les intervenants. Ceci a notamment contribué à la formation d'un « marché des idées » ou *forum*, qui nourrit la pensée des juges pour prendre les décisions de

---

[253] Données au 29 septembre 2016. SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Derecho de petición SGC-430*. Bogota, 11 octobre 2016.

[254] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 18 janvier 2011, n° 47956. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#135.

[255] Dans d'autres décisions, le Conseil d'État a interprété restrictivement l'article 135 du CPACA pour cantonner le contrôle concentré de constitutionnalité du Conseil d'État exclusivement aux « règlements autonomes ». Par exemple: CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. *Auto admisorio de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad. Expediente 2015-00606-00 [NI 1727-2015]*. Bogota, 16 juillet 2015.

constitutionnalité[256], mais aussi les auto-restreint puisque l'exigence de rationalité des décisions juridictionnelles impose le devoir de se référer à tel argument retenu (t_1) lorsque l'on traite le même problème juridique dans une autre affaire (t_2).

SECTION 2 L'ARGUMENTATION DES DÉCISIONS COMME FACTEUR DE LÉGITIMITÉ

266. À cet égard, mentionnons les travaux de Robert ALEXY selon lequel l'exigence d'argumentation génère une « représentation argumentative » du tribunal constitutionnel (Paragraphe 1). Son acceptation par le peuple, soit de manière théorique soit de manière pratique, dépendrait dans une grande mesure du degré de rationalité des décisions prises (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 La représentation argumentative

267. Robert ALEXY a pu affirmer qu'il était possible de générer un degré de légitimité démocratique des tribunaux constitutionnels à partir d'une « représentation argumentative ».

268. Les juges ne bénéficient pas de la légitimité qu'accorde la représentation parlementaire fondée sur les votes et le contrôle politique. Cependant, la représentation n'est pas uniquement un rapport entre représentants et représentés ; un transfert qui ne se réalise qu'à travers des élections. Ainsi, l'auteur insiste sur l'importance de comprendre le contrôle de constitutionnalité comme un type spécifique de représentation du peuple[257].

269. Concrètement, de son point de vue, le juge constitutionnel fonde sa légitimité sur son indépendance et l'encadrement rationnel de son discours.

Premièrement, Robert ALEXY part de l'idée selon laquelle les juges ne sont pas élus. Pour lui, bien qu'un rapport représentatif entre le peuple et les juges est

[256] Ce *forum des idées* est généré par l'ouverture délibérative et publique des procès de constitutionnalité concentrés. Les arrêts qui tranchent chaque affaire doivent exposer les arguments des décisions prises. À la fin, ces décisions, sont reproduites et publiées, ce qui veut dire qu'elles s'adresseront aux citoyens avec une argumentation en principe élaborée. Actuellement, la portée ou le caractère de chose jugée d'une décision de conformité simple ne peut pas se comprendre sans l'argumentation de la Cour.

[257] ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 99.

nécessaire[258], leur représentation vis-à-vis de la société est essentiellement argumentative. Pour le professeur ALEXY, la volonté constituante de cette *représentation argumentative* repose d'une certaine manière sur le fait que ni le peuple ni ses représentants ne disposent de mécanismes leur permettant de voter soit la sortie des juges soit leur réélection. Le constituant aurait ainsi voulu exclure les juges de la responsabilité politique, garantissant ce faisant leur indépendance. La représentation qui caractérise un tribunal constitutionnel ne pourrait donc pas être associée à « ce que pense le peuple »[259].[260]

Deuxièmement, le caractère discursif du contrôle de constitutionnalité exposé par Robert ALEXY empêche que n'importe quel « argument » soit valide dans le discours rationnel des juges[261]. À la différence de ce qu'a affirmé Jeremy WALDRON, Robert ALEXY pense que tous les désaccords ne sont pas raisonnables. Selon sa théorie du discours pratique, seuls les arguments raisonnables ou ayant une prétention de correction pourraient être valides, donc être utilisés par les juges pour justifier leurs décisions[262].

270. Ainsi, d'après le professeur ALEXY, le fait que la décision d'un tribunal constitutionnel aient une prétention de correction permettrait que les personnes faisant usage de leurs facultés rationnelles acceptent des arguments raisonnables par le fait même d'être raisonnables. Cette idée suppose, par conséquent, deux conditions au rapprochement de la représentation argumentative et de la légitimité

---

[258] ALEXY, Robert. Control judicial como representación argumentativa. Dans : HENAO PÉREZ, Juan Carlos (dir.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII encuentro de la jurisdicción constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, 2013, p. 62-63.

[259] ALEXY, Robert. Control judicial como representación argumentativa. Dans : HENAO PÉREZ, Juan Carlos (dir.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII encuentro de la jurisdicción constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, 2013, p. 63.

[260] D'une certaine manière, nous pourrions mettre en rapport cette perspective d'ALEXY avec la justification de BICKEL lorsqu'il qui considère la légitimité du contrôle de constitutionnalité comme un pouvoir contre-majoritaire.

[261] ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1995.

[262] ALEXY, Robert. Control judicial como representación argumentativa. Dans : HENAO PÉREZ, Juan Carlos (dir.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII encuentro de la jurisdicción constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, 2013, p. 64.

démocratique : d'abord, il est nécessaire que la décision contienne des arguments raisonnables ou corrects ; ensuite, il est aussi requis qu'un nombre suffisant d'individus soient disposés à accepter des arguments raisonnables par le fait même que ces arguments soient raisonnables ou corrects[263].

PARAGRAPHE 2 Un degré de rationalité qui conditionne l'acceptation de la décision

271. Nous n'entreprendrons pas ici une critique générale de l'argumentation de Robert ALEXY[264], nous voudrions seulement présenter une perspective différente fondée sur notre observation de la pratique réelle de la prise des décisions dans les tribunaux constitutionnels. À la différence d'ALEXY qui considère une légitimité argumentative abstraitement, nous pensons que l'argumentation et la forme qu'elle prend dotent d'un certain degré de légitimité le contrôle de constitutionnalité, au regard de sa qualité. Nous essayerons d'exposer brièvement cette idée.

272. L'argumentation du professeur allemand suppose que les juges constitutionnels suivent sa thèse, issue de la théorie du discours, qui propose que les décisions juridictionnelles doivent choisir la réponse normative la plus appropriée, voire « correcte » en l'espèce. C'est pourquoi, il propose la *pondération* comme méthode pour mesurer le poids des principes contraposés (aussi bien abstraits que concrets) et la certitude des prémisses empiriques, en vue d'aboutir à la décision la plus appropriée pour résoudre une affaire.[265]

273. Sur le fond, nous sommes tout à fait d'accord avec cette posture, cependant il nous semble aussi qu'aucun des tribunaux constitutionnels que nous

---

[263] ALEXY, Robert. Control judicial como representación argumentativa. Dans : HENAO PÉREZ, Juan Carlos (dir.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII encuentro de la jurisdicción constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, 2013, p. 64.

[264] Pour quelques questionnements sur la posture d'ALEXY, voir : SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Rober Alexy*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 319-322.

[265] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 63-94,520-546 ; ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. *La Ley* [en ligne]. 2008. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://ecaths1.s3.amazonaws.com/teoriadeladecisionunt/767438694.Ponderación, control de constitucionalidad y ponderación- Robert Alexy.docx ; JAKAB, András. Concept and Function of Principles. A Critique of Robert Alexy. *ARSP BEIHEFT* [en ligne]. 2009, Vol. 119, p. 145-159. Disponible à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918421.

connaissons n'applique réellement de manière systématique le critère du discours rationnel de la pondération défendu par le professeur allemand.

274. Un autre vecteur de légitimité reposant sur l'argumentation suppose que les décisions soient acceptées en raison de la qualité des raisons qui fondent l'argumentation ; c'est-à-dire la justesse de l'argument pour résoudre l'espèce et l'absence de défauts de rationalité[266].

275. De fait, nous savons que la présence d'un argument fort dans une décision de justice permet un certain scrutin public. Si la motivation de la décision est raisonnable, la décision sera peut-être plus facilement acceptée par tous, et plus spécialement par les personnes qui ne sont pas nécessairement d'accord avec elle. Si elle n'est pas raisonnable, des mécanismes correctifs pourraient être mis en œuvre. Par exemple, des recours juridictionnels pourront être introduits ; de même que l'argument pourra être changé ou dépuré dans des décisions ultérieures traitant la même matière ; la décision pourrait aussi être débattue, mise en question, controversée ou contestée dans les sphères académique, politique ou sociale puis l'erreur remarquée serait réparée par les juges actuels et futurs[267].

276. En tout état de cause, une bonne argumentation rend les décisions plus respectables et moins contestables, de quelque manière que l'on définisse le critère de rationalité ; et même partiellement acceptables pour les personnes qui ne sont pas d'accord, élément qui augmenterait le degré de légitimité d'un tribunal constitutionnel.

---

[266] Le cas du Conseil constitutionnel français est naturellement connu, dont les décisions sont très concises. Les *motivations* ne sont généralement pas explicites dans la décision. Malgré tout, les *commentaires de jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, publication de cette juridiction, servent à exposer les raisonnements qui fondent ses décisions (auparavant publiée dans les « Cahiers du Conseil constitutionnel : revue issue du Conseil constitutionnel lui-même). Sur ce point, voir : BARANGER, Denis. Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle , *Jus politicum* [en ligne]. 2012, n° 7. [Consulté le 2 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html].

[267] Sur ce sujet, voir : MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico* [en ligne]. [S. l.] : Marcial Pons, 2007, p. 579-580. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://www.mendeley.com/research/justicia-constitucional-y-arbitrariedad-los-jueces-teoría-la-legitimidad-en-la-argumentación-las-sen/?utm_source=desktop&utm_medium=1.13.8&utm_campaign=open_catalog&userDocumentId=%257Bc1dfe0f9-cf96-40f4-b9a7-695bc312de87%257.

277. En définitive, nous pensons que l'argumentation de la décision est un facteur de légitimité puisqu'elle contribue, en effet, à l'acceptation et au respect des décisions du juge constitutionnel qui réalise un contrôle concentré. Cette légitimité est encore plus forte si les décisions tendent à la matérialisation substantielle de la démocratie en rendant effectifs les mandats constitutionnels.

SECTION 3 DES DÉCISIONS DE CONTRÔLE CONCENTRÉ TENDANT À LA MATÉRIALISATION DE LA CONSTITUTION

278. Les perspectives substantives de la démocratie supposent l'existence de valeurs qui se trouvent dans les textes constitutionnels des démocraties constitutionnelles contemporaines. Ces dispositions constitutionnelles ne sont pas exclusivement dirigées au législateur ; elles le sont à tous les organes de l'État qui doivent les appliquer. La légitimité des décisions de ces organes - juges y compris - dépendra donc de leur capacité à la « correction » des mesures en vue de la satisfaction de ces valeurs constitutionnelles. Nous voudrions ici nous distancier de l'argument relativement fréquent qui vise à rattacher l'accomplissement de ces valeurs à l'idée d'une sorte de représentation démocratique des juges. En revanche, nous ferons ici spécifiquement référence aux avancées démocratiques qui ont été permises par les décisions juridictionnelles. Suivant cette perspective, nous considérons que le contrôle constitutionnel colombien contribue de manière forte à la défense des minorités (Paragraphe 1), à la matérialisation des mandats constitutionnels *aspirationnels* (Paragraphe 2) et, enfin, au contrôle effectif de la séparation des pouvoirs (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 La défense des minorités

279. Comme nous l'avons vu, Alexander BICKEL a justifié la légitimité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité par son caractère « contre-majoritaire ». Compte tenu des défauts du système de représentation (le Parlement ne représente pas nécessairement les intérêts des électeurs)[268], les juges, en tant que pouvoir contre-majoritaire, se trouveraient dans la position la plus appropriée pour représenter les intérêts des minorités en défendant des principes qui peuvent

[268] L'auteur se fonde sur la pensée de Truman et Dahl. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch.The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2e éd. New Haven, London : Yale University Press, 1962, p. 18-21.

ne pas faire l'objet d'une attention particulière de la part du pouvoir législatif. Par ailleurs, John Hart ELY a développé l'idée selon laquelle les juges constitutionnels doivent remédier aux manquements aux droits de minorités exclues historiquement du bénéfice des politiques publiques[269].

280. Cet argument peut néanmoins être fortement critiqué, comme l'a notamment fait Roberto GARGARELLA[270] lorsqu'il a, par exemple, essayé de trouver une quelconque représentation des groupes minoritaires *par les juges*. En revanche, il nous semble que cette protection a été fortement voulue par la Constitution elle-même. En effet, son article 13 et plusieurs dispositions spécifiques établissent des protections spéciales au bénéfice de certains groupes minoritaires vulnérables.

L'article 13 établit en effet, - nous l'exposerons plus profondément dans la troisième partie de ce travail - le droit à l'égalité. Après avoir consacré une interdiction de discrimination, la norme introduit une clause de promotion des conditions d'égalité matérielle indiquant que l'État « *adoptera les mesures en faveur des groupes discriminés ou marginalisés* »[271]. Ainsi, la disposition établit ce faisant une clause de protection spéciale des personnes qui, en raison de leurs conditions économiques, physiques ou mentales, se trouvent dans une situation de fragilité ou de vulnérabilité manifeste.

D'autres dispositions, dans le même esprit, garantissent une protection spéciale de la diversité ethnique et culturelle, aux mineurs, aux personnes du troisième âge, aux mères chefs de famille, aux malades, aux handicapés, etc.[272]

---

[269] ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. una teoría del control constitucional*. Bogota : Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

[270] GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonom\'\ia* [en ligne]. 1997, n° 6, p. 63-65. Disponible à l'adresse : http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf.

[271] Article 13. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[272] Il conviendrait aussi d'ajouter les sujets de spéciale protection constitutionnelle qui ont été reconnus par la Cour constitutionnelle. Par exemple les victimes et les personnes déplacées en raison de la violence, les personnes privées de la liberté, etc.

281. La Cour constitutionnelle a effectivement tranché des affaires de constitutionnalité d'une manière largement protectrice des droits fondamentaux, spécialement lorsque sont concernées des minorités vulnérables.

282. En effet, une étude réalisée par Maria Luisa RODRIGUEZ PEÑARANDA montre comment, globalement, la plus grande partie des affaires concernant les droits des minorités constitutionnellement protégées ont été tranchées de manière favorable à ces dernières[273]. Parmi elles, mentionnons les personnes en situation de handicap, les communautés indiennes, les femmes, les enfants, les homosexuels ou encore les victimes du conflit armé qui ont été protégés par un contrôle abstrait.

PARAGRAPHE 2 La matérialisation des mandats constitutionnels « *aspirationnels* »

283. La Constitution de 1991 est le résultat d'un processus constituant rempli d'espoirs et de projections. Même de manière incomplète[274], de nombreuses aspirations de la société colombienne ont été prises en compte et fondues dans le texte constitutionnel ; un phénomène qualifié par Mauricio GARCIA VILLEGAS de « *constitutionnalisme aspirationnel* ». En effet, la Constitution a consacré de nombreuses dispositions accordant des droits aux individus, ; ceci malgré la conscience, déjà à l'époque de l'élaboration de la Constitution, que les moyens n'étaient peut-être pas suffisants pour assurer l'effectivité de ces protections. L'auteur explique qu'étant insatisfait du *statu quo* d'alors, le constituant de 1991 était fortement motivé pour essayer de transformer une société violente et inégalitaire caractérisée par un profond déficit de satisfaction des nécessités de base et de protection des droits fondamentaux. Ainsi, de nombreux mécanismes de

[273] Cette analyse porte sur la période 1992-2001. RODRÍGUEZ PEÑARANDA, Maria Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 343-357.

[274] Sur ce sujet, voir : MEJÍA QUINTANA, Oscar. *El origen constituyente de la crisis política en Colombia. La filosofía y las falacias de la Constitución*. 2002, no 15, p. 1-10 ; MEJÍA QUINTANA, Óscar. La Constitución de 1991 como proyecto inacabado. *El Otro Derecho* [en ligne]. 2002, no 28, p. 147-169. [Consulté le 3 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_CORE/La_Constitucion_de_1991_como_proyecto_inacabado.pdf.

protection de ces droits et objectifs ont été consacrés en tant que garanties pour que les citoyens croient ce projet matériellement possible[275].

284. À travers le contrôle de constitutionnalité concentré - comme on l'a dit, ouvert à la participation délibérative - les normes constitutionnelles sont arrivées à un plus haut et profond degré d'effectivité[276]. Autrement dit, les ambitions juridiques de transformation de la société - qui dans le champ de la politique restent souvent des promesses - ont bénéficié d'une réelle dynamique des juges constitutionnels[277].

285. Si l'on accepte cet argument, alors la critique classique faite au « gouvernement des juges », d'origine tocquevillienne, ne semble pas s'appliquer au cas colombien. Les juges, soulignons-le, ne vont pas plus loin que le texte constitutionnel mais interprètent les textes - déjà bien « protecteurs » - contenus dans la Charte.

286. Ainsi, le pouvoir politique n'est pas inquiété dans ses fonctions. En général, le contrôle concentré ne se substitue pas aux autres pouvoirs[278] ; il ne prend pas leur place mais il leur intime d'agir. Ainsi, une pratique d'exhortations adressées au législateur ou au Président de la République s'est mise en place : le contrôle concentré invite à agir dans une matière qui requiert une décision étatique, en particulier à travers l'élaboration de politiques publiques. De plus, le juge utilise les *effets différés* pour donner à l'autorité concernée le temps nécessaire de corriger les

---

[275] Sur la notion de constitutionnalisme *aspirationnel*, à distinguer du constitutionnalisme *conservateur*, voir : GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Democracia y estado social de derecho. Aspiraciones y derechos en el constitucionalismo latinoamericano. Dans : *Foro Temático (abierto) PDI-FESCOL*. Cali : Friedrich Evert Stiftung en Colombia, 2004, p. 1-17.

[276] Il importe de préciser aussi que cette protection effective des droit fondamentaux n'est pas exclusive du contrôle concentré. En effet, par la voie de l'action de *tutela*, la Cour constitutionnelle parvient à protéger de manière effective des droits fondamentaux qui autrement ne seraient pas garantis. Cependant, nous allons écarter l'analyse de ce type de décisions pour deux raisons. Une méthodologique : nous centrons notre étude sur les conséquences de la légitimité du contrôle concentré. Toutefois, précisons que les décisions de *tutela* contribuent aussi à consolider une légitimité de la Cour constitutionnelle grâce à la protection effective des droits et garanties. Une autre raison est d'ordre sociologique : même s'il existe un système de précédents jurisprudentiel qui permet que les arrêts de *tutela* aient aussi une portée plus générale, la pratique judiciaire montre cependant une application encore de fait réduite du précédent. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un arrêt de constitutionnalité, les opérateurs juridiques sont beaucoup plus respectueux de ces effets généraux.

[277] GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina. *Análisis Político*. 2012, Vol. 25, nº 75, p. 90-91.

[278] Cette perspective n'est pas absolue, puisque la Cour constitutionnelle a parfois rendu des décisions questionnables à cet égard.

états de fait inconstitutionnels. Ainsi, par exemple, lorsque la Cour constitutionnelle déclare l'inconstitutionnalité d'une loi qui exige l'action du Parlement, soit parce que l'absence d'une norme spécifique peut avoir un résultat encore plus négatif que son application, soit parce qu'une décision parlementaire devrait être prise pour régler un sujet controversé, elle peut préférer différer les effets de son arrêt dans le temps.

287. En outre, les décisions de constitutionnalité des normes déterminent et précisent le contenu et la portée des droits fondamentaux garantis. C'est le cas notamment lorsque le juge déclare la constitutionnalité conditionnée de l'interdiction absolue d'une activité. Il valide alors l'existence d'une activité licite protégée par la Constitution, en préservant le plus possible le texte voté par le Parlement.

288. Nous pourrions trouver maints exemples de cette manière de faire. Pour ne citer que quelques illustrations, on peut relever que la Cour constitutionnelle a déclaré la conformité conditionnelle des lois qui interdisaient absolument l'euthanasie, l'interruption volontaire de la grossesse ou même la consommation des doses minimales de certaines drogues. Dans ces décisions, le tribunal constitutionnel a préservé la décision parlementaire mais il a posé des limites à des interdictions absolues. S'agissant de l'euthanasie, la Cour a déclaré conforme à la Constitution un article qui qualifiait « l'homicide par pitié », mais a exclu toute interprétation qui empêcherait qu'un médecin aide un malade en phase terminale à mourir dans des conditions de dignité, malgré ses souffrances[279]. Au regard de la sanction de « crime d'avortement », la Cour a exclu la responsabilité pénale dans ces trois cas : la mère est en danger de mort ; la conception est le fruit d'un viol ou ; le fœtus se développe avec une grave malformation[280]. Concernant l'interdiction de la possession et de la consommation de stupéfiants, elle a garanti le droit de porter et de consommer une dose minimale en préservant toutefois l'interdiction de fabrication et de commerce de drogues[281].

---

[279] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-239 de 1997. Dans : *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogota, 20 mai 1997. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm.

[280] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Décision C-355 de 2006* [en ligne]. Bogota, 10 mai 2006. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm.

[281] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Décision C-221 de 1994* [en ligne]. Bogota, 5 mai 1994. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm.

289. Enfin, relevons que ces décisions juridictionnelles ont garanti des droits que le Parlement n'aurait pas nécessairement consacrés. D'ailleurs, celui-ci n'a toujours pas réglé ces questions malgré une demande sociale de le faire et une exhortation de la Cour constitutionnelle dans ce sens. Ainsi, le bénéfice des droits fondamentaux établis par le constituant de 1991 a été protégé. Ceux-ci ont été progressivement mis en œuvre et défendus par le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle concentré de constitutionnalité qu'il est chargé de réaliser[282].

290. Finalement, il importe de s'intéresser à la manière dont les décisions de la justice constitutionnelle contribuent aussi à la garantie de la séparation des pouvoirs et au système de contrôle et contrepoids nécessaires pour empêcher que certains acteurs politiques affectent l'ordre constitutionnel.

PARAGRAPHE 3 La garantie d'un système de contrôle et contrepoids

291. Le contrôle de constitutionnalité a constitué une méthode efficiente pour garantir le principe de la séparation des pouvoirs et le système de contrôle et contrepoids tels que conçus et consacrés par la Charte constitutionnelle. Sans entrer dans le débat de la correction morale, politique ou juridique des décisions rendues par le juge constitutionnel, force est de constater que le contrôle de constitutionnalité concentré exercé en Colombie a souvent réussi à stopper les pouvoirs publics lorsque ces derniers ont essayé d'agir en dehors de leurs compétences. Ainsi, des États qui pâtissent de faiblesses économiques et institutionnelles patentes, comme l'État colombien, peuvent tout de même être moins vulnérables aux régimes autoritaires ou dictatoriaux grâce à ce contrôle.

292. S'agissant des décisions qui ont garanti l'indépendance et la séparation des pouvoirs, nous pouvons identifier de nombreux cas d'exercice de cette fonction protectrice. De manière illustrative, nous nous référerons au contrôle constitutionnel des normes qui ont été proposées au vote du peuple par référendum constitutionnel en 2003. La Cour constitutionnelle a décidé que certaines de ces dispositions n'étaient pas valides puisqu'elles touchaient à la séparation des

[282] En outre, le langage utilisé dans les arrêts contribue à supposer que le contenu des droits est réel et effectif et que les désirs de transformation sociale projetés par la Constitution sont réalisables.

pouvoirs, par exemple, lorsqu'elles attribuaient des compétences législatives au Conseil d'État[283].

293. Quant à la protection d'un système institutionnel de contrôle et contrepoids, tel que nous l'avons vu dans le chapitre introductif, l'établissement d'un dispositif colombien de justice constitutionnelle en 1910 a notamment répondu à une absence de mécanismes visant à faire respecter la suprématie de la Charte en cas de conjoncture politique dictatoriale.

294. À l'aube du XXI[e] siècle, presque 100 ans après son établissement, un autre leader charismatique - Alvaro URIBE, par comparaison avec Rafael REYES[284] - a fait modifier la Constitution afin d'établir la possibilité d'une réélection présidentielle originalement proscrite par la Charte. Malgré les changements qu'une telle réforme allait engendrer dans le système de contrôle et contrepoids que la Constitution avait élaboré, la Cour constitutionnelle l'a tout de même validée, car elle avait suivi toutes les procédures requises au Parlement, en la conditionnant cependant à la prise de certaines mesures[285]. Un fois réélu, ce Président de la République a cherché à réformer une nouvelle fois la Constitution pour permettre une nouvelle réélection. En revanche, cette fois-ci, la mesure a été stoppée dans le cadre d'un contrôle concentré de constitutionnalité, le juge ayant considéré qu'une seconde réélection changerait gravement la conception instituionnelle de la Charte[286].[287]

295. Toutes ces raisons aident à comprendre pourquoi la légitimité du contrôle de constitutionnalité colombien est plutôt peu questionnée. Cependant,

---

[283] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SentenciaC-551 de 2003. Dans : *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 9 juillet 2003. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm.

[284] Voir Section 1 du Chapitre introductif à la première partie.

[285] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1040 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 19 octobre 2005. [Consulté le 9 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm.

[286] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-141 de 2010. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 26 février 2010. [Consulté le 9 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm.

[287] Plus récemment, la Cour constitutionnelle a développé un jugement strict de constitutionnalité des décrets-loi autorisés par l'Acte législatif 1 de 2016 autorisant le Président de la République à édicter ce type de normes pour faciliter et garantir la mise en œuvre de l'Accord final de paix avec les FARC. Alors, étant donné que la délibération législative de ces mesures est réduite, l'exécutif a plus de marge de manœuvre pour justifier la finalité et la nécessité de ce type de normes.

celle-ci n'est pas non plus nécessairement une défense absolue de ce type de contrôle. Nous sommes conscients que le contrôle concentré montre aussi de nombreux défauts, qui ne sont toutefois pas insurmontables. Ce sont des défis à relever pour dépurer et améliorer un contrôle de constitutionnalité qui demeure au cœur du système démocratique colombien.

CONCLUSION TITRE II

296. Dans ce deuxième titre, nous avons voulu présenter une étude des facteurs de légitimité du contrôle concentré de constitutionnalité colombien. Cette analyse nous a permis de mieux connaître les raisons pour lesquelles le contrôle concentré s'est progressivement renforcé, normativement et pratiquement, dans le constitutionnalisme colombien depuis la Charte constitutionnelle de 1910.

297. Par ailleurs, nous avons rappelé que la question de la justification démocratique de la justice constitutionnelle constitue encore aujourd'hui l'un des sujets les plus traités en droit constitutionnel et en science politique ; sans néanmoins qu'une véritable solution y soit apportée. Le modèle d'État libéral classique est fondé sur les principales théories *contractualistes* selon lesquelles la loi est la matérialisation de la volonté du peuple exercée à travers ses représentants. En ce sens, la loi dispose d'un caractère sacré. Suivant cette posture le contrôle de constitutionnalité pourrait sembler *anti*-démocratique d'autant plus si l'on prend en considération le fait que les juges ne sont pas élus et que leurs décisions sont susceptibles d'erreurs. Dès lors, pourquoi laisser le dernier mot aux juges dans une démocratie ?

298. Cependant, le discours sur la légitimé démocratique s'est raffiné avec l'évolution de la pensée théorique et la question du « gardien du dernier mot » dans un système démocratique est devenue plus complexe étant donné qu'une démocratie constitutionnelle contemporaine implique nécessairement le pluralisme. Dans ce cadre, les désaccords sont naturels ; ils sont représentatifs de la diversité de la pensée humaine, valeur intrinsèque de son être. Cette nouvelle conception de l'État constitutionnel a conduit à deux principales manières d'aborder la question : une approche substantiviste ou une perspective procéduraliste.

299. Les partisans du substantivisme comprennent le contrôle de constitutionnalité comme un moyen d'obtenir les buts proposés par la démocratie constitutionnelle tels que la protection des droits ou le contrôle de l'exercice abusif du pouvoir par le Gouvernement. Donc, la consécution de ces buts légitimerait, d'une certaine manière, le contrôle juridictionnel et le fait que le dernier mot revienne aux juges dans un État constitutionnel.

300. D'autre part, certains auteurs du courant procéduraliste - notamment Jeremy WALDRON - ont argumenté que la manière la plus appropriée pour trancher les désaccords dans une démocratie pluraliste était celle de la procédure législative. Malgré des désaccords sur le contenu des droits, il est supposé que les membres de ce type de société sont d'accord sur le fait de considérer l'exercice de la procédure législative en tant que moyen pour trancher leurs désaccords.

301. *A priori*, la thèse des substantivistes, qui mettent l'accent sur des facteurs essentiels pour une démocratie constitutionnelle comme la protection des minorités et des droits fondamentaux, est attirante. Cependant, il est certain que même dans cette perspective, une difficulté démocratique persiste.

302. Par ailleurs, Jeremy WALDRON était conscient que son approche théorique ne serait pas valable sans l'accomplissement de certaines conditions. Nous avons voulu mettre le système représentatif colombien à l'épreuve des deux premières conditions qu'il a posées : en premier lieu, un Parlement fonctionnant plutôt bien et élu par le peuple ; en deuxième lieu, des juridictions fonctionnant plutôt bien mais non élues par le peuple.

303. Les vices de la démocratie représentative mettent en question la validité de l'approche de Jeremy WALDRON pour le cas colombien. En effet, la faible participation électorale dans ce pays reflète l'existence d'un système élitiste qui a finalement dégénéré en un système clientéliste - et certainement corrompu – gangrénant la représentation politique colombienne. Ainsi, en termes de représentation politique, les réalités colombiennes réduisent la légitimité et la confiance que les citoyens peuvent avoir à l'égard du Parlement.

304. En outre, il convient de remarquer que la Cour constitutionnelle colombienne est élue par le Sénat. On pourrait dégager une certaine légitimité de ce mode de formation, en considérant une représentation indirecte. En revanche, cet argument est insuffisant pour comprendre les rapports de légitimité du contrôle concentré colombien. Premièrement, parce que les vices de la représentation du Sénat affecteraient la propre légitimité représentative des juges de la Cour constitutionnelle. Deuxièmement, parce que le Conseil d'État s'élit soi-même, donc il ne profiterait pas d'une réelle légitimité représentative, même indirecte.

305. L'invalidité de la posture de Jeremy WALDRON pour le cas colombien nous a conduit à tenter une autre explication de la légitimité du contrôle concentré en Colombie ; à partir de sa fonction de protection de la Constitution. Sa légitimité serait donc directe mais sans relever de la participation des citoyens ; tout au contraire cela la renforcerait.

306. En effet, le contrôle concentré en Colombie a été conçu pour que tout citoyen puisse le déclencher par la voie de l'action publique de constitutionnalité. Il a été reformé en vue que la participation de tous les citoyens soit garantie dans toutes les actions de constitutionnalité, même celles déclenchées par d'autres ou qui le sont automatiquement.

307. Une telle dynamique du contrôle concentré exercé en Colombie a ainsi fait qu'il est devenu un « forum d'idées constitutionnelles », surtout ces dernières décennies. La procédure suivie devant le juge concentré est devenue plus raffinée, consolidant le dispositif en tant que « forum des idées » caractérisé par le nécessaire respect de la rigueur du discours constitutionnel.

308. Finalement, nous avons pris en considération un facteur additionnel de légitimité du contrôle concentré qui se trouve dans la réalisation effective dont font preuve, en général, ses décisions. En effet, celles-ci ont contribué à la défense des minorités ethniques et culturelles de la nation, à la concrétisation de nombreux droits fondamentaux qui n'auraient pas été garantis par le Parlement, ou encore à protéger la séparation des pouvoirs et à limiter les excès du pouvoir politique.

309. En définitive, malgré un questionnement démocratique qui persiste, il se trouve réduit par les particularités de la démocratie constitutionnelle colombienne, méfiante envers le Gouvernement et riche en mécanismes assurant sa protection.

CONCLUSION PARTIE I

310. Dans cette première partie nous avons mis en lumière la place privilégiée que le contrôle concentré a occupée dans le constitutionnalisme colombien.

311. Bien que sa consécration n'ait pas été indiscutable lors de l'Assemblée nationale constituante de 1910, il est certain que pendant les 109 ans de son exercice ininterrompu, il a toujours été renforcé.

312. Sans doute, l'existence de plusieurs procédés concentrés de justice constitutionnelle caractéristique du système juridique colombien dès le XIX^{e} siècle a contribué à sa consolidation ; cependant, l'élément central de ce mécanisme de contrôle est l'action publique de constitutionnalité qui a permis, petit à petit, que le contrôle concentré de constitutionnalité devienne un des dispositifs essentiels du constitutionnalisme colombien.

313. Durant la deuxième moitié du XX^{e} siècle, la Colombie a vécu un processus de renforcement continu du contrôle de constitutionnalité concentré consistant en des réformes de la Constitution visant à améliorer l'efficacité du contrôle et qui ont finalement abouti à transférer le contrôle de constitutionnalité de l'instance suprême de la juridiction ordinaire, d'abord partiellement au Conseil d'État, puis finalement à la Cour constitutionnelle.

314. Puis, progressivement, le contrôle concentré a abouti à des décisions qui ont consolidé l'idée selon laquelle aucune norme nationale (législative ou administrative) ne peut échapper à un contrôle juridictionnel.

315. Le contrôle concentré a gagné une place encore plus importante ces trois dernières décennies. La création, par la Constitution de 1991, d'une Cour constitutionnelle puissante, aspirant à une protection effective des droits et à une transformation sociale, a impulsé un contentieux concentré de constitutionnalité qui est devenu de plus en plus raffiné et complexe.

316. Malgré l'inéluctable « difficulté démocratique » que pose tout contrôle juridictionnel en raison de la mise en cause possible des lois votées par le Parlement,

le contrôle concentré en Colombie est en réalité devenu un facteur de consolidation de la démocratie constitutionnelle.

317. À la différence d'autre États pour qui échapper à la « difficulté démocratique » peut être plus difficile, en Colombie la représentation politique du Parlement est caractérisée par des vices qui diminuent sa légitimité. D'une certaine manière, la faible participation électorale qui caractérise le pays reflète aussi une méfiance et une insatisfaction à l'égard d'un pouvoir politique *classiste*, majoritairement enfermé dans un cercle vicieux entre *gamonalisme* des politiciens et *clientélisme* de la bureaucratie locale.

318. Cette méfiance envers les pouvoirs législatif et exécutif, qui a justifié la création d'un système de justice constitutionnelle fort en 1910, continue à faire montre de sa pertinence à l'heure actuelle.

319. Le contrôle concentré, au lieu de poser des questionnements démocratiques, est un facteur de consolidation de la démocratie constitutionnelle en Colombie.

320. En effet, en Colombie, le contrôle de constitutionnalité est ouvert et participatif. Les citoyens peuvent autant mettre eux-mêmes en cause la constitutionnalité des normes que participer aux actions déclenchées par autrui ou d'office par le juge. De plus, l'actualité de l'exercice du contrôle de constitutionnalité nous montre que le juge concentré peut recourir à l'avis des universités, des secteurs intéressés et au gouvernement formant ainsi un « *forum des idées* » qui nourrit et rend *a priori* plus rationnel le choix du juge.

321. Dans le cadre d'une société pluraliste, caractérisée par des désaccords, la rationalité de l'argumentation est un mécanisme important pour renforcer la légitimité de la décision. Cette légitimation n'est pas abstraite ; elle doit se manifester dans chaque décision. Plus l'argument est raisonnable, plus il sera en principe respecté et accepté par les citoyens ; spécialement par ceux qui ne sont pas d'accord avec la décision finale.

322. En pratique, le contrôle concentré de constitutionnalité a contribué à une protection effective des droits fondamentaux de tous les individus, mais spécialement des plus marginalisés ou discriminés de la société colombienne. Ainsi, à travers le contrôle concentré de constitutionnalité, les justiciables ont obtenu la

garantie de droits que le Parlement n'aurait pas assuré. En outre, il exige des pouvoirs publics une action effective pour éviter des violations substantielles à la Charte, qui sont nombreuses en matière de droits sociaux.

323. Certes, le contrôle de constitutionnalité n'est pas « le remède à tous les maux » et parfois une auto-restriction pourrait être appréciable, mais il est certain que les décisions rendues à l'issue d'un contrôle concentré ont joué un rôle de garantie des droits des personnes ainsi que de défense du principe de séparation des pouvoirs publics face aux actions du législatif et de l'exécutif qui ont pu essayer de mettre à mal le système de contrôles et contrepoids de l'État colombien.

324. Finalement, cette Partie 1 nous a amené à relever la force du contrôle concentré colombien en tant que pilier de la démocratie colombienne. Notre raisonnement nous a aussi conduit à la question de savoir quelle place a eu le contrôle diffus dans un système accordant une telle centralité au contrôle concentré. Telle est la question principale que nous traiterons à présent.

PARTIE II LE SCENARIO ARIDE DE L'EMERGENCE DU CONTRÔLE DIFFUS

325. Un lieu commun répandu dans le monde académique colombien pour expliquer la particularité institutionnelle locale est que le contrôle diffus colombien est le résultat de l'inclusion, à un moment donné de l'histoire, du système américain de justice constitutionnelle. Cependant, cette idée est la conséquence d'un réductionnisme qui consiste à croire que tout contrôle diffus provient nécessairement des États-Unis. Nous allons tenter de mesurer exactement, dans cette partie, l'incidence réelle du système américain de justice constitutionnelle en Colombie ; s'agissant de son établissement et son développement normatif mais aussi de la perspective procédurale développée par les auteurs et les juges constitutionnels. Ainsi, nous verrons comment cette incidence « américaine » a été, en réalité, minimale bien que des comparaisons et des rapprochements ont pu être réalisés entre le développement des deux systèmes (Titre I).

326. À la différence du contrôle concentré, le contrôle diffus a vécu un développement beaucoup moins riche ; autant dans les cadres académique et jurisprudentiel que dans la pensée des juristes qui, majoritairement, manquent de connaissances sur le sujet. Pour le démontrer, nous avons mené une enquête auprès de plusieurs juristes visant à souligner la manière dont le contrôle diffus est étudié et enseigné dans le monde académique juridique colombien. Il s'agit ainsi de disposer de quelques indices d'un exercice limité du contrôle diffus, en recherchant des explications à ce constat. Largement méconnu, plusieurs craintes quant à l'utilisation de ce dispositif se sont par ailleurs transmises entre auteurs de la doctrine, enseignants, étudiants et, par conséquent, aussi, parmi les praticiens du droit. Ce phénomène a contribué à créer un contexte aride pour le développement du contrôle diffus en Colombie (Titre II).

TITRE I LA MESURE DE L'INCIDENCE DE LA *JUDICIAL REVIEW* AMÉRICAINE SUR LE CONTRÔLE DIFFUS COLOMBIEN

327. La Constitution américaine de 1776 et les idées qui l'ont inspirée, ont, comme on le sait, influencé la pensée des hommes d'État de plusieurs pays à travers le monde. L'Amérique latine ne fait pas exception. La pensée constitutionnelle américaine a notamment été un important point de référence autant pour les libérateurs des colonies européennes que pour les constituants des nouvelles nations latino-américaines : véritables architectes de diverses conceptions institutionnelles.

328. Ainsi, l'une des idées récurrentes que l'on trouve dans la littérature constitutionnelle colombienne est celle de l'adoption d'un contrôle diffus de constitutionnalité qui correspond à l'importation du modèle américain du contrôle de constitutionnalité dans l'ordonnancement national. Il nous semble, cependant, que cette idée n'a pas de véritable fondement empirique. Pour analyser la mesure de l'influence du contrôle diffus conçu et mis en œuvre aux États-Unis, nous allons analyser la réception de ces idées en Colombie et leur poids dans l'adoption définitive d'un contrôle diffus en 1910 (Chapitre 1), pour ensuite essayer d'aborder la problématique de la mesure de son influence dans l'exercice du contrôle diffus à partir des implications procédurales de l'adoption de textes normatifs, en réalité bien différents (Chapitre 2).

CHAPITRE I LA MESURE DE L'INFLUENCE AMÉRICAINE SUR SON ÉTABLISSEMENT

329. La réception des idées américaines en matière de contrôle juridictionnel (encouragée par le monde académique spécialiste du droit constitutionnel du XIX^{e} siècle) a contribué à nourrir une discussion au sein du Conseil constituant de 1886 quant à la mise en place d'un contrôle diffus (Section 1). Malgré le fait que ce type de contrôle n'ait alors pas été adopté, on peut cependant constater qu'il a particulièrement été discuté durant les dernières années du XIX^{e} siècle (Section 2). Ce dispositif a finalement été consacré dans la Charte constitutionnelle en 1910, cependant il nous semble que les processus constituants qui ont abordé le contrôle diffus n'ont en réalité pas fait preuve d'une forte influence américaine. Tout au contraire, ils tendent à montrer le caractère autochtone de ce type de contrôle en Colombie (Section 3).

SECTION 1 UNE TENTATIVE D'INCLUSION DU CONTRÔLE DIFFUS EN 1886

330. Les réflexions sur la *judicial review* américaine sont rapidement arrivées au XIX^{e} siècle sur le territoire qu'est aujourd'hui la Colombie par la voie doctrinale. En effet, l'analyse proposée par les professeurs de droit constitutionnel de l'époque dans leurs ouvrages a influencé les étudiants en droit qui, plus tard, allaient devenir des constituants ou législateurs déterminants sur cette question (Paragraphe 1). Au sein de l'organe constituant de 1886, il y eut ainsi une riche discussion quant à la pertinence de l'inclusion d'un contrôle diffus de constitutionnalité, néanmoins les propositions exposées n'ont pas forcement tendu à consacrer le modèle américain (Paragraphe 2). Ainsi, bien que procédé n'ait pas été approuvé en 1886, les dernières années du XIX^{e} siècle témoignent d'une argumentation visant à son adoption dans le système constitutionnel colombien (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 La réception des réflexions sur le contrôle de constitutionnalité « à l'américaine »

331. La Révolution américaine - autant que la Révolution française - fut une importante inspiration pour les penseurs de tous les pays d'Amérique latine au

regard de la question de la rupture de l'ordre colonial européen qu'elle sous-tend. La Colombie (appelée « Nouvelle Grenade » à l'époque), faisait alors preuve d'un intérêt soutenu pour la connaissance et la discussion des fondements du constitutionnalisme américain. Celui-ci a d'ailleurs fortement inspiré le caractère fédératif de la naissante République colombienne[288]. Le constitutionnalisme américain fut étudié par quelques constitutionnalistes colombiens du XIX^{e} siècle, notamment des professeurs de plusieurs facultés de droit du pays.

En revanche, et c'est ce qui nous intéresse ici, le contrôle de constitutionnalité américain n'a pas été particulièrement défendu par les auteurs colombiens. Quelques-uns ont certes étudié des aspects particuliers du système américain, tels que le fédéralisme ou le présidentialisme, et opté pour une vision traditionnelle du juge vu comme « la bouche qui prononce la parole de la loi »[289].

332. Deux des constitutionnalistes les plus importants du XIX^{e} siècle (dont nous avons des écrits) ont étudié le contrôle de constitutionnalité américain en détail : Florentino GONZALEZ et Justo AROSEMENA. Voyons brièvement quelles étaient leurs positions sur le sujet.

333. Florentino GONZALEZ, qui a écrit ses *Leçons de droit constitutionnel* en 1869, a analysé minutieusement les piliers du constitutionnalisme américain. Il

---

[288] On peut noter que Miguel DE POMBO a traduit les actes d'indépendance et de fédération des États-Unis et la Constitution de Philadelphie. De plus, il a écrit et publié un important discours en faveur du fédéralisme comme système de gouvernement territorial de la Nouvelle Grenade. SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886. Dans : BARBOSA DELGADO, Francisco (dir.), *Historia del Derecho Público en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 280-283.

[289] Par exemple, deux des plus importants auteurs du XIX^{e} siècle sont :

Cerbeleon PINZON, auteur du *Traité de science constitutionnelle*, premier ouvrage de droit constitutionnel en Colombie, écrit en 1839, qui fait une référence constante à la Constitution américaine. Pourtant, il ne développe pas l'idée d'un contrôle juridictionnel à l'américaine. PINZÓN, Cerbeleón. *Tratado de ciencia constitucional (1839)*. 1re éd. Bogota : Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006. En revanche, il a critiqué fortement le système de contrôle de constitutionnalité de la Constitution de 1863 en argumentant qu'il s'agissait d'une dictature déguisée de la Cour suprême de justice. PINZÓN, Cerbeleón. Juicio sobre la Constitución de 8 de mayo de 1863, expedida en Rionegro (1863). Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Derecho constitucional colombiano. Siglo XIX. Tomo I*. Bogota : Cámara de representantes de la República de Colombia; IEC-CRP, 1998, p. 404-408.

Juan Felix DE LEON, auteur *des Leçons de science constitutionnelle* en 1877, a centré ses travaux surtout sur le système fédératif en faisant une méticuleuse comparaison des constitutions colombiennes de 1858 et 1863. DE LEÓN, Juan Félix. Lecciones de ciencia constitucional. Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 95-199.

a notamment été le premier en Colombie à défendre les vertus du système de justice constitutionnelle américain. En effet, il remarqua l'importance de la garantie de la suprématie constitutionnelle dans les décisions des juges. Plus spécifiquement, il fit l'éloge du caractère *inter partes* du contrôle américain qui permet d'empêche l'ingérence du « département judiciaire » dans le domaine du « département législatif »[290]. Probablement, le fait qu'à cette époque il habitait l'Argentine (pays qui a adopté un contrôle calqué sur le modèle américain), où il était professeur de droit constitutionnel, a pu déterminer l'importance que l'auteur a accordé au contrôle juridictionnel américain.[291]

334. Justo AROSEMENA a, de son côté, exposé les mérites du contrôle de constitutionnalité américain mais en défendant l'idée selon laquelle, en Colombie, un contrôle direct de la loi détaché de son application serait plus approprié pour empêcher les violations à la Constitution[292].

335. Nous partageons à cet égard très largement la posture de Alejandro SANTAMARIA selon lequel ces livres ont influencé la pensée de plusieurs générations de juristes colombiens et, tout particulièrement, de ceux qui allaient participer au pouvoir législatif et aux processus constituants à partir de la seconde moitié du XIX^{e} siècle[293].

PARAGRAPHE 2 Les tentatives d'inclusion du contrôle diffus dans la Constitution de 1886

336. L'intérêt doctrinal et la diffusion du modèle de contrôle de constitutionnalité américain sont apparus sur la scène politique dans le cadre du *Conseil national de délégataires*, corps qui a eu une fonction constituante dans les

[290] GONZALEZ, Florentino. *Lecciones de derecho constitucional*. 1re éd. Buenos Aires : Imp. Lit. y fundición de tipos de J.A. Bernhein, 1869, p. 418-436.

[291] L'Argentine a adopté le système américain de justice constitutionnelle en 1853. Nous pensons que ce fait a influencé la pensée de Florentino GONZALEZ qui a publié son ouvrage simultanément à Buenos Aires et à Bogotá.

[292] AROSEMENA, Justo. *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina. Tomo II*. 2^{e} éd. Paris : Librería española i américana de E.Denne, 1878, p. 84-86.

[293] SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886. Dans : BARBOSA DELGADO, Francisco (dir.), *Historia del Derecho Público en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 295.

années 1885 et 1886[294]. Examinons brièvement les trois différents projets qui ont été soumis à cet organe afin de mettre en lumière comment la question de l'adoption d'un système de contrôle diffus fut posée, en se demandant s'ils se sont inspirés du modèle américain.

337. Tout d'abord, signalons que les trois projets présentés devant le Conseil proposaient un système de justice constitutionnelle[295]. Parmi ceux-ci, celui exposé par SAMPER, en particulier, envisageait un contrôle abstrait politico-juridique proche du système prévu dans les Constitutions de 1858 et 1863, mais un peu plus large[296].

338. Le projet de ROCHA envisageait deux types de contrôle de constitutionnalité. D'une part, les articles 52, 108 et le paragraphe 2 de l'article 152 de son projet proposaient un contrôle politico-juridictionnel de la même nature que celui prévu par la Constitution de 1863[297]. D'autre part, l'article 156 accordait aux juges la faculté de ne pas appliquer la loi lorsqu'ils la considéraient inconstitutionnelle, sans que cette non-application n'implique toutefois son invalidité générale. De plus, lorsqu'une décision juridictionnelle n'appliquait pas

---

[294] ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA. *Antecedentes de la constitucion de Colombia de 1886*. 2e éd. Bogotá : Plaza & Janes, 1983, p. 29-34.

[295] POMBLO, Manuel António et GUERRA, Jose Joaquín. *Constituciones de Colombia. Tomo II*. 2e éd. Bogota : Imprenta de « La luz », 1911, p. 1195-1197 ; TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 199.

[296] En effet, selon l'article 86 de son projet de Constitution, la Cour suprême de justice est compétente pour connaître de trois moyens de constitutionnalité :

« 1. Déclarer, par le vote de quatre des magistrats au moins, sur demande du Ministère public, d'un Etat ou de particuliers, si quelque acte législatif [normatif] de tout état est contraire à ce pacte ou les lois nationales ; et, par conséquent, elle suspendra l'exécution des dispositions entachées, et elle soumettra l'affaire à la décision définitive du Sénat.

2. Déclarer, par le vote de tous les magistrats, si quelque loi ou une partie d'une loi nationale ne doit être obéie ni exécutée parce qu'elle est ouvertement contraire à ce Pacte. Dans ce cas, la Cour suprême de justice disposera la suspension de l'exécution de l'acte censuré ; exhortera le Parlement de la réformer dans le but qu'elle s'accorde à ce Pacte ou à ce que le Parlement y déroge selon le cas ; elle [la Cour] fera maintenir la suspension jusqu'à la législature suivante reconsidérant les résolutions suspendues et résoudra définitivement l'affaire.

3. Déclarer, comme c'est le cas de l'alinéa 1 de cet article, les actes législatifs des législatures des états ou les décrets ou résolutions du pouvoir exécutif, qu'ils sont contraires ou ne le sont pas à la Constitution ou aux lois de l'État, respectivement ; dans ce cas, elle doit disposer qu'ils ne doivent pas être exécutés ». Traduction par nos soins d'un original (difficile à traduire). SAMPER, José María. *Proyecto de pacto de unión de los Estados Unidos de Colombia*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de « La luz », 1885, p. 37-39.

[297] Voir Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

une norme, elle devait faire l'objet d'une consultation de la Cour suprême de justice[298].

339. Quant au projet de REYES - originalement écrit par Sergio ARBOLEDA -, il consacra dans son article 35 une disposition qui établissait que : « *les dispositions de ce pacte* [la Constitution] *seront appliquées par les tribunaux de préférence à toute loi antérieure ou postérieure à lui, exceptées celles qui auraient pour objet de la réformer et qui auraient été émises en conformité à l'article 177* [sur la réforme de la Constitution] »[299]

340. Le projet présenté par OSPINA - originalement écrit par César MEDINA - proposait quant à lui, de manière originale, un contrôle juridictionnel de constitutionnalité éminemment diffus. Ainsi, son article 21 établissait :

> *« La puissance du règlement ne constitue nul droit contre les lois, et la puissance des lois peut aller à l'encontre de la Constitution. Par conséquent, les tribunaux qui ont pouvoir d'agir dans les contentieux administratifs prêteront défense aux particuliers lésés par une décision [providencia] de l'Administration ; et l'autorité juridictionnelle protégera les personnes des abus de n'importe quel autre pouvoir public »[300].*

341. Chacun des trois projets a ainsi consacré, quoique de manière assez distincte, un système de contrôle diffus de constitutionnalité. Or, fait intéressant à remarquer, soulignons qu'*aucun* de ces projets n'a prétendu *reproduire* les articles III et VI de la Constitution américaine qui encadre le contrôle diffus exercé aux États-Unis. Certes, tous les projets le proposaient en accord avec la tradition américaine

---

[298] Le projet de Constitution présenté par le député ROCHA a été mentionné dans son ouvrage : ROCHA GUTIERREZ, Rafael. *La verdadera y la falsa democracia*. 1re éd. Paris : Garnier hermanos, libreros-editores, 1887, p. 361. Rocha era un gran defensor del control de constitucionalidad. Propendía por un control más amplio incluso en la const de 1863 tiempo en el que fue magistrado. Págs 234-242.

[299] ARBOLEDA, Sergio. La constitución política (1885). Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 238.

[300] CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Informe de la Comsión de reforma constitucional para el primer debate. *Diario oficial*. Bogota, 22 mai 1886, no 6683, p. 499 ; [Cité par] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 29-30. RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 16. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

du fédéralisme alors également adopté en Colombie mais sans copier le modèle de la *judicial review*. Les trois propositions ont néanmoins conféré la compétence de contrôle aux juges, en particulier concernant sur les affaires particulières ; une caractéristique que les auteurs du XIX^{e} siècle avaient alors compris comme étant propre au modèle de contrôle américain.

PARAGRAPHE 3 La recherche du meilleur système de justice constitutionnelle pendant « la Régénération »

342. Parce que tous les projets présentés proposaient de maintenir un système fédéral en désaccord avec le projet d'organisation politique de l'État défendu par le nouveau Gouvernement d'alors, une Commission fut chargée de présenter à l'assemblée du Conseil un projet de constitution conforme à la position gouvernementale. Cet aspect mérite d'être souligné. En effet, la défense d'un modèle fédéral s'opposait à l'esprit centraliste de « la Régénération »[301], courant du nouveau Gouvernement caractérisé par une ligne idéologique très conservatrice.

343. Composée de CARO, OSPINA, PAUL, VIVES et CALDERON, cette Commission a ainsi modifié substantiellement le contenu des projets dans le sens d'un système centraliste associé à un présidentialisme fort. En termes de justice constitutionnelle, a été choisie l'option du projet d'OSPINA, c'est-à-dire un contrôle diffus tendant à la protection des droits mais pouvant être amoindri par l'action de l'État central. Le projet présenté par la Commission a été principalement approuvé comme nouvelle Constitution ; à l'exception du système de contrôle de constitutionnalité qui a finalement été modifié durant les débats.

344. Ainsi, Miguel Antonio CARO, un des personnages les plus influents du *Conseil national de délégataires* a d'abord exposé, à l'occasion de la séance du 15 mai

[301] En résumé, « la Régénération » est le nom qui a été donné au projet politique de Rafael NUÑEZ à partir de sa célèbre phrase « régénération administrative ou catastrophe » prononcée lors d'un discours en tant que Sénateur. NUÑEZ, Rafael, La reforma política. Bogotá : [S/N], 1888, pp xix. In MELO, Jorge Orlando. Núñez y la constitución de 1886: triunfo y fracaso de un reformador. Dans : *Nuñez y Caro en 1886* [en ligne]. Bogotá : Banco de la República, 1989. [Consulté le 22 août 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.jorgeorlandomelo.com/nunez.htm#_ftn13.

Sur le contexte d'apparition du mouvement de la Régénération, voir le Chapitre introductif, Section 1 Paragraphe 1.

1886[302], les vertus d'un contrôle diffus - d'ailleurs aussi assez concret[303] - proposé dans le projet ainsi élaboré, avant de demander lui-même sa modification. Il déclara, en effet, dans un premier temps :

> *« Si le souverain dicte une loi inconstitutionnelle, cette loi doit être obéie, aussi longtemps qu'il n'ait pas, ou qu'il n'y a pas, un pouvoir supérieur ayant le droit de l'annuler. On ne peut pas laisser au citoyen la faculté de désobéir à une loi parce qu'il la trouve inconstitutionnelle. Un tel principe serait anarchique. Cependant, le citoyen doit avoir le droit d'exiger qu'elle ne soit pas exécutée si elle lui cause un tort, et les tribunaux ne doivent donc pas l'appliquer lorsqu'elle cause atteinte aux droits civils garantis par la Constitution. Nul n'a la capacité d'annuler la loi. Ainsi, on garde le principe d'autorité ; mais le citoyen a le droit de se défendre, celui-ci est exercé par les voies légales, et le pouvoir judiciaire lui octroie sa protection : on garde la liberté bien comprise et les deux principes sont conciliés* »[304].

345. Puis, il plaida ensuite pour une non-approbation de ce texte et en proposa un autre - qui a été approuvé dans l'article 90 de la Charte finalement votée - selon lequel le Président de la République sera chargé de garantir la constitutionnalité des *propositions de loi*. Ainsi, dans le cas où il s'apercevrait d'une possible atteinte à la Charte, le Président pourrait présenter une objection à l'encontre de cette proposition de loi approuvée par le Parlement et qui devra lui être soumise pour sanction. Dans ce cas, il pourra souligner un vice afin que le Parlement le corrige lui-même avant l'entrée en vigueur de la disposition normative. C'est seulement si le Parlement insiste pour la voter que l'affaire sera transmise à la Cour suprême de justice qui devra trancher la question de sa constitutionnalité. Ce

---

[302] ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA. *Antecedentes de la constitucion de Colombia de 1886*. 2e éd. Bogotá : Plaza & Janes, 1983, p. 94-95.

[303] Sans trop anticiper nos développements ultérieurs, le caractère concret auquel nous faisons référence se caractérise par le fait de prendre en considération les conséquences de l'affectation d'un droit pour une personne spécifique. Sur ce point, voir le Chapitre conclusif de la présente thèse.

[304] Traduction par nos soins. CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Debate sobre el proyecto de constitución. *Diario oficial*. Bogota, 29 mai 1886, no 6689, p. 526 ; [Cité par] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 85 ; SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886. Dans : BARBOSA DELGADO, Francisco (dir.), *Historia del Derecho Público en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, n. 89.

faisant, comme l'argumentait CARO, « *il n'y aurait nulle possibilité morale d'expédition de lois inconstitutionnelles* »[305].

346. Il nous semble très intéressant de remarquer que malgré l'approbation de principe d'un contrôle de constitutionnalité concentré et *a priori*, certains membres du Conseil n'ont pas été satisfaits par le débat et le sujet a été remis en question lors des trois dernières séances de ce corps constituant. A l'occasion de cette brève chronique de ces discussions, nous voudrions mettre en lumière la profondeur du débat qui a eu lieu sur le contrôle diffus qui sera *in fine* consacré dans la Constitution.

347. Ainsi, nous pouvons notamment noter que lors de la séance du 1er août 1886, à la suite d'une controverse portant sur l'article 193[306] qui conduisit à son élimination, le député SAMPER présenta de nouveau une proposition normative établissant un contrôle diffus, ce qui suscita une ample et longue discussion.

348. La proposition contenait deux parties. La première établissait la suprématie constitutionnelle, un système de hiérarchie des normes et un contrôle de constitutionnalité diffus relevant de la compétence des juges. Cette partie a été approuvée, avec un alinéa ajouté par CARO[307] lui-même. Le texte indiquait : « *Lorsqu'il y a discordance entre la Constitution et les lois ou les décrets ou les actes réglementaires, les juges et les établissements publics qui doivent décider sur un point appliqueront en premier lieu la Constitution et seulement après la loi* »[308].

349. La deuxième partie du texte proposé par SAMPER contenait un mécanisme de contrôle et d'unification des critères jurisprudentiels pour l'exercice

---

[305] CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Debate sobre el proyecto de constitución. *Diario oficial*. Bogota, 29 mai 1886, nº 6689, p. 525-528 ; [Cité par] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 31.

[306] L'article établissait une disposition spéciale suivant la même règle de l'article 21. Il disposait : « Art. 193 : tout acte inconstitutionnel ou illégal exécuté par une Assemblée [départementale] engage la responsabilité des députes qui l'ont voté ». Traduction par nos soins de REPÚBLICA DE COLOMBIA. Actas de las sesiones del 1 y 2 de agosto de 1886 del Consejo Nacional Constituyente. Diario oficial. Bogotá, 6 août 1886, p. 797.

[307] « Les lois qui ont été déclarées constitutionnelles par la Cour suprême avant d'avoir reçu leur sanction exécutive seront appliquées sans les confronter à la Constitution » Ce texte a été ajouté dans un alinéa à partir du texte de SAMPER. CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Acta de sesión. Diario oficial. Bogotá, 6 août 1886, nº 6757, p. 797 ; [Cité par] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Tres ideas constitucionales. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 31.

[308] Traduction par nos soins. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Actas de las sesiones del 1 y 2 de agosto de 1886 del Consejo Nacional Constituyente. *Diario oficial*. Bogotá, 6 août 1886, p. 797.

du contrôle diffus prévu. Précisément, la disposition établissait : « *mais immédiatement* [les juges] *consulteront avec la Cour suprême de justice à la seule fin de ce que celle-ci, dans chaque matière, fixe l'intelligence qui doit être adoptée comme règle générale de jurisprudence* »[309]. Cette partie de la disposition a toutefois été rejetée[310].

350. Le lendemain, le 2 août 1886, le Conseil approuva la réouverture du débat sur l'article approuvé la veille. Le député CASAS proposa une légère modification de l'article. Cependant, peu de temps après, sur proposition du député QUINTERO, la séance fut suspendue jusqu'au jour suivant[311].

351. Puis, le 3 août, la discussion sur la proposition de CASAS a été rouverte. Les députés FRADE, OSPINA et CARO présentèrent alors une nouvelle proposition d'article final au Titre III (relatif aux droits), se substituant à la proposition établissant le contrôle diffus. La norme qui a finalement été adoptée[312] disposait : « *les dispositions de ce titre seront incorporées dans un titre préliminaire du Code civil et elles ne pourront être éliminées que par l'acte d'une réforme de la Constitution* »[313].

352. La Constitution a été promulguée le 4 août 1886 (le jour d'après). En définitive, elle consacra un contrôle concentré *a priori* de la constitutionnalité de la loi par la voie des objections présidentielles. Pour prévenir les violations aux droits civils et politiques, le constituant a décidé d'incorporer les dispositions du Titre III au *Code civil* en permettant de doter d'efficacité normative les droits consacrés par la Charte, sans finalement accepter que les juges remettent en cause la constitutionnalité des lois. Malgré son caractère restrictif, le système de justice

---

309 Traduction par nos soins. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Actas de las sesiones del 1 y 2 de agosto de 1886 del Consejo Nacional Constituyente. *Diario oficial*. Bogotá, 6 août 1886, p. 797.

310 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Actas de las sesiones del 1 y 2 de agosto de 1886 del Consejo Nacional Constituyente. *Diario oficial*. Bogotá, 6 août 1886, p. 797.

311 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Actas de las sesiones del 1 y 2 de agosto de 1886 del Consejo Nacional Constituyente. *Diario oficial*. Bogotá, 6 août 1886, p. 798.

312 Cette disposition a été incluse dans l'article 52 de la Constitution de 1886. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 402.

313 CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Acta de la sesión del 3 de agosto de 1886. *Diario Oficial*. Bogotá, 11 août 1886, no 6763, p. 821.

constitutionnelle colombien est né en cohérence avec la croyance d'une « impossibilité morale des lois inconstitutionnelles »[314].

353. Dès lors, l'influence américaine sur le processus constituant de 1886 ne nous semble pas si évidente. On peut tout d'abord constater que les projets tendant à consacrer le contrôle diffus n'ont pas essayé de faire converger les textes proposés avec les articles constitutionnels américains. Au contraire, toutes les propositions colombiennes tendaient à une rédaction qui permettait plus directement la non-application des normes contraires à la Charte.

354. Malgré le caractère conservateur du *Conseil* national *de délégataires* et, par conséquent, de la Constitution de 1886, il est intéressant de noter que lorsque la question du contrôle de constitutionnalité a été posée, le contrôle diffus a toutefois été débattu dans une ambiance qui lui était plutôt *plus favorable*, contrairement à un contrôle concentré par voie d'action publique[315].

SECTION 2 LES DISCUSSIONS APRÈS LA CHARTE DE 1886 : LA RECHERCHE D'UN CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL EFFECTIF

355. Le débat portant sur le contrôle de constitutionnalité n'a donc pas été tranché avec la promulgation de la Constitution de 1886. Le *Conseil national des délégataires* - qui avait été investi de fonctions constituantes - a continué son action en exerçant des fonctions législatives alors que le Parlement venait d'être élu. Pendant cette période, on note une importante tentative, néanmoins rejetée, d'inclusion d'un contrôle diffus de la Constitution par la voie législative (Paragraphe

[314] Les raisons qui ont conduit les constituants de 1886 à changer d'avis à plusieurs reprises ne sont pas bien connues. En effet, la conduite de SAMPER et de CARO est très intéressante à observer au regard du système de contrôle de constitutionnalité. En effet, CARO, en tant que membre de la Commission qui a présenté le projet à l'Assemblée plénière du Conseil, a proposé un contrôle diffus - d'ailleurs tendant à la protection des droits-, a notoirement changé d'avis s'agissant d'une formule de contrôle concentré et *a priori* confié au Président de la République. Cependant, à la fin du débat, il a accepté à nouveau d'inclure un contrôle diffus, mais finalement il a empêché un tel contrôle en déterminant que les droits consacrés par la Constitution soient inclus dans la loi. Il ne serait donc pas nécessaire de mettre en cause la conformité au regard de la Constitution mais envers la loi.

Quant à SAMPER, il a présenté dans son projet de Constitution un système de contrôle concentré politico-juridique assez proche du précédent contrôle de 1863, puisqu'il proposait un système fédéral. Cependant, il a proposé aussi un système diffus relevant de tous les juges et même un mécanisme pour son contrôle et l'uniformité de son exercice.

[315] Cette perspective mettrait en question l'idée de Alfonso LOPEZ MICHELSEN selon laquelle le contrôle diffus a été caractérisé par une difficulté particulière pour être approuvé en 1886 : son caractère protestant et non catholique. Voir : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, n. 39.

1). Bien que ce type de contrôle n'ait finalement pas été constitutionnellement consacré, le sujet a acquis une importance particulière dans les discours politique et juridique de l'époque, qui tendaient à la consécration d'un réel contrôle de constitutionnalité des actes édictés par le pouvoir législatif (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Des fluctuations normatives

356. A la fin de 1886 et presque durant toute l'année 1887, le Conseil national -requalifié en Conseil législatif - a émis un grand nombre de lois tendant à structurer le nouveau système centraliste marqué par le pouvoir des conservateurs. En 1887, le Conseil a légiféré, en particulier, sur l'adoption de codes nationaux. Deux projets de loi ont été présentés qui incluaient tous deux des clauses prévoyant un contrôle diffus. L'un d'eux est devenu une loi qui ne s'appliqua toutefois que pour une période de quatre mois (1) ; avant qu'une nouvelle loi fût votée, mettant de nouveau en œuvre le dispositif consacré par le constituant de 1886 (2).

1 La consécration d'un contrôle diffus par la voie législative

357. Moins d'une année après la promulgation de la Constitution de 1886, le 15 avril 1887, la loi 57 unifiant la législation nationale a été votée. Ce texte a modifié la logique législative du pays : ce qui auparavant était de l'affaire de chaque État dans le cadre d'une organisation fédérale est devenu une question relevant du niveau central. Cette loi adopta notamment un Code civil de l'Union sous le titre de *Code civil de la Nation*, et consacra un certain nombre de dispositions relatives à l'interprétation et à l'application des normes juridiques. Parmi elles, son article 5 établissait : « *Lorsque il y a incompatibilité entre une disposition constitutionnelle et une légale, on préférera la constitutionnelle* »[316]. Ainsi, c'est par la voie de la loi qu'a été établi un contrôle diffus de constitutionnalité en Colombie.

358. Ce projet, présenté à la fin de 1886 par FRADE, CASAS ROJAS et BOTERO URIBE, a été approuvé en premier débat et assigné à CALDERON,

[316] Traduction par nos soins de l'original « ARTICULO 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 15 de abril de 1887. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 20 avril 7019, p. 437-440. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/LeyTransparencia/Transparencia/NormativaSUIT/1/Ley 57 de 1887.pdf. »

GUERRERO et même CARO pour rapport à l'Assemblée[317]. Malgré la présence de CARO, l'article 5 du projet n'a été modifié à aucun moment des débats et est donc entré en vigueur tel que présenté originellement.

359. En mai 1887[318], le conseiller d'État RESTREPO a présenté un projet de loi consacrant un *Code de régime politique et municipal* qui établissait également, dans au moins trois de ses articles, des normes tendant à consacrer un contrôle diffus de constitutionnalité en Colombie.

En effet, l'article 120 de ce projet disposait que « *les lois émises en violation d'une disposition de la Constitution ou des interdictions du législateur seront sans valeur* »[319]. De plus, son article 235 prévoyait la nullité des ordonnances départementales contraires à la Constitution[320]. Enfin, l'article 373 du projet déterminait un ordre de préférence pour résoudre les conflits normatifs en cas de « dispositions contradictoires » ; la Constitution devant toujours être appliquée en priorité[321].

360. Ce projet n'a toutefois pas été pris en compte puisque le Conseil avait borné sa compétence aux projets de loi présentés par l'Exécutif[322]. Il est néanmoins

---

317 Le projet a été présenté le 27 novembre 1886. RUBIO, CASAS et BOTERO. Proyecto de ley de adopción de códigos. *Diario oficial*. Bogotá, 12 janvier 1887, nº 6921, p. 45-48.

318 Plusieurs auteurs se réfèrent à une discussion du député Carlos MARTÍNEZ SILVA en 1894, qui a indiqué qu'en 1888 a été présenté un projet de Code du régime politique et municipal qui prévoyait : « les lois inconstitutionnelles n'obligent ni les citoyens ni les fonctionnaires publics ». RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 45-50. Malgré tout, ni dans les textes ni dans les discussions de la loi référencée on trouve une telle proposition. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Proyecto de ley por el cual se reforman algunas disposiciones sobre régimen político municipal y la Ley 48 de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 18 janvier 1888, nº 7275, p. 45-48 ; CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Acta de sesión de 18 de enero de 1888. *Diario oficial*. Bogotá, 24 janvier 1888, nº 7280, p. 65-68 ; CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Acta de sesión de 28 de enero de 1888. *Diario oficial*. Bogotá, 6 février 1888, nº 7290, p. 105-108 ; CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Actas de la sesión de 30 de enero de 1888. *Diario oficial*. Bogotá, 8 février 1888, nº 7292, p. 106 ; CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 8. *Diario oficial*. Bogotá, 3 février 1888, nº 7288, p. 114.

319 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de ley sobre régimen político y municipal. *Diario oficial*. Bogotá, 7 mai 1887, nº 7036, p. 508.

320 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de ley sobre régimen político y municipal. *Diario oficial*. Bogotá, 9 mai 1887, nº 7038, p. 512.

321 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de ley sobre régimen político y municipal. *Diario oficial*. Bogotá, 11 mai 1887, nº 7040, p. 522.

322 Cette proposition a été adoptée par l'Assemblée mais elle a été modifiée à plusieurs reprises par d'autres projets de loi. En revanche, ce projet n'a jamais été discuté. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Acta de la sesión del 18 de junio de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 1 septembre 1887, nº 7156.

intéressant de relever que cette initiative proposait, spécialement dans son article 120, une disposition consacrant un mandat indéterminé de contrôle de constitutionnalité diffus.

2 La restauration de « la Régénération » conservatrice

361. L'adoption d'un contrôle diffus par l'article 5 de la loi 57 ne correspondait pas à la conception institutionnelle finalement consacrée par la Constitution de 1886. Rapidement, cette loi a donc mis en alerte certains commentateurs qui pensaient qu'elle était en conflit avec le système de contrôle *a priori*, par la voie d'objections présidentielles, consacré par la Charte ; mais croyant aussi qu'il n'existerait pas de « *possibilité morale d'émission de normes contraires à la Charte* ». Ainsi, une commission a été formée pour présenter un projet de réforme à la loi.

362. Le 1er août 1887, la Commission de révision a effectivement soumis un projet de loi consacrant quatre articles remettant en place le scénario institutionnel adopté en 1886, c'est-à-dire empêchant le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et en octroyant valeur de loi à certaines normes constitutionnelles pour permettre leur application préférentielle malgré l'impossibilité de mettre en question leur constitutionnalité.

Premièrement, son article 6 établissait qu'« une disposition explicite de loi postérieure à la Constitution est considérée constitutionnelle, et on l'appliquera, même si elle semble contraire à la Constitution »[323]. Deuxièmement, son article 7 donna aussi force de loi au Titre III de la Constitution relatif aux droits civils et aux garanties sociales[324]. Troisièmement, l'article 9 établit que « la constitution est une loi réformatrice et dérogatoire de la législation préexistante. Toute disposition légale antérieure à la Constitution clairement contraire à sa lettre ou à son esprit,

[323] Traduction par nos soins de l'original : ARTÍCULO 6. Una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe. CARO, Miguel et INSIGNARES SIERRA, J. Proyecto de ley de reforma a la ley 57 de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 1887, nº 7123-7124, p. 853-860.

[324] ARTÍCULO 7. El título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores á la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil. CARO, Miguel et INSIGNARES SIERRA, J. Proyecto de ley de reforma a la ley 57 de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 1887, nº 7123-7124, p. 853-860.

sera rejetée pour cause d'inexistence [insubsistencia] »[325]. Enfin, l'article 49 du projet dérogea expressément à l'article 5 de la loi 57 de 1886[326].

363. Ces articles ont été adoptés sans discussion ni modification à l'occasion de débats ultérieurs. Rapidement, le 15 août 1887, la loi a donc été votée[327]. A ainsi été établie *une présomption de constitutionnalité de la loi* et donc l'interdiction, en principe, de mettre en question sa conformité à la Charte.

PARAGRAPHE 2 Opinions académiques et politiques autour du contrôle de constitutionnalité

364. Le rejet de l'inclusion d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et, surtout, la consécration d'une nouvelle présomption de constitutionnalité de *toutes* les lois ultérieures à la Charte, a provoqué d'importantes discussions et réactions dans différents secteurs académiques et politiques de l'époque autour de la question de la garantie de la suprématie constitutionnelle. Le modèle de contrôle concentré *a priori* et d'incontestabilité *a posteriori* a été soutenu par plusieurs personnalités (1). Mais, petit à petit, plusieurs voix se sont élevées en faveur de l'adoption d'un véritable contrôle juridictionnel de constitutionnalité (2).

1 Une défense du modèle de « la Régénération »

365. Quelques auteurs de doctrine et membres de la Cour suprême de justice ont justifié la thèse de la présomption de constitutionnalité des normes. Voyons quelques-unes de ces positions.

366. ANGARITA défendit la mesure en se fondant sur l'argument selon lequel le Parlement est caractérisé par une plus petite probabilité de commettre des erreurs, avant tout en raison du nombre de membres impliqués dans la délibération

[325] ARTICULO 9. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente. CARO, Miguel et INSIGNARES SIERRA, J. Proyecto de ley de reforma a la ley 57 de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 1887, nº 7123-7124, p. 853-860.

[326] ARTICULO 49. Queda reformado en los términos de las precedentes disposiciones el artículo 5o. de la ley 57 de 1887, y derogado el 13 del Código Civil. CARO, Miguel et INSIGNARES SIERRA, J. Proyecto de ley de reforma a la ley 57 de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 1887, nº 7123-7124, p. 853-860.

[327] CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 153 de 1887. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 28 août 1887, nº 7151-7152, p. 965-972. [Consulté le 1 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805.

législative mais aussi du fait que des majorités sont nécessaires pour approuver les lois. Ainsi, dans le cas de l'édiction d'une norme inconstitutionnelle, le pouvoir législatif doit avoir la possibilité et le temps de corriger ses propres erreurs ; chose prévue par le système de contrôle par voie d'objections présidentielles émises à l'encontre des projets de loi soupçonnés d'inconstitutionnalité[328].

367. Quant à MARTINEZ SILVA, il défendit aussi la justesse du principe de présomption de constitutionnalité des lois à l'occasion d'un débat parlementaire en 1894. Ses arguments mettaient en évidence « l'anarchie » que provoquerait la possibilité de ne pas appliquer les lois, ce qui serait « pénible », et portaient une critique de « la dictature de fonctionnaires » qui auraient alors le droit et la marge d'action de ne pas respecter la loi[329].

368. La Cour suprême de justice, de son coté, a manifesté son incompétence pour exercer le contrôle diffus de constitutionnalité. En effet, dans un arrêt en date du 14 octobre 1889, elle a été amenée à trancher une demande dans laquelle le requérant argumentait la violation de ses droits acquis protégés par l'article 31 de la Constitution. Pour rejeter la demande, La Haute juridiction a considéré qu'en plus du fait que la Constitution ne l'avait pas investie d'une telle attribution, seul le Parlement disposait d'un pouvoir d'« *interprétation générale et authentique* » de la Constitution[330].

2 Une demande civile de contrôle de constitutionnalité

369. L'analyse des documents historiques de la période 1886-1910 nous a néanmoins permis de relever une convergence de la pensée de nombreux théoriciens colombiens sur la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité, au-delà de la question de sa nature diffuse ou concentrée (A). De plus, il convient de noter

---

328 ANGARITA, Manuel. Código civil nacional concordado y leyes adicionales, 1888, p-496-497. Cité par RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 40-42.

329 Mais il a changé d'avis peu de temps après. CAMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA. Acta de sesion. *Anales de la Cámara de Representantes*. Bogotá, 14 août 1894, n° 7, p. 53-54 ; Cité par RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 47-49.

330 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 14 de septiembre de 1889. *Gaceta judicial*. Bogotá, 28 septembre 1889, n° 155, p. 403 ; Cité par RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 38-40.

que durant les premières années de validité de la Constitution de 1886, quelques manifestations ont eu lieu en faveur d'un contrôle diffus (B).

A En défense de la suprématie constitutionnelle

370. Petit à petit, des critiques aussi bien politiques qu'académiques, se sont exprimées et rejointes pour demander l'inclusion d'un véritable contrôle de constitutionnalité à la Constitution. Même les auteurs de doctrine qui défendaient la justesse du contrôle existant ont changé ultérieurement d'avis pour pencher vers la défense d'un contrôle de constitutionnalité[331].

371. Du côté politique, aussi bien les libéraux que les conservateurs ont plaidé pour la suprématie de la Constitution, et tout spécialement pour une dérogation à l'article 6 de la loi 153 de 1886. Coté libéral, cela s'est produit à travers la déclaration de la Convention du Parti en 1897. Du coté conservateur, la déclaration du général Marceliano VELEZ en 1893, le « Manifeste » des conservateurs de 1896 et, un peu plus tard, le rapport au Sénat remis par le général Guillermo QUINTERO en 1904[332], ont fait preuve d'une telle approche.

372. Fait intéressant, la demande de contrôle de constitutionnalité n'a pas toujours tendu vers un modèle de contrôle diffus. De fait, entre la fin du XIX^{e} siècle et la première décennie du XX^{e} siècle, les propositions ont plutôt été dirigées vers l'inclusion d'un contrôle concentré par la voie d'une action publique de constitutionnalité[333].

373. Ainsi, les évènements politiques du début du XX^{e} siècle - que nous avons présentés dans le Chapitre préliminaire de cette thèse - ont influencé fortement l'Assemblée nationale constituante de 1910 en faveur d'un renforcement des modalités de contrôle de constitutionnalité en Colombie et de la consécration d'un système de contrôle simultanément concentré et diffus.

---

[331] Par exemple, Carlos MARTINEZ SILVA, Fernando VÉLEZ et Manuel ANGARITA. Ce dernier, vingt ans après sa fonction de juge à la Cour suprême de justice, a complètement changé d'avis sur ce sujet. Sur ce propos, voir : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 40-42.

[332] À ce propos, voir : RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 19-21. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

[333] Tel que nous l'avons exposé dans le Chapitre introductif, Section 1, Paragraphe 1.

B Des manifestations favorables au contrôle diffus

374. Jose María SAMPER, ancien constituant et premier commentateur de la Constitution de 1886, pensait qu'il était possible de déduire un contrôle diffus de constitutionnalité de son article 21 aux termes duquel « *en cas d'infraction manifeste d'une disposition constitutionnelle au détriment* d'une *personne, le mandat supérieur n'exonère pas de responsabilité l'agent qui l'exécute* »[334]. En effet, SAMPER interpréta cette norme comme actant un *principe de suprématie normative* selon lequel, en cas d'infraction manifeste d'une disposition constitutionnelle, la Constitution devrait s'appliquer par préférence[335].

375. MARTINEZ SILVA, qui avait défendu le système restrictif de justice constitutionnelle peu de temps avant, en 1897, changea d'avis et décidait de défendre un contrôle de constitutionnalité diffus en adhérant au manifeste de certains conservateurs qui proclamaient « *que la constitution prévaut en tout sur la loi, les juges et magistrats doivent trancher les affaires particulières là où ce conflit peut avoir lieu, et surtout lorsque les personnes concourent à eux en se croyant amoindries dans leurs droits, sans que l'arrêt où la décision judiciaire signifie l'abrogation de la loi* »[336].

376. Ces positions démontrent une certaine réception des idées du constitutionnalisme américain et il est intéressant de noter qu'en ce qui concerne la justice constitutionnelle, l'idée la plus importante qui nous semble avoir été reçue et reprise en Colombie est celle de la *suprématie constitutionnelle*. Le contrôle juridictionnel diffus n'a pas vraiment été abordé par la doctrine nationale, ce qui nous fait penser que sa consécration pour traiter la non-application des normes

---

[334] Artículo 21.- En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Constitución política de 1886. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 7 août 1886, n° 6758-6759, p. 801. [Consulté le 1 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862.

[335] SAMPER, José María. *Derecho público interno de Colombia (1886). Tomo II*. 1re éd. Bogotá : Prensas del Ministerio de Educación Nacional, 1951, p. 49-50.

[336] Traduit par nos soins d'un original un peu difficile à traduir littéralement: "Declaración de que la Constitución prima en todo caso sobre la ley, correspondiendo a los jueces y magistrados decidir los casos particulares de conflicto, cuando las personas ocurran [sic] a ellos por creer lesionados sus derechos ; sin que la sentencia o decisión judicial signifique abrogación de la ley." MARTINEZ SILVA, Carlos. Leyes inconstitucionales. Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 404.

constitutionnelles était davantage une conséquence du principe de suprématie constitutionnelle qu'une préférence pour ce type de contrôle lui-même.

377. Le processus d'élaboration normative des années 1886 et 1887 et la discussion politique qui s'en suivit, paraissent enfin aussi démontrer que l'enjeu central d'une telle problématique était le choix entre un système de souveraineté parlementaire et un système de suprématie constitutionnelle. C'est un système de contrôle judiciaire de constitutionnalité limité au Président de la République, système de contrôle *a priori*, au moment de sanctionner une loi, qui a été retenu en 1886. Une fois la loi entrée en vigueur, les actes du Parlement profitaient donc d'une présomption de constitutionnalité, de plein droit.

Autre élément central que nous pouvons dégager : les dernières années du XIX^e^ siècle ont été caractérisées par une convergence d'idées venant de différents milieux (notamment académiques et politiques) favorables à la mise en place d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité.

Comme nous l'avons vu, le système de souveraineté parlementaire a contribué à une prise de conscience du fait que le Parlement pouvait édicter des lois restreignant les droits des personnes ; ce qui sera effectivement confirmé quelques années plus tard avec l'instauration d'une dictature. La conjoncture politique et sociale de la première décennie du XX^e^ siècle a donc conduit à ce que l'Assemblée nationale constituante de 1910 établisse un contrôle de constitutionnalité fort.

SECTION 3 L'INFLUENCE AMÉRICAINE ABSENTE DES PROCESSUS CONSTITUANTS ULTÉRIEURS À 1910

378. Les réformes constitutionnelles qui ont été adoptées au cours du XX^e^ siècle n'ont pas véritablement altéré le mécanisme de contrôle diffus de constitutionnalité. En revanche, la question de sa pertinence a été posée à plusieurs reprises (Paragraphe 1). Malgré plusieurs tentatives visant à écarter le contrôle diffus qui se sont manifestées à l'occasion des débats de l'Assemblée nationale constituante de 1991, son approbation n'a finalement fait l'objet d'aucun doute sérieux (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Le contrôle diffus inaltéré dans les réformes de la Constitution de 1886

379. Comme nous l'avons vu, le contrôle de constitutionnalité a survécu à plusieurs réformes constitutionnelles qui ont été pensées principalement dans le but de modifier le contrôle concentré. Nous allons analyser les amendements aux dispositions sur le contrôle diffus pour cependant remarquer que ce dispositif est resté inaltéré.

380. Le premier des amendements à avoir concerné le contrôle diffus est l'Acte législatif n° 1 de 1945 à travers lequel le constituant a changé la numérotation de la Constitution en intégrant les réformes constitutionnelles dans le corps même de la Charte. Jusqu'alors, le contrôle diffus se trouvait consacré à l'article 40 de l'Acte législatif n° 3 de 1910. A l'occasion de cette réforme, il a été inclus à l'article 148 de la Constitution. Substantiellement, cela n'a rien changé ; seule une virgule a été ajoutée à la rédaction originale. En effet, l'article 148 établissait désormais : « *En tout cas d'incompatibilité entre la constitution et la loi, les dispositions constitutionnelles seront appliquées de préférence* »[337].

« *L'article transitoire* » de la même réforme constitutionnelle prévit que le Président de la République élaborât une nouvelle codification des normes constitutionnelles[338]. Cette nouvelle codification donna le numéro 215 à l'article encadrant le contrôle diffus de constitutionnalité, qu'il conserva jusqu'en 1991.

381. Ce n'est que durant la seconde moitié du XX[e] siècle que certains auteurs ont recouru à l'expérience américaine de contrôle de constitutionnalité pour justifier une prétention d'éliminer le contrôle diffus[339]. L'argument principal

---

[337] Traduction par nos soins de l'original : ARTICULO 54. El artículo 148 de la Constitución quedará así: ARTÍCULO 148. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1. *Diario oficial* [en ligne]. 1945, n° 25769, p. 593-600. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969.

[338] ARTÍCULO TRANSITORIO. e). Previo dictamen del Consejo de Estado, el Gobierno hará la codificación de las disposiciones constitucionales vigentes. La nueva numeración comenzará por la unidad, y los Títulos se ordenarán sujetándose a la distribución de materias. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1. *Diario oficial* [en ligne]. 1945, n° 25769, p. 593-600. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969.

[339] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 114-129 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32 ; LÓPEZ

utilisé se concentrait sur le fait qu'à la différence des États-Unis, il n'existait pas en Colombie un système de précédents qui permettrait de contrôler les différentes postures interprétatives que les juges pouvaient émettre quant à la constitutionnalité d'une norme. Autrement dit, en Colombie, argumentaient-ils, le contrôle diffus serait en fait « anti-technique » puisqu'il n'existe pas de mécanisme de contrôle des juges, ceux-ci pouvant donc se prononcer arbitrairement sur l'application d'une norme.

382. Cette posture a incontestablement influencé la pensée de la Commission d'experts qui a été chargée en 1976 de déterminer les aspects les plus importants d'une modernisation de la Constitution de 1886. Le projet issu du travail de cette Commission a prétendu établir un contrôle exclusivement concentré attribué à une Cour constitutionnelle. Présenté au Parlement, le projet a ensuite beaucoup évolué par rapport à l'original durant les débats. Finalement, le contrôle diffus n'a pas été touché[340]. En tout état de cause, comme nous l'avons déjà relevé dans la première partie[341], cette tentative de révision par la voie d'une Assemblée nationale constituante en 1977 a été déclarée inconstitutionnelle.

383. Plus tard, le projet de réforme constitutionnelle de 1988 mis en avant par le Président BARCO prévoyait lui aussi l'élimination du contrôle diffus de constitutionnalité. Dans ce projet, un contrôle complètement concentré réalisé par une Cour constitutionnelle avait, une fois de plus, été proposé. Le contrôle diffus était transformé en une question de constitutionnalité et un grief spécial de constitutionnalité avait été consacré[342]. Selon le projet, les juges pouvaient déclencher un contrôle abstrait devant une Cour constitutionnelle[343].

MICHELSEN, Alfonso. Aspectos de la jurisdicción constitucional en Colombia. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 49-50 ; CASTRO, Jaime. Intervención del señor Ministro de Gobierno. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 113-116 ; SÁCHICA, Luis Carlos. La constitución y su defensa. Dans : *La constitución y su defensa*. Mexico D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 329-374.

340 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 114-129.

341 À ce propos, voir Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2

342 *Recurso de Queja*. Voir: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Proyecto de reforma constitucional. Dans : *Reforma constitucional*. Bogota : Imprenta Nacional, novembre 1988, p. 242-244,250.

343 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Proyecto de reforma constitucional. Dans : *Reforma constitucional*. Bogota : Imprenta Nacional, novembre 1988, p. 243.

Cette mesure n'est cependant restée qu'à l'état de proposition en raison, notamment, de l'influence des narcotrafiquants sur les bancs mêmes du Parlement qui cherchaient surtout à éviter la consécration de tout système qui aurait permis l'extradition des nationaux colombiens. Le Président BARCO décida alors de retirer ce projet peu avant la discussion de son approbation finale.

PARAGRAPHE 2 Le contrôle diffus lors de l'Assemblée nationale constituante de 1991

384. À partir d'une chronique de l'approbation du contrôle diffus à l'Assemblée nationale constituante de 1991, nous voudrions montrer que malgré les différents projets de réforme proposés qui ont porté sur le contrôle diffus, celui est resté inaltéré (à l'exception d'une petite modification des termes utilisés dans le nouvel article 4 de la Constitution). Par ailleurs, parmi les justifications avancées dans ces projets et dans les débats qui ont eu lieu sur la question, nous n'avons relevé que de rares références aux États-Unis et aucune référence explicite à l'expérience américaine de contrôle de constitutionnalité. Afin de développer notre analyse sur le sujet, nous allons en premier lieu traiter les projets présentés, avant d'examiner leur processus d'approbation dans les commissions et à l'Assemblée plénière.

385. Parmi les projets de modification à la Constitution présentés à l'Assemblée nationale constituante, quelques-uns n'ont pas traité du contrôle diffus[344] ; d'autres ont proposé de « préserver » un contrôle diffus mais en le transformant en une question d'inconstitutionnalité ; certains ont voulu préserver le contrôle diffus tel qu'il existait ; enfin, quelques-uns ont voulu maintenir le contrôle diffus tout en prévoyant des améliorations afin de pallier les défauts traditionnellement attribués à l'exercice de ce type de contrôle en Colombie.

386. Le projet présenté par le Gouvernement, héritier de la tentative de 1988, prétendait transformer le contrôle diffus en une question de constitutionnalité. De plus, il créait une « plainte d'inconstitutionnalité » (*recurso de queja por inconstitucionalidad*). Voyons brièvement de quoi il s'agissait.

[344] Sans justification explicite des motifs pour lesquels ils ne la touchaient pas. Par exemple, voir les projets de la Fédération internationale des avocats (FIDA), du M-19 et de Jaime CASTRO.

Premièrement, le paragraphe j) de l'article 248 du projet proposait la compétence d'une Cour constitutionnelle pour connaître des questions d'inconstitutionnalité qui lui auraient été soumises conformément aux critères de la loi. Deuxièmement, le paragraphe i) du même article établissait un recours concret pour la protection des droits fondamentaux devant cette Cour constitutionnelle, en particulier s'ils avaient été violés par l'action d'un pouvoir public[345].

387. Quelques autres projets de réforme constitutionnelle ont proposé de maintenir le contrôle diffus existant mais avec quelques changements. Ainsi, le projet de FAJARDO et MEJIA ajoutait simplement que ce type de contrôle pouvait être mis en œuvre autant à la demande de l'une des parties que d'office par le juge[346]. Le projet de l'École des Hautes Études QUIRAMA proposait une modification identique mais en incluant dans la disposition l'exigence pour l'autorité qui n'a pas appliqué la norme de demander au Ministère public d'exercer l'action publique de constitutionnalité contre la norme non-appliquée[347]. De son côté, ESGUERRA PORTOCARRERO a proposé un projet qui concernait exclusivement cet aspect - ainsi que l'avait fait SAMPER en 1886 -, suggérant d'ajouter un renvoi direct devant la Cour constitutionnelle une fois que le contrôle diffus avait été exercé[348].

388. Après l'admission de tous ces projets au débat, ils ont été envoyés aux commissions respectivement chargées de l'étude des sujets spécifiques abordés. C'est dans le cadre de ces débats qui se sont tenus dans les commissions que nous avons relevé une volonté majoritaire du constituant de maintenir le contrôle diffus tel qu'il existait jusqu'à alors. Analysons brièvement les étapes de ce processus.

389. Les projets relatifs à la justice constitutionnelle ont été envoyés à la quatrième Commission, chargée d'étudier les réformes relatives à l'administration de la justice. Pourtant, la première Commission, chargée des droits fondamentaux

---

[345] GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 2. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 12 février 1991, nº 5, p. 27.

[346] FAJARDO LANDAETA, Jaime Álvaro et MEJÍA AGUDELO, Darío Antonio. Propuesta de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 26 mars 1991, nº 27, p. 26.

[347] COLEGIO DE ALTOS ESTUDIOS QUIRAMA. Propuesta de Constitución para Colombia No. 4 [propuestas ONG]. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 2 avril 1991, nº 34, p. 4.

[348] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Proyecto de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 112. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 26 mars 1991, nº 27, p. 4.

et des mécanismes assurant leur protection, a créé une sous-commission spéciale afin d'évaluer un projet pour sur les mécanismes de garantie des droits fondamentaux. Cette « petite commission », la troisième sous-commission, a ainsi étudié la question du contrôle à partir de cette perspective.

Cette dernière, présidée par le député Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO, a finalement choisi une formule de contrôle diffus presque inaltérée, comme l'avait proposé le Conseil d'État[349]. Cependant, a été ajoutée au texte constitutionnel une reconnaissance de la suprématie constitutionnelle, mettant donc l'accent sur l'obligation du respect de la supériorité normative de la Charte. Le texte établissait effectivement qu'« *en tout cas d'incompatibilité entre la Constitution et la loi, le décret, l'ordonnance, l'accord ou tout autre acte administratif, ou de l'un à l'autre, les autorités publiques appliqueront de préférence les dispositions hiérarchiquement supérieures de la constitution* »[350]. Ce texte présenté par la troisième sous-commission, approuvé sans modification par la première Commission, a donc été retenu.

Quant à la quatrième Commission, les députés María Teresa GARCÉS LLOREDA et José Maria VELASCO GUERRERO ont été désignés pour présenter un rapport sur la justice constitutionnelle. Concernant le contrôle diffus, ils ont présenté un texte proche de celui de la première Commission, en ajoutant toutefois qu'il pourrait être exercé d'office ou en fonction de la demande d'une partie[351]. Le député VELASCO GUERRERO a par ailleurs présenté une proposition individuelle comprenant une différence essentielle avec le projet de la Commission ; celle-ci

---

[349] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 422.

[350] Traduit par nos soins de l'original : « En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución con la Ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo o cualquier otro acto administrativo, o de estos entre sí, las autoridades públicas aplicarán las disposiciones de superior jerarquía. » MEJÍA AGUDELO, Darío Antonio, ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos et ARIAS LÓPEZ, Jaime. Informe de Ponencia [Subcomisión tercera de la Comisión primera]: mecanismos e instituciones de protección de derechos fundamentales y procedimientos de reforma constitucional. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 17 avril 1991, no 52, p. 8, 11.

[351] « En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, las autoridades aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, de oficio o a petición de parte. » GARCES LLOREDA, María Teresa et VELASCO GUERRERO, José María. Informe de Ponencia ante la Comisión Cuarta: Control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, no 36, p. 18.

prévoyait en effet de borner la compétence du contrôle diffus aux juges exclusivement[352].

La quatrième Commission, qui avait analysé la proposition approuvée par la première Commission comme celle qui avait été présentée par les rapporteurs[353], a finalement approuvé une version qui avait, dans une certaine mesure, procédé à la synthèse de toutes ces propositions. Ainsi, la disposition retenue disposait :

> *« En tout cas d'incompatibilité entre la Constitution et la Loi, le décret, l'ordonnance ou tout autre acte administratif, seront appliquées de préférence les dispositions constitutionnelles.*
>
> *Tous les juges sont obligés de déclarer d'office ou à la demande d'une partie l'exception d'inconstitutionnalité dans les cas pertinents »[354].*

390. Par conséquent, les deux Commissions ont approuvé un article consacrant le contrôle diffus. La différence entre les deux positions portait sur deux points : la quatrième Commission mettait l'accent sur une compétence restreinte octroyée aux juges ; tandis que la première Commission insistait sur le contrôle de la hiérarchie normative.

391. Malgré cette différence, ni les projets ni les discussions qui ont porté sur le contrôle diffus n'ont fait de référence explicite à la *judicial review* américaine[355] Tout au contraire, les députés et le Conseil d'État ont

---

[352] « En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Todos los jueces de la República están obligados a declarar de oficio o a petición de parte la excepción de inconstitucionalidad en los casos pertinentes. » VELASCO GUERRERO, José María. Informe de ponencia ante la Comisión Cuarta. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, n° 36, p. 26.

[353] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 423.;COMISIÓN CUARTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas No. 20 y 21 de la sesión del 25 de abril de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 8 mai 1991, n° 70, p. 15.

[354] « En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, el decreto, la ordenanza o cualquier otro acto administrativo, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Todos los jueces están obligados a declarar de oficio o a petición de parte la excepción de inconstitucionalidad en los casos pertinentes. » COMISIÓN CUARTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas No. 20 y 21 de la sesión del 25 de abril de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 8 mai 1991, n° 70, p. 15.

[355] Dans le rapport sur le premier débat des députés GARCES LLOREDA et VELASCO GUERRERO, on trouve une légère référence au contrôle diffus américain comme une garantie de la suprématie constitutionnelle. À notre avis, ces références ne servent plus qu'à reproduire la classification orthodoxe entre contrôle diffus, concentré et mixte. GARCES LLOREDA, María Teresa et VELASCO GUERRERO, José

significativement noté une tradition plutôt autochtone du contrôle diffus en Colombie.

392. Les textes approuvés par les première[356] et quatrième[357] Commission ont été présentés devant l'Assemblée plénière par des rapporteurs les 17 mai et 4 juin respectivement. A partir de ce moment, le contrôle diffus n'a plus été frontalement mis en question ; toutefois, le fait d'être consacré dans la section dédiée à la justice constitutionnelle, tout particulièrement à côté de l'article relatif à la Cour constitutionnelle, a généré plusieurs tensions notamment au moment de la consécration d'une Cour constitutionnelle. En effet, à la suite de la présentation de la députée GARCES sur le sujet, plusieurs voix se sont élevées parmi les députés tantôt en faveur tantôt contre la création d'une Cour constitutionnelle. Considérant la diversité des points de vue exposés, une Commission *ad hoc* a été formée pour étudier le sujet de l'administration de la justice et présenter une nouvelle proposition à l'Assemblée[358].

La création d'une Cour constitutionnelle ne faisait pas l'objet d'un consensus au sein de cette Commission exceptionnelle, ce malgré le fait qu'un rapport avait été présenté à l'Assemblée. Ainsi, ses membres ont commencé par voter les articles qui ne posaient pas trop de discussions ou de difficultés ; parmi eux, celui relatif au contrôle diffus de constitutionnalité qui a été voté en deux étapes. La disposition a d'abord été approuvée, sans l'expression « de préférence » ; puis, cette expression a été abandonnée[359]. Nous pouvons donc ici relever que l'approbation du contrôle diffus n'a pas été mise en question. Au contraire, les discussions ont voulu le renforcer. En effet, les questionnements sur l'expression rejetée semblent avoir être fondés sur le fait qu'elle pouvait être interprétée comme une faculté non obligatoire

---

María. Informe de Ponencia ante la Comisión Cuarta: Control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, nº 36, p. 3.

[356] Rapport présenté le 17 mai 1991. ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos et ARIAS LÓPEZ, Jaime. Ponencia para primer debate en Plenaria. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 20 mai 1991, nº 77, p. 8,10.

[357] Rapport présenté le 4 juin 1991. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 4 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 13 septembre 1991, nº 124, p. 3.

[358] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 4 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 13 septembre 1991, nº 124, p. 12. Paginas 5 y 6 muestran las razones a favor y en contra del control judicial de constitucionalidad.

[359] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 11 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 23 octobre 1991, nº 131, p. 15.

du juge ou fonctionnaire. Éliminer cette expression contribuerait ainsi à une appréhension plus claire du devoir de respect de la suprématie constitutionnelle[360].

393. Une fois les articles approuvés en premier débat à l'Assemblée plénière, une autre commission a été installée pour réordonner par matière - c'est-à-dire codifier - les articles déjà votés et présenter un texte plus cohérent afin qu'il soit ratifié en second débat. D'une manière curieuse, cette commission a présenté - et l'Assemblée a approuvé – à deux reprises une disposition prévoyant le contrôle diffus.

394. La Commission de codification a d'abord voulu changer la place de cette disposition au Titre I de la Constitution intitulé « *Des principes fondamentaux* »[361]. Comme l'a en effet expliqué le député RAMIREZ OCAMPO, la Commission a ajouté cette disposition à l'article 4 qui consacrait le principe de suprématie constitutionnelle. L'article a ainsi été approuvé le 28 juin 1991 avec la formulation qu'il a toujours aujourd'hui : « *La constitution est la norme des normes. En tout cas d'incompatibilité entre la constitution et la loi ou une autre norme juridique, seront appliquées les dispositions constitutionnelles* »[362].

395. Or, l'article 248-A du même projet « codifié », qui a répété cette consécration d'un contrôle diffus, a aussi a été approuvé, sans aucune modification, le 1er juillet 1991[363]. Cette formulation incluait cependant l'expression « de préférence » que l'Assemblée avait éliminé en premier débat. Précisément, l'article disposait : « *En tout cas d'incompatibilité entre la Constitution et la loi ou une autre*

[360] ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 425.

[361] COMISIÓN CODIFICADORA. Codificación del articulado de la Constitución de Colombia para segundo debate. *Gaceta Constitucional*. 1991, nº 113, p. 2.

[362] Traduit par nos soins de l'original : « La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (…)» ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 28 de junio de 1991 [segundo debate]. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 21 décembre 1991, nº 142, p. 6,7.

[363] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Artículos de la Constitución política de Colombia aprobados en primer debate. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 27 juin 1991, nº 109, p. 31.

norme juridique seront appliquées de préférence les dispositions constitutionnelles »[364].

Les causes de cette « répétition » ne sont pas connues[365]. Nous pensons qu'il s'agit d'une erreur puisque l'article 248-A contenait l'expression « de préférence » qui avait été rejetée en premier débat à l'Assemblée. Probablement le stress et l'urgence de finir d'approuver l'ensemble de la Constitution avant le 4 juillet (date limite de compétence de l'Assemblée) ont contribué à ce que la Commission de codification ait répété l'article et que l'Assemblée plénière l'ait voté deux fois, sans s'en apercevoir.

396. Puis, les deux textes approuvés par l'Assemblée en second débat sont passés par l'analyse d'une nouvelle commission, dite de « révision et de style », qui a présenté à l'Assemblée un corpus constitutionnel remanié, *sans l'article 248-A*, en vue de sa proclamation définitive le 4 juillet 1991. Au-delà des raisons réelles de cette double approbation étonnante, nous pouvons déduire une volonté claire de l'Assemblée - mais aussi, semble-t-il doublement empressée - de préserver définitivement un contrôle diffus de constitutionnalité.

397. Pour le dire synthétiquement, malgré le fait que sa rédaction ait changé à plusieurs reprises, la disposition constitutionnelle qui consacre un contrôle diffus a été préservée dans l'ensemble des textes approuvés à l'issue de tous les débats au cours desquels elle a été mise en question. La volonté du constituant de maintenir le contrôle diffus est donc manifeste. Pour autant, nous n'avons relevé ni justification ni développements faisant référence à la justice constitutionnelle américaine dans le processus constituant colombien de 1991 ; une absence que nous avions pu aussi remarquée à l'égard des processus constituants précédents.

398. L'étude des processus constituants ayant marqué l'histoire de la Colombie visant à mesurer la réalité de l'influence du constitutionnalisme américain nous a permis de constater que ce dernier n'a eu d'effet sur le constitutionnalisme

[364] Traduit par nos soins de l'original. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 1 de julio de 1991 [Segundo debate]. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 27 décembre 1991, nº 143, p. 6,7.

[365] Elles ne le sont pas non plus pour le professeur et constituant ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 427-428.

colombien que s'agissant de l'importance de consacrer la suprématie normative de la Constitution. Par conséquent, contrairement à ce que l'on croit souvent, l'établissement d'un contrôle diffus en Colombie ne suit pas l'exemple américain ; ni au regard de la rédaction de la disposition l'actant, ni s'agissant de la justification de son adoption.

CHAPITRE II L'ÉLOIGNEMENT INTERPRÉTATIF DE DEUX TEXTES DISTINCTS AU COURS DU XX^{E} SIÈCLE

399. Malgré l'influence de l'idée de suprématie constitutionnelle qui caractérise le constitutionnalisme américain, le contenu de la disposition de la Charte prévoyant le contrôle diffus en Colombie s'est beaucoup éloigné de la rédaction américaine. En effet, le constitutionnalisme américain s'est centré sur les expressions linguistiques « *cases* » et « *controversies* » consacrés aux articles 3 et 6 de la Constitution américaine, à partir desquels les Américains ont déduit la structure procédurale - le « comment » - de leur contrôle de constitutionnalité. Cette idée a été reçue et adaptée au constitutionnalisme de plusieurs pays mais non de la Colombie qui, en réalité, a peu été influencée par de tels développements (Section 1). Le texte constitutionnel colombien, qui se caractérise par une rédaction complétement différente, n'a donc pas retenu ces expressions américaines. Par ailleurs, les décisions des Hautes juridictions, lorsqu'elles exercent un contrôle diffus de constitutionnalité, ne font que très rarement - et de manière assez superficielle - référence aux arrêts de la Cour américaine. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine colombienne du XX^{e} siècle, nous observons une absence d'homogénéité s'agissant d'éléments procéduraux aussi importants que la compétence ou l'opportunité d'exercer un contrôle ; une situation tout à fait différente de celle qui se présente aux États-Unis. Ainsi, on peut dire qu'une diversité d'interprétations a marqué le constitutionnalisme en Colombie, plutôt de façon désordonnée (Section 2).

SECTION 1 LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES *CASES AND CONTROVERSIES*

400. La jurisprudence américaine a graduellement développé une série de réquisits à la mise en œuvre d'une *judicial review*. Ces conditions ont été transposées en Argentine, le pays d'Amérique latine qui a vécu le plus fortement l'influence du système de contrôle de constitutionnalité américain comme le révèle la proximité de la rédaction des dispositions constitutionnelles des deux pays (Paragraphe 1). En revanche, cette influence n'a pas touché la Colombie. À la différence de ce qu'il s'est passé en Argentine, la Cour colombienne fait rarement référence à la jurisprudence de la Cour suprême américaine lorsqu'elle exerce le contrôle diffus de

constitutionnalité. Cette absence d'influence peut aussi être notée dans le fait que les critères procéduraux que la doctrine américaine a élaborés n'ont pas été transposées, ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence colombiennes (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 L'interprétation de la doctrine des « *cases and controversies* »

401. Les États qui ont établi un contrôle diffus de constitutionnalité sont généralement caractérisés par une jurisprudence qui apporte des éléments quant à la procédure à suivre afin de pallier l'imprécision fréquente des textes qui consacrent ce contrôle sans préciser la façon de l'exercer. Aux États-Unis, une doctrine procédurale relative au contrôle diffus s'est ainsi mise en place à travers les arrêts de la Cour suprême et la discipline de la branche judiciaire (1). Cette lente construction jurisprudentielle a influencé plusieurs pays dans le monde. Comme nous l'avons déjà relevé, en Amérique latine, l'Argentine est le pays qui a transposé le plus fidèlement le système américain, sa Constitution de 1853 ayant en effet consacré un texte très proche de celui de la Charte américaine (2).

1 Une interprétation restrictive du contrôle judiciaire américain

402. Aux États-Unis, la *judicial review* est encadrée par les articles III et VI de la Constitution de 1776, à la suite du célèbre arrêt *Marbury vs. Madison*. Or, la Cour suprême américaine a interprété, depuis le XIX^{e} siècle, l'alinéa 1 de la section 2 de l'article III de la Constitution en adoptant une vision restrictive du pouvoir judiciaire. Cette disposition établit que :

> *« [l]e pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas de droit et d'équité ressortissant à la présente Constitution, aux lois des États-Unis, aux traités déjà conclus, ou qui viendraient à l'être sous leur autorité ; à tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls ; à tous les cas relevant de l'Amirauté et de la juridiction maritime ; aux*

différends [controversies] auxquels les États-Unis seront parties ; aux différends entre deux ou plusieurs États »[366].

403. Précisément, selon la Cour suprême fédérale, cette disposition introduit clairement des limites au pouvoir judiciaire fédéral [367]. Ces limites de justiciabilité sont plus généralement connues sous le nom de « *doctrine des cas et controverses* » (*cases and controversies doctrine*). En effet, à partir de ces expressions linguistiques contenues dans la disposition ci-dessous transcrite, la Cour a établi que la compétence du pouvoir judiciaire ne s'étendra *qu'aux* cas *et controverses* (*différends*, dans la traduction française citée) suscités sous l'empire de la Constitution.

404. Or, pendant des années, la doctrine des *cases and controversies* a tracé des limites précises de justiciabilité du contrôle de constitutionnalité. Dès les premiers moments de la République fédérale des États-Unis, la Cour suprême fédérale a interprété la clause des *cases and controversies* de manière à prendre connaissance de demandes d'*avis consultatifs* (*advisory opinions)*, de consultations pour opinion. Par conséquent, la Cour américaine a développé des limites pour ne pas empiéter sur le domaine relevant du pouvoir législatif, puisque la révision judiciaire ne peut être un moyen de discuter l'opportunité des lois[368] . Toutefois, elle

---

366 Version en français de la Constitution américaine [traduite en français]. Dans : *Digithèque MJP* [en ligne]. http://mjp.univ-perp.fr, 1787. [Consulté le 16 avril 2017]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm#3.

Le texte original établit : "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects." UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States* [en ligne]. 1787. [Consulté le 16 avril 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

367 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 11-113 ; ALBERT, Lee. Justiciability and Theories of Judicial Review: A Remote Relationship. *Southern california law review*. 1977, Vol. 50, p. 1139-1177.

368 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 42-45 ; FRANKFURTER, Felix. A Note on Advisory Opinions. *Harvard Law Review*. 1924, Vol. 37, no 8, p. 1002-1009 ; FIELD, Oliver. The advisory opinion - An analysis. *Indiana Law Journal* [en ligne]. 1949, Vol. 24, no 2, p. 203-230. ISBN 1120617163123. DOI 10.1525/sp.2007.54.1.23. ; AUMANN, F.R. The Supreme Court and the Advisory Opinion. *Ohio St. University Law Review*. 1937, no 4, p. 21-55.

a aussi limité sa compétence à la seule fonction judiciaire, avec un contrôle de constitutionnalité restreint aux *cases* ou *controversies*.

405. Par ailleurs, les arrêts de la Cour suprême fédérale ont progressivement développé une doctrine établissant les éléments requis pour qu'un juge puisse réaliser un contrôle de constitutionnalité.

406. En premier lieu, dans les *cas* ou *controverses*, le requérant doit prouver une *légitimité à agir en justice* (*standing).* Pour ce faire, le justiciable doit remplir trois conditions : tout d'abord, il doit pouvoir démontrer un dommage (*injury)*, un *tort* concret, particulier et actuel ou imminent ; ensuite, il doit faire la preuve d'un rapport de causalité entre la conduite et le dommage occasionné ; enfin, il doit démontrer qu'une décision favorable à son égard permettrait de compenser le dommage[369].

407. En second lieu, le requérant doit démontrer la *maturité* (*ripeness)* de sa demande : il doit être prouvé que le dommage est réel et imminent ; les affaires dont les dommages sont considérés comme éventuels mais spéculatifs étant écartées[370]

408. En troisième lieu, le recours doit avoir un *caractère discutable* (*mootness)* afin de garantir que l'affaire est toujours d'actualité. Pour la Cour, une fois que l'affaire perd son actualité, il ne s'agit plus d'un cas ou d'une controverse[371].

---

[369] CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 45 ; ROBERTS, John. Article III limits on statutory standing. *Duke Law Journal* [en ligne]. 1992, Vol. 42, no 1219, p. 11219-1232. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/duklr42&section=44 ; BRILMAYER, L. The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the" Case or Controversy" Requirement. *Harvard Law Review* [en ligne]. 1979, Vol. 93, no 2, p. 297-321. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.jstor.org/stable/1340380 ; JAFFE, Louis L. Standing to Secure Judicial Review. *Harvard Law Review*. 1961, Vol. 75, no 2, p. 255-305 ; DRIESEN, David. *Standing for nothing*. Vol. 1030. [S. l.] : Syracuse University college of law, 2003.

[370] CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 81-86 ; NICHOL, Gene R. Ripeness and the Constitution. *The University of Chicago Law Review*. 1987, Vol. 54, no 1, p. 153-183 ; CULP DAVIS, Kennth. Ripeness of Governmental Action for Judicial Review. *Harvard Law Review*. 1955, Vol. 68, no 8, p. 1326-1373.

[371] CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 86-91.

409. Enfin, une restriction est prévue tendant à empêcher que la question de constitutionnalité posée génère une *question politique* (*political question)* qui devrait être résolue par le Parlement[372].

410. En définitive, cette doctrine des *cas* et *controversies* est l'un des éléments les plus importants pour la compréhension de la *judicial review* américaine. Cette doctrine a notamment influencé plusieurs pays au monde au moment de la reconnaissance d'un contrôle diffus de constitutionnalité dans leur ordre juridique. Ainsi, d'une certaine manière, un État pourrait être considéré comme plus proche du système américain non pour le fait d'avoir consacré un contrôle de constitutionnalité diffus mais au regard du degré de construction argumentative de sa compétence et de sa légitimité. Il est à cet égard intéressant d'étudier l'influence américaine en la matière en prenant l'exemple du contrôle instauré en Argentine, un pays voisin qui partage une certaine tradition de droit avec la Colombie

2 Une grande influence américaine sur le contrôle judiciaire argentin

411. En Amérique du sud, l'Argentine est le pays qui a été le plus influencé par le constitutionnalisme américain. En effet, la Constitution de 1853 - encore aujourd'hui en vigueur après avoir connu plusieurs réformes[373] - a établi un système fédéral et présidentialiste très similaire à celui des États-Unis. S'agissant du contrôle de constitutionnalité, les constitutions argentine et américaine sont aussi très proches[374].

412. En effet, l'article 116 de la Constitution argentine[375] établit notamment la compétence du pouvoir judiciaire *« pour connaître et juger toutes les*

---

[372] CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 91-113 ; SCHARPF, Fritz. Judicial Review and the Political Question: a functional analysis. *Yale Law Journal*. 1966, Vol. 75, no 4, p. 517-597.

[373] Malgré la modification de 1994 qui a prévu quelques institutions comme le « chef du cabinet des ministres » ou « le Conseil de la magistrature », le système continue d'être très proche du système américain.

[374] Les constituants de 1853 étaient conscients de cette similitude. Ainsi, selon GOROSTIAGA, l'un des acteurs les plus importants de ce processus, le projet de Constitution a été élaboré sur le moule de la Constitution américaine. Sur ce propos, voir : BIANCHI, Alberto. *Control de constitucionalidad. Tomo 1*. 2e éd. Buenos Aires : Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 118.

[375] Le texte de l'article 116 en français est :

affaires relatives à des points visés par la Constitution ». Cette similitude avec les articles II et VI de la Constitution américaine a incontestablement aidé à une plus facile réception des doctrines américaines dans ce pays.

413. Tout d'abord, la Cour suprême de justice argentine s'est explicitement référée aux cas et aux justifications relatifs à la *judicial review* américaine. En effet, dès 1864[376], 1865[377] et surtout en 1887, date de l'affaire *Eduardo Sojo*[378] qui a fondé le contrôle de constitutionnalité dans ce pays, la Cour a fait appel à l'arrêt *Marbury vs Madison* qui est ainsi devenu une référence directe du contrôle diffus argentin dans le cadre duquel ont été tirées les mêmes conséquences et argumentation que celles de la Cour américaine.

414. Comme l'a exposé BIANCHI, tous les éléments de la doctrine des *cases et controversies* - aussi bien la *légitimité pour agir en justice*, la *maturité*, le *caractère discutable*, que l'interdiction de trancher les *avis consultatifs* ou les *questions politiques* ; des principes tous issus de l'évolution de la jurisprudence américaine -

---

Article 116.- La Cour suprême de justice et les tribunaux inferieurs de la Nation sont compétents pour connaitre et juger toutes les causes relatives à des points visés par la Constitution et par les lois de la Nation, sous réserve de l'alinéa 12 de l'article 75, ainsi que par les traités conclus avec les nations étrangères; ils connaissent des a aires en relation avec les ambassadeurs, les ministres publics et les consuls étrangers; des causes d'amirauté et de juridiction maritime, des a aires où la Nation est l'une des parties concernées; ainsi que des litiges survenus entre deux ou plusieurs provinces, entre une province et les habitants d'une autre, entre les habitants de provinces différentes, et entre une province ou ses habitants et un État ou un citoyen étranger.

La version originale en espagnol est :

« Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero." REPÚBLICA ARGENTINA. Constitución Nacional. Dans : *casarosada.gob.ar* [en ligne]. 1853. [Consulté le 17 avril 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional.

376 Affaire *Benjamin Calvete*. Cité par BIANCHI, Alberto. *Control de constitucionalidad. Tomo 1*. 2e éd. Buenos Aires : Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 222-223.

377 Affaire *Roque Pérez*. Cité par BIANCHI, Alberto. *Control de constitucionalidad. Tomo 1*. 2e éd. Buenos Aires : Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 284.

378 Affaire *Eduardo Sojo*. Dans l'affaire, il y a une référence à plusieurs arrêts de la Cour américaine. Cité par CARRIÓ, Alejandro. *La Corte Suprema y su independencia: un análisis a través de la historia*. 1re éd. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996, p. 34-36.; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2010, p. 220.

ont été repris ou calqués d'une manière très similaire par la Cour suprême de justice argentine[379].

415. Tandis que la similitude des dispositions normatives qui ont été interprétées par les Cours suprêmes américaine et argentine a contribué à une influence très forte de la première sur la seconde, la disposition relative au contrôle diffus colombien a été caractérisée par d'autres problèmes interprétatifs et des influences distinctes. Il s'agit là, de notre point de vue, de l'une des raisons principales du fait qu'en Colombie, les doctrines américaines - pas même par la voie d'une influence du constitutionnalisme argentin - n'ont été reçues ni par la jurisprudence ni par la doctrine.

PARAGRAPHE 2 La réception de la jurisprudence américaine

416. Malgré les références dont on a déjà parlé ainsi que l'influence de l'idée d'origine nord-américaine de suprématie constitutionnelle, à la différence de ce qu'il s'est produit dans d'autres pays qui ont adopté un système de contrôle diffus de constitutionnalité et où une influence américaine s'est clairement fait senti, en Colombie, on l'a déjà relevé, les Hautes juridictions n'ont que très rarement fait référence à un arrêt américain. Plus spécifiquement, nous n'avons trouvé, nulle part, de référence à la doctrine des *cases et controversies* (1). Nous avons cependant essayé une brève tentative de comparaison afin de vérifier s'il n'y avait pas de rapprochement possible entre la *légitimation pour agir* américaine (*standing*) et l'exigence d'un *intérêt d'agir*, une obligation contenue dans quelques arrêts colombiens (2).

1 Les rares références au contrôle diffus américain dans le cas colombien

417. Certains auteurs affirment trouver une influence de la *judicial review* américaine dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité colombien. Nous soutiendrons cependant une conception opposée. En effet, de notre point de vue, la jurisprudence nationale n'a pas réellement reçu une influence du constitutionnalisme américain ; ni quant à la justification du contrôle diffus ni

[379] Sur ce sujet, voir le travail comparé et très détaillé de : BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidad. Tomo 2*. 2e éd. Buenos Aires : Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.

s'agissant des précisions jurisprudentielles relatives à la procédure à suivre. Nous voudrions donc ici examiner brièvement pourquoi ces auteurs considèrent que l'influence américaine a été importante en Colombie et discuter leurs arguments.

418. Parmi eux, Oscar José DUEÑAS relève une ressemblance entre le comportement de la Cour suprême de justice colombienne et celui de la Cour Suprême américaine en matière de contrôle de constitutionnalité ; un constat qui lui permet de comparer les « ères »[380] des deux institutions et de relever des influences *argumentatives* américaines dans des arrêts colombiens rendus dans différentes matières[381]. Cependant, elles prendraient plutôt la forme de justifications juridiques de fond ; une marque historique propre au système colombien qui ne révèle donc pas de manière claire une quelconque inspiration à partir du système américain.

419. Cet argument mérite quelques commentaires. Il nous semble qu'on ne peut justifier l'idée d'influence américaine en mentionnant des *références directes* aux décisions américaines. En effet, les arrêts de la Cour colombienne n'ont que très rarement procédé à des références directes aux arrêts de la Cour suprême fédérale des États-Unis. Pour étayer sa thèse, l'auteur a effectivement trouvé et présenté deux exemples[382], mais la grande majorité des arrêts qu'il a analysés ne permettent pas d'arriver à cette conclusion. Après vérification de ce corpus, en particulier les arrêts de la Haute juridiction colombienne traitant de l'exercice du contrôle diffus, nous n'avons pas trouvé d'éléments probants allant dans ce sens.

---

[380] Ainsi DUEÑAS relève une ressemblance entre les périodes exposées par WOLFE et celles de la Cour suprême de justice au regard du contrôle de constitutionnalité. WOLFE distingue trois « ères » de la jurisprudence américaine. La première, *traditionnelle* (entre 1798 et 1890), se caractérise par une protection forte des droits de propriété de même qu'une réticence envers les droits sociaux et du travail. La deuxième, *de transition* (entre 1890 et 1937), est marquée par une protection forte du *due process of law* formel tendant à la protection de l'économie libérale. La troisième, la moderne (à partir de 1937), suppose une protection du *due process of law* mais tendant à la protection des droits et libertés des individus. DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Control constitucional*. 2e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 10-17.;WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. 1re éd. Madrid : Civitas, 1991. ISBN 8473988876.

[381] L'auteur remarque ces influences au regard de sujets tels que l'état de siège, les impôts, le régime des droits acquis ou la banque centrale. Cependant, dans les décisions, on ne trouve pas de référence directe aux décisions américaines.

[382] Entre autres, l'auteur mentionne l'arrêt de la Cour suprême de justice du 13 novembre 1928 qui fait référence à un jugement de John Marshall de 1818 pour justifier des facultés implicites du Président de la République. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 13 de noviembre de 1928. *Gaceta judicial*. 1931, no 1832, p. 201-204 ; Cité par DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Control constitucional*. 2e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 17.

420. En effet, il n'existe aucune référence à la jurisprudence américaine dans la justification des premiers arrêts qui ont appliqué un contrôle diffus en Colombie[383]. À partir de notre recherche, nous sommes fortement tentés de penser que la première fois que la Cour suprême de justice s'est en réalité référé à un arrêt américain dans le cadre du contrôle diffus, en l'occurrence *Marbury vs. Madison*, elle l'a fait dans un arrêt rendu le 21 avril 1954[384].

421. Or, la référence à laquelle a procédé la Cour dans cet arrêt n'a eu pour objet que de renforcer l'argument normatif justifiant l'existence du contrôle diffus. Rien de plus, en somme, qu'un simple *obiter dictum*. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle le demandeur, un policier à la retraite, avait allégué la responsabilité de l'État du fait du non-respect d'un contrat qu'il avait souscrit avec le directeur de la Police nationale, au nom du Gouvernement.

Il argumenta son recours en relevant que la Cour s'était déjà prononcée sur ce même type d'affaire en faveur d'un collègue peu de temps avant. Dans la jurisprudence invoquée, le Ministère public avait questionné la constitutionnalité du contrat puisque la Constitution autorisait la souscription de ce type d'actes au Gouvernement, précisément en l'espèce au Président de la République et au Ministre correspondant. Malgré tout, la Cour a considéré que les juges étaient obligés d'appliquer les normes en tout cas, même si elles n'avaient pas été déclarées

[383] Peut-être que la première fois qu'un contrôle diffus a été exercée par la Cour suprême de justice après 1910, l'a été dans l'arrêt du 3 novembre 1911. En l'espèce, tout comme dans l'arrêt du 29 novembre 1913, la Cour a inappliqué une loi qui permettait au Parlement de concéder des aides économiques aux municipalités qui auraient connu des catastrophes publiques, car elle était contraire à l'alinéa 5 de l'article 78 de la Constitution qui interdisait expressément cette attribution. Dans ces arrêts, il n'y a cependant pas du tout de référence au contrôle diffus américain ou à l'arrêt *Marbury vs Madison*. De plus, l'argumentation de la décision colombienne ne se rapproche pas de celle de la Cour suprême fédérale américaine.

[384] Il s'est agi d'un cas dans lequel la chambre des contentieux généraux de la Cour suprême de justice a déclaré la nullité d'un contrat administratif (selon l'article 40 du Code Judiciaire de 1940 la chambre des contentieux généraux de la Cour suprême de justice était compétente pour connaître des controverses sur les contrats publics). Elle a inappliqué un décret-loi par lequel le Président de la République déléguait au Directeur de la Police nationale la compétence de souscrire certains contrats au nom du gouvernement. Selon la Cour, considérant que la Constitution établissait que le Gouvernement est composé par le Président de la République et le Ministre de la matière respective, alors un fonctionnaire hiérarchiquement inférieur ne peut pas agir en représentation du Gouvernement et le Président de la République n'a pas ici la compétence de déléguer. SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 21 de abril de 1954. *Gaceta judicial*. Bogotá : Gaceta Judicial, 21 avril 1954, n° 2140, p. 510.

inconstitutionnelles à la suite d'un contrôle concentré. D'une certaine manière, il s'est agi d'un refus de l'existence du contrôle diffus.

Dans cet arrêt de 1954, la Cour discuta la position de la Cour dans l'affaire précédente. Elle argumenta que la Constitution comportait deux « remèdes » contre l'inconstitutionnalité des normes : l'un par *action*, l'autre par *exception*. Pour « éclaircir » la portée du contrôle diffus, elle rappela que le juge Marshall et les autres juges de la Cour suprême de justice des États-Unis avaient établi une « doctrine » selon laquelle les juges pouvaient déclarer une norme nulle en raison de son inconstitutionnalité et ne pas l'appliquer. Elle transcrivit alors de courts extraits de l'arrêt *Marbury vs. Madison* qui posaient clairement les trois prémisses du *leading case* américain : d'abord, l'idée de suprématie normative de la Constitution ; ensuite, l'idée de compétences limitées des autorités publiques et tout particulièrement du législatif ; troisièmement, l'idée selon laquelle les juges doivent contrôler la conformité des actes du pouvoir législatif par rapport à la Constitution[385]. Sur ces points, effectivement, comme nous l'avons précédemment signalé (première section de ce chapitre), l'influence américaine en Colombie a été évidente depuis le XIX^{e} siècle.

422. Néanmoins, pour revenir à la question centrale d'une supposée influence américaine sur le système colombien de contrôle diffus, nous n'avons trouvé aucune référence directe à aucun arrêt étranger - y compris à des décisions américaines et argentines - dans les arrêts de la Cour suprême de justice procédant un contrôle diffus de constitutionnalité. Et il en est de même s'agissant de la Cour constitutionnelle après 1991[386].

423. Certes, une référence qui pourrait valider une telle thèse est celle qui a été faite dans l'arrêt de la Chambre de cassation pénale de la Cour suprême de

[385] La Cour cite l'argumentation de l'arrêt en se référençant à un ouvrage traduit en Argentine comme suit : « CH y M.R. Beard. Historia de la civilización de los Estados Unidos de América. Buenos Aires. P. Ed. G. Kraft. T.I. pág. 587. Trad. De Rubén Darío hijo » SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 21 de abril de 1954. *Gaceta judicial*. Bogotá : Gaceta Judicial, 21 avril 1954, n^{o} 2140, p. 510.

[386] Selon une recherche dans la base de données de la Cour constitutionnelle, à la date d'avril 2017, on a pu relever que l'arrêt *Marbury vs Madison* n'a été référencé que six fois sur un total d'environ 30.000 arrêts. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Buscador de sentencias. Dans : *corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. [s. d.]. [Consulté le 21 avril 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/query.idq.

justice du 15 mars 1961. Dans cette décision, en effet, la Cour a fait appel au professeur argentin MONTES DE OCA au sujet de deux règles des attributions du contrôle judiciaire. Tout d'abord, la magistrature ne peut pas désavouer le législateur par des opinions abstraites ni discuter des « motifs d'opportunité ». Deuxièmement, pour que la Cour intervienne, « *un conflit et un requérant dont les droits personnels se trouvent réellement atteints* »[387] est nécessaire.

Les règles énoncées par cet auteur, qui ont été transposées dans l'arrêt, sont illustratives du cœur de la doctrine américano-argentine des *cases and controversies*. En effet, la première écarte la justiciabilité des *avis consultatifs* (*advisory opinions)* et des *questions politiques* (*political questions)* ; la seconde exige de démontrer un dommage réel causé à des droits personnels, condition de la reconnaissance d'une *légitimité pour agir en justice* (*standing)*.

424. Cependant, ces exigences n'ont pas eu plus de poids que leur énonciation puisque dans cet arrêt, la Cour ne s'est pas limitée à l'accomplissement des règles énoncées. La doctrine judiciaire tendant à limiter la justiciabilité des *avis consultatifs* et des *questions politiques* n'a pas été reprise par la suite.

2 La mesure de la pertinence d'un rapprochement entre l'intérêt à agir colombien et la légitimité pour agir de la justice américaine

425. Malgré le fait qu'on ne puisse pas affirmer que la doctrine procédurale américaine des *cas et controversies* soit arrivée à beaucoup influencer la pensée juridique colombienne, quelques arrêts - sans véritable continuité[388] - et certains auteurs ont néanmoins argumenté l'existence d'exigences pour prouver un *intérêt à agir* du *requérant*. On pourrait faire un rapprochement de cette condition avec la notion de *légitimité pour agir en justice* (*standing)* du droit américain, les deux

[387] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 15 de marzo de 1961*. Vol. 2238. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 15 mars 1961, p. 181.

[388] Comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, les appréhensions sur le contrôle diffus ont été très variées et très peu uniformes. En effet, les décisions juridictionnelles des Hautes juridictions autant sous l'empire de la Constitution de 1886 que plus récemment après celle de 1991, révèlent une absence de consensus quant à la structure procédurale du contrôle diffus.

Cependant, dans certaines affaires ont été posés des conditions ou des procédures spéciales pour exercer le contrôle diffus. Il existe aussi un grand nombre d'arrêts n'en prévoyant pas. En revanche, nous avons pu identifier certains arrêts qui ont convergé pour exiger un minimum d'intérêt pour fonder la demande de non-application.

éléments exigeant du requérant qu'il prouve un dommage direct. Nous voudrions cependant procéder à une analyse plus détaillée de ces deux notions afin de déterminer si, effectivement, la jurisprudence colombienne peut être rapprochée de la jurisprudence américaine sur ce point.

426. Dans un arrêt de la Chambre de cassation pénale de la Cour suprême de justice rendu le 6 décembre 1960, les juges se sont prononcés sur un recours en cassation contre une arrêt condamnatoire pris sur le fondement du décret législatif 0012 de 1959 qui avait été récemment voté. Ce décret - qui a donné lieu à un grand nombre d'affaires que nous étudierons en détail ultérieurement - établissait une procédure *expresse* et prévoyait une réduction des droits de la défense des accusés. Dans l'arrêt, la Cour a critiqué le fait que le requérant ait demandé que soit réalisé un contrôle diffus sans qu'il soit établit en quoi consistait le dommage qu'il avait subi et si celui-ci était d'une telle nature que l'on puisse méconnaître les droits qui lui permettaient de se défendre normalement des accusations qu'on lui imputait. La Cour a finalement rejeté la prétention du requérant, pour manque de preuve[389].

427. De manière similaire, dans un arrêt du 21 mars 1980, la deuxième section de la Chambre du contentieux administratif du Conseil d'État s'est prononcée sur une affaire de nullité d'un acte administratif sanctionnant le Tribunal disciplinaire des Forces Armées. Le requérant et le procureur du cas avaient argumenté devant la Cour que le fondement normatif de cette décision était inconstitutionnel. Ils considéraient, en effet, que le décret réglementaire 2782 de 1965, qui déterminait les fautes et la procédure disciplinaire relatives aux Forces militaires, était fondé sur le décret législatif 250 de 1958 et avait été édicté en dehors du cadre exceptionnel et temporaire des états d'exception. Ainsi, selon eux, le Président de la République s'était arrogé illégitimement une compétence normative du Parlement.

Dans cette affaire, le Conseil d'État rappela, à partir du texte de l'article 215 de la Constitution – qui indiquaient les règles en matière de contrôle diffus de 1945 à 1991 - les principales caractéristiques de ce type de contrôle. Pour ce qui nous concerne, relevons qu'il a notamment argumenté que « *puisqu'il s'agit d'un moyen*

[389] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia del 6 de diciembre de 1960*. Bogotá, Colombia, 1960.

exceptionnel, l'incompatibilité entre la loi dont application est mise en question et une norme constitutionnelle doit affecter directement un droit particulier ou subjectif juridiquement protégé par la disposition constitutionnelle que l'on dit violée »[390].

428. Ces arrêts pourraient être considérés comme illustratifs d'une exigence de démontrer un dommage pour agir dans le cadre du contrôle diffus comparable à l'exigence de démontrer un tort réel et direct (*injury* de la tradition américaine) de la norme considérée comme inconstitutionnelle afin d'avoir une *légitimité pour agir en justice*. Cependant, ce rapprochement n'a pas été confirmé par la jurisprudence colombienne.

429. Du côté de la doctrine, la situation est très similaire. Les auteurs colombiens se sont peu montrés intéressés par les développements américains relatifs aux exigences de la doctrine des *cas* et *controversies*. De fait, aucun d'entre eux n'a étudié en détail ni essayé de transposer ou de faire référence à cette doctrine, bien qu'un nombre important d'auteurs spécialistes du droit constitutionnel aient fait l'effort de relever l'origine américaine du contrôle diffus de constitutionnalité.

D'après nos recherches, il semblerait qu'*un seul* auteur de la doctrine colombienne antérieure à 1991 ait véritablement proposé une interprétation de la disposition constitutionnelle colombienne qui consacre le contrôle diffus en la rapprochant de la « doctrine des cas et controverses ».

430. En effet, Alfredo ARAUJO GRAU est probablement l'auteur qui a abordé le plus sérieusement le sujet du contrôle de constitutionnalité dans la première moitié du XX^{e} siècle, en faisant une interprétation de l'article 40 de l'Acte législatif 3 de 1910 qui mettait l'accent sur le vocable *cas* et le verbe *appliquer*. Bien qu'il connût les principales réflexions relatives à la justice constitutionnelle américaine de son époque[391], il privilégia cependant une interprétation autochtone de ces termes mais relativement convergente avec la conception américaine. En effet, selon lui, les autorités chargées d'appliquer la loi dans un régime démocratique sont les juges ; à la différence de la fonction de *faire la loi* - propre du législatif - ou

[390] CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 21 de marzo de 1980. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombie, 1980, p. 111.

[391] Tel qu'on pourrait le déduire de ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936, p. 35-47.

de celles de sanctionner, promulguer, obéir et préserver *l'accomplissement de la loi* - qui relèvent de l'exécutif -. En dépit du fait qu'il interpréta d'abord le vocable « *case* » comme un événement ou une éventualité, il précisa ensuite que le pouvoir judiciaire est compétent pour ne pas appliquer une norme « *dans les cas concrets qui sont soulevés par la voie naturelle de la procédure* »[392]. Ainsi, pour l'auteur, le contrôle diffus de constitutionnalité colombien permettrait *a priori* soit la réception de la doctrine américaine des *cases and controversies* -, voie qu'il n'a pas confirmée, soit le développement d'une voie propre.

431. Nous pouvons également mentionner Alvaro COPETE LIZARRALDE[393], Gabriel MELO GUEVARA[394], Manuel GAONA CRUZ[395] et Jacobo PÉREZ ESCOBAR[396], qui ont aussi souligné le besoin de démontrer un intérêt à agir pour pouvoir mettre en œuvre l'exception d'inconstitutionnalité, mais sans toutefois très approfondir le sujet.

432. En définitive, nous sommes en présence d'une lacune de la doctrine locale. Nous n'avons pas découvert de tentatives très abouties de transposition de la doctrine américaine du contrôle diffus dans la doctrine colombienne ; ni même de comparaison détaillée des deux procédés.

433. Additionnellement, il importe de prendre en considération que d'autres postures ont été exposées dans certaines décisions juridictionnelles[397] et

---

[392] ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936, p. 100.

[393] COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3e éd. Bogotá : Ediciones Lerner, 1960, p. 246.

[394] L'auteur affirme aussi que l'existence d'un procès n'est pas nécessaire. MELO GUEVARA, Gabriel. *El estado y la constitución*. 1re éd. Bogotá : Talleres gráficos de Ponce de León hermanos, 1967, p. 116.

[395] GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988, p. 52.

[396] Autant dans son ouvrage publié en 1974 que dans son édition de 1997. PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogota : Editorial Horizontes, 1974, p. 67.

Pour fonder cette caractéristique, l'auteur fait référence à l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 1980, dont nous venons de traiter. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. 5e éd. Bogotá : Editorial Themis, 1997, p. 72.

[397] CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. *Sentencia del 20 de febrero de 1969*. Bogotá, 20 février 1969 ; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 23 de abril de 1970*. 2338(Bis). Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 23 avril 1970 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 20. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm ; CORTE

par plusieurs auteurs de doctrine[398]. En effet, a notamment été défendue l'idée selon laquelle le contrôle diffus pouvait être exercé d'office, sans même qu'une demande d'un requérant soit nécessaire. L'argument à l'appui de cette position se fonde généralement sur l'idée selon laquelle le texte de la disposition constitutionnelle qui prévoit le contrôle diffus n'octroie pas une faculté mais pose une obligation de respect de la Constitution à laquelle celui qui applique la norme ne peut échapper. En conséquence, l'intérêt pour agir ne serait pas une notion pertinente dans le cas colombien.

Dès lors, on pourrait dire que les cours colombiennes de cette époque n'ont pas fait preuve de *discipline juridictionnelle* s'agissant de préciser les éléments procéduraux de ce type de contrôle. L'imprécision de l'expression « en tout cas » employée dans la disposition constitutionnelle qui encadre le contrôle diffus a effectivement pu donner lieu à des interprétations très disparates en matière de procédure.

SECTION 2 UNE INTERPRÉTATION PROCÉDURALE DISPARATE DE L'EXPRESSION INDÉTERMINÉE « EN TOUT CAS »

434. Plusieurs facteurs ont contribué à l'existence d'une diversité de postures s'agissant des éléments procéduraux du contrôle diffus : une interprétation extensive du texte constitutionnel colombien qui établissait seulement qu'« *en tout cas d'incompatibilité entre la constitution et la loi, seront appliquées les dispositions constitutionnelles*[399] » ; l'absence de position théorique

CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia SU 123/13* [en ligne]. Bogotá, 13 mars 2013. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU132-13.htm.

[398] LÓPEZ MICHELSEN et BREWER CARIAS considèrent que l'inapplication doit être décidée dans un cas judiciaire, mais que le juge peut exercer le contrôle diffus même d'office. LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Aspectos de la jurisdicción constitucional en Colombia. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 49-50 ; BREWER CARIAS, Allan. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES: De la interpretacion constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación* [en ligne]. [s. d.], p. 39-44. [Consulté le 13 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II, 4, 475. Quis custodiet ipsos custodes. De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación. Arequipa.pdf.

JULIO ESTRADA relève qu'en Colombie, le contrôle diffus s'applique soit à la pétition d'une partie soit *ex-officio.* JULIO ESTRADA, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 285-286.

[399] Traduction par nos soins du texte correspondant à l'article 40 de l'Acte législatif 3 de 1910, intégré comme article 215 par l'Acte législatif 1 de 1945 et qui en substance reprend l'article 4 de la Constitution de 1991.

unique dans la jurisprudence ; ou encore le manque d'une dogmatique consistante pour la fonder. Il ne s'agira pas ici d'exposer en détail les évolutions doctrinale et jurisprudentielle sur la question des exigences procédurales du contrôle diffus, mais nous proposerons une classification des différentes postures exprimées, conséquence de cette indétermination normative, à partir des deux sujets qui ont le plus retenu l'attention du constitutionnalisme colombien : la compétence pour exercer le contrôle (1) et l'opportunité de l'exercer (2).

PARAGRAPHE 1 Une interprétation variable de la compétence de contrôle

435. À la différence de l'interprétation des articles III et VI de la Constitution américaine relatifs à la portée de la compétence du « pouvoir judiciaire » et à la discipline judiciaire américaine, le texte de la disposition colombienne a établi tout simplement qu'« en tout cas » d'incompatibilité entre la Constitution et les autres normes juridiques on appliquera les dispositions constitutionnelles. Le caractère vague de ce « en tout cas » manifeste l'importance de l'interprétation de cette expression. Pourtant ni la jurisprudence ni la doctrine ont convergé vers une même interprétation ; au contraire le sujet a été abordé d'une manière très diverse.

Afin d'étudier ces postures, nous tenterons de les classer en considérant l'étendue qu'elles accordent à la compétence d'exercer le contrôle diffus : de la posture la plus large à la plus restrictive. En premier lieu, nous analyserons la posture défendant que la clause « en tout cas » porte un mandat pour tous d'exercer le contrôle diffus (1). Puis, nous traiterons la posture affirmant que la compétence de procéder à un contrôle diffus est bornée aux fonctionnaires publics (2). Enfin, nous examinerons une posture qui considère que seuls les juges peuvent l'exercer (3).

1 Un mandat général pour tous

436. Avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, la doctrine et la jurisprudence ont tendu à une interprétation large de la compétence d'exercer un contrôle de constitutionnalité diffus. On trouve difficilement dans la doctrine de cette période une position proposant une interprétation encore plus ouverte de la

compétence de contrôle dans la jurisprudence. Le professeur Carlos MEDELLÍN, dans un colloque en 1984 devenu célèbre, a défendu l'existence d'une tradition colombienne de contrôle diffus de constitutionnalité et a plaidé pour élargir encore ce caractère (diffus). Sa voix n'a toutefois pas été écoutée pendant ces années[400].

437. Plus récemment, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, quelques auteurs et la Cour constitutionnelle elle-même ont étendu la compétence pour exercer le contrôle diffus également aux particuliers.

438. Du côté de la doctrine, d'après Juan Manuel CHARRY URUEÑA, l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas exclusive des juges ou fonctionnaires mais toute personne qui doit appliquer une norme peut l'exercer[401]. Javier TOBO RODRIGUEZ, quant à lui, a défendu que la compétence du contrôle diffus est attribuée à « *tout juge, autorité administrative et* particuliers *qui doivent appliquer une norme dans un cas concret* »[402]. Plus récemment, Edgar QUIROGA NATALE a affirmé - en proposant une analyse de la jurisprudence à partir de l'arrêt C-122 de 2011 - que même les particuliers sont habilités à l'exercer[403].

439. S'agissant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, celle-ci, dans plusieurs décisions, a affirmé que le contrôle diffus peut être exercé par les juges, les fonctionnaires et même les particuliers qui doivent appliquer une norme juridique à un cas concret. Il intéressant de relever qu'une telle posture ne se généralise que depuis la décennie 1990 et que de plus en plus d'arrêts affirment cette idée[404].

---

400 MEDELLÍN, Carlos. Intervención del señor Magistrado de la Corte. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 27.

401 CHARRY, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*. 1a Ed. Bogota : Ediciones Jurídica Radar, 1994, p. 178. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://books.google.com/books?id=TPflGwAACAAJ&pgis=1.

402 TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4e éd. Bogota : Ibañez, 2012, p. 191.

403 QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. *Revista de Derecho Público*. 2015, no 34, p. 13.

404 Les exemples sont nombreux. Nous allons juste en mentionner quelques-uns illustratifs : T-505 de 2000 ; T-221 de 2006 ; T-389 de 2009 ; C-122 de 2011 ; T-704 de 2012 ; T-094-2013 : T-269 de 2015 ; T-303 de 2015 ; T-508 de 2015 ; 462 de 2016 ; T-507 de 2016 ; T-616 de 2016 ; T-681 de 2016.

2 Une disposition dirigée principalement aux fonctionnaires publics

440. L'interprétation la plus commune parmi les auteurs et la jurisprudence considère que les fonctionnaires publics sont les acteurs compétents pour décider de ne pas appliquer des normes contraires à la Constitution. Toutefois, les postures et arguments présentés à l'appui de ce postulat sont marqués par la diversité. Un premier groupe considère qu'il s'agit d'un mandat ouvert à tout fonctionnaire (A) ; un deuxième pense que seuls les fonctionnaires compétents pour appliquer la loi peuvent l'exercer (B) ; enfin, un troisième défend l'idée que seuls les fonctionnaires qui disposent d'une faculté judiciaire peuvent ne pas appliquer des normes contraires à la Constitution (C).

A Un mandat élargi à tout fonctionnaire

441. Quelques auteurs ont interprété d'une manière plus large l'article 40 de l'Acte législatif 3 de 1910 en considérant qu'il octroie à tout fonctionnaire la compétence d'exercer un contrôle diffus de constitutionnalité. Ainsi, selon Miguel MORENO, bien que « *les autorités administratives ne puissent pas annuler une loi ou décret contraire à la Constitution parce que cette fonction est propre des juges, elles ne peuvent pas non plus exécuter ce qui a été ordonné par telle loi ou tel décret* »[405].

Tulio Enrique TASCON défend aussi l'idée que n'importe quel fonctionnaire public peut ne pas appliquer les normes si elles portent atteinte à la Constitution, puisque la Charte exige qu'en « en tout cas » son application doit prévaloir. Pour renforcer son argument, il ajoute à cette interprétation littérale, l'argument historique selon lequel durant le processus constituant de 1910, l'Assemblée a repoussé la proposition d'HOLGUÍN Y CARO tendant à limiter l'exercice du contrôle diffus aux seuls juges[406].[407]

Suivant un raisonnement un peu plus basique, Mario APARICIO et Jorge MATUS considèrent que si tous les fonctionnaires publics sont chargés d'appliquer

---

[405] MORENO, Miguel. *Ley de leyes*. Medellín : Banco de la República. Biblioteca Luis Ángel Arango, 1932, p. 8.

[406] Certainement, durant les discussions qui se sont tenues à l'Assemblée, cette proposition a été niée. Toutefois, il est difficile d'assurer que la raison de cette situation a été la volonté du constituant de 1910 d'étendre la compétence d'exercer un contrôle diffus à tout fonctionnaire.

[407] TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional*. 3e éd. Bogotá : Editorial la Gran Colombia, 1944, p. 303.

les normes, alors tous seraient également compétents pour ne pas appliquer des normes non constitutionnelles. Les particuliers, en revanche, ne peuvent qu'obéir à la loi[408]. De même, Gabriel MELO GUEVARA pense que le contrôle diffus colombien autorise tout fonctionnaire à garantir la suprématie des normes[409]. Dans le même sens, mais allant un peu plus loin, d'après Luis Carlos SÁCHICA la clause constitutionnelle du contrôle diffus suppose un « impératif pour tous les fonctionnaires »[410].

442. S'agissant de la jurisprudence, le Conseil d'État, dans un arrêt du 20 février 1969, a pu considérer que l'exception d'inconstitutionnalité « *… plus qu'une compétence générale,* [implique un] *devoir imposé à tous les agents et les agences de l'État …* »[411].

443. Après la Constitution de 1991, la présence de cette posture a perduré et s'est même renforcée, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence.

444. De manière générale, Vladimiro NARANJO, Jose Gregorio HERNANDEZ GALINDO ou Manuel QUINCHE[412] défendent ainsi l'existence d'une compétence de tout juge et de tout fonctionnaire mais ne donnent que peu de justifications appuyant ce postulat. Quant à Alvaro ECHEVERRY URUBURU, le fait que la disposition constitutionnelle sur le contrôle diffus ait été incluse dans le chapitre des principes fondamentaux et non dans ceux dédiés à la justice, implique, selon lui, qu'elle s'applique à tout « opérateur juridique » (catégorie dans laquelle il inclut les juges et les fonctionnaires)[413].

---

[408] APARICIO, Mario. *Comentarios a la Constitución Nacional*. 1re éd. Cúcuta : Imprenta departamental, 1950, p. 401 ; MATUS, Jorge. *El control constitucional*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de Bogotá, 1957, p. 47-49.

[409] MELO GUEVARA, Gabriel. *El estado y la constitución*. 1re éd. Bogotá : Talleres gráficos de Ponce de León hermanos, 1967, p. 116.

[410] SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad*. 3e éd. Bogotá : Temis, 1988, p. 54.

[411] CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. *Sentencia del 20 de febrero de 1969*. Bogotá, 20 février 1969.

[412] NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 7e éd. Bogotá : Editorial Temis, 1997 ; NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 12e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2014 ; HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Poder y constitución*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2001, p. 71 ; QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014, p. 298.

[413] ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. 5e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 335.

445. Dans les arrêts de la Cour constitutionnelle cette posture est plus forte, en particulier parmi ceux rendus durant la décennie de 1990. Toutefois, la référence à cette approche a semblé diminuer ces dernières années[414].

B Une disposition s'adressant aux fonctionnaires chargés d'appliquer la loi

446. D'autres auteurs distinguent entre les fonctionnaires qui appliquent la loi et ceux qui n'ont pas cette autorité. Tobias MONROY[415] ou Jacobo PÉREZ ESCOBAR[416] interprètent l'article constitutionnel de cette manière. Ils affirment en effet que seuls les fonctionnaires publics *qui appliquent les normes* sont compétents dans le cas de leur non-application, mais ils ne donnent pas non plus beaucoup d'explications pour justifier leur position. Une telle distinction permettrait d'éviter le danger qui existe, pour quelques juristes, que tout fonctionnaire, même un policier ou un militaire, puisse se permettre de ne pas appliquer un ordre contenu dans une norme qu'il considère comme inconstitutionnelle. Alors, toute autorité administrative pourrait s'exempter *in fine* d'accomplir ou d'exécuter une norme juridique. Avec cette distinction, cette catégorie de fonctionnaires ne pourrait qu'obéir à des ordres normatifs et, par conséquent, n'aurait pas la compétence de décider de ne pas les appliquer.

Par ailleurs, nous pourrions conclure des commentaires de Carlos RESTREPO PIEDRAHITA même s'il considère un contrôle diffus inapproprié en Colombie, que les fonctionnaires compétents pour ne pas appliquer une loi non constitutionnelle sont les fonctionnaires chargés de l'appliquer[417].

---

414 À titre d'exemple : T-318 de 1997 ; T-042 de 2002 ; T-952 de 2006 et T-118 de 2013.

415 MONROY s'est fondé sur l'imprécision du texte pour argumenter que la Constitution autorisait tout fonctionnaire chargé d'appliquer la loi à l'inappliquer si elle portait atteinte à la Charte. MONROY, Tobías. *Leyes inconstitucionales*. [S. l.] : Imprenta de San Bernardo, 1914, p. 133.

416 PÉREZ ESCOBAR défend aussi l'idée que la compétence des fonctionnaires judiciaires et administratifs pour appliquer les normes contient aussi celle de ne pas les appliquer. PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogota : Editorial Horizontes, 1974, p. 69 ; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. 5e éd. Bogotá : Editorial Themis, 1997, p. 72.

417 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32.

Cette posture se retrouve dans quelques arrêts de la Cour suprême de justice et du Conseil d'État avant 1991, puis dans certaines décisions de la Cour constitutionnelle après 1991[418].

C Une compétence exclusive des fonctionnaires dotés d'une autorité judiciaire

447. D'une manière plus étroite, mais toujours en se référant aux fonctionnaires publics, d'autres auteurs tels que Alvaro COPETE LIZARRALDE considèrent ce sont seulement les fonctionnaires qui disposent d'une autorité judiciaire, relevant autant du pouvoir exécutif que du pouvoir judiciaire, qui ont la possibilité d'exercer l'exception d'inconstitutionnalité[419]. La posture de Natalia BERNAL CANO est très similaire, l'auteur considérant qu'en Colombie les fonctionnaires publics peuvent exercer l'exception d'inconstitutionnalité à condition qu'il s'agisse de fonctionnaires dotés d'une autorité judiciaire étant donné que ce sont les seuls fonctionnaires, selon lui, qui seraient capables de justifier logiquement et rationnellement leurs décisions[420].

448. Certains arrêts de la Cour suprême de justice et même du Conseil d'État ont aussi adhéré à cette posture, particulièrement entre 1960 et 1970[421].

3 Les juges exclusivement

449. D'une manière plus restrictive et précise, certains auteurs et quelques arrêts ont affirmé que le contrôle diffus ne pouvait être exercé *que par les juges*. En

---

[418] Par exemple : Conseil d'État arrêt du 20 février 1969 ; Cour suprême de justice arrêt du 20 octobre 1983 ; T-206 de 1994 ; T-063 de 1995 ; T-123 de 1996 ; T-150 de 1996 ; T-1015 de 2005.

[419] COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3e éd. Bogotá : Ediciones Lerner, 1960, p. 245 ; MATUS, Jorge. *El control constitucional*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de Bogotá, 1957, p. 47-50.

[420] Cet argument porte le défaut de supposer que seuls les fonctionnaires judiciaires agissent de manière rationnelle, ce qui n'est pas exact puisque les fonctionnaires publics sans fonction juridictionnelle peuvent bien sûr aussi agir logiquement et rationnellement. BERNAL CANO, Natalia. *La Excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, p. 241. ISBN 9588087880.

[421] Par exemple : Arrêt de la Cour suprême de justice du 25 mars 1961 ; Arrêt de la Cour suprême de justice du 26 avril 1961 ; Arrêt du Conseil d'État du 16 juillet 1962 ; Arrêt de la Cour suprême de justice du 14 novembre 1962 ; Arrêt de la Cour suprême de justice du 21 novembre 1977.

effet, Eduardo RODRIGUEZ DE PIÑERES[422] et Alfonso LÓPEZ MICHELSEN[423] au XXe siècle, comme Ingrid PETRO GONZALEZ[424] plus récemment, partent de l'idée selon laquelle la clause constitutionnelle encadrant le contrôle diffus établit un système de contrôle identique au dispositif américain. Ils affirment ainsi qu'il est de la nature même du contrôle diffus de ne se borner exclusivement qu'aux juges. Autrement dit, comme aux États-Unis, le contrôle doit être réalisé exclusivement par les juges ; seuls les juges sont en mesure de ne pas appliquer les normes en raison de leur inconstitutionnalité.

Comme on l'a noté, Alfredo ARAUJO GRAU est arrivé à la même conclusion à partir d'une interprétation plus articulée des termes « *cas* » et « *appliqueront* » de la disposition constitutionnelle consacrant le contrôle diffus, pour conclure que les fonctionnaires qui appliquent les lois aux « *cas* » sont des juges[425].

450. Parmi les arrêts rendus par les Hautes juridictions, avant la Constitution de 1991, nous pouvons relever un important nombre de décisions dans lesquelles la compétence du contrôle diffus est directement et exclusivement attribuée aux juges. Nous sommes persuadés que cette posture a été la plus courante, même si elle n'a pas été systématiquement préférée[426].

---

[422] RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 16. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

[423] LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Aspectos de la jurisdicción constitucional en Colombia. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 49.

[424] PETRO GONZALEZ, Ingrid Regina. El Juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. *Pensmiento americano*. 2016, Vol. 9, no 17, p. 87.

[425] ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936, p. 100.

[426] Par exemple : CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. *Sentencia del 6 de septiembre de 1932*. Bogotá, 6 septembre 1932 ; CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. *Sentencia del 12 de mayo de 1943*. Bogotá, 12 mai 1943 ; SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 21 de abril de 1954. *Gaceta judicial*. Bogotá : Gaceta Judicial, 21 avril 1954, no 2140, p. 507-511 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 15 de marzo de 1961*. Vol. 2238. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 15 mars 1961 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia de 17 de marzo de 1961*. Vol. 2238. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 17 mars 1961 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 14 de marzo de 1962*. Vol. 2253-2254. Bogotá, Colombia, 14 mars 1962 ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de octubre de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 31 octobre 1962, Vol. 2261-2264, p. 539-549 ; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 9 de abril de 1970. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombia, 9 avril 1970, Vol. 2338(Bis), p. 94-101 ; CORTE SUPREMA DE

451. Avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, Allan BREWER-CARIAS a soutenu l'idée que dans un État de droit, seul le pouvoir judiciaire pouvait juger de la constitutionnalité des normes puisqu'il s'agit de la solution la plus appropriée pour préserver le principe de sécurité juridique [427] . Humberto SIERRA PORTO, de son côté, affirme, malgré son désaccord avec l'existence d'un contrôle diffus en Colombie, que la compétence en la matière relève de tout fonctionnaire juridictionnel, peu importe sa place dans la hiérarchie[428].

452. Alors que cette posture était très en vogue avant la Constitution de 1991, elle est cependant devenue plus rare dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle[429].

PARAGRAPHE 2 Perspectives contradictoires sur l'opportunité d'exercer l'exception d'inconstitutionnalité

453. Comme on l'a précédemment relevé, le contrôle diffus en Colombie a progressivement été connu, au fil de son développement, sous l'expression *exception d'inconstitutionnalité*. L'origine du concept d'*exception d'inconstitutionnalité* en Colombie est une question qui n'a pas encore été étudiée en profondeur. Ce *nomen iuris* s'est simplement généralisé, à travers son emploi par les auteurs et surtout par les juges, principalement parce qu'il a permis de le distinguer du contrôle par voie d'action.

454. Malgré la généralisation de ce terme, le XX[e] siècle n'a pas été marqué par un consensus quant à la question de savoir quelles étaient les situations opportunes d'exercice l'exception d'inconstitutionnalité. Ainsi qu'on l'a vu, l'énoncé linguistique vague « *en tout cas* » de la disposition constitutionnelle consacrant le

JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 23 de abril de 1970*. 2338(Bis). Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 23 avril 1970.

427 BREWER CARÍAS, Allan. *El sistema mixto o integral de contro de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 36. Dans le même sens, voir : VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998.

428 SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 219.

429 Il est difficile de trouver cette posture au-delà de ces arrêts : T-434 de 1992 ; T-612 de 1992 ; T-067 de 1998 et T-522 de 2001. Cependant, elle est bien présente dans sa jurisprudence.

contrôle diffus a permis une interprétation large de la question de l'entité compétente pour le mettre en œuvre.

455. Certainement, quelques auteurs, tels que Miguel MELO ou Juan Manuel CHARRY URUEÑA, ont défendu une interprétation ouverte de cette clause constitutionnelle prévoyant un contrôle diffus tendant à un mandat général de non-application des normes inconstitutionnelles. Selon cette perspective, le contrôle diffus pourrait s'exercer même d'office, sans qu'une procédure judiciaire ou administrative spécifique soit nécessaire[430]. Cette approche est cependant plutôt minoritaire puisqu'en général, la clause du contrôle diffus a été sujette à des interprétations ayant une approche procédurale.

456. La clause constitutionnelle du contrôle diffus a été largement appréhendée à partir du droit procédural dans lequel l'expression « exception d'inconstitutionnalité » aurait plus de sens juridique en opposition au concept d'« action (publique) d'inconstitutionnalité ». Même si la jurisprudence et la doctrine manquent de fondements explicites à ce propos[431], leurs raisonnements supposent une *posture procédurale* autant au moment d'invoquer l'exception d'inconstitutionnalité (1) qu'au sujet de la mise en œuvre de la procédure pour la traiter (2).

1 Un moment pour l'invoquer

457. Certaines des décisions juridictionnelles affirment que ce moyen doit être invoqué dans certaines situations procédurales spécifiques. De plus, certains auteurs ont proposé une procédure spécifique d'exercice du contrôle diffus.

---

[430] Selon cette approche du contrôle diffus, peu importe s'il existe un dommage où un intérêt privé au regard de l'application de la norme. MELO GUEVARA, Gabriel. *El estado y la constitución*. 1re éd. Bogotá : Talleres gráficos de Ponce de León hermanos, 1967, p. 116.; CHARRY, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*. 1a Ed. Bogota : Ediciones Jurídica Radar, 1994, p. 178. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://books.google.com/books?id=TPflGwAACAAJ&pgis=1.

[431] L'interprétation colombienne de la figure de l'exception d'inconstitutionnalité n'a pas véritablement fait l'objet d'une perspective procédurale. En effet, nous avons trouvé peu d'éléments dans la doctrine ou la jurisprudence relatifs à des questions procédurales pratiques. En particulier, rien n'est jamais dit concernant les conditions pour l'invoquer ou quand elle doit être résolue.

458. Ainsi, dans quelques affaires, la Cour suprême de justice s'est limitée dans son exercice de l'exception d'inconstitutionnalité parce qu'elle n'avait pas été proposée en instance, conformément aux règles procédurales correspondantes.

459. En effet, dans un arrêt du 31 octobre 1961, se prononçant sur un recours en cassation fondé sur l'inconstitutionnalité d'une norme (décret 10 de 1958), la Chambre de cassation du travail de la Cour suprême de justice a décidé de le rejeter en précisant que l'exception d'inconstitutionnalité n'avait pas été *sollicitée en instance*[432].

460. On peut retrouver cette idée - comme d'autres aussi -, depuis longtemps exprimées, dans plusieurs affaires résolues par la Chambre du travail de la Cour suprême de justice. Depuis le début du XXI[e] siècle, entre 2004 et 2005, cette Chambre a rendu au moins trois arrêts qui ont rejeté un recours en cassation au motif que les requérants n'avaient pas demandé l'exception d'inconstitutionnalité dans leur mémoire de requête (*demanda*) ou la réponse de l'autre partie[433].

461. En revanche, dans quelques arrêts plus anciens comme celui rendu le 20 février 1969, le Conseil d'État avait affirmé que l'exception d'inconstitutionnalité pouvait être exercée « en tout état du procès ». Ce type de considération, comme on le verra plus tard[434], se fonde sur le postulat selon lequel si une loi est inconstitutionnelle, alors elle le sera à tout moment. Ainsi, s'agissant d'une affaire de préservation de la suprématie constitutionnelle, le contrôle devrait être réalisé à tout moment.

---

[432] SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de octubre de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 31 octobre 1962, Vol. 2261-2264, p. 539-549.

[433] SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia del 27 de mayo de 2004* [en ligne]. Bogotá, Colombia : ramajudicial.gov.co, 27 mai 2004. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; JUSTICIA, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de. *Sentencia del 30 de junio de 2005*. Bogotá, Colombia : ramajudicial.gov.co, 30 juin 2005 ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia del 29 de agosto de 2005*. Bogotá, Colombia, 29 août 2005. Ces références ont été mises en lumière par TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 7.

[434] Sur ce point, voir la Partie III, Titre 1 de cette recherche.

2 Différentes voies procédurales

462. Deux postures opposées sont désormais présentes dans la doctrine et la jurisprudence nationales, élaborées au cours de ces dernières années. D'un côté, l'exception d'inconstitutionnalité est comprise comme une exception *de fond* qui devait être résolue dans un arrêt de fond ; d'un autre, une fois l'exception posée, une procédure incidente devait être mise en œuvre pour analyser la constitutionnalité de la disposition.

463. Évidemment, les interprétations jurisprudentielles comme doctrinales ont défendu l'idée selon laquelle l'exception d'inconstitutionnalité devait être sollicitée soit dans la demande soit dans la contestation de la demande. Celles-ci conduisent à considérer comme principale la prétention ou l'exception qui vise l'exercice du contrôle diffus. Ainsi, dans ce cas de figure, l'affaire doit faire l'objet d'une décision dans un arrêt de fond.

464. Cependant, Alfonso LÓPEZ MICHELSEN, Manuel GAONA CRUZ et plus tard Alvaro ECHEVERRY URUBURU[435] ont soutenu que l'exception d'inconstitutionnalité devaient être résolue *par la voie incidente*. Ainsi, une fois l'exception posée, une procédure spéciale et séparée du procès principal devrait être ouverte pour trancher la question de la constitutionnalité de la norme. Nous n'avons toutefois trouvé aucune application pratique de cette posture. En effet, tout semble indiquer que cette approche n'est pas celle qui a été retenue par la jurisprudence.

[435] GAONA CRUZ, Manuel. Exposición del señor magistrado de la Corte. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 82 ; ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. 5e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 335.

CONCLUSION TITRE I

465. Dans ce titre, nous avons tenté de mesure la véritable influence de la *judicial review* américaine sur le contrôle diffus de constitutionnalité colombien, pour conclure qu'il est certain que ce dernier trouve son origine dans la première ; toutefois, l'influence américaine n'est pratiquement réduite qu'au principe de suprématie normative de la Constitution.

466. En effet, le principe de suprématie constitutionnelle construit par le constitutionnalisme américain a influencé la pensée des constitutionalistes colombiens du XIX^{e} siècle, transmise par les livres des constitutionalistes de l'époque.

467. Cette influence a été particulièrement visible dans le processus constituant de 1886, le sujet y ayant été discuté à plusieurs reprises et presque adopté. En revanche, l'esprit conservateur qui a sous-tendu ce processus a conduit à l'adoption d'un système concentré de contrôle *a priori* des projets de lois, permettant au Président de la République les considérant inconstitutionnels de leur opposer une objection.

468. Néanmoins, à la suite de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1886, plusieurs tentatives de consécration du contrôle diffus ont été présentées au Parlement - et l'une d'elle a même abouti mais ne s'est appliquée que pendant quelques mois - sans finalement que le contrôle *a posteriori* arrive à s'ancrer dans l'ordonnancement juridique colombien.

469. Cette absence de contrôle *a posteriori* s'est accompagné du vote de plusieurs lois limitatrices des droits garantis dans la Charte ; une situation qui a conduit à ce que les milieux politiques et académiques insistent sur la nécessité de sa consécration à la fin du XIX^{e} siècle. Cet antécédent a influencé le Constituant de 1910 qui a décidé de son inclusion.

470. L'influence américaine n'a donc pas été très forte sur le constitutionnalisme colombien si l'on observe les dispositions encadrant le contrôle diffus en Colombie et aux États-Unis ; à la différence de ce qu'il s'est passé dans d'autres États latino-américains telle l'Argentine dont les dispositions constitutionnelles ressemblent à celles de la Constitution américaine. La disposition

de la Charte qui a consacré le contrôle diffus en Colombie s'éloigne du texte constitutionnel américain, ce qui a rendu difficile la réception des fondements interprétatifs des dispositions mais aussi des éléments procéduraux précisés par la jurisprudence. En effet, on trouve rarement une référence à des développements relatifs au contrôle américain, ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine colombiennes qui, en tout état de cause, ne sont pas véritablement pertinents pour fonder ou justifier l'exercice du contrôle diffus de constitutionnalité en Colombie.

471. De manière plus détaillée, nous avons tenté une comparaison des exigences conditionnant la légitimité pour agir requise par le droit américain (*standing*) avec certaines décisions des juridictions colombiennes qui ont exigé comme réquisit à une action un intérêt à agir ; un dommage particulier. Cependant, la reconnaissance d'une telle condition reste marginale en Colombie ; l'intérêt à agir est une notion qui n'a pas été très développée, ni n'a proprement été exigée dans les arrêts où elle a été mentionnée.

472. Par ailleurs, bien différent du cas américain, l'indétermination de la disposition constitutionnelle qui consacre le contrôle diffus en Colombie a attiré l'attention de la doctrine et de la jurisprudence colombiennes sur la question du détenteur de la compétence pour l'exercer et quand il est possible de l'invoquer. Caractérisées par le manque de profondeur de leur analyse, la jurisprudence et la doctrine colombiennes ont proposé plusieurs interprétations de la disposition, générant ainsi une diversité de postures et un exercice finalement plutôt désordonné du contrôle de constitutionnalité

473. Précisément, cette absence d'homogénéité dans l'appréhension du contrôle diffus est aussi, il nous semble, la conséquence d'une étude insuffisante de la doctrine et dans les facultés de droit de ce sujet qui, traditionnellement, n'est abordé que très superficiellement. Ceci a notamment généré une utilisation réduite de ce mécanisme ainsi que la formation et la transmission de *craintes* qui ont abouti à restreindre l'exercice du contrôle diffus en Colombie.

TITRE II LES MÉCONNAISSANCES ET LES CRAINTES QUANT À L'EXERCICE DU CONTRÔLE DIFFUS

474. Dans la première partie de notre travail, nous avons tenté de démontrer l'existence d'un terrain fertile à l'évolution du contrôle concentré en Colombie. Tout particulièrement, nous avons relevé l'importance du contrôle concentré pour la démocratie colombienne. Son caractère participatif et ouvert a conduit à ce que la jurisprudence constitutionnelle et la doctrine lui accorde de l'importance.

475. En revanche, comme nous avons pu le noter dans le titre précédent (titre 1, partie 2), le contrôle diffus colombien est caractérisé par un manque clarté quant à la manière de l'exercer. À la différence de que l'on croit souvent, ce mécanisme de contrôle a en réalité été peu influencé par le modèle américain de contrôle de constitutionnalité. Il s'agit, en effet, d'une version plutôt autochtone qui n'a pas vraiment attiré l'attention de la jurisprudence ni l'intérêt de la doctrine. Les juges comme les auteurs n'ont finalement pas abordé la question de manière approfondie et ont fait preuve d'une diversité d'interprétations qui ne facilitent pas la compréhension de ce mécanisme.

476. Dans le présent titre, nous allons analyser le terrain aride sur lequel le contrôle diffus s'est développé en raison d'un fort légicentrisme et d'une culture juridique conservatrice majoritaire en Colombie. Ainsi, nous proposerons une évaluation des méconnaissances et craintes qui entourent ce procédé et qui, d'une certaine manière, l'ont rendu difficile à germer dans le système juridique colombien.

477. En guise d'introduction, il nous paraît nécessaire de rappeler le contexte qui a été propice au développement du légicentrisme en Colombie. L'expansion de la codification civile au XIX^{e} siècle en Amérique latine a tendu à l'adoption d'une adaptation du Code d'Andrés BELLO en tant que *Code civil* de la Nation en 1887[436]. Le Code élaboré par BELLO, qui était lui-même une *adaptation*

[436] A titre de contextualisation historique, précisons que l'introduction de Codes civils en Colombie date de la décennie 1850. Par ailleurs, à partir de 1858 a commencé la période fédérale de la République de Colombie, ainsi les Codes civils se sont multipliés ; un pour chaque Etat. Puis, une fois engagé le

du Code civil français (Code Napoléon) de 1804 pour les Amériques, a repris et consacré les principes et fondements de l'État libéral classique. Par ailleurs, la politique conservatrice de la période dite de la « *Régénération* » de la fin du XIXe siècle avait comme postulat qu'un système de règles appliquées de manière littérale rendrait la société, en général, plus respectueuse de la démocratie et de la liberté privée[437].

En revanche, durant la seconde moitié du XIXe siècle, un nombre important de juristes ont commencé à douter de la place exclusive de la loi dans l'ordonnancement juridique. Ils commencèrent ainsi à proposer un droit plus vivant, animé par la jurisprudence. Cependant, la croyance selon laquelle la formation juridique consistait avant tout en *une connaissance textuelle des règles* s'est solidement installée dans la culture juridique du pays[438]. Ainsi, à l'époque, les livres de droit en Europe contenaient généralement des transcriptions de lois et quelques commentaires de l'auteur alors qu'en Colombie, la méthode d'enseignement du droit consistait - et consiste encore aujourd'hui dans une large mesure - à connaître et à répéter les règles par cœur[439]. Connaissance des règles et mémorisation vont donc de pair. Sans entrer dans des discussions théoriques à ce propos, nous sommes d'accord avec le professeur LÓPEZ MEDINA qui relève de forts rapprochements entre les méthodes de l'*école de l'exégèse* française du début du XIXe siècle et la méthode d'enseignement et de pratique du droit mise en place et établie pendant la

processus de centralisation de 1886, la loi 57 de 1887 a déterminé que le Code civil de l'Union serait le Code civil de la Nation.

437 BOTERO BERNAL, Andrés. Matices a la interpretación tradicional de la exégesis. *jurid. Manizales*. 2012, Vol. 9, nº 1, p. 120-135 ; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Opinión jurídica* [en ligne]. 2006, Vol. 4, nº 8, p. 53-72. Disponible à l'adresse : http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/429%5Cnhttp://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/429%5Cnhttp://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/429/1/c2a-mgarcia-apuntes_sobre_codificacion.pdf.

438 LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. 2 Ed. Bogotá : Legis, 2014, p. 7-15.

439 SILVA GARCÍA, Germán. Prospectivas sobre la educación jurídica. Dans : PERDOMO, Rogelio Pérez et RODRIGUEZ TORRES, Julia (dir.), *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá : [s. n.], 2006, p. 34-37 ; IBÁÑEZ, Blasco. Evolución histórica de la enseñanza [del derecho] en Colombia. Dans : *La importancia de los estudios de derecho frente al siglo XXI*. [S. l.] : [s. n.], [s. d.], p. 106-115 ; BOTERO BERNAL, Andrés. Matices a la interpretación tradicional de la exégesis. *jurid. Manizales*. 2012, Vol. 9, nº 1, p. 120-135.

Régénération colombienne à partir de 1887[440]. Telle est l'origine du légicentrisme en Colombie[441].

478. La consécration constitutionnelle d'un contrôle diffus à partir de 1910 aurait pu mettre un terme à ce type de formation et de pratiques. Autrement dit, accepter une telle mesure aurait pu impliquer de douter et de remettre en cause non seulement la place sacrée de la loi mais aussi les connaissances des juristes qui exerçaient en tant qu'experts ; de même, qu'implicitement, la méthode d'enseignement du droit[442].

479. Cela ne s'est toutefois pas produit. À cet égard, nous partageons la position de Diego LÓPEZ MEDINA pour qui cette méthode n'a pas vraiment changé dans le discours juridique colombien. L'auteur défend l'idée selon laquelle la réception et l'adaptation de différentes théories du droit se sont *superposées* à la

---

[440] Sur ce point voir LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004, p. 129-233.

[441] Il nous faut avertir que ce légicentrisme est surtout caractéristique de l'époque républicaine, essentiellement à la fin du XIXe siècle. À l'époque coloniale, la formation juridique était uniquement transmise et validée par l'Eglise catholique. La pensée *ius*-naturaliste rationaliste dominait l'analyse du droit. La loi, la coutume, la jurisprudence et l'équité partageaient le caractère de source du droit. Voir sur le sujet : GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Opinión jurídica* [en ligne]. 2006, Vol. 4, no 8, p. 56-58. Disponible à l'adresse : http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/429%5Cnhttp://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/429%5Cnhttp://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/429/1/c2a-mgarcia-apuntes_sobre_codificacion.pdf.

À l'époque, la formation des juristes était fortement marquée par des connaissances du droit canonique, du droit romain, du droit civil, du droit des jugements, des *partidas* espagnoles et d'autres matières propres à l'éducation religieuse. Voir URIBE, Victor. Disputas entre estado y sociedad sobre la educación de los abogados a finales de la epata colonial en al Nueva Granada. *Historia y sociedad*. [s. d.], Vol. 3, p. 33-57 ; FORTICH NAVARRO, Mónica Patricia. Los libros y la formación de los abogados neogranadinos. *Revista Prolegómenos*. 2011, Vol. XIV, no 28, p. 169-185 ; IBÁÑEZ, Blasco. Evolución histórica de la enseñanza [del derecho] en Colombia. Dans : *La importancia de los estudios de derecho frente al siglo XXI*. [S. l.] : [s. n.], [s. d.], p. 107.

Une fois l'indépendance déclarée, les principes républicains américains, mais surtout français, ont inspiré fortement la conception institutionnelle colombienne. Cependant, sauf quelques moments historiques (les premières années de la République, les réformes de 1845, les mesures des années 1850, l'élimination de l'exclusivité de l'éducation par l'église de la République fédérale), la formation des juristes a continué d'être donnée par l'église pendant le XIXe siècle.

Voir à ce propos : IBÁÑEZ, Blasco. Evolución histórica de la enseñanza [del derecho] en Colombia. Dans : *La importancia de los estudios de derecho frente al siglo XXI*. [S. l.] : [s. n.], [s. d.], p. 108 ; SILVA GARCÍA, Germán. Prospectivas sobre la educación jurídica. Dans : PERDOMO, Rogelio Pérez et RODRIGUEZ TORRES, Julia (dir.), *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá : [s. n.], 2006, p. 34-37.

[442] Ainsi, on mettrait en cause le fondement théorique de l'Etat de droit tel qu'il a généralement été accepté et conçu en Colombie.

méthode exégétique en faisant prévaloir une version *pop* du positivisme *kelsénien*, qui n'a presque pas changé au cours du XXe siècle[443]. Ainsi, le formalisme exégétique de l'enseignement et de la pratique juridiques a - d'une certaine manière - pétrifié le contrôle diffus qui n'a pas trop évolué tout au long de ces années, et ce malgré une transformation importante du paradigme de l'interprétation et l'application des normes constitutionnelles consacrées par la Constitution de 1991.

480. En particulier, l'inclusion de l'action *de tutela* a contribué à une transformation du légicentrisme traditionnel en rendant tangible l'application des normes constitutionnelles consacrant des droits fondamentaux. Elle a touché rapidement la pratique juridique et - un peu plus lentement - la doctrine et la formation universitaire.

481. En revanche, le contrôle diffus n'a pas trop évolué, ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine. La doctrine colombienne qui a traité le sujet s'est habituellement référée à des éléments sociologiques pour expliquer l'influence réduite du contrôle diffus. La majorité des auteurs qui l'ont abordé ont présenté leurs propres observations du phénomène sans trop s'y attarder. De plus, ces commentaires insistent souvent sur la faible utilisation de ce contrôle

482. Le contrôle diffus n'a donc pas été au centre de cette transformation. Malgré sa potentialité d'accompagnement de *l'action de tutela* vers une meilleure application des normes constitutionnelles, le peu d'études proposées par la doctrine, l'enseignement dans les facultés et la pratique réelle ont débouché sur des craintes exprimées par des juristes quant à son exercice. Ainsi, une sorte de tradition orale tendant à occulter l'efficacité du contrôle diffus a pris place dans les milieux juridiques, renouvelant des doutes et critiques quant à la pertinence de l'existence d'un tel mécanisme dans le système juridique colombien. Malgré tout, de manière un peu plus optimiste, il nous semble que l'on peut noter un changement important mais lent de tendance ces dernières décennies.

483. Pour satisfaire notre prétention analytique, nous nous sommes appuyés sur des méthodes quantitatives qui nous ont permis d'aborder d'une manière scientifique le sujet ; en nous éloignant d'une approche arbitraire.

---

[443] LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004, p. 341-398.

Méthodologies d'analyse

484. Précisément, nous avons tenté de réaliser une mesure de l'insuffisance de la formation juridique à laquelle nous avons fait référence. Puis, nous avons posé à titre d'hypothèse d'interprétation de l'état de fait actuel que les craintes qui se sont développées dans le milieu des juristes autour de ce mécanisme reflètent les valeurs profondes d'une société juridique légicentriste.

485. Nous avons utilisé deux sources principales : d'une part, nous avons procédé à un classement de toute la doctrine sur le contrôle diffus publiée depuis 1910 ; d'autre part, nous avons voulu confronter les observations ainsi récoltées sur les méconnaissances et craintes aux résultats d'un sondage que nous avons conçu et réalisé, dans l'objectif de saisir ce que des juristes nous disent effectivement de leur formation et de leur perception de la question.

486. Arrêtons-nous particulièrement sur cette deuxième source. Nous voudrions en effet relever que c'est la première fois, à notre connaissance, qu'un sondage a été réalisé en vue de mettre en évidence la perception de juristes sur certaines réalités juridiques[444]. Bien que peu habituel dans les travaux universitaires, ce sondage nous permet de nous faire une idée plus solide de la réalité du contrôle diffus, des perceptions dont il est l'objet, ainsi que de la place qu'il occupe dans l'enseignement du droit constitutionnel en Colombie.

487. Nous ne croyons pas qu'un sondage de ce type et de cette portée soit suffisant pour expliquer un phénomène complexe et présent depuis plus d'un siècle. En revanche, il a été un moyen effectif de tester nos observations intuitives et les arguments de nombreux auteurs de la doctrine qui insistent sur ces méconnaissances du contrôle ou les craintes qu'il inspire. C'est pourquoi, il nous paraît nécessaire de préciser qu'un tel sondage est utile mais a une validité relative, en particulier en raison des insuffisances statistiques de l'échantillon analysé et de la généralité de la mesure du phénomène observé.

[444] Dans un article, MUÑOZ ARIAS et TRIANA TRIANA affirment s'être appuyés sur une enquête. Ils n'ont cependant présenté ni résultats ni statistiques spécifiques. MUÑOZ ARIAS, Luz Fanny et TRIANA TRIANA, Carlos José. La excepción de inconstitucionalidad en la función administrativa. *Ambiente jurídico*. 2010, n° 12, p. 148.

488. Il nous faut donc avertir le lecteur que les résultats de l'enquête ne seront pas présentés exclusivement dans un paragraphe déterminé et que nous ne pouvons exposer toutes les données de ce sondage (qu'on trouvera, en revanche, en Annexe 1). Nous les évoquerons à l'appui de certaines démonstrations. La doctrine et le sondage constituent ainsi les sources principales de ce titre.

489. Avant d'entrer en matière, il est également nécessaire de nous arrêter quelques instants sur la méthodologie statistique utilisée qui indique le degré de validité de l'échantillon sélectionné.

Méthodologie du sondage

490. Nous avons réalisé ce sondage auprès 400 étudiants de l'Université Externado de Colombie ayant fait des études supérieures de droit[445], dans différentes branches du droit[446], dans diverses villes du pays[447], entre septembre et novembre 2016. Ce chiffre est bien entendu doté d'une validité statistique relative un « univers » des étudiants inscrits dans des cursus d'études supérieures et dans des universités aux caractéristiques assimilables à l'université Externado en Colombie (notre univers de référence)[448]. Quelques caractéristiques nous aideront à mieux définir notre échantillon. Parmi ces 400 étudiants, 362, soit 90.5%, ont obtenu un diplôme de juriste (« Avocat », dans le langage colombien). L'analyse des questions liées à la formation et à la pratique juridiques s'est exclusivement bornée aux juristes[449]. Nous sommes donc bien conscients de la portée limitée des résultats de cette étude[450]. La marge d'erreur oscillant autour de 5%, les résultats doivent

---

[445] Cours de « spécialisation » et « master ». Bien qu'il n'y ait pas d'équivalent français de ces études, ils pourraient être assimilés au troisième cycle : master 1 et master 2. De plus, il importe de préciser qu'en Colombie, on peut accéder à ces niveaux d'études après avoir obtenu le degré professionnel de juriste (*abogado*). Ainsi, presque la totalité des étudiants consultés ont aussi eu une certaine expérience professionnelle, ce qui a été utile à notre analyse.

[446] Civile, du commerce, administratif, du travail, de la responsabilité et du dommage, des affaires, public, pénale, constitutionnel, de l'environnement et droits humains.

[447] La plupart des formulaires ont été fournis à Bogota, mais ils ont également dirigés dans d'autres villes du pays comme Medellin, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Cucuta et Pasto.

[448] Sur ce sujet, voir les considérations concernant la preuve en Annexe 1.

[449] Méthodologiquement, il nous semble important aussi de préciser que nous avons décidé de borner les résultats à chaque question *uniquement* aux juristes qui ont répondu. Autrement dit, nous ne signalons pas les juristes qui « ne savent pas » ou qui « ne répondent pas ».

[450] Spécialement dans trois champs. Tout d'abord, nous avons voulu faire une analyse en termes de ***générations de juristes*** à partir de l'âge et de l'année d'achèvement des études. Presque la moitié des étudiants interrogés sont des jeunes juristes qui ont achevé leurs études entre 2012 et 2016.

être pris comme des éléments indicatifs ; ils ne montrent pas avec certitude des tendances ou des indices de comportement des juristes face à ces questions. Néanmoins, les éléments qu'ils ont permis de mieux problématiser nous semblent très utiles à notre étude.

Enfin, nous voudrions avertir qu'une analyse de données descriptives n'est jamais définitive et sa dimension objective toujours limitée. La nôtre ne fait pas exception. Elle est le résultat d'une multiplicité de facteurs subjectifs liés autant à l'enquêteur[451] qu'aux enquêtés[452] ; auxquels s'ajoute une petite influence du hasard[453].

491. Nous allons aborder dans un premier temps la question de la mesure de la connaissance et de l'utilisation du contrôle diffus en Colombie (Chapitre 1). Puis, nous analyserons la mesure de l'existence de craintes et de doutes quant à l'existence ou l'exercice du contrôle diffus ; autant dans la pensée des juristes consultés que dans celle des auteurs de doctrine (Chapitre 2).

Deuxièmement, nous n'avons pas eu une participation élevée de juges. Malheureusement, parmi les étudiants consultés, il n'y avait que huit juges (sur 4 865 qui exercent actuellement dans le pays). Troisièmement, nous avons voulu *comparer les données des villes* les plus peuplées de la Colombie et même de régions, mais parfois le nombre de juristes ayant n'était pas suffisant pour se fier aux résultats.

[451] Le chercheur par exemple, choisit les mots pour rédiger les questions en essayant d'anticiper une lecture claire de la part des personnes consultées ; les corrige et les examine avec d'autres chercheurs plus expérimentés ; donne des indications pour les rédiger ; détermine quels sont les réponses importantes ou propices pour un sujet déterminé. À la fin, le chercheur est celui qui interprète et narre l'histoire.

Nous avons dû prendre des décisions subjectives. Entre autres : déterminer les années pour compter les décennies ; les villes étudiées ; compter à chaque fois seulement les juristes qui ont répondu à 100% à l'enquête.

[452] La subjectivité touche aussi les personnes interrogées qui, en général très aimablement, lisent ; interprètent les questions et les réponses ; sélectionnent des options, parfois sans pas trop réfléchir et ; remplissent un formulaire.

[453] Le hasard joue aussi, par exemple, à l'heure de déterminer ***qui*** sera interrogé au regard de leurs connaissances, mais aussi de leurs préjugés, leur disposition à fournir des réponses sincèrement, etc.

CHAPITRE I UN CONTRÔLE MÉCONNU

492. Un peu plus d'un siècle s'est passé depuis l'adoption d'un contrôle diffus de constitutionnalité en Colombie. Malgré tout ce temps, ce système de contrôle ne semble pas vraiment connu. Il ne paraît pas non plus avoir beaucoup pénétré la conscience juridique colombienne. C'est pourquoi nous voudrions tout d'abord tenter une évaluation de la manière dont le contrôle diffus a été étudié par la doctrine (Section 1). Puis, à partir du sondage réalisé, nous nous demanderons jusqu'à quel point ce type de contrôle intègre la formation universitaire des juristes (Section 2) et comment il a été enseigné en Colombie (Section 3).

SECTION 1 UN CONTRÔLE PEU ÉTUDIÉ PAR LA DOCTRINE

493. Afin de réaliser une étude pertinente des travaux doctrinaux, nous avons essayé de rassembler l'ensemble des auteurs ayant traité le sujet tout au long du siècle de son existence. Nous avons analysé et classé plus d'une cinquantaine de titres qui constituent ainsi, de manière assez convaincante, la *doctrine sur le contrôle diffus de constitutionnalité* en Colombie entre 1910 et 2018[454] (Voir tableaux en Annexe 2).

494. À partir de nos observations et de nos tentatives de classement[455], nous avons opté pour un essai de mesure quantitative de la doctrine (Paragraphe 1). En outre, nous avons développé un classement qui nous a permis de distinguer les ouvrages nettement descriptifs de ceux qui proposent une réinterprétation de la mesure (Paragraphe 2). De cette manière, nous avons pu esquisser un certain profil du caractère insuffisant du traitement du sujet par la doctrine.

---

[454] Pour accéder à ces titres, nous avons profité des références faites par les auteurs et de notre recherche personnelle. Ce chiffre de cinquante titres peut être supérieur. En effet, nous avons écarté un nombre de titres qui ont fait des références minimales sur le sujet. De plus, nous n'avons pas fait un suivi de toutes les éditions des ouvrages généraux ; nous en avons consulté seulement quelques-unes. Et, finalement, il est naturellement possible que nous n'ayons pas consulté quelque ouvrage paru. En Annexe 2, on trouvera le détail de cette liste.

[455] Étudier historiquement la doctrine colombienne du contrôle diffus est difficile, en raison de son traitement réduit par les auteurs et d'un manque de discussions théoriques approfondies ; une situation qui explique la complexité pour déterminer des postures plutôt bien construites - ou même conséquentes avec une doctrine juridique déterminée -. Par conséquent il est difficile de reconstruire une narration *historiciste* (qui explique des causes, changements, rapports ou évolutions des idées). Ne pouvant expliquer de manière objective ou non-arbitraire, l'évolution de la doctrine sur le contrôle diffus, nous écartons ce type d'analyse. Une étude de cette nature dépasse nos capacités actuelles, mais nous inspire une recherche ultérieure.

PARAGRAPHE 1 Le traitement limité du contrôle diffus par la doctrine

495. Pour essayer de comprendre comment la doctrine a analysé le contrôle diffus, nous avons décidé de rechercher quelle place elle a accordée à cette thématique à partir de quelques ouvrages qui en ont fait référence. Ainsi, à partir de nos observations, nous avons pu relever une diversité de degrés d'analyse au regard de la profondeur de l'étude et de la spécialité de chaque ouvrage examiné. Nous avons pu classer les travaux en considérant ce niveau de profondeur d'analyse ; des travaux que nous allons analyser successivement en distinguant : premièrement, les ouvrages de droit constitutionnel général colombien qui traitent le sujet de manière générale, dans un chapitre sur la justice, la suprématie ou le contrôle constitutionnel (1) ; deuxièmement, les ouvrages consacrés exclusivement à la justice constitutionnelle colombienne qui abordent aussi le contrôle diffus (2) ; troisièmement, un très petit nombre d'ouvrages consacrés exclusivement à l'étude du contrôle diffus, connu principalement, comme nous l'avons déjà signalé, sous l'expression *exception d'inconstitutionnalité* (3).

1 Ouvrages de droit constitutionnel général colombien

496. Un premier élément d'analyse que nous devons considérer est que malgré la relative conscience de son existence[456], plusieurs ouvrages de droit constitutionnel général colombien (tous d'auteurs colombiens) ne font nulle mention du contrôle diffus dans leur présentation du contrôle juridictionnel de constitutionnalité colombien[457]. Ce constat nous indique soit une méconnaissance

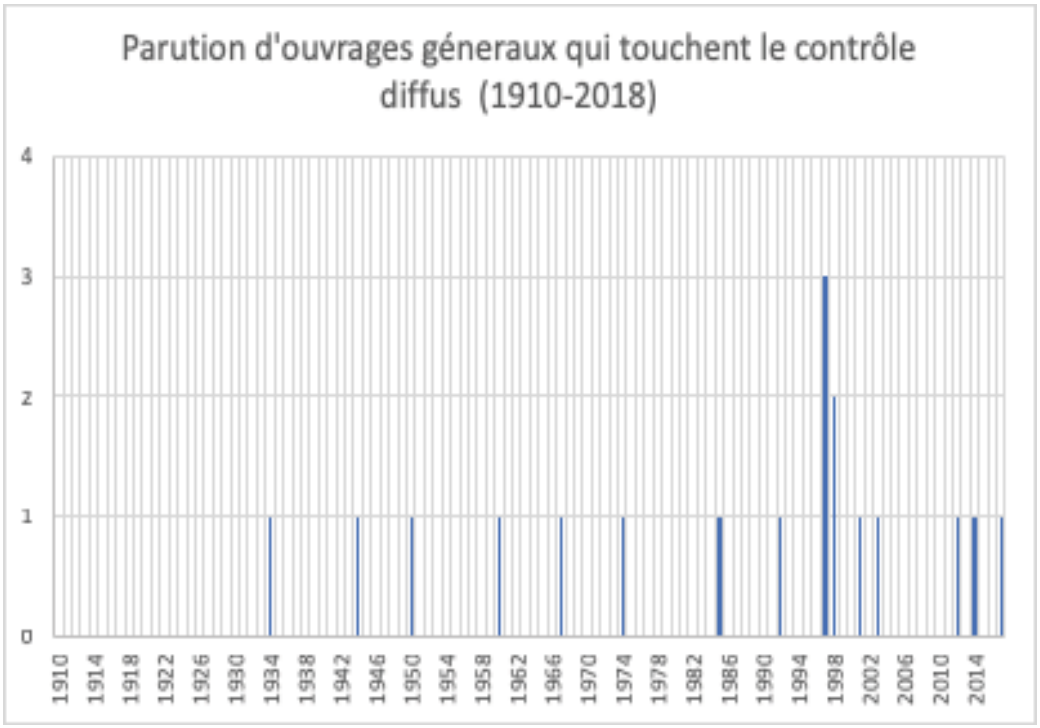
[456] Les premiers auteurs qui ont traité le contrôle de constitutionnalité à partir de 1910 y on fait mention en considérant généralement que son inclusion dans l'ordonnancement juridique était une erreur. En outre, les postures qui ont questionné ou rejeté le contrôle diffus ont été très réduites, autant dans la doctrine que dans la jurisprudence.

[457] SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. 2e éd. Bogotá : Temis, 1978. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.144050&site=eds-live ; PÁEZ VELANDIA, Dídimo. *El control de la constitucionalidad en los estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*. Bogotá : Derecho colombiano, 1985. ISBN 9589509509. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.3174&site=eds-live ; TOCORA LÓPEZ, Luis Fernando. *Control constitucional y derechos humanos*. Bogotá : Libreria del Profesional, 1992. ISBN 9586352048. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.40351&site=eds-live ; REY CANTOR, Ernesto. *Introducción al derecho procesal constitucional : controles de constitucionalidad*

du mécanisme, soit la croyance que ce sujet n'est pas important pour la formation des juristes.

497. Malgré tout, nous avons réussi à relever et classer ci-dessous un groupe de 18 ouvrages généraux de droit constitutionnel ou d'ouvrages de droit constitutionnel colombien qui ne sont pas exclusivement dédiés au contrôle de constitutionnalité, mais qui comportent quelques développements sur *l'exception d'inconstitutionnalité*[458]. L'échantillon contient des ouvrages publiés entre 1910 et 2018. Durant cette période, nous avons pu analyser au moins un livre par décennie (Voir Graphique 1).

GRAPHIQUE 1.



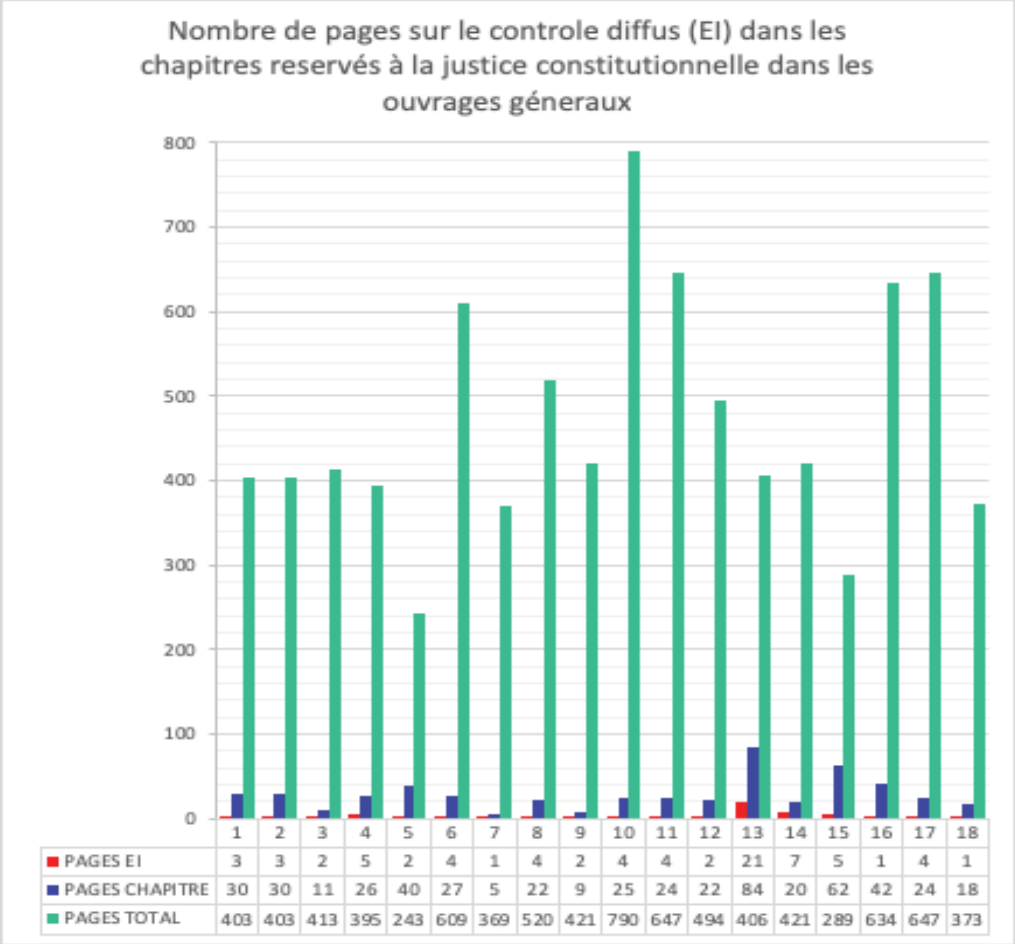
498. Malgré une large période de temps entre les premiers livres publiés et les plus récents, ce type d'ouvrage a certaines caractéristiques propres. En effet, généralement, ces travaux consacrent un chapitre soit à la justice constitutionnelle,

y legalidad / Ernesto Rey Cantor. Cali : Universidad Libre, 1994. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.47964&site=eds-live.

[458] Plusieurs ouvrages de droit constitutionnel général colombien n'ont pas abordé l'étude du contrôle diffus. Par exemple : ROZO ACUÑA, Eduardo. *Sistema constitucional colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1982 ; CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*. 1re éd. Bogotá : Presidencia de la República, 1993 ; YOUNES MORENO, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. 2e éd. Bogotá : Editorial Ibañez; ESAP, 1995 ; YOUNES MORENO, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. 11e éd. Bogotá : ESAP, 2011.

soit au contrôle de constitutionnalité, soit à la suprématie constitutionnelle. Dans ces chapitres, sont présentés des éléments considérés comme étant les principales caractéristiques du contrôle juridictionnel de constitutionnalité en Colombie. En moyenne, les auteurs consacrent autour de 10% des pages de ce type de chapitre au contrôle diffus de constitutionnalité. En résumé, difficilement, dans ce type d'ouvrage, on trouve plus de 5 pages dédiées à ce sujet (Voir Graphique 2).

GRAPHIQUE 2.



	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
PAGES EI	3	3	2	5	2	4	1	4	2	4	4	2	21	7	5	1	4	1
PAGES CHAPITRE	30	30	11	26	40	27	5	22	9	25	24	22	84	20	62	42	24	18
PAGES TOTAL	403	403	413	395	243	609	369	520	421	790	647	494	406	421	289	634	647	373

499. Dans ces développements laconiques, on trouve souvent des références aux origines du contrôle américain[459], à l'origine du principe du contrôle en Colombie[460] et les auteurs procèdent généralement à une compilation des

[459] ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. 5e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 334-335 ; NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 7e éd. Bogotá : Editorial Temis, 1997 ; NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 12e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2014 ; VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998.

[460] TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional*. 3e éd. Bogotá : Editorial la Gran Colombia, 1944, p. 302-303 ; APARICIO, Mario. *Comentarios a la*

commentaires d'autres auteurs en soulignant la diversité d'interprétations quant à la compétence ou l'opportunité d'exercer un tel contrôle[461].

500. Il est compréhensible que ces ouvrages généraux abordent tous les sujets de manière plutôt périphérique et qu'ils ne présentent que des concepts de base dans le but de proposer une présentation la plus synthétique possible. Cependant, une analyse de quelques commentaires - qui parfois n'ont pas même conceptualisé ce qu'est le contrôle diffus - permet de montrer qu'il s'agit d'une approche doctrinale superficielle et lacunaire ; un constat important si l'on prend en compte que ce type de livres ont été - et sont encore - la principale source de connaissances des étudiants des premières années de droit à l'université.

2 Ouvrages consacrés à la justice constitutionnelle

501. Pendant un peu plus d'un siècle à partir de l'entrée en vigueur du système colombien de justice constitutionnelle, on a pu relever un nombre croissant de travaux (livres, articles, rapports de conférences, thèses - tous publiés -) qui ont abordé plus spécifiquement la question du contrôle de constitutionnalité colombien[462]. Parmi tous les ouvrages que nous avons analysés, 25 au total ont traité le contrôle diffus (voir Table 2 - Annexe). Dans ces travaux, il est encore plus facile d'apprécier quantitativement l'intérêt réduit de la doctrine pour le sujet.

502. Globalement, le nombre de pages consacrées au contrôle diffus est *le même* que dans les ouvrages généraux. En effet, la plus grande partie des ouvrages

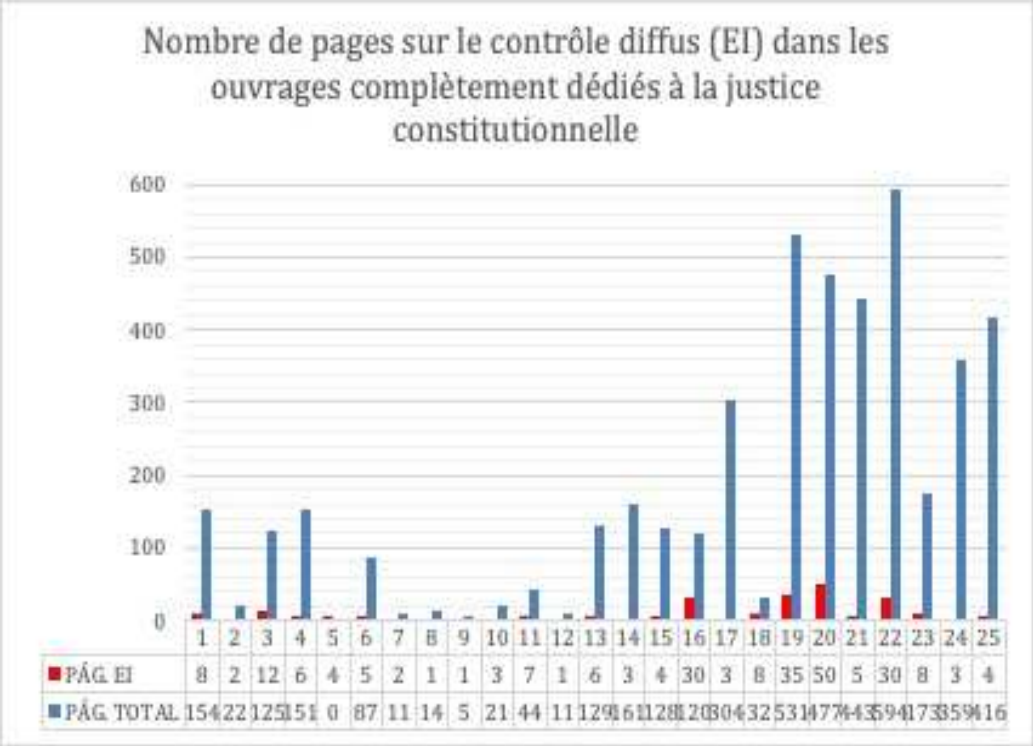
Constitución Nacional. 1re éd. Cúcuta : Imprenta departamental, 1950, p. 402-403 ; PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. 6e éd. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 440-441.

461 COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3e éd. Bogotá : Ediciones Lerner, 1960, p. 243-245 ; MELO GUEVARA, Gabriel. *El estado y la constitución*. 1re éd. Bogotá : Talleres gráficos de Ponce de León hermanos, 1967, p. 117 ; PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogota : Editorial Horizontes, 1974, p. 68-70 ; VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general*. 3e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 48 ; PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. 6e éd. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 443-445 ; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. 5e éd. Bogotá : Editorial Themis, 1997, p. 71-74.

462 Nous avons exclu de notre classement de nombreux titres spécialisés sur la justice constitutionnelle parce qu'à la différence de la vision générale que l'on attend des ouvrages généraux, plusieurs études se sont consacrées sur des points précis du contrôle concentré, tels que les effets des arrêts de contrôle de constitutionnalité ou le contrôle constitutionnel des réformes à la Constitution, entre d'autres. De manière globale, on peut relever que la différence de traitement entre les deux types de contrôle est importante.

analysés ont consacré plus de 100 pages à l'analyse du contrôle concentré, ses évolutions, ses caractéristiques, ou à l'examen de plusieurs arrêts importants ; alors que le contrôle diffus a rarement dépassé 5 pages d'analyse[463]. (Voir Graphique 3)

GRAPHIQUE 3.



503. On peut conclure de ces données que le sujet n'a pas éveillé une attention suffisante de la part des auteurs. Au lieu d'une analyse et d'une discussion intellectuelle profondes, comme celles que plusieurs sujets liés au contrôle concentré ont suscité, les réflexions proposées sur le contrôle diffus n'ont pas beaucoup évolué depuis un siècle.

[463] MONROY, Tobías. *Leyes inconstitucionales*. [S. l.] : Imprenta de San Bernardo, 1914 ; MORENO JARAMILLO, Miguel. *Ley de Leyes*. 1re éd. Medellín : S/N, 1932 ; ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936 ; MATUS, Jorge. *El control constitucional*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de Bogotá, 1957 ; SARRIA, Eustorquio. *Guarda de la constitución*. Bogotá : Publicaciones CEIDA, [s. d.] ; GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988 ; SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad*. 3e éd. Bogotá : Temis, 1988 ; SÁCHICA, Luis Carlos. *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. 1re éd. Bogotá : Temis, 1993 ; DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Control constitucional*. 2e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997 ; TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4e éd. Bogota : Ibañez, 2012 ; QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014.

504. Seulement quatre ouvrages sur vingt-cinq titres spécialisés sur la justice constitutionnelle proposent une analyse supérieure à 30 pages du contrôle diffus. Ces titres sont plutôt récents : deux ouvrages de Allan BREWER CARIAS en 1995 et 2013 ; un de Luis Ociel CASTAÑO en 2010 ; et un autre de Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO en 2012. Nous reviendrons un peu plus tard sur ces travaux en nous demandant si ce nombre plus important correspond véritablement à un apport substantiel à la recherche sur le sujet.

3 Ouvrages entièrement dédiés au contrôle diffus

505. Finalement, nous n'avons trouvé que six livres et six articles publiés qui ont été entièrement consacrés au contrôle diffus de constitutionnalité colombien[464]. Tous ces ouvrages ont été écrits plutôt récemment, après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991. Ce fait nous conduit à deux observations ponctuelles. En premier lieu, pendant les 81 premières années de vie du contrôle diffus, lorsque la Constitution de 1886 était en vigueur, *aucun livre ni aucun article* spécifiquement dédié au sujet n'a été publié ; un constat qui, à notre avis, est un signe irréfutable du faible intérêt de la doctrine pour ce mécanisme durant cette période. En deuxième lieu, malgré les profondes transformations juridiques introduites par la Constitution de 1991 et le *développement* de la production intellectuelle colombienne, particulièrement en droit constitutionnel, six livres et six articles dédiés à ce sujet ne semblent pas être une quantité importante au regard de l'importance de ce moyen de contrôle de constitutionnalité qu'est le contrôle diffus.

506. Ainsi, l'analyse quantitative a été utile pour se faire une idée du peu d'intérêt que le contrôle diffus a généré dans la doctrine. On pourrait toutefois objecter que ce type de mesure ne nous dit rien sur le contenu effectif de ces pages. Une question qui fera l'objet de nos prochains développements.

[464] Nous avons trouvé de temps en temps quelques mémoires d'étudiants, autant de licence que de master, dans certaines universités du pays. Cependant, nous avons centré notre analyse exclusivement sur les ouvrages publiés dont certains sont des mémoires.

PARAGRAPHE 2 Des apports pauvres de la doctrine

507. Une manière de traiter cette question est de classer les développements dont elle est l'objet en considérant le but du discours doctrinal. Précisément, nous allons constater que les auteurs ont eu en général tendance à vouloir « *décrire* »[465] le fonctionnement de la mesure (1) ; très peu ont réellement contribué à (re)penser le contrôle diffus (2).

1 Une doctrine tendant à la description

508. Les auteurs qui ont abordé le contrôle diffus de constitutionnalité que nous avons étudié ont fait prévaloir une description du mécanisme. Par description, nous entendons le fait d'*exposer* le contrôle diffus, par exemple en présentant ses caractéristiques principales ou ses conditions d'application. Plus précisément, nous considérons que ce discours n'est pas véritablement *descriptif* mais plutôt *prescriptif*.

509. En effet, la plupart des ouvrages généraux et spécialisés sur la justice constitutionnelle colombienne ont abordé le contrôle diffus en faisant des références, plutôt courtes, tendant à mettre en lumière quelques éléments historiques (aussi bien des références à des origines étrangères qui dénotent une certaine génétique américaine[466], comme à des développements autochtones qui indiquent une authenticité colombienne[467]). Parfois les auteurs ont réalisé une compilation des commentaires d'autres auteurs en soulignant une diversité d'interprétations s'agissant de la compétence ou de l'opportunité d'exercer le

[465] Il convient ici de préciser que par description nous ne faisons pas référence à une méthodologie analytique. En réalité il s'agit d'une description qui ne traite que certains aspects, en laissant de côté d'autres de façon arbitraire.

[466] ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. 5e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 334-335 ; NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 7e éd. Bogotá : Editorial Temis, 1997 ; NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 12e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2014 ; VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998.

[467] TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional*. 3e éd. Bogotá : Editorial la Gran Colombia, 1944, p. 302-303 ; APARICIO, Mario. *Comentarios a la Constitución Nacional*. 1re éd. Cúcuta : Imprenta departamental, 1950, p. 402-403 ; PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. 6e éd. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 440-441.

contrôle diffus[468] ; ou encore en mentionnant des craintes liées à l'utilisation du mécanisme[469]. Les plus récents présentent les *progrès jurisprudentiels* qui supposément éclairent les conditions de son application[470]. Le plus souvent, on peut trouver quelques commentaires ou observations personnelles qui ne constituent toutefois pas une justification suffisante, malgré leur perspicacité[471].

510. Certains auteurs approfondissent un peu plus la question en essayant de présenter un panorama plus large. Pour ce faire, nous avons pu observer que soit ils dédient leurs efforts à diviser le système colombien en différents courants de doctrines[472], soit ils proposent une présentation plus détaillée de l'histoire de la

---

[468] COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3e éd. Bogotá : Ediciones Lerner, 1960, p. 243-245 ; MELO GUEVARA, Gabriel. *El estado y la constitución*. 1re éd. Bogotá : Talleres gráficos de Ponce de León hermanos, 1967, p. 117 ; PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogota : Editorial Horizontes, 1974, p. 68-70 ; VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general*. 3e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 48 ; PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. 6e éd. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 443-445 ; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. 5e éd. Bogotá : Editorial Themis, 1997, p. 71-74.

[469] PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. 6e éd. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 442 ; ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. 5e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997, p. 335 ; VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 52 ; JULIO ESTRADA, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 284-285 ; QUINCHE RAMIRES, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 5e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2012, p. 644 ; VIDAL PERDOMO, Jaime et MOLINA BETANCUR, Carlos. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. 11e éd. Medellín : Legis; Universidad de Medellín, 2017, p. 18.

[470] QUINCHE RAMIRES, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 5e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2012, p. 536-537 ; TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4e éd. Bogota : Ibañez, 2012, p. 191-195 ; HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. 1re éd. Bogotá : Universidad Javeriana; Temis, 2013, p. 40-46 ; IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana. La excepción de incosnticuionalidad como instrumento de constitucionalización del derecho administrativo. Dans : OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando et MONTAÑA PLATA, Alberto (dir.), *La constitucionalización del derecho administrativo*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 309-323 ; USQUIANO CASTRO, Milton Alexander. *La excepción de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional colombiana*. 1re éd. Medellín : Universidad de Medellín, 2017, p. 60-110.

[471] MATUS, Jorge. *El control constitucional*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de Bogotá, 1957, p. 45 ; VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 52 ; JULIO ESTRADA, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 283-288 ; QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014, p. 298-299.

[472] Un exemple particulièrement illustratif d'un de ces courants est celui des travaux de CASTAÑO qui ne traitent pas de manière directe le sujet, mais l'aborde à plusieurs reprises à l'occasion de l'exposé des influences américaines et de diverses catégories *typiques* de l'analyse de la justice constitutionnelle. De plus, il reprend la distinction entre contrôle concentré, diffus et mixte ; celle entre contrôle abstrait et concret ; ou encore celle entre voie d'action et voie d'exception. A chaque fois, il se réfère au sujet et il introduit des commentaires de doctrine, des observations ou perspectives propres, mais sans plus de

figure[473] ou des réalités du contrôle diffus[474] ; certains présentant même un panorama plutôt complet de la diversité des postures doctrinales ou jurisprudentielles sur la question[475].

511. Malgré tout, en définitive, la plus grande partie des ouvrages, aussi bien les plus généraux que les plus spécialisés, ne présentent pas la jurisprudence ou la doctrine comme variée ou contradictoire. Ils construisent un récit disons *harmonieux* de la matière. Normalement, ce type d'ouvrage s'adresse aux étudiants en droit des premières années d'université. Idéalement, les auteurs de la doctrine sont censés exposer le sujet d'une manière *complète* et *cohérente ; e*n d'autres termes, proposer un exposé qui éclaircisse la pensée de celui qui découvre peut-être pour la première fois l'expression *exception d'inconstitutionnalité*[476].

---

profondeur. CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. *Poder judicial democracia y control de constitucionalidad*. Bogotá : Editorial Leyer, 2010, p. 59-74; 310-353. D'autre auteurs qui ont peut classer de cette manière sont: GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988, p. 34-56 ; BREWER CARÍAS, Allan. *El sistema mixto o integral de contro de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 9-47.

[473] Par exemple : ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936, p. 99-104 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978 ; BREWER CARÍAS, Allan. *El sistema mixto o integral de contro de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 9-38 ; CHARRY UREÑA, Juan Manuel. *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*. 1re éd. Bogotá : Banco de la República, 1993, p. 19-26 ; CANO, Natalia Bernal. *La Excepción de Inconstitucionalidad y Su Aplicación en Colombia*. [S. l.] : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, p. 87-156. ISBN 9588087880; BREWER CARÍAS, Allan. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá : Ediciones Doctrina y ley, Editorial Jurídica Venezolana, Investigaciones jurídicas S.A., 2013, p. 51-105.

[474] Par exemple, on peut mentionner l'article « L'exception d'inconstitutionnalité dans la fonction publique » écrit par MUÑOZ ARIAS et TRIANA TRIANA en 2010. À partir d'un sondage – que malheureusement ils ne présentent pas - ils arrivent à identifier les craintes principales des fonctionnaires publics à exercer l'exception d'inconstitutionnalité. MUÑOZ ARIAS, Luz fanny et TRIANA TRIANA, Carlos José. La excepción de inconstitucionalidad en la función administrativa. *Ambiente jurídico*. 2010, nº 12, p. 146-162.

[475] Notamment CHARRY, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*. 1a Ed. Bogota : Ediciones Jurídica Radar, 1994. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://books.google.com/books?id=TPflGwAACAAJ&pgis=1 ; BERNAL CANO, Natalia. *La Excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002. ISBN 9588087880.

[476] À notre avis, un exemple clair est celui de QUIROGA NATALE qui a écrit en 2015 l'article « L'exception d'inconstitutionnalité dans l'ordonnancement juridique colombien. Approximations basiques pour son étude et compréhension ». Cet article aborde quelques éléments de l'origine et de l'évolution du contrôle diffus pour ensuite dégager ce qu'il croit identifier comme les caractéristiques principales du contrôle diffus. Malgré une analyse pertinente, il n'aborde cependant pas les contradictions de la jurisprudence constitutionnelle, mais effectue un récit de la question « non problématique », donc d'une certaine manière un peu critique. C'est particulièrement intéressant mais discutable sur le fondement de la légitimité démocratique que l'auteur tente d'analyser par rapport au contrôle diffus

Or, le problème principal de ce type d'approche est qu'elle tend à présenter le sujet comme un discours sans contradiction, comme s'il ne posait pas de questions, alors que la jurisprudence et la doctrine sont très partagées sur le sujet[477]. Autrement dit, cette perspective tend à présenter au lecteur un panorama simpliste et parfois erroné d'une réalité complexe et certainement conflictuelle.

512. Finalement, nous voudrions préciser que nous ne cherchons pas à dire que ces écrits n'apportent rien à la recherche sur le contrôle diffus. En effet, ils ajoutent des données historiques, doctrinales et surtout jurisprudentielles qui sont des sources très importantes pour les chercheurs. Néanmoins, les discussions sur la question n'ont pas beaucoup avancé.

2 Une doctrine source de propositions

513. Finalement, nous avons remarqué qu'un nombre très réduit d'auteurs ont exposé des idées qui, de manière plus justifiée, ont proposé quelques arguments tendant à penser le sujet afin de mieux comprendre quelle est sa place dans le système colombien.

514. Tout d'abord, nous pouvons souligner que certains auteurs ont dans le même temps proposé un panorama descriptif et développé un discours prescriptif qui a contribué à la consolidation d'une *posture principale*[478] concernant le contrôle diffus et son appréhension[479].

---

en Colombie. QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. *Revista de Derecho Público*. 2015, nº 34, p. 29. D'autres auteurs font une présentation avec cette même caractéristique. Par exemple : CHARRY UREÑA, Juan Manuel. *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*. 1re éd. Bogotá : Banco de la República, 1993, p. 177-179 ; HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. 1re éd. Bogotá : Universidad Javeriana; Temis, 2013, p. 39-44 ; QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014, p. 298-302.

477 Voir le Chapitre II du Titre I de cette Partie.

478 À ce propos, voir le Chapitre 1 du Titre 1 de la Partie 3.

479 Nous voudrions faire référence à deux auteurs principalement, bien que la posture de laquelle nous parlons n'est pas attribuable à eux deux exclusivement. En revanche, étant des auteurs et des juges constitutionnels concentrés, leur posture respective a influé sur la formation de cette conception.

Premièrement, nous devons nous référer à l'extraordinaire livre posthume de GAONA CRUZ qui a été le plus important auteur à défendre l'harmonie du contrôle concentré avec le contrôle diffus à une période où la plupart des auteurs observaient le caractère fautif, contradictoire ou anti-technique du mécanisme du contrôle diffus. GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988.

515. Ces arguments constructifs auxquels nous voulons faire référence n'ont pas forcément visés à encourager un développement du contrôle diffus. En effet, plusieurs travaux ont davantage dirigé leurs arguments vers un questionnement de l'existence du contrôle diffus. Précisément, des auteurs ont tenté de justifier que l'article 4 de la Constitution ne consacrait pas - ou ne devait pas être interprété de cette manière - un contrôle diffus de constitutionnalité[480].

516. Plus récemment, nous n'avons trouvé que trois auteurs ayant exposé des arguments tendant à repenser le contrôle diffus dans le but notamment d'élargir sa portée. Toutefois, ces écrits ne relèvent pas d'une pensée uniforme et bien établie, puisqu'on ne trouve aucune référence argumentative commune dans les travaux de ces auteurs. Ils partent en effet de différentes perspectives théoriques pour finalement proposer un élargissement du contrôle diffus. Ces travaux insistent cependant tous sur l'insuffisance de penser la seule *exception d'inconstitutionnalité* pour aborder le contrôle diffus au regard des *transformations* contemporaines de la

L'autre auteur que nous voudrions mentionner est HERNANDEZ GALINDO. Dans ses travaux, il expose la posture qu'il a défendue en tant que juge à la Cour constitutionnelle, qui est celle qui a été finalement adoptée dans les arrêts les plus référencés de cette Haute juridiction. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Poder y constitución*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2001, p. 70-77 ; HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. 1re éd. Bogotá : Universidad Javeriana; Temis, 2013, p. 36-46.

480 Peut-être l'ouvrage le plus révélateur à ce propos est *Concept et types de lois dans l'ordonnancement juridique colombien* écrit en 1998 par Humberto SIERRA PORTO. Ce livre aborde le contrôle diffus de manière plutôt accessoire à la question de la présomption spéciale de validité de la loi comme expression de la volonté du peuple. Selon sa posture argumentative, le contrôle diffus implique un contresens dans un système fondé sur ladite présomption de validité. Ainsi, il défend que le système de justice constitutionnelle colombien soit véritablement concentré. Cette perspective, lui a permis de construire les critiques les plus élaborées de l'existence du contrôle diffus. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 214-235. Il convient en outre de prendre en compte que d'autres auteurs sont arrivés à la même conclusion mais sans une construction argumentative aussi complète. Par exemple : MORELLI RICO, Sandra. Breves apuntes sobre jurisdicción constitucional en Colombia. *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*. 1998, no 312, p. 170-177.

théorie du droit[481], de la théorie de la justice[482], ou encore de la logique protectrice des droits fondamentaux qui a notamment inspiré le constituant de 1991[483].

517. À la lumière de ce panorama général de la doctrine ayant traité du contrôle diffus en Colombie, on serait tenté de penser que, comparé à d'autres sujets encore plus oubliés, le contrôle diffus colombien fait à tout le moins l'objet de quelques études. En revanche, nous voudrions noter un décalage entre l'importance de ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité dans le système juridique colombien et le peu d'attention que la doctrine lui a effectivement accordée. En outre, sauf rares exceptions, les analyses proposées sont plutôt superficielles. En définitive, tout ceci a contribué à ce que la formation des juristes et même des professeurs de droit en matière de contrôle diffus n'ait pas été très riche.

SECTION 2 UN ENSEIGNEMENT MÉDIOCRE DU CONTRÔLE DIFFUS

518. Un aspect parallèle du caractère approximatif des études doctrinales relatives au contrôle diffus est le court et superficiel enseignement que les étudiants

---

[481] ESTRADA VELEZ a publié en 2000 un ouvrage intitulé *L'exception de principialité* (*La excepción de principialidad*, relatif à l'essence des principes). Dans ce livre, l'auteur prétend s'éloigner du concept d'« exception d'inconstitutionnalité » pour « évoluer » vers un contrôle en faveur des *principes* constitutionnels. En général, cet ouvrage se fonde sur la théorie normative et spécialement celle des droits fondamentaux pour défendre l'existence de principes supraconstitutionnels (p. 120), ce qui fait que son argumentation passe en quelque lignes du *positivisme axiologique* au *iusnaturalisme*. Dans la dernière partie du livre, l'auteur se concentre sur l'existence d'un contrôle diffus de ce qu'il appelle la « *principialité* » (« *principialidad* »), qui se déduirait de l'article 4 de la Constitution ; outil qui permettrait de faire valoir les principes. ESTRADA VÉLEZ, Sergio Ivan. *La excepción de principialidad*. 1re éd. Bogotá : Temis, 2000, p. 133-146.

[482] TAMAYO MEDINA a écrit en 2008 l'article « L'exception d'inconstitutionnalité face à lois déclarées conformes à la Constitution ». Dans ce texte, l'auteur centre son discours sur les différentes théories sur le droit et la justice. En mettant en valeur la place de la justice comme but du droit, l'auteur questionne le caractère général et abstrait de la loi pour ensuite noter qu'une loi déclarée conforme à la Constitution peut générer des effets concrets inconstitutionnels. TAMAYO MEDINA, Carlos Héctor. La excepción de inconstitucionalidad frente a las leyes declaradas exequibles. *Revista Nueva época*. 2008, Vol. XIV, no 30, p. 237-262.

[483] ESGUERRA PORTOCARRERO, aborde le sujet dans le cadre d'une étude des mécanismes constitutionnels de protection des droits. Il se propose ainsi d'exposer les généralités de chaque mécanisme de protection des droits constitutionnels à partir de 1991. Il consacre à ce propos un chapitre sur « l'exception d'inconstitutionnalité » en abordant le sujet suivant une perspective historique et à partir de son expérience en tant que constituant en 1991. Il a été un important défenseur du contrôle diffus, notamment en tant que rapporteur de la Troisième sous-commission de la Première commission, chargée des propositions sur les mécanismes de protections des droits (Voir l'alinéa 2 du paragraphe 3 du Chapitre 3). Il analyse la clause constitutionnelle consacrant le contrôle diffus pour trouver, plus qu'une « exception d'inconstitutionnalité », un système d'application préférentiel de la Charte qui servirait de mécanisme de protection des droits fondamentaux. Il s'agit, sans doute, d'une des études les plus sérieuses, approfondies et avancées sur la question. ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012, p. 395-445.

en droit reçoivent dans les facultés sur le sujet ; un enseignement lacunaire qui a pour conséquence de provoquer chez eux un sentiment de connaissances insuffisantes ne permettant pas de se sentir aptes à effectivement exercer le contrôle diffus. En effet, de manière récurrente, les juristes se plaignent de leur faible formation en la matière. En revanche, nous ne pouvons généraliser ces réactions de façon absolue. Afin de mesurer cette perception d'une manière plus rigoureuse, il convient d'analyser les résultats du sondage que nous avons réalisé. Dans un premier moment, nous traiterons de l'opinion des juristes consultés quant à la qualité de la formation qu'ils ont reçue (Paragraphe 1). Puis, nous examinerons les données récoltées afin de déterminer si cette perception a évolué parmi tous les juristes interrogés en considérant l'année d'achèvement de leurs études universitaires (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Comment les juristes interprètent-ils leur propre formation juridique ?

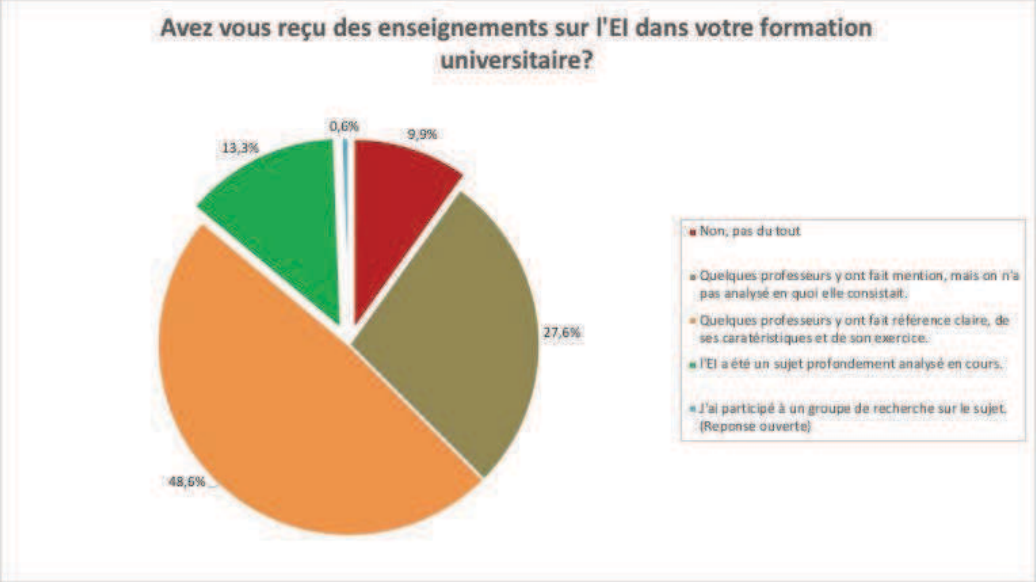
519. Commençons, tout d'abord, par répéter que mesurer avec précision la qualité de la formation universitaire en matière de contrôle diffus échappe à nos possibilités. De plus, il ne s'agit pas de mesurer le degré d'exactitude de la conception que les personnes interrogées ont du contrôle diffus ; une conception qui d'ailleurs, comme nous le traiterons dans la partie suivante, n'est même pas claire pour les Hautes juridictions elles-mêmes. Ainsi, nous avons voulu aborder la question de la perception de la *qualité* de l'enseignement portant sur le contrôle diffus. S'agissant d'une notion difficile à mesurer, nous allons l'aborder à partir de plusieurs indicateurs de perception.

520. Précisément, nous allons débuter notre analyse en étudiant la question de la perception de la profondeur des enseignements reçus (1), pour ensuite observer son rapport avec la durée de ces enseignements telle que perçue par les personnes interrogées (2), avant de finalement aborder leur opinion sur la formation qu'ils ont reçue au regard de leur capacité d'invoquer ou exercer le contrôle diffus dans leur pratique juridique (3).

1 Un enseignement principalement composé de courtes mentions au contrôle diffus

521. Nous avons demandé aux juristes interrogés s'ils avaient reçu des enseignements sur le contrôle diffus durant leur parcours universitaire. Nous leur avons proposé quatre réponses et la possibilité d'une réponse ouverte différente de celles proposées (Voir Graphique 4).

GRAPHIQUE 4.



522. Si nous analysons les résultats en considérant la perception du degré de profondeur des enseignements reçus, du plus faible au plus élevé, nous pouvons relever une donnée qui parle d'elle-même : un juriste sur dix (9,9%) déclare n'avoir jamais étudié ce sujet lors de sa formation universitaire.

523. En deuxième lieu, nous pouvons observer que les deux portions du graphique les plus grandes correspondent à deux options de réponse qui ont en commun une perception relative de la profondeur de l'enseignement qui consistait essentiellement en des mentions ponctuelles de certains professeurs. Plus précisément, nous pouvons observer qu'autour de trois juristes sur quatre (76,2%) ont déclaré ce degré de « profondeur » des enseignements qu'ils ont reçus.

524. De plus, nous pouvons aussi relever qu'un juriste sur quatre (27,6%) déclare que ces mentions au procédé n'ont pas analysé en quoi il consistait exactement.

En effet, plusieurs professeurs de différentes branches du droit peuvent faire référence à l'exception d'inconstitutionnalité dans le cadre de leurs cours, mais ces mentions n'ont pas usuellement un but explicatif ; elles se bornent généralement à quelques commentaires relatifs à la possibilité de non-application d'une norme en cas d'inconstitutionnalité ou à leurs propres expériences professionnelles.

525. Nous pouvons cependant constater que presque la moitié (48,6%) des juristes consultés ont déclaré que les mentions faites par leurs professeurs étaient claires quant aux caractéristiques et à l'utilisation de l'exception d'inconstitutionnalité. Ainsi, nous pourrions conclure que près de la moitié des juristes consultés ont déclaré que malgré le fait qu'ils n'aient reçu que des commentaires de la part de leurs professeurs en guise d'enseignements, ils les considèrent néanmoins suffisamment développés pour exposer les caractéristiques et l'utilisation du contrôle diffus de manière claire.

526. En troisième lieu, il est intéressant de relever que seulement 13,3% des juristes consultés ont déclaré avoir étudié le sujet en cours de manière approfondie.

527. Finalement, dans la case laissée en blanc pour une réponse libre, seulement deux juristes consultés (0,6%) ont affirmé avoir participé à des groupes de recherche en la matière. Cette indication nous montre qu'il existe tout de même un petit intérêt pour le sujet dans certaines facultés et parmi certains étudiants de droit désireux de l'approfondir.

En définitive, 14% des juristes consultés déclarent avoir la perception d'une « profondeur des enseignements » reçus sur le contrôle diffus.

528. De l'ensemble de ces résultats, nous pouvons déduire que trois juristes sur quatre ont déclaré que les enseignements qu'ils ont reçu sur la matière ont consisté purement et simplement en des *mentions*. L'idée même de *mentions* est plutôt vague. Elle semble surtout indiquer une durée plutôt courte de ces enseignements. Nous avons voulu pousser plus loin la réflexion à cet égard en mettant en rapport cette perception d'une profondeur des enseignements avec le temps que les juristes déclarent se rappeler avoir passé sur le sujet dans le cadre de leurs études universitaires.

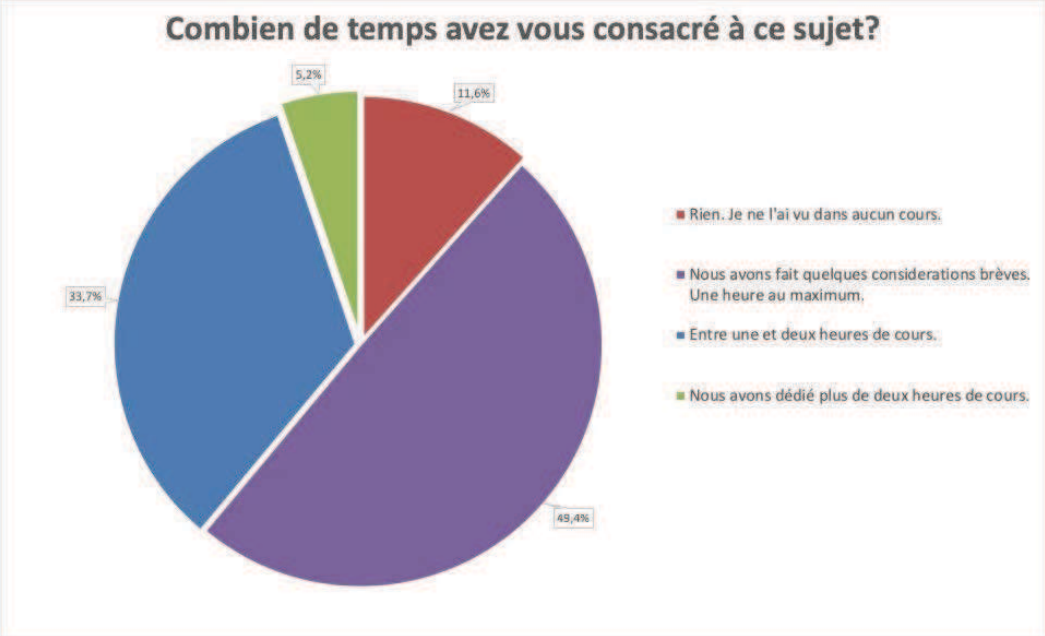
2 Peu de temps investi à l'étude du sujet

529. Nos observations préliminaires nous ont indiqué que le temps dédié par les facultés de droit à l'enseignement du contrôle diffus est généralement très réduit. Nous avons voulu confronter ces observations avec la perception des juristes eux-mêmes. En effet, nous leur avons demandé combien de temps ils se rappellent avoir passé à étudier la question durant leur formation universitaire.

530. De plus, cette question pourrait nous permettre de préciser - malgré son apparente évidence - quel est le rapport entre la durée des enseignements et la perception de leur profondeur. Ainsi, nous pourrions tenter de déterminer si des enseignements de courte durée impliquent nécessairement une perception de *peu de profondeu*r de ces derniers.

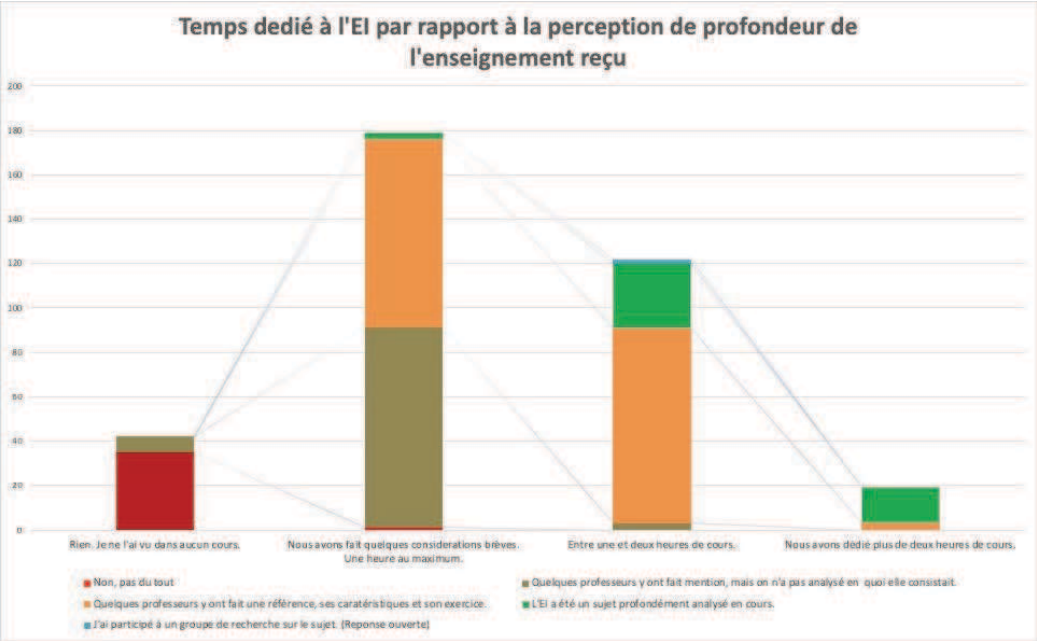
Sur ce point, nous avons à nouveau proposé quatre réponses aux juristes interrogés. Les résultats sont présentés dans le graphique suivant (Voir Graphique 5).

GRAPHIQUE 5.



Afin de mieux mettre en valeur les réponses obtenues à ces questions, il nous semble nécessaire de les mettre en rapport avec les réponses données à la question sur la profondeur des enseignement reçus (précédemment étudiée). Ainsi, nous avons croisé les réponses des deux questions pour observer de nouvelles données intéressantes. (Voir Graphique 6)

GRAPHIQUE 6.



531. Un premier point remarquable du *Graphique 5* est la concordance des données des juristes qui ont déclaré n'avoir vu ce sujet dans *aucun cours* (11,6%) et de ceux qui ont affirmé n'avoir pas du tout reçu d'enseignements en la matière (9,9%).

En effet, la première barre du *Graphique 6* fait état de ce constat. Nous pouvons également noter que quelques juristes ont manifesté n'avoir entendu que des mentions au contrôle diffus dépourvues d'une analyse du dispositif, tout en affirmant aussi n'avoir pas étudié le sujet, dans aucun des cours reçus. Ces données - malgré une petite différence entre les deux propositions - nous indiquent que pour cet ensemble de juristes, le fait de n'avoir écouté que des mentions au contrôle diffus sans l'avoir analysé en détail *équivaut à ne l'avoir pas étudié*.

532. Deuxièmement, si nous observons le *Graphique 5*, un juriste sur deux (49,5%) a déclaré avoir étudié le sujet à travers de brèves considérations en cours, qui n'ont pas duré plus d'une heure[484]. Si nous observons ensuite la deuxième colonne du *Graphique 6* nous pouvons relever un comportement très intéressant. Celle-ci montre le rapport que certains juristes font entre une durée d'au plus une

[484] Nous sommes persuadés que les mentions brèves peuvent de fait être très courtes et ne durer que quelques minutes. Donc une heure peut être beaucoup au regard de la réalité. En revanche, nous croyons que ce choix de durée nous a permis de faire plus simple et plus compréhensible pour les juristes consultés.

heure d'enseignement et la profondeur des *mentions* considérées comme courtes. En effet, les deux portions plutôt bien définies observées sur le *Graphique 6* correspondent aux juristes qui ont déclaré n'avoir écouté que des mentions au dispositif. Cependant, une distinction existe entre ceux qui ont déclaré que par ces mentions leurs professeurs n'avaient pas analysé en quoi consistait la figure (50,3%) et ceux qui ont considéré que par ces mentions leurs professeurs avaient fait une référence claire aux caractéristiques et à l'utilisation de l'exception d'inconstitutionnalité (47,5%).

Ces résultats peuvent s'interpréter de deux manières. Nous pourrions en effet penser qu'entre ceux qui ont reçu *au plus* une heure d'enseignement, une moitié pourrait avoir assimilé cette courte durée à une faible profondeur des enseignements reçus ; tandis que l'autre pourrait nous faire penser que *malgré* ce peu de temps passé à son enseignement, leurs professeurs ont réussi à exposer les caractéristiques et le fonctionnement du contrôle diffus en Colombie.

533. Troisièmement, selon le *Graphique 5*, un tiers des juristes consultés (33.7%) ont déclaré se rappeler que leurs professeurs ont dédié entre une et deux heures de leurs enseignements à l'explication du contrôle diffus. Si nous observons la troisième colonne du *Graphique 6*, nous pouvons relever qu'elle est majoritairement composée de juristes qui ont déclaré avoir entendu des mentions courtes mais ayant exposé clairement les caractéristiques et l'utilisation du procédé (72,1%). Cette donnée nous indiquerait une perception *qu'une à deux heures de cours sont une durée courte* pour ces enseignements, mais aussi que cette durée serait peut-être suffisante pour exposer clairement les caractéristiques et l'utilisation du contrôle diffus.

534. En outre, cette colonne regroupe aussi des juristes qui ont déclaré avoir étudié ce sujet en profondeur (23,8% de la colonne), malgré le fait que, selon leurs déclarations, la durée de ces enseignements n'a pas été supérieure à deux heures. Si nous observons en détail les données sur ce groupe de juristes, nous pouvons relever que 60,4% d'entre eux ont déclaré avoir reçu des enseignements d'une durée comprise entre une et deux heures. De plus, 33,3% d'entre eux se sont identifiés avec une durée plus longue de deux heures. Jusqu'ici, nous pouvons constater que la perception d'une profondeur des enseignements suppose une

durée de *plus d'une heure* de cours ; toutefois, selon eux, il ne serait pas non plus nécessaire d'avoir beaucoup plus de deux heures de cours pour traiter le sujet et avoir la perception d'enseignements approfondis.

535. Enfin, selon le *Graphique 5*, un juriste sur vingt (5,2%) a déclaré se rappeler avoir reçu une formation plus longue que deux heures de cours sur la matière. Parmi ces juristes, nous relevons aussi plutôt une concordance avec la *perception de la profondeur de l'enseignement* reçu puisque 84,2% de ceux qui ont choisi cette réponse avaient déclaré avoir étudié profondément le sujet.

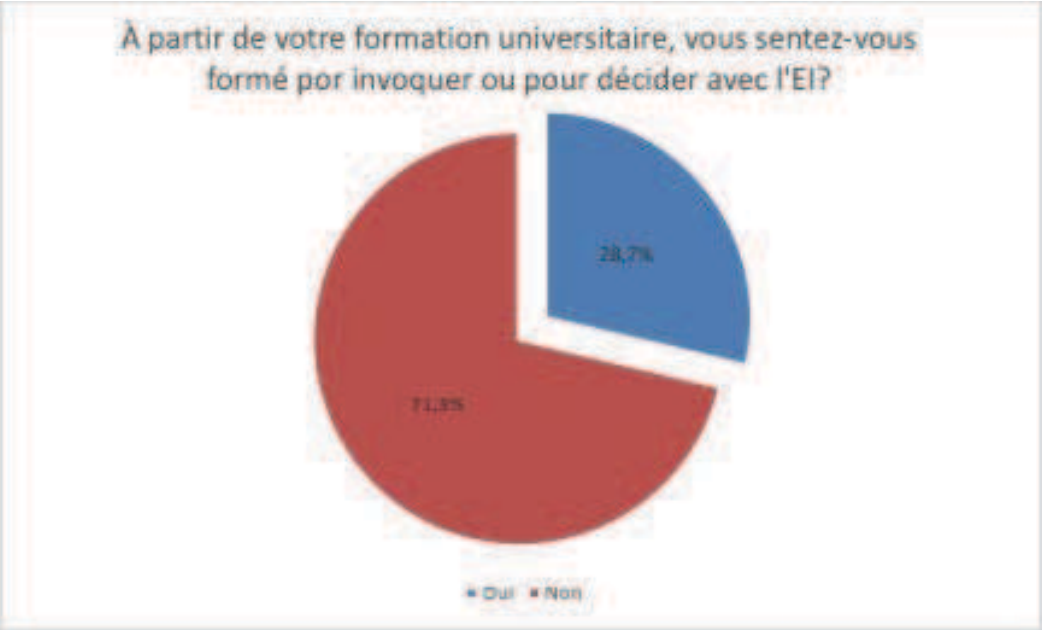
536. Nous pouvons donc penser que le fait d'avoir eu plus de temps d'enseignement est un critère pertinent concernant la perception de la profondeur de celui-ci ; mais cela n'est pas non plus déterminant, puisque de nombreux juristes ont déclaré une perception de profondeur des enseignements alors qu'ils ont également indiqué des durées plutôt courtes de cours.

537. Si nous observons les données globalement, les juristes ont déclaré majoritairement un certain sentiment de clarté et de profondeur quant aux enseignements reçus dans le cadre de leur formation universitaire malgré le fait qu'ils tendent à confirmer majoritairement leur courte durée. La somme de ces facteurs semblerait indiquer l'importance d'un objectif : un enseignement avant tout clair du procédé. Nous devons alors à présent analyser leurs déclarations par rapport à leur perception sur la suffisance de ces enseignements universitaires pour exercer le contrôle diffus en pratique. Cette analyse pourra nous indiquer si cet objectif arrive bien à se réaliser.

3 Le sentiment d'un enseignement insuffisant

538. Enfin, pour tester l'idée - fréquemment mentionnée – d'un manque de formation quant à l'exercice du contrôle diffus, nous avons demandé aux juristes si à partir de leurs études universitaires, ils se *sentaient formés* pour invoquer ou pour exercer *l'exception d'inconstitutionnalité*. Les juristes consultés ont à cet égard majoritairement déclaré un sentiment d'insuffisance de la formation reçue de leur université sur le contrôle diffus ne leur permettant pas selon eux de l'exercer en pratique. (Voir Graphique 7)

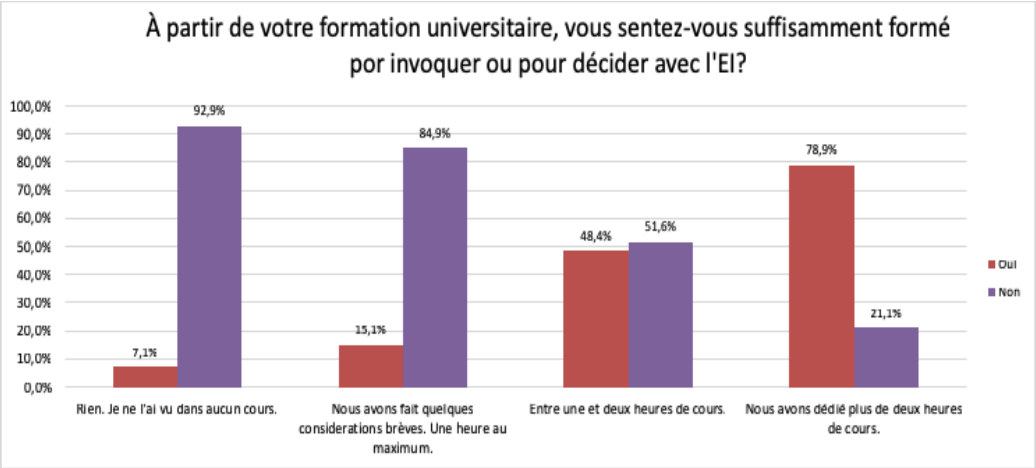
GRAPHIQUE 7.



539. En effet, d'après les données que nous avons obtenues, sept juristes sur dix ont déclaré ne pas se sentir qualifiés pour exercer le contrôle diffus. Cette large proportion pourrait s'ajouter à l'idée selon laquelle si un juriste diplômé ne se sent pas formé, il ne mettra effectivement pas en œuvre ce moyen ni saura non plus comment l'utiliser pour résoudre une situation.

540. Cette conclusion semble cependant plutôt opposée à la tendance proposée par les autres questions. En effet, nous avions relevé une vision plutôt optimiste considérant la perception de la profondeur des enseignements et du temps dédié à ces derniers. Si nous faisons une analyse particulière de cette perception de manque de formation sur le contrôle diffus par rapport au temps dédié à son enseignement, nous pouvons observer que parmi les juristes qui ont déclaré avoir reçu des *considérations* d'au plus une heure, 85% d'entre eux ont aussi déclaré ne pas se sentir formés par leurs études universitaires, ce qui contribuerait à consolider l'idée selon laquelle une heure de cours sur le sujet *n'est pas suffisant* pour former des juristes prêts à pratiquer le contrôle diffus (Voir Graphique 8)

GRAPHIQUE 8.



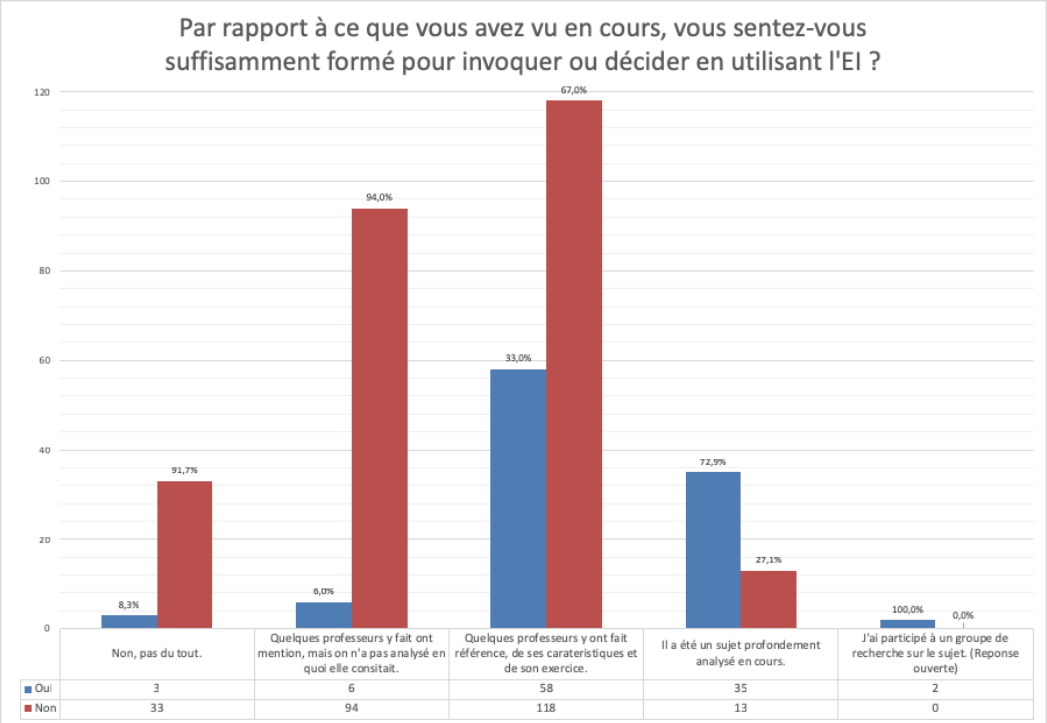
541. Parmi les juristes qui ont déclaré avoir eu entre une et deux heures de cours sur le sujet, un peu plus de la moitié (51,6%) affirment ne pas se sentir bien formés pour exercer un contrôle diffus. Nous pourrions déduire de telles données qu'un temps de formation qui laisse un étudiant sur deux avec le sentiment d'une insuffisance de connaissances n'est pas suffisant. Ces données nous indiquent également que deux heures au plus n'est pas non plus un temps suffisant pour un enseignement approfondi du contrôle diffus.

542. D'une manière similaire, le *Graphique 9* montre un rapport entre la perception de la profondeur des enseignements suivis et la perception de la suffisance de la formation universitaire pour la pratique du contrôle diffus. Nous pouvons observer une différence encore plus marquée entre les deux perceptions tendant à confirmer l'idée que, au-delà de la mesure de la perception de la profondeur des enseignements et du temps qui leur ont été consacré, la formation universitaire reçue par les étudiants de droit n'est de manière générale pas suffisante pour leur transmettre les connaissances techniques nécessaires à l'exercice d'un contrôle diffus en pratique. En particulier, nous pouvons relever que 94% des juristes qui ont déclaré avoir reçu quelques mentions sans explication de leur contenu durant leur formation universitaire (colonne 2) ont aussi formulé ne pas se sentir bien formés pour exercer le contrôle diffus en pratique.

543. De plus, parmi ceux qui ont déclaré que leurs professeurs avaient mentionné le contrôle diffus en l'exposant clairement (colonne 3), deux sur trois

(67%) ont également déclaré ne pas se sentir formés sur la question. (Voir Graphique 9)

GRAPHIQUE 9.



544. Ces données tendent à confirmer nos observations initiales sur un *manque de formation* concernant le contrôle diffus dans les universités colombiennes. Le temps utilisé pour les enseignements n'est pas suffisant pour traiter le sujet, ce malgré parfois une perception de clarté des enseignements reçus. Ces formations ne réussissent pas à préparer convenablement les juristes à la pratique du contrôle diffus.

PARAGRAPHE 2 La rupture : les générations de juristes plus récentes

545. Nous avons montré dans la Section 1 de ce Chapitre que le contrôle diffus a été faiblement étudié par la doctrine depuis sa création. Ce constant mérite toutefois d'être nuancé. En effet, à partir de la Constitution de 1991 - et l'influence croissante du droit constitutionnel dans le pratique du droit à partir de ce moment - nous avons pu apprécier une augmentation de l'intérêt de la doctrine pour la question du contrôle diffus. Si donc ce phénomène a été davantage traité dans la doctrine, il semble logique qu'il ait été aussi plus présent dans l'enseignement

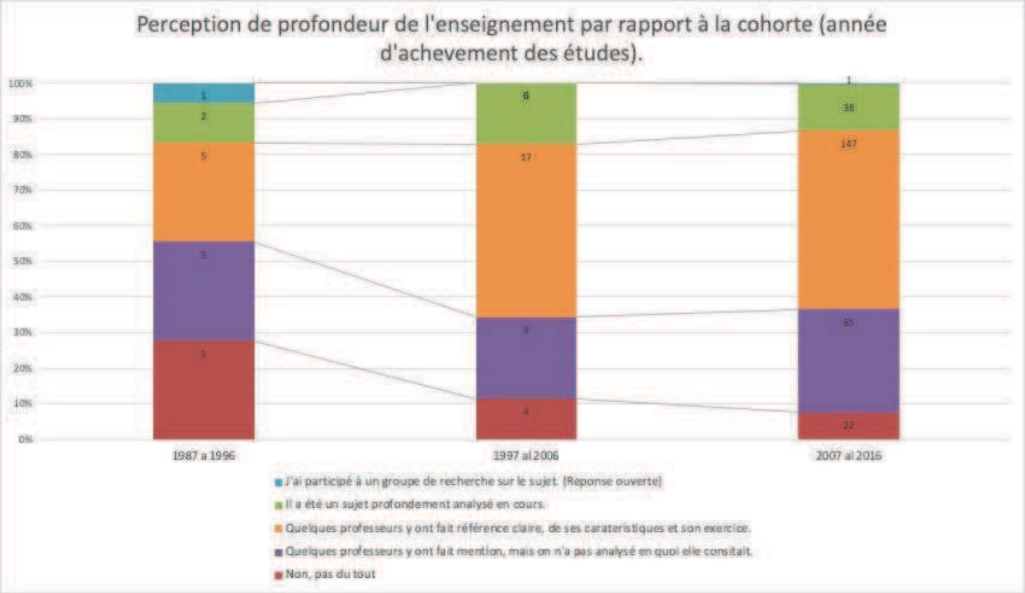
universitaire. Nous allons tester la pertinence de ce postulat à partir des données récoltées dans le cadre de notre sondage.

Une remarque méthodologique liminaire s'impose alors : nous avons demandé aux juristes de nous indiquer *l'année d'achèvement de leurs études juridiques*. À partir de cette information, nous avons construit des groupes de juristes par décennies pour les comparer et relever d'éventuels changements représentatifs dans les réponses fournies. Ainsi, le premier groupe est composé de juristes ayant achevé leurs études entre 1987 et 1996 ; le deuxième entre 1997 et 2006 ; et le troisième entre 2007 et 2016. Nous appellerons ces groupes de juristes regroupés selon l'année d'achèvement de leurs études de droit des *générations de juristes*.

Il convient également de préciser que parmi l'échantillon de juristes interrogés, autour de la moitié avaient achevé leurs études dans les cinq dernières années précédant la date du sondage (Voir Annexe 2. Question 5)

Nous avons déduit des données que nous avons obtenues que la perception d'un manque de formation tendait à se réduire au regard des trois groupes analysés : plus l'année d'achèvement des études universitaires est proche, moins cette perception est importante (Voir Graphique 10).

GRAPHIQUE 10.



546. La première conclusion à laquelle nous sommes arrivés est que plus la fin de la formation des juristes interrogés est récente, moins ils déclarent n'avoir jamais étudié le sujet du contrôle diffus. Ainsi, nous pouvons observer une *tendance décroissante* de la perception d'une absence d'enseignement des *générations de juristes* les plus anciennes aux plus récentes. Autrement dit : les jeunes juristes ont été plus généralement exposés à la figure du contrôle diffus.

547. Cette tendance pourrait nous amener à conclure à une réduction progressive de juristes qui n'ont pas étudié le sujet durant leur formation universitaire ; toutefois, nous ne pouvons pas en déduire que cette tendance implique nécessairement une *amélioration de la formation* des juristes. En effet, nous pouvons noter que la proportion de juristes ayant déclaré avoir étudié le sujet en profondeur ne connaît pas de changement positif important parmi les plus jeunes juristes. En fait, cette variable connaît une augmentation positive dans le groupe de juristes qui ont achevé leurs études entre les années 1987-1996 et dans la décennie suivante. En revanche, les données montrent une petite réduction de la proportion pour la décennie 2007-2016.

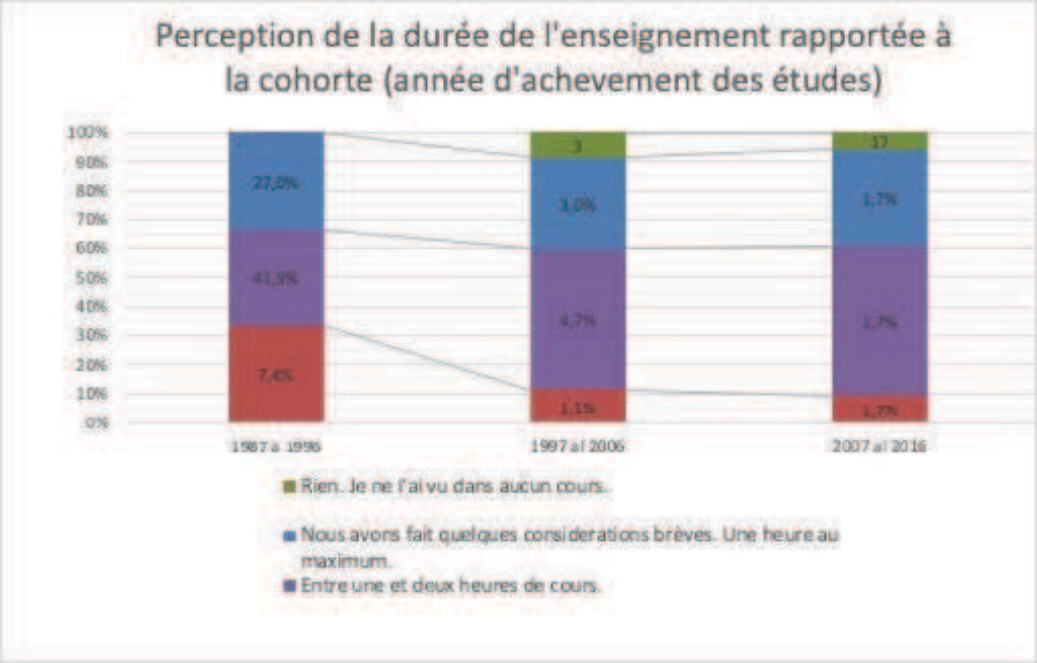
Ainsi, le *Graphique 10* nous conduit à penser que la tendance est toujours la même quelle que soit la génération de juristes : un traitement du sujet qui se réalise essentiellement à travers des références courtes à l'oral (en cours) comme à l'écrit (dans la doctrine).

548. Malgré tout, il est particulièrement intéressant d'observer une augmentation de la proportion des juristes ayant achevé leurs études à partir de 1997 qui ont déclaré qu'en dépit de ces références courtes, leurs professeurs avaient tout de même réussi à exposer clairement les caractéristiques et l'application du contrôle diffus. Sans être concluante, cette déclaration nous conduit à penser qu'à partir de ces années, le contrôle diffus a commencé à être perçu comme un sujet moins obscur ; il a été plus clairement exposé par les professeurs de droit.

549. Ces données coïncident avec celles relatives à la perception des différentes *générations* sur la durée des enseignements (Voir Graphique 11). Nous notons une réduction importante du nombre de juristes affirmant n'avoir pas étudié le sujet tandis que nous pouvons identifier une augmentation nette des

enseignements à travers des considérations brèves de moins d'une heure, selon les déclarations des générations 1997-2006 et 2007-2016.

GRAPHIQUE 11.



550. Un élément important à relever de ces données est qu'un enseignement dont la durée est supérieure à deux heures a commencé à être mentionné à partir de la génération 1997-2006 ; un fait qui coïncide avec la publication des premiers ouvrages entièrement dédiés au sujet et à la consolidation de la thèse jurisprudentielle la plus répétée sur le concept de contrôle diffus[485].

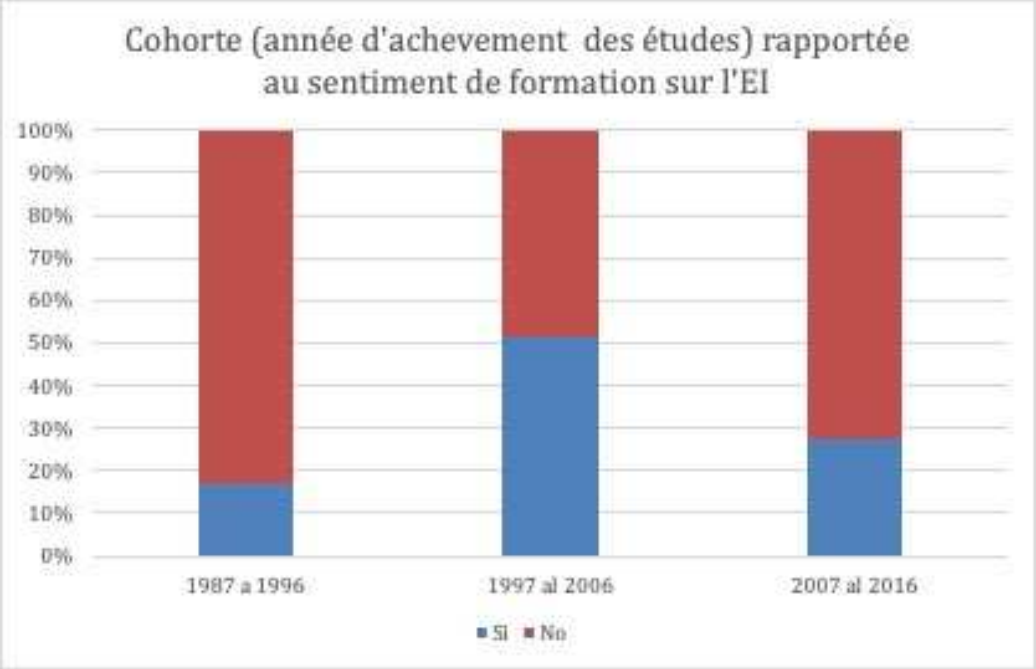
Cette coïncidence s'inscrit dans le contexte d'une importance croissante du droit constitutionnel dans les facultés de droit, à partir de la Constitution de 1991, notamment encouragée par la diffusion de la jurisprudence constitutionnelle par voie électronique *via* internet.

551. Suivant ce sujet, nous pouvons examiner les déclarations des juristes par générations selon la date d'achèvement de leurs études et leur perception d'une formation universitaire suffisante (Voir Graphique 12).

[485] Nous traiterons ce sujet dans la Partie 3, spécifiquement le Titre 1.

Ces données montrent que le groupe de juristes ayant achevé leurs études entre 1997 et 2006 se perçoivent comme étant les *plus formés* pour exercer le contrôle diffus que les autres deux groupes, la plus récente comprise.

GRAPHIQUE 12.



552. Sans vouloir attribuer une seule cause à ce phénomène, nous notons une coïncidence entre cette augmentation et la période de consolidation de la thèse principale sur le concept de contrôle diffus par la Cour constitutionnelle. En effet, comme nous le verrons plus tard[486], en 1998 la thèse a été consolidée dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle et elle s'est plutôt rapidement répandue dans la jurisprudence des autres Hautes juridictions. L'affirmation de ces idées supposait de penser un rapport plutôt harmonieux avec le contrôle concentré. De cette approche jurisprudentielle, on peut dégager quelques règles qui sont susceptibles d'être exposées clairement. Il nous semble alors possible de relever un rapport entre cette situation et un sentiment d'avoir été bien formé qui, toutefois, diminue dans le groupe de juristes ayant achevé leurs études entre 2007 et 2016 (le groupe suivant).

En effet, bien qu'on ne trouve pas de renversement explicite de cette jurisprudence jusqu'à nos jours, on peut donc relever une insuffisance de la thèse

[486] À cet égard, voir Partie III, Titre I, Chapitre I

jurisprudentielle pour expliquer la place du contrôle diffus vers la moitié de la décennie 2000-2010 ; tandis que cette insuffisance est devenue beaucoup plus notoire dans la jurisprudence constitutionnelle de la décennie actuelle. Ces difficultés s'ajoutent à un traitement de la doctrine également toujours insuffisant au regard des défis actuels et évolutions jurisprudentielles récentes du contrôle diffus.

553. En conclusion, l'enseignement universitaire sur le contrôle diffus semble encore largement déficitaire. Bien que les juristes tendent de plus en plus à déclarer avoir étudié le sujet en cours, il est toujours très superficiellement abordé autant du point de vue de la profondeur des enseignements que du temps dédié à son étude. En outre, ces enseignements sont largement perçus comme insuffisants pour se sentir apte à exercer le contrôle diffus en pratique ; malgré le fait que certains juristes ayant achevé leurs études entre 1997 et 2006 se déclarent mieux préparés par l'enseignement qu'ils ont reçu. Plus récemment, ce sentiment s'est cependant atténué cependant le défi demeure pour les professeurs de droit constitutionnel s'ils veulent bien préparer leurs étudiants à analyser ou pratique le contrôle diffus.

SECTION 3 LA CROYANCE QU'IL S'AGIT D'UN CONTRÔLE PEU EXERCÉ

554. La troisième idée que nous voulons examiner - et qui est une conséquence des deux précédemment traitées - est celle selon laquelle le contrôle diffus n'est presque pas exercé. Cette affirmation n'est pas uniquement présente dans les commentaires des juristes interrogés ; elle l'est aussi dans plusieurs travaux doctrinaux importants qui abordent ce sujet[487]. Par conséquent, nous avons voulu la confronter au nombre d'affaires réellement traitées par les Hautes juridictions que nous avons étudiées (Paragraphe 1), pour ensuite analyser les données de notre sondage au regard de la question de savoir si les juristes

[487] Par exemple QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014, p. 300 ; QUINCHE RAMIRES, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 5e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2012, p. 556 ; SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 230 ; JULIO ESTRADA, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 284.

interrogés avaient exercé un contrôle diffus dans le cadre de leur expérience professionnelle et, s'ils l'avaient fait, avec quelle fréquence (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Une recension du nombre de décisions prises en matière de contrôle diffus

555. Effectivement, si nous considérons le nombre d'arrêts rendus par les Hautes juridictions dans le cadre de l'exercice d'un contrôle diffus, nous pouvons constater qu'il n'a pas beaucoup été mise en œuvre. La difficulté de notre étude qui s'est voulue « étendue » a été de tenter de prendre en considération toutes les affaires référencées par la doctrine et par les arrêts. Grâce à une recherche dans plusieurs bases de données et des fichiers physiques, on arrive difficilement à trouver plus de 100 arrêts rendus par les Hautes juridictions durant les huit premières décennies de l'existence du contrôle diffus, soit avant 1991.

Si nous représentons graphiquement la fréquence temporelle du nombre d'arrêts des Hautes juridictions rendus sous l'empire de la Constitution de 1886 dans lesquels a été réalisé un contrôle diffus, nous pouvons constater un exercice plutôt réduit du contrôle diffus avant la Constitution de 1991 et une augmentation plutôt progressive de la fréquence des cas surtout à partir des années 1970 (Graphique 13).

GRAPHIQUE 13.



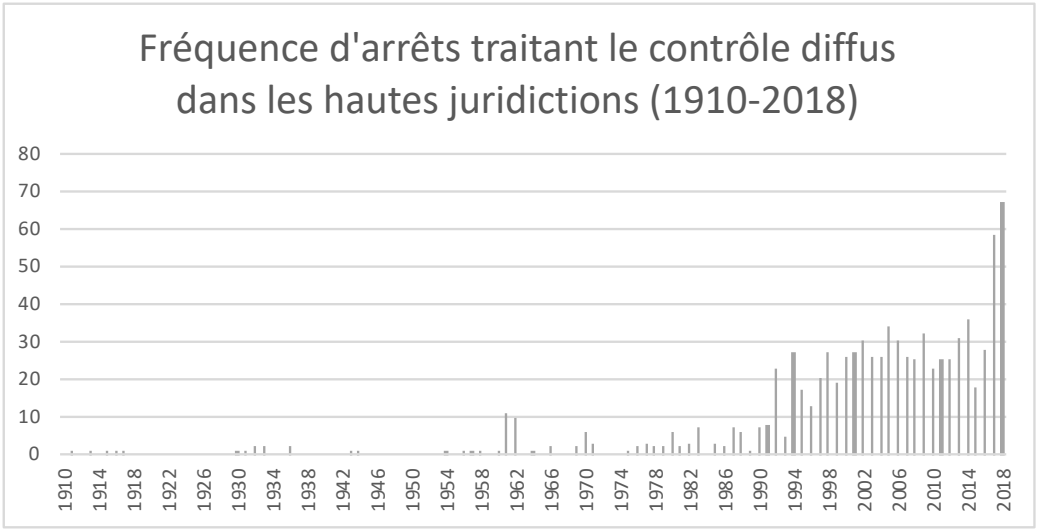
556. Le graphique nous montre, certes, qu'il a été réalisé durant les premières années de son existence, mais son exercice est resté rare. En particulier,

on peut observer des périodes longues (même des décennies) entre un cas et un autre.

557. Sauf un pic d'affaires en 1961 et 1962 (causé par le fameux décret 0012 de 1959)[488], on trouve rarement plus d'un ou deux cas par année avant 1975. Après cette date, on relève une augmentation du nombre de cas et il est plus fréquent de relever plus d'une affaire par année. Particulièrement durant les années 1980, période durant laquelle l'exercice du contrôle diffus par les Hautes juridictions n'a pas été quotidien mais plus fréquent qu'avant. En effet, on peut constater plus de cinq arrêts par année dans le cadre desquels le juge l'a exercé.

558. Puis, à partir de 1991, on peut observer une continuation de la tendance à l'augmentation du contrôle diffus, qui devient plus prononcée (Voir Graphique 14).

GRAPHIQUE 14.



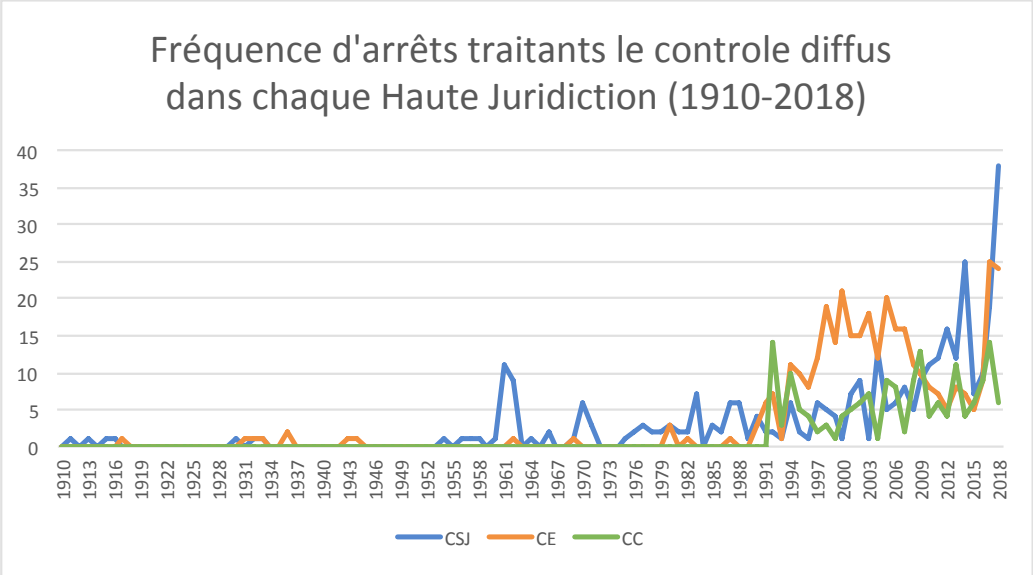
559. On pourrait penser que ce phénomène est principalement causé par le nouveau contentieux des droits fondamentaux promu par la nouvelle Charte[489]. En effet, la Constitution de 1991 a créé les conditions d'un développement du contentieux en consacrant de nombreux droits fondamentaux d'application directe exigibles à travers l'action de *tutela* (créée en même temps), mais aussi en créant

[488] À cet égard, voir le Chapitre 1 du Titre 1 de la Partie III.

[489] Il existe notamment d'autres causes, comme l'élargissement du corps des juristes de la Cour suprême de justice et du Conseil d'État, mais aussi la création de deux nouvelles Hautes juridictions : la Cour constitutionnelle et le Conseil supérieur de la magistrature.

une Cour constitutionnelle en tant que juge suprême de ce type de contentieux. Cependant, l'étude des données relatives à la Cour suprême de justice et au Conseil d'État révèle également une augmentation des arrêts rendus dans lesquels a été réalisé un contrôle diffus. La majorité de ces arrêts ne sont pas des décisions de *tutela* mais relèvent d'affaires ordinaires dont le traitement est de la compétence de ces juridictions[490]. En effet, sur le *Graphique 15*, on peut percevoir que l'exercice du contrôle diffus a augmenté d'une manière plus marquée pour la Cour suprême de justice et le Conseil d'État que pour la Cour constitutionnelle elle-même.

GRAPHIQUE 15.



560. Ainsi, à partir de ces données, nous pouvons considérer que, d'une part, le contrôle diffus est devenu plus important puisque son exercice a augmenté d'une manière très remarquable à partir de 1991. D'autre part, nous avons pu observer que le contrôle diffus n'est pas une affaire exclusive au contentieux constitutionnel (*tutela*), mais qu'il est présent dans l'exercice quotidien de toutes les juridictions ; ce malgré le fait que parmi les juristes, l'idée persiste en général que le contrôle diffus n'est pas beaucoup mis en œuvre.

[490] En effet, les données concernant la Cour suprême de Justice ne prennent pas en compte les arrêts de *tutela*. Parmi les arrêts du Conseil d'État, il existe certaines décisions de *tutela*, mais elles ne sont pas nombreuses.

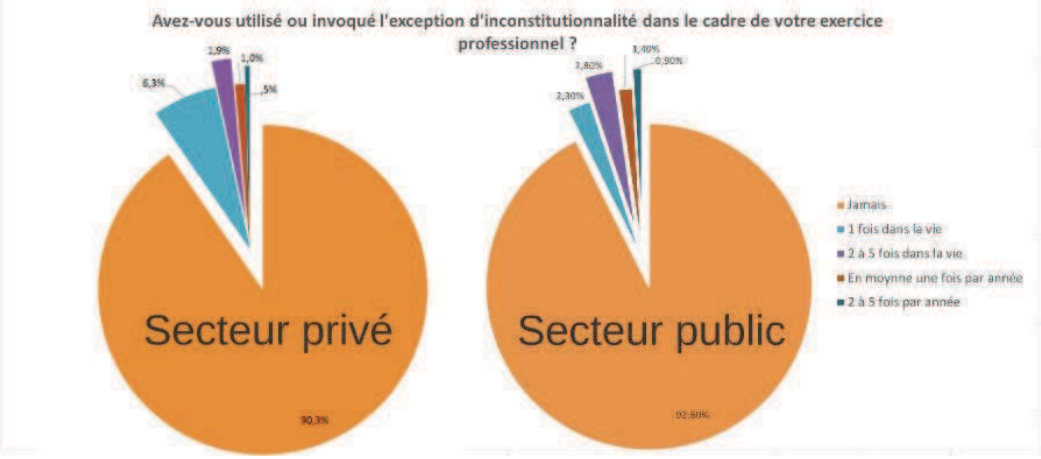
PARAGRAPHE 2 Une mesure de l'exercice du contrôle diffus

561. Rentrons maintenant dans l'analyse du sondage réalisé pour analyser dans quelle mesure les juristes consultés ont invoqué ou exercé le contrôle diffus dans le cadre de leur activité professionnelle. En effet, nous avons voulu profiter de la diversité des expériences professionnelles des juristes enquêtés pour tester si le fait de travailler dans le secteur privé ou le secteur public avait une incidence sur la fréquence avec laquelle ils ont exercé le contrôle diffus. Nous avons donc doublé la question de l'exercice du recours dans le cadre de leur activité professionnelle avec celle du secteur dans lequel ils travaillent (droit privé ou droit public). Ainsi, nous présenterons les deux réponses parallèlement afin de mettre en évidence le rapport qui existe entre la fréquence de l'exercice d'un contrôle diffus et le type de secteur.

Précisément, nous avons demandé aux juristes s'ils avaient utilisé ou invoqué le contrôle diffus dans le cadre de leur exercice professionnel en leur proposant cinq réponses afin de déterminer la fréquence avec laquelle ils l'avaient fait. Les réponses nous ont permis de savoir s'ils n'avaient *jamais exercé* ce mécanisme ; s'ils l'avaient fait au moins une fois dans leur vie professionnelle ; entre deux et cinq fois dans leur vie professionnelle ; une fois par année ; ou de deux à cinq fois par année.

562. Plus de 90% des juristes consultés ont déclaré n'avoir jamais mis en œuvre de contrôle diffus durant leur vie professionnelle, sans qu'il soit ici possible d'identifier de différences entre juristes selon le secteur d'activité (droit privé ou droit public). Ce haut pourcentage nous indique un emploi faible du procédé, réduit à un dixième des juristes ayant répondu à la question (Voir Graphique 16).

GRAPHIQUE 16.

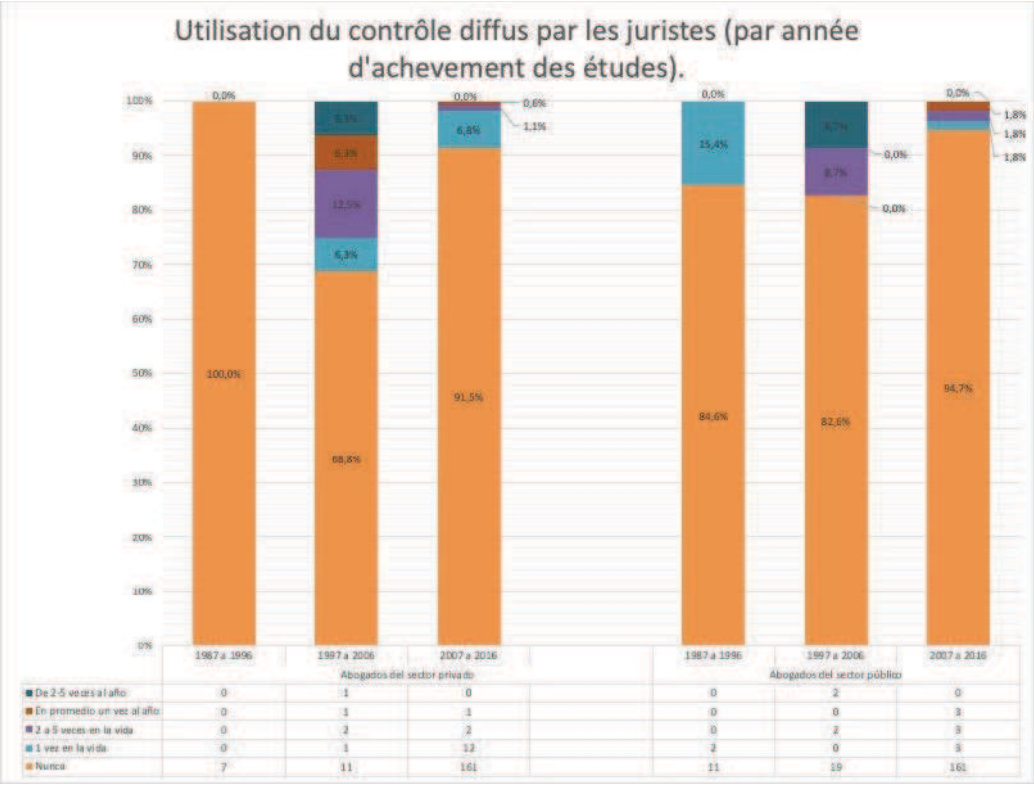


563. Cependant, parmi ceux qui ont déclaré avoir invoqué ou exercé le contrôle diffus, on peut différencier les résultats selon le secteur de leur activité professionnelle.

En effet, parmi les juristes qui ont déclaré l'avoir invoqué ou exercé, ceux qui travaillent dans le domaine du droit public ont une tendance à exercer à plusieurs reprises ce type de contrôle ; tandis que s'agissant des juristes de droit privé, on peut observer une tendance à avoir invoqué ou exercé le contrôle diffus juste une seule fois dans leur vie professionnelle.

564. Si nous observons, sur *le Graphique 17*, le comportement de ces données au regard des groupes de juristes déterminés selon la décennie de leur fin d'études, nous pouvons encore mieux apprécier cette différence.

GRAPHIQUE 17.



565. En premier lieu, on peut relever que tous les juristes en droit privé ayant achevé leurs études entre 1987 et 1996 ont déclaré n'avoir jamais invoqué ou exercé le contrôle diffus. En revanche, parmi ceux de la même *génération* mais travaillant en droit public, 15,4% ont déclaré l'avoir exercé une fois dans leur vie professionnelle.

566. Ces chiffres contrastent avec le groupe de juristes ayant achevé leurs études entre 1997 et 2006. En effet, les juristes de cet échantillon ayant travaillé en droit privé ont déclaré avoir invoqué ou exercé le contrôle diffus dans une proportion d'autour de 30%. On peut observer que certains de ces juristes ont affirmé invoquer ou utiliser le contrôle diffus plus souvent.

Si nous prenons en considération, comme nous l'avons observé précédemment (Graphique 12), que la génération de juristes ayant achevé leurs études entre 1997 et 2006 a déclaré une perception de formation universitaire suffisante au contrôle diffus la plus élevée de l'échantillon, on pourrait en déduire un rapport entre cette perception et leur considération d'avoir invoqué ou exercé plus fréquemment le contrôle diffus. Ainsi, nous pourrions en conclure - cela peut paraître évident - que plus les juristes perçoivent être formés pour exercer le contrôle diffus, *plus ils l'exercent*.

Une autre observation issue des données concernant la génération 1997-2006 semble nous montrer une certaine *récidive* des juristes qui ont exercé le contrôle diffus. En effet, parmi les cinq juristes ayant travaillé en droit privé, qui ont exercé un contrôle diffus, quatre l'ont de nouveau fait. De même, des quatre juristes ayant travaillé en droit public qui l'ont exercé, tous l'ont aussi de nouveau pratiqué.

567. Toutefois, l'étude des données relatives au groupe de juristes ayant achevé leurs études entre 2007 et 2016, les plus nombreux de l'échantillon général, montre une proportion plus faible de juristes ayant exercé le contrôle diffus. Ce phénomène peut s'expliquer par le manque d'expérience pratique de ces juristes qui n'ont commencé à exercer le droit que récemment. Cependant, si nous comparons les données sur les juristes ayant travaillé en droit public et celles portant sur les juristes de droit privé, on peut apprécier que les premiers aient une tendance à utiliser plus fréquemment le contrôle diffus que les seconds.

568. En définitive, nous avons pu mettre en lumière dans ce chapitre certains éléments qui ont confirmé nos observations initiales sur le climat de méconnaissance qui entoure le contrôle diffus. Ainsi, nous avons relevé que les travaux de la doctrine sur le sujet manquent généralement de profondeur et que les juristes sont formés principalement dans le cadre de leur formation par des références courtes qui ne dépassent pas une heure de cours. Il paraît donc logique

qu'en général les juristes ne se sentent pas formés pour exercer le contrôle diffus et donc que ce dispositif ne soit pas souvent invoqué ou exercé.

569. Malgré tout, nous croyons identifier une tendance décroissante de la méconnaissance que nous avons mesurée. Nous avons pu effectivement constater que le contrôle diffus a commencé à être plus utilisé ces vingt dernières années et que parmi les juristes qui ont achevé leurs études plus récemment, moins n'ont jamais étudié ce sujet dans le cadre de leur formation universitaire.

570. Finalement, de manière générale, nous n'avons pas trouvé de différence majeure s'agissant de l'exercice du contrôle diffus entre le fait de travailler dans le secteur public ou dans le secteur privé. Dans les deux cas, autour de 10% des juristes ont invoqué ou exercé le contrôle diffus. En revanche, nous avons pu observer que parmi ces 10% qui l'ont invoqué ou exercé, les juristes du secteur public l'ont fait plusieurs fois, tandis que les juristes du secteur privé l'ont fait de manière moins fréquente.

571. Le climat de méconnaissance qui entoure l'exercice du contrôle diffus a par ailleurs été propice à la permanence d'un discours légicentriste répandu dans le système juridique colombien confortant une sorte de tradition orale qui n'est pas rare parmi les juristes pointant des craintes de l'exercer.

CHAPITRE II DES CRAINTES AUTOUR DU MÉCANISME

572. Comme nous avons déjà pu le relever, la doctrine a exprimé à plusieurs reprises diverses craintes - assimilées fondamentalement à des *défauts* - quant à l'exercice du contrôle diffus. Un nombre important d'entre elles se sont transmises de génération en génération d'étudiants en droit, professeurs, avocats, et juges ; de juristes en général. Ce fait est évident, car les mêmes arguments se répètent d'année en année, sur le même modèle. Cependant, comme nous avons pu le noter au sujet d'un manque d'analyse sur le contrôle diffus, il n'existe pas non plus de véritable étude approfondie sur la question, ni de débat à ce sujet.

Nous distinguerons ici trois différents types de craintes : les craintes relatives à la possible atteinte à la sécurité juridique (Section 1) ; les craintes qui voient le contrôle diffus comme un outil qui permet l'arbitraire judiciaire ou administratif (Section 2) ; enfin, de manière plus spécifique, certains auteurs ont affirmé que le contrôle diffus n'existait pas ou ne devait pas exister parce qu'il ne serait pas compatible avec le système concentré de contrôle de constitutionnalité (Section 3).

SECTION 1 UNE ATTEINTE À LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

573. Il est courant d'écouter des juristes et des professeurs, ainsi que de lire des auteurs colombiens, qui critiquent l'existence et la pratique du contrôle diffus en Colombie en s'appuyant sur *l'idée de sécurité juridique*. En revanche, la plupart de ces critiques restent assez vaines en raison de la complexité et de l'ampleur de ce concept difficile à cerner. Nous faisons cette précision parce que malgré sa constante invocation, et sa centralité dans le discours sur l'État de droit moderne, le concept de sécurité juridique n'a jamais été un sujet facile à traiter, ni n'a fait l'objet d'un consensus. Il nous semble que de nombreuses idées sont mises

en relation avec ce principe, ce qui explique qu'il soit souvent désigné comme une « nébuleuse »[491] théorique, de difficile conceptualisation[492].

574. Pour éviter de dévier vers ces difficultés, nous voudrions borner notre analyse à une classification descriptive de ces critiques, en nous concentrant sur ce que nous croyons que les auteurs veulent dire en se référant à cette notion. Ainsi, nous traiterons, en premier lieu, celles liées au manque de prévisibilité du droit (Paragraphe 1). Ensuite, nous traiterons des questionnements qui - comme conséquence de l'idée antérieure - ont été exposés au regard d'une mise en cause du principe d'égalité dans l'application du droit qui serait causée par la pratique d'un contrôle diffus en Colombie (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Le manque de prévisibilité du droit

575. L'idée de liberté propre au modèle de l'État de droit moderne suppose nécessairement ce qu'on le nomme une *prévisibilité du droit* : les textes normatifs doivent permettre citoyens de pouvoir anticiper les conséquences juridiques de leurs actes, pour ainsi pouvoir prendre des décisions libres et conscientes. Autrement dit, pour que les citoyens agissent en liberté, ils doivent pouvoir décider d'obéir ou de transgresser les règles en toute conscience. À cet effet, les dispositions juridiques doivent être les plus claires, précises ou compréhensibles possible ; mais aussi être publiées préalablement à leur entrée en vigueur pour être connues de tous les citoyens. En connaissant les actes interdits, encadrés ou ordonnés, ils pourront décider librement d'obéir au droit ou de ne pas le faire mais en étant conscients des conséquences de leur inaccomplissement.

576. Or, pour certains auteurs, l'existence d'un contrôle diffus génèrerait une atteinte à cet objectif de prévisibilité du droit puisque les citoyens ne pourraient pas savoir de manière définitive si une norme sera appliquée ou écartée, selon quels critères, et par qui ; et ce même si la disposition est claire, précise et même connue

[491] HUBEAU, F. Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes'. *Cahiers de droit européen*. 1983, p. 143 [in] ; GUERRERO CAÑON, Mariangela. *Le principe de la sécurité juridique en droit constitutionnel. Approche comparative en droit français et colombien*. [S. l.] : Université de Montpellier I, 2011, p. 6.

[492] Pour approfondir sur le sujet, voir l'intéressante thèse - non publiée - de GUERRERO CAÑON, Mariangela. *Le principe de la sécurité juridique en droit constitutionnel. Approche comparative en droit français et colombien*. [S. l.] : Université de Montpellier I, 2011.

préalablement de tous. Sans pouvoir déterminer préalablement la conséquence de leurs actes, les individus ne pourraient donc pas agir librement. Ce manque de liberté affecterait la confiance des individus dans la protection effective de leurs droits et, par conséquent, affecterait toute initiative privée.

577. On peut trouver cet argument dans les travaux de Javier TOBO RODRIGUEZ qui affirme que l'exception d'inconstitutionnalité génère un manque de certitude sur la validité des normes, puisqu'un juge ou fonctionnaire « à tout moment, peut décréter la non-application du précepte qui fonde la prétention de l'intéressé, en générant entre les citoyens un sentiment d'angoisse inconvenant, qui arrive à affecter la crédibilité de l'organisation étatique »[493]. De manière assez pertinente, Humberto SIERRA PORTO conclut suivant la même idée que « *les citoyens détourneraient leurs activités pour n'avoir pas de certitude sur l'application des préceptes légaux* »[494].

578. À partir de cet argument, ces auteurs tendent également à démontrer que le contrôle diffus empêcherait l'uniformité de la jurisprudence. Cette idée consiste à dire que si un juge ou fonctionnaire peut ne pas appliquer une norme, selon son propre critère de constitutionnalité, *un autre* juge ou fonctionnaire, à partir d'un critère contraire, peut lui ne pas douter de l'application de la même norme. Autrement dit, tandis que quelques-uns peuvent interpréter la norme comme inconstitutionnelle, d'autres peuvent ne pas questionner sa constitutionnalité (et donc ils appliqueront la disposition légale). En définitive, la jurisprudence (voire l'ensemble des décisions juridictionnelles) ne pourra jamais être uniforme. Par conséquent, ni les particuliers, ni même les juristes ne pourraient prévoir le contenu normatif de l'ordonnancement juridique.

579. L'idée que nous venons de relever expliquerait pourquoi plusieurs autres auteurs ont souligné l'incongruence du contrôle diffus avec l'ordonnancement colombien qui - à la différence du modèle juridique des États-Unis - ne dispose pas d'un système de précédents ni ne prévoit un recours direct permettant au plus haut juge constitutionnel d'unifier les diverses interprétations

[493] TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4e éd. Bogota : Ibañez, 2012, p. 194-195.

[494] SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 244.

des juridictions et d'indiquer ainsi aux juges la manière appropriée de se prononcer sur les affaires dans lesquelles la constitutionnalité d'une norme est discutée[495].

580. En définitive, le principal objectif relatif à la sécurité juridique, mis en évidence par les auteurs cités, est que les normes soient claires pour permettre une prévisibilité des conséquences juridiques des actes des individus. L'exception d'inconstitutionnalité permettrait de méconnaître ces normes et, par conséquence, réduirait la confiance des citoyens dans ces normes. De plus, cette mise en cause de la confiance dans la prévisibilité du droit se traduirait par un traitement inégal des destinataires des normes.

PARAGRAPHE 2 L'atteinte au principe d'égalité

581. Les critiques du contrôle diffus colombien que la doctrine propose à partir du principe d'égalité sont principalement la conséquence de l'argument d'un manque de prévisibilité du droit précédemment exposé. En effet, selon la conception classique de l'État de droit, l'égalité devant la loi implique que les normes soient appliquées d'une manière homogène ; ce qui requiert que les règles soient rédigées de manière claire et précise mais aussi qu'elles ne soient pas soumises à l'arbitraire interprétatif des juges. Suivant cette compréhension de l'État de droit, le juge est conçu comme une « espèce d'automate » qui déterminerait l'adéquation de faits au contenu normatif d'une règle puis, par la voie de la logique du syllogisme, déciderait d'une conséquence juridique déterminée et prévue par la norme elle-même.

582. Cette approche classique, un peu épurée par le temps mais toujours présente, a été le pilier de l'argumentation de certains auteurs qui ont exposé l'idée selon laquelle l'existence de l'exception d'inconstitutionnalité et son exercice engendreraient des violations du principe d'égalité.

---

[495] RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 6. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0 ; LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Aspectos de la jurisdicción constitucional en Colombia. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 49-50 ; CAPPELLETTI, Mauro et ADAMS, John Clarke. Judicial Review of Legislation : European Antecedents and Adaptations. *Harvard Law Review*. 1966, Vol. 79, no 6, p. 1215 ; CASTRO, Jaime. Intervención del señor Ministro de Gobierno. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 113-114.

583. Avant 1991, quelques auteurs ont mis l'accent dans leurs critiques sur le problème de l'égalité, mais de manière plutôt abstraite. Un des premiers commentateurs du système de contrôle de constitutionnalité colombien, Eduardo RODRIGUEZ PIÑEREZ, a ainsi souligné l'inconvenante inégalité générée par les systèmes de contrôle diffus en raison de la « *jurisprudence variée* » sur une matière déterminée qu'ils produisent[496]. L'argument principal à l'appui de cette position est que des justiciables en principe égaux devant la loi peuvent se voir appliquer une disposition qui pour d'autres ne le sera pas. Carlos RESTREPO PIEDRAHITA est allé encore plus loin en ajoutant à l'argument général de l'égalité, une anecdote personnelle concernant deux affaires similaires dans lesquelles il est intervenu en tant qu'avocat mais dans des tribunaux différents. Dans les deux cas, il a invoqué l'exception d'inconstitutionnalité mais alors que l'un des juges l'a acceptée, l'autre ne l'a pas fait[497]. De cet exemple de sa propre expérience pratique, l'auteur tire la conclusion que le contrôle diffus engendre un traitement inégal de deux individus supposés égaux qui, en principe justiciables d'une même norme déterminée, *seront traités différemment* selon les diverses approches ou conceptions qu'ont les juges de la constitutionnalité de la norme en question.

584. Après 1991, Javier TOBO et Humberto SIERRA PORTO ont ajouté à leurs critiques du contrôle de constitutionnalité le fait qu'une personne puisse obtenir la satisfaction d'un intérêt déterminé en se fondant sur une norme juridique tandis qu'une autre personne, qui se basera sur une norme semblable, obtiendra une réponse *contraire* des autorités[498].

585. D'une manière plus raffinée - il nous semble -, le professeur SIERRA PORTO argumente que l'atteinte au principe d'égalité est causée par l'incertitude que le contrôle diffus génère sur la validité des normes. À cet égard, il affirme que l'atteinte au principe d'égalité ne consiste pas seulement dans le fait que la

---

[496] RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 6. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

[497] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32.

[498] TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4e éd. Bogota : Ibañez, 2012, p. 194-195.

jurisprudence soit variée ou diverse, puisqu'il existe des mécanismes pour que les Hautes juridictions connaissent ces cas et reconduisent la jurisprudence de manière cohérente. Pour cet auteur, le problème principal concernant l'inégalité est que le contrôle diffus légitime le fait que n'importe quel juge puisse questionner la validité de normes sans que cette décision n'affecte leur appartenance à l'ordonnancement juridique et, par conséquent, n'affecte pas non plus le jugement d'un même type de cas qui pourrait être rendu par *un autre juge*. Finalement, ce dispositif conduirait à ce que *quelques-uns* soient jugés avec certaines normes et que d'autres ne se voient pas appliquer ces mêmes normes.

586. En conclusion, les auteurs qui ont mis en cause le fondement du contrôle diffus en raison d'une atteinte à la sécurité juridique partent principalement d'une appréhension de ce principe selon les postulats classiques de l'État de droit. À partir de cette perspective, ils montrent les difficultés que le contrôle diffus implique sur la confiance des individus dans l'ordonnancement juridique, puisque ce moyen affecte la certitude que l'on peut avoir des conséquences juridiques des actes normés. Ce manque de certitude est la conséquence du fait que le contrôle diffus légitime les juges ou fonctionnaires qui, discrétionnairement, déterminent si une norme est constitutionnelle ou si elle ne l'est pas. Cela engendrerait finalement une application inégalitaire de l'ordonnancement juridique en raison de la possibilité que quelques juges ou fonctionnaires considèrent une norme constitutionnelle et l'appliquent tandis que d'autres la considèrent inconstitutionnelle et donc ne l'appliquent pas.

587. D'autres auteurs insistent dans leurs critiques sur le fait que la décision du juge ou fonctionnaire qui exerce un contrôle diffus serait le fruit d'un raisonnement arbitraire. Étudions plus attentivement cet argument.

SECTION 2 UNE DÉCISION ARBITRAIRE DU JUGE OU DU FONCTIONNAIRE

588. Une des préoccupations les plus notoires des auteurs qui ont traité l'exception d'inconstitutionnalité est celle d'une possible interprétation arbitraire des juges et fonctionnaires pour appliquer ou ne pas appliquer le droit à leur convenance (Paragraphe 1). Or, étant donné que l'ordonnancement juridique a établi des sanctions en cas d'application arbitraire ou de non-application du droit,

les juristes peuvent éprouver une certaine crainte au moment de réaliser un contrôle diffus (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 L'arbitraire du juge ou fonctionnaire

589. Le phénomène du *légicentrisme* dont nous avons parlé ne consiste pas simplement à accorder une place privilégiée à la loi parmi les sources du droit conçues par le *Code civil* de la *Régénération* et dans le rôle indéfectiblement subordonné des décisions des juges à l'application de la parole de la loi. Il consiste aussi en l'installation d'une méthodologie et d'un paradigme *exégétiques* guidant la formation et l'application du droit dans la culture juridique colombienne ; une approche qui est encore présente à l'heure actuelle[499].

590. Son influence est en effet toujours visible parmi la doctrine ayant abordé la question du contrôle diffus ; aussi bien chez les premiers auteurs de la décennie 1910 que chez ceux de la décennie de 1980, ou même quelques-uns plus récents. Selon ces auteurs, le contrôle diffus impliquerait un excès de confiance - voire de pouvoir - des juges. Nombreux d'entre eux ont en effet exposé leurs préoccupations quant à un possible caractère arbitraire de leurs décisions. Certains de leurs questionnements portent sur de possibles erreurs dans les décisions mais, de manière majoritaire, les auteurs ont surtout manifesté une crainte que l'arbitraire des décisions ne soit pas contrôlé par la jurisprudence.

591. En effet, parmi les premiers auteurs, Eduardo RODRIGUEZ DE PIÑERES était le plus préoccupé par la formation des juristes et donc par les *erreurs* qui pourraient être commises par les juges ou les fonctionnaires. Pour lui, les connaissances médiocres des juristes en général et spécifiquement sur la matière qu'ils avaient à juger pourraient conduire à des erreurs et à des conséquences négatives sur tout le système[500].

Sa position, beaucoup plus proche de la *jurisprudence de concepts* allemande, insistait sur une critique des méthodes exégétiques bien consolidées dans la

---

[499] LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004 Chapitres 1-3.

[500] RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 6. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

formation juridique colombienne qui, à l'époque, ne consistait essentiellement qu'à répéter et connaître par cœur les dispositions normatives. À partir de ce manque de *méthode scientifique* dans la formation juridique, il conclut que les erreurs seraient très communes dans les décisions qui auraient pour objet de *ne pas appliquer* une norme[501].

592. Un autre parmi les premiers auteurs à avoir étudié le contrôle diffus, Tobias MONROY, a affirmé que la consécration de l'exception d'inconstitutionnalité rend possible que tout juge ou fonctionnaire décide de ne pas appliquer une norme juridique en s'appuyant seulement sur sa propre croyance du caractère inconstitutionnel de la disposition en question[502]. Pour sa part, Carlos E. RESTREPO a pu considérer qu'« une anarchie pourrait être générée si tout fonctionnaire avait la faculté de ne pas accomplir une norme tout simplement parce qu'il la juge inconstitutionnelle »[503].

593. Suivant la « logique » légicentriste de ces auteurs, la difficulté principale du contrôle diffus est donc qu'il donnerait une sorte d'autorisation à tout juge ou fonctionnaire de méconnaitre une norme ; ce juriste pouvant finalement faire prévaloir n'importe quelle raison pour ne pas l'appliquer.

594. Nous considérons que c'est une logique *légicentriste* qui sous-tend ces arguments parce que nous y identifions - comme corollaire de la place primordiale accordée à la loi - une négation formelle de la valeur normative des arrêts. Autrement dit, cette posture part de l'idée selon laquelle la jurisprudence ne constitue pas une source formelle (obligatoire) du droit ; elle peut être très persuasive - comme la *doctrine probable*[504] - mais jamais contraignante. Ainsi, les juges ne seraient absolument pas obligés de suivre les décisions des juges

---

501 LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004 Chapitre 3.

502 MONROY, Tobías. *Leyes inconstitucionales*. [S. l.] : Imprenta de San Bernardo, 1914, p. 134.

503 RESTREPO, Carlos Eugenio. Estudios constitucionales. *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*. 1912, Vol. 3, nº 25, p. 41-43; 73-81.

504 L'article 4 de la Loi 169 de 1896 établit que « trois décisions uniformes de la Cour de cassation sur un même point du droit constituent une doctrine probable et les juges pourront l'appliquer pour les cas analogues, chose qui n'empêche pas que la Cour change la doctrine si elle trouve erronée les décisions antérieures » CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 169 de 1896. *Diario Oficial*. Bogotá, 31 décembre 1896, nº 10235.

supérieurs et, par conséquent, disposeraient d'une large marge d'indépendance et d'autonomie qui peut être utilisée arbitrairement, sans « modèle conceptuel ».

595. Cet argument a aussi été mobilisé dans les années 1980, notamment par Carlos RESTREPO PIEDRAHITA qui, conséquent avec sa vision beaucoup plus *kelsénienne* du droit, défendait l'existence d'un contrôle de constitutionnalité concentré en éliminant le contrôle diffus. Pour lui, « si toute autorité adéquate ou compétente pour appliquer ou exécuter une norme peut l'appliquer ou non, l'exécuter ou ne pas l'exécuter selon son propre critère personnel, sans nul modèle conceptuel de référence jurisprudentielle concret et supérieur, le droit que la norme représente ou contient reste […] à la merci de celui qui l'applique ou l'exécute »[505].

596. Plus tard, Alfonso LÓPEZ MICHELSEN, juriste et politicien intéressé par le constitutionnalisme américain, exposera lui aussi des craintes en procédant à une comparaison des deux cultures juridiques qui lui permet de remarquer une différence notable entre la Colombie et les États-Unis : la jurisprudence de la Cour suprême de justice fédérale américaine s'applique *erga omnes* alors qu'en Colombie « chaque juge décide selon son opinion » sans uniformité de critères[506].

597. Cette posture met l'accent, implicitement, sur une comparaison entre la culture juridique colombienne largement formaliste qui ne donne pas d'importance normative aux arrêts, et la culture juridique américaine qui considère les décisions juridictionnelles comme étant obligatoires pour les juges (*précédent*) au moment de trancher des affaires ultérieures[507]. N'ayant pas cette force obligatoire, la jurisprudence colombienne ne disposerait pas des mécanismes nécessaires pour contrôler un exercice correct du contrôle diffus.

---

[505] Traduit par nos soins de l'original : « Si cualquiera autoridad con aptitud o competencia para aplicar o ejecutar una norma legal puede aplicarla o desaplicarla, ejecutarla o no ejecutarla, según su personal criterio, sin ningún patrón conceptual concreto y superior de referencia jurisprudencial, el derecho que la norma representa o contiene viene a quedar, algo así como si dijéramos, en vilo, en el aire, a merced del soplo discrecional del aplicador o ejecutor » RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32.

[506] LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Aspectos de la jurisdicción constitucional en Colombia. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 49-50.

[507] Selon la tradition de la *common law*, les arrêts des Hautes juridictions avaient d'abord une importance fortement persuasive, puis, depuis 1861, une importance formelle selon le principe *stare decisis*. Voir la célèbre affaire *Beamish vs. Beamish* (1861).

598. Cependant, des contrôles de l'exercice abusif, arbitraire ou source d'erreurs du contrôle diffus par les juges ou fonctionnaires existent. Un contrôle disciplinaire ou même pénal a été prévu pour éviter les effets néfastes de l'arbitraire d'un juge ou d'un fonctionnaire dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

PARAGRAPHE 2 Possibles sanctions pour l'exercice du contrôle diffus

599. Les craintes concernant l'abus, l'arbitraire ou des erreurs dans l'exercice du contrôle diffus ont été *traités* par l'État colombien avec des normes dictant des sanctions contre les conduites *manifestement* contraires à la loi. Ces sanctions, présentes dans de nombreux États, ont été envisagées en Colombie, marquée par le légicentrisme, comme une barrière pour éviter que les juges agissent en dehors de la loi.

600. Nous allons étudier ces sanctions qui ont été inclues dans l'ordonnancement juridique colombien (1), avant de revenir à l'analyse des données de notre sondage pour observer que ces craintes sont présentes dans la pensée des juristes au point de se manifester en pratique (2).

1 Les sanctions d'un agissement contraire à la loi

601. L'ordonnancement juridique colombien a établi des normes qui sanctionnent les fonctionnaires s'éloignant des missions et fonctions qui leur ont été confiées et agissant ouvertement contrairement à ce que prévoit le droit.

602. De telles normes existent aussi dans d'autres ordonnancements juridiques, sûrement pour protéger l'application stricte et littérale de la loi. Cependant, en Colombie, ces sanctions ont certainement contribué à ce que les fonctionnaires publics - juridictionnels inclus - évitent d'exercer le contrôle diffus. En général, ce sont des sanctions pénales et disciplinaires.

603. D'une part, le *Code pénal* prévoit les crimes de prévarication active et passive respectivement dans ses articles 413 et 414. Les deux types de crimes relèvent de la non-application d'une norme.

Précisément, l'article 413 du Code pénal dispose que « Le fonctionnaire public qui émet une résolution, avis ou concept manifestement contraire à la loi, sera

passible de prison entre 3 et 8 ans […] »[508]. De son côté, l'article 414 du Code pénal établit que « le fonctionnaire public qui omet, retarde, refuse ou dénie un acte propre de ses fonctions, sera passible de prison de 2 à 5 ans […] »[509].

604. D'autre part, l'article 35 du *Code disciplinaire unique* établit une série d'interdictions pour les fonctionnaires publics ou des particuliers qui exercent des fonctions publiques. En particulier, le paragraphe 1 de l'article 35 interdit spécifiquement de : « ne pas respecter les devoirs ou abuser des droits ou dépasser les limites contenues dans la Constitution, les traités internationaux ratifiés par le Parlement, les lois, les décrets, les ordonnances [départementales] les Accords des districts et municipalités, les statuts des entités, les règlements et les manuels des fonctions, les décision juridictionnelles et disciplinaires, les conventions collectives et les contrats de travail »[510].

605. Selon ces dispositions, la conduite interdite est donc celle d'agir manifestement ou ouvertement contre ce qui a été prescrit par la loi. Cette conduite est associée s'agissant des juristes à l'activité de ne pas appliquer une norme parce que, dans ce cas, ils agiraient à l'encontre de ce qui a été édicté par une disposition. Autrement dit, un fonctionnaire ou juge qui n'appliquerait pas une norme l'obligeant

---

[508] Traduction par nos soins de l'original : ARTICULO 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal. Ley 599 de 2000. *Diario oficial 44097* [en ligne]. Bogotá, 24 juillet 2000. [Consulté le 25 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388.

[509] Traduction par nos soins de l'original : ARTICULO 414. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal. Ley 599 de 2000. *Diario oficial 44097* [en ligne]. Bogotá, 24 juillet 2000. [Consulté le 25 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388.

[510] Traduction par nos soins de l'original :

ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 5 février 2002. [Consulté le 27 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589.

à agir d'une manière déterminée, qui refuserait ou qui dénierait un acte propre de ses fonctions, parce qu'il l'interprète comme étant inconstitutionnelle, commettrait *objectivement* une conduite qualifiée de prévarication (active ou passive) ou, à tout le moins, une faute disciplinaire grave. La seule présence de ces dispositions dans l'ordonnancement juridique est un obstacle qui, ajouté aux enseignements superficiels reçus par les étudiants, empêchent que le contrôle diffus soit largement appliqué malgré le fait que les juristes pensent qu'il peut être appliqué.

2 La crainte des juristes d'être sanctionnés

606. Ces craintes de sanctions lors de l'exercice du contrôle diffus proviennent, il nous semble, de l'existence de cas de conjonction de sanctions pénales et disciplinaires à l'encontre de juges ou fonctionnaires pour exercice incorrect dudit mécanisme. Parmi les juristes que nous avons questionnés, nous avons noté une tendance à une réduction de cette crainte parmi ceux ayant achevé leurs études plus récemment.

607. Le premier point que nous voulons traiter est celui de l'existence de quelques cas de sanctions de juristes qui ont exercé le contrôle diffus. Premièrement, nous avons relevé que la Cour suprême de justice a connu au moins une demande de cassation pénale d'un arrêt condamnatoire contre un juge qui a concédé un recours d'*Habeas corpus* en se fondant juridiquement sur l'exception d'inconstitutionnalité. La Cour a confirmé la décision condamnatoire de première instance[511].

[511] Le juge avait déterminé l'admissibilité du recours d'*Habeas corpus* pour deux raisons. En premier lieu, il a relevé que l'ordre d'arrestation en vertu du traité d'extradition avec les États-Unis était formellement dirigé à d'autres personnes et non au citoyen arrêté. Malgré les corrections apportées par le Gouvernement américain et le Ministère de justice, le juge a considéré qu'elles n'étaient pas suffisantes pour pallier les défauts de légalité de l'acte. En second lieu, il a aussi statué qu'un ordre d'arrestation provenant d'une autorité administrative était contraire à la Constitution en vigueur, raison pour laquelle le juge a déterminé exercer l'exception d'inconstitutionnalité sur ce point. Malgré tout, la décision n'a pas concédé physiquement la liberté au requérant, mais elle a ordonné de le mettre à disposition de l'Armée nationale parce que celui-ci avait aussi été condamné par la justice pénale militaire.

Il est particulièrement intéressant de noter l'interprétation à partir de laquelle le juge s'est fondé pour ne pas appliquer la norme. La Chambre de cassation pénale de la Cour suprême de justice a argumenté que le juge n'avait que la faculté de ne pas appliquer les normes du Code de procédure pénale, puisqu'elles seraient les normes que le juge aurait à appliquer pour ce cas, mais il ne pouvait pas exercer l'exception d'inconstitutionnalité d'une norme dont l'application est de la compétence d'une autre autorité. SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 19 de noviembre de 1991. *Gaceta judicial*. 1991, n° 2450, p. 532-541. Cette affaire a été aussi analysée

En outre, dans la base de données du Ministère public - institution compétente en matière de contrôle disciplinaire des fonctionnaires publics en Colombie -, nous avons seulement trouvé un autre cas ces dix dernières années d'un fonctionnaire sanctionné au regard de l'exercice de l'exception d'inconstitutionnalité[512].

608. Ce peu de cas, nous semble-t-il, ne suffit pas à effrayer les juristes et à les conduire à ne pas exercer le contrôle diffus. Nous n'avons en effet observé aucune sorte d'*attaque étatique* contre ceux qui ont exercé le contrôle diffus. En revanche, il a sûrement existé d'autres cas qui ne sont pas remontés aux Hautes juridictions. Probablement, tout ceci a contribué à la diffusion d'une crainte parmi les juristes.

609. À ce premier mécanisme anxiogène, nous devons ajouter les écrits de plusieurs auteurs colombiens qui, assez récemment, ont considéré que cette crainte était un facteur de réduction de l'application du procédé[513].

610. En tout état de cause, si nous revenons à notre sondage, nous pouvons observer moins de craintes parmi les juristes consultés. Précisément, nous avons proposé certaines propositions qui pourraient être liées au contrôle diffus et nous leur avons demandé de choisir celles avec lesquelles ils s'identifiaient le plus. Comme on peut l'observer sur le *Graphique 18*, il existe une tendance à la diminution de cette crainte chez les *générations de juristes* les plus jeunes.

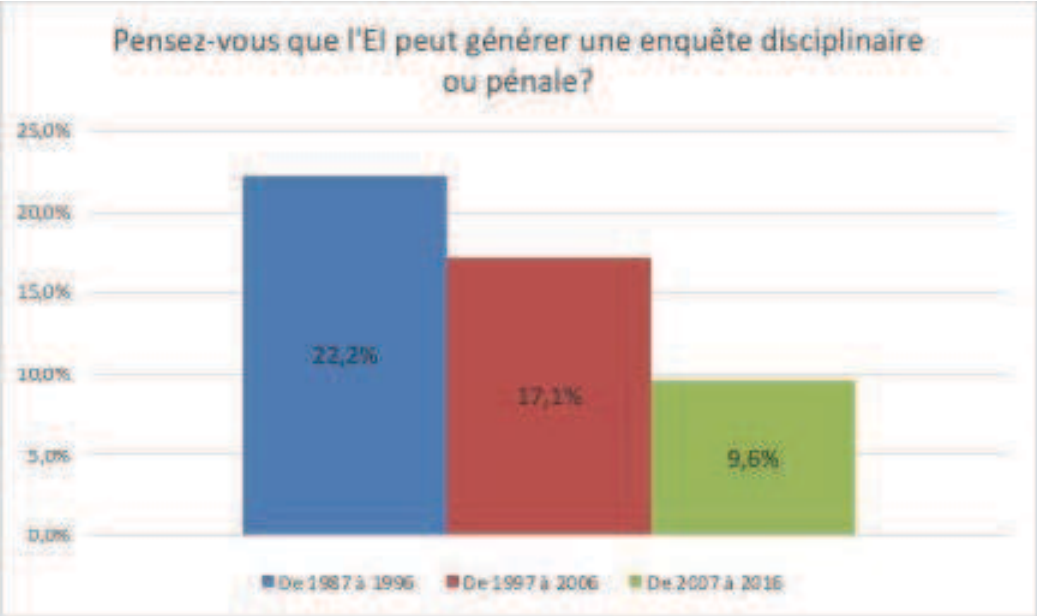
---

par le même magistrat dans le cadre un recours en appel devant la Cour suprême de justice. Voir SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Decision a recurso de apelación de auto de detención preventiva. *Gaceta judicial*. Bogotá, 12 mai 1988, n° 2432, p. 430-440.

[512] Procuraduría General de la Nación

[513] QUINCHE RAMIRES, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 5e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2012, p. 536 ; QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014, p. 300 ; MUÑOZ ARIAS, Luz fanny et TRIANA TRIANA, Carlos José. La excepción de inconstitucionalidad en la función administrativa. *Ambiente jurídico*. 2010, n° 12, p. 151-156.

GRAPHIQUE 18.



611. Tandis qu'un juriste sur cinq ayant achevé ses études entre 1987 et 1996 s'est identifié avec l'idée que le contrôle diffus peut générer des sanctions, cette proportion descend progressivement jusqu'à la moitié, soit un juriste sur dix, chez ceux ayant achevé leurs études pendant la décennie 2007-2016.

612. En conclusion, bien qu'elle soit présente dans la doctrine, dans la pensée des juristes consultés et malgré des affaires de juges ou fonctionnaires sanctionnés du fait d'un mauvais exercice du contrôle diffus, cette crainte ne semble pas, pour ces juristes qui l'exercent, démontrer une sorte d'*attaque étatique* à son encontre. Ce fait peut expliquer pourquoi on constate une réduction progressive de cette crainte de sanction parmi les juristes que nous avons consultés.

613. Un autre type de critique porte sur l'existence même du contrôle diffus au regard des modèles de justice constitutionnelle.

SECTION 3 L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LES SYSTÈMES DIFFUS ET CONCENTRÉ

614. Une dernière crainte présente dans la doctrine que nous voudrions examiner fait référence à la possible incompatibilité entre le contrôle diffus et le contrôle concentré en raison d'un manque d'harmonisation de la pratique de ces deux dispositifs (Paragraphe 1). L'argument le plus solide d'une possible

incompatibilité met en évidence la dualité (répétition) du système de contrôle colombien (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 L'origine du questionnement sur un manque d'harmonie

615. La méthode exégétique qui a été très présente dans la formation juridique colombienne, on l'a vu, défendait d'une manière plutôt sacrée la place privilégiée de la loi dans le système juridique. Pour les premiers auteurs ayant écrit sur le nouveau système de justice constitutionnelle de 1910, le contrôle diffus était ainsi perçu comme une sorte de défaut dans le paysage juridique colombien.

D'après Tobias MONROY, la consécration d'un contrôle diffus a même été une erreur[514]. Sa crainte se référait essentiellement au risque d'une jurisprudence trop diverse et non uniforme mais son argumentation dénote aussi plus largement la difficulté qu'éprouvaient les auteurs à reconnaître une place à la jurisprudence parmi les sources du système normatif légicentriste. De son coté, Eduardo RODRIGUEZ PIÑERES considérait que l'existence de deux systèmes, prévus aux articles 40 et 41 de l'Acte législatif 3 de 1910, était une situation extrême qui n'aurait pas dû se produire. L'auteur expliquait ainsi son adoption par la nécessité de l'Assemblée de renforcer les mécanismes de contrôle constitutionnel du pouvoir politique[515].

616. Plus récemment, si nous suivons les recherches du professeur LÓPEZ MEDINA, nous y apprenons que les idées du positivisme *kelsénien* ont commencé à être importées dans la doctrine nationale vers la moitié du XX^{e} siècle. Pourtant, la réception de ces théories plus raffinées est essentiellement restée bornée au monde académique ; la pratique et la formation juridiques n'ayant pas tellement évolué dans leurs dogmes accordant une place centrale au légicentrisme et au formalisme[516].

---

[514] MONROY, Tobías. *Leyes inconstitucionales*. [S. l.] : Imprenta de San Bernardo, 1914, p. 134.

[515] RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 16. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0.

[516] LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004, p. 341-398.

617. Les idées de KELSEN sur la justice constitutionnelle ont été reçues en Colombie comme une façon de justifier l'existence d'un contrôle concentré et d'une action publique de constitutionnalité, mais en renforçant les craintes quant à l'« exotisme » du contrôle diffus colombien[517]. En effet, le plus grand défenseur d'un contrôle exclusivement concentré au XX^{e} siècle, Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, a utilisé des arguments très proches de la pensée des *kelséniens* pour appuyer, en 1957, le besoin de modifier le système de justice constitutionnelle afin, entre autres, d'*éliminer le contrôle diffus* qu'il a pu qualifier à plusieurs reprises d'*anti-technique*[518].

618. Un peu plus tard, les idées de Mauro CAPPELLETTI, célèbre professeur italien, ont été très importantes en Colombie pour le renforcement de l'idée selon laquelle le contrôle diffus est incompatible avec les systèmes relevant de la tradition du droit romain. En effet, l'auteur argumente, à partir d'une série d'exemples[519], que les États de tradition juridique romaine n'ont pas eu de très bons résultats lorsqu'ils ont tenté de pratiquer un contrôle diffus. Malgré quelques exceptions, que lui-même énonce, il considère de manière générale que la formation des juristes en Europe continentale était beaucoup plus coutumière d'une méthode privilégiant l'interprétation des textes écrits. Par conséquent, ces juristes étaient peu préparés à accorder une place normative à la jurisprudence[520].

619. Les idées du professeur CAPPELLETTI ont influencé de manière importante la doctrine latino-américaine, tant en raison de leur approche pluridisciplinaire (touchant aussi bien le droit procédural, le droit comparé que la justice constitutionnelle), que de ses visites et échanges fréquents dans des pays latino-américains (il a visité à plusieurs reprises la région pour participer à des

---

[517] LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004, p. 341-398.

[518] RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 96-106 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32.

[519] En particulier, il cite la constitution de Weimar.

[520] CAPPELLETTI, Mauro et ADAMS, John Clarke. Judicial Review of Legislation : European Antecedents and Adaptations. *Harvard Law Review*. 1966, Vol. 79, n^{o} 6, p. 1215-1216.

congrès ou des conférences)[521]. Ainsi, plusieurs auteurs de la région vont jusqu'à penser qu'il est l'un des *pères* du droit procédural constitutionnel[522].

620. Dans le cadre colombien, ses idées ont connu une réception importante. Les voix de plusieurs professeurs réputés se sont en effet élevées pour argumenter que l'existence d'un contrôle diffus était *peu technique* et donc peu utile pour le système colombien. Selon SÁCHICA, pour citer un exemple, le contrôle diffus serait ainsi anti-technique à cause de l'existence parallèle d'un contrôle concentré[523].

621. Ce supposé *manque de cohérence du système de justice constitutionnelle* a généré ce que certains auteurs ont appelé, en s'appuyant sur un jeu de mots avec les termes espagnols *difuso/confuso* (diffus/confus), le contrôle *diffus confus* propre au système juridique colombien[524].

622. Il importe d'insister sur le fait que ces postures ont fortement influencé la pensée juridique nationale mais qu'elles ont aussi reçu de vives critiques très pertinentes de la part de certains auteurs qui ont défendu la cohérence du système colombien et la compatibilité des deux types de contrôle en son sein[525].

---

[521] Il s'est notamment rendu à plusieurs reprises le Mexique. A cet égard, voir : FERRER, Eduardo. Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado. *Derecho & Sociedad Asociación Civil - Pontificia Universidad Católica del Perú* [en ligne]. 2007, n° 29, p. 327-329. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : https://goo.gl/cyJzJi.

[522] Nombre d'auteurs défendent cette idée. Par exemple : NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2010, p. 19-21 ; GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. 1re éd. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 64-68.

[523] SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad*. 3e éd. Bogotá : Temis, 1988, p. 53-54 ; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32-33.

[524] Par exemple : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 32 ; SÁCHICA, Luis Carlos. *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. 1re éd. Bogotá : Temis, 1993, p. 26 ; ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. La Constitución de 1991 y el principio de seguridad jurídica. Dans : *Posesión como miebro correspondiente de la Academia Colombiana de Historia*. Bogotá, 2005, p. 5.

[525] La défense la plus pertinente à nos yeux du contrôle constitutionnel colombien a été réalisée par GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988, p. 30-78.. Après la Constitution de 1991, BREWER CARIAS a défendu aussi emphatiquement le modèle colombo-vénézuélien de justice constitutionnelle. À cet égard, voire : BREWER CARÍAS, Allan. *El sistema mixto o integral de contro de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 24-28 ; BREWER CARÍAS, Allan. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá : Ediciones Doctrina y ley, Editorial Jurídica Venezolana, Investigaciones jurídicas S.A., 2013, p. 58-64.

623. Cependant, la crainte ici étudiée se fonde sur l'analyse qu'ont fait les auteurs d'un problème bien réel : la tradition de la formation et de la pratique juridiques colombiennes a été fortement réticente à évoluer pour se détacher d'un modèle légicentriste et plutôt exégétique. En effet, conformément à cette *tradition*, qui considère encore les juges comme des *bouches de la loi* (pour faire référence à l'expression classique de Montesquieu), un juge qui tranche une affaire *contra legem* va à l'encontre des racines les plus ancrées du système ; un cas de figure difficilement acceptable pour les partisans de cette approche. Toutefois, on a pu également relever l'existence d'une critique beaucoup plus raffinée et technique relevant l'incohérence du système colombien de justice constitutionnelle disposant de deux moyens plutôt opposés pour faire la même chose ; une répétition qui ne serait pas pertinente.

PARAGRAPHE 2 La dualité du système de justice constitutionnelle colombien

624. La critique qui nous semble la plus fine quant à une possible incompatibilité entre les systèmes de justice constitutionnelle concentré et diffus est exposée, à notre sens, par le professeur SIERRA PORTO. L'auteur se fonde sur le concept de « *présomption spéciale de validité de la loi* » pour donner un fondement à cette incompatibilité.

625. Selon lui, la loi, en tant qu'expression de la volonté populaire exprimée par le Parlement, profite d'une présomption privilégiée de validité. Si les décisions sont prises par l'organe démocratiquement élu en respectant les exigences de procédure, notamment celle d'un vote majoritaire, elles entrent dans l'ordonnancement juridique en tant que normes. Elles sont donc valides dès leur publication et les individus ne peuvent les mettre en question. Autrement dit, la « *présomption de validité implique en pratique un devoir de respect et d'obéissance par tous les citoyens, fonctionnaires et pouvoirs publics* »[526].

626. La présomption de validité de la loi trouve un fondement normatif dans l'article 230 de la Constitution qui établit que « *les juges ne sont soumis, dans*

[526] SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 214.

leurs décisions, qu'à l'empire de la loi »[527]. Ainsi, pour l'auteur, il semble évident que les juges, soumis à la loi, n'ont pas la compétence de la méconnaître ou la remettre en cause.

627. Si l'on souscrit à cette posture, le contrôle diffus ne serait pas admissible par principe. Si tout juge détenait la compétence de mettre en cause et de juger une loi qui lui semble contraire à la Constitution, la possibilité de ne pas appliquer une norme, y compris les lois qui expriment la volonté populaire, conduirait à mettre en cause constamment la valeur normative de ces dernières.

628. Ainsi, la Constitution colombienne ayant créé une Cour constitutionnelle chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire de *la validité de ces normes*, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité diffus conduirait à une dualité du système de contrôle. Autrement dit, on aurait deux moyens *de faire la même chose* ; à savoir déterminer la conformité d'une norme à la Constitution[528]

629. Dès lors, Humberto SIERRA PORTO conclut que la meilleure manière de donner une cohérence au système colombien est de considérer qu'il n'existe *qu'un seul système* et qu'il s'agit du contrôle concentré judiciaire de constitutionnalité. En effet, selon lui, l'article 4 n'ajoute pas un contrôle diffus au système de justice constitutionnelle mais un « principe fondamental pour l'interprétation du reste de l'ordonnancement constitutionnel : rien d'autre que la suprématie constitutionnelle et la valeur normative des dispositions constitutionnelles »[529].

630. Bien que cette posture soit controversée autant théoriquement que par la pratique de certains États, et même par les propres décisions de son auteur

---

[527] Traduit par nos soins de l'original : ARTICULO 230 : Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[528] SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 224-225.

[529] SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 227.

comme juge constitutionnel[530], la question posée reste d'une importante perspicacité : quel sens pouvons-nous donner à un système qui établit une Cour constitutionnelle pour contrôler la validité des normes, si, dans le même temps, ce même système octroie la compétence de ne pas appliquer les normes à tout juge et même à tout fonctionnaire chargé de le faire s'il les considère inconstitutionnelles ? La réponse à cette question dépendra du concept que l'on se fait du contrôle diffus, sujet central de la prochaine partie de notre démonstration.

[530] En effet, le professeur SIERRA PORTO a été juge à la Cour constitutionnelle où il a proposé en tant que rapporteur - et la Cour a confirmé ses positions - l'exercice du contrôle diffus à plusieurs reprises. À manière d'exemple : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 036 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 février 2005, p. 7. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2005/A036-05.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-389 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 28 mai 2009, p. 32. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-389-09.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1028 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 décembre 2010, p. 39. [Consulté le 12 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1028-10.htm.

CONCLUSION TITRE II

631. Dans ce titre, nous avons tenté de mesurer les difficultés réelles du contrôle diffus au regard de la culture légicentriste colombienne. Pour ce faire, nous avons abordé les défauts liés à la formation et à la recherche en la matière, puis nous avons tenté une description des craintes des juristes qui se sont assises sur la culture juridique locale pour mettre en cause la justesse de l'existence et de l'exercice d'un contrôle diffus.

632. Nous sommes partis du constat que la culture juridique majoritaire en Colombie est héritière des fondements du droit de la *codification civile* de la fin du XIX^{e} siècle. Inspiré pas le Code Napoléon de 1804, le Code civil colombien a consolidé l'exégèse comme la méthode principale d'interprétation de tout le droit. Cette nouvelle perspective s'est très bien ajustée à une formation juridique caractérisée par un apprentissage par cœur des enseignements. Dans ce contexte, les textes juridiques, plus que des règles à appliquer, étaient le centre des connaissances du juriste. Suivant cette perspective, l'exercice d'un contrôle diffus va non seulement à l'encontre de la loi mais aussi des connaissances même des juristes.

633. Cette méthode de formation des juristes fondé sur un apprentissage poussé des normes a caractérisé la Colombie durant tout le XX^{e} siècle. Nous avons tenté une mesure plus fine de cette question, en nous intéressant à la formation juridique en Colombie en matière de contrôle diffus. Ce faisant, nous avons testé le postulat selon lequel le sujet a été pauvrement traité par la doctrine de même que son enseignement a été réduit à de courts développements. Ces éléments expliqueraient l'exercice finalement plutôt rare du contrôle diffus en Colombie.

634. Pour mesurer la pertinence de cette hypothèse, nous avons en premier lieu entrepris d'analyser la formation juridique en matière de contrôle diffus. Ainsi, nous avons pu noter qu'il n'avait pas été tellement étudié par la doctrine colombienne. Autant les ouvrages généraux de droit constitutionnel que les plus spécialisés sur la justice constitutionnelle ont centré leur analyse sur le contrôle concentré. Le contrôle diffus n'est souvent abordé que dans quelques pages et dans le cadre de développements plutôt laconiques. Bien que plus d'un siècle se soit écoulé depuis la consécration du contrôle diffus, ni le contenu ni la quantité de pages des ouvrages de droit n'ont véritablement évolué au cours des années ; dans les

ouvrages généraux comme dans ceux spécifiquement dédiés à la justice constitutionnelle colombienne. Le manque d'intérêt pour le sujet est donc manifeste.

635. Ce constat est encore plus fort si l'on tient compte du fait que sous l'empire de la Constitution de 1886, nul article ni livre n'a été écrit sur le sujet. Ce n'est en effet qu'au cours de la décennie 1990 que les premiers ouvrages traitant le sujet ont commencé à apparaître en Colombie.

636. Ainsi, nous avons relevé une douzaine d'écrits publiés ces deux dernières décennies ayant directement abordé la question du contrôle diffus. Sauf quelques exceptions, ces études ont essayé de décrire le fonctionnement de l'exception d'inconstitutionnalité faisant fi de son caractère complexe et problématique ; comme s'il s'agissait d'une figure ne faisant l'objet d'aucune difficulté.

637. Ce traitement lacunaire par la doctrine s'est reflété dans une formation universitaire également insuffisante. Selon les données indicatives du sondage que nous avons réalisé en 2016, même si certains juristes consultés ont eu une perception de clarté et de suffisance quant aux enseignements qu'ils ont suivis sur le sujet, ceux-ci sont généralement très brefs, dépassant très rarement une heure de cours. Finalement, sept juristes sur dix de notre échantillon ont affirmé ne pas se sentir suffisamment formés par leur faculté respective pour exercer un contrôle diffus.

638. Si l'on adopte une vision un peu plus optimiste, ce sondage nous a tout de même révélé que plus les juristes ont achevé leurs études récemment (classement des données par groupes de juristes selon l'année d'achèvement de leurs études, par décennies), moins ils affirment n'avoir jamais étudié ce sujet dans le cadre de leur formation universitaire ; un constat qui montre donc une certaine amélioration bien que les enseignements qu'ils ont reçus, de fait, ne sont toujours majoritairement que de courtes références au dispositif.

639. Dans ce contexte de traitement lacunaire de la part de la doctrine et de l'université, on s'attend à un exercice du contrôle diffus également réduit. C'est ce que confirment les réponses des juristes consultés : seulement dix pour cent

d'entre eux ont invoqué ou exercé un contrôle diffus durant leur carrière professionnelle.

640. En revanche, à juger par le nombre de décisions des Hautes juridictions colombiennes, on peut noter une augmentation très importante du nombre d'affaires portant sur un contrôle diffus, surtout depuis 1991. Chose étonnante, on observe en particulier que le contrôle diffus est à l'heure actuelle plus exercé par la Cour suprême de justice et le Conseil d'État que par la Cour constitutionnelle elle-même. Par ailleurs, ces trois dernières années témoignent de pics historiques de son exercice dans ces juridictions.

641. À la différence de ce que l'on peut *a priori* penser, le contrôle diffus n'est donc plus un procédé très résiduel. Il est de plus en plus employé par les Hautes juridictions et, sur leur exemple, on attendrait qu'il le soit aussi par les juges inférieurs. De plus, on note un intérêt croissant du monde académique colombien pour le contrôle diffus. Le sujet commence à être traité plus sérieusement ; autant par la doctrine que dans les facultés de droit. Les choses semblent progressivement évoluer.

642. Cependant, le climat historique d'une méconnaissance répandue du contrôle diffus a encouragé l'exposition de critiques à l'encontre de ce mécanisme. Ces critiques ont commencé à générer un discours craintif quant à la pertinence du contrôle diffus en Colombie. Ce discours s'est répété à plusieurs reprises au point de devenir une certaine tradition orale chez les juristes tout au long de la seconde moitié du XX^{e} siècle.

643. En effet, le contrôle diffus a été souvent attaqué en raison de l'affectation qu'il provoquerait au principe de sécurité juridique. L'argument principal de cette position considère que la décision de ne pas appliquer de normes considérées comme inconstitutionnelles affecterait la prévisibilité que tout individu doit avoir des conséquences juridiques de ses actes. Par conséquent, les citoyens seraient traités de manière inégale puisque quelques-uns seraient obligés de respecter une norme tandis que d'autres non selon que les juges la considèrent constitutionnelle ou inconstitutionnelle d'après leur propre interprétation qui peut varier d'une juridiction à une autre.

644. Cette critique a mis en lumière l'idée selon laquelle le contrôle diffus augmenterait l'arbitraire du juge ou fonctionnaire qui écarterait l'application d'une norme à sa convenance ; c'est-à-dire selon son opinion du bien-fondé constitutionnel de cette norme. Cette critique est devenue une crainte renforcée par l'existence de sanctions pénales et disciplinaires dirigées contre les fonctionnaires et juges qui agissent de manière contraire aux exigences normatives. En ce sens, celui qui déciderait de la non-applicabilité d'une disposition agirait de manière contraire à ce qu'elle établit.

Cependant, bien que cette crainte se soit matérialisée dans des décisions qui ont sanctionné des juges et fonctionnaires, nous avons noté une diminution de sa présence dans les réponses des juristes consultés ayant achevé plus récemment leurs études.

645. Une dernière crainte, qui représente selon nous la critique la plus sérieuse adressée au contrôle diffus, conteste la pertinence même de son existence. Il serait en effet incongru de consacrer dans un même système juridique à la fois un contrôle diffus et un contrôle concentré. Cette idée a été très présente dans la pensée de certains auteurs qui ont ainsi envisagé l'existence du contrôle diffus en Colombie comme « anti-technique », voire comme une erreur.

646. L'argument le plus raffiné sur ce point est avancé par le professeur SIERRA PORTO d'après qui le contrôle diffus implique une duplicité (répétition) du moyen de contrôle qui conduit à remettre constamment en cause la validité de la loi.

647. Cette remarque nous conduit à approfondir davantage la question de la manière dont interagissent ces deux types de contrôle pour éviter une duplicité du système de justice constitutionnelle.

CONCLUSION PARTIE II

648. La croyance selon laquelle le contrôle diffus colombien s'est inspiré du contrôle diffus américain est récurrente dans le discours juridique. Afin de vérifier la pertinence de ce postulat, nous avons abordé l'histoire du contrôle diffus en Colombie afin de mesurer la réelle incidence du mécanisme américain sur le dispositif colombien.

649. Premièrement, nous avons analysé certains moments historiques fondateurs durant lesquels le contrôle diffus a été discuté en Colombie. Puis, nous avons procédé à une étude comparative des évolutions jurisprudentielles du contrôle diffus américain, spécialement tout au long du XX^{e} siècle, notamment s'agissant des conditions pour l'exercer, afin de déterminer si la jurisprudence colombienne a repris les doctrines américaines.

650. L'examen des recueils de doctrine nous a permis de constater que deux des constitutionnalistes colombiens les plus importants du XIX^{e} siècle se sont effectivement référés au contrôle diffus américain perçu comme un moyen de garantir la suprématie normative de la Constitution ; une approche qui a sans doute marquée la pensée des politiciens de l'époque. Finalement, ce mécanisme a pour la première fois été consacré durant le processus constituant qui a abouti à l'adoption de la Constitution de 1886.

651. Dans le cadre de cette assemblée, le contrôle diffus a été discuté et presqu'approuvé, mais le constituant a préféré un contrôle concentré *a priori* des projets de lois sur objection du Président de la République. Néanmoins, nous n'avons trouvé aucune référence directe au contrôle diffus américain dans les débats des délégués. Les propositions sur le sujet ont choisi des rédactions très différentes de celle des normes consacrant le contrôle diffus américain.

652. L'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en Colombie a conduit, les années qui ont suivi la Constitution de 1886, à des tentatives d'inclusion d'un contrôle diffus dans le système juridique colombien par la voie législative. Aucune n'a cependant été un succès. Pour autant, plusieurs personnalités académiques et politiques ont continué de demander sa consécration durant les dernières années du XIX^{e} siècle. Au début du XX^{e} siècle, le gouvernement dictatorial

du Président REYES a renforcé la nécessité de mettre en place des mécanismes de défense de la Constitution contre d'éventuels abus de la part des pouvoirs publics.

653. Une disposition consacrant le contrôle diffus a finalement été approuvée en 1910, mais celle-ci ne reprend pas la rédaction des dispositions américaines et aucune référence directe au contrôle de ce pays n'a pu être relevée.

654. De plus, les réformes constitutionnelles qui ont concerné le contrôle diffus durant le XX^{e} siècle n'ont pas vraiment changé le contenu de la disposition de 1910 qui est restée plutôt inaltérée jusqu'à nos jours. La Constitution de 1991 non plus. Ainsi contrôle diffus est resté pratiquement inaltéré depuis les premiers débats de l'assemblée constituante de 1910 dans le cadre desquels il a même été approuvé deux fois.

655. L'absence d'identité entre les dispositions relatives au contrôle diffus aux États-Unis et en Colombie révèle, de fait, que le contrôle diffus américain n'a pas été transposé dans le système juridique colombien.

656. En effet, le contrôle diffus américain se fonde sur une interprétation des article 3 et 6 de la Constitution des États-Unis. Une interprétation littérale de ces articles y a décelé une doctrine des *cas* et *controverses* qui, tout au long du XX^{e} siècle, a permis de dégager toute une série de conditions d'admissibilité du contrôle de constitutionnalité. Ces développements ont impacté directement certains Etats qui, telle l'Argentine, ont adopté des locutions lexicales semblables à celles employées dans la Constitution américaine. En Argentine, par ailleurs, la doctrine des *cas et controverses* a parfaitement été transposée à travers des références explicites à des arrêts américains.

657. En revanche, les Hautes cours colombiennes n'emploient pas les mêmes expressions terminologiques et ont rarement fait référence à des arrêts américains dans le cadre de l'exercice d'un contrôle diffus, ni n'ont tenté d'élaborer une doctrine relative à l'admissibilité des recours comparable à la doctrine des *cas* et *controverses*. Tout au contraire, la jurisprudence colombienne sur le contrôle diffus se caractérise par le fait d'avoir toujours été très flexible en matière de conditions d'admissibilité.

658. Néanmoins, nous avons pu relever certains arrêts colombiens qui ont énoncé le besoin d'un intérêt pour agir comme condition à la recevabilité d'une

demande de contrôle diffus, et les avons analysés pour vérifier tout rapprochement avec la doctrine américaine des *cas et controverses*. Mais, ces arrêts n'ont finalement pas eu une position certaine à ce propos et cette doctrine n'a pas été assise dans la jurisprudence ultérieure. Il n'est pas faux de dire que la *judicial review* américaine a eu une incidence sur la conception du contrôle diffus colombien, cependant elle a été très réduite.

659. En effet, en Colombie l'intérêt interprétatif s'est centré sur le caractère ouvert de l'expression « en tout cas » employée dans la disposition constitutionnelle consacrée au contrôle diffus qui, en soi, ne permet pas de déterminer qui peut l'exercer, ni quand on peut l'exercer. Loin d'être des terrains pacifiques et consensuels, la jurisprudence et la doctrine nationale se sont caractérisées par une variété d'interprétations s'agissant de la compétence ou de l'opportunité pour exercer un contrôle diffus.

660. Ceci est particulièrement certain avant la Constitution de 1991, une période durant laquelle le contrôle diffus a été très pauvrement traité par la doctrine colombienne qui n'a écrit nul livre ni article spécifiquement sur le sujet. Celui-ci a été traité de manière très générale ou périphérique et rarement les analyses dépassaient cinq pages essentiellement descriptives. Aucune dogmatique susceptible d'être discutée n'a ainsi été élaborée ; on trouve uniquement des références à différentes postures d'auteurs, à la jurisprudence ou des commentaires personnels.

661. Certainement, après la Constitution de 1991, des travaux spécifiques au contrôle diffus sont apparus ; cependant, en général, ils le présentent comme un dispositif clair qui ne pose pas de difficultés particulières ; une approche qui contraste avec une réalité complexe et conflictuelle. Finalement, très peu d'auteurs ont traité le sujet de manière plus approfondie et avec des propositions pour améliorer le mécanisme.

662. Ce traitement laconique par la doctrine se manifeste aussi dans l'enseignement du contrôle diffus dans les universités de droit colombiennes qui, généralement, n'investissent que moins d'une heure à l'exposition de quelques caractéristiques générales de la figure. Certes, les juristes que nous avons interrogés dans le cadre d'un sondage ont pu exprimer que les enseignements qu'ils avaient

reçus été courts mais clairs, mais sept juristes sur dix consultés ont affirmé ne pas se sentir suffisamment formés pour pouvoir invoquer un contrôle diffus ou décider à son propos.

663. En dépit de ce panorama général d'un enseignement plutôt médiocre, les résultats du sondage nous ont toutefois montré une tendance à la diminution du nombre de juristes qui ont affirmé n'avoir pas reçu d'enseignements en la matière, parmi les juristes ayant achevé plus récemment leurs études. Pourtant, le sentiment d'enseignements courts et insuffisants a continué d'être la règle générale également pour cette catégorie de juristes.

664. Cette lecture plutôt optimiste des résultats du sondage coïncide avec la tendance croissante à l'exercice d'un contrôle diffus par les Hautes juridictions. En effet, après une petite augmentation de son utilisation entre les années soixante et quatre-vingts, il est certain que la nouvelle charte de droits et la nouvelle conception institutionnelle consacrées dans la Constitution de 1991 ont contribué à un développement beaucoup plus prononcé de son emploi par les Hautes juridictions. Tout particulièrement, les trois dernières années de la présente recherche caractérisées par des sommets historiques d'exercice du contrôle diffus par la Cour suprême de justice et le Conseil d'État.

665. Enfin, nous avons mis en lumière les critiques craintives qui se sont formées et transmises à l'endroit du contrôle diffus en raison, essentiellement, d'une méconnaissance généralisée de ce moyen de justice constitutionnelle.

666. Ainsi, l'une des craintes le plus répétées est celle d'une affectation du principe de sécurité juridique. Elle consiste à considérer que le contrôle diffus permettrait que quelques juges ou fonctionnaires appliquent une règle de droit, tandis que d'autres non. Par conséquent, les citoyens ne pourraient prévoir les conséquences juridiques des normes et ne pourront finalement pas savoir si celles-ci les obligeront effectivement ou non. En conséquence, les personnes seraient traitées de manière inégale puisque dans une même situation, quelques juges ou fonctionnaires décideront appliquer une norme tandis que d'autres non.

667. Cette appréhension renforce à son tour la crainte que le contrôle diffus permette que des juges ou fonctionnaires n'appliquent pas une disposition de manière arbitraire. Cependant, de l'autre côté de la médaille, les juges et

fonctionnaires peuvent craindre aussi que leur non-application d'une disposition engendre une enquête pénale ou disciplinaire à leur encontre.

668. La critique craintive la plus technique, en termes de discours constitutionnel, consiste à considérer qu'un système de justice constitutionnelle qui fait cohabiter un contrôle concentré et un contrôle diffus est fondamentalement contestable puisqu'il manque d'harmonie. En conséquence, depuis plusieurs années, des auteurs sont allés jusqu'à proposer l'élimination du contrôle diffus de la Constitution.

669. De manière plus raffinée, le professeur SIERRA PORTO a défendu l'idée selon laquelle le contrôle diffus génère une duplicité au regard du contrôle concentré. Pour lui, l'article constitutionnel qui prévoit le contrôle diffus devrait être interprété comme une exigence d'interprétation constitutionnelle des dispositions, mais non comme un moyen de contrôle en soi qui entre en concurrence avec le contrôle concentré et affecte constamment la présomption de validité de l'ordonnancement juridique.

670. Se pose alors la question de la pertinence de la coexistence de ces deux dispositifs de justice constitutionnelle. Comment interagissent-ils pour satisfaire le but de garantir la suprématie de la Constitution ?

PARTIE III L'INTERACTION DES DEUX TYPES DE CONTRÔLE

671. Les deux parties précédentes nous ont permis de classer et d'analyser - de manière séparée - l'évolution des contrôles de constitutionnalité diffus et concentré en Colombie. Le lecteur aura pu constater la forte présence du contrôle concentré dans le système colombien de justice constitutionnelle. Vivement impulsé par l'action citoyenne de constitutionnalité, il occupe une place principale dans la conception et la pratique de la démocratie en Colombie. Une perspective historique nous a permis de découvrir une pensée colombienne riche sur le sujet, que l'on retrouve autant dans le cadre normatif que dans la jurisprudence et la doctrine. Cette importance accordée au contrôle concentré a fini par éclipser le contrôle diffus colombien qui n'a pas reçu autant d'attention. Cela a aussi probablement contribué au peu d'influence du contrôle diffus américain sur le système juridique colombien.

672. Comme nous l'avons relevé, historiquement, le contrôle diffus n'a pas été très étudié, ni beaucoup enseigné. La jurisprudence et la doctrine n'ont pas non plus été très riches conceptuellement en la matière. La pensée des juristes colombiens sur le sujet a eu davantage tendance à se concentrer sur la grande diversité de ses éléments procéduraux et n'a jamais été très significative. Les auteurs n'ont pas proposé d'interprétation ou de doctrine cohérentes ; les juges n'ont pas suivi une matrice conceptuelle solide. De nombreux arrêts témoignent d'une mise en œuvre de l'exception d'inconstitutionnalité ; cependant, soit en glissant vers l'argument de la suprématie constitutionnelle (comme les arrêts des premières décennies de son utilisation), soit en considérant une norme comme incompatible à la Constitution mais sans trop le justifier. Ainsi, des craintes relatives à son exercice sont apparues et se sont perpétuées dans les milieux juridiques.

673. Dans cette troisième partie, nous allons nous demander en quoi a consisté concrètement l'exercice du contrôle diffus en Colombie. En essayant de mieux définir le concept, nous pourrons comprendre qu'il implique une délimitation des compétences que les dispositions constitutionnelles n'ont explicitement pas réalisée ; une délimitation qui détermine de comment interagissent les deux types de contrôle présents dans le système juridique colombien.

674. Nous allons ainsi observer que, petit à petit, une thèse cohérente (une conception) sur l'idée de contrôle diffus s'est mise en place. Cette posture a progressivement commencé à se répéter plus souvent et elle est devenue, *in fine*, la justification la plus répétée par les juges lors de l'exercice du contrôle diffus. Cependant, celle-ci n'a pas généré une affirmation univoque ou absolument suivie, même de la part des Hautes juridictions. Cette posture - que nous appellerons désormais *thèse de la contradiction manifeste* - a déterminé les éléments substantiels et temporels de l'exercice du contrôle diffus ainsi que son interaction avec le contrôle concentré dans le système colombien (Titre 1). Même si cette *thèse* n'a pas encore été substituée, elle a tout de même commencé à être mise en question autant pour des problèmes internes d'argumentation qu'en raison des exigences du modèle d'État conçu et mis en avant par la Constitution de 1991 dans le cadre duquel le juge n'est plus « la bouche qui prononce la parole de la loi » - pour reprendre la célèbre phrase de Montesquieu - sinon un garant de la protection des droits fondamentaux des personnes. Cette crise de la *thèse de la contradiction manifeste* a contribué à ce que quelques décisions juridictionnelles, particulièrement de la Cour constitutionnelle, aient commencé à abandonner les références à de tels postulats, même si, rappelons-le, elle n'a pas encore été remplacée par une autre lecture ou doctrine cohérente à l'heure actuelle (Titre 2).

675. Une dernière remarque méthodologique s'impose avant de débuter notre réflexion sur la question : pour analyser les décisions juridictionnelles des Hautes juridictions (source principale de cette partie) en essayant de suivre une réflexion analytique, nous avons élaboré un classement d'environ 800 décisions issues d'un contrôle diffus émises entre 1910 et 2018[531] (principalement des arrêts). Nous avons constitué cette base durant plusieurs années de recherche, ce qui nous a permis de dresser un panorama relativement complet de la création, de l'évolution et de la crise du contrôle diffus abstrait ; en soulignant aussi la nécessité, désormais, de l'envisager d'une manière plus adaptée à la conception de l'État constitutionnel colombien contemporain.

[531] Aussi bien les arrêts rendus alors que la Constitution de 1886 était en vigueur, que ceux de la dernière décennie du XX^{e} siècle et des deux premières décennies du XX^{e} siècle (après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991).

TITRE I LE SYSTÈME DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE SELON LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE »

676. Comme nous l'avons déjà mentionné, la jurisprudence sur le contrôle diffus n'a jamais vraiment été ni uniforme ni consistante. Toutefois, depuis les premiers arrêts rendus, nous avons pu constater que l'activité de contrôle diffus reposait principalement sur un même raisonnement : l'identification d'une contradiction « claire », « manifeste » ou évidente entre des normes inférieures et la Constitution.

677. En revanche, nous ne pouvons considérer qu'il s'agit d'une approche présente dans tous les cas. Nous avons effectivement pu relever certaines affaires ayant fait l'objet d'un contrôle diffus reposant sur une autre argumentation, par exemple se fondant tout simplement sur le principe de suprématie constitutionnelle. Dans d'autres arrêts, le contrôle a été utilisé comme un moyen de renforcer l'application de la loi pénale favorable. Parfois même, en l'absence de toute argumentation explicite, il n'a pas été possible de connaître le fondement de la justification de la non-application d'une norme. Néanmoins, l'existence de ces arrêts n'implique pas l'existence d'autres thèses aussi bien construites sur le concept du contrôle diffus et son rapport avec le contrôle concentré. Nous voudrions relever que le manque de cohérence et de consistance de l'ensemble des arrêts qui ont été le cadre de l'exercice du contrôle diffus n'est pas seulement le résultat des caractéristiques procédurales du contrôle ; il l'est aussi du type de concept adopté du contrôle diffus [532].

678. Revenons à l'idée que le contrôle diffus a été avant tout compris comme un contrôle de *la contradiction manifeste* d'une norme inférieure au regard de la Constitution. Dans la mesure où ce concept a commencé à être utilisé plus fréquemment par la jurisprudence, il a évolué. Les constructions argumentatives qui lui ont servi de fondements ont commencé à distinguer les compétences des juges dans le cadre du contrôle diffus et dans le cadre du contrôle concentré (au sein de la

[532] L'analyse de ces postures déborde la prétention de cette analyse ; ils seront traités par l'auteur ultérieurement.

Cour suprême de justice, du Conseil d'État ou de la Cour constitutionnelle) en faisant évoluer une thèse qui proposait une délimitation matérielle et temporelle de la compétence des deux types de contrôle.

679. Afin d'éclaircir cette question, nous traiterons dans ce chapitre les deux éléments constitutifs de la *thèse de la contradiction manifeste* qui permettent de comprendre la distinction du champ d'application du contrôle diffus et du contrôle concentré ainsi que l'interaction entre ces deux types de contrôle. En premier lieu, il s'agira d'analyser un aspect substantiel : nous étudierons l'évolution, la consolidation et la logique du caractère manifeste de l'inconstitutionnalité, condition de l'exercice du contrôle diffus (Chapitre 1). Puis, dans un second temps, nous aborderons un aspect temporel en voyant comment l'idée d'un contrôle diffus préalable au contrôle concentré s'est imposée dans la jurisprudence des Hautes juridictions qui ont progressivement raffiné cette posture (Chapitre 2).

CHAPITRE I L'INTERPRÉTATION DE L'« INCOMPATIBILITÉ MANIFESTE » DES NORMES AVEC LA CONSTITUTION

680. La *thèse de la contradiction manifeste* n'est pas née d'un jour à l'autre. Elle est le fruit d'une « évolution », précisément de la consolidation progressive du concept de contrôle diffus. Nous allons ainsi étudier en détail la construction progressive de cette *thèse* (Section 1), avant de relever les implications matérielles de son exercice pour le système colombien de justice constitutionnelle (Section 2).

SECTION 1 L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE CONTRÔLE DIFFUS CONSOLIDANT LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE »

681. Bien que le concept de contrôle diffus n'apparaisse pas textuellement dans les arrêts rendus durant les cinquante premières années de son existence, il y est tout de même présent. Ce concept a commencé à évoluer lentement dans la jurisprudence à partir des années 1960, qui a commencé à dégager certaines caractéristiques qui seront consolidées durant les décennies suivantes (Paragraphe 1). Puis, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle des premières années consécutives à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991 a confirmé la *thèse de la contradiction manifeste* (Paragraphe 2) qui guide encore aujourd'hui la jurisprudence des Hautes juridictions colombiennes (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 L'évolution du concept du contrôle diffus en tant que contrôle de l'incompatibilité constitutionnelle sous l'empire de la Constitution de 1886

682. Depuis les premiers arrêts rendus par les Hautes juridictions après 1910 dans lesquels la question de l'exercice du contrôle diffus est posée, aussi bien la Cour suprême de justice que le Conseil d'État ont utilisé plusieurs adjectifs révélateurs de la *thèse de la contradiction manifeste* : la compétence du juge pour ne pas appliquer une norme dépend exclusivement de ce que celle-ci soit

ouvertement[533], manifestement[534] ou ostensiblement[535] contraire à la Constitution. Dans d'autres arrêts, les juges ne se sont toutefois contentés que de considérer une norme déterminée comme incompatible avec la Constitution[536].

683. Néanmoins, en dépit de l'emploi répété de ces termes durant les cinq premières décennies d'existence du contrôle diffus, *aucun* arrêt[537] n'a tenté d'aller plus loin en proposant une conceptualisation du procédé afin de préciser ce que signifie précisément qu'exercer un contrôle diffus. En revanche, les arrêts ont presque toujours concordé sur le fait qu'il s'agit d'un *contrôle de texte normatif* ; d'une confrontation entre une norme inférieure et la norme constitutionnelle.

684. L'arrêt du 18 mai 1961 marque cependant un tournant. À partir de cette décision, la Cour suprême de justice a commencé à se référer explicitement à un concept plus défini de contrôle diffus. En effet, selon cet arrêt, le juge peut décider d'une exception d'inconstitutionnalité lorsque de la seule comparaison d'une norme inférieure avec la Constitution, on peut « observer » l'inconstitutionnalité de la première[538].

Dans cet arrêt, la Cour suprême de justice propose explicitement un contrôle *abstrait* de normes juridiques ; l'activité de contrôle diffus étant entendue comme

---

[533] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 29 de noviembre de 1913. *Gaceta Judicial*. Bogotá, Colombia, 30 janvier 1914, Vol. XXII, nº 1115 y 1116, p. 198 ; CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 1 de marzo de 1944. *Anales del Consejo de Estado*. Bogotá, 1 mars 1944, nº 335-340-2, p. 17.

[534] Cet arrêt utilise l'expression « *palmaria* » que nous traduirons comme « manifeste ». SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 21 de abril de 1954. *Gaceta judicial*. Bogotá : Gaceta Judicial, 21 avril 1954, nº 2140, p. 510.

[535] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 15 de marzo de 1961*. Vol. 2238. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 15 mars 1961, p. 181.

[536] SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 3 de noviembre de 1911. *Gaceta judicial*. Bogotá, 20 février 1911, nº 1007, 1008, p. 141-156.

[537] Sauf l'arrêt du 18 août 1958, qui n'a pas été simplement le premier arrêt à avoir construit une argumentation sur le concept d'incompatibilité comme contradiction manifeste mais a aussi proposé une perspective qui n'a plus jamais été répétée. En effet, dans cette affaire, la Cour suprême de justice interprète le terme « incompatibilité » pour designer qu'une loi est « incompatible » si elle traite la même matière pour les mêmes sujets qu'une norme constitutionnelle. Ainsi, le traitement de ce concept de contrôle diffus implique une contradiction abstraite entre les normes juridiques. L'idée générale est la même : la norme est contraire à la Constitution, mais pour déterminer si elle l'est il faudrait vérifier si elle traite la même matière pour les mêmes sujets. SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 18 de agosto de 1958. *Gaceta judicial*. Bogotá, 18 août 1958, nº 2199-2200, p. 779-780.

[538] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de mayo de 1961. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 18 mai 1961, nº 2240, p. 984.

celle qui permet de déterminer s'il existe une incompatibilité manifeste à partir d'une simple lecture et comparaison de normes. Un jugement plus profond ou complexe ne relèverait alors pas de la compétence du juge qui exerce le contrôle diffus.

685. Cette perspective a été reprise dans un arrêt du 7 décembre 1970. Dans cette affaire, la Cour suprême de justice a considéré que l'incompatibilité suppose une antinomie « claire », « manifeste », « notoire » (elle utilise les trois adjectifs dans différents endroits du texte) entre les normes inférieures et la Constitution. Elle ajoute - pour conclure à la non-incompatibilité de la norme questionnée - que « *peut-être, à partir d'une étude profonde de la Charte, après une série de raisonnements juridiques, on pourrait conclure* [que les normes sont inconstitutionnelles], *mais une telle recherche ne peut être réalisée que par la Cour, dans l'exercice du pouvoir conféré par l'article 214 de la Charte* », c'est-à-dire dans le cadre du contrôle concentré[539].

Il est intéressant de noter que c'est dans cet arrêt que, pour la première fois, la Cour suprême de justice a commencé à délimiter le champ du contrôle diffus au regard du contrôle concentré. Précisément, le contrôle diffus n'implique pas un contrôle approfondi, qui relèverait de la compétence de la Chambre plénière.

686. Cette posture est également reprise par le Conseil d'État qui, dans un arrêt du 21 mars 1980, est même allé encore plus loin dans l'argumentation. En effet, la Haute juridiction administrative a argumenté que « *la violation de la Constitution par la Loi doit être si évidente que pour la déduire, il n'y ait pas besoin de profondes élucubrations juridiques, mais qu'elle soit ostensible à partir de la seule comparaison des textes incompatibles* »[540].

---

[539] Traduit par nos soins de l'original : « Quizá, en un estudio a fondo de la Carta, tras una serie de razonamientos jurñidicos, se pudiera extraer la conclusión de que las disposiciones del referido código que se dirigen a sancionar a quienes no son militares por autoridades y procedimientos distintos de los ordinarios sean inexequibles. Pero tal estudio sólo podría hacerlo la Corte en ejercicio del podre jurisdiccional que confiere el art. 214 de la Carta. La excepción de inconstitucionalidad supone una notoria incompatibilidad entre la ley ordinaria y la suprema, lo cual no se da en el presente caso ». SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 7 de diciembre de 1970. *Gaceta judicial*. Bogotá, 7 décembre 1970, nº 2334,2335,2336, p. 320-321.

[540] Traduit par nos soins de l'original : « La violación de la Constitución por la Ley debe ser de tal manera abrupta que para deducirla no haya lugar a profundas lucubraciones jurídicas, sino que ella se haga ostensible de la sola comparación de los textos incompatibles ». CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA.

687. En outre, le Conseil d'État distingue dans cet arrêt entre une inconstitutionnalité « par voie directe » et une inconstitutionnalité « par voie indirecte » afin de préciser ce qui relève du contrôle diffus de constitutionnalité. Selon la Haute juridiction administrative, une inconstitutionnalité est *directe* lorsqu'elle concerne un texte normatif légal au regard d'une seule disposition constitutionnelle ; elle sera *indirecte* s'il est nécessaire d'apprécier plusieurs dispositions constitutionnelles pour dégager l'inconstitutionnalité. Puis, le Conseil d'État précise que les violations par voie indirecte ne sont pas susceptibles de contrôle diffus, c'est-à-dire « *celles qui seulement peuvent s'apprécier par un syllogisme qui à travers la comparaison de plusieurs textes constitutionnels conduit à déduire l'incompatibilité de la loi avec la norme supérieure* »[541]. Cette posture a été répétée presque mot pour mot par la Cour suprême de justice dans une décision du 27 août 1987[542].

688. Cette *thèse de la contradiction manifeste* entre normes sera reprise dans plusieurs autres arrêts et décisions à la même époque[543].

PARAGRAPHE 2 La consolidation de la « thèse de la contradiction manifeste » après la Constitution de 1991

689. Dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, la *thèse de la contradiction manifeste* a connu un développement de la part des Hautes juridictions. En effet, la Cour suprême de justice comme le Conseil d'État l'ont reprise et consolidée dès qu'ils en ont eu l'occasion. Quant à la Cour constitutionnelle et le Conseil supérieur de la magistrature créés par la nouvelle

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 21 de marzo de 1980. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombie, 1980, p. 111.

[541] Traduit par nos soins de l'original : « La característica que se estudia de que la violación debe ser directa, excluye para la aplicación de la norma comentada aquellas violaciones constitucionales que puedan darse por via indirecta, esto es, que solo pueda apreciase a traves de un silogismo que mediante la comparación de varios textos constitucionales conduzca a deducir la incompatibilidad de la ley con la norma superior ». CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 21 de marzo de 1980. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombie, 1980, p. 111.

[542] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Decisión de impedimento del 27 de agosto de 1987. *Gaceta Judicial*. bogotá, 27 août 1987, nº 2428, p. 212.

[543] SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 6 de febrero de 1987. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 6 février 1987, nº 2429, p. 77-97 ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 17 de febrero de 1987. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 17 février 1987, nº 24, p. 162-175.

Constitution, ils n'ont pas fait exception en considérant le contrôle diffus comme un contrôle qui permet de relever une contradiction manifeste entre un texte inférieur et la Constitution. Bien qu'une comparaison de la manière dont ces Hautes juridictions appréhendent le contrôle diffus en tant que contrôle d'une contradiction manifeste serait très intéressante, nous allons toutefois centrer notre analyse sur la jurisprudence Cour constitutionnelle qui, en tant que principale gardienne de la Charte, a joué un rôle déterminant pour la consolidation de cette posture.

690. En 1992, première année de fonctionnement de la Cour constitutionnelle, nous avons pu constater la présence de différentes conceptions du contrôle diffus parmi ses arrêts. Dans la plupart de ces arrêts, les juges ont centré leurs arguments sur l'inconstitutionnalité d'un texte normatif, spécialement à cause de l'application des normes antérieures à la nouvelle Charte[544]. Deux arrêts ont cependant fait état - sans proposer de thèse en ce sens - d'une approche concrète du contrôle diffus[545], comme nous le verrons en détail dans le prochain titre. Néanmoins, ils peuvent être considérés comme des cas isolés, car cette posture n'a pas été consolidée dans d'autres arrêts. Un arrêt mérite au contraire une plus grande attention : l'arrêt T-614 de 1992[546]. Celui-ci est particulièrement important parce qu'il distingue *la portée* du contrôle diffus de celle du contrôle concentré. Son argumentation consolide le *concept d'incompatibilité* en tant que pilier interprétatif

[544] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-434 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 25 juin 1992, p. 25. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-434-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-490 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, août 1992, p. 13. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-490-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-582 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 novembre 1992, p. 11. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-582-92.htm.

[545] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-401 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 3 juin 1992. [Consulté le 29 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-401-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-421 de 1992. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 19 juin 1991, p. 20. [Consulté le 30 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-421-92.htm.

[546] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 24. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

du contrôle diffus. Cette construction argumentative sera la plus répétée ou référencée jusqu'à nos jours. Elle repose sur le raisonnement suivant.

Dans cet arrêt, la Cour a eu à trancher une affaire dans laquelle un juge du Conseil supérieur de la magistrature avait formé deux recours de constitutionnalité. En effet, bien que la Constitution ait établi un mandat de huit ans pour les magistrats de cette institution, le Parlement venait de voter la *Loi organique du Parlement* disposant que la première élection de ces juges aura lieu en septembre 1992. Or, un juge, qui avait récemment été élu décida d'abord de contester par la voie d'une action publique de constitutionnalité *cette disposition*, puis de former un recours de *tutela* contre la *même disposition* pour éviter un préjudice irrémédiable de son droit fondamental à participer au pouvoir politique qui implique, en l'espèce, que son élection soit respectée. Finalement, la Cour constitutionnelle a décidé de confirmer l'arrêt du Tribunal de Bogotá qui avait rejeté l'action de *tutela* en première instance, au motif d'une absence de contradiction manifeste.

691. Comme nous l'avons souligné, cet arrêt est particulièrement important parce que la Cour a été confrontée à une affaire qu'elle connaissait déjà à travers l'exercice d'un contrôle concentré, fondé sur les mêmes vices d'inconstitutionnalité que ceux exposés contre la loi dans le recours de *tutela*. Elle a donc dû distinguer et préciser ses compétences en matière de contrôle diffus et en matière de contrôle concentré. Ce faisant, elle a développé un raisonnement à propos de l'interprétation du vocable « incompatibilité » employé à l'article 4 de la Constitution.

Précisément, pour connaître la signification du terme « incompatibilité », la Cour a eu recours au *Dictionnaire de la Royale Académie Espagnole* aux termes duquel ce mot désigne « la répugnance d'une chose à se joindre à une autre, ou de deux personnes ou plus entre eux ». Le sens juridique que la Haute juridiction a dégagé à partir de cette définition commune est le suivant : « *sont incompatibles deux normes qui, à cause de leur contradiction réciproque, ne peuvent pas régir ni s'appliquer en même temps* ». Puis, la Cour poursuit en précisant qu'en matière juridique, l'incompatibilité implique une « *opposition si grave entre la disposition inférieure dans la hiérarchie et l'ordonnancement constitutionnel, que celles-ci ne peuvent pas régir simultanément. L'antagonisme entre les deux doit donc être si*

ostensible qu'il saute à la vue de l'interprète, en rendant superflue toute élaboration juridique qui essaye d'établir ou de démontrer qu'il existe un accord possible »[547].

692. En définitive, à partir de la consolidation du caractère « manifeste » de la contradiction en tant qu'élément central de la reconnaissance de l'inconstitutionnalité dans le cadre d'un contrôle diffus, la Cour a délimité le champ d'application des deux types de contrôle. De la même manière que dans les arrêts antérieurs à la Constitution de 1991, le contrôle concentré permet d'analyser la constitutionnalité d'une norme de manière approfondie tandis qu'un contrôle diffus ne permet d'écarter l'application d'une disposition que si celle-ci est manifestement contraire à la Constitution. Enfin, cet arrêt ajoute une précision selon laquelle une inconstitutionnalité est manifeste si la contradiction entre les textes est si grossière ou évidente qu'il n'est pas même nécessaire de développer une argumentation pour la démontrer[548].

693. Cette posture a été répétée dans plusieurs affaires ultérieures. La trame argumentative de l'arrêt T-614 de 1992 a en effet souvent été reprise dans d'autres arrêts, consolidant ainsi une telle approche au sein de la Cour.[549]

---

[547] « En el sentido jurídico que aquí busca relevarse, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 9. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

[548] Cet arrêt permet d'entrevoir le débat qui a eu lieu en la matière au sein de la Chambre de décision. En effet, le juge Ciro ANGARITA a présenté un vote dissident en argumentant contre la position majoritaire. En effet, le juge n'était pas d'accord avec le fait que le contrôle diffus porte exclusivement sur des contradiction manifestes. Pour lui, la Cour constitutionnelle n'est pas chargée de déterminer le degré d'incompatibilité pour exercer le contrôle diffus, compétence relevant du Parlement. Ainsi, selon lui, la Cour ne doit pas limiter l'exercice de l'exception d'inconstitutionnalité aux contradictions manifestes, mais doit aussi considérer les contradictions systémiques entre plusieurs normes. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 14-24. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

[549] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-206 de 1994. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 avril 1994, p. 21. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-206-94.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-450 de 1994. Dans : *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. 1994. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-450-94.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE

694. Un dernier argument additionnel tendant à renforcer la *thèse de la contradiction manifeste* a commencé à émerger à partir de l'arrêt T-123 de 1996[550]. Se posait la question des effets, en termes de droit à la défense et de droit à agir en justice d'un requérant, de l'application par la cinquième Chambre du Conseil d'État d'une norme interdisant le *recours de requête* (*Recurso de Queja*) exclusivement à cette chambre. Peu de temps après cette décision, la Cour constitutionnelle avait déclaré cette disposition inconstitutionnelle. Dans l'arrêt de 1996, le requérant avait argumenté, à l'appui d'un recours de *tutela*, que la cinquième Chambre du Conseil d'État aurait dû exercer un contrôle diffus, puisque comme l'avait elle-même démontré la Cour constitutionnelle dans le cadre d'un contrôle concentré, cette norme était inconstitutionnelle et ne devait pas s'appliquer.

La Cour constitutionnelle a décidé que la cinquième Chambre du Conseil d'État *n'aurait pas dû exercer le contrôle diffus*, puisque l'inconstitutionnalité de la norme devait être appréciée *prima facie*[551]. Ainsi, en complétant l'argumentation de l'arrêt T-614 de 1992, la Haute juridiction constitutionnelle a conclu que la non-application d'une norme n'est possible que si son inconstitutionnalité est manifeste

COLOMBIA. Sentencia T-063 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 février 1995, p. 10. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-063-95.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-279 de 1995. *Gaceta Constitucional* [en ligne]. Bogotá, 27 juin 1995, p. 12. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-279-95.htm.

[550] Avant l'arrêt C-600 de 1998, on peut trouver cette posture dans CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-556 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 octobre 1996, p. 10. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-556-96.htm.

[551] Le caractère *prima facie* du jugement de constitutionnalité diffus n'a été compris par la Cour constitutionnelle que comme un contrôle limité à ces inconstitutionnalités qui peuvent être perçues à première vue. Nous appellerons cette idée *prima facie*$_1$. Ce concept, dans l'argumentation de la Cour n'a aucun rapport avec le caractère *prima facie* des normes juridiques, qui fait référence à l'idée que les dispositions, particulièrement celles qui contiennent des principes, comportent un « concept général », une idée universelle sur le mandat qu'elle établisse. Nous appellerons ce concept *prima facie*$_2$. Nous reviendrons sur ce point plus tard, mais voir : ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 79-85 ; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. [S. l.] : [s. n.], 2003, p. 362-396. [Consulté le 26 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf ; OLLER, Carlos A. Obligaciones prima facie y derrotabilidad. *Análisis Filosófico* [en ligne]. 2006, Vol. XXVI, nº 1, p. 147-155. [Consulté le 10 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96362006000100008&script=sci_arttext&tlng=en.

et peut être appréciée « à première vue », c'est-à-dire sans qu'il y ait lieu d'élaborer une *démonstration* de l'inconstitutionnalité de la norme en question[552].

695. Finalement, un arrêt C-600 de 1998 a repris les deux critères exposés pour consolider la *thèse de* la *contradiction manifeste*[553]. Ainsi, si une inconstitutionnalité est si manifeste qu'elle peut être confirmée à première vue, alors on ne peut pas écarter la non-application de la norme. Cet arrêt contient l'argumentation sur le concept du contrôle diffus depuis lors la plus employée dans la jurisprudence colombienne.

PARAGRAPHE 3 La présence de la « thèse de la contradiction manifeste » dans la jurisprudence ultérieure à sa consolidation

696. Après 1998, la *thèse de la contradiction manifeste* a fréquemment été employée pour renforcer le contrôle diffus dans les arrêts de la Cour constitutionnelle ; spécialement durant la décennie qui a suivi l'arrêt de 1998.

697. Si le recours à la *thèse de la contradiction manifeste* a légèrement diminué durant la décennie actuelle, elle a cependant continué à être présente dans les arrêts les plus récents[554].

698. Au total, près de la moitié des arrêts rendus après 1991 ont eu recours de manière claire à la *thèse de la* contradiction *manifeste* au moment d'exercer un contrôle diffus[555]. En outre, un peu plus de 30% des décisions qui ont été rendues

[552] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-123 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mars 1996, p. 27. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-123-96.htm.

[553] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 10-13. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm.

[554] Comme *obiter dictum*, elle est présente dans l'arrêt C-077 de 2017. Dans la *ratio decidendi*, elle est notoire dans les arrêts T-616 de 2016 ou T-507 de 2016, par exemple.

[555] Selon les données de notre étude, 49.56% des décisions ont été fondées sur la *thèse de la contradiction manifeste*.

après un contrôle diffus[556] ont fait référence à des arrêts comme le T-614 de 1992 ou le C-600 de 1998 contribuant ainsi également à la consolidation de la thèse[557].

699. En conclusion, même si la Cour a parfois pris des décisions qui apparemment ne se sont pas fondées sur la *thèse de la contradiction manifeste*, celle-ci est restée l'argumentation la plus utilisée par la Cour constitutionnelle exerçant un contrôle diffus de constitutionnalité.

SECTION 2 LE CRITÈRE DU CARACTÈRE MANIFESTE POUR DISTINGUER LE CONTRÔLE DIFFUS DU CONTRÔLE CONCENTRÉ

700. La *thèse de la contradiction manifeste* prétend essentiellement éviter les décisions arbitraires qui pourraient être prises dans le cadre de l'exercice d'un contrôle diffus (Paragraphe 1). Cependant, celle-ci a également permis de délimiter et préciser le contenu du contrôle diffus au regard de celui du contrôle concentré (Paragraphe 2).

PARGRAPHE 1 L'objectif d'éviter des décisions arbitraires

701. Comme nous l'avons précédemment analysé[558], les craintes qui ont entouré l'exercice du contrôle diffus se fondent principalement sur l'idée selon laquelle ce type de contrôle accorde un énorme pouvoir à n'importe quel juge ou fonctionnaire pour écarter l'application d'une norme de manière qui peut être considérée comme arbitraire ; soit en raison de connaissances lacunaires, soit parce que prévalent des conceptions personnelles, soit à cause d'une volonté arbitraire de favoriser l'une des parties.

702. La *thèse de la contradiction manifeste* s'est nourrie de ces craintes et s'est construite comme une mesure tendant à éviter qu'elles ne se réalisent. En effet, le critère de l'inconstitutionnalité manifeste du contrôle diffus cherche à éviter que la volonté ou l'interprétation subjective du juge ou fonctionnaire prévalent au moment d'exercer le contrôle diffus. Telle est la finalité des arrêts qui ont développé

[556] Selon les données de notre étude, 31.30% des décisions analysées ont fait une référence directe à des arrêts qui ont contribué à la consolidation de la *thèse de la contradiction manifeste*.

[557] Les arrêts C-600 de 1998 et T-614 de 1992, sont les deux arrêts les plus cités par les décisions qui cherchent à fonder leur raisonnement sur cette approche.

[558] À ce propos, voir Partie II, Titre 2, Chapitre 2.

(comme le T-614 de 1992) ou consolidé (comme le C-600 de 1998) l'argument de la contradiction manifeste.

En effet, le raisonnement de l'arrêt T-614 de 1992 contient explicitement cet objectif : « pour que l'application de la loi et les autres dispositions intégrant l'ordonnancement juridique ne relèvent pas de la volonté, du désir ou de la convenance du fonctionnaire compétent pour l'exercer […] »[559]. Trois paragraphes plus tard, la Cour conclut que « l'antagonisme entre les deux extrêmes de la proposition doit être tellement ostensible qu'elle saute à la vue de l'interprète, rendant superflue toute élaboration juridique qui cherche à établir ou démontrer qu'elle existe »[560]

703. L'arrêt C-600 de 1998 a complété ce raisonnement en ajoutant le caractère *prima facie* de l'inconstitutionnalité qui renforce effectivement l'idée selon laquelle l'inconstitutionnalité doit être tellement évidente qu'il n'est pas nécessaire de trop réfléchir, ni d'argumenter quant à son inconstitutionnalité ; elle est tellement flagrante qu'elle s'établit d'elle-même[561].

704. Afin d'illustrer et de préciser davantage cette conception, nous voudrions présenter deux autres affaires intéressantes sur lesquelles la Cour constitutionnelle a eu à se prononcer.

705. L'un des premiers rendus par la Cour dans lequel elle a exercé un contrôle diffus est l'arrêt T-490 de 1992. Il s'agissait d'un recours de *tutela* formé par une personne qui avait été sanctionnée par le paiement d'une amende et un emprisonnement de six jours pour manque de respect à l'autorité. Cette sanction

---

[559] Traduit par nos soins de l'original : « para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo (…) » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 8. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

[560] Traduit par nos soins de l'original : « (…) el antagonismo entre los dos extremos de la proposición han de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer que existe » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 9. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

[561] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 13-15. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm.

avait été prononcée par le maire d'une municipalité à l'encontre d'une personne qui l'avait insulté. Selon le *Code de police* de Cundinamarca de 1986, le maire pouvait en effet directement imposer ce genre de sanctions.

Or, la Constitution de 1991 a interdit *l'emprisonnement administratif* - qui était valide dans la Constitution de 1886 - ; son article 28 disposant en effet qu'une personne ne peut être emprisonnée que par un « *ordre écrit d'une autorité juridictionnelle compétente* »[562].

Ainsi, la Cour a décidé que le décret du maire était manifestement contraire à l'article 28 de la Constitution de 1991. Par conséquent, il ne devait pas être appliqué. Le raisonnement judiciaire a impliqué la comparaison textuelle des deux normes : le décret autorisait le maire à établir cette sanction mais la Constitution n'octroyait désormais cette compétence qu'aux seuls fonctionnaires juridictionnels ; donc cette règle réglementaire ne pouvait plus être appliquée.

706. Quelques années plus tard, l'arrêt T-318 de 1997 a proposé une argumentation encore plus élaborée. En l'espèce, la Cour a dû se prononcer sur une action de *tutela* formée par un retraité des forces armées qui avait dirigé une demande auprès cette dernière institution en vue de se voir attribuer une allocation prévue par plusieurs décrets[563] au bénéfice des enfants *légitimes* des membres des forces armées. Or, le requérant demandait cette allocation au bénéfice de ses enfants conçus hors mariage. L'autorité chargée de prendre cette décision avait alors rejeté sa requête en argumentant que la norme se référait exclusivement aux enfants légitimes.

Toutefois, la Cour constitutionnelle a considéré que ladite disposition était manifestement contraire *prima facie* à la Constitution qui établit l'égalité entre descendants, indépendamment du fait qu'ils aient été conçus dans le cadre d'un mariage ou en dehors. Ainsi, à partir d'une comparaison entre normes, les juges ont

[562] L'article 28 établit : « Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prision o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. » ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogotá, 20 juillet 1991. [Consulté le 9 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

[563] Décrets 612 de 1977 et 089 de 1984.

pu conclure à l'incompatibilité constitutionnelle de la norme inférieure. Précisément, les dispositions des décrets prévoyant un traitement discriminatoire différenciant les enfants selon qu'ils sont nés dans ou en dehors d'un mariage portent atteinte à l'article 42 alinéa 7 de la Charte. Cette justification suffit pour ne pas appliquer les décrets mentionnés.

En définitive, la *thèse de la contradiction manifeste* a servi - apparemment - à éviter de faire prévaloir l'arbitraire du juge ou fonctionnaire, puisque l'inconstitutionnalité de la norme est déduite de sa propre rédaction. Nonobstant, une autre finalité de cette thèse est d'empêcher qu'un juge ou fonctionnaire agisse comme s'il le faisait dans le cadre d'un contrôle concentré ; c'est-à-dire en procédant à une argumentation approfondie de l'inconstitutionnalité.

PARAGRAPHE 2 L'objectif d'éviter l'empiètement du contrôle diffus sur le domaine du contrôle concentré

707. La prétention d'éviter des décisions arbitraires, fondement principal de la *thèse de la contradiction manifeste*, a également contribué à une meilleure délimitation du champ des deux types de contrôle de constitutionnalité.

En effet, le caractère manifeste et *prima facie* de l'inconstitutionnalité de la norme juridique, critère utilisé dans le cadre d'un contrôle diffus, délimite *a contrario* la sphère du contrôle concentré. Autrement dit, toutes les inconstitutionnalités qui ne sont pas manifestes et appréciables « à première vue », *seront a priori du ressort d'un contrôle concentré*.

708. Ainsi, si la *thèse de la contradiction manifeste* exige seulement une contradiction entre des textes normatifs (Constitution et norme inférieure), alors on doit écarter de tout considération, par exemple, des arguments de procédure législative non explicites, des questionnements sur la compétence de l'autorité qui l'a émis[564], ou bien encore des arguments sur les effets de l'application concrète de

[564] Malgré tout, quelques affaires avant la Constitution de 1991 avaient utilisé cet argument pour justifier la non-application d'une disposition. Particulièrement, l'arrêt du 3 novembre 1981 qui a déclaré l'inconstitutionnalité de l'Acte législatif 1 de 1979. Le contrôle diffus a porté `sur un décret réglementaire qui modifia les majorités nécessaires pour que la Cour suprême de justice prenne une décision d'inconstitutionnalité.

la norme en la matière… tous ces éléments n'étant pas manifestes dans les textes normatifs.

709. L'élément *prima facie*, selon l'interprétation qu'en fait la Cour constitutionnelle, exige que la perception de l'inconstitutionnalité de la disposition soit une conséquence évidente de la lecture du texte normatif pour l'autorité ou le particulier qui doit l'appliquer. Pour la Cour, cette exigence rend donc superflue toute argumentation élaborée. De cette manière, si l'inconstitutionnalité d'une norme requiert une argumentation *sophistiquée,* alors cela relève d'un contrôle concentré.

710. Nous pourrions mentionner de nombreux cas illustrant ce postulat, mais nous voudrions nous appuyer plus particulièrement sur deux exemples qui nous permettront de mettre en évidence la manière dont la Cour constitutionnelle a procédé pour délimiter le domaine du contrôle diffus et celui, par conséquent, du contrôle concentré.

711. Le premier exemple est celui de l'arrêt T-582 de 1992. Il s'agissait d'une action de *tutela* interposée par une employée d'un tribunal[565] contre la juge qui dirige son bureau. Selon la demande, cette dernière avait pris plusieurs mesures disciplinaires à l'encontre de l'employée allant jusqu'à la sanctionner en mettant fin à son contrat de travail. Du point de vue de l'employée, ces mesures était guidée par une politique d'harcèlement à son encontre.

712. Bien que la question de la constitutionnalité de la norme qui fondait la compétence disciplinaire des juges à l'égard des employés de leurs bureaux n'a pas été posée par la plaignante, la Cour a posé le doute d'une possible inconstitutionnalité de cette norme qui ne garantissait pas suffisamment ni le droit à la défense propre aux procédures de sanction ni le droit à l'égalité des employés des tribunaux au regard des autres fonctionnaires publics dont le régime de sanction respecte plus adéquatement les droits fondamentaux de la défense. Pour autant, la Cour a finalement considéré que « *son* analyse *plus profonde et définitive, en revanche, doit être fait par d'autres moyens, distincts de celui de la révision d'arrêts de*

565 "*Juzgado*".

tutela, spécialement lorsqu'on ne trouve pas une incompatibilité manifeste entre les deux textes »[566] ; autrement dit par la voie d'un contrôle concentré.

713. Le second exemple est celui de l'arrêt T-612 de 1992. Cette décision a résolu deux cas de *tutela* formées par des étudiants d'une école privée de la ville de Villavicencio qui avait refusé l'émission d'un certificat en raison de l'absence de paiement des mensualités par les familles des étudiants. Juridiquement, l'école s'est fondée sur un paragraphe de l'article 14 du décret 2542 de 1991 établissant que le non-payement des droits mensuels octroie à l'établissement la faculté de s'opposer à l'émission de certificats jusqu'au moment où l'étudiant ou sa famille s'acquitte de la dette[567].

Dans son argumentation, la Cour a douté de la nature du décret et de sa constitutionnalité puisque, s'agissant du droit à l'éducation, la compétence pour légiférer sur la matière est exclusive du Parlement. Ainsi le règlement pourrait être inconstitutionnel. Néanmoins, la Cour a finalement considéré que cette question ne pouvait être réglée que dans le cadre d'un contrôle concentré[568]. Par conséquent, les questions relatives à la compétence de l'autorité qui a émis une norme ne sont pas susceptibles d'être traitées dans le cadre d'un contrôle diffus.

714. Dans les deux arrêts analysés, malgré la possible inconstitutionnalité de la norme, la Cour a respecté le champ matériel du contrôle concentré ; seul cadre

---

[566] « (…) se podría plantear, en abstracto, una posibleinconstitucionalidad de la norma que atribuye naturaleza jurisdiccional a todaslas decisiones disciplinarias en relación con funcionarios y empleados de larama judicial, por contrariar la garantía constitucional del debido proceso -derecho a controvertir toda decisión sancionatoria, principio de imparcialidad -, así como el principio de igualdad frente a otros funcionarios del Estado que al término del procedimiento administrativo disciplinario pueden recurrir ante el juez administrativo. Su análisis más profundo y definitivo, sin embargo, debe hacerse en otra sede, distinta a esta de revisión de sentencias de tutela, máxime cuando no se presenta una incompatibilidad manifiesta entre los distintos textos. » (sousligné hors texte).CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-582 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 novembre 1992, p. 8. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-582-92.htm.

[567] Le texte original du Paragraphe de l'Article 14 établit : « La pensión de estudios se pagará dentro de los primeros días de cada uno de los diez meses del año escolar. El no pago faculta al establecimiento educativo para no expedir las certificaciones correspondientes, hasta tanto el padre de familia esté a paz y salvo » PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2542 de 1991. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 12 novembre 1991, n° 40150. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1770553.

[568] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-612 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 décembre 1992, p. 24. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-612-92.htm.

pour juger en profondeur la question de la constitutionnalité d'une norme. Dans le premier arrêt, la Cour a en effet évité de rentrer dans une analyse qui aurait impliqué un test d'égalité - ou au moins une comparaison - entre la protection juridique accordée aux fonctionnaires des juridictions et celles dont bénéficient les autres fonctionnaires publics non juridictionnels. Dans le second arrêt, la Cour n'a pas analysé la *réserve de la loi* des droits fondamentaux et le dépassement des compétences normatives de l'exécutif.

715. En conclusion, la *thèse de la contradiction* manifeste a bien contribué à délimiter le champ de compétence matériel du contrôle diffus en le cantonnant à une appréciation évidente de l'anti-constitutionnalité d'une norme ; chose qui n'avait pas été établi dans la Constitution. Au-delà de cette différenciation d'ordre matériel, le contrôle diffus a également été distingué du contrôle concentré au regard du moment de son exercice.

CHAPITRE II LE CONTRÔLE DIFFUS EN TANT QUE CONTRÔLE PRÉALABLE AU CONTRÔLE CONCENTRÉ

716. La thèse la plus répétée quant à l'interaction temporelle du contrôle diffus et du contrôle concentré considère que le contrôle diffus doit être *préalable* au contrôle concentré et en ce sens à un caractère préventif de l'inconstitutionnalité normative[569]. En effet, le contrôle diffus aiderait à écarter les normes manifestement inconstitutionnelles avant qu'un contrôle concentré tranche l'affaire définitivement[570]. Nous allons donc à présent analyser comment cette idée est entrée dans le discours justificatif du contrôle diffus (Section 1), pour ensuite examiner la manière dont ce caractère préalable du contrôle diffus a agi sur la temporalité des normes juridiques (Section 2).

SECTION 1 VERS LA CONSOLIDATION DE L'IDÉE D'UN CONTRÔLE DIFFUS PRÉALABLE AU CONTRÔLE CONCENTRÉ

717. Le caractère *préalable* du contrôle diffus au regard du contrôle concentré n'a pas été consacré dans la Constitution. Petit à petit, cependant, cette idée est entrée dans le discours juridictionnel (Paragraphe 1) et a été confirmée

[569] En revanche, elle n'est pas l'unique thèse possible. De manière simplement anecdotique, il est possible de relever une interprétation dans le constitutionnalisme colombien qui propose une interaction temporelle différente entre le contrôle diffus et le contrôle concentré à celle présentée dans ce paragraphe. Il s'agit d'une posture - proposée par le Procureur général de la nation dans l'arrêt du 9 avril 1970 de la Cour suprême de justice - qui affirme que sur le fondement de l'article 210 de la Constitution de 1886 et l'article 9 de la loi 153 de 1887, le contrôle diffus est le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des normes antérieures à la Constitution ou à l'une de ses réformes. Cette position, qui n'a cependant pas été acceptée dans l'arrêt mentionné, semble l'avoir été par l'arrêt du 23 avril de 1970 qui pourtant ne l'a pas admis expressément. Malgré l'intérêt d'analyser comparativement cette posture avec certains auteurs français qui affirment l'existence d'un contrôle diffus implicite des normes pré-constitutionnelles par le biais de la dérogation implicite des normes contraires à une nouvelle Constitution, ce point déborde l'objet de la présente analyse. Néanmoins, il fera l'objet d'une étude qui sera publiée ultérieurement par l'auteur de ces travaux. Sur ce point voir : CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 9 de abril de 1970. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombia, 9 avril 1970, Vol. 2338(Bis), p. 98; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 23 de abril de 1970*. 2338(Bis). Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 23 avril 1970. ; SENAC, Charles-Edouard. Le " constat " juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution. *Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'etrager* [en ligne]. 2008, n° 4, p. 14. Disponible à l'adresse : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01535590 ; TRÉMEAU, Jerôme. Le droit applicable aux décrets antérieurs à 1958. *Revue française de droit administratif*. 1995, n° 4

[570] Cette conception du rapport temporel entre les deux types de contrôle est cohérente avec la croyance généralisée selon laquelle le contrôle concentré est le contrôle principal tandis que le contrôle diffus est un contrôle subsidiaire. Il est auxiliaire parce qu'il s'agirait d'un contrôle préalable et préventif qui permettrait d'éviter que des normes inconstitutionnelles produisent des effets avant que le contrôle principal, le contrôle concentré, analyse profondément la constitutionnalité de ces normes.

dans plusieurs arrêts. La Cour constitutionnelle a notamment joué un rôle fondamental dans sa consolidation (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 L'évolution du caractère préalable du contrôle diffus dans la jurisprudence colombienne

718. L'idée que le contrôle diffus est préalable au contrôle concentré n'est pas explicite dans les arrêts rendus durant les cinquante premières années qui ont suivi sa consécration par l'Acte législatif 3 de 1910. Nous pouvons toutefois relever que cette posture s'est de fait imposée étant donné que les décisions juridictionnelles n'ont jamais écarté l'application d'une norme après que celle-ci ait été contrôlée par le juge concentré.

719. Néanmoins, dans les premiers arrêts qui ont commencé à aborder le sujet, nous avons pu constater que l'élément temporel du contrôle diffus n'a pas été étudié comme un point spécifique du raisonnement justificatif de ce dernier. En effet, il a davantage été la conséquence, soit explicite soit implicite, de l'argument soulignant l'autorité définitive de la chose jugée des décisions juridictionnelles.

720. Par exemple, en 1962, au moins quatre arrêts ont rejeté une demande de non-application du décret législatif 0012 de 1959[571]. L'argument que tous ces arrêts ont retenu est que le décret avait récemment été déclaré inconstitutionnel par la Cour suprême de justice. Ainsi, le juge ne pouvait décider d'une exception d'inconstitutionnalité à l'égard d'une norme qui n'était plus en vigueur. Cette position - qui a été confirmée en 1976[572] - a contribué à consolider l'idée selon laquelle après qu'un contrôle concentré ait permis de se prononcer sur la constitutionnalité d'une norme, ce point ne peut plus ensuite être abordé.

---

[571] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 14 de marzo de 1962*. Vol. 2253-2254. Bogotá, Colombia, 14 mars 1962 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 16 de marzo de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 16 avril 1962, Vol. 2253-2254, p. 454-463 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 14 novembre 1962, nº 2256,2257,2258 y 2259, p. 224-229 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 14 de noviembre de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 14 novembre 1962, nº 2261, 2262, 2263 y 2264, p. 437-450.

[572] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 4 de julio de 1976. *Gaceta judicial*. Bogotá, 4 juillet 1976, nº 2282, p. 334-336.

721. Dans ces arrêts, l'argument de la chose jugée n'est pas explicitement indiqué ; ils se fondent sur le principe de validité de la norme, mais ce concept est sous-jacent à l'autorité de la chose jugée. Précisément, la Cour refuse l'exercice d'un contrôle diffus puisque la norme n'existe plus dans l'ordonnancement juridique. Mais, paradoxalement, la règle dont la constitutionnalité était questionnée a été finalement appliquée dans l'affaire puisque le jugement a été rendu en considérant la procédure pénale déclarée inconstitutionnelle. On peut trouver que cette posture n'est pas conséquente, si l'on considère que la norme inconstitutionnelle était valide au moment de l'exécuter dans chaque affaire. Néanmoins, si on analyse attentivement la justification des juges, on peut constater que cette affaire est fondée de manière implicite sur l'idée d'autorité de la chose jugée. Autrement dit, le raisonnement de la Cour veut faire prévaloir une décision prise par la Chambre plénière qui avait *déjà tranché* définitivement l'affaire de la constitutionnalité dudit décret 0012 de 1959.

722. À partir de la décennie 1980, les Hautes juridictions ont été plus explicites sur la question de la délimitation temporelle des deux contrôles. À la manière d'un *obiter dictum*, l'arrêt du 21 mars 1980 du Conseil d'État a précisé que l'exception d'inconstitutionnalité porte une compétence exceptionnelle - puis d'application restreinte - pour contester la présomption de constitutionnalité des lois, avant que la Cour suprême de justice ne décide définitivement sur leur compatibilité[573].

723. De manière plus spécifique, l'arrêt du 3 novembre 1981 de la Chambre plénière de la Cour suprême de justice a déduit de l'article 215 de la Constitution de 1886 la compétence du juge « *pour écarter l'application, dans une matière, d'une norme légale, lorsqu'il considère que celle-ci porte atteinte à la Constitution, à condition qu'elle n'ait pas été encore déclarée inconstitutionnelle par l'autorité compétente* »[574].

724. Par ailleurs, l'arrêt du 7 juillet 1983 de la même Haute juridiction a tranché une demande d'inconstitutionnalité contre certaines dispositions de la loi

[573] CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 21 de marzo de 1980. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombie, 1980, p. 111.

[574] SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 4 de noviembre de 1981. *Gaceta judicial*. Bogotá, 4 novembre 1981, n° 2405, p. 402.

29 de 1982 qui établissaient une égalité de droits entre enfants, qu'ils aient été conçus dans le cadre ou en dehors du mariage. Le but de la demande n'était pas la déclaration de la non-conformité de la norme mais la ratification de sa constitutionnalité. La Cour a toutefois considéré qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur une demande qui ne cherchait pas à démontrer l'inconstitutionnalité d'une norme. L'un des arguments avancés à l'appui de sa décision a porté sur le fait qu'une décision de constitutionnalité abstraite implique l'autorité de la chose jugée de la norme ; élément qui empêcherait que la norme ne soit pas appliquée par le biais de l'exception d'inconstitutionnalité[575].

725. En définitive, sous l'empire de la Constitution de 1886, nous avons pu noter un traitement limité de la question du rapport temporel entre le contrôle diffus et le contrôle concentré. Pour autant, lorsqu'elles ont été confrontées à ce sujet, les Hautes juridictions ont eu tendance à considérer que le contrôle diffus ne pouvait s'exercer une fois qu'un contrôle concentré avait permis de trancher la question de la constitutionnalité d'une norme. Cependant, dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle a rapidement traité et consolidé le caractère préalable du contrôle diffus.

PARAGRAPHE 2 La consolidation du caractère préalable du contrôle diffus par la Cour constitutionnelle

726. Avec l'entrée en vigueur la Constitution de 1991, la toute nouvelle Cour constitutionnelle a commencé à répéter plus fréquemment - comme *obiter dictum* de certaines décisions - que le contrôle diffus est préalable au contrôle concentré[576]. Néanmoins, elle n'a véritablement abordé le sujet en profondeur que dans l'arrêt C-600 de 1998. Nous allons donc centrer notre analyse sur cet arrêt étant donné son importance pour notre objet d'étude.

---

[575] SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 7 de julio de 1983. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 7 juillet 1983, nº 2413, p. 392-394.

[576] Par exemple CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-206 de 1994. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 avril 1994, p. 21. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-206-94.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-279 de 1995. *Gaceta Constitucional* [en ligne]. Bogotá, 27 juin 1995, p. 12. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-279-95.htm.

727. L'arrêt C-600 de 1998 résout une demande d'inconstitutionnalité formée contre l'article 20 de la loi 393 de 1997. Cette disposition permet qu'un fonctionnaire qui a été mis en cause par le biais d'une action en exécution (*acción de cumplimiento*)[577], s'excuse de son inaction en s'appuyant sur l'argument de n'avoir pas agi, parce qu'il a exercé *l'exception d'inconstitutionnalité*. Autrement dit, si un fonctionnaire est mis en cause pour n'avoir pas accompli une norme juridique, il peut se défendre en argumentant que la norme en question est contraire à la Constitution. Donc, le juge devra juger la pertinence de la justification de la non-application normative de l'autorité.

Le demandeur a fondé sa demande sur l'argument selon lequel la Constitution de 1991 n'avait consacré qu'un système concentré de contrôle de constitutionnalité. Ainsi, le juge administratif de l'accomplissement/exécution ne pourrait exercer une compétence qui est exclusivement octroyée à la Cour constitutionnelle et au Conseil d'État.

En s'appuyant sur la règle de l'« *unité normative* »[578], la Cour constitutionnelle a décidé d'examiner un paragraphe de l'article 20 de la loi 393 de 1997 qui n'avait pas été abordé dans la demande en considérant que ce paragraphe et la première partie de l'article mise en cause par le requérant donnent ensemble des indications sur la façon dont les deux contrôles interagissent ; un paragraphe qui est donc nécessaire, selon la Cour, pour rendre sa décision[579]. Celui-ci indique en effet que « *Le fonctionnaire qui n'a pas accompli la loi ne pourra pas alléguer*

[577] L'action d'accomplissement/exécution permet à toute personne de demander au juge administratif l'accomplissement d'une norme juridique lorsque le fonctionnaire chargé de son exécution ne l'a pas fait.

[578] La possibilité d'ajouter une *proposition juridique* à celle demandée est prévue dans la partie finale du troisième alinéa de l'article 6 du Décret 2067 de 1991 : « La Cour décidera sur le fond sur toutes les normes mises en cause et elle pourra signaler dans l'arrêt, les autres qui, selon son jugement, forment une unité normative avec les autres déclarées inconstitutionnelles » Traduit par nos soins de l'original : « La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales ». PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto ley 2067 de 1991. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 4 septembre 1991, n° 40012, p. 2. [Consulté le 3 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1394864.

[579] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 6-7. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm.

l'exception d'inconstitutionnalité sur des normes qui ont fait l'objet d'une analyse de constitutionnalité par le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle, selon le cas »[580].

La Cour a finalement considéré que le demandeur n'avait mentionné qu'une seule partie du problème (le juge compétent) mais sans prendre en considération l'élément temporel selon lequel le contrôle diffus est préalable au contrôle concentré ; un élément qui détermine pourtant sa compétence pour l'exercer[581].

728. Au-delà d'une délimitation matérielle du contrôle diffus à une contradiction manifeste à la Constitution, la Cour a donc consolidé une analyse de l'interaction temporelle des deux types de contrôle ; à savoir l'antériorité du contrôle diffus qui permettrait d'écarter l'application d'une norme manifestement inconstitutionnelle *avant* l'exercice d'un contrôle concentré.

La Cour a ici examiné l'interaction des deux types de contrôle dans le temps à partir de l'idée d'autorité de la chose jugée. D'abord, elle a indiqué que si les juges de l'action en exécution acceptaient la justification du fonctionnaire à l'appui de sa demande d'exception d'inconstitutionnalité, cette décision maintient la validité de la norme bien qu'elle soit déclarée inconstitutionnelle ultérieurement. Ainsi, une fois qu'un contrôle concentré a conduit à une décision sur la constitutionnalité d'une norme, alors l'autorité de la chose jugée constitutionnelle empêche que le juge de l'action en exécution aille au-delà de ces paramètres, en exerçant un contrôle diffus.

729. Précisément, selon le raisonnement de la Cour, si une norme est déclarée inconstitutionnelle alors elle sort de l'ordonnancement juridique ; donc,

---

[580] Traduit par nos soins de l'original : « Parágrafo. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso". » CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 393 de 1997. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 30 juillet 1997, n° 43096, p. 6. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1659485.

[581] Selon la Cour « la materia objeto de análisis constitucional en este proceso es una sola -si la confrontación, a cargo del juez de cumplimiento, entre la efectiva inejecución de una norma o acto, que para el accionante significa su inobservancia y para la autoridad demandada la aplicación prevalente de la Constitución Política, puede comprender el examen referente a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del mandato inejecutado-, y la demanda se contrae a uno de los aspectos de ella -la atribución del juez-, sin tocar el elemento previo y necesario de la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad en que puede fundarse la autoridad acusada ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 7. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm.

elle n'existe plus. Par conséquent, un contrôle diffus ne pourrait écarter l'inconstitutionnalité d'une norme qui n'existe plus. En revanche, si la norme est déclarée constitutionnelle, alors la garantie de l'autorité de la chose jugée constitutionnelle *erga omnes* empêcherait qu'une autre autorité propose un « *fondement juridique* » pour ne pas appliquer cette norme à cause d'une inconstitutionnalité qu'elle aurait relevée, mais non le juge réalisant un contrôle concentré[582].

730. Après 1998, la Cour constitutionnelle a répété de manière fréquente cette posture. En effet, nous avons pu constater que ces dernières années la Cour a eu tendance a augmenté le recours à ce raisonnement[583].

---

[582] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 14-15. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm.

[583] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 015 de 2003. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 février 2003, p. 16. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2003/A015-03.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-545 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 mai 2008, p. 41. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-545-08.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-951 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 décembre 2009. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-951-09.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-103 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 février 2010, p. 31. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-103-10.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-122 de 2011. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 2011, p. 70. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-122-11.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-704 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 septembre 2012, p. 76. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-269 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 mai 2015, p. 66. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-269-15.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-303 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mai 2015, p. 34. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-303-15.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-508 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 août 2015, p. 39. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-508-15.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-043 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 février 2016, p. 23. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-043-16.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-149 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 31 mars 2016, p. 40. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-149-16.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-462 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 29 août 2016, p. 25. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-462-16.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-616 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 novembre 2016, p. 42. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-616-16.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-681 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 décembre

731. Pour autant, même en l'absence de concurrence d'autres thèses consolidées qui expliqueraient ce rapport temporel entre contrôle diffus et contrôle concentré, cette posture n'a pas toujours été appliquée de manière uniforme au regard des effets temporels des normes juridiques.

SECTION 2 LE CARACTÈRE PRÉALABLE DU CONTRÔLE DIFFUS EN TANT QUE GARANTIE DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DES DÉCISIONS DE CONTRÔLE CONCENTRÉ

732. Si nous suivons l'idée défendue par KELSEN, l'objet du contrôle de constitutionnalité - concentré - consiste à déterminer si la norme contrôlée appartient à l'ordonnancement juridique ou si elle n'y appartient pas. Il s'agit ainsi d'un jugement portant sur la validité - dans le sens d'appartenance - de la norme[584]. Ce raisonnement présuppose, lorsque le contrôle est réalisé a *posteriori*, que la norme soit valide à partir de son entrée en vigueur, dès lors que l'autorité compétente a suivi la procédure requise pour son élaboration. Le contrôle de constitutionnalité impliquerait, en ce sens, une atteinte à la présomption de validité de la disposition[585]. De ce point de vue, une décision du juge constitutionnel génère soit la *ratification* de sa validité, lorsqu'elle est jugée constitutionnelle, soit la *déclaration* de son invalidité (*annulation* selon les mots de KELSEN), lorsqu'elle est jugée inconstitutionnelle[586]. Dans le premier cas, la norme reste toujours valide (à partir de son entrée en vigueur), mais dans le second, elle sort de l'ordonnancement juridique à partir de la déclaration d'inconstitutionnalité[587].

2016, p. 24. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-681-16.htm.

584 Sur l'ambivalence du concept de validité et son acception en tant qu'« appartenance », voir : BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. Dans : RAMIREZ CLEVES, Gonzalo (dir.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 423-438.

585 SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 214.

586 KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* [en ligne]. 2011, Vol. 15, p. 249-300. [Consulté le 4 octobre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiNy87ywZLbAhXJORQKHRKnBp8QFghLMAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3764308.pdf&usg=AOvVaw2WZE7ejWqZo7vZdrG5DbOO.

587 Sur ce point, voir : MORESO, José Juan. La justificación del control de constitucionalidad en kelsen. Dans : RAMÍREZ CLÉVES, Gonzalo (dir.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 355-375.

733. Pour l'auteur autrichien, justement, cet élément lui permet de comprendre la Cour constitutionnelle comme un « législateur négatif ». Or, si l'on considère que le juge constitutionnel agit ainsi, ses décisions prendraient des caractéristiques similaires à celles des normes législatives. Particulièrement, nous pourrions remarquer, par exemple, qu'elles portent des effets étendus à tous et pas simplement aux parties comme dans le cadre des procès juridictionnels. En outre, la décision portant sur la conformité d'une disposition doit porter des effets pour le futur[588] ; à partir de l'édiction de la décision et non à partir du moment où la procédure est déclenchée.

C'est pourquoi, nous pourrions déduire de cette posture que le respect et la protection de l'autorité de la chose jugée sont particulièrement importants pour les jugements de constitutionnalité. Un fois qu'une norme est déclarée inconstitutionnelle, *elle sort* de l'ordonnancement juridique pour le futur ; en revanche, si elle est déclarée constitutionnelle, alors elle ne doit plus être mise en question.

Une conséquence assez logique de ce raisonnement est donc que la jurisprudence constitutionnelle colombienne soit arrivée à la solution - qui finalement est formaliste – selon laquelle *le contrôle diffus ne peut pas s'exercer après un contrôle concentré qui s'est prononcé sur la constitutionnalité de la même norme* ; peu importe que la décision ratifie la constitutionnalité (Paragraphe 1) ou qu'elle déclare son inconstitutionnalité (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Une garantie au regard des normes déclarées constitutionnelles

734. Lorsqu'une disposition est déclarée constitutionnelle lors d'un contrôle concentré, sa validité est ratifiée dans l'ordonnancement juridique ; sa présomption de constitutionnalité devient alors de droit ou « invincible ». Or, selon la *thèse de la contradiction manifeste*, le contrôle diffus ne peut qu'écarter les contradictions manifestes de la norme. Ainsi, il n'est pas logique de considérer

[588] Nous précisions en règle générale, parce qu'il est bien connu que la Cour constitutionnelle peut déterminer les effets temporels de ses décisions. Ainsi, exceptionnellement, elle peut établir des effets *ex tunc* ou rétroactifs pour une décision déterminée. Si la Cour ne dit rien sur les effets de l'arrêt, alors on doit comprendre qu'il s'agit d'effets futurs ou *ex nunc*.

qu'une fois que la constitutionnalité d'une norme a été ratifiée par le juge dans le cadre d'un contrôle concentré, n'importe quel juge ou fonctionnaire pourrait questionner à nouveau, par le biais du contrôle diffus, la constitutionnalité de la norme en question pour éventuellement ne pas l'appliquer.

735. En revanche, les décisions prises et exécutées (sans plus de possibilité de recours) qui n'ont pas appliqué une norme en vertu d'un contrôle diffus, avant l'entrée en vigueur de la décision rendue dans le cadre d'un contrôle concentré, profitent de la garantie de l'autorité de la chose jugée. Elles restent alors immuables, même en cas de décision contraire mais ultérieure ratifiant la constitutionnalité de la norme.

736. Pour illustrer comment une telle posture fonctionne, nous prendrons l'exemple de la décision A-015 de 2003[589] qui nous paraît pertinent dans la mesure où la Cour y a explicitement traité de ce problème juridique. Précisément, la Cour constitutionnelle avait à trancher deux conflits négatifs de compétences entre juges de *tutela* générés par l'entrée en vigueur du décret réglementaire 1382 de 2000[590].

Ce décret avait en principe pour but d'établir des règles relatives à la répartition des actions de *tutela* entre les tribunaux à partir de certains critères comme la matière et le type d'autorité ou particulier mis en cause. Or, quelques dispositions du décret - notamment ses articles 1 et 2 - se référaient textuellement non pas à une répartition des affaires sinon à la compétence des juges[591]. Ce décret a conduit à ce que de nombreux juges se déclarent incompétents pour trancher les

---

589 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 015 de 2003. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 février 2003, p. 16. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2003/A015-03.htm.

590 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1382 de 2000. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 12 juillet 2000, nº 44082, p. 3. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1276834.

591 Par exemple, le paragraphe de l'article 1 établit : « Si à partir des faits énoncés dans la requête de *tutela*, le juge n'est pas compétent, il devra l'envoyer au juge qui l'est au plus tard le lendemain de sa réception avec une communication préalable aux intéressés. Dans ce cas, le délai pour résoudre la *tutela* commencera à être décompté à partir du moment où elle a été reçue par le juge compétent ».

Traduction par nos soins de l'original : « Parágrafo. Si conforme a los hechos descritos en la solicitud de tutela el juez no es el competente, éste deberá enviarla al juez que lo sea a más tardar al día siguiente de su recibo, previa comunicación a los interesados. En este caso, el término para resolver la tutela se contará a partir del momento en que sea recibida por el juez competente ». PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1382 de 2000. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 12 juillet 2000, nº 44082, p. 3. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1276834.

affaires soumises à leur connaissance et, par conséquent, à ce qu'ils renvoient les affaires devant les juges qui, selon leur interprétation du décret, étaient compétents pour les trancher. Cependant, les juges qui recevaient ces affaires se déclaraient, à leur tour, incompétents selon l'argument que la Constitution avait doté tous les juges de la compétence pour trancher les affaires de *tutela* et qu'un décret ne pouvait limiter une compétence octroyée directement par la Constitution. Cette dernière posture a été largement défendue par la Cour constitutionnelle dans de nombreuses décisions qui ont tranché ce type de conflits de compétences. Dans toutes ces décisions, la Cour a décidé de ne pas appliquer le décret et a encouragé les autres juges à ne pas l'appliquer en raison de son inconstitutionnalité manifeste[592].

Pour revenir à l'affaire A-015 de 2003, en l'espèce, un citoyen avait dans un premier temps formé une action de *tutela* contre une décision juridictionnelle d'un Conseil régional de la magistrature (*Consejo seccional de la judicatura*) devant un tribunal ordinaire (Cour d'appel). Ce dernier s'est toutefois déclaré incompétent pour se prononcer sur cette demande en vertu du décret 1382. Par conséquent, il a renvoyé l'affaire devant le juge qui, selon ce décret, était compétent pour connaître cette affaire : le Conseil Supérieur de la Magistrature. Or, ce dernier a également écarté sa compétence en considérant l'inconstitutionnalité manifeste de la disposition réglementaire, puisque l'article 86 de la Charte établit la compétence de tout juge pour connaître des actions de *tutela* ; en conséquence le juge compétent serait celui qui *le premier* a reçu l'affaire[593].

La Cour constitutionnelle, juge supérieur de *tutela*, a résolu le conflit de compétences en faveur de sa propre position ; à savoir que le juge qui a reçu l'affaire en premier est le juge compétent pour se prononcer, c'est-à-dire, en l'occurrence, le

[592] Selon la décision, il a eu plus d'une centaine d'affaires décidées de la même manière. Par exemple : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 085 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 septembre 2000, p. 7. [Consulté le 21 mars 2011]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A085-00.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 071 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 février 2001, p. 16. [Consulté le 21 mars 2012]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2001/a071-01.htm.

[593] Ce qu'en Colombie on qualifie de « compétence à prévention » (*a prevención*).

tribunal ordinaire[594]. Par conséquent la Cour a ordonné de renvoyer l'affaire au tribunal ordinaire (Cour d'appel).

Cependant, peu de temps après ce renvoi, le Conseil d'État en tant que juge du contrôle concentré de constitutionnalité du règlement, a rendu un arrêt qui a déclaré la constitutionnalité dudit décret 1382 de 2000[595].

La Cour suprême de justice, en tant juge de *tutela* en deuxième instance a quant à elle déclaré la nullité de la procédure au motif de l'incompétence du juge de première instance, d'après son interprétation du décret 1382 qui venait juste d'être déclaré constitutionnel. Par conséquent, la Cour suprême de justice l'a à son tour renvoyé devant le Conseil supérieur de la magistrature. Ce dernier s'est déclaré aussi incompétent, ce qui a permis que la Cour constitutionnelle reprenne l'affaire pour se prononcer sur un nouveau conflit négatif de compétences.

Cette deuxième fois, la Cour constitutionnelle a ordonné que la Cour suprême de justice tranche l'affaire *en deuxième instance*. La justification de cette décision n'a pas été que la norme était contraire à la Charte, puisque le juge du contrôle concentré de ce règlement, le Conseil d'État, l'avait considérée comme constitutionnelle. En revanche, cette décision a été prise parce que le premier jugement de la Cour constitutionnelle sur la compétence du tribunal ordinaire ayant déjà été exécuté et protégé par l'autorité de la chose jugée, la décision ne pouvait plus être méconnue par la Cour suprême de justice. En définitive, une décision exécutée, qui aurait écarté l'application d'une disposition par le biais du contrôle diffus, garde sa validité bien que le contrôle concentré ait déclaré ultérieurement la constitutionnalité de la norme.

---

[594] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 076 de 2002. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 25 juin 2002, p. 7. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A076-02.htm.

[595] CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 11001032400020006414O1(64146424644764526453652265236693671470S7) de 2002. *www-suin-juriscol.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 18 juillet 2002, p. 15. ISBN 1100103240002. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10000269#ver_10000275.

PARAGRAPHE 2 Une garantie au regard des normes déclarées inconstitutionnelles

737. De la même manière, lorsqu'une disposition est déclarée inconstitutionnelle, elle n'est plus valide et sort de l'ordonnancement juridique. En règle générale, une telle décision porte des effets pour le futur ; elle serait alors comparable à l'abrogation de la norme - suivant la perspective de KELSEN que nous avons déjà décrite -[596]. Nous avons ici deux scénarii. En premier lieu, des faits qui auraient lieu ultérieurement à la décision d'inconstitutionnalité et qui seraient régis par la norme invalidée ne peuvent être soumis à la norme étant donné que celle-ci n'existerait plus. On serait alors dans un scénario d'inexistence de la norme. En deuxième lieu, s'agissant de faits qui auraient lieu pendant la durée de la validité de la norme, on devrait appliquer celle-ci parce qu'elle est encore valide et, par conséquent, produit des effets juridiques ; ce même si la décision de l'autorité est prise ultérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité de la norme. Dans ce cas, nous serions dans le scénario de la survie de la loi ancienne (*ultractividad*).

738. Malgré tout, cette idée pose la question de savoir si le contrôle diffus peut être exercé sur une norme déclarée inconstitutionnelle mais applicable selon le principe de survie de la loi ancienne. La réponse à cette interrogation a généralement été négative. En effet, les juges ont tendu à faire prévaloir une interprétation formaliste puis préclussive du contrôle diffus réalisé *après* une décision d'inconstitutionnalité issue d'un contrôle concentré. Selon cette posture, une fois que le contrôle concentré a abouti à une décision sur la constitutionnalité de la norme à appliquer, même si celle-ci est déclarée inconstitutionnelle, le contrôle diffus ne peut plus être exercé ; au-delà même de savoir si elle est applicable, selon le principe de la survie de la loi ancienne, à l'espèce ou non. Un exemple peut nous aider à mieux comprendre ce raisonnement.

---

[596] KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (1931)*. 1re éd. Madrid : Tecnos, 1995, p. 34-39 ; Plus spécifiquement, KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* [en ligne]. 2011, Vol. 15, p. 289-291. [Consulté le 4 octobre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiNy87ywZLbAhXJORQKHRKnBp8QFghLMAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3764308.pdf&usg=AOvVaw2WZE7ejWqZo7vZdrG5DbOO.

739. Le célèbre décret législatif 0012 de 1959, qui a établi une procédure pénale restrictive (mais qui a généré plusieurs décisions prises à la suite d'un contrôle diffus) a été déclaré inconstitutionnel par un arrêt du 23 août 1961 de la Cour suprême de justice. Toutefois, dans les mois suivants, et notamment en 1962, la Chambre pénale de la même Haute juridiction a eu à connaître au moins quatre recours en cassation qui demandaient la non-application dudit décret d'exception inconstitutionnel. La Chambre a alors rejeté la demande en arguant qu'un contrôle concentré avait déjà tranché l'affaire en déclarant l'inconstitutionnalité de la disposition. Selon le raisonnement de l'arrêt, comme la norme n'existait plus, la chambre ne pouvait pas exercer l'exception d'inconstitutionnalité à son égard. Malgré tout, la norme déclarée inconstitutionnelle a fini par être appliquée à l'espèce[597]. Cette posture, renferme une forme d'ironie puisque la Cour, dans le but de respecter une décision issue d'un contrôle concentré (qui a déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition), a finalement appliqué la même disposition inconstitutionnelle dans l'affaire.

740. Cet argument a été utilisé à plusieurs reprises par la Cour suprême de justice, non seulement pour résoudre des affaires relatives au décret législatif 0012 de 1959[598], mais aussi pour fonder des décisions beaucoup plus récentes[599].

---

[597] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. *Sentencia del 14 de marzo de 1962*. Vol. 2253-2254. Bogotá, Colombia, 14 mars 1962 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 16 de marzo de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 16 avril 1962, Vol. 2253-2254, p. 454-463 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 14 novembre 1962, nº 2256,2257,2258 y 2259, p. 224-229 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 14 de noviembre de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 14 novembre 1962, nº 2261, 2262, 2263 y 2264, p. 437-450.

[598] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 4 de julio de 1976. *Gaceta judicial*. Bogotá, 4 juillet 1976, nº 2282, p. 334-336.

[599] Nombreux cas exemplifient cette posture. Simplement à manière démonstrative : SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 19 de febrero de 2004. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 19 février 2004, nº 20951. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 17 de mayo de 2005. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 mai 2005, nº 24903. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 25 de mayo de 2006. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 25 mai 2006, nº 26401. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; SALA DE

741. En conclusion, la *thèse de la contradiction manifeste* semble permettre une interaction temporelle harmonieuse et cohérente entre contrôle concentré et contrôle diffus. En revanche, si l'on considère l'interdiction d'exercer un contrôle diffus lorsqu'un contrôle concentré a déjà été effectué, on peut relever l'ironie de la préférence pour la solution formaliste qui, finalement, implique l'obligation d'appliquer une norme inconstitutionnelle, même si elle pourrait être considérée comme manifestement contraire à la Constitution.

CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 22 de julio de 2009. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 juillet 2009, n° 35304. [Consulté le 15 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 16 de febrero de 2010. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 février 2010, n° 39804. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml.

CONCLUSION TITRE I

742. La jurisprudence colombienne n'a jamais été uniforme au regard des éléments du contrôle diffus de constitutionnalité. En effet, nombreux sont les arrêts qui ont employé le contrôle diffus sans un patron conceptuel clair ou au moins explicite. Nonobstant, si l'on prend l'ensemble des arrêts rendus par les Hautes juridictions de 1910 jusqu'à nos jours, on peut dégager une conception plutôt majoritaire du contrôle diffus en Colombie. Nous avons entrepris une tentative de reconstruction de l'évolution de cette conception pour pouvoir comprendre ses éléments structurels à l'heure actuelle.

743. En général le contrôle diffus a été entendu comme un contrôle normatif abstrait qui permet aux juges ou fonctionnaires d'écarter l'application d'une norme lorsqu'elle est manifestement contraire à la Constitution. Voici pourquoi nous proposons de qualifier cette approche, qui a fondé de nombreuses jurisprudences, de *thèse de la contradiction manifeste*.

744. Cette *thèse* a permis de préciser le fonctionnement du contrôle diffus, mais elle a également contribué à délimiter le champ du contrôle diffus au regard du contrôle concentré. Ainsi, elle détermine deux limites du contrôle ; l'une matérielle, l'autre temporelle.

745. En premier lieu, le contrôle diffus est vu comme un contrôle limité aux normes contraires à la Constitution de manière évidente, manifeste ou claire (pour reprendre les adjectifs employés par les Hautes juridictions colombiennes). Autrement dit, à l'occasion d'un contrôle diffus, on ne peut justifier l'inconstitutionnalité d'une norme en se fondant sur une argumentation approfondie et non son caractère manifeste.

746. On a pu relever quelques traces de la présence de cette conception dans les premiers arrêts de contrôle diffus, cependant elle a commencé à être plus explicite à partir des années 1960. Puis, elle a de plus en plus été employée par les Hautes juridictions. Elle a néanmoins connu une réelle consolidation qu'après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991 ; surtout après 1992 et la première décision argumentée de la Cour constitutionnelle sur la question.

747. Selon la Cour, *l'incompatibilité* est l'élément fondamental de l'article 4 de la Constitution pour comprendre l'exception d'inconstitutionnalité. Dans un sens courant, l'incompatibilité est l'impossibilité pour deux choses de coexister ; dans le sens juridique qu'en donne la Cour, il s'agit d'une contradiction grave entre deux normes (la Constitution et une norme inférieure) qui doit être appréciée à première vue (*prima facie*).

748. La logique justificative de ce caractère manifeste *prima facie* est héritière des craintes qui se sont exprimées au regard du contrôle diffus. L'objectif de cette *thèse de la contradiction manifeste* serait, par conséquent, d'éviter l'arbitraire des juges ou fonctionnaires puisque qu'elle permettrait d'éviter que la décision d'inconstitutionnalité d'une norme ne dépende pas de leur interprétation mais de la norme elle-même, manifestement contraire à la Constitution. En outre, elle permettrait d'éviter l'empiètement du contrôle diffus sur le domaine du contrôle concentré dans la mesure où le contrôle diffus ne peut que permettre de constater une inconstitutionnalité manifeste ou *prima facie* tandis que dans le cadre d'un contrôle concentré, est réalisée une analyse plus profonde de la probable inconstitutionnalité d'une norme.

749. En deuxième lieu, le contrôle diffus tel que conçu par la *thèse de la contradiction manifeste* serait un contrôle préalable au contrôle concentré. Ainsi, il n'y aurait pas de concurrence entre les deux types de contrôle puisque le contrôle diffus servirait même à éviter qu'une norme manifestement inconstitutionnelle produise des effets avant que le contrôle concentré tranche définitivement la question de la constitutionnalité de cette norme.

750. Selon cette posture, une fois qu'une norme est déclarée constitutionnelle à la suite d'un contrôle concentré, alors la validité de la norme est ratifiée. Donc, un contrôle diffus ne peut continuer à remettre en question la constitutionnalité de cette norme. En revanche, si la norme est déclarée inconstitutionnelle, alors elle perd sa validité et sort de l'ordonnancement juridique. Par conséquent, elle ne pourra pas être appliquée aux faits qui se produisent ultérieurement puisqu'elle n'existe plus. Toutefois, si les faits ont lieu avant la déclaration d'inconstitutionnalité *ex-nunc*, la norme applicable sera la norme déclarée inconstitutionnelle. Dans ce cas, la norme pourra être appliquée si son

inconstitutionnalité n'est pas manifeste bien qu'elle ait déjà été déclarée inconstitutionnelle.

751. Pour autant, malgré son apparente rationalité, la *thèse de la contradiction manifeste* ne satisfait pas toutes les exigences de l'État constitutionnel colombien contemporain.

TITRE II LA CRISE DE LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE » DANS LE CONSTITUTIONNALISME COLOMBIEN CONTEMPORAIN

752. La *thèse de la contradiction manifeste*, aussi intéressante a-t-elle pu paraître pour la Cour constitutionnelle, semble cependant insuffisante pour répondre aux défis du constitutionnalisme colombien contemporain (Chapitre 1). L'étude de l'application pratique du contrôle diffus révèlent en effet plusieurs limites et défauts, en particulier une difficulté d'expliquer *l'interaction* entre le contrôle diffus et le contrôle concentré (Chapitre 2).

CHAPITRE I LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE » DANS LE CONSTITUTIONNALISME CONTEMPORAIN

753. Le constitutionnalisme a évolué en Occident de manière importante à partir de la Seconde Guerre mondiale. Cette transformation a influencé de manière très forte le constitutionnalisme colombien (Section 1). À cet égard, la Cour constitutionnelle a joué un rôle central pour l'introduction des fondements théoriques de ce nouveau discours juridique au sein du système colombien. Ainsi, elle a notamment conduit à repenser la place des juges qui sont devenus les principaux gardiens des droits fondamentaux (Section 2).

SECTION 1 LA TRANSFORMATION DE LA PENSÉE CONSTITUTIONNALISTE

754. En employant l'expression *constitutionnalisme d'après-guerre*, nous allons faire référence à une série de changements de paradigmes et de pratiques juridiques qui sont nées dans le cadre des nouvelles constitutions promulguées à partir de 1945, principalement dans les pays européens qui ont participé à la Seconde Guerre mondiale ou qui ont vécu un processus de transition vers la démocratie constitutionnelle. Nous utiliserons cette qualification tout en reconnaissant qu'il s'agit, peut-être, d'une généralisation contestable en raison de son *eurocentrisme* excessif[600].

755. Malgré tout, la vague du constitutionnalisme qui a caractérisé l'après Seconde Guerre mondiale est un phénomène que nous pouvons décrire comme ayant permis une large propagation de l'idée d'inclure des *chartes de droits fondamentaux* dans les textes des Constitutions et Traités internationaux de protection des droits humains (Paragraphe 1) ; mais aussi, comme un mouvement de transformation de la pensée juridique (tout d'abord des théoriciens du droit, puis des juges constitutionnels) qui a accordé une place centrale aux juges dans un nouveau modèle d'État constitutionnel (Paragraphe 2). Ces nouvelles manières de

[600] En effet, nous devons comprendre ce phénomène en considérant des processus constituants qui l'ont précédé (notamment aux États-Unis, au Mexique ou dans l'Allemagne de Weimar, pour mentionner quelques exemples) et des pratiques juridictionnelles protectrices des droits fondamentaux qui ont commencé à apparaître vers les années 1920 et 1930 aux États-Unis.

concevoir le droit et l'application des droits fondamentaux sont entrées dans le discours de la Cour constitutionnelle colombienne qui a impulsé une lutte contre le formalisme légicentriste traditionnel en Colombie s'agissant de la formation et de la pratique du droit. (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 Le développement de Chartes de droits fondamentaux justiciables dans les nouveaux textes constitutionnels *post* Seconde Guerre mondiale

756. L'un des héritages juridiques les plus importants de la Seconde Guerre mondiale a été la ratification de l'idée selon laquelle les Parlements nationaux, malgré le fait qu'ils sont censés représenter les intérêts de *tous* les citoyens, sont susceptibles de permettre qu'une majorité puisse agir ouvertement contre les droits d'un groupe de la population. Ce constat a généré la conscience de l'importance de doter chaque citoyen de droits et de garanties reconnus dans les textes constitutionnels et dans les traités internationaux afin d'empêcher - ou à tout le moins rendre plus difficile sinon impossible - que les Parlements nationaux agissent à l'encontre de ces droits fondamentaux.

757. Ce phénomène - dont la manifestation est explicite, par exemple, dans le Préambule de la Constitution française de 1946[601] - a influencé les processus constituants européens *post* Seconde Guerre mondiale. En effet, les Constitutions de l'Italie de 1948 ou de l'Allemagne (Bonn) de 1949, entre autres[602], ont inclus dans leurs textes une Charte de droits fondamentaux qui avait notamment comme but de mettre en valeur la place de la dignité humaine placée au cœur du rapport entre

[601] Le Préambule établit explicitement : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. » RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Constitution de 1946. IVe République. Dans : *www.conseil-constitutionnel.fr* [en ligne]. 1946. [Consulté le 13 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique.

[602] Par exemple, celles de Chypre de 1960, de Turquie de 1961 et de la Yougoslavie de 1963. DIAZ BRAVO, Enrique. Aspectos sobre justicia constitucional. Orígenes, evolución,control de constitucionalidad y legitimidad. Dans : VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (dir.), *Derecho Procesal Constitucional*. 1re éd. Bogotá : VC Editores; Academia Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2012, p. 160-161. Finalement, même si elle consacrait quelques droits citoyens, la Constitution de l'Autriche de 1920, rétablie en 1945, ne prévoyait pas de catalogue de droits fondamentaux comme celui des Constitutions de cette époque.

l'État et les citoyens. En outre, ces Constitutions ont aussi créé des tribunaux/cours constitutionnel(le)s exerçant un contrôle concentré de constitutionnalité[603].

758. De son côté, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies nouvellement créée a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948) qui, rapidement, a constitué une carte de navigation pour le nouvel ordre international en vue du maintien de la paix mondiale. Cette déclaration a marqué le début d'une *vague* de démocratisation fondée sur la protection des droits humains.

759. Ce texte international a aussi initié l'élaboration de conventions régionales de protection des droits humains. D'abord en Europe, dans les années 1950, ensuite dans les Amériques, à partir de 1969, puis en Afrique, après 1981. La protection des droits humains est alors devenue une obligation à caractère mondial dont l'inaccomplissement pourrait être jugé par une Cour doté de la compétence de reconnaître la responsabilité internationale d'États susceptibles de se retrouver ainsi forcés à réparer des dommages causés par la violation de droits humains.

760. Cette vague expansive a touché les Constitutions des pays européens, incitant certains à transiter de la dictature à la démocratie. Ainsi, la Grèce et le Portugal en 1978, mais aussi l'Espagne en 1979, ont suivi le même exemple en incorporant ce type d'éléments dans leur système juridique. De même, il a touché les pays africains qui ont progressivement cheminé du colonialisme, de la guerre civile ou de la dictature vers la démocratie.

761. Cette vague a finalement influencé les processus constituants des pays d'Amérique latine à la fin du XX^{e} siècle. Les Constitutions du Brésil de 1988, de la Colombie de 1991, du Pérou de 1993, de l'Équateur de 1998 et 2008, ou encore de la Bolivie de 2009, par exemple, ont aussi inclus des listes de droits.

---

[603] Notamment, il faut exclure de cette classification la Constitution française de 1946 qui n'a pas créé d'organe juridictionnel de contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a été créé par la Constitution de 1958 mais son rôle initial n'était pas à proprement parler celui d'une Cour qui tranche le contentieux constitutionnel, mais une sorte d'arbitre entre le Parlement et le Gouvernement. Le contentieux constitutionnel s'est progressivement affirmé à partir de 1971 (décision *Liberté d'association*), puis de 1974 (introduction de la saisine par des parlementaires), et enfin de l'entrée en vigueur du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en 2010 à la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 61-1 de la Constitution ; question prioritaire de constitutionnalité).

762. Plus concrètement, en Colombie, le processus constituant de 1991 a reçu de manière très importante toute cette influence. En effet, ont été constitutionnellement consacrés de nombreux droits fondamentaux qui seraient dorénavant d'application directe.

763. Cette liste de droits, en outre, n'est pas restrictive. La Constitution de 1991 a en effet prévu une clause de droits non-inclus dans la liste des droits fondamentaux (article 94) qui permet la reconnaissance de nouveaux droits qui n'auraient pas été explicitement incorporés dans le texte constitutionnel mais qui assureraient une protection de la personne humaine.

764. La Constitution a parallèlement renforcé les mécanismes visant à rendre effectif ces droits. D'une part, a été consacrée une action de *tutela*, dispositif juridictionnel de protection directe, rapide et plutôt efficace face à une violation ou menace de violation de ces droits par les autorités comme par les particuliers. D'autre part, on l'a vu, elle a institué une Cour constitutionnelle qui, en plus d'une compétence pour réaliser un contrôle normatif concentré, est la plus haute juridiction en matière de *tutela* puisqu'elle peut réviser les décisions de *tutela* rendues par n'importe quel juge du pays.

765. Pour autant, ces changements normatifs issus d'une vague de consécration de droits fondamentaux et de démocratisation n'ont pas conduit à une immédiate transformation de la réalité et des pratiques des États. En effet, une mutation de la pensée juridique est aussi nécessaire pour comprendre les nouveaux enjeux de l'application de normes consacrant des droits fondamentaux.

PARAGRAPHE 2 La nouvelle pensée juridique autour de l'application des normes constitutionnelles par les juges

766. La reconnaissance de droits humains ou fondamentaux, la création de cours constitutionnelles et l'institution de moyens de protection effective de ces droits ont généré un nouveau cadre pour les travaux des théoriciens du droit et des constitutionnalistes. Nous voudrions ici nous concentrer sur une analyse de deux idées en particulier, qui ont été conçues de manière simultanée. Les deux sont liées mais nous les traiterons de manière séparée afin de mettre en évidence l'intérêt de chacune d'elle. Nous faisons référence, d'une part, à la question de l'indétermination – intrinsèque - du droit qui a fait germer une distinction entre *dispositions*

normatives et *normes juridiques* (1) et, d'autre part, à la distinction *entre règles et principes* qui a été vitale pour comprendre comment doivent être appliquées les normes consacrant des droits fondamentaux (2).

1 La distinction entre disposition normative et normes juridiques

767. À titre liminaire, il nous semble important de remarquer que les postures classiques concernant la définition théorique du droit selon lesquelles celui-ci est constitué de règles claires et abstraitement rédigées n'ont commencé à être remises en cause que très progressivement dans la pensée juridique, à partir de la fin du XIX^{e} siècle. Cependant, la réalité juridique des pays européens n'a alors pas énormément changé malgré ces idées nouvelles, puisque les juristes des premières décennies du XX^{e} siècle tendaient à faire prévaloir des lectures plutôt exégétiques des textes normatifs[604].

768. Puis, la littérature juridique de la deuxième moitié du XX^{e} siècle a contribué à la propagation de la mise en question de l'idée de clarté *intrinsèque* de la loi - voire des normes juridiques - propre à l'idée *rousseauiste* de l'infaillibilité de la loi[605]. La question a commencé à être résolue à la faveur de la thèse contraire, plus proche du constat de l'indétermination, de l'ambiguïté ou de la polyvalence des textes normatifs.

769. Malgré l'importance des idées de KELSEN, ce dernier paraît s'être peu interrogé sur l'indétermination du droit, même lorsqu'il a accepté de reconnaître que les normes sont un *cadre ouvert* à plusieurs possibilités interprétatives, conformément à la notion de *structure dynamique du système juridique*[606]. Certainement, on reconnaît plutôt à HART l'analyse du phénomène.

770. En effet, HART conçoit que l'ordonnancement juridique n'est composé que par des règles générales qui établissent des modèles de comportement. Pour lui, le droit n'est possible que par la communication effective de ces normes. Celles-ci,

---

[604] FAVOREU, Louis et MASTOR, Wanda. *Les cours constituionnelles*. Saint-Just-la-Pendue : Dalloz, 2011, p. 10.

[605] FAVOREU, Louis et MASTOR, Wanda. *Les cours constituionnelles*. Saint-Just-la-Pendue : Dalloz, 2011, p. 9-10.

[606] KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 1re éd. Neuchatel : Éditions de la Baconnière, 1953, p. 114-116, 134-135.

lorsqu'elles sont établies par la législation - à la différence des normes établies par l'exemple, comme le précédent - déterminent un langage prescriptif par des mots écrits. En ce sens, la législation prévoit de manière abstraite les éléments factuels qu'elle veut régler, mais elle ne peut déterminer par avance *toutes* les possibilités d'application des règles écrites, justement en raison de son caractère général et abstrait. Certainement, l'auteur pense que normalement la majorité des cas peuvent être facilement subsumés à partir de la règle générale, ils seront alors des *cas faciles* ; mais, il existe aussi des *cas difficiles* pour lesquels la règle générale ne paraît pas claire au moment de s'appliquer (ou imprécise, ou ambigüe)[607]. Pour ces cas difficiles, pour lesquels le droit positif ne peut déterminer une solution précise, HART considère des possibilités interprétatives - *la texture ouverte* du droit - laissées à l'interprète qui doit s'efforcer alors de faire le bon choix. Ainsi, l'auteur fait allusion à la probité qui doit accompagner les juges - c'est pourquoi il qualifie d'« *hercules »* ce type de juges - qui en principe doivent décider sans arbitraire, sans se laisser contaminer par des intérêts particuliers[608].

771. Cependant, en Italie, le professeur Giovanni TARELLO a commencé à mettre en question, à partir des années 1960, les thèses positivistes - celle de HART comprise - en s'appuyant sur le fait que les normes juridiques peuvent avoir un sens véritable et objectif et que leur signification exacte peut être découverte si l'on suit des critères normatifs pour leur interprétation. En somme, l'auteur génois met en lumière le problème de la compréhension des *normes* en tant qu'*objet* central de l'interprétation juridique[609].

772. De plus, TARELLO a développé une distinction analytique issue du langage prescriptif qui l'a amené à proposer un changement de fondements pour la théorie de l'interprétation juridique. Il part de l'idée selon laquelle l'objet d'étude de l'interprétation ne sont pas les *normes* en tant que telles mais les *énoncés juridiques* ; c'est-à-dire les vocables employés par l'ordonnancement positif pour se construire.

---

[607] HART, Herbert Lionel Albert. *El Concepto de Derecho*. 3e éd. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2009, p. 155-192.

[608] HART, Herbert Lionel Albert. *El Concepto de Derecho*. 3e éd. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2009.

[609] On peut relever les études sur le « *enunciato* » et les problèmes de son « significato » dans ses premiers écrits. Par exemple : TARELLO, Giovanni. *El realismo juridico americano*. 1re éd. Milano : Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Roma, 1962, p. 195-265. GUASTINI, Riccardo. *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. 1re éd. Puno : Zela, 2018, p. 15-19.

Par conséquent, l'interprétation n'est proprement que l'*attribution de significations à des énoncés juridiques*[610].

773. Les travaux de TARELLO ont été repris et complétés par ses disciples à l'université de Gênes[611]. Ainsi, Riccardo GUASTINI a poursuivi le développement de l'idée selon laquelle le droit est avant tout une interprétation. Pour lui, la *disposition* (le texte) est l'*objet* de l'interprétation tandis que la *norme* est le *résultat* de l'interprétation[612]. Autrement dit, les *dispositions* sont les textes normatifs ; qu'ils soient constitutionnels, législatifs, administratifs ou même juridictionnels (précédents). Les textes n'ordonnent, ne permettent ou n'interdisent pas en soi les conduites que l'autorité qui les a émis à chercher à encadrer. L'intervention d'un interprète est donc nécessaire afin de doter de signification ces textes ; de déterminer quelle est la *norme* qui surgit de ces derniers (autrement dit, ce que le droit détermine pour le cadre de son application)[613].

774. Du côté allemand, l'idée d'*action communicative* de Jürgen HABERMAS a aussi contribué à mieux faire comprendre le caractère indéterminé et interprétatif des normes juridiques. D'après lui, le droit positif est un type spécial de langage dont objectif est la communication de modèles de conduite. Normalement, il y aura consensus sur la signification d'une grande partie de ce langage normatif, mais il est possible que certains des participants à ce *discours* dégagent des interprétations différentes à cause, soit de la polysémie ou de l'indétermination de tout ou d'une partie de ce texte, soit de conditions factuelles qui peuvent générer une lecture spécifique et particulière de son application.

775. Robert ALEXY distingue quant à lui aussi les *dispositions* des *normes*, notamment afin de mettre en lumière les enjeux attachés aux normes de droit fondamental. Les premières sont des énoncés de la Constitution qui confèrent ce type de droits à des sujets ; les secondes sont les *contenus* qui découlent directement

---

610 TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi*. 1re éd. Bolognia : Società editrice il Mulino, 1974, p. 135-269. Pour une explication succincte mais plus précise, voir: CHIASSONI, Pierluigi. *El discreto placer del positivismo juridico*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 456-461.

611 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*. I. Madrid : Taurus, 1999, p. 351-432.

612 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare et argumentare*. 1re éd. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 2011, p. 63-65.

613

de ces textes. Pour autant, cette dernière catégorie est insuffisante pour l'auteur, puisque les textes constitutionnels sont normalement imprécis et on peut leur rattacher différentes *normes* qui ne sont pas directement dérivées des *dispositions* de droit fondamental. Ainsi, les *normes* de droit fondamental peuvent être de deux types : *normes directes* et *normes adscrites*[614].

776. Ceci signifie, au moins abstraitement, que l'on peut appréhender un concept de droits fondamentaux *prima facie* ; c'est à dire que l'on peut approcher une idée générique sur le contenu de cette norme mais on ne peut pas savoir préalablement quel est le contenu particulier qu'elle aura pour tous *les cas*. Autrement dit, la détermination du contenu normatif dépendra des cas concrets (de la norme adscrite de droit fondamental) auxquels il s'applique.

777. Cette distinction suppose nécessairement une conception nouvelle de la place du juge dans l'État constitutionnel. Si le juge est l'autorité qui interprète les textes pour trancher définitivement une affaire, alors il est bien la figure pour dire ce que les textes établissent pour chaque cas concret. L'idée classique du juge *bouche de la loi* ne suffit donc plus à comprendre son nouveau rôle. En revanche, le juge commence à être perçu comme l'un des chaînons de la création du droit[615].

2 La distinction entre règles et principes

778. Le problème de l'indétermination du droit est encore plus notoire en ce qui concerne les textes juridiques portant sur les droits fondamentaux. Ce type de textes sont en fait des propositions souvent rédigées d'une manière différente de celle des règles législatives typiques : elles ne portent pas sur une *hypothèse factuelle* ni sur une *conséquence juridique* précisément déterminée ; il s'agit plutôt d'énoncés souvent affirmatifs portant sur une protection ou une garantie.

779. Le professeur qui a remplacé HART à la chaire de *jurisprudence* de l'Université d'Oxford, Ronald DWORKIN, a commencé une intéressante discussion académique sur l'œuvre de HART, spécialement en ce qui concerne l'idée

---

[614] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 45-55.

[615] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit en douceur*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 2000, p. 125-150.

d'indétermination du droit qui appelle une certaine probité du juge[616]. DWORKIN distingue premièrement entre règles et principes comme étant différents types de normes juridiques. Il considère qu'une partie de l'indétermination du droit est causée par un type particulier de normes qui ne répond pas à la version, disons, traditionnelle d'une règle de droit qui s'applique par syllogisme : supposé factuel d'un côté et conséquence juridique de l'autre. En fait, il s'agit d'*arguments de principe* qui contiennent les valeurs morales de la société présents dans l'ordonnancement juridique. Le fait que des contenus moraux aient été *positivés* implique qu'ils doivent être pris en compte pour rendre une décision juridiquement *correcte*. Pour ce faire, le juge doit soupeser (*balancing*) les arguments qui jouent en faveur de divers principes juridiques. Ainsi, la décision prise n'est pas le résultat de la probité du juge, mais le résultat d'un processus, d'une méthodologie argumentative d'évaluation plus complexe[617].

780. Un peu plus tard, Robert ALEXY se fondera aussi sur la distinction entre règles et principes pour expliquer l'application et l'interaction des normes de droits fondamentaux. Selon lui, la distinction principale entre règles et principes est leur structure. Tandis que les règles sont des énoncés conditionnels qui simplement peuvent être accomplis ou non, les principes sont des *mandats d'optimisation* qui doivent être réalisés dans la plupart des possibilités factuelles et juridiques[618]. Par conséquent, les règles sont des *mandats définitifs* tandis que les principes ne portent en fait que sur des mandats *prima facie*, qui ne pourront être concrètement déterminés qu'à partir de la confrontation de principes opposés et des possibilités factuelles d'un cas concret[619]. Ainsi, la manière de résoudre un conflit de règles ou un conflit de principes est différente. On peut résoudre un conflit entre règles par des critères hiérarchiques de temps, de spécialité[620] ; le conflit de principes, lui, doit,

---

[616] DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 1re éd. Barcelona : Ariel, 1977, p. 61-101 ; SHAPIRO, Scott J. The "Hart–Dworkin" Debate: A short guide for the perplexed. *papers.ssrn.com* [en ligne]. 2007, p. 54. [Consulté le 16 septembre 2018]. ISBN 9781139167109. DOI 10.1017/CBO9781139167109.002.

[617] Voir spécialement les Chapitres 2 et 3. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 1re éd. Barcelona : Ariel, 1977.

[618] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 63-68.

[619] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 79-82.

[620] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 69-79.

se résoudre par la pondération d'arguments (poids abstraits et concrets) et de faits (certitude des prémisses empiriques) qui jouent en faveur de chaque principe.

781. Cependant, ni la distinction entre dispositions et normes ni celle entre principes et règles doivent être vues comme des axiomes irréfutables ou comme une unique manière de comprendre le droit. Les deux différenciations ont été soumises à de nombreuses évaluations et argumentations tantôt les corroborant tantôt les réfutant. Malgré tout, ces idées ont fini par s'ancrer dans la pensée juridique contemporaine et elles ont tout particulièrement influencé la manière dont les juges constitutionnels - spécialement les juges latino-américains - ont abordé les nouveaux défis d'application des normes constitutionnelles. Ainsi, on peut considérer qu'ils ont amorcé un nouveau courant que l'on pourrait qualifier d'*anti-formaliste*, qui a dépassé le cadre de la doctrine et a commencé à se constituer en fondement théorique de l'application du droit contemporain.

PARAGRAPHE 3 Une transformation du droit impulsé par les juges constitutionnels

782. Les nouvelles Cours constitutionnelles qui ont été créées après la Seconde Guerre mondiale ont commencé par prendre des décisions qui ont innové et fait évoluer les catégories juridiques classiques (1). Ces développements ont influencé de manière importante la Cour constitutionnelle colombienne, qui a engagé des transformations du système juridique à partir d'une *nouvelle pensée juridique* (2).

1 Une transformation encouragée par les Cours constitutionnelles

783. Selon la perspective originale soutenue par KELSEN, les Cours constitutionnelles devaient agir comme des *législateurs* négatifs. En tranchant la question de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité des normes, les Cours constitutionnelles, en tant qu'institutions, devraient respecter le principe démocratique fondamental de la division des pouvoirs et ne pas se mêler directement du domaine du législateur.

784. Les Cours constitutionnelles de l'après-guerre, particulièrement la Cour constitutionnelle italienne - mais aussi le Tribunal constitutionnel fédéral

allemand[621] - ont ainsi joué un rôle très important dans la transformation progressive de la conception du droit et de l'application des droits fondamentaux. Cette évolution, nous l'avons dit, a influencé d'autres juges constitutionnels (en Espagne, au Portugal ou dans plusieurs pays d'Amérique latine) qui ont suivi leur exemple pour prendre des décisions moins *littéralistes* et plus appropriées aux réalités factuelles. Le cas de la Cour constitutionnelle italienne est un exemple particulièrement intéressant de cette transformation.

785. La Cour constitutionnelle italienne a en effet consacré certaines innovations pour prendre des décisions plus appropriées au besoin de protection et de garantie autant du principe démocratique que des droits fondamentaux. D'une part, la Cour constitutionnelle a consolidé son autorité pour déterminer les effets de ses arrêts, malgré l'absence de régulation explicite de ce point par la Constitution[622]. À partir de cette compétence, elle a rendu des décisions *interprétatives* qui ont eu pour objet de maintenir le texte normatif dans l'ordonnancement juridique - en protégeant autant que possible la décision parlementaire - mais aussi d'exclure une ou plusieurs interprétations inconstitutionnelles qui pourraient être dérivées de ces textes.

786. D'autre part, la Cour constitutionnelle italienne a consacré depuis ses premiers arrêts en 1956 l'idée selon laquelle le contrôle normatif devait prendre en considération outre le texte, « *l'interprétation jurisprudentielle constante conférant au précepte législatif sa valeur effective dans la vie juridique, s'il est vrai - et cela est vrai - que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait mais qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge, qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces* »[623]. Il nous faut cependant souligner que cette posture n'a pas

---

[621] Un autre exemple important est celui du Tribunal constitutionnel fédéral allemand. Il a utilisé l'article 35 de la Loi du TCFA pour moduler les effets dans le temps des arrêts de constitutionnalité et pour rendre des arrêts interprétatifs. D'ORLANDO, Elena. La justicia constitucional en Alemania. Dans : VELANDIA CANOSA, Eduardo et MEZZETTI, Luca (dir.), *Justicia constitucional. Sistemas y modelos comparados*. 1re éd. Bogotá : Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Ediciones Nueva Juridica, 2017, p. 280-283.

[622] MARTIN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. 1re éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 37-44.

[623] Arrêt nº 3 de 1956 de la Cour constitutionnelle italienne. Cité par SEVERINO, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 2003, p. 14 ; ZAGREBELSKY, Gustavo. La doctrine du droit vivant. Dans : *Annuaire International de justice constituionnelle*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 1986, p. 56.

été sans provoquer quelques réticences et qu'elle a été l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine de l'époque[624].

787. Ce fait a amené la Cour à conceptualiser l'idée de *droit vivant*. Expression utilisée explicitement pour la première fois en 1974, elle est devenue courante à partir des années 1980[625]. En y recourant, la Cour italienne a souhaité éviter que ses décisions restent exclusivement *cantonnées* aux textes normatifs et qu'elles prennent aussi en considération les interprétations réelles réalisées par les juges dans les cas concrets où la question de la constitutionnalité d'une norme a été - ou pourrait être - soulevée. Ainsi, les jugements sur la constitutionnalité des normes telles qu'elles sont appliquées en pratique permet à la Cour de rendre des décisions plus appropriées aux besoins d'une réalité changeante.

788. L'intérêt de l'exemple de la Cour constitutionnelle italienne ne s'arrête pas à l'idée de *droit vivant*. Plusieurs de ses décisions ont aussi mis en question les paradigmes préexistants. L'inclusion de la distinction entre disposition et norme, ou le contrôle de la constitutionnalité des omissions législatives[626], sont d'autres exemples de la même vague transformatrice de la place du juge dans le nouveau *cadre constitutionnel*.

789. Enfin, autre élément marquant, les Cours constitutionnelles de l'après-guerre ont tendu à inclure des concepts qui ont mis en question la place sacrée du texte de la loi et, par conséquent la place du juge - du moins le juge constitutionnel - dans le système juridique qui de « bouche de la loi » est devenu *co-créateur* du droit.

2 La réception en Colombie

790. Le processus de transformation du droit en Colombie a été fortement impulsé par la Cour constitutionnelle. Créée en 1991, celle-ci a été fortement inspirée par la vague démocratique qui a touché de nombreux pays à travers le monde. Comme nous l'avons précédemment relevé, la Constitution colombienne de

---

624 SEVERINO, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 2003, p. 34-37.

625 SEVERINO, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 2003, p. 14-15.

626 BAZAN, Victor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. 1re éd. Bogotá : Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 730-741.

1991 a intégré des dispositions consacrant des droits fondamentaux applicables directement, une action de *tutela* afin de leur assurer une protection juridictionnelle effective et, enfin, une Cour constitutionnelle chargée d'un large contrôle de constitutionnalité concentré et plus haute juridiction de *tutela*.

791. Le rôle de la Cour constitutionnelle a dès ses débuts été déterminant pour impulser une transformation anti-formaliste tendant à une nouvelle manière de comprendre le droit en Colombie. Elle a notamment fait appel aux auteurs les plus reconnus en la matière, de même qu'elle a fait référence à des arrêts étrangers pour renforcer ses propres arguments.

792. En effet, un premier élément intéressant à relever est que depuis ses premiers arrêts, la Cour constitutionnelle s'est inspirée d'auteurs comme HART[627],

[627] Par exemple, dans les arrêts CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. *www.corte constitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 juin 1992. [Consulté le 12 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-486 de 1993. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 octobre 1993, p. 34. [Consulté le 14 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-661 de 1997. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 3 décembre 1997, p. 12. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-661-97.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-820 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 octobre 2006, p. 42. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-054 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 2016, p. 38. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm.

DWORKIN[628], RAWLS[629], ALEXY[630], et a mentionné des arrêts étrangers afin de consolider ses propres raisonnements tendant à mettre en lumière de nouvelles formes d'interprétation constitutionnelle[631]. En particulier, elle a inclus dans sa

[628] L'auteur est référencé à plusieurs reprises. Par exemple voir: T-002/92 ; C-404/98 ; C-820/06 ; C-054/16 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-002 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 8 mai 1992, p. 18. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-404 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 août 1998, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-404-98.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-820 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 octobre 2006, p. 42. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-054 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 2016, p. 38. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm.

[629] Par exemple : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. *www.corte constitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 juin 1992. [Consulté le 12 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-510 de 1997. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 9 octobre 1997, p. 13 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-889 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 octobre 2012, p. 100. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-889-12.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-097 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 25 février 2016, p. 34.

[630] À cet égard : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-022 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 janvier 1996, p. 13. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-597 de 2007. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 3 août 2007, p. 11 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-035 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 janvier 2015, p. 53. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-035-15.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-054 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 2016, p. 38. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm.

[631] De manière nettement illustrative, elle s'est référée au Tribunal constitutionnel fédéral allemand au moins dans les arrêts CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-022 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 janvier 1996, p. 13. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-404 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 août 1998, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-404-98.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-720 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 septembre 2014, p. 43. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-720-14.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-052 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 10 février 2016, p. 38. De même elle a fait référence de la Cour constitutionnelle italienne dans les arrêts CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-109 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 mars 1995, p. 35. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-390 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 juin 2014, p. 50. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-390-14.htm. Du Conseil constitutionnel

jurisprudence une réflexion sur les principes juridiques, sur la distinction entre principes et règles[632], ainsi que sur la différenciation entre dispositions normatives et normes juridiques[633].

793. En deuxième lieu, relevons que la Cour a appliqué la clause de l'*État social de droit* de l'article 1er de la Charte pour « mettre à jour » des concepts de l'État de droit libéral classique. Ainsi, elle a notamment consacré la primauté de la dignité humaine comme pilier de l'État, contester l'application mécanique des textes normatifs mettant en défaut des droits fondamentaux, acté l'exigence *axiologique* d'une solution juste pour résoudre certains cas[634].

---

français, les arrêts CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-059 de 1997. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 1997, p. 20. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-059-97.htm. (sur bloc de constitutionnalité) ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-256 de 1999. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 avril 1999, p. 23. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU256-99.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1090 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 octobre 2001, p. 8. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1090-01.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-616 de 2002. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 6 août 2002, p. 33. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-616-02.htm.

632 COLOMBIA, Corte Constitucional de. Sentencia C-251 de 2002. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 avril 2002, p. 218. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-251-02.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-818 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 août 2005, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-713 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 juillet 2008, p. 333. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-400 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. [s. d.]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-400-13.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-269 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 2 mai 2014, p. 316. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-269-14.htm.

633 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1229 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 novembre 2005, p. 20. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1229-05.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-038 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 1 février 2006, p. 36 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-044 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 1 février 2006, p. 59 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-804 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 septembre 2006, p. 77. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-804-06.htm.

634 À cet égard, voir : UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *12 tesis en torno al concepto de estado social de derecho*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2009.

794. Le raisonnement *par principes* est entré dans la jurisprudence de la Cour à travers plusieurs méthodes de résolution des affaires. En premier lieu, la Cour a intégré le principe de proportionnalité - influencée par la tradition *allemande*[635] - en tant qu'élément constitutif de l'État constitutionnel actuel afin de juger la validité et pertinence de certaines lois[636]. De plus, elle a aussi adopté le test d'égalité, influencée par le système américain, pour déterminer le degré de rigueur nécessaire du contrôle de constitutionnalité en fonction des matières concernées[637].

795. En outre, la Cour a aussi repris la distinction entre principes et règles en différenciant l'application des règles, passant par le syllogisme juridique, de l'application des principes, requérant une pondération[638].

---

[635] La plupart des références au Tribunal constitutionnel fédéral allemand traitent le fondement du principe de proportionnalité. Par exemple : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-022 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 janvier 1996, p. 13. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-404 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 août 1998, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-404-98.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-720 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 septembre 2014, p. 43. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-720-14.htm.

[636] A ce propos, voir: BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 59-92; 113-146.

[637] Voir : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-093 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 31 janvier 2001, p. 41. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-577 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 mai 2005, p. 17. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-577-05.htm ; COLOMBIA, Corte Constitucional de. *Sentencia T-629 de 2010* [en ligne]. Bogotá, 13 août 2010, p. 109. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-141 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 14 mars 2013, p. 26. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-141-13.htm.

[638] Voir : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. *www.corte constitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 juin 1992. [Consulté le 12 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1287 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 décembre 2001, p. 34. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-818 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 août 2005, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-054 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 2016, p. 38. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm.

796. Finalement, perçue comme l'un des éléments du principe de proportionnalité, la Cour a opté à plusieurs reprises pour la méthode de la pondération afin de résoudre des questions de conflit entre droits fondamentaux. Cependant, alors même qu'elle a souvent eu recours à ALEXY comme auteur de référence, la Cour ne suit pas explicitement celui-ci s'agissant de sa *formule du poids* pour prendre des décisions. Autrement dit, la Cour utilise plutôt la pondération comme discours et méthode pour résoudre les conflits entre droits, mais elle ne réalise pas explicitement une évaluation quantitative des poids abstraits et concrets ou de la certitude des prémisses empiriques. Elle semble néanmoins accorder de l'importance argumentative à chacun de ces points.

797. La Cour a aussi employé la distinction entre dispositions normatives et normes juridiques pour fonder plusieurs catégories de contrôle. D'une part, elle l'a utilisée pour connaître de demandes formées contre les interprétations réalisées par les tribunaux - même en utilisant la doctrine du droit vivant[639]-. Elle a pu alors prendre des décisions soit *interprétatives* qui maintiennent le texte normatif mais excluent une ou plus interprétations contraires à la Charte ; soit *additive,* pour ajouter un mandat direct à une norme constitutionnelle lorsqu'est détectée une *omission législative relative*[640].

798. Elle a aussi utilisé la distinction entre dispositions normatives et normes juridiques comme fondement du *système des précédents obligatoires*. En effet, elle a réinterprété l'article 230 de la Constitution en considérant que lorsque la Constitution établit que « dans leurs décisions, les juges ne sont liés que par la loi

---

639 Par exemple : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-248 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 6 mars 2008, p. 34. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-248-08.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-842 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 octobre 2010, p. 32. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-842-10.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-258 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 7 mai 2013, p. 253 ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-136 de 2017. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 2017, p. 33. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-136-17.htm.

640 Par exemple: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-109 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 mars 1995, p. 35. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-390 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 juin 2014, p. 50. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-390-14.htm.

», on doit comprendre que la loi - l'ordonnancement juridique au sens large - n'est constitué que par des textes normatifs mais que les interprétations des Hautes juridictions *déterminent* le contenu de ces textes pour s'appliquer à des cas concrets. De manière un peu plus abstraite, elles déterminent quelle est la signification de la *loi* au regard du type de cas soumis à leur jugement.

799. On pourrait dire que tout ce cadre d'ouverture vers les théories du droit -disons *anti-formalistes* - a conduit à un changement radical du formalisme existant. En revanche, la Cour a respecté certains éléments du formalisme, tant législatifs qu'en matière d'interprétation juridictionnelle. Par exemple, les normes relatives à la solution d'antinomies du *Code civil* ont été déclarées conformes à la Charte. En particulier, l'article 17 du *Code civil* qui établit la préférence de l'interprétation au regard de *la teneur* littérale des normes[641].

800. Le contrôle diffus a une autre institution dont l'interprétation n'a pas changé malgré la notoire transformation que la Cour constitutionnelle des années 1990 a initiée. Comme nous l'avons vu, la *thèse de la contradiction manifeste* est le résultat d'une *évolution* qui a commencé dans les années 1960. Lentement, les éléments matériels et temporels ont apparemment commencé à s'éroder et pendant la décennie 1980, ils n'étaient plus très fréquemment utilisés. Nous pouvons ainsi dire qu'elle s'est consolidée entre 1992 et 1998, période de la plus importante influence de l'anti-formalisme de l'après-guerre. Mais finalement, la *thèse de la contradiction manifeste* a de fait continué à s'appliquer de manière plutôt majoritaire jusqu'à nos jours (2019).

801. Ainsi, la *thèse de la contradiction manifeste* est le résultat d'une vision formaliste et légicentriste du droit qui a survécu, malgré une remise en question générale de ce formalisme par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

---

641 ARTICULO 27. <INTERPRETACIÓN GRAMATICAL>. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 15 de abril de 1887. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 20 avril 7019, p. 437-440. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/LeyTransparencia/Transparencia/NormativaSUIT/1/Ley 57 de 1887.pdf.

SECTION 2 L'INSUFFISANCE DE LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE » AU REGARD DES PARADIGMES DU CONSTITUTIONNALISME COLOMBIEN ACTUEL

802. La Cour constitutionnelle, depuis ses premiers arrêts, a fait l'effort de démontrer que la nouvelle Constitution n'avait pas simplement modifié certains aspects de la tradition constitutionnelle mais qu'elle avait également mis en marche des changements structurels du système juridique colombien.

803. Elle a alors eu recours à un concept hautement indéterminé - d'ailleurs déjà présent dans les Constitutions colombiennes depuis 1936 - ; celui de *l'État social de droit*[642]. Consacré à l'article 1er de la Charte, elle l'a utilisé pour doter d'un contenu concret le nouveau modèle d'État mis en avant par les constituants. Il est alors devenu courant de dire qu'en Colombie, on identifie le modèle d'*État constitutionnel* à l'idée d'*État social de droit.*

804. La Cour a employé le concept d'*État social de droit* de diverses manières ; notamment pour expliquer la transition de la Constitution antérieure à l'actuelle. Elle a ainsi justifié la *réinterprétation* de certaines normes et institutions à la lumière de la nouvelle Charte[643].

805. La Cour a en outre rattaché le concept d'*État social de droit* à la protection de la dignité humaine, qui, bien que n'ayant pas été spécifiquement établie dans un article indépendant, a été invoquée comme un fondement de ce nouveau concept d'État[644]. De plus, la Cour a fait appel au concept d'*État social de droit* pour justifier le droit à un minimum vital, à la progressivité des droits sociaux, au devoir de solidarité, ou encore à l'exigence de justice dans des cas concrets[645].

---

642 Inspiré de la Constitution de Weimar, le concept a été introduit en Colombie par l'Acte législatif 1 de 1936. VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado* [en ligne]. 2007, nº 20, p. 73-96. [Consulté le 15 mars 2013]. ISBN 1120617163123. DOI 10.1525/sp.2007.54.1.23. Pourtant, sous l'empire de la Constitution de 1886, ledit concept a été peu développé et plutôt peu utilisé par la jurisprudence. Peut-être, parce qu'il a été associé à la réforme agraire annoncée en 1936, mais retirée une décennie plus tard.

643 UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *12 tesis en torno al concepto de estado social de derecho*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 15-33.

644 ARTICULO 10. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

645 UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *12 tesis en torno al concepto de estado social de derecho*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 65-80.

Ces évolutions ont fortement influencé la consolidation de deux paradigmes : d'une part, la place du juge dans l'*État social de droit* (Paragraphe 1) ; d'autre part, l'égalité matérielle du droit (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Le juge protecteur des droits fondamentaux dans l'État social de droit

806. La Cour a réinterprété la place du juge pour l'adapter au nouveau modèle d'*État social de droit*. D'après elle, le juge n'est plus seulement la « bouche qui prononce la parole de la loi », cet automate qui ne fait que constater le syllogisme juridique.

807. Dans le langage de la Cour, il ressort en effet que la transformation du constitutionnalisme colombien à partir de la Constitution de 1991 a modifié la conception de la place du juge dans l'État. Elle a pris en considération plusieurs nouveaux éléments. Premièrement, elle a reconnu des droits fondamentaux qui profitent d'une primauté au sens de l'article 5 de la Charte[646]. En deuxième lieu, la Cour a envisagé les droits fondamentaux comme des *principes* dont application suppose l'analyse d'éléments factuels et de principes contraires. Ainsi, elle a affirmé depuis ses premières décisions la place centrale du juge en tant que co-créateur des droits fondamentaux[647]. Finalement, elle a pu souligner sa fonction spéciale de protecteur des droits fondamentaux et le rôle essentiel de tous les juges en tant que juges de *tutela*.

808. En effet, selon l'article 86 de la Charte, tout individu a le droit de former une action de *tutela* afin que les juges puissent protéger leurs droits fondamentaux. Ceux-ci sont alors envisagés comme les garants de l'effectivité de ces droits. Autrement dit, le juge n'est pas un *tiers aveugle* qui doit trancher une affaire à partir exclusivement de faits prouvés par les parties à l'appui des prétentions

---

[646] ARTICULO 50. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogotá, 20 juillet 1991. [Consulté le 9 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

[647] De manière particulièrement éloquente, la Cour constitutionnelle a proposé cet argument dans la célèbre décision T-406 de 1992. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. *www.corte constitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 juin 1992. [Consulté le 12 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm.

présentées. Au contraire, le juge de *tutela* peut prendre toutes les mesures qu'il considère nécessaires pour aboutir à une protection réelle des droits fondamentaux affectés (demander des preuves, aller au-delà des prétentions, prendre des mesures pour le correct accomplissement de la décision ; entre autres).

809. Par ailleurs, le contrôle diffus, comme mécanisme de garantie de la suprématie normative, a pu jouer une place active dans la protection des droits à côté de l'action de *tutela*. Ce dispositif n'a pas changé avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, un élément qui reflète la persistance d'une culture juridique légicentriste colombienne craintive d'un risque d'arbitraire des juges. Par conséquent, une thèse s'est établie selon laquelle le jugement doit être abstraitement normatif puisqu'il doit conduire à déterminer si la norme est contraire (manifestement) à la Constitution. Toutefois, une telle logique ne permet pas au juge d'analyser les particularités de chaque espèce pour pouvoir défendre de manière effective les droits fondamentaux des personnes.

810. Dès lors, le *raisonnement juridique par principes* - donc la plupart des mandats de droits fondamentaux - semble être en contradiction avec la *thèse de la contradiction manifeste*. Les textes normatifs qui énoncent des normes de type principes sont des mandats *prima facie*, c'est-à-dire qu'ils établissent des mandats génériques ne déterminant pas préalablement le contenu particulier du mandat ou son application à un cas concret. C'est pourquoi les pondérer est nécessaire pour déterminer le contenu spécifique du mandat (donc la règle) en la matière. La *thèse de la contradiction manifeste* ne permet cependant que de contrôler des contradictions évidentes, détectables à première vue (*prima facie*), avec des contenus *prima facie* de principes constitutionnels.

811. En définitive, la *thèse de la contradiction manifeste* dénote avec la fonction du juge dans le cadre de l'*État* social *de droit* en ceci qu'elle empêche d'évaluer les principes pour traiter des violations plus spécifiques des droits fondamentaux. En effet, s'il se limite au contrôle des contradictions manifestes, le juge ne peut concrètement accomplir sa fonction de garant des droits fondamentaux[648]. En particulier, il ne pourra pas prendre en considération les

[648] Tout ce qui va à l'encontre du contenu normatif qui semble être dégagé de l'alinéa 6 de l'article 29 du Décret 2591 aux termes duquel : « Lorsque la violation ou la menace de violation vient de l'application d'une norme incompatible avec les droits fondamentaux, la décision juridictionnelle qui

conditions particulières de la personne à qui va être appliqué le droit ; en traitant tout le monde comme s'ils étaient formellement égaux.

PARAGRAPHE 2 L'égalité matérielle

812. L'article 13 de la Charte a établi une disposition normative complexe relative au droit à l'égalité. Bien que cette disposition mériterait une analyse plus approfondie, notamment quant à son évolution, nous ne proposerons que quelques réflexions à son sujet utiles à notre raisonnement.

813. Il existe trois types de mandats d'égalité : *égalité devant la loi* ; *interdiction de la discrimination* ; *égalité matérielle*. Analysons chacun de ces mandats avant finalement de nous concentrer sur la notion d'égalité matérielle et ses conséquences[649].

814. Le premier alinéa de l'article 13 de la Constitution établit que « Toutes les personnes naissent libres et égales devant la loi. Elles recevront la même protection et le même traitement des autorités et elles bénéficieront des mêmes droits, libertés et opportunités sans aucune discrimination (…) »[650]. Cet énoncé contient - au moins - deux des trois types de mandats : la subordination de tous devant la loi et l'interdiction de discrimination.

815. La disposition contient donc un premier mandat d'égalité formelle : la loi s'applique à tous sans exception, sans privilège. Selon cette idée, si nous sommes tous égaux devant la loi, personne ne peut être exemptée de son caractère normatif : l'ordonnancement juridique s'applique à tous.

816. Le deuxième mandat énoncé est une conséquence du précédent : le droit à recevoir une même protection et un traitement identique, mais aussi de

---

résout l'action qui a été formée devra ordonner en outre la non-application de la norme mise en cause en l'espèce ». Traduit par nos soins de l'original : « Artículo 29 (…) 6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto ». PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2591 de 1991. *Diario oficial*. Bogotá, 19 novembre 1991, n° 40165.

649 OSPINA RAMIREZ, Mario, LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto, CASTRO FRANCO, Alexandra, et al. *Debates sobre la prohibición de discriminación: de la fundamentación teórica al derecho colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 39-43. ISBN 9789587729450.

650 « Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. »

profiter des mêmes droits que tous les autres. Jusqu'ici, on peut dégager une règle de subordination égalitaire formelle du droit.

817. Le même alinéa contient une règle d'interdiction des discriminations selon laquelle aucune justification n'est acceptée pour traiter différemment des personnes en raison « *du sexe, de la race, de l'origine nationale, ou familiale, de la langue, de la religion, de l'opinion politique ou philosophique* »[651].

Les deuxième et troisième alinéa contiennent principalement l'idée d'égalité matérielle.

818. Le deuxième alinéa a consacré l'exigence étatique de développer des *actions positives* tendant à réduire les inégalités, spécialement à l'égard des personnes les moins favorisées. En effet, il établit que « [l]*'État promouvra les conditions pour que l'égalité soit réelle et effective et adoptera des mesures en faveur des groupes discriminés ou marginalisés* »[652]. Cet énoncé part de la reconnaissance de l'existence de situations historiques de désavantage de certains groupes de la société et ordonne que l'État prenne des mesures pour éliminer ou au moins réduire ces désavantages. Les mesures que l'État doit prendre ne sont pas simplement législatives ou réglementaires, tel qu'on pourrait le déduire de la notion d'actions positives ; de plus, ce mandat est dirigé à l'État dans sa globalité, à tous ses organes, pouvoir judiciaire compris.

819. Enfin, le troisième alinéa dispose que « [l]'État protégera spécialement les personnes dont la condition économique, physique ou mentale se trouvent en circonstance de faiblesse manifeste et sanctionnera les abus ou mauvais traitements qui à son encontre soient commis »[653]. Cet énoncé porte l'exigence

---

[651] « Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. » ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogotá, 20 juillet 1991. [Consulté le 9 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

[652] « El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. » ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, n° 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988.

[653] « El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que

générique pour l'État, aussi entendu dans son ensemble, de protection des défavorisés.

820. À partir d'une première lecture de ces dispositions, on pourrait déduire que l'égalité matérielle ne cherche qu'à bénéficier aux plus défavorisés (discriminés, marginalisés ou en situation de faiblesse manifeste). En effet, d'un point de vue historique, on pourrait penser que ce but correspond à celui recherché à travers l'inclusion des droits sociaux dans les Constitutions du Mexique de 1917 ou de l'Allemagne (Weimar) de 1919[654], ainsi que par les processus constituants de 1936 et 1991 en Colombie[655]. Cette disposition est en fait le résultat de la prétention qui réclamait des droits fondamentaux et des exigences de justice matérielle fondamentale inspiratrice de l'assemblée constituante de 1991[656].

821. Ainsi, on pourrait dégager une certaine portée *subjective* de la clause d'égalité matérielle. Elle se justifierait seulement s'il s'agit de groupes défavorisés. Cependant, une lecture stricte de cette clause peut aussi conduire à un effet pervers : le traitement favorable ou spécial dévolu à certains groupes de la société peut en effet conduire au maintien de conditions de désavantage, d'oppression, de marginalisation ou de faiblesse structurelle[657]. C'est pourquoi, la portée subjective doit plutôt être prise comme un guide et la protection spéciale de l'État devrait se

contra ellas se cometan. » ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogotá, 20 juillet 1991. [Consulté le 9 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

654 LÓPEZ OLIVA, José O. La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos socialies asistenciales a la seguridad social en salud. *Prolegómenos - Derechos y Valores*. 2010, Vol. XIII, nº 26, p. 233-243.

655 VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado* [en ligne]. 2007, nº 20, p. 73-96. [Consulté le 15 mars 2013]. ISBN 1120617163123. DOI 10.1525/sp.2007.54.1.23.

656 Sur le l'idée que les constituants avaient de l'égalité comme revendication de droits, voir le commentaire de AVELLA, Aida et le débat à propos de la contribution d'Andrée CÔTÉ sur le droit à l'égalité. ARCHAMBAULT, Jean Denis, BREWER CARÍAS, Allan, ALONSO GARCÍA, Alonso, et al. *La carta de los derechos. Su interpretación y sus implicaciones*. 1re éd. Bogotá : Temis; Consejeria Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, 1993, p. 103-126.

657 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 351-353.

focaliser sur des *situations de désavantage* plus que sur des personnes en particulier qualifiées de défavorisées[658].

822. Autre problème : une posture exégétique de l'égalité matérielle ne prend nécessairement pas en considération les différences intrinsèques de l'individualité des êtres humains, ni leur importance au regard du caractère pluraliste des sociétés démocratiques contemporaines.

823. En effet, l'un des changements les plus importants du constitutionnalisme de la seconde moitié du XX[e] siècle est la reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'être humain. Suivant ce nouveau paradigme, il n'y a donc pas *un seul* modèle correct de vie pour les êtres humains. Au contraire, une des plus importantes richesses des sociétés est le pluralisme ; la diversité multidimensionnelle des individus qui les composent. Cette différence intrinsèque est désormais comprise comme l'un des fondements de la démocratie ; le désaccord n'est plus un défaut du système mais une constante qui met en valeur la diversité de pensées et de perspectives des citoyens. En définitive, nous pourrions dire que dans les sociétés démocratiques contemporaines, nous sommes égaux parce que nous reconnaissons que nous sommes tous différents[659].

824. La Cour constitutionnelle colombienne a effectivement réaffirmé le droit à l'égalité comme droit à la différence dans de nombreuses affaires. Pour ce faire, elle a suivi la formule aristotélicienne, que de nombreux juges constitutionnels ont repris autour du monde[660], selon laquelle l'égalité consiste à « *traiter également des personnes égales mais différemment les personnes différentes* ». Cependant, une telle affirmation peut être problématique parce qu'elle peut être soulevée pour défendre des discriminations[661], mais surtout parce qu'elle ne permet pas de déterminer tous les mandats dérivés de cette règle.

---

[658] OSPINA RAMIREZ, Mario, LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto, CASTRO FRANCO, Alexandra, et al. *Debates sobre la prohibición de discriminación: de la fundamentación teórica al derecho colombiano*. 1[re] éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 60. ISBN 9789587729450.

[659] Une défense de cette idée peur être relevée dans BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. 1[re] éd. Barcelona : Paidós, 1993, p. 53-96.

[660] Par exemple, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand. Voir ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2[e] éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 355.

[661] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2[e] éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 350-353.

825. Sur cette question, nous partageons la position de Carlos BERNAL PULIDO pour qui le droit à l'égalité - matérielle - implique de fait quatre mandats : de traiter de manière identique ceux qui se trouvent dans des situations identiques ; de traiter de manière différente ceux qui se trouvent dans des situations complètement différentes ou dissemblables ; de traiter de la même manière deux personnes qui, même si elles ne se trouvent pas dans les mêmes conditions, ont des similitudes importantes qui justifient un traitement égal ; de traiter différemment ceux qui bien que présentant des éléments similaires dans les situations qu'ils affrontent, ont des différences trop importantes au regard des similitudes pour justifier un traitement différent[662].

826. En revanche, la différence intrinsèque entre les êtres humains porte une certaine relativisation de l'égalité. L'application d'une disposition peut ne pas porter atteinte à une personne mais son application peut affecter gravement une autre. C'est pourquoi, il est nécessaire de prendre en considération les éléments particuliers de l'application d'une disposition pour ensuite déterminer si l'égalité est réellement mise en cause et de quelle manière.

827. L'aspect temporel de la *thèse de la contradiction manifeste* entre aussi en collision avec le cadre de l'égalité matérielle. En effet, selon celle-ci, lorsque la Cour constitutionnelle a déclaré conforme à la Constitution une disposition, nul juge ou fonctionnaire ne peut plus exercer le contrôle diffus. Cette règle a été comprise comme une limite institutionnelle au questionnement sur la constitutionnalité d'une norme, puisque cette perspective suppose que le contrôle diffus soit un contrôle abstrait de la norme en question. Elle a été pensée ainsi pour éviter que les juges ou fonctionnaires inférieurs contestent les décisions de constitutionnalité rendues dans le cadre d'un contrôle concentré.

828. Or, une norme qui a été déclarée conforme à la Charte peut aussi générer des atteintes graves aux droits fondamentaux d'une personne dans une situation particulière. Ainsi, cette limite institutionnelle ne permettrait pas de prendre en considération les différences de cette personne pour déterminer une

[662] BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 215-217.

atteinte grave à ses droits ou libertés ; une situation qui mériterait un traitement différent par l'État.

829. Ces réflexions sur la question de l'égalité telle qu'elle est désormais entendue nous permet de comprendre pourquoi la *thèse de la contradiction manifeste* n'est pas suffisante pour garantir le droit à l'égalité dans l'*État constitutionnel* contemporain colombien ; ni la place du juge comme son gardien, celle-ci faisant partie des droits fondamentaux. Mais plus largement, on peut considérer que ladite *thèse* porte une incohérence autant dans son fondement que dans sa pratique.

CHAPITRE II L'INCOHÉRENCE DE L'EXERCICE DE LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE »

830. La *thèse de la contradiction manifeste* a été le fondement classique pour comprendre le contrôle diffus en Colombie. En revanche, sa délimitation matérielle et temporelle n'aboutit pas à atteindre les objectifs pour lesquels elle a été consolidée (Section 1). Cette insuffisance intrinsèque influe fortement sur l'exercice du contrôle diffus par la Cour constitutionnelle qui tend à ne plus recourir à la *thèse de la contradiction manifeste* classique ; soit en maintenant son discours mais en élargissant les prérequis, soit en se détachant plus radicalement de tout argument inspiré de la *thèse* (Section 2).

SECTION 1 L'INSUFFISANCE DE L'ARGUMENTATION JUSTIFICATIVE DE LA « THÈSE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE »

831. La *thèse de la contradiction manifeste* est le résultat d'une confluence de facteurs. En résumé, comme nous avons pu l'analyser, alors que le contrôle concentré a progressivement gagné une place importante dans l'appréhension de la démocratie en Colombie, le contrôle diffus n'a pas été beaucoup étudié, ni même enseigné dans les facultés de droit et, par conséquent, il n'a pas été beaucoup employé. Ainsi, dans le cadre d'une culture juridique fortement littéraliste, il semble naturel que le contrôle diffus ait progressivement commencé à générer des craintes. Finalement, le contrôle diffus suppose de permettre à tout juge ou fonctionnaire de contester la place sacrée de la méthode exégétique de l'application de la loi.

832. La *thèse de la contradiction manifeste* a prétendu répondre à ces préoccupations en délimitant le champ d'application du contrôle diffus au regard de celui du contrôle concentré. En principe, en établissant des conditions matérielles d'exercice, la *thèse de la contradiction manifeste* visait à éviter l'arbitraire du juge ou fonctionnaire puisque la norme devait être *prima facie* manifestement contraire à la Constitution pour que son inconstitutionnalité soit reconnue. Cette condition implique aussi une certaine exigence d'univocité afin d'éviter que le juriste qui prend la décision puisse manipuler les arguments afin de favoriser l'une des parties. Néanmoins, cette prétention n'a pu aboutir en pratique en raison de la diversité des critères pris en compte par les différents juges et fonctionnaires pour déterminer ce qu'est une norme *manifestement inconstitutionnelle*, bien que cette condition se

veuille objective - Hautes juridictions constitutionnelles y compris - (Paragraphe 1). De plus, on l'a vu, la *thèse de la contradiction manifeste* a aussi encadré temporellement l'exercice du contrôle diffus au regard du contrôle concentré ; une limitation qui reflète le caractère principal ou central accordé à ce dernier dans le système colombien. En effet, un contrôle diffus ne pourrait plus être mis en œuvre après une décision issue d'un contrôle concentré réalisé sur la norme en question. Cette limite a été interprétée comme une règle formelle et irréfutable, ce malgré la position de la Cour constitutionnelle qui a dû contrarier cette vision - ou du moins l'adoucir - à plusieurs reprises pour prendre des décisions plus appropriées à l'accomplissement de ses fonctions (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 La faiblesse du domaine matériel d'application

833. Le concept d'incompatibilité, qui sert de fondement à la *thèse de la contradiction manifeste*, a été consolidé dans l'arrêt T-614 de 1992. À partir de cet arrêt et jusqu'à nos jours, ce concept a été à plusieurs reprises repris par les Hautes juridictions colombiennes. Cependant, si nous analysons plus précisément son raisonnement, prémisse par prémisse, nous pourrions relever un défaut dans sa construction argumentative.

834. En effet, cet arrêt expose que pour déterminer le contenu normatif de la norme contenue à l'article 4 de la Constitution, il convient de considérer le concept d'incompatibilité. Le juge s'appuie pour ce faire sur la définition de ce terme proposée par le *Dictionnaire de la Royale Académie Espagnole de la langue*. Comme on l'a précédemment noté, selon ce dictionnaire, au sens commun, l'incompatibilité fait allusion à la « *répugnance d'une chose à se joindre à une autre ou de deux ou plus de personnes entre elles* »[663].

835. De cette définition, la Cour a déduit un sens juridique selon lequel l'incompatibilité fait référence à une contradiction mutuelle entre deux normes qui

[663] L'édition électronique actuelle du *Dictionnaire de la langue espagnole* contient encore cette définition : « 1. f. Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí. » REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Incompatibilidad* [en ligne]. 22e éd. [S. l.] : Espasa, 2001. Disponible à l'adresse : http://lema.rae.es/drae2001/?val=naipe. Référencé par CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 9. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

empêche qu'elles s'appliquent *en même temps*. Précisément, la contradiction entre une norme infra constitutionnelle et une norme constitutionnelle doit être tellement grave qu'elles ne peuvent être appliquées simultanément.

836. En effet, la Cour précise que « l'antagonisme entre les deux extrêmes de la proposition doit être aussi manifeste qu'il saute à la vue de l'interprète, rendant superflue toute élaboration juridique qui cherche à établir ou démontrer qu'il existe »[664].

837. Cette posture a voulu limiter le contrôle diffus à un contrôle d'*évidence* de la contradiction entre deux textes. Elle l'a conçu comme un contrôle abstrait limité à une confrontation littérale des normes[665].

838. Cependant, cette ligne argumentative porte, il nous semble, une erreur argumentative. En effet, elle part du postulat selon lequel l'incompatibilité est une contradiction grave entre deux normes juridiques et conclut que les contradictions graves sont celles qui sont manifestes et détectables à première vue (*prima facie*, selon la Cour). Ainsi, *contrario sensu*, si une contradiction n'est pas observable *manifestement* à partir du texte normatif à la première lecture de celui-ci, même si elle est profondément grave, ce ne serait pas une incompatibilité ?

839. En effet, même si l'on suit l'idée que le contrôle diffus est limité à la reconnaissance d'une confrontation grave entre dispositions, il est possible de penser que des contradictions peuvent être graves mais pas forcément manifestes *textuellement,* ou à tout le moins qu'elles ne le sont pas à première vue[666].

840. Ainsi, dans cette section, nous allons relever et analyser plusieurs défauts argumentatifs du cadre matériel d'exercice du contrôle diffus. Premièrement, nous allons voir que la prétendue *objectivité* - voire univocité - du

---

[664] « El antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 9. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

[665] Sur ce point, voir Partie III, Titre 1, Chapitre 1.

[666] Voir l'opinion dissidente du juge Ciro ANGARITA BARON à la suite du texte de l'arrêt. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 22-23. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

caractère manifestement contraire de la norme n'est de fait pas possible considérant les différentes interprétations que peuvent en réalité en faire les juristes (Paragraphe 1). Ensuite, nous aborderons la superficialité de l'analyse qu'implique la *thèse de la contradiction manifeste* qui requiert que le juge ou le fonctionnaire ne justifie pas l'incompatibilité de la norme mais que seulement ils la constatent (Paragraphe 2).

1 Une univocité peu réaliste

841. Un des buts principaux de la *thèse* est que l'activité interprétative du juge soit la plus cantonnée possible ; voire, de préférence, annulée[667]. Le caractère manifeste de l'incompatibilité requis dans le contrôle diffus contribuerait à cet objectif puisqu'il implique une certaine *univocité* d'appréhension du contenu textuel de la disposition en question. Selon l'argumentation de la Cour, si le contenu de la norme est manifestement inconstitutionnel, l'interprète importe guère dès lors que ce caractère sera de toute façon relevé puisque la norme est, en soi - manifestement - inconstitutionnelle. Il semble alors conséquent de penser que le contrôle diffus soit préalable au contrôle concentré, puisque si la norme est manifestement inconstitutionnelle, un juge ou un fonctionnaire peut l'écarter avec un haut degré de certitude en pensant qu'elle sera déclarée inconstitutionnelle dans le cadre d'un contrôle concentré.

842. Pourtant, l'univocité prétendue n'est pas une réalité. Les juges et fonctionnaires peuvent avoir - et naturellement ils ont - des interprétations différentes du caractère manifeste de l'inconstitutionnalité d'une disposition. Ce qui

---

[667] Cette considération est mise en lumière par le juge ANGARITA BARON dans son opinion dissidente formulée à l'occasion de la même affaire (arrêt T-614 de 1992). Selon lui, la confrontation littérale des normes est une étape initiale du procès de contrôle de constitutionnalité diffus. Cependant, les juges ou fonctionnaires « *doivent nécessairement prendre en considération l'ensemble des valeurs, principes et normes globalement considérés dont l'effectivité est un devoir inéluctable des autorités de la République, selon ce qui est disposé à l'article 2 de la Charte* ».

Dans un paragraphe central pour la consolidation de la *thèse de la contradiction manifeste* dans l'arrêt T-614 de 1992, la Cour constitutionnelle a énoncé explicitement ce but, comme l'un des éléments essentiels de ladite construction argumentative. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 8. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm.

pour un juge ou fonctionnaire peut être *manifestement inconstitutionnel* peut ne pas l'être pour un autre opérateur juridique (juge ou fonctionnaire).

843. Il existe de nombreux exemples[668] de cette différence d'appréhension de l'inconstitutionnalité manifeste d'une disposition, cependant nous concentrerons notre analyse sur un seul cas qui nous semble particulièrement illustratif[669] du fait qu'il n'y a en réalité pas de convergence d'interprétation de ce critère ; pas même entre les deux têtes du contrôle concentré, à savoir les plus Hautes juridictions en matière de contrôle de la constitutionnalité des normes.

844. Il s'agit d'un des nombreux[670] cas qui ont été décidés de la même manière par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle a dû se prononcer sur des conflits de compétence entre juges de *tutela* dans le cadre de l'application du décret réglementaire 1382 de 2000. Comme nous l'avons analysé de manière détaillée précédemment[671], nous voudrions tout simplement rappeler ici quelques éléments à ce sujet.

Le Président de la République a émis le décret réglementaire 1382 en 2000 pour établir certaines règles de compétence des juges qui auraient à exercer l'action de *tutela*[672]. La Cour constitutionnelle, à plusieurs reprises, a eu alors à traiter de conflits de compétence entre juges ayant reçu des actions de *tutela*[673] mais qui se

---

668 Comme ceux de la juridiction du travail par rapport à la constitutionnalité manifeste des nouvelles conditions d'octroi d'une pension d'invalidité.

669 Un autre exemple qui peut mettre en lumière cette problématique est celui de l'arrêt C-122 de 2011.

670 Selon la Cour Constitutionnelle elle-même, elle a décidé de la même manière dans plus de quatre-vingt-dix affaires de conflit de compétences. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 071 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 février 2001, p. 7. [Consulté le 21 mars 2012]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2001/a071-01.htm.

671 Voir Partie III, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

672 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1382 de 2000. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 12 juillet 2000, n° 44082, p. 3. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1276834.

673 Par exemple: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 085 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 septembre 2000, p. 7. [Consulté le 21 mars 2011]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A085-00.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 087 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 octobre 2000, p. 7. [Consulté le 28 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A087-00.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 089 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 octobre 2000, p. 9. [Consulté le 28 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A089-00.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 094 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 octobre 2000,

déclaraient incompétents pour son exercice, en vertu de la disposition mentionnée. Ceux-ci, redirigeaient ensuite l'affaire devant le juge qui était compétent d'après leur compréhension du décret. Cependant, les juges qui recevaient l'affaire renvoyée, à leur tour, se déclaraient incompétents au motif de de l'inconstitutionnalité manifeste dudit décret.

845. Selon la Haute juridiction constitutionnelle, l'article 86 de la Charte a établi que *tous les juges* sont juges de *tutela* à tout moment et en tout lieu, par conséquent un décret ne peut restreindre cette compétence étendue établie par la Constitution elle-même. Afin de mettre un terme à l'importante quantité de conflits de compétence ainsi nés, la Cour constitutionnelle a argumenté que tous les juges avaient l'obligation d'écarter l'application du décret, en se prévalant de l'effet *inter pares* de ladite décision. Ce raisonnement - utilisé par la Cour constitutionnelle spécialement entre 2000 et 2004 - étend les effets de la décision à tous les cas similaires, donc, en l'espèce, à tous les juges qui questionnent le dit décret.

846. Cependant, la Cour constitutionnelle n'est *a priori* pas compétente pour exercer le contrôle de constitutionnalité concentré des décrets réglementaires. En effet, le Conseil d'État est en principe l'autorité chargée du contrôle concentré de constitutionnalité des règlements de l'ordre national. Ainsi, ce décret a été mis en cause, par le biais de l'action de nullité - pour son inconstitutionnalité - devant le Conseil d'État. Dans la décision qui a tranché l'affaire, le juge du contrôle concentré a déterminé que la norme était conforme à la Charte puisque, malgré la référence directe faite à l'usage du terme « incompétence », il cherche à régler la question de la répartition des affaires de *tutela* entre les juges. Suivant cette interprétation, le décret a donc été déclaré constitutionnel[674].

847. Ainsi, la question de sa constitutionnalité ayant été tranchée par le juge du contrôle concentré, nul juge - pas même la Cour constitutionnelle - ne pourrait plus écarter l'application du décret. Effectivement, la Cour

---

p. 8. [Consulté le 28 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A094-00.htm.

[674] CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 11001032400020006414O1(6414642464476452645365226523669367147057) de 2002. *www-suin-juriscol.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 18 juillet 2002, p. 15. ISBN 1100103240002. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10000269#ver_10000275.

constitutionnelle ne l'a jamais fait. On pourrait conclure - formellement - que les questionnements sur la constitutionnalité de la norme ne se sont plus présentés ; on peut y voir une certaine *stabilisation* de la *certitude* de la constitutionnalité des normes juridiques. Malgré tout, cet exemple montre tout de même la difficulté de déterminer le caractère *manifeste* de l'inconstitutionnalité qui, prétendument, légitime la non-application d'une disposition selon la *thèse de la contradiction manifeste*.

848. Le caractère manifeste suppose, en effet, que le juge ou fonctionnaire qui doit se prononcer dispose d'un haut degré de certitude quant à l'inconstitutionnalité de la disposition qui lui paraît évidente ; une situation qui, en théorie, ne devrait donc pas dépendre de l'interprétation de l'autorité qui juge mais de la norme elle-même. Néanmoins, en réalité, déterminer le caractère manifeste d'une disposition implique une interprétation de son contenu qui, par définition, peut être différente selon les juges ou fonctionnaires amenés à appréhender une même norme. D'une certaine manière, le caractère manifeste peut être vu comme une *alerte* signalant à l'interprète que le contenu normatif de la disposition qu'il a à analyser est contraire au contenu qu'il interprète de la Constitution.

849. Si nous revenons à l'exemple précédemment traité, la Cour constitutionnelle, principale gardienne de la Charte, a interprété qu'une disposition limitait l'accès des justiciables au juge de *tutela*, tandis que le Conseil d'État a interprété que la même disposition réglait la question de la répartition d'affaires entre les tribunaux. Le caractère manifeste de l'inconstitutionnalité d'une norme, visiblement, ne parvient pas à réaliser la prétention d'univocité de la *thèse de la contradiction manifeste*. Autrement dit, tandis qu'un interprète peut trouver la norme manifestement contraire à la Charte, d'autres interprètes peuvent la trouver aussi manifestement constitutionnelle en déduisant des contenus normatifs différents de mêmes textes. Finalement, on peut dire que le caractère manifeste qui se veut pourtant objectif est une perception individuelle.

850. Cet exemple nous a donc premièrement permis de relever que malgré la perception qu'un juge ou fonctionnaire peut avoir de l'inconstitutionnalité manifeste d'une disposition pour exercer un contrôle diffus, d'autres interprètes - comme le juge du contrôle concentré - peuvent avoir un raisonnement différent sur

la constitutionnalité de la même norme ou, au moins, sur son évidence. Un autre aspect qu'il nous faut souligner est que pas même les *deux juges* concentrés des normes nationales - ceux qu'on présumerait être les plus érudits sur la question de la constitutionnalité - convergent sur la question de la détermination de l'inconstitutionnalité d'une disposition ou de son caractère manifeste.

851. Nous pouvons conclure que le caractère manifeste de l'inconstitutionnalité requis pour légitimer l'exercice du contrôle diffus n'empêche donc pas la subjectivité de l'interprète, ni un exercice arbitraire du contrôle diffus. Il nous semble même qu'il aboutit à la situation contraire, en particulier si nous prenons en compte le fait que la *thèse de la contradiction manifeste* requiert dans une certaine mesure une absence d'argumentation de l'inconstitutionnalité de la part du juge ou du fonctionnaire qui l'invoque.

2 La superficialité de l'analyse de l'inconstitutionnalité de la norme

852. En effet, un des éléments constitutifs de la *thèse de la contradiction manifeste* est que la contradiction normative doit être tellement évidente que l'interprète n'aie pas besoin de construire de raisonnement élaboré afin de justifier son inconstitutionnalité. Il est nécessaire que son inconstitutionnalité soit à un tel point flagrante que la seule lecture de la disposition en question suffise à aboutir incontestablement à cette conclusion. Selon la *thèse*, on l'a vu, l'inconstitutionnalité doit être appréciable à première vue ; *prima facie*.

853. Cette perspective implique un devoir pour les juges ou fonctionnaires de ne pas argumenter profondément l'inconstitutionnalité de la norme qui doit ressortir d'elle-même. De cette manière, l'arbitraire de l'interprète serait réduit : il ne peut élaborer d'arguments complexe pour justifier - éventuellement, sans scrupule - l'inconstitutionnalité.

854. Or, l'absence ou la superficialité de l'argumentation n'empêche pas l'arbitraire. Tout au contraire, il nous semble qu'elle permet que le contrôle diffus soit utilisé comme un *chapeau magique* tendant à faire qu'un juge ou fonctionnaire écarte l'application d'une norme qui peut lui être incommode (1) ; contribuant à ce que la négation de l'exercice du contrôle diffus ne soit pas sérieusement justifiée ou arbitrairement non-justifiée (2). De plus, le juge ou fonctionnaire n'est alors pas à

l'abri d'une sanction si l'inconstitutionnalité observée n'est pas corroborée par l'autorité pénale ou disciplinaire (3).

A Le « chapeau du magicien »

855. Si nous partons de la conclusion à laquelle nous sommes arrivés précédemment, c'est-à-dire que le caractère manifestement inconstitutionnel d'une disposition n'est pas univoque *per se* puisqu'elle est toujours soumise à l'interprétation de personnes qui peuvent déduire différents contenus normatifs de mêmes textes ; nous pouvons ajouter à cet argument l'idée selon laquelle le caractère *prima facie* implique un devoir de justification superficiel de l'inconstitutionnalité de la norme. Le contrôle diffus pourrait donc être utilisé lui aussi comme un moyen pour un juge ou fonctionnaire d'échapper à l'obligation d'appliquer une norme sans expliquer pourquoi il la considère contraire à la Constitution.

856. Si nous prenons en compte que les Constitutions - la Charte colombienne comprise - comportent généralement des clauses ouvertes et indéterminées ainsi que des principes qui couvrent une large possibilité de contenus normatifs qui ne sont applicables qu'après un exercice de proportionnalité[675], alors, soit on ne pourrait pas accepter la possibilité de contradictions manifestes concernant ce type de dispositions, soit elles resteront toujours soumises à différentes interprétations de la part de l'autorité concernée.

857. Ainsi, un juge ou fonctionnaire pourrait tout simplement accuser la norme d'être manifestement contraire à la Constitution pour que la disposition ne lui soit plus d'application obligatoire. Alors, d'une certaine manière, on ne pourrait que s'en remettre à la probité morale de tous les juges et fonctionnaires.

858. Évidemment, le schéma hiérarchique du pouvoir judiciaire et de l'administration avec l'existence de plusieurs degrés de juridictions vise à corriger les erreurs éventuellement commises en première instance. Cependant, ce système n'empêche pas que les autorités supérieures prennent des décisions dans le cadre d'un contrôle diffus sans trop les justifier. Cette perspective devient plus

[675] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 520-562 ; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. [S. l.] : [s. n.], 2003, p. 495-912. [Consulté le 26 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf.

problématique quand il s'agit des Hautes juridictions, tout spécialement de la Cour constitutionnelle, dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un contrôle supérieur.

859. En ce sens, nous observons que la *thèse de la contradiction manifeste*, contrairement à ce qu'elle prétend, contribue à l'arbitraire du juge ou fonctionnaire qui ne peut qu'accuser la norme dont il est saisi de manifestement inconstitutionnelle sans plus d'explications pour pouvoir l'écarter. De la même manière, la décision qui refuse d'exercer un contrôle diffus n'exige pas non plus de justification.

B Le refus systématique d'exercer le contrôle diffus

860. La superficialité de l'analyse des juges générée par la *thèse de la contradiction manifeste* est particulièrement nuisible dans le cas des décisions qui écartent le contrôle diffus, qui peut être invoqué par l'un des intéressés au moment de l'appel d'une décision. Dans ce type d'affaires, la légèreté de l'argumentation requise engendre finalement un stimulus positif de négation de l'exercice du contrôle diffus. En effet, une pratique commune lorsque le contrôle diffus est sollicité est de ne pas faire gré à la demande ; soit sans se justifier du tout, soit simplement en indiquant que la norme n'est pas manifestement contraire à la Charte.

861. La première des réactions que nous avons effectivement relevée consiste à ne pas traiter la question de l'exercice du contrôle diffus, même lorsqu'elle a été invoquée. Plus précisément, dans ce type d'affaires, nous avons identifié deux sortes de posture des juges. La première correspond à des situations dans lesquelles les juges tranchent l'affaire à partir d'autres procédés juridiques sans aborder le contrôle diffus. Dans ce cas, dans leurs arguments, le contrôle diffus est seulement caractérisé comme une *faculté* des juges ou des fonctionnaires. Alors, le juge n'est pas obligé de le réaliser et tout se passe comme s'il n'avait pas l'obligation de justifier pourquoi il ne le fait pas. En tout état de cause, les juges ne rentrent pas dans le détail du contenu de la controverse normative qu'ils ont pourtant à résoudre.

862. Toutefois, alors qu'ils étaient nombreux dans le passé[676], ces cas de figure sont actuellement beaucoup moins fréquents. Un des facteurs de cette

[676]. Certes, on peut identifier ce type d'affaires en particulier dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice avant de 1991 ; cependant, on peut aussi en relever dans des décisions plus récentes de cette

amenuisement est que la Cour constitutionnelle a considéré l'absence de contrôle diffus, notamment lorsqu'une des parties le sollicite, comme un *vice substantiel* de constitutionnalité des décisions juridictionnelles (à partir de l'année 2000)[677]. Par ailleurs, il est désormais possible de contester ce type d'arrêts - ou même des actes administratifs - avec une action de *tutela*.

863. Le second type de posture observé est le refus de certains juges tout simplement d'exercer un contrôle diffus parce qu'ils ne considèrent pas qu'il y ait une contradiction manifeste entre la Constitution et la norme traitée. Nous considérons que cette configuration constitue en réalité la règle générale des réponses apportées aux demande de contrôle diffus.

864. Prenons, par exemple, la réaction de la Cour suprême de justice officiant comme juge de cassation entre 1998 et 2014[678]. Sa Chambre de Cassation civile a été sollicitée pour exercer un contrôle diffus à neuf reprises ; elle n'a pourtant jamais accepté de le faire. La Chambre a toujours considéré une non-contradiction manifeste de la norme avec la Constitution en se cachant derrière la *thèse de la contradiction manifeste*. En d'autres termes, la Cour a « développé » le sujet à partir de considérations doctrinales qui sont en réalité accessoires. De cette manière, elle a évité de se prononcer sur le fond de la question : pourquoi et comment la norme est ou n'est pas *manifestement* inconstitutionnelle ?[679]

865. Cette manière de fonder les décisions permet donc au juge ou fonctionnaire d'écarter la demande de non-application simplement en indiquant

---

Haute juridiction. De plus, nous sommes persuadés qu'elle a aussi été utilisée par le Conseil d'État et certainement par les juges ordinaires. Par exemple SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 22 de abril de 2004. *www.cortesuprema.gov.co*. Bogotá, 22 avril 2004, n° 7843.

[677] Avant d'aborder cette analyse plus tard, nous soulignons deux arrêts paradigmatiques : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1722 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 décembre 2000, p. 21. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU1722-00.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-590 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 8 juin 2005, p. 42. [Consulté le 11 novembre 2012]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.htm.

[678] Suivant l'analyse de TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015.

[679] TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 71.

que la norme n'est pas manifestement contraire à la Constitution et puis s'arrêter là. Dès lors, il n'aurait ainsi pas le *devoir* de justifier la négation d'un contrôle diffus. Tout ceci, à notre avis, a construit un contexte propice à un exercice plutôt marginal du contrôle diffus. Puisqu'il n'est même pas nécessaire de justifier cette négation, les juges ou fonctionnaires - déjà très occupés - auront tendance à opter pour cette posture plus pratique pour résoudre les affaires et économiser du temps et de l'énergie.

866. Nous croyons donc que cette attitude encourage ouvertement le non-exercice du contrôle diffus, comme semblent le corroborer les données exposées par Daniel TORRES BAYONA selon lesquelles presque dans la totalité des cas de sollicitation d'un contrôle diffus par les parties, celui-ci est *explicitement nié ou refusé par les instances*. De plus, lorsqu'il est exercé, il l'est fait d'office presque toujours ; non après une acceptation de la demande des parties. Dans l'exemple de la Chambre civile précité - sans parler des particularités de chaque matière - le contrôle diffus a été sollicité par les parties dans chacune des neuf affaires mais il n'a jamais été concédé.

867. Il en va de même pour la Chambre pénale. Le contrôle diffus a été refusé systématiquement dans *tous* les arrêts analysés où il a été demandé (trente-sept). Elle l'a concédé seulement dans deux cas où le Tribunal d'appel[680] avait utilisé le contrôle diffus *ex officio*[681].

868. Par ailleurs, s'agissant de la Chambre du travail, des cinquante-quatre cas où le contrôle diffus a été sollicité par une des parties, dans trois cas seulement elle l'a réalisé. En revanche, elle a exercé le contrôle diffus directement, *d'office*, dans quarante-quatre cas[682].

869. Dans toutes ces décisions refusant l'exercice d'un contrôle diffus demandé par les parties, si nous partons du fait que le caractère *prima facie* de

[680] « Tribunal Superior de District Judicial ».

[681] TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 72-73.

[682] TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 77-78.

l'inconstitutionnalité implique que les juges n'ont pas besoin de justifier - suite de quoi ils ne le justifient de fait plus - pourquoi la norme n'est pas manifestement inconstitutionnelle, nous nous trouvons dans l'obligation de prendre acte, en suivant ces données, que *les juges sont fortement enclins à nier le contrôle diffus lorsque les parties le sollicitent*. Nous pouvons déduire qu'il existe donc un certain rapport entre, d'une part, ce manque d'exigence de justification et, d'autre part, la négation de son exercice dans la mesure où le premier promeut les craintes qui contribuent à nourrir la seconde. Autrement dit, l'absence d'exigence de justification pour refuser l'usage du contrôle diffus génère un contexte qui favorise la négation pure et simple des demandes d'usage du contrôle diffus.

C Un fonctionnaire démuni

870. Enfin, la troisième critique visant la superficialité de l'analyse engendrée par la *thèse de la contradiction manifeste* est qu'elle conduit à une faible protection des juges ou fonctionnaires qui « *osent* » l'exercer.

871. En effet, l'obligation de ne pas justifier de manière approfondie le refus d'exercer un contrôle diffus empêche que le juge ou le fonctionnaire puisse exposer les raisons pour lesquelles il décide d'employer ce type de contrôle ou pas. Ainsi, si ultérieurement sa conduite est mise en cause, il se retrouverait logiquement en état de faiblesse pour défendre la validité de son acte et justifier sa décision.

872. Or, comme nous l'avons relevé précédemment, si l'on considère que la détermination d'une *contradiction manifeste* implique tout de même une certaine marge d'interprétation mais qu'il existe dans le même temps un espace pour une non-justification, alors ce juge ou fonctionnaire ne sera pas à l'abri de l'arbitraire sur le fait de devoir identifier le caractère manifeste ou non de l'inconstitutionnalité. Cette situation apparaîtra problématique seulement dans le cas où s'ouvre un procès visant à sanctionner le juge ou fonctionnaire.

873. Afin d'éclairer cette question, nous allons analyser un des rares cas que nous avons pu trouver dans lequel la Cour suprême de justice a décidé d'une condamnation sanctionnant l'exercice « incorrect » du contrôle diffus[683]. En

[683] Nous avons trouvé un seul autre cas qui a fait l'objet de deux arrêts. Le premier, de 1988, qui a confirmé la condamnation de l'accusé en deuxième instance ; et le second, de 1991, qui a tranché un *Habeas corpus* sollicité par le juge condamné. SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 12 de mayo de 1988. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 12 mai 1988,

l'espèce, une juge de *tutela* avait décidé ne pas appliquer le décret 306 de 1992 qui l'empêchait d'ordonner la remise d'un bien[684] au motif que que la Constitution n'a pas octroyé cette compétence au Président de la République. Par conséquent, elle a ordonné la remise d'un aéronef qui avait été confisqué pour transport de marchandises de contrebande et utilisation dans le cadre d'un narcotrafic en raison d'une prétendue atteinte aux droits de procédure et au droit de pétition[685].

874. De notre point de vue[686], la Cour a tout simplement considéré que l'argument avancé par le juge pour justifier la non-application de la norme, à cause de l'incompétence du Président de la République pour émettre ledit décret, était *absurde*. Elle n'a pas plus argumenté sa position.

875. Dans cet exemple de 1997, nous pouvons observer que la posture du juge pour ne pas appliquer la norme était *plausible*, même si l'on peut être en désaccord complet avec cette attitude. En effet, pour le juge, une norme émise par une autorité non autorisée par la Charte pour le faire manquerait totalement de validité. Il nous faut rappeler que cet argument a aussi été utilisé par les différentes Hautes juridictions afin de justifier leur position dans plusieurs cas de contrôle diffus.

876. En revanche, la Cour a refusé la validité de cet argument. D'après elle, la norme en question n'était tout simplement pas - manifestement - contraire à la Charte ; sans toutefois approfondir sa posture, ni s'agissant des raisons de la constitutionnalité de cette disposition ni des fondements de l'erreur de la juge. En d'autres termes, la Cour a juste soutenu une perspective contraire - elle aussi discutable - à celle du juge, qu'elle a imposée comme valide sans entrer dans un

---

nº 2432, p. 429-440 ; SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 19 de noviembre de 1991. *Gaceta judicial*. 1991, nº 2450, p. 532-541.

[684] L'article 1 dudit Décret a établi qu'il n'existe pas de *préjudice irrémédiable* dans les cas de remise d'un bien immeuble, donc le juge ne peut pas l'ordonner. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 306. *Diario oficial*. Bogotá, 19 février 1992, nº 40334, p. 1.

[685] Malheureusement, nous n'avons pu obtenir la décision de *tutela* de la juge qui a fait l'objet de l'enquête. Le récit que nous présentons relève donc de notre lecture des faits exposés par l'arrêt de la Chambre pénale de la Cour suprême de justice.

[686] L'inapplication de la norme est l'une des nombreuses conduites qui ont fait l'objet de reproches d'un point de vue pénal, conduisant la Chambre de cassation pénale à confirmer la condamnation de la juge qui a été soumise à une enquête.

questionnement de fond consistant à se demander pourquoi la norme *n'était pas* manifestement contraire à la Charte[687].

877. Dans cet exemple, nous avons pu observer que la superficialité de l'analyse qu'implique le caractère *prima facie* de l'inconstitutionnalité suivant la *thèse de la contradiction manifeste* contribue à une plus grande vulnérabilité aux sanctions de tout juge ou fonctionnaire qui l'exerce, puisque l'autorité pénale ou disciplinaire pourra simplement considérer que la norme n'était pas inconstitutionnelle sans trop entrer elle-même dans une justification ou un débat de fond sur la question.

878. En définitive, la superficialité de l'analyse encouragée par la *thèse de la contradiction manifeste* n'atteint pas son objectif affiché d'universalité et d'objectivité du constat de l'inconstitutionnalité ni contribue, non plus, à empêcher l'arbitraire ; tout au contraire. Ayant analysé les problèmes liés au cadre matériel d'exercice du contrôle diffus, il convient à présent de s'intéresser à son cadre temporel.

PARAGRAPHE 2 L'insuffisance d'une délimitation temporelle formelle entre les deux types de contrôle

879. La *thèse de la contradiction manifeste*, on l'a vu, a conduit à la reconnaissance d'une différenciation temporelle entre le contrôle diffus et le contrôle concentré. En effet, autant la Cour suprême de justice avant 1991 que la Cour constitutionnelle (et toutes les Hautes juridictions) après 1991, l'ont reconnue comme une mesure visant à éviter que les échelons inférieurs *ne respectent pas* leurs arrêts. Si le contrôle diffus pouvait s'exercer après le contrôle concentré, alors tout juge ou fonctionnaire pourrait échapper au respect des arrêts rendus par le juge qui exerce un contrôle concentré. Cette délimitation temporelle relève du formalisme encore fortement présent dans les milieux juridiques colombien ; comme s'il s'agissait d'une règle formelle de rigidité du système qui ne saurait avoir d'exception.

[687] SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 19 de noviembre de 1997. *Gaceta judicial*. Bogotá, 19 novembre 1997, n° 2490, p. 500-501.

880. Le formalisme de l'interprétation de cette règle rigide a conduit à ce que, lorsqu'une norme a été déclaré inconstitutionnelle, les juges affirment l'impossibilité d'exercer un contrôle diffus ultérieurement, ce même si la norme a produit des effets avant la déclaration d'inconstitutionnalité.

881. Cependant, la Cour constitutionnelle a mis en question cette vision trop formaliste. Premièrement, dans certains cas, la Cour est allée à l'encontre de la pratique du non-exercice du contrôle diffus *après* la décision du juge concentré, alors que les faits qui conditionnent l'application de la norme ont eu ou pu avoir lieu pendant sa période de validité (1). Deuxièmement, on peut trouver certaines décisions qui ont exercé un contrôle diffus d'une disposition *après* un arrêt de reconnaissance de sa conformité avec la Charte, pourvu que les fondements qui motivent la non-application ne soient pas les mêmes que ceux qui ont été avancés dans le cadre de l'exercice concentré (2).

1 Un contrôle diffus ultérieur à une déclaration d'inconstitutionnalité résultant d'un contrôle concentré

882. Nous avons trouvé une seule situation qui a récemment donné lieu à un questionnement jurisprudentiel de la justesse de la réponse formaliste qui consiste à refuser l'exercice d'un contrôle diffus d'une norme qui, ayant été déclarée inconstitutionnelle dans le cadre d'un contrôle concentré, était cependant valide au moment où le droit a été consolidé.

883. Il s'agissait en l'espèce de traiter l'un des problèmes générés, à partir de 2003, par l'inclusion d'une condition de « loyauté » pour obtenir aussi bien une retraite « d'invalidité » qu'une retraite pour le conjoint survivant en cas de décès. En effet, les lois 797[688] et 860[689] de 2003 ont modifié la loi 100 de 1993 qui posaient les conditions d'obtention de la retraite, d'une part, pour les personnes qui, sans avoir

[688] L'article 12 de La loi 797 a modifié l'article 46 de la Loi 100 de 1993 en ajoutant une condition de « loyauté » pour obtenir la « substitution de la retraite » soit pour cause de maladie soit pour cause d'un accident. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 janvier 2003, nº 45079. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223.

[689] Un peu plus tard, l'article 1 de la loi 860 de 2003 a modifié l'article 39 de la Loi 100 de 1993 qui règle la « retraite pour invalidité ». CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 860 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 décembre 2003, nº 45415. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11173.

droit à une retraite vieillesse dans le cadre du régime général, ont perdu plus de 50% de leur capacité de travail et, d'autre part, pour ceux qui dépendaient économiquement d'un retraité décédé et qui, n'ayant pas de moyens propres pour vivre, demandent de maintenir la retraite de ce dernier comme source de revenus. Or, les nouvelles dispositions avaient ajouté une condition de « loyauté » entendue ici comme permanence dans le temps. Ainsi, en plus d'avoir contribué pour une période déterminée par la loi, le requérant devait, à partir de ce moment, avoir aussi été affilié au système de sécurité sociale au moins durant 20% de sa vie après ses 20 ans.

884. Ces dispositions ont toutefois respectivement été déclarées inconstitutionnelles par les arrêts C-556[690] et C-428[691] de 2009, au motif qu'elles impliquaient une régression non justifiée des droits sociaux.

885. Néanmoins, les deux arrêts ont été rendus avec effets *ex nunc*. Pour tous les cas dont les faits ont été avérés durant la période de validité de la norme, les juges du travail et de la sécurité sociale - et notamment la Cour suprême de justice - avaient systématiquement appliqué les lois inconstitutionnelles en s'appuyant sur le principe de survie de la loi ancienne.

886. En effet, la Chambre du travail de la Haute juridiction ordinaire a appliqué la norme, inconstitutionnelle mais valide, au moment de la consolidation du droit dans de nombreuses affaires dans lesquelles était demandée la non-application de la norme. Un des arguments principaux utilisés par cette Chambre a été justement qu'un contrôle concentré avait déjà été exercé et avait abouti à une décision et, par conséquent, elle ne pouvait pas agir.

887. À partir de 2012, cette Chambre a connu un renouvellement de ses juges qui a conduit à un changement radical de posture. En effet, on a pu assister à un revirement de jurisprudence visant à reconnaître la possibilité d'un contrôle diffus, en raison - selon leur argumentation - de l'inconstitutionnalité manifeste de

---

690 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-556 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 20 août 2009. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-556-09.htm.

691 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-428 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 juillet 2009. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-428-09.htm.

ces dispositions au regard du principe de progressivité des droits sociaux[692]. Cette posture a été reprise dans de nombreuses affaires les années suivantes[693].

888. Bien que la Cour constitutionnelle ait connu ce type d'affaires par le biais de l'action de *tutela* et qu'elle ait plutôt protégé les personnes qui demandaient cette protection sociale, elle a toutefois évité d'aborder la question de l'exercice du contrôle diffus après que la Chambre plénière ait déclaré la norme inconstitutionnelle. L'arrêt T-118 de 2013 est particulièrement illustratif de cette posture. En effet, la Cour y a utilisé un argument - d'ailleurs plus questionnable - selon lequel bien que les arrêts C-556 et C-428 de 2009 n'aient pas eu explicitement d'effets rétroactifs, le caractère de l'arrêt était « *déclaratif mais non pas constitutif* » donc sont couverts tous les faits même ceux qui sont arrivés pendant la vigueur de la disposition[694]. Ainsi, en utilisant ces concepts, la Cour constitutionnelle a tenté de corriger les conséquences d'un manque d'effets rétroactifs des arrêts de constitutionnalité mentionnés. S'agissant de la possibilité d'exercer un contrôle diffus après une décision issue d'un contrôle concentré, en revanche, elle n'a rien dit.

889. En conclusion, la Cour n'a pas voulu aborder en détail une question pourtant au cœur de son argumentation. Elle a néanmoins essayé de surmonter les barrières que cette thèse a généré pour la protection des droits fondamentaux, en

---

[692] SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 8 de mayo de 2012. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 mai 2012, nº 41832. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 20 de junio de 2012. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 20 juin 2012, nº 42540. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 10 de julio de 2012. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 juillet 2012, nº 42423. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml ; Pour une profondisation sur ce sujet, voir: TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 75.

[693] TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 75 ss.

[694] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-118 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 7 mars 2013, p. 15. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-118-13.htm.

restant toutefois obscure quant à la justification de sa position. Par ailleurs, il est intéressant de relever que les Hautes juridictions ont tout de même parfois exercé un contrôle diffus à l'égard d'une norme qui avait pourtant été déclarée conforme à la Constitution dans le cadre d'un contrôle concentré.

2 Le contrôle diffus ultérieur à une ratification de la constitutionnalité d'une norme par un contrôle concentré

890. Enfin, il convient de mentionner que le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle ont récemment exercé un contrôle diffus sur des dispositions qui avaient pourtant déjà été contrôlées - et même déclarées constitutionnelles - au moment où l'action en inconstitutionnalité a été présentée. Cette dernière était cependant fondée sur des justifications différentes de la requête qui a donné lieu à une déclaration de conformité à la Constitution à l'issue d'un contrôle concentré.

En effet, on peut mentionner le cas du Conseil d'État qui a rendu un arrêt ayant écarté l'application d'une disposition auparavant déclarée constitutionnelle par la Cour constitutionnelle[695]. Il s'agissait d'un recours en appel contre un arrêt qui s'était prononcé sur une action populaire formée contre un institut scientifique au motif que ce dernier avait été au-delà de la permission qui lui avait été accordée d'expérimenter un type spécifique de primate amazonien[696]. Le Tribunal administratif de l'Amazonie, qui avait accepté les prétentions de la demande, a ordonné, entre autres mesures, l'annulation de l'acte administratif accordant cette permission. L'institut a alors fait appel en utilisant l'argument selon lequel le juge n'était pas compétent pour annuler un acte administratif par le biais d'une action populaire. En effet, l'article 144 de la loi 1437 de 2011 avait interdit explicitement que le juge de l'action populaire puisse ordonner l'annulation de ce type d'acte[697].

---

[695] SUBSECCIÓN C DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCISO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. *www.consejodeestado.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 novembre 2013, nº AP 25000232400020110022701. [Consulté le 21 mai 2018]. ISBN 0020110022. Disponible à l'adresse : http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=25000232400020110022701.

[696] L'action était aussi dirigée contre quelques entités administratives, notamment la « *Corporación Autónoma de la Amazonía* », en raison d'irrégularités concernant autant le renouvellement de l'acte que son contrôle.

[697] ARTÍCULO 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten

En outre, cette disposition avait été déclarée constitutionnelle par l'arrêt C-644 de 2011. Ainsi, le juge de l'action populaire ne pouvait en principe pas aller contre ce qui avait été ordonné par la Cour constitutionnelle ; il devait donc ne pas de prendre cette mesure.

En revanche, la sous-section C de la Section troisième du Conseil d'État a adopté un raisonnement différent - isolé[698] - : en distinguant entre chose jugée absolue et chose jugée relative, il a pu considérer que l'interdiction d'exercer un contrôle diffus était limitée à une question de constitutionnalité analysée par le contrôle concentré[699]. S'appuyant sur les articles 29 (garanties du procès équitable) et 229 (accès à l'administration de justice) de la Constitution, le Conseil d'État a ainsi conclu qu'il était possible d'exercer un contrôle diffus si le juge ou fonctionnaire trouve la disposition incompatible avec la Constitution pour des motifs autres que ceux contrôlés et signalés par le juge ayant exercé un contrôle concentré. Cette analyse a permis au Conseil d'État de soutenir qu'il existait en l'espèce une hypothèse *qui n'avait pas été traitée* par le contrôle concentré : la contradiction entre l'interdiction et l'existence de l'action populaire (article 86 de la Constitution), ainsi que la protection des droits à un « environnement sain » et à disposer de moyens effectifs de protection des droits collectifs (garantis respectivement par les

las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. (nous soulignons) CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 18 janvier 2011, nº 47956. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#135.

[698] En effet, ce raisonnement ne constitue pas la *ratio decidendi* de l'arrêt C-1059 de 2008. Il constitue simplement une clarification d'un concept important, mais qui n'a pas été déterminant pour résoudre la question juridique posée dans cet arrêt.

[699] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1059 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 29 octobre 2008. [Consulté le 22 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1059-08.htm.

articles 11[700] et 19 du Protocole de San Salvador)[701]. De cette manière, le Conseil d'État a ajouté à son argumentation sur un contrôle de constitutionnalité diffus, l'exercice d'un contrôle de conventionnalité diffus[702]. Par conséquent, le Conseil d'État a écarté l'application de l'interdiction faite au juge d'annuler l'acte source en s'appuyant sur l'atteinte portée au droit collectif. Ainsi, il a abouti à ordonner l'annulation[703].

891. Cet argument sera repris par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt T-410 de 2014. Il s'agit d'un cas complexe que nous tenterons d'exposer en nous concentrant sur la problématique qui nous intéresse ici. L'affaire concernait une personne qui, ayant travaillé pour la *Fédération Nationale des Cafetiers* de Colombie entre 1973 et 1991, avait demandé à son ex-employeur, quelques années après la fin de sa carrière, le paiement de cotisations retraite que celui-ci n'avait pas effectué au moment où le demandeur était salarié (un cas de *transfert*). L'ex-employeur affirma cependant qu'il n'avait aucune obligation de payer ces cotisations. Selon lui,

---

[700] Le Conseil d'État ajoute que ce droit est reconnu par le Pacte international de droits économiques sociaux et culturels, mais il n'a pas proposé d'argumentation supplémentaire au regard de cette norme. SUBSECCIÓN C DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCISO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. *www.consejodeestado.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 novembre 2013, nº AP 250002324000201100227 01, p. 62. [Consulté le 21 mai 2018]. ISBN 0020110022. Disponible à l'adresse : http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=25000232400020110022701.

[701] SUBSECCIÓN C DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCISO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. *www.consejodeestado.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 novembre 2013, nº AP 25000232400020110022701, p. 60-62. [Consulté le 21 mai 2018]. ISBN 0020110022. Disponible à l'adresse : http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=25000232400020110022701.

[702] Selon les règles de reconnaissance de la Constitution, les droits humains reconnus par des traités internationaux ayant été ratifiés par la Colombie et qui ne peuvent être suspendus durant les états d'exception font partie de la hiérarchie constitutionnelle. C'est pourquoi le contrôle diffus de conventionalité est subsumé par (ou au moins un type de) par le contrôle diffus de constitutionnalité. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención Americanan sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales « Protocolo de San Salvador ». *www.oas.org* [en ligne]. San Salvador, 17 novembre 1988. [Consulté le 24 mai 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html. Ratifié par CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 319 de 1996. *Diario Oficial*. Bogotá, 20 septembre 1996, nº 42884.

[703] Voir les injonctions première et deuxième de l'arrêt. Le premier ordonne la non-application de l'expression soulignée ci-dessus. Le deuxième ordonne la modification de l'arrêt d'instance. Le cinquième, pour sa part, ordonne l'annulation des résolutions qui octroyaient le permis. SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de noviembre de 1987. *Gaceta judicial*. 1987, nº 2430, p. 150.

la loi applicable à l'époque de l'existence du contrat a établi que l'obligation de payer les cotisations de sécurité sociale n'était pas générale mais progressive, dépendant de la couverture territoriale de l'Institut des Secours Sociaux. Après la fin de la relation de travail entre le requérant et son employeur, la loi 100 de 1993 a été votée, dont l'article 33 exigeait le transfert des cotisations pour les travailleurs dont le contrat était en cours au moment de l'entrée en vigueur de cette loi[704]. Cette disposition et celles qui l'ont modifiée[705] ont été déclarées constitutionnelles par la Cour constitutionnelle agissant en tant que juge de contrôle concentré[706]. Par conséquent, les juges de *tutela* - Cour constitutionnelle y compris - ne pouvaient en principe pas s'éloigner de cette décision et devaient donc l'appliquer.

892. Cependant, après avoir déclaré la disposition constitutionnelle en tant que juge de contrôle concentré, la Cour constitutionnelle a argumenté dans cette affaire que la décision concentrée avait des effets de chose jugée relative, donc cantonnés aux problèmes juridiques de chaque arrêt. Or, elle a considéré que dans ces arrêts, elle n'avait pas traité la question de l'atteinte au droit à la sécurité sociale comme un droit autonome. Ainsi, en distinguant différents problèmes juridiques à partir de la même affaire, la Cour a pu considérer la norme, décidé qu'elle était incompatible avec la Charte et, par conséquent, qu'elle devait écarter son application par le biais cette fois d'un contrôle diffus.

---

[704] L'Article 33, originalement, a établi comme date pour l'obligation de transfert au 15 juin 1992. Nous n'avons pas insisté sur cette difficulté additionnelle parce qu'elle élargit l'explication mais n'apporte rien à la compréhension du cas. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 de 1993. *Diario oficial*. Bogotá, 23 décembre 1993, nº 41148.

[705] L'article 33 de la Loi 100 de 1993 a été modifié par l'article 9 de la Loi 797 de 2003. En ce qui nous concerne, relevons que la modification a changé la date du début de l'obligation de transfert à celle de l'entrée en vigueur de la loi 100. Substantiellement, elle n'a beaucoup changé. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 janvier 2003, nº 45079. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223.

[706] L'article 33 de la Loi 100 de 1993 par l'arrêt C-506 de 2001. L'article 8 de la Loi 797 de 2003 par l'arrêt C-1024 de 2004 qui s'est limité à décider sur le fond en raison de l'existence d'une chose jugée matérielle parce que cette nouvelle norme avait été mise en cause plutôt par les mêmes raisons que l'article 33 de la Loi 100 de 1993. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-506 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 mai 2001, p. 52. [Consulté le 23 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-506-01.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1024 de 2004. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 20 octobre 2004, p. 55. [Consulté le 25 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm.

893. Certes, ces arrêts semblent isolés et ne changent vraiment pas la rigidité du système. De fait, la Cour constitutionnelle elle-même n'a pas voulu changer l'appréhension classique des rapports temporels entre les contrôles concentré et diffus.

894. En effet, la Cour a mis en place un raisonnement qui fait appel à la *thèse de la contradiction manifeste*, mais dont l'argument était, nous semble-t-il, incohérent par rapport à la question de la limite temporelle posée. En définitive, ces cas montrent la difficulté de maintenir un concept de contrôle diffus qui n'aide ni à bien comprendre l'interaction entre le contrôle diffus et le contrôle concentré ni à s'adapter aux besoins de protection des droits par la Cour constitutionnelle.

SECTION 2 LA DIFFICULTÉ DE S'ADAPTER AUX BESOINS DE PROTECTION DE LA PROPRE COUR CONSTITUTIONNELLE

895. La *thèse de la contradiction manifeste* s'est révélée insuffisante pour la Cour constitutionnelle elle-même lorsqu'il s'est agi de prendre des décisions dans le cadre d'un contrôle diffus. En effet, la Cour a commencé à se référer à certains éléments factuels des cas allant parfois à l'encontre de la pertinence de la *thèse de la contradiction manifeste* (Paragraphe 1). En d'autres opportunités, la Cour constitutionnelle est allée jusqu'à complètement se détacher de la *thèse de la contradiction manifeste* pour prendre sa décision. Quelque fois en exerçant un contrôle diffus, mais en n'argumentant pas sur la thèse ; quelques autres fois, sans se référer du tout au contrôle diffus mais en protégeant les droits fondamentaux (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 La prise en compte d'éléments concrets d'analyse

896. La Cour a rendu plusieurs décisions dans lesquelles elle s'est fondée sur la *thèse de la contradiction manifeste* mais en tenant compte de certains éléments factuels requérant un contrôle plus concret. Précisément, dans quelques décisions, la Cour a introduit le prérequis - plutôt formel - d'une mise en cause de droits fondamentaux (1). Dans d'autres cas, elle a pris en considération la situation factuelle des parties pour déterminer si elles relevaient de l'une des catégories de *sujets de protection constitutionnelle spéciale.* La reconnaissance de l'appartenance

à l'une de ces catégories ajoute un argument fort pour concéder la protection (2). Ce phénomène n'est toutefois pas une évolution générale du contrôle diffus ; il est apparu sporadiquement et de manière simultanée à la *thèse de la contradiction manifeste*.

1 L'exigence d'une atteinte aux droits fondamentaux

897. Certaines décisions ont repris la *thèse de la contradiction manifeste* mais en y ajoutant le prérequis d'une violation d'un droit fondamental[707].

898. La décision A-035 de 2009 est un bon exemple de cette évolution du raisonnement de la Cour constitutionnelle. Elle a été rendue au regard des injonctions d'accomplissement (*órdenes de cumplimiento del fallo*) de l'arrêt T-760 de 2008 qui a déclaré l'*état des lieux inconstitutionnel* (*estado de cosas inconstitucionales*) du service de santé et déterminé l'édiction de mesures précises pour remédier aux défauts structurels du droit fondamental à la protection de la santé. Dans ce cadre, le Ministère de la protection sociale a demandé à la Cour l'autorisation et l'établissement de critères pour ne pas appliquer certaines dispositions qui posent des barrières pour prendre concrètement les mesures ordonnées pour la Cour.

899. Précisément, dans cette décision, la Cour a indiqué qu'elle « a établi comme critères à prendre en considération pour ne pas appliquer les normes, les suivants : (1) que le contenu normatif de la disposition soit évidemment contraire à

[707] Parmi les décisions qui ont suivi cette posture, nous pouvons mentionner, par exemple : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-823 de 1999. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1999, p. 33. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-823-99.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-119 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 13 février 2008, p. 22. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-119-08.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 237 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 19 septembre 2008, p. 146. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS 2008/98. Auto del 19-09-2008. Auto 237. Incumplimiento de las órdenes impartidas en el auto 092 de 2008.pdf ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 008 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 janvier 2009, p. 67. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-291 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 avril 2009, p. 115. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-291-09.htm.

la Constitution, et (2) que la norme porte atteinte clairement à certains droits fondamentaux »[708].

900. Ces deux conditions supposent au moins une contradiction. Pour la première, la norme, comme entité abstraite, doit être manifestement contraire à la Charte, et donc le contrôle continue à être sur la norme. L'inclusion de l'atteinte portée à des droits fondamentaux comme critère additionnel implique de considérer aussi quels en sont les éléments concrets et abstraits. D'une part, pour déterminer la manière dont un droit fondamental est touché, il est nécessaire d'étudier les conditions factuelles qui se produisent dans chaque cas concret. D'autre part, porter atteinte à un droit fondamental peut être aussi nettement abstrait, notamment à partir des contenus dégagés des textes normatifs.

Cette ambivalence est notoire aussi dans le paragraphe suivant de la décision de la Cour. En effet, elle a ajouté aux deux réquisits précédents, certaines *conditions* pour exercer le contrôle diffus. La première consiste en ce « *qu'on constate que l'application des normes administratives ou légales menace ou empêche la protection des droits fondamentaux* ». On peut donc en déduire que pour constater une telle menace ou violation, une analyse du cadre factuel de son application doit être réalisée. Une autre condition spécifiée par la Cour consiste en ce « *qu'on déduise clairement de la Constitution la nécessité de garantir un droit fondamental, dans ce cas la jouissance effective du droit à la santé, tant que l'obstacle normatif pour avancer dans sa matérialisation soit spécifiquement signalé* »[709]. Cette condition paraît

---

[708] « La Corte Constitucional ha establecido como criterios que han de ser tenidos en cuenta para inaplicar normas, los siguientes: (1) que el contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución, y (2) que la norma claramente comprometa derechos fundamentales. » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 035 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 janvier 2009, paragr. 5. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A035-09.htm.

[709] « La excepción se debe aplicar cuando se presenten las siguientes condiciones, las cuales deben ser objeto de motivación en un acto administrativo:

i. Que se constate que la aplicación de las normas administrativas o legales amenaza o impide la protección de los derechos constitucionales.

ii. Que no existe vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario.

iii. Que se deduce claramente de la Constitución la necesidad de

garantizar un derecho constitucional, en este caso el goce efectivo del derecho a la salud, siempre que el obstáculo normativo para avanzar en su sea materialización específicamente señalado. » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 035 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 janvier 2009, paragr. 6. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A035-09.htm.

toucher l'existence d'une règle *prima facie* - abstraite clairement - mais spécifique de la protection d'un droit constitutionnel affecté.

901. En revanche, cette posture peut sembler incohérente si l'on pense que dans le cas où la norme doit être manifestement contraire à la Constitution, toute étude d'une atteinte concernant les droits fondamentaux par la Cour suppose nécessairement une analyse probatoire profonde (le caractère n'est donc plus manifeste et doit être interprété et justifié). De fait, on peut penser qu'il n'est pas nécessaire qu'une norme soit contraire à la Constitution pour qu'un droit fondamental soit affecté. Mais ce qui nous intéresse le plus, c'est qu'en fin de compte, comme la Cour a compris que les deux conditions que nous avons mentionnées doivent être réunies ensemble, c'est le critère du caractère manifeste contraire à la Constitution qui l'emporte, et cela malgré une atteinte à un droit fondamental.

2 La justification des sujets de protection spéciale

902. Dans d'autres affaires, la Cour constitutionnelle a continué de considérer la *thèse de la contradiction manifeste* mais lorsque la contradiction n'était pas si manifeste, elle a décidé d'inclure dans son argumentaire la considération de la présence ou non d'un sujet de protection constitutionnelle spéciale.

903. De nombreux cas ont été tranchés suivant ce raisonnement, par exemple, afin d'éviter des atteintes graves au droit à la sécurité sociale après le vote d'une nouvelle loi qui avait changé les prérequis pour bénéficier d'une pension d'invalidité (*pension de invalidez*). Telle est l'affaire qui a été réglée par l'arrêt T-1291 de 2005.

Précisément, il s'agissait de considérer le cas d'une mère célibataire d'une mineure qui a survécu à un accident vasculaire-cérébral le 28 janvier 2004 qui l'a laissé avec une paralysie de l'hémisphère droit de son corps. Le comité régional de qualification d'invalidité (*Junta regional de calificación de invalidez*) avait à cet égard émis un avis déclarant une perte de 69,05% de sa capacité de travail. La femme s'est alors adressée au fonds privé de retraite auprès duquel elle avait cotisé en vue

d'obtenir une pension d'invalidité qui, selon la Loi 100 de 1993[710], est concédée lors d'une déclaration de perte de capacité de travail supérieur à 50% et à la condition d'avoir cotisé au moins 26 semaines de travail l'année immédiatement antérieure à l'invalidité.

Le fonds privé de retraite a cependant rejeté sa demande au motif que la requérante ne remplissait pas les conditions prévues dans une nouvelle loi relative aux pensions. En effet, le 1er janvier 2004 - soit 28 jours avant son accident - est entrée en vigueur la loi 860 de 2003 dont l'article 1er a modifié les exigences à remplir pour bénéficier d'une pension d'invalidité. Concrètement, la loi a ajouté une condition de « loyauté au système » (*fidelidad al sistema*) selon laquelle le demandeur doit démontrer avoir appartenu au système de retraite au moins durant 20% de sa vie active (en comptant les années d'activité à partir de 20 ans). En outre, la nouvelle norme a modifié la condition du nombre de semaines cotisées en la faisant passer de 26 dans l'année immédiatement antérieure à 50 durant les trois dernières années[711]. Or, selon le fonds privé, la requérante n'avait cotisé que 32,14 semaines sur les 50 semaines désormais requises.

---

[710] ARTICULO 38. Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capitulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral.

ARTICULO 39.Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del ano inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 de 1993. *Diario oficial*. Bogotá, 23 décembre 1993, nº 41148.

[711] ARTÍCULO 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para

904. La Cour a évalué le préjudice que cette norme a généré pour la plaignante et a mis en évidence le fait qu'elle se trouvait en situation de faiblesse manifeste eu égard à sa condition de santé. En outre, elle a ajouté à cet argument le fait que la plaignante était mère célibataire - « chef de famille » - et que sa fille avait aussi subi un dommage considérable au regard de son droit à une famille et à la sécurité sociale. Ainsi, la Cour a finalement affirmé que le fonds de retraite et les juges d'instance auraient dû pondérer les droits fondamentaux en jeu et les protéger. Par conséquent, elle en a conclu que la nouvelle norme aurait dû ne pas s'appliquer.

905. Précisément, en argumentant sur la question de la non-application, la Cour a soutenu que la norme était manifestement contraire au principe de progressivité des droits sociaux puisqu'elle empêchait une personne d'avoir effectivement accès à une pension d'invalidité.

906. Son argumentation suit donc apparemment la *thèse de la contradiction manifeste* ; pourtant, en réalité, le raisonnement *implique* que l'inconstitutionnalité n'était pas manifeste. En effet, pour déterminer qu'une loi est contraire au principe de progressivité des droits sociaux, la Cour a dû comparer les contenus normatifs des deux textes pour pouvoir révéler le problème qu'impliquait l'application de la nouvelle disposition. En outre, elle a aussi reconnu une privation concrète des droits de la justiciable, puisque cette dernière réunissait les conditions nécessaires pour obtenir ce type de pension selon la loi antérieure, mais qu'elle ne pouvait plus en bénéficiait selon les critères de la nouvelle loi.

907. Enfin, le raisonnement de l'arrêt tient compte de la protection spéciale des droits des enfants, ainsi que de ceux des personnes en situation d'handicap et des mères « chefs de famille », pour ordonner le paiement de la pension d'invalidité.

---

con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 860 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 décembre 2003, nº 45415. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11173.

Ce changement de perspective paraît anticiper une séparation plus directe avec la *thèse de la contradiction manifeste*.

PARAGRAPHE 2 Un détachement vis-à-vis de la « thèse de la contradiction manifeste »

908. Les insuffisances de la *thèse de la contradiction manifeste* pour faire respecter les droits des requérants dans certains cas ont conduit la Cour constitutionnelle à s'en détacher à plusieurs reprises. L'argumentation de certaines décisions va même parfois ouvertement à l'encontre de la *thèse* (1), tandis que d'autres tendent à ne rien dire sur le contrôle diffus et à ne pas appliquer les dispositions dont la constitutionnalité est contestée en se fondant sur une argumentation tendant à la protection des droits fondamentaux (2).

1 Une séparation directe

909. La Cour constitutionnelle a généralement eu tendance à suivre la *thèse de la contradiction manifeste* pour fonder son contrôle diffus. Cependant, comme nous l'avons vu, elle l'a parfois appliquée en considérant par ailleurs des éléments factuels relatifs aussi bien à la protection des droits fondamentaux qu'à des sujets de protection constitutionnelle spéciale. Dans certaines affaires, la Cour a été encore plus loin en agissant suivant une toute autre logique.

910. Cette situation de « crise de la *thèse de la contradiction manifeste* » est particulièrement manifeste dans les affaires que la Cour a eu à traiter relatives à l'application de l'article 70 de la *Loi de justice et paix* qui a établi une réduction de 10% de peine pour des personnes condamnées remplissant certaines conditions[712].

[712] ARTÍCULO 70. Rebaja de penas. Las personas que al momento de entrar en vigencia la presente ley cumplan penas por sentencia ejecutoriadas, tendrán derecho a que se les rebaje la pena impuesta en una décima parte. Exceptúese los condenados por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico.

Para la concesión y tasación del beneficio, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tendrá en cuenta el buen comportamiento del condenado, su compromiso de no repetición de actos delictivos, su cooperación con la justicia y sus acciones de reparación a las víctimas. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 25 juillet 2005, nº 45980, p. 14. [Consulté le 28 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1672044.

Nous analyserons l'exemple de l'arrêt T-389 de 2009 qui nous paraît illustratif, bien que d'autres affaires aient été résolues à partir des mêmes considérations[713].

911. En l'espèce, une personne condamnée pour homicide avait demandé au juge compétent de lui reconnaitre le bénéfice de la réduction de peine prévue par la loi précitée au motif qu'il répondait aux critères posés. Le juge a accordé ce bénéfice, mais l'agent du Ministère public a fait appel de la décision en s'appuyant sur l'argument que cette réduction de peine était un bénéfice qui pouvait être accordé seulement dans le cadre de la *Loi de justice et paix*, c'est-à-dire en tant que mécanisme de justice transitionnelle dans le cadre du processus de paix engagé avec les groupes paramilitaires. Le bénéfice ne devait, par conséquent, être concédé qu'aux condamnés relevant des groupes de personnes visées par la loi. Le Tribunal Supérieur (Cour d'appel) a ainsi annulé la concession du bénéfice.

Le condamné a alors interposé une action de *tutela* contre la décision du Tribunal Supérieur pour violation de son droit fondamental à l'application de la loi pénale favorable[714].

La Cour suprême de justice, juge de *tutela* dans l'affaire[715], a cependant rejeté la protection constitutionnelle demandée. Son argument est parti du fait que l'article 70 de la *Loi de justice et paix* établit une réduction de la peine applicable à tous les condamnés. Elle ne serait donc pas restreinte aux destinataires directs de cette loi. Ainsi, pour la Cour suprême de justice, une telle réduction est manifestement contraire à l'article 158 de la Charte qui exige que les lois traitent une seule matière. D'après la Cour, une loi qui concède une grâce ou pardon (*indulto*) n'est pas de la

[713] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-815 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 août 2008. [Consulté le 24 juillet 2014]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-815-08.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-138 de 2011. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 mars 2011. [Consulté le 28 juillet 2014]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-138-11.htm. Sans traiter le même problème juridique, cette problématique est traité comme *obiter dictum* dans CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-355 de 2007. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 mai 2007. [Consulté le 28 juillet 2014]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-355-07.htm#_ftnref8.

[714] Le condamné a dénoncé une atteinte à son droit à une procédure équitable ou régulière en raison du fait que la décision objet de l'appel et finalement révoquée est une décision de correction de la décision qui a concédé le bénéfice mais non la décision qui a concédé le bénéfice.

[715] La première instance a été tranchée par la Chambre pénale et la deuxième par la Chambre civile.

même matière que la loi qui établit des mécanismes de justice transitionnelle dans le cadre du conflit armé. Par conséquent, la Cour suprême de justice a exercé le contrôle diffus en tant que la norme était -pour elle- manifestement contraire à la Charte.

912. La Cour constitutionnelle a révisé cette affaire en concédant finalement la *tutela* et donc le droit à la loi pénale favorable. Dans cette affaire, la Cour a été confrontée à la question d'un exercice *raisonnable* du contrôle diffus selon la *thèse de la contradiction manifeste* qui, d'après elle, ne protégeait pas les droits fondamentaux du plaignant. En effet, le raisonnement de la Cour suprême de justice a suivi formellement la *thèse de la contradiction manifeste*, mais la Cour constitutionnelle a observé que la loi était manifestement contraire à la règle substantielle qui exige l'unité de matière dans le contenu des lois. Par ailleurs, à l'époque de la décision en deuxième instance de la Cour suprême de Justice, cette disposition avait été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle[716].

913. En outre, la Cour constitutionnelle a considéré que le contrôle diffus avait pour objet la protection des droits fondamentaux dans le cadre de litiges concrets, tandis que la constitutionnalité abstraite devait être contrôlée dans le cadre d'un contrôle concentré[717]. Donc, bien que la Cour Suprême ait trouvé cette disposition manifestement contraire à la Charte, elle n'a pas pris en compte le fait que la non-application de la norme portait atteinte au droit fondamental de cette personne à l'application de la loi pénale favorable.

914. Cette décision est particulièrement importante parce que la Cour constitutionnelle a dû directement écarter la *thèse de la contradiction manifeste* en tant que justification du contrôle diffus. Précisément, elle a caractérisé le contrôle

---

[716] Cette Loi a été mise en cause par la voie de l'action publique de constitutionnalité. Contestant son article 70, les 105 demandeurs ont présenté plusieurs défauts de constitutionnalité. Entre autres, ils ont considéré la violation de l'exigence d'unité de matière des lois. Finalement, la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition en raison de vices de procédure durant son élaboration. Ainsi, la Cour ne s'est pas référée à l'accusation portant sur l'unité de matière. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-370 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 18 mai 2006, paragr. 3.4.4. [Consulté le 28 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm#_ftnref17.

[717] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-389 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 28 mai 2009, p. 26. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-389-09.htm.

diffus en tant que *contrôle concret des droits fondamentaux* en le distinguant du contrôle abstrait qui est réalisé dans le cadre d'un contrôle concentré.

915. Pour autant, il importe de signaler que la Cour n'a pas construit une argumentation générale complète appuyant une véritable substitution de logique et qu'elle n'a pas acté de manière explicite une nouvelle coordination entre le contrôle diffus et le concentré. Elle a seulement mis en lumière l'insuffisance de la *thèse de la contradiction manifeste* pour résoudre ce type de cas et le besoin de changer, parfois, de perspective.

2 La non-application sans l'argument typique relatif au contrôle diffus

916. Néanmoins, il est possible trouver des affaires dans lesquelles la Cour constitutionnelle n'a pas appliqué de disposition normative considérée comme inconstitutionnelle sans recourir à une argumentation relevant de la *thèse de la contradiction manifeste*. Dans ces cas, elle fonde son raisonnement sur la protection des droits fondamentaux. Cette logique semble d'ailleurs avoir été consacrée à l'alinéa 6 de l'article 29 du décret 2591 qui a établi que « *lorsque la violation ou la menace de violation se déduit de l'application d'une norme incompatible avec la protection des droits fondamentaux, la décision juridictionnelle qui résout l'action interposée devra ordonner en outre la non-application de la norme controversée en la matière* »[718] . Toutefois, seules quelques-unes de ses décisions ont fini par décider de la non-application de la norme dans le dispositif. D'autres décisions, toutefois, bien que ne l'ordonnant pas dans leur dispositif, s'en réfèrent dans les motifs. En tout état de cause, dans ces deux cas, il existe une référence directe (A). Enfin, nous croyons que de nombreuses affaires sont résolues sans se référer du tout à une non-application, mais en disposant des injonctions spécifiques en vue de la protection du droit fondamental de la personne affectée qui implique de fait la non-application d'une disposition normative (B).

[718] ARTÍCULO 29 (…) 6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2591 de 1991. *Diario oficial*. Bogotá, 19 novembre 1991, nº 40165.

A La non-application en tant que conséquence d'une atteinte portée à un droit fondamental

917. Autant sporadiquement dans les premiers affaires que plus fréquemment dans les plus récentes, on peut trouver des cas dans lesquels la Cour constitutionnelle a centré son argumentation sur une atteinte portée à des droits fondamentaux conduisant à la décision que la disposition en question ne devait pas être appliquée.

918. Une affaire illustrative en ce sens est celle qui a été traitée dans l'arrêt T-1033 de 2008. En l'espèce, la Cour constitutionnelle a révisé une *tutela* qui avait été sollicitée par une personne ayant changé de nom à la suite d'un changement d'identité sexuelle, passant d'un prénom masculin à un prénom féminin. Cependant, avec le temps, cette personne a décidé de changer de nouveau d'identité sexuelle. Ainsi, elle a demandé un changement de prénom pour la deuxième fois, cette fois pour *reprendre* son prénom masculin précédent.

L'entité chargée du registre de l'état civil (*Registraduría nacional del estado civil*) a cependant rejeté sa demande en rappelant que l'article 94 du décret 1260 de 1970 établit que toute personne inscrite sur le registre dispose, *une seule fois*, du droit à la modification de son prénom. Ainsi, l'entité n'acceptait pas de changer de nouveau le prénom de la plaignante.

919. La Cour constitutionnelle ainsi saisie a argumenté que malgré l'existence d'une limite légale et raisonnable qui encadre la procédure de changement de nom, son application à ce cas concret impliquait de nier la possibilité pour la plaignante de redéfinir son plan de vie. Finalement, la Cour a donc ordonné, dans le dispositif de l'arrêt, de ne pas appliquer la disposition légale.

920. D'autres cas de mention de non-application d'une norme peuvent relevés dans les motifs de l'arrêt mais non dans son dispositif. Un des premiers exemples de ce type de contrôle est celui de l'arrêt T-421 de 1992. Dans cette affaire, un enfant qui venait de commencer sa scolarité a été obligé par l'institution scolaire où sa famille l'avait inscrit de suivre un cours de religion. Ses parents exigèrent toutefois de l'école une exemption de suivre ces cours pour leur enfant, sur le fondement de l'article 68 de la Constitution qui établit que les parents ont le droit de choisir le type d'éducation pour leurs enfants et que personne ne peut être

obligée de suivre une éducation religieuse dans les écoles publiques[719]. L'établissement éducatif s'opposa néanmoins à leur demande.

Ayant eu recours à l'action de *tutela*, l'établissement scolaire s'est défendu en précisant que le décret 1002 de 1984 déterminant les règles relatives aux programmes d'études pour les différents niveaux éducatifs des écoles dispose, dans son article 5, que parmi les matières de base dans l'éducation primaire se trouve l'éducation religieuse. Selon l'établissement scolaire, son refus de ne pas exempter l'élève était donc totalement conforme au droit[720].

921. Lors de sa révision de l'action de *tutela*, la Cour constitutionnelle argumenta que l'application d'une norme réglementaire *ne peut être préférée* à l'application d'une norme constitutionnelle et que dans ce cas, la norme en question ne devait pas être appliquée. Or, en dépit de ce raisonnement, on peut relever que le dispositif de la décision ne dit rien sur la non-application de norme en question, elle ratifie la concession de la protection constitutionnelle[721].

922. Nous pouvons donc observer plusieurs raisonnements impliquant une non-application de la norme. Dans ce cas, on trouve un dispositif spécifique ordonnant la non-application ; dans d'autres cas, le raisonnement figure dans la motivation de la décision. En tout état de cause, dans les deux cas de figure, la non-application de la disposition est une question traitée et argumentée dans l'arrêt.

B La non-application en tant que conséquence implicite d'une mesure de protection des droits fondamentaux

923. Contrairement à une idée assez répandue, la non-application de dispositions normatives est un phénomène beaucoup plus courant si l'on prend en considération le fait que de nombreux arrêts consacrant la protection directe des

---

[719] ARTÍCULO 68 (…) Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogotá, 20 juillet 1991. [Consulté le 9 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

[720] ARTÍCULO 5° Las áreas comunes para la Educación Básica Primaria son: (…)

- Educación religiosa y moral. (…). PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1002 de 1984. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 18 mai 1984, n° 36615, p. 6. [Consulté le 29 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103663_archivo_pdf.pdf.

[721] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-421 de 1992. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 19 juin 1991, p. 20. [Consulté le 30 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-421-92.htm.

droits fondamentaux impliquent la non-application d'une disposition déterminée. Ce faisant, dans une certaine mesure les juges, passent simplement la barrière normative et prennent les mesures qui leur semblent nécessaires pour garantir le droit fondamental affecté ; mais sans nécessairement argumenter théoriquement sur les fondements dogmatiques de la non-application.

924. Un exemple paradigmatique de ce type de cas est celui des injonctions de *tutela* imposant un *médicament ou une intervention médicale* non compris dans l'ancien *Plan Obligatoire de Santé* (POS). En effet, les médicaments et les services médicaux qui sont couverts par le POS se trouvaient explicitement mentionnés dans une disposition[722]. Avant 2017[723], le système de santé ne couvrait que certains médicaments ou procédures. Pourtant, de nombreuses personnes ayant des problèmes de santé devaient être traitées par de médicaments ou traitements qui n'étaient pas inclus dans le texte. Ainsi, par la voie de l'action de *tutela* dont ils étaient saisis, les juges ont eu tendance à imposer la protection des droits à la santé, à la vie, à la dignité humaine, entre autres, en ordonnant de donner un médicament ou de pratiquer le traitement ou la procédure de santé nécessaire.

Ce type d'arrêt ont clairement pour objet de résoudre la mise en cause des droits fondamentaux. Toutefois, en termes juridiques, cela est contestable, car une telle position consiste à ne pas appliquer une disposition qui déterminait en quoi consistait le POS, mais sans le dire.

925. Un autre cas intéressant est celui des femmes qui, pour pouvoir bénéficier d'une allocation qui vient se substituer au salaire durant les *congés maternité*, doivent avoir payé toutes leurs mensualités *pendant la grossesse*. Malgré tout, la Cour a commencé à concéder la protection constitutionnelle bien que les plaignantes n'aient pas payé la totalité de leurs apports, car les conditions économiques de certaines mères pouvaient devenir très précaires et mettre en danger leur minimum vital comme les droits de leur bébé. Dans ce type de cas, la

[722] La réglementation du POS était à la charge de la Commission de Régulation en Santé (CRES). Au moins une fois par année, cette liste de médicaments et procédures était mise à jour.

[723] La protection législative du droit à la santé a changé de modèle. L'ancien POS (Plan Obligatoire de Santé) consistait en une liste de médicaments et de procédures explicitement incluses dans le système. Ce mécanisme a évolué après l'entrée en vigueur de la Loi 1571 de 2015, le 17 février 2017. Désormais, tous les médicaments ou procédures sont compris dans le système de santé, sauf quelques-uns qui seraient explicitement exclus.

Cour a ordonné le paiement du congé, donc implicitement la non-application des dispositions en question.

926. Ces types de solutions sont fréquentes dans les affaires relatives à la protection du droit à la santé ou de demande de paiement d'un droit social.

927. Nous n'avons pas réalisé une recherche quantitative au regard de cette catégorie de cas qui puisse nous permettre de déterminer avec précision la fréquence d'une telle non-application de dispositions. Nonobstant, nous pensons que ce type de décision se produit très couramment dans les décisions de *tutela* rendues par les juges d'instance ; ce que semble confirmer une étude réalisée par le *Défenseur du peuple* (*Défensoría del pueblo*) pour l'année 2013, une décision sur quatre (25,33%) sur un total des 454 500 actions de *tutela* formées au cours de cette année a été rendue en vue d'assurer la protection du droit à la santé[724]. En outre, cette même étude indique qu'en 2013, les juges de première instance ont concédé la protection des droits demandés dans 68% des cas[725]. De manière plus spécifique et directe, 78 285 *tutelas* ont été accordées pour garantir le droit à la santé en 2013. Ce nombre élevé d'affaires renforce notre conviction que la non-application de dispositions normatives, sans le dire expressément, est fréquente.

928. En définitive, la crise multifacette de la *thèse de la contradiction manifeste* que nous avons pu décrire n'est pas simplement une affaire théorique. La pratique du contentieux des droits fondamentaux montre de manière chaque fois plus fréquente autant l'insuffisance de ladite *thèse* comme le besoin d'élaborer une nouvelle conception de contrôle diffus qui interagisse non pas seulement de manière plus harmonieuse avec le contrôle concentré, mais aussi de manière plus appropriée au modèle d'État constitutionnel contemporain ; une prétention que nous voudrions préciser en guise de conclusion.

[724] DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*. Bogotá : [s. n.], 2014, paragr. 201-205.

[725] DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*. Bogotá : [s. n.], 2014, paragr. 224.

CONCLUSION TITRE II

929. Dans ce titre nous avons mis la *thèse de la contradiction manifeste* à l'épreuve des piliers du constitutionnalisme colombien contemporain.

La transformation de la pensée constitutionnelle en Occident après la Seconde Guerre mondiale a influencé le constitutionnalisme colombien spécialement à partir de la Charte de 1991. La vague de démocratisation commencée par les traités établissant un catalogue de droits humains, a touché les processus constituants de l'Amérique latine à partir de la fin des années 1980, caractérisés par l'établissement de chartes de droits, la création d'un tribunal constitutionnel ainsi que l'institution de mécanismes directs pour la protection effective de ces droits.

930. Dans le même temps, la doctrine transnationale du droit a commencé à s'interroger sur le caractère *ouvert* du droit (c'est-à-dire la possibilité de l'interpréter pour pouvoir déterminer le contenu normatif d'un énoncé linguistique-normatif) et a développé une distinction entre la disposition (le texte) et la norme juridique proprement dite (la règle de droit spécifique à appliquer à des faits). En outre, la doctrine s'est aussi demandé comment concrétiser des droits fondamentaux qui figurent dans des textes aux clauses très générales et qui ne proposent pas une conséquence juridique déterminée. Ainsi, on a distingué entre règles - caractérisées par un supposé factuel et une conséquence juridique donc s'appliquant par le syllogisme juridique - et principes - conçus comme des maximes d'optimisation dont le but doit être réalisé dans la plus grande mesure du possible, factuellement et juridiquement-.

931. Ces éléments d'un renouveau du constitutionnalisme occidental ont été introduits en Colombie principalement à travers l'action de la Cour constitutionnelle qui s'est de plus en plus fondée sur celui-ci pour fonder ses décisions.

932. Pour autant, la Cour constitutionnelle n'a pas changé son raisonnement du jour à lendemain, étant donné la culture juridique colombienne formaliste bien ancrée. Par exemple, le contrôle diffus réalisé sur le fondement de la *thèse de la contradiction manifeste* n'a pas véritablement évolué et s'est même consolidé. Pourtant, le contrôle diffus qui repose sur la constatation d'une

contradiction manifeste avec la Constitution pour déclarer une norme anticonstitutionnelle entre en confrontation avec les éléments structurels du constitutionnalisme colombien contemporain, qui correspond à ce que l'on appelle généralement l'État social de droit. Le juge n'est plus vu comme la « simple bouche de la loi » mais comme un protecteur effectif des droits fondamentaux.

933. Dans ce contexte d'État social de droit, l'égalité porte, en plus de la règle d'un traitement formellement égalitaire, une idée d'égalité matérielle qui implique la possibilité d'un traitement différent. Or, cette idée d'égalité se confronte au concept formel d'égalité que porte la *thèse de la contradiction manifeste*, puisque l'inconstitutionnalité ne dépendrait pas suivant cette dernière des conditions des parties mais de la norme en tant que telle.

934. La *thèse de la contradiction manifeste*, malgré son apparente simplicité, cache de profondes incohérences qui touchent autant ses fondements que sa pratique.

935. En premier lieu, elle est caractérisée par une faiblesse argumentative dans la mesure où l'interprétation d'incompatibilité qu'elle suppose assimile les violations à la Constitution au fait qu'elles sont visibles, à première vue. Or, certaines affectations constitutionnelles peuvent être graves sans être évidentes *prima facie*.

936. D'autre part, le caractère manifeste du contrôle diffus garantirait l'univocité du critère, qui se veut objectif, du manifestement contraire à la Constitution. Pourtant, les Hautes juridiction elles-mêmes peuvent avoir des positions différentes quant à l'évidence de l'inconstitutionnalité d'une norme.

937. En outre, la *thèse de la contradiction manifeste* a été conçue comme une manière d'éviter l'arbitraire des juges ou fonctionnaires ; cependant, paradoxalement, le caractère *prima facie* de ce contrôle suppose qu'il n'est pas nécessaire d'élaborer une argumentation bien construite. Ce fait a contribué à l'utilisation du contrôle diffus comme un sorte de « chapeau magique » qui permet d'accuser une norme d'être manifestement inconstitutionnelle, sans plus de justifications, afin de « s'en débarrasser ». Ce sont justement tous ces éléments qui ont fortifié les craintes des juges et fonctionnaires vis-à-vis des sanctions pénales ou disciplinaires dont ils peuvent faire l'objet au regard de l'exercice d'un contrôle diffus. Alors, le refus des demandes de non-application des normes est la manière la

plus économique pour résoudre des affaires ; en refusant l'exercice du contrôle diffus, il n'est pas même nécessaire de dire que la norme n'est pas manifestement inconstitutionnelle.

938. S'agissant de la temporalité, la *thèse de la contradiction manifeste* porte aussi des difficultés pratiques. En effet, son caractère préalable au contrôle concentré implique en principe la non-application d'une norme déjà déclarée inconstitutionnelle à la suite d'un contrôle concentré. Ainsi, concrètement, les juges ont refusé d'exercer le contrôle diffus d'une norme au motif que la question de sa constitutionnalité avait déjà été tranchée auparavant dans le cadre d'un contrôle concentré.

939. Cependant, les Hautes juridictions elles-mêmes ont commencé à prendre leur distance avec cette limitation temporelle impliquée par la *thèse de la contradiction manifeste*. En effet, plus récemment, les juges ont mis en place des arguments juridiques afin de pouvoir exercer un contrôle diffus même si la norme en question avait été déclarée contraire à la Constitution.

940. Finalement, le problème principal de la *thèse de la contradiction manifeste* est qu'elle conçoit le contrôle diffus comme un contrôle abstrait de la loi qui ne devrait pas du tout prendre en considération les conditions de son application concrète. Or, conformément à l'État social de droit, pour déterminer le contenu d'un principe constitutionnel - qui contient des droits fondamentaux -, il est nécessaire de prendre en considération les conditions factuelles de son application afin de le concrétiser.

941. Cette limitation a conduit les Hautes juridictions a initié une transformation - sans vraiment l'argumenter - du concept de contrôle diffus afin de pouvoir protéger les droits fondamentaux qui seraient affectés si la décision juridictionnelle était fondée suivant l'argumentation de la *thèse de la contradiction manifeste*.

942. Pour ce faire, la Cour a ajouté à cet argumentation l'exigence d'une atteinte (*abstraite)* aux droits fondamentaux. C'est-à-dire que la norme doit être manifestement contraire à la Charte et porter sur des droits fondamentaux.

943. D'autres arrêts ont maintenu le discours de la *thèse de la contradiction manifeste*, mais les juges ont commencé à prendre en compte des éléments

juridiques concrets, notamment si le requérant est un *sujet de protection spéciale*, pour pouvoir éventuellement justifier la non-application d'une norme qui ne soit pas manifestement inconstitutionnelle.

944. D'autre part, on peut aussi observer que certains emplois du contrôle diffus se sont plus fortement détachés de la *thèse de la* contradiction *manifeste*. Quelques-unes de manière directe mais la plus plupart de manière beaucoup plus subtile ; en n'utilisant pas le discours de la contradiction manifeste dans leur argumentation mais en faisant référence à la protection d'un droit fondamental dans le cadre d'actions de *tutela*.

945. En effet, certains arrêts ont réalisé un contrôle diffus bien que la norme ne fût pas inconstitutionnelle. L'affectation aux droits, ici, a prévalu pour que les juges ordonnent la non-application de la norme dans le dispositif de l'arrêt.

946. D'autre arrêts n'emploient pas l'argumentation de l'inconstitutionnalité manifeste, alors que ce soit directement dans le dispositif ou dans la motivation de la décision, elles impliquent la non-application d'une norme.

947. À partir de ce dernier type de cas, on peut noter que la non-application des normes n'est de fait pas rare dans l'exercice du droit ; c'est même le contraire en matière de santé - ou plus généralement en termes de droits sociaux -. Les actions de *tutela* impliquent souvent la non-application de normes qui contreviendraient aux droits fondamentaux consacrés dans la Constitution.

948. Ce panorama nous aide mieux à comprendre la crise du fondement principal et classique du contrôle diffus en Colombie : la *thèse de la contradiction manifeste* ne suffit plus ni à le justifier ni à répondre aux exigences du système juridique contemporain. Nous estimons donc qu'il est nécessaire de repenser ce contrôle.

CONCLUSION PARTIE III

949. La délimitation du champ d'application des contrôles diffus et concentré n'a pas été prévue directement par une disposition constitutionnelle. Ce vide juridique a dû être rempli par la jurisprudence des Hautes juridictions. En effet, lorsqu'elles ont tranché d'affaires requérant l'exercice d'un contrôle diffus, elles ont proposé une thèse sous-tendant une conception du contrôle diffus qui implique un mode d'interaction particulier entre le contrôle diffus et le contrôle concentré. Précisément, la jurisprudence a consolidé la prépondérance du contrôle concentré sur le contrôle diffus en essayant de répondre aux craintes exprimées quant à l'utilisation de ce dernier.

950. Pour autant, le contrôle diffus n'a pas été un sujet de consensus jurisprudentiel (ni de la doctrine). Les décisions rendues ne révèlent pas un patron conceptuel clair et, en général le contrôle diffus a été compris comme un contrôle abstrait (sur la disposition normative). Cette posture, que nous avons qualifiée de *thèse de la contradiction manifeste*, légitime l'exercice d'un contrôle diffus seulement lorsque la norme est manifestement et *prima facie* contraire à la Constitution. Cette approche prétend éviter l'arbitraire des juges ou des fonctionnaires qui ne devront ainsi pas élaborer une argumentation pour justifier la non-application de la norme ; la norme étant inconstitutionnelle en soi. En outre, cette idée implique une délimitation matérielle vis-à-vis du champ d'application du contrôle concentré. Dans le cadre d'un contrôle concentré, il est possible de soulever toutes les inconstitutionnalités de la norme, qu'elles soient complexes ou manifestes ; tandis que le contrôle diffus est limité aux contradictions manifestes appréciables à première vue.

951. De plus, la *thèse de la contradiction manifeste* implique une délimitation temporelle entre les deux contrôles. Le contrôle diffus a été compris comme un contrôle préalable au contrôle concentré. Ainsi, le contrôle diffus ne peut s'exercer qu'antérieurement à un contrôle concentré ayant tranché la question de la constitutionnalité d'une norme.

952. Cette *thèse* a semble-t-il contribué à la cohérence du système colombien de justice constitutionnelle. En revanche, si on l'étudie plus

attentivement, on se retrouve face à une contradiction paradoxale avec les fondements et développements du constitutionnalisme colombien contemporain. Cette crise de la *thèse de la contradiction manifeste* se manifeste notamment dans une incohérence entre celle-ci et la pratique du contrôle. Précisément, les Hautes juridictions ont tendu à échapper aux conditions de ladite *thèse* pour rendre des arrêts qui cherchent avant tout à assurer une protection effective des droits fondamentaux sous l'influence d'une nouvelle pensée constitutionnaliste venue d'Europe.

953. En effet, après la Seconde Guerre mondiale, l'Occident a vécu une vague de transformation du constitutionnalisme. La protection des droits fondamentaux est entrée dans les différents ordonnancements juridiques en tant que priorité, à travers la ratification de traités internationaux ou la consécration de chartes de droits dans les nouvelles Constitutions des Etats. Ces nouveaux catalogues de droit ont en outre été accompagnés de la création de tribunaux constitutionnels et de dispositifs juridiques visant à assurer leur protection effective. Ce fut le cas de la Colombie en 1991.

954. Parallèlement, la doctrine transnationale a commencé à élaborer de nouveaux outils intellectuels pour comprendre les enjeux normatifs de ce nouveau panorama constitutionnaliste caractérisé par des normes qui ne correspondent pas à la structure des règles typiques. Ainsi, nous avons présenté deux distinctions proposées par la doctrine qui nous ont paru très pertinentes pour appréhender le constitutionnalisme colombien : la distinction entre principes et règles et la distinction entre dispositions (textes) et normes (contenu normatif déduit de ces textes pour résoudre une affaire spécifique). En Colombie, ces nouvelles idées ont été introduites par la Cour constitutionnelle avant de s'être définitivement ancrées dans le discours constitutionnaliste colombien.

955. Malgré tout, ce processus n'a pas touché le contrôle diffus qui n'a pas vraiment changé après la Constitution de 1991. Tout au contraire, la *thèse de la contradiction manifeste* s'est consolidée, ce qui a rendu encore plus manifeste l'insuffisance de cette dernière au regard du constitutionnalisme colombien contemporain.

956. Ladite *thèse* semble en effet contradictoire avec la transformation de la place du juge dans l'Etat constitutionnel colombien contemporain, qui n'est plus la simple « bouche de la loi » mais doit être le protecteur des droits des citoyens. De plus, la *thèse de la contradiction manifeste* implique une application formelle de l'égalité tandis que la Constitution de 1991 a aussi établi des mandats de protection matérielle d'égalité, qui impliquent l'exigence d'un traitement différent pour les citoyens dont les conditions factuelles exigent un traitement non-formellement égalitaire.

957. Dans ce cadre, les conditions matérielles et temporelles du contrôle diffus sous-jacentes à la *thèse de la contradiction manifeste* sont devenues inappropriées aux yeux des Hautes juridictions. D'une part, le caractère manifestement inconstitutionnel d'une norme requis pour exercer le contrôle diffus implique une prétention d'univocité d'interprétation quant à cette inconstitutionnalité, mais plusieurs arrêts démontrent que les Hautes juridictions n'ont elles-mêmes pas la même approche de l'inconstitutionnalité manifeste d'une norme. D'autre part, le caractère *prima facie* de cette inconstitutionnalité exige une certaine superficialité de l'analyse de constitutionnalité qui, contrairement à ce que la *thèse* prétend, contribue à l'arbitraire des juges qui ne sont alors pas obligés de justifier leur décision de reconnaître l'inconstitutionnalité d'une norme. Ils pourraient donc refuser l'exercice d'un contrôle diffus parce que cela leur semble plus pratique pour régler des affaires rapidement, tout en craignant de possibles sanctions pénales ou disciplinaires.

958. Finalement, les Hautes juridictions elles-mêmes, en quelque sorte conscientes de l'insuffisance d'une telle approche, ont commencé à utiliser différents moyens pour échapper aux limitations de la *thèse de la contradiction manifeste* ; sans toutefois procéder à une transformation profonde et directe de cette dernière. Autrement dit, le discours sur le contrôle diffus n'a pas beaucoup évolué, mais on peut relever que la Cour constitutionnelle, principalement, a ajouté à la condition de contradiction manifeste avec la Constitution l'atteinte à des droits fondamentaux ou l'exigence de prendre en considération des *sujets de protection spéciale* pour justifier l'exercice d'un contrôle diffus.

959. Dans d'autres affaires, la Cour s'est plus directement éloignée de la *thèse de la contradiction manifeste*, sans néanmoins y substituer une argumentation solide et sans préciser un nouveau rapport avec le contrôle concentré. Elle a tout simplement évité le discours de la contradiction manifeste pour aboutir à une décision de non-application de la norme en question.

960. Ce détachement *sans le dire* vis-à-vis de la *thèse de la contradiction manifeste* nous a amené à comprendre que la non-application des normes est un phénomène beaucoup plus fréquent que ce que nous avions pu penser. Sans que nous ayons pu relever un nombre exact d'affaires en ce sens, on a constaté que nombre d'entre-elles ont décidé de la non-application d'une norme sans se poser la question de l'exercice du contrôle diffus. Dans ces cas, la non-application a été considérée comme une mesure nécessaire pour la protection effective des droits fondamentaux des affectés.

961. Ce panorama réel de la place du contrôle diffus dans le système colombien de justice constitutionnelle nous a finalement conduit à nous interroger sur le besoin d'écarter la *thèse de la contradiction manifeste* comme justification suffisante du concept du contrôle diffus et de son interaction avec le contrôle concentré. Ainsi, en guise d'ouverture de notre réflexion, nous proposerons en conclusion une approche du sujet qui nous semble plus appropriée au modèle constitutionnel colombien actuel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

962. Dans les lignes suivantes, nous présenterons un bref récapitulatif des grandes idées force de notre recherche, qui nous ont conduit à nous demander quelle est la réelle place du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien. Nous allons ensuite présenter un chapitre conclusif qui se conçoit comme une ouverture vers des réflexions qui n'ont pas de prétention *analytique* mais tendent à faire émerger de nouvelles problématiques sur la question. En effet, nous voudrions proposer une approche *prescriptive* du concept de contrôle diffus et de l'interaction la plus démocratique des deux types de contrôle dans le constitutionnalisme colombien à partir de la *distinction des objets* de contrôle. Enfin, en guise de notes de clôture de notre thèse, nous soulignerons de manière plus abstraite son apport à la recherche scientifique, autant colombienne que comparée.

PROPOS DE SYNTHÈSE

963. Nous avons débuté la présente étude par une analyse préliminaire du système de justice constitutionnelle issu de l'Assemblée nationale constituante de 1910. À partir de cette chronique, nous avons pu constater que les deux types de contrôle de constitutionnalité ne sont pas nés de manière coordonnée, mais de manière *parallèle*. En effet, les constituants de l'époque n'ont pas pensé aux conflits éventuels qui pourraient se présenter entre les deux moyens de contrôle, mais ont avant tout voulu doter les citoyens de mécanismes spécifiques pour garantir leurs droits et défendre la Constitution contre de possibles abus des pouvoirs publics.

964. Ayant été créés de manière parallèle, ils ont donc eu une *évolution séparée*. C'est pourquoi nous avons entrepris notre étude suivant un plan en trois parties, qui nous a permis de comprendre comment, sur une histoire longue, la réalité du constitutionnalisme colombien a abouti *à renforcer le contrôle concentré et à restreindre le contrôle diffus*. Néanmoins, une analyse séparée de ces deux procédés ne nous est pas apparue suffisante pour comprendre comment ils interagissent. Aussi avons-nous décider d'étudier de manière plus approfondie l'interaction entre ces contrôles en les confrontant aux paradigmes du constitutionnalisme colombien contemporain.

965. Nous allons à présent reprendre brièvement ces éléments, afin de proposer une réflexion plus ouverte sur le sujet en guise de conclusion de notre travail.

966. Nous avons commencé par analyser ce que nous avons appelé un *scénario fertile* au contrôle concentré dans le constitutionnalisme colombien. Dans ce cadre, nous avons examiné les modèles de justice constitutionnelle présents au XIX^{e} siècle. De cette étude, nous avons pu observer que les systèmes de justice constitutionnelle mis en place dans les constitutions colombiennes *ont toujours été concentrés* et que l'action publique de constitutionnalité a été un procédé récurrent du contrôle de constitutionnalité en Colombie.

967. Après 1910, le contrôle de constitutionnalité concentré a connu un renforcement progressif. En effet, ce moyen de contrôle a été l'objet de réformes *via* plusieurs révisions de la Constitution qui, dans tous les cas, ont tendu vers une

spécialisation du juge constitutionnel exerçant le contrôle concentré jusqu'à la création de la Cour constitutionnelle en 1991. Nous avons donc relevé une efficacité croissante en termes de procédure et de clarification de sa compétence.

968. Ce renforcement normatif constant révèle la place centrale que le contrôle concentré a gagné petit à petit dans la démocratie colombienne. Par ailleurs, tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité implique une *difficulté démocratique,* qui mine sa légitimité : des juges non-élus ont le dernier mot contre des actes d'un Parlement qui, lui, est élu. Cependant, cette *difficulté démocratique* est plutôt *réduite* en Colombie si l'on considère son système représentatif caractérisé par une faible participation citoyenne aux élections et alimenté par des pratiques élitistes et clientéliste qui font douter - et même, questionner en pratique - de la légitimité politique de ce modèle de représentation électorale. Conséquence de ces deux éléments, la légitimité du Parlement se trouve fortement affectée. Il nous semble donc que les besoins de contrôle de constitutionnalité comme mécanisme de contrôle des pouvoirs publics sont présents et bel et bien justifiés encore aujourd'hui, comme ils l'ont été en 1910.

969. Le contrôle concentré colombien ne se substitue bien entendu pas à la fonction parlementaire de contrôle, mais il la complète dans un but de consolidation de la démocratie aussi bien matérielle que substantielle. En effet, le contrôle concentré, réalisé par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, est ouvert à tous les citoyens à la condition qu'il présente une argumentation constitutionnelle. Ils peuvent mettre en cause une norme s'ils la considèrent contraire à la Charte, mais ils peuvent aussi participer à tous les procès de constitutionnalité déclenchés par d'autrui ou d'office. En outre, les décisions prises par les juges du contrôle concentré garantissent des droits qui, par la voie législative, n'auraient pas nécessairement été établis. De la sorte, ces décisions évitent des abus des pouvoirs publics et sauvegardent le système de contrôle et contrepoids.

970. Contrairement à ce qu'il s'est passé pour le contrôle concentré, le contrôle diffus a connu un terrain beaucoup plus aride pour son développement ; il n'a donc pas beaucoup évolué et a finalement été l'objet d'une interprétation restrictive.

971. On peut souvent lire que le contrôle diffus colombien est dérivé du contrôle diffus américain. Pourtant, si l'on analyse l'histoire du premier, on peut noter qu'il a reçu une influence très réduite du second ; une influence qui porte plutôt sur le principe de suprématie constitutionnelle. En effet, ni durant le processus constituant de la fin du XIX^{e} siècle ni lors des plus récents, on trouve une référence directe à la *judicial review* américaine ; ni dans les débats parlementaires ni dans la doctrine ni dans les textes qui finalement ont été approuvés. Lorsque l'on analyse de manière comparative les dispositions qui ont donné naissance au contrôle diffus aux États-Unis et en Colombie, on peut noter une différence très nette. À la différence de l'Argentine, dont les dispositions constitutionnelles sur le contrôle diffus sont presque identiques aux dispositions américaines (ouvertement inspirées et calquées), ce qui a contribué à une réception très forte de la doctrine des *cas et controverses*, en Colombie on a pu constater une différence de textes et une absence de réception des idées constitutionnelles américaines. Par ailleurs, la jurisprudence colombienne a également rarement fait référence aux arrêts américains en ce qui concerne le contrôle diffus. En définitive, nous concluons en l'absence d'influence directe du contrôle diffus américain sur le modèle colombien. Tout au contraire, on peut dire que le contrôle diffus colombien s'est caractérisé pour son authenticité, sa spécificité ; un atout pourtant largement ignoré.

972. En effet, le contrôle diffus colombien a longtemps été un sujet délaissé, donc méconnu. Traditionnellement, la doctrine n'a procédé qu'à quelques références à son égard, ce aussi bien dans les ouvrages généraux de droit constitutionnel colombien que dans les ouvrages plus spécialisés dédiés à l'ensemble de la justice constitutionnelle colombienne. Encore plus significatif, *aucun* livre ni article sur le contrôle diffus n'a été publié avant 1997.

973. Le faible intérêt que le sujet a suscité dans la doctrine se retrouve aussi dans l'enseignement juridiques. En effet, selon les données d'un sondage que nous avons réalisé auprès de juristes, la majorité d'entre eux a déclaré que leur formation en la matière avait essentiellement consisté en des commentaires courts qui ont rarement dépassé une heure de cours. Néanmoins, ils ont majoritairement affirmé aussi que les explications données par les professeurs ont été claires. Pour autant, sept juristes sur dix ont affirmé ne pas se sentir suffisamment formés pour

pouvoir exercer un contrôle diffus. Enfin, seuls 10% d'entre eux ont proposé ou résolu une exception d'inconstitutionnalité.

974. Malgré cela, l'utilisation du contrôle diffus est plus fréquente que ce que l'on croit. D'ailleurs, à partir d'une classification d'environ 800 arrêts des Hautes juridictions, nous avons pu déterminer une tendance à l'augmentation de son utilisation après 1991 et, tout spécialement, ces dernières années durant lesquelles le contrôle diffus a atteint des sommets historiques de mise en œuvre, essentiellement par le Conseil d'État et la Cour suprême de justice.

975. Outre ces méconnaissances autour du contrôle diffus, nous avons également relevé certaines *craintes* à son encontre, qui se sont formées dans la doctrine à partir de la seconde moitié du XX^{e} siècle. Celles-ci ont gagné une place importante dans la tradition orale des juristes, ressemblant aux dogmes non questionnés auxquels nous avons fait référence au début de ce travail. L'exception d'inconstitutionnalité a été, par exemple, accusée de porter atteinte au principe de sécurité juridique en tant qu'elle affecterait la prévisibilité des conséquences juridiques des actes, ce qui finalement aboutirait à un traitement inégal entre les citoyens. En effet, personne ne pourrait savoir préalablement si le juge ou fonctionnaire va appliquer la norme ou non. Alors, pour quelques-uns, elle pourrait être appliqué tandis que pour d'autres qui se trouvent pourtant dans les mêmes circonstances, elle pourrait ne pas l'être. Ainsi, les individus perdraient confiance dans l'ordonnancement juridique.

976. Le contrôle diffus a aussi été accusé de promouvoir l'arbitraire des juges et des fonctionnaires qui pourraient échapper de l'application d'une norme qui les oblige à agir d'une manière déterminée. Or, les juges et fonctionnaires eux-mêmes expriment aussi souvent des craintes, notamment selon celle d'être poursuivi et de faire l'objet de sanctions pénales ou disciplinaires après un « mauvais » exercice du contrôle diffus.

977. Enfin, la crainte la plus « technique » est exprimée en termes d'analyse du système de justice constitutionnelle ; elle porte sur l'incohérence d'un système qui consacre à la fois un contrôle diffus et un contrôle concentré. L'existence d'un contrôle diffus poserait un problème de duplicité ; il serait une *répétition* du contrôle concentré qui permettrait que n'importe quel juge ou fonctionnaire remette en

cause la validité de l'ordonnancement juridique, tout cela alors que, d'un autre côté, il existe un mécanisme concentré pour *trancher définitivement* l'affaire.

978. Nous avons en outre souligné que l'absence de dispositions constitutionnelle prévoyant une coordination entre le contrôle diffus et le contrôle concentré a conduit à ce que ça soit la jurisprudence qui fixe la délimitation des champs d'application de ces deux contrôles.

979. En effet, afin de préciser cette interaction, une thèse sur le concept de contrôle diffus a été formulée par les Hautes juridictions durant la seconde moitié du XX^{e} siècle, mais a surtout été consolidée à partir des années quatre-vingt-dix et l'entrée en vigueur la Constitution de 1991. Cette approche, que nous avons qualifiée de *thèse de la contradiction manifeste*, en déterminant les conditions d'application du contrôle diffus, a délimité matériellement et temporellement le champ de ce dernier au regard du contrôle concentré.

980. Premièrement, matériellement, cette conception considère que le contrôle diffus peut être exercé lorsqu'une norme est manifestement et *prima facie* contraire à la Constitution. Ainsi, tandis que le contrôle concentré peut être exercé pour contester la constitutionnalité des normes selon des arguments élaborés, le contrôle diffus ne peut être exercé que pour des atteintes évidentes d'une norme inférieure à la Constitution, qui doivent être visibles ou remarquables « à première vue ». Il s'agit donc d'un champ d'application limité. Selon cette thèse, en procédant ainsi, on éviterait l'arbitraire du juge ou fonctionnaire puisque la non-conformité constitutionnelle *vient de la norme en soi*. Le juge ou fonctionnaire est dans ce cas exempté de procéder à une argumentation élaborée pour justifier l'inconstitutionnalité d'une norme.

981. Deuxièmement, temporellement, cette *thèse* envisage le contrôle diffus comme étant *préalable* au contrôle concentré. Cette idée suppose que la norme inconstitutionnelle ne soit pas appliquée *avant* que le contrôle concentré décide définitivement de sa constitutionnalité. Dès lors, une fois que le contrôle concentré a tranché la question de la conformité d'une norme à la Constitution (en la déclarant constitutionnelle ou anticonstitutionnelle), le contrôle diffus ne pourrait être exercé ultérieurement. Est ainsi consolidé le caractère principal du

contrôle concentré qui aboutit à des décisions que les juges ou fonctionnaires ne pourraient méconnaître.

982. Malgré de tels développements, il nous semble toutefois que cette conception du contrôle diffus est insuffisante à la lumière du constitutionnalisme colombien contemporain. En effet, la Constitution de 1991 a consacré une longue charte des droits fondamentaux, établi un dispositif privilégié pour leur protection effective (l'action de *tutela*) et créé une Cour constitutionnelle chargée de garantir son respect. Ces innovations sont en grande mesure le reflet de la vague démocratique qui a touché l'Europe puis qui s'est étendue à travers le monde entier après la Seconde Guerre mondiale. Ont alors été promues des normes visant le respect des droits fondamentaux dont la doctrine s'est emparée pour expliquer notamment comment assurer leur effective application. La Cour constitutionnelle colombienne, à cet égard, a joué un rôle capital dans l'importation et la mise en œuvre de cette approche renouvelée du constitutionnalisme qui propose de résoudre des problèmes juridiques nouveaux.

983. Or, en dépit ces transformations, les appréhensions traditionnelles du monde juridique colombien à l'égard du contrôle diffus n'ont pas vraiment cessé après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991. La vision méfiante et craintive que nous avons décrite concernant l'usage et la figure du contrôle diffus, a contribué à la survie de la *thèse de la contradiction manifeste*. Celle-ci, même si elle implique un traitement formellement égalitaire, pose toutefois le problème des conditions concrètes de l'application de la norme ; en particulier lorsque ces conditions factuelles ne sont pas prises en compte pour le jugement diffus, bien que ces éléments concrets soient nécessaires pour prendre une décision en matière de droits fondamentaux.

984. De plus, la *thèse de la contradiction manifeste* ne parvient pas aux fins qu'elle-même est censée atteindre. En effet, celle-ci prétend à l'*univocité* du caractère manifeste de l'inconstitutionnalité de la norme, mais on peut constater que les différentes Hautes juridictions ne sont elles-mêmes pas d'accord sur ce qui constitue cette inconstitutionnalité manifeste. En effet, on peut tout à fait légitimement considérer que les textes juridiques n'ont pas *per se* une seule signification ; ils sont naturellement soumis à interprétation.

985. D'autre part, le caractère *prima facie* de l'inconstitutionnalité promeut ouvertement une superficialité de l'analyse de la norme en question, puisque le juge ou fonctionnaire en charge du contrôle diffus n'est pas obligé d'argumenter de manière approfondie sa décision de non-application d'une norme pour inconstitutionnalité. Paradoxalement, ce caractère a précisément généré une situation contraire à celle qu'il voulait éviter, c'est-à-dire l'arbitraire, puisque la simple *qualification* d'inconstitutionnelle suffit à permettre d'écarter l'application d'une norme. Ainsi, les juges et fonctionnaires, craignant aussi des sanctions en raison d'un éventuel « mauvais » exercice d'un contrôle, refusent souvent de l'employer.

986. Si nous revenons à la question de la délimitation temporelle, la *thèse de la contradiction manifeste* nous paraît aussi insuffisante pour comprendre la dynamique de la protection des droits fondamentaux. En effet, le fait qu'une norme soit abstraitement constitutionnelle n'empêche pas qu'elle puisse générer des effets qui portent atteinte à certains principes constitutionnels dans les cas particuliers où elle est appliquée.

987. Les insuffisances de la *thèse de la contradiction manifeste* que nous avons signalées pour analyser et comprendre le contrôle diffus ont alors conduit à certaines décisions incluant comme condition additionnelle à la contradiction manifeste, l'atteinte aux droits fondamentaux ou la violation des droits de sujets de protection spéciale. Dans ces cas, tout en maintenant le discours de la contradiction manifeste, les juges ont commencé à prendre en considération des éléments concrets dans leur analyse.

988. D'autres arrêts, en revanche, ont été encore plus loin. Le contrôle diffus a en effet parfois été exercé en se séparant complétement de la *thèse de la contradiction manifeste*. Ces décisions n'utilisent pas le discours typique de la confrontation normative, mais protègent avant tout les droits fondamentaux d'une des parties. Dans ces arrêts, soit on trouve un ordre particulier de non-application d'une norme, soit la non-application est la conséquence de l'exécution d'un ordre spécifique de l'arrêt. Dans tous ces cas, ce n'est pas la norme qui est mise en cause en soi, mais son applicabilité au cas concret. En effet, dans ces affaires, le problème

n’est pas l’inconstitutionnalité de la norme en question mais les effets concrets de son application.

989. Ce bref panorama nous permet de conclure au besoin de proposer une thèse plus appropriée pour comprendre le contrôle diffus dans le cadre du constitutionnalisme colombien contemporain.

Bien que le but de cette recherche ait été essentiellement analytique, en cherchant à comprendre le contrôle diffus « tel qu’il est », nous voudrions présenter à présent un chapitre conclusif d’ouverture qui nous permettra de proposer une méthode d’harmonisation des deux contrôles à partir d’une distinction de leur objet. Ce qui nous intéresse ici, c’est de comprendre que les deux types de contrôle ne sont pas en concurrence, mais qu’ils se complètent ; faisant du système colombien un modèle intégral de justice constitutionnelle.

CHAPITRE D'OUVERTURE : VERS UNE DISTINCTION DE L'OBJET DU CONTRÔLE EN TANT QUE MOYEN D'HARMONISER L'EXERCICE DES DEUX CONTRÔLES

990. Dans ce chapitre conclusif et d'ouverture, nous voudrions reprendre différentes réflexions qui ont été exposées dans le cadre du présent travail afin de les approfondir et proposer une nouvelle manière d'appréhender le contrôle diffus qui, à notre sens, satisferait mieux les exigences de l'État constitutionnel colombien contemporain.

991. Précisément, nous développerons une argumentation qui mettra en évidence la grande *difficulté démocratique* qu'implique l'exercice d'un contrôle diffus, en particulier s'il est compris à travers le prisme de la *thèse de la contradiction manifeste*. De cette manière, nous introduirons une nouvelle perspective de compréhension des rapports entre contrôle diffus et contrôle concentré à partir de la distinction de l'objet de chacun de ces contrôles. À cet égard, nous tenterons de déterminer comment le contrôle diffus, en agissant comme un contrôle sur l'applicabilité des normes, évite une entorse grave au système démocratique colombien et peut même représenter une mesure d'approfondissement des principes démocratiques, tel que le respect du pluralisme et de la diversité des individualités (Section 1). Puis, nous analyserons de manière détaillée en quoi consiste exactement un contrôle de l'applicabilité et comment une interaction de certaines règles et principes peut éclairer la manière d'exercer le contrôle diffus (Section 2). Enfin, le dernier point que nous allons aborder porte sur les mécanismes de contrôle inhérents au contrôle diffus et le rôle central que joue la Cour constitutionnelle en tant que dernier ressort de ce contentieux (Section 3).

SECTION 1 LA JUSTIFICATION DÉMOCRATIQUE DE LA DISTINCTION DE L'OBJET DES CONTRÔLES CONCENTRÉ ET DIFFUS

992. Une des principales critiques exprimées par Humberto SIERRA PORTO quant à l'existence du contrôle diffus de constitutionnalité est qu'il affecterait la présomption de validité des lois. L'argument de l'auteur consiste à considérer que la loi est une norme qui, ayant été émise par le Parlement, profite d'une présomption de constitutionnalité (*ex-constitutione*) ; une *présomption de validité*. Or, si l'on présume la constitutionnalité de la loi, on ne peut admettre

logiquement que tout juge ou fonctionnaire puisse, à tout moment, mettre en question sa validité, puisque dans ce cas on mettrait en cause la sécurité de l'ordonnancement juridique ; il n'y aurait plus de certitude quant à l'applicabilité ou non des normes. C'est pourquoi, le contrôle concentré lui semble être un meilleur procédé pour contrôler la constitutionnalité des lois en respectant le plus possible la présomption de validité de la législation[726].

993. Le professeur conclut ainsi que l'existence d'un contrôle diffus implique une répétition (*duplicidad*) du moyen de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans la mesure où le contrôle diffus répéterait l'activité du juge exerçant un contrôle concentré. Ainsi, si le contrôle concentré est spécifiquement créé par la Charte pour contrôler la constitutionnalité de la loi, dégager de l'article 4 de la Charte un contrôle diffus n'aurait pas de sens. Cette interprétation serait contraire au modèle institutionnel élaboré par la Constitution. En revanche, Humberto SIERRA PORTO propose que l'article 4 ne s'interprète que comme établissant la valeur normative de la Charte et un devoir d'interprétation normative conforme à la Constitution[727].

994. Or, une telle critique de cette dualité propre au système de justice constitutionnelle colombien sous-entend que les deux moyens de contrôle de constitutionnalité ont le même objet : déterminer si la norme juridique, comme entité abstraite, appartient à l'ordonnancement juridique ou non. Selon cette prémisse, consacrer en même temps un contrôle diffus et un contrôle concentré est en effet un contre sens. Pour quoi créer un contrôle concentré réalisé par seul juge si on octroie simultanément une compétence de contrôle diffus à tous les juges et même à tous les fonctionnaires ?

995. La lecture d'Humberto SIERRA PORTO reprend cependant la conception classique de la doctrine et de la jurisprudence à propos du contrôle diffus, encore très ancrée : le contrôle diffus peut s'exercer lorsque la norme est manifestement contraire à la Constitution. Ainsi, l'objet de ce contrôle est la loi comme norme c'est-à-dire comme entité abstraite. Cependant, comme nous le

[726] SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 221-224.

[727] SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 225-230.

développerons, la critique de l'auteur implique une conséquence forte : le contrôle diffus - conçu comme la considération d'une contradiction manifeste - met en cause le principe démocratique.

996. Pour autant, le contrôle diffus est effectivement exercé en Colombie sans faire l'objet de critiques fortes. En outre, Humberto SIERRA PORTO lui-même, lorsqu'il était juge à la Cour constitutionnelle, a été rapporteur de plusieurs arrêts rendus à l'issue de l'exercice d'un contrôle diffus[728].

997. Ainsi, nous traiterons dans cette section comment la *difficulté démocratique* du contrôle concentré (Paragraphe 1) impose une restriction du contrôle diffus qui invite à distinguer l'objet de ces deux types de contrôle. Il s'agira ainsi de reconnaître au contrôle diffus une place distincte et complémentaire de celle du contrôle concentré (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Une brève défense de la légitimité démocratique du contrôle concentré

998. Nous allons exposer dans ce paragraphe les raisons pour lesquelles nous avons conclu que le questionnement démocratique du contrôle concentré est réduit en Colombie (1) ; surtout si nous prenons en considération que ce type de contrôle est normalement le fruit d'un raisonnement abstrait (2).

1 Bref rappel des raisons d'un questionnement démocratique à l'égard du contrôle concentré

999. Dans la première partie de cette thèse, nous avons expliqué pourquoi le contrôle de constitutionnalité concentré, tel qu'il est pratiqué en Colombie, engendre une *difficulté démocratique* réduite. Afin de ne pas répéter ce que nous

[728] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 036 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 février 2005, p. 7. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2005/A036-05.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-389 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 28 mai 2009, p. 32. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-389-09.htm ; COLOMBIA, Corte Constitucional de. Sentencia T-431 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 juin 2009. [Consulté le 10 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-431-09.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1028 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 décembre 2010, p. 39. [Consulté le 12 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1028-10.htm.

avons précédemment développé en détail[729], nous reprenons ici uniquement quelques éléments visant à démontrer que le contrôle de constitutionnalité concentré colombien contribue en réalité à une meilleure démocratie.

1000. En premier lieu, le contrôle concentré implique une possibilité de participation plus large. En effet, il convient de rappeler que le contrôle concentré est déclenché, en règle générale, à l'initiative des citoyens qui forment une action publique de constitutionnalité. En outre, lorsque le contrôle est automatique (pour certaines normes) ou quand l'action est formée par autrui, tout citoyen a tout de même le droit de participer à l'argumentation en faveur ou à l'encontre de la constitutionnalité de la norme contrôlée.

1001. Ces possibilités de participation ont permis qu'à l'heure actuelle les plus importants acteurs sociaux concourent au litige auprès de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État. En plus de la participation obligatoire du Procureur général de la nation, participent également le Ministère concerné, des universités, des associations d'experts, ou encore des groupes sociaux concernés. Tous ont la possibilité de présenter des arguments constitutionnels pour enrichir un *forum des idées* qui nourrira la décision finale de la Cour.

1002. De plus, le fait que le contrôle soit centralisé favorise la publicité des procès et donc la participation des différents acteurs sociaux intéressés qui pourront suivre facilement les litiges de constitutionnalité qui se présentent devant la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État.

1003. En ce sens, l'action du juge constitutionnel concentré est activée par le citoyen qui propose un questionnement sur la constitutionnalité d'une norme. En outre, les exigences concernant l'argumentation de la demande empêchent que la Cour dépasse le cadre du contrôle proposé.

1004. Ces raisons font que le contrôle concentré est espace délibératif riche, dans le cadre d'une démocratie représentative colombienne plutôt affaiblie[730].

1005. Par ailleurs, si nous partons de l'idée selon laquelle le contrôle de constitutionnalité est né en 1910 afin de doter les citoyens d'un dispositif leur

[729] À ce propos, voir : Partie 1, Titre 2.

[730] À ce propos, voir : Partie 1, Titre 2

permettant de contester les décisions des pouvoirs exécutif et législatif, alors le contrôle concentré remplit bien la finalité qui lui a été attribuée. Il apparaît, en effet, comme la meilleure manière de contester la constitutionnalité des normes émises autant par le Parlement que par le pouvoir exécutif de l'ordre national. C'est pourquoi, le contrôle concentré peut être considéré comme le procédé le moins problématique en termes de *difficulté démocratique* au moment de déterminer si une norme appartient ou non à l'ordonnancement juridique.

1006. Cette approche en termes de bénéfice démocratique du contrôle concentré est un élément caractéristique du constitutionnalisme colombien qui le légitime pour trancher les controverses portant sur l'appartenance d'une norme à l'ordonnancement juridique. Il est démocratiquement raisonnable que les effets de la décision soient *erga omnes*, destinés à tous, si tous ont pu participer à l'argumentation qui a nourri la décision.

1007. On peut donc dire que le contrôle concentré est véritablement - tel qu'il a été compris par KELSEN[731] - un contrôle de la validité de la norme dans l'ordonnancement juridique. Son objet est donc de déterminer si une norme appartient en tant que norme à l'ordonnancement juridique ou si elle n'en fait plus partie[732].

1008. Le contrôle concentré semble ainsi être le meilleur moyen de contester l'appartenance des normes à l'ordonnancement juridique, qui ont été prononcées par une autorité bénéficiant d'une certaine légitimité démocratique. Dans ce cadre, il semble raisonnable - comme nous le déduisons notamment des travaux d'Humberto de SIERRA PORTO - que le contrôle de constitutionnalité des normes en tant que normes soit réalisé par le biais du contrôle concentré.

---

[731] KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* [en ligne]. 2011, Vol. 15, paragr. 277-284. [Consulté le 4 octobre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiNy87ywZLbAhXJORQKHRKnBp8QFghLMAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3764308.pdf&usg=AOvVaw2WZE7ejWqZo7vZdrG5DbOO.

[732] Rappelons seulement que pour KELSEN, le concept de validité avait deux significations différentes. Dans certains contextes, il voulait dire *appartenance* à l'ordonnancement juridique ; dans d'autres, il signifiait *force obligatoire du droit*. À ce propos, voir : BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. Dans : RAMIREZ CLEVES, Gonzalo (dir.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, paragr. 423-438.

2 Le contrôle concentré comme jugement abstrait des normes

1009. Une autre caractéristique du contrôle concentré est qu'il est abstrait[733]. Selon Riccardo GUASTINI, une interprétation *in abstracto* considère les textes juridiques pour en déterminer le sens normatif[734]. Il est abstrait parce qu'il ne prend pas en considération les faits concrets attachés à son application à une espèce.

1010. Ce type d'interprétation est typique du contrôle de constitutionnalité concentré qui est réalisé en se concentrant sur des propositions idéelles. En effet, dans le contrôle concentré, on reste à un niveau argumentatif, au-dessus de considérations factuelles et particulières ; les arguments utilisés tendent à déterminer un sens normatif et à le juger au regard de propositions qui relèvent du « monde des idées », en général théoriques.

1011. Dans une perspective démocratique, l'une des raisons de concevoir le contrôle concentré comme un contrôle spécifiquement abstrait est que lorsque l'on procède à un contrôle *in abstracto*, l'on reste dans le cadre d'une application hypothétique et universelle du contenu de la disposition. On parlera alors d'une situation juridique de « type universelle », mais pas d'une norme spécifique au contenu particulier. Concernant tous les individus, la controverse sur l'appartenance d'une norme à l'ordonnancement juridique est une question publique qui mérite d'être traitée dans un cadre ouvert et participatif.

---

[733] Il n'est pas, *per se,* abstrait, puisque ce moyen de contrôle permet, ou même exige dans certains cas, de considérer les faits dans le cadre du contrôle de l'appartenance de la norme à l'ordonnancement juridique.

Il convient précisément de distinguer deux situations. Premièrement, le contrôle concentré connaît des aspects concrets lorsqu'il doit juger à partir des faits, comme lorsqu'une disposition est mise en cause en raison de vices de procédure lors de son élaboration. En second lieu, le contrôle que l'on appelle souvent abstrait, peut prendre en considération des faits, cependant non pour déterminer l'application concrète de la norme mais enrichir la force des arguments abstraits qui sont proposés pour défendre ou contester l'appartenance d'une norme à l'ordonnancement juridique. Par exemple, la Cour peut prendre en compte les données d'un recensement pour comprendre une situation ou un contexte. À ce propos, voir : PARDINI, Jean-Jacques. La jurisprudence constitutionnelle et les " faits ". *Cahiers du Conseil Constitutionnel* [en ligne]. 2000, n° 8, p. 1-14. [Consulté le 2 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-jurisprudence-constitutionnelle-et-les-faits ; PARDINI, Jean-Jacques. *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2001.

[734] GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 33.

1012. En outre, la réalité du contrôle démontre qu'il ne s'exerce pas exactement sur un texte normatif, mais sur les compréhensions possibles de celui, conformément à la distinction qui a été proposée par la doctrine que nous avons analysée entre *dispositions* et *normes juridiques*. Si une norme juridique porte des interprétations normatives contraires à la Constitution, alors elle doit être retirée de l'ordonnancement juridique ; cependant, il est possible que la disposition soit maintenue si on peut en dégager d'autres normes juridiques conformes. On maintient alors le texte tout en donnant primauté à la présomption de validité des actes législatifs ou administratifs.

1013. Même s'il s'agit d'une décision qui porte une interprétation, disons, plus spécifique, le raisonnement continue à être abstrait. Par exemple, une mise en question d'une « disposition universelle » (un énoncé du type « Toute personne… ») relative au droit à l'égalité peut très bien affecter un groupe de personnes qui mérite un traitement différencié en considération de conditions particulières (les aveugles ou malvoyants, les personnes à mobilité réduite, etc.). Dans ce cas, une comparaison serait nécessaire entre le traitement de personnes qui appartiennent à ces catégories et ceux qui n'y appartiennent pas, afin de savoir s'il existe de bonnes raisons de fonder un traitement différencié. L'analyse de la Cour ne s'arrête donc pas au contenu général de la disposition mais se réfère à un contenu plus spécifique.

Dans cet exemple, on est toujours dans le cadre d'un jugement *in abstracto* qui requiert que le jugement sur la constitutionnalité de la norme prenne en considération la condition différentielle du groupe de personnes qu'elle vise, comme une proposition idéelle. Il ne tient toutefois pas compte des caractéristiques particulières de chacun des sujets qui appartiennent à la catégorie.

1014. Le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité concentré en Colombie est nécessaire à l'admissibilité de l'action publique de constitutionnalité. Plus précisément, deux conditions sur les cinq que doit remplir l'argumentation de la demande obligent à proposer un discours abstrait devant la Haute juridiction constitutionnelle.

1015. En premier lieu, la demande doit satisfaire une condition de *certitude* qui exige que le contenu normatif de la disposition objet de l'action de constitutionnalité existe autant formellement que matériellement. Elle exige donc

matériellement que la norme juridique interprétée mise en cause soit celle que les juges ou fonctionnaires (tous ou certains) dégagent de la disposition normative. Autrement dit, on met en cause l'idée du contenu normatif dégagé par les responsables de son application[735].

1016. En deuxième lieu, s'impose une exigence de *pertinence*. En effet, le juge du contrôle concentré exige que l'argumentation présentée ne se fonde pas sur des « *exemples, faits particuliers, faits personnels, situations vécues, événements réels ou imaginaires, dans lesquels il est supposé que la norme a été ou sera appliquée* »[736].

1017. De ces deux conditions de recevabilité de l'action de constitutionnalité, on peut déduire une exigence d'un degré moyen d'abstraction de l'argumentation visant à mettre en cause la constitutionnalité d'une norme.

Autrement dit, le contrôle concentré protège explicitement un certain degré d'abstraction pour éviter que le questionnement s'oriente vers la question de l'application du droit à des espèces particulières. La contestation de la norme doit maintenir un tel degré d'abstraction dans la mesure où ce type de contrôle analyse une norme dont le contenu normatif a une certaine *prétention à l'universalité*. C'est pourquoi, le raisonnement du juge dans le cadre de l'action de constitutionnalité ne peut porter sur les conséquences ou les *applications ponctuelles* de la norme examinée.

---

[735] À ce propos, voir : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-886 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 novembre 2010, paragr. 3.2.2. [Consulté le 4 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-886-10.htm.

[736] « 3.2.4. Respecto del requisito de la *pertinencia* del cargo se ha afirmado que debe tener una (i) naturaleza constitucional. Es decir, que (ii) los cargos contrapongan normas de inferior categoría a las normas constitucionales. Por ende, es indispensable que los razonamientos sean del orden constitucional, razón por la cual (iii) no podrán ser aceptados cargos basados en argumentos legales o doctrinarios. De igual manera, no aparejan pertinencia aquellos cargos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de la norma acusada **(iv) basado en ejemplos, acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias; en las que supuestamente se aplicó o será aplicada la norma demandada.** (v) Tampoco existirá pertinencia si el cargo se fundamente en deseos personales, anhelos sociales del accionante o en el querer del accionante en relación con una política social. Igualmente un cargo es pertinente si (vi) se desprende lógicamente del contenido normativo de la disposición que se acusa. 3.2.5. » (nous soulignons) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-886 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 novembre 2010, paragr. 3.2.4. [Consulté le 4 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-886-10.htm.

1018. Ayant précisé les particularités qui font du contrôle concentré abstrait un facteur démocratique en Colombie, analysons à présent la *difficulté démocratique* généralement attachée, en revanche, au contrôle diffus envisagé à travers le prisme de la *thèse de la contradiction manifeste*.

PARAGRAPHE 2 La plus grande *difficulté démocratique* du contrôle diffus

1019. En termes d'implications démocratiques - déjà évoquées -, le contrôle diffus, selon la *thèse de la contradiction manifeste*, est beaucoup plus néfaste que le contrôle concentré si l'on considère que les deux types de contrôle ont un même objet (1). Cependant, le contrôle diffus doit être différencié du contrôle concentré en tant qu'il implique un *jugement concret* sur l'applicabilité des normes (2).

1 La difficulté démocratique du contrôle diffus supérieure à celle du contrôle concentré

1020. Lorsqu'on compare ces deux types de contrôle en Colombie, la *difficulté démocratique* est beaucoup plus notoire pour le contrôle diffus que pour le contrôle concentré ; à tout le moins tel que le premier a été traditionnellement compris. Le contrôle diffus ne permettrait effectivement pas l'ouverture démocratique que le contrôle concentré garantit.

1021. Un premier élément à l'appui de cette approche est le relatif isolement de ce moyen de contrôle. En effet, le contrôle diffus est exercé par un juge ou un fonctionnaire ; soit dans le cadre d'une procédure dont la participation est normalement exclusive - ou restreinte - aux parties, soit pour prendre une décision qui n'a fait l'objet d'une procédure antérieure.

1022. Soulignons encore que dans le cadre du contrôle diffus colombien, le débat argumentatif sur la constitutionnalité de la norme est de fait très réduit voire, la plupart du temps, inexistant. En effet, comme nous l'avons relevé avec les exemples de la Cour suprême de justice analysés[737], les juges tendent à exercer un contrôle diffus d'office, sans débat argumentatif ou contradictoire préalable avec les parties.

[737] Sur ce point, voir Partie 3, Titre 2, Chapitre 1, Section 1

1023. Le contrôle diffus tend ainsi à rendre peu visibles les controverses sur la constitutionnalité des normes, d'autant plus si nous prenons en considération le fait qu'il peut être réalisé à tous les niveaux territoriaux ou hiérarchiques, ce qui le rend encore moins saisissable. Ainsi, tandis que le questionnement sur la validité de la norme dans le cadre d'un contrôle concentré de la Cour constitutionnelle fait intervenir différents acteurs de la société qui peuvent ainsi plus facilement connaître les termes des débats, le contrôle diffus contribuerait à les maintenir, au contraire, dans l'ombre et à l'écart de l'opinion publique tendant ainsi à ne pas leur accorder l'importance sociale qu'ils devraient avoir dans une société démocratique.

1024. Cette critique est particulièrement valable si l'on prend en compte le fait que le contrôle diffus a généralement été compris comme un contrôle abstrait avec effets *inter partes*. En effet, la *thèse de la contradiction* manifeste requiert que le caractère inconstitutionnel visé par la requête relève de la norme en tant que telle, comme entité abstraite.

1025. Finalement, les deux contrôles ont été conçus comme des manières de conserver une approche abstraite de la constitutionnalité des normes juridiques. Toutefois, si l'on accepte que le juge du contrôle concentré soit mieux placé dans le système démocratique colombien pour contrôler l'appartenance des normes à l'ordonnancement juridique, quel espace démocratique peut-on alors trouver au contrôle diffus ?

2 Vers une idée de contrôle diffus en tant que contrôle de l'applicabilité des normes

1026. La reconnaissance du caractère plus démocratique du contrôle concentré impose certainement de considérer que le contrôle diffus serait en quelque sorte moins légitime. En outre, si nous relevons que le contrôle concentré est le moyen le moins coûteux et le plus ancré dans l'histoire institutionnelle de la démocratie colombienne, il n'existe *a priori* aucune justification de l'existence du contrôle diffus ; c'est-à-dire de la possibilité que tout juge ou fonctionnaire puisse, dans la solitude de son bureau, décider abstraitement sur la constitutionnalité d'une norme. Ce jugement, cependant, n'implique en réalité pas un questionnement quant à l'appartenance d'une norme à l'ordonnancement juridique, qui relève du contrôle concentré.

Autrement dit, les juges ou fonctionnaires ne peuvent mettre en question la validité de l'ordonnancement juridique à chaque fois qu'ils se prononcent en se fondant sur l'argument de la validité constitutionnelle d'une norme : ils ne peuvent pas faire ce que le contrôle concentré doit faire. Ces juges ou fonctionnaires doivent reconnaître comme vraisemblablement valides les dispositions qu'ils doivent interpréter pour déterminer les normes applicables à chaque espèce.

1027. Le contrôle diffus permet donc d'analyser l'applicabilité des normes dégagées des textes à des cas particuliers. Il ne s'agit pas de déterminer si la norme appartient ou non à l'ordonnancement juridique, mais de déterminer si la norme déduite d'une disposition pour l'appliquer à une espèce génère ou non une violation si grave qu'elle empêche la satisfaction minimale d'un principe constitutionnel du destinataire de la norme.

1028. Ainsi, tandis que dans le cadre d'un contrôle concentré, on cherche à privilégier une analyse détachée des éléments factuels de chaque espèce, le contrôle diffus s'attache à l'aspect empirique de son application. En effet, ce sont des faits prouvés qui détermineront si l'application d'une règle génère l'insatisfaction d'un principe ou norme constitutionnel(le) aussi applicable au cas concret.

1029. Cependant, si nous admettons l'existence du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien, ce type de contrôle peut être justifié par d'autres arguments, notamment celui de répondre à différents objectifs démocratiques.

1030. Effectivement, nous avons également pu noter que l'idée de démocratie contemporaine a été refondée en considérant l'importance du pluralisme et du respect intrinsèque de l'existence humaine, notamment à partir de la reformulation du droit des minorités, ce qui a conduit à repenser la démocratie qui était classiquement entendue comme le « gouvernement des majorités ». La reconnaissance légitime de l'individualité d'autrui conduit à la reconnaissance de la valeur propre de tout individu. On se trouve bien dans la sphère des droits fondamentaux.

1031. Le contrôle diffus tend à reconnaître l'égale dignité des citoyens. Précisément, l'exercice possible d'un contrôle diffus les protège en reconnaissant

leurs particularités ; une chose qui n'est pas possible - ni désirable - dans le contrôle de l'appartenance de la norme questionnée à l'ordonnancement juridique.

1032. Le juge ou fonctionnaire pourra évaluer ces éléments factuels dans son argumentation afin de déterminer les conséquences d'une interprétation normative déterminée. De cette manière, il évite le traitement d'une égalité purement formelle qui tend à concevoir tous les citoyens comme un même être, mais répété des milliers de fois. En revanche, le contrôle diffus contribue à dépasser cette vision en recherchant une égalité matérielle en considération la situation réelle des parties.

1033. Si nous reprenons les mandats d'égalité que nous avons mentionnés, le contrôle diffus permettrait de les appliquer en partant des conditions factuelles de l'application de la norme. Le contrôle diffus est un mécanisme qui empêcherait ainsi des applications, disons, *formelles* de l'égalité. Par conséquent, nous pensons, qu'*a minima*, le contrôle diffus possède les qualités suivantes :

- Il permet qu'une personne ne soit pas traitée de la même manière qu'une autre si elles sont dans des situations différentes.

- Il évite qu'une personne soit traitée de manière égale à une autre avec laquelle elle partage, certes, certaines conditions ou éléments factuels, mais pour laquelle d'autres éléments factuels introduisent des arguments forts pouvant conduire à un traitement différent.

- Il évite qu'une personne soit traitée de manière différente d'une autre personne lorsque, bien que se trouvant dans des situations différentes et présentant des différences factuelles, il existe des ressemblances qui renforcent les raisons permettant de les traiter *de la même manière*.

1034. Finalement, il nous semble que le contrôle diffus complète le contrôle concentré sans en répéter les fonctions. Au contraire, il joue un rôle que le contrôle concentré n'a pas naturellement : déterminer si une norme type génère une violation grave d'un principe ou d'une règle constitutionnel(le) lors de son application à une espèce.

1035. À partir de la distinction de *l'objet du contrôle* que nous venons de proposer, le contrôle diffus pourrait donc revendiquer une place différente de celle du contrôle concentré, mais non moins importante. Cette reconnaissance empêcherait, d'une part, de penser en termes de concurrence entre les deux types de contrôle et, d'autre part, permettrait une collaboration plus harmonieuse pour régler des questions différentes visant finalement un même objectif : garantir la force normative de la Constitution.

SECTION 2 LE CONTRÔLE DIFFUS EN TANT QUE CONTRÔLE DE L'APPLICABILITÉ

1036. Nous allons défendre dans cette Section un concept inédit de contrôle diffus en précisant en quoi il consiste, de notre point de vue, et quels sont les éléments caractéristiques de son exercice (paragraphe 1). Cette posture permet aussi de repenser les rapports entre le contrôle diffus et le contrôle concentré (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 Le concept de contrôle de l'applicabilité

1037. Pour envisager le contrôle diffus comme un contrôle de l'applicabilité normative, il est utile de s'appuyer sur l'idée de *défaisabilité* (*defeasability*)[738] des normes juridiques ; une notion théorique qui permet de comprendre comment résoudre des conflits entre normes juridiques, tout particulièrement entre règles et principes (1). Ce faisant, il est possible de proposer une méthode rationnelle de jugement de l'applicabilité d'une norme (2).

1 La défaisabilité (defeasability) comme méthode de non-application d'une norme

1038. La non-application de normes est un sujet qui a particulièrement intéressé la doctrine du positivisme juridique[739]. Les théoriciens du droit des

[738] Le terme *defeasability* n'est pas la seule manière de qualifier le phénomène des exceptions implicites. En revanche, il est le plus couramment employé. Nous allons donc utiliser ce vocable comme il a été traduit (utilisé) par CARPENTIER, Mathieu. *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*. 1re éd. Paris : Institut Universitaire Varenne, 2014.

[739] La non-application d'une norme en raison de la prévalence d'une autre norme semble être un sujet qui a intéressé la doctrine depuis longtemps. Il convient de rappeler que dans l'Antiquité, les Grecs avaient construit l'idée d'*epikia* pour désigner la non-application d'une norme humaine contraire aux mandats des dieux ou ; à Rome, l'idée était plutôt portée par la notion d'*equitas contra legem*.

cinquante dernières années se sont attachés à comprendre les enjeux complexes des systèmes juridiques. En particulier, la question s'est posée de l'interaction entre règles, entre principes, et entre règles et principes. Une difficulté surgit lorsque la satisfaction d'une règle suppose la non-satisfaction d'une autre ou d'un mandat de délimitation d'un minimum de protection d'un principe. À cet égard, plusieurs auteurs sont arrivés à la conclusion que, d'un point de vue systémique, l'application d'une norme peut être *vaincue* (en anglais *defeated* ; en espagnol *derrotada*) par une exception implicite incluse dans une autre norme, en général un *principe*. Cette propriété négative de l'interaction entre normes est ce que nous appellerons *défaisabilité.*

1039. Partons du fait que les textes juridiques sont intégrés dans différents types de corpus et relèvent de hiérarchies et temporalités différentes. Pour dégager des normes juridiques de dispositions normatives, il est nécessaire de mettre en interaction tous les textes juridiques[740]. À partir de cette interaction, on peut dégager des contenus normatifs pour résoudre un cas spécifique. Ainsi, on arrive à un énoncé conditionnel, une règle applicable au cas.

1040. Lorsqu'il s'agit d'un *cas difficile*[741], c'est-à-dire un cas qui ne peut être résolu avec seulement l'application d'une règle de droit explicite, il est nécessaire de faire appel et d'interpréter plusieurs textes pour dégager la règle nécessaire à la

---

Dans un contexte moderne-positiviste, le sujet a commencé à avoir un fort intérêt pour la doctrine à partir de la seconde moitié du XX^{e} siècle. Certains auteurs considèrent, à partir d'une lecture approfondie des travaux de KELSEN, qu'il a posé l'existence d'une clause alternative tacite qui permettrait d'inclure des exceptions à la conduite ordonnée, permise ou interdite par la norme. D'autres trouvent que HART a été le premier à proposer une construction plus élaborée du concept, lorsqu'il a questionné le fait qu'il n'est pas possible de prédéterminer les conditions nécessaires et suffisantes de l'application d'un texte normatif.

Mais, définitivement, c'est la distinction entre principes et règles proposée par DWORKIN et le caractère *prima facie* du mandat des principes juridiques de ROSS qui ont ajouté des éléments pour construire toute une discussion à ce propos. Voir : BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en ligne]. 2010, n^{o} 33, p. 80. [Consulté le 11 mai 2018]. Disponible à l'adresse : https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32594/1/Doxa_33_05.pdf. ; RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional* [en ligne]. [S. l.] : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 11-15. Disponible à l'adresse : https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22404/roger_rodriguez_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=.

740 GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 40.

741 Pour reprendre la célèbre distinction de HART, entre cas faciles et cas difficiles.

solution. Dans ce scénario, il est plus *facile* de prendre en considération d'autres règles et surtout d'autres principes pour déterminer quelle est la règle de droit appropriée à l'espèce. Ainsi, on peut dire que malgré *la difficulté du cas*, il serait plus aisé pour l'interprète d'introduire des raisonnements relatifs à un principe pour prendre sa décision.

1041. S'agissant des cas les plus *faciles* d'interprétation, ce n'est que lorsqu'une seule disposition normative permet d'établir tous les éléments pour dégager une règle plutôt complète, et qui n'exige pas de consulter d'autres textes pour déterminer le contenu du mandat juridique en l'espèce, que celle-ci peut être considérée comme suffisamment déterminable à partir du texte. Alors, on réduit l'importance des autres textes normatifs qui peuvent établir des mandats tout aussi applicables à la situation particulière qu'il importe d'analyser. Cette situation peut naturellement se présenter beaucoup plus fréquemment avec des normes de type principe, puisqu'elles impliquent un mandat très large de protection. Dès lors, on peut considérer que les cas *faciles* peuvent générer plus facilement l'inaccomplissement d'une norme de type principe.

1042. D'autre part, si tous les textes valides de l'ordonnancement juridique sont en même temps obligatoires, pour toute situation, les textes qui établissent des normes de type principes sont eux aussi obligatoires - et souvent supérieurs - ; donc l'application d'une règle peut générer la violation du contenu basique du principe.

1043. La non-application - comme *défaisabilité* - a lieu lorsque l'application d'une règle affecte l'accomplissement d'une norme, souvent de type principe, qui malgré le fait de n'avoir pas de conséquence juridique explicite prévue, implique un contenu de base de satisfaction du mandat légal. Ainsi, lorsqu'une règle affecte de façon disproportionnée le contenu minimal d'un principe, alors il est possible que ce principe *vainque* (en anglais *defeat*), c'est-à-dire défasse, la règle en y introduisant une exception implicite.

1044. D'un point de vue abstrait, les exceptions implicites que l'on peut dégager de l'antinomie entre une règle et un principe peuvent être multiples ; autant que l'on puisse imaginer une pluralité de conditions hypothétiques de violations ponctuelles d'un principe. C'est pourquoi, la non-applicabilité exige, en fait, une analyse concrète. Lorsque l'on considère les conditions factuelles de l'application

d'une règle, on peut mesurer quelles sont les conséquences qu'elle peut avoir au regard de la satisfaction du principe affecté.

1045. Nous observons donc qu'une approche en termes de *défaisabilité* des normes juridiques peut nourrir une analyse qui nous paraît plus adéquate du concept de contrôle diffus en tant que contrôle de l'applicabilité, en particulier dans le système de justice constitutionnelle colombien.

2 Le parcours du raisonnement de non-applicabilité

1046. Si nous acceptons que le juge ou fonctionnaire du contrôle diffus ne peut contester la constitutionnalité des textes ni des normes en tant qu'entités abstraites, alors il ne peut non plus échapper à l'exigence de prendre en considération tous les textes valides dans l'ordonnancement juridique.

1047. En conséquence, le juge ou fonctionnaire qui prétend exercer un contrôle diffus devra *sélectionner* les textes juridiques qu'il doit interpréter au regard de la situation juridique à trancher[742].

1048. Puis, il devra interpréter *stricto sensu*[743] les dispositions juridiques pour déterminer quels sont leurs possibles conséquences juridiques pour le type de cas qu'il doit résoudre. Autrement dit, il devra établir les règles *prima facie* applicables à l'affaire[744].

1049. Or, surtout s'il s'agit de cas *difficiles*, il est possible de dégager plus d'une option parmi les normes juridiques. On devra donc choisir la norme la plus appropriée à l'espèce[745]. La disposition peut être si précise que l'on en déduit seulement une seule norme juridique, par exemple lorsqu'elle établit une date (ou un âge) d'entrée en vigueur d'un bénéfice. Une fois posée cette condition, on passe donc à l'étape suivante. Le juge ou fonctionnaire devra ensuite *prévoir* les effets que

---

[742] Dans la pratique colombienne mais aussi dans d'autres Etats, dans leurs décisions les juges traitent les faits avant la détermination du droit ; mais GUASTINI présente la même opération mais à l'inverse. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, n. 5.

[743] C'est à dire, doter de contenu les textes.

[744] Ici, notre posture se sépare de celle de GUASTINI, pour qui, au moment de proposer les règles *prima facie*, on doit concrétiser aussi les principes ; c'est à dire, extraire une règle implicite avec un supposé factuel déterminé (égal ou plus fermé que celui de la norme type-règle précédemment interprétée).

[745] *Correcte* dans les termes d'ALEXY.

l'application de la norme choisie générera dans le cas concret. Il s'agit de déterminer si l'application de cette règle affecte le contenu minimal ou de base de protection d'une autre norme - normalement de type principe -[746].

1050. Le *jugement de l'applicabilité* impliquant une *prévision* est réalisé à partir de l'évaluation des prémisses empiriques qui montrent une atteinte ou violation ponctuelle du principe. Ainsi, il s'agit de déterminer quelles sont les particularités factuelles qui légitiment l'introduction d'une nouvelle condition rendant différente ou spéciale la situation des parties au regard d'autres sujets dans une situation semblable[747]. En résumé, à partir de ce jugement, on reconnaît une prémisse empirique très forte qui exige la protection d'un contenu normatif empêchant l'application d'une règle.

1051. En cas de restriction absolue ou si grave que le minimum de protection est atteint, le juge ou fonctionnaire peut ne pas appliquer une norme. S'il existe d'autres normes juridiques dégagées d'autres textes, il faut tenter l'application de toutes ces possibilités pour s'assurer qu'aucune des interprétations normatives ne mette en cause l'application d'un minimum de protection du droit. Ainsi, il serait légitime de dépasser la barrière textuelle pour interpréter une nouvelle règle. On peut arriver à la satisfaction d'un principe en appliquant les textes établis par le législateur[748].

1052. À partir de cette appréhension du contrôle en termes d'applicabilité et en considérant les éléments qui doivent être pris en compte pour l'exercer, nous pouvons envisager une autre interaction entre les deux types de contrôle de constitutionnalité.

---

[746] Une exception normative à une règle peut être prévue par une autre règle. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, n. 113-114.

[747] Cette méthode est connue dans la théorie de l'argumentation comme « *dissociation* ». A ce propos, voir : GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 277-283.

[748] Notamment, il est possible qu'un principe ne s'applique pas du tout. Selon la loi de la pondération, la satisfaction d'un droit implique nécessairement l'insatisfaction absolue du droit opposé. BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 99-101.

PARAGRAPHE 2 L'interaction entre les deux types de contrôle

1053. Pour comprendre l'interaction entre les contrôles diffus et concentré en distinguant l'objet du contrôle, il importe de questionner la délimitation matérielle et temporelle qui avait été mise en place par la *thèse de la contradiction manifeste* (1). On peut alors comprendre que les deux contrôles ne sont en réalité pas en concurrence mais interagissent, sans que l'un n'empêche l'exercice de l'autre (2).

1 D'une interaction matérielle-temporelle à un rapport de degrés de détermination de la règle

1054. Si nous acceptons l'idée que le contrôle diffus opère comme un contrôle de l'applicabilité, nous devrions alors nous interroger quant à son interaction avec le contrôle concentré, à partir de cette nouvelle posture.

1055. Une première remarque qui peut être faite à ce sujet est que, n'ayant pas le même objet de contrôle, l'interaction entre les deux n'est pas *concurrentielle* mais complémentaire. Tandis que le contrôle concentré décide de l'appartenance des normes à l'ordonnancement juridique, le contrôle diffus considère l'applicabilité des normes à des cas concrets. Cette distinction élimine toute concurrence *matérielle* des deux contrôles.

1056. Concernant leur interaction temporelle, il n'existe pas non plus de rapport concurrentiel. *Stricto sensu*, l'interaction temporelle entre les deux contrôles sera déterminée par le degré de concrétisation de l'arrêt issu d'un contrôle concentré.

1057. Nous avons considéré que le contrôle concentré a pour objet le contrôle de l'appartenance de la norme à l'ordonnancement juridique. La Cour peut prendre deux types de décision concernant la validité de la norme : soit elle la déclare inconstitutionnelle ; soit elle la déclare constitutionnelle. Révisons succinctement les effets de chacune de ces solutions au regard de l'exercice ultérieur d'un contrôle diffus.

1058. Si une disposition est déclarée inconstitutionnelle, en règle générale, elle *sort* de l'ordonnancement juridique à partir du jour suivant la décision.

Lorsqu'une disposition est déclarée inconstitutionnelle, elle n'existe tout simplement plus. Distinguons donc ici deux *scénarii* d'application de la norme. Tout d'abord, si les conditions de la situation juridique type ont été réalisés préalablement ou après la déclaration d'inconstitutionnalité de la norme. Dans tous les cas où la situation juridique type se présente après la décision, la disposition n'existera tout simplement pas. En effet, la disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut pas être utilisée pour dégager une norme juridique applicable au cas. Le contrôle diffus n'opère donc pas ici, parce qu'il ne permet pas d'appliquer une disposition pertinente pour le cas : ici, la norme n'existe pas. L'appliquer serait comme appliquer une loi abrogée.

1059. Si, au contraire, la situation juridique type est réalisée préalablement à la déclaration d'inconstitutionnalité *ex tunc*, alors la disposition devient contraignante pour trancher le cas. Le contrôle diffus peut donc être exercé non du fait d'avoir déclaré la norme inconstitutionnelle plus tard, mais parce que la situation vise l'atteinte concrète à la satisfaction d'un principe consacré.

1060. Lorsque la décision déclare la conformité de la norme en question avec la Constitution, la situation est plus complexe et requiert davantage de précisions. Premièrement, si nous partons de la distinction entre *disposition* et *norme*, le juge du contrôle concentré analyse la constitutionnalité de contenus normatifs dégagés de dispositions. Si l'on accepte cette affirmation, alors l'autorité de la chose jugée constitutionnelle concerne la norme juridique réellement contrôlée, même s'il s'agit d'un arrêt de conformité *simple*[749]. Cela veut dire que pour toutes les autres normes juridiques qui peuvent être dégagées des mêmes textes, il n'y aura pas de jugement concentré.

1061. La chose est différente quand il s'agit de normes qui ont été contrôlées par la voie du contrôle automatique, qui est un contrôle est complet[750]. Alors, la décision du juge réalisant le contrôle concentré n'est bornée à aucune demande en particulier, mais vise toutes les dispositions constitutionnelles concernées. Ici, la

[749] La *conformité simple* est une catégorie créée par opposition aux arrêts *interprétatifs* ou *modulateurs*. La conformité pure et simple veut dire qu'on n'ajoute pas de réserves d'interprétation. Malgré tout, ce type de conformité n'empêche pas que la même disposition puisse être mise en cause à nouveau pour d'autres raisons, ou que l'on déduise d'autres contenus normatifs non-contrôlés.

[750] On exclut le contrôle des objections présidentielles des projets ou propositions de loi pour inconstitutionnalité.

difficulté consiste en ce que le contrôle automatique suppose une *limite définitive* du jugement concentré portant sur la norme. On suppose alors que toutes les normes dégagées des textes normatifs déclarés constitutionnels sont conformes à la Constitution. Dans ce cas, malgré le fait de n'avoir pas réglé une question relative à des contenus précis, la norme ne peut être soumise à un contrôle par la voie de l'action publique de constitutionnalité.

1062. Une première option dans cette situation consisterait à dire que lorsqu'une *norme juridique* a été déclarée conforme à la Charte, le contrôle diffus ne peut être exercé. Cependant, une telle conclusion n'est pas complètement acceptable, parce qu'elle supposerait que les contrôles diffus et concentré portent sur le même objet : la conformité de la norme en tant qu'énoncé abstrait.

1063. Tout au contraire, lorsqu'une déclaration de conformité est protégée par l'autorité de la chose jugée, cette déclaration n'empêche pas que dans certaines conditions factuelles relatives à des cas concrets elle ne puisse pas générer des effets qui affectent la réalisation d'un principe. La difficulté ici, nous le répétons, n'est pas la conformité de la norme comme entité abstraite, mais les conditions factuelles de son application.

1064. Lorsqu'une norme est déclarée constitutionnelle à la suite d'un contrôle concentré, on introduit une solide argumentation en faveur de son application. Néanmoins, bien qu'elle soit *a priori* solide, cette règle peut être *vaincue* par l'exigence de satisfaction d'un principe. En fait, si dans un cas concret on prouve que l'application de cette norme déclarée constitutionnelle génère une atteinte totale ou très grave à un principe, dans un cadre plus spécifique de celui étudié abstraitement par la Cour, alors on introduit une prémisse empirique qui peut conduire à une nouvelle condition d'application de la règle.

1065. La solution que nous posons exige de *partir du degré d'abstraction de la norme déclarée* constitutionnelle. Si les conditions factuelles de l'affaire sont les mêmes qui abstraitement ont été traitées par le juge concentré, alors il n'y a pas de justification pour ne pas appliquer la norme déclarée constitutionnelle. Pourtant, si les particularités de l'affaire ajoutent des éléments plus spécifiques, alors il est possible qu'ils introduisent une exception d'application à la norme abstraitement constitutionnelle.

1066. Si le contenu normatif déclaré conforme est plus spécifique (pensons, par exemple, à la situation dans laquelle est jugée l'atteinte à l'égalité juridique d'un groupe de personnes), alors on ne pourra pas exercer de contrôle diffus s'il n'y a pas de circonstances factuelles, additionnelles aux conditions de leur application qui exigent de prendre en considération ces éléments (comme le fait que cette personne ait une condition particulière de santé, par exemple).

2 L'interaction au regard du caractère abstrait du contrôle concentré et concret du contrôle diffus

1067. Ainsi, une norme peut être abstraitement constitutionnelle et concrètement, dans un cas spécifique, ne jamais générer des atteintes graves à la protection basique d'un principe constitutionnel. Nous sommes, cependant, ici dans un « monde idéal » d'application du droit. Or, il est intéressant d'examiner les autres cas de figure d'interaction entre la dimension abstraite et la dimension concrète des contrôles.

1068. Il est en effet possible qu'une norme soit abstraitement contraire à la Constitution mais que, dans un cas particulier, son application ne génère pas spécifiquement des atteintes concrètes à un principe déterminé. Ce fut le cas, notamment, dans l'arrêt T-389 de 2009 précédemment analysé, qui a reconnu la protection constitutionnelle à un condamné qui avait demandé une réduction de peine prévue par la *Loi de justice et paix*. Dans ce cas, la norme était abstraitement inconstitutionnelle en raison de l'inaccomplissement des conditions posées par la loi ; toutefois, dans le cas concret, son application n'affectait pas un principe constitutionnel particulier mais ne pas l'appliquer conduisait à une atteinte grave au principe de l'application de la loi favorable[751].

1069. Autre cas de figure, il est aussi possible qu'une norme soit abstraitement conforme à la Constitution, mais qu'elle affecte concrètement le minimum de protection accordé par un principe déterminé. Nous avons déjà relevé cette situation dans l'arrêt T-662 de 2013. La disposition concernée déterminait une prescription spéciale en matière d'assurance (ordinaire de deux ans et

[751] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-389 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 28 mai 2009, p. 32. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-389-09.htm.

extraordinaires de cinq ans). Si la disposition était mise en cause par la voie de l'action publique de constitutionnalité, elle devait probablement être déclarée conforme ou tout au plus conditionner son interprétation pour les cas hypothétiques qui pourraient être fortement affectés par son application éventuelle. En revanche, dans le cadre concret, il était évident que l'application de la norme générait une atteinte grave à la protection de la dignité humaine[752].

1070. Enfin, mentionnons une dernière possibilité : une disposition peut être abstraitement inconstitutionnelle et générer concrètement une atteinte au contenu basique d'un principe. C'est le cas dans l'arrêt T-067 de 1998, qui a tranché une affaire impliquant un membre retraité de l'armée qui avait demandé une allocation familiale au profit de ses enfants « naturels ». L'armée avait refusé l'allocation en question en s'appuyant sur le fait que la disposition concernée exigeait que les enfants bénéficiaires aient été conçus dans le cadre légal du mariage. Dans ce cas, la norme portait abstraitement atteinte au droit à l'égalité entre les enfants. En l'espèce, appliquer une telle disposition allait générer un traitement fortement discriminatoire des enfants concernés[753].

1071. Avant de conclure notre réflexion, nous voudrions aborder la question du contrôle de l'exercice du contrôle diffus, en soulignant que plusieurs moyens existent à cette fin. Nous mettrons par ailleurs l'accent sur le rôle central de la Cour constitutionnelle à cet égard en tant que Haute juridiction de *tutela*.

SECTION 3 DU CONTRÔLE DE L'EXERCICE DU CONTRÔLE DIFFUS

1072. Le contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien peut faire l'objet de trois différents types de contrôle plus ou moins direct : les moyens ordinaires de controverse des décisions, fruit du système hiérarchisé de l'administration et en particulier du pouvoir judiciaire (1) ; le précédent juridictionnel (2) ; et, enfin, l'action de *tutela* contre les décisions juridictionnelles (3).

---

[752] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-662 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 septembre 2013, p. 48. [Consulté le 27 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-662-13.htm.

[753] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-067 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 mars 1998, p. 16. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-067-98.htm.

PARAGRAPHE 1 Les moyens ordinaires

1073. Un premier moyen de contrôle correspond à ce que l'on pourrait qualifier d'*autogestion du contrôle diffus*. Lorsqu'une personne considère que des effets graves ou pernicieux vont se produire si une norme est appliquée à une espèce, il est préférable qu'elle introduise un questionnement sur les effets de l'application d'une telle norme.

1074. Cette posture idéelle contribuerait à solidifier la légitimité démocratique d'une décision à partir du contrôle diffus. En effet, on ouvre là un scenario de délibération juridique qui contribue à une meilleure certitude factuelle et normative - et partant, argumentative - quant à la légitimité de l'exercice du contrôle. Les intéressés peuvent présenter et contester des preuves et arguments normatifs et le juge peut évaluer les différentes postures ; pas simplement les intérêts privés mais les caractéristiques de l'individualité comme essence du pluralisme.

1075. Cela dit, rien n'empêche que le contrôle diffus soit exercé sans avoir été proposé ou examiné dans le cadre d'un procès. Le juge ou fonctionnaire peut conclure à une atteinte grave et qui concerne la règle applicable à l'espèce, spécialement si l'on prend en considération qu'il s'agit là du moment où l'autorité évalue la certitude des éléments factuels et détermine les normes applicables au cas.

1076. En tout état de cause, le fait de ne pas contester la non-application d'une norme dans le débat du procès ne constitue pas un défaut *per se*. Cette absence peut même être un argument complémentaire pour réviser une décision déterminée si la suspicion sérieuse d'un exercice arbitraire du contrôle diffus existe.

1077. Le moyen le plus évident pour contrôler l'exercice du contrôle diffus est le système ordinaire de mise en question ou contestation des décisions prises ; les recours prévus à l'encontre de ces décisions. Il existe des moyens permettant de remettre en cause une décision issue d'un contrôle diffus, qui peuvent être employés aussi bien par l'autorité qui l'a exercé que par un supérieur hiérarchique.

1078. En particulier, les décisions administratives peuvent être soumises à un contrôle juridictionnel. Le contrôle diffus qui a été exercé par une autorité administrative trouvera nécessairement une voie juridictionnelle de contestation.

De même, toute décision juridictionnelle issue d'un contrôle diffus réalisé de manière « *incorrecte* » peut, en dernière instance, être soumise à un contrôle juridictionnel par la voie de l'action de *tutela*.

PARAGRAPHE 2 L'action de *tutela* formée contre des décisions juridictionnelles

1079. À la suite d'une intéressante évolution de sa jurisprudence [754] à partir de l'arrêt C-590 de 2005, la Cour constitutionnelle a consolidé les conditions d'admissibilité (*requisitos genéricos*) et de bien-fondé (*causales especiales de procedencia*) de la protection[755].

Sans entrer dans les détails de ces éléments, précisons qu'une fois qu'une demande a rempli toutes les conditions d'admissibilité[756], il existe deux causes spécifiques qui permettent de contester l'exercice du contrôle diffus : le *défaut matériel* ou *substantiel* et la *violation directe de la Constitution*. Bien que les deux causes aient été développées séparément, elles consistent en réalité en la même chose.

---

[754] Sur ce sujet, voir: QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *Vias de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 8e éd. Bogotá : Temis, 2013, p. 69-101.

[755] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-590 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 8 juin 2005, p. 42. [Consulté le 11 novembre 2012]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.htm.

[756] L'arrêt C-590 de 2005 a établi 6 conditions d'admissibilité de l'action de *tutela* contre les décisions juridictionnelles qui doivent être tous accomplies cumulativement pour aborder le fond de l'affaire. Ces conditions sont :

1. « Relevance » (importance, intérêt) constitutionnelle. Le juge doit vérifier que l'affaire se centre sur la protection de droits fondamentaux constitutionnels mais non simplement légaux. A cet égard, voir T-827 de 2004
2. Subsidiarité. Le juge doit notamment vérifier qu'il n'existe pas d'autres moyens ordinaires ou extraordinaires de défense du droit. En outre, il doit vérifier que les moyens ordinaires ont été exercés.
3. Concept de violation. À la différence de l'action de *tutela* basique, lorsqu'on agit contre une décision juridictionnelle, il est nécessaire que le demandeur expose les droits qui ont été mis en question et en quoi a consisté l'atteinte. L'analyse est simplement formelle, sur sa présence.
4. Qu'il ne s'agisse pas d'une *tutela* contre une décision de *tutela*. De manière très exceptionnelle cependant, il est possible de présenter une *tutela* contre une décision de *tutela* lorsqu'il s'agit d'une situation de fraude. À ce propos voir : SU-627 de 2015.
5. La promptitude (*Inmediatez*). Cette condition implique que l'action soit formée dans un délai raisonnable.
6. Finalement, s'il s'agit d'une irrégularité de procédure, elle doit avoir un effet direct et déterminant sur la décision.

1080. En premier lieu, on peut contester l'exercice du contrôle diffus s'il existe un *défaut matériel* ou *substantiel* de la décision. En somme, ce type de défaut se produit lorsque la norme qui fonde la décision n'est pas applicable à l'espèce.

1081. Ainsi, il est susceptible d'être relevé pour un nombre non négligeable de situations : l'application d'une norme abrogée ou déclarée inconstitutionnelle au moment où les faits de l'espèce se sont produits ; l'application d'une règle inappropriée à la résolution de l'espèce ; un manque complet de justification, etc. À nos yeux, ce défaut peut aussi constituer dans le fait que le contrôle diffus n'a pas été exercé lorsqu'il le fallait, ou, à l'inverse, il a été exercé alors qu'il ne fallait pas.

1082. Quant à la *violation directe de la Constitution* en tant que cause du bien-fondé de la demande, elle concerne deux situations : soit appliquer une norme *hors l'interprétation constitutionnelle*, soit ne pas appliquer une norme de droit fondamental dans un cas concret. La violation directe de la Constitution a commencé à être comprise comme cause autonome à partir de l'arrêt T-492 de 2003 de la Cour constitutionnelle[757]. L'idée sous-jacente à sa reconnaissance a été qu'elle serve de cause résiduelle pour toute nouvelle affaire qui affecterait gravement la Constitution[758].

1083. Finalement, les deux causes permettent de contrôler la constitutionnalité de l'exercice du contrôle diffus indistinctement. Un exemple à cet égard est celui de l'arrêt SU-132 de 2013. Il s'agit de l'une des affaires - malheureusement fréquentes - dans laquelle un fonds de retraite refusait de payer la pension à une dame du troisième âge dont le mari venait de mourir, parce que la personne décédée n'avait pas atteint le nombre de semaines correspondant à la nouvelle clause de « fidélité au système » de santé qui avait été ajoutée par l'alinéa a) de l'article 12 de la loi 797 de 2003[759].

---

[757] QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *Vias de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 8e éd. Bogotá : Temis, 2013, p. 216-217.

[758] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-492 de 2003. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 juin 2003. [Consulté le 10 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-492-03.htm.

[759] Extrait de l'article 12 de la Loi 797 de 2003. Cet article modifie l'article 46 de la Loi 100 de 1993 relative aux conditions de l'octroi d'une pension de survie au conjoint. « a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; » CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 janvier

1084. Face à cette réponse négative, l'épouse survivante avait déclenché une action ordinaire devant le juge du travail et de la sécurité sociale. Cependant, cette juridiction avait rejeté sa demande - dans le cadre de deux instances ordinaires et d'un recours en cassation - en s'appuyant sur l'argument de l'existence de la norme au moment du décès du mari.

1085. La Cour constitutionnelle a eu à connaître de la révision de l'action de *tutela* formée contre cet arrêt auprès de la Chambre du travail de la Cour suprême de justice, qui l'avait rejetée.

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a mis en lumière et prouvé un défaut substantiel de la décision juridictionnelle lié au non-exercice du contrôle diffus : « (…) *elle a observé que les juges ont utilisé une interprétation normative sans prendre en compte le fait qu'elle est contraire aux droits et principes consacrés dans la Constitution* »[760].

1086. À travers cet exemple, nous avons pu relever comment des décisions issues de l'exercice du contrôle diffus arrivent parfois à la Cour constitutionnelle qui les contrôle par le biais d'une révision de l'action de tutela souvent formées pour contester ces décisions. De cette manière, la Cour peut déterminer une solution correcte aux cas de contrôle diffus tout en établissant un précédent obligatoire pour le même type de cas qui seront tranchés ultérieurement par les juges.

PARAGRAPHE 3 Le précédent juridictionnel : vers l'abstraction du cas concret

1087. Lorsqu'une décision juridictionnelle est prise par une Haute juridiction pour un litige concret, celle-ci devient un précédent obligatoire pour les juges - et, dans certains cas, pour l'administration[761]- qui doivent s'en inspirer pour résoudre le même type de situation qui se présenterait.

2003, n° 45079. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223.

[760] « no se hace uso de la excepción de inconstitucionalidad y, por el contrario, se emplea una interpretación normativa sin tener en cuenta que resulta contraria a los derechos y principios consagrados en la Constitución. » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-132 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 13 mars 2013, p. 37. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU132-13.htm.

[761] CPACA ; décisions de constitutionnalité 2011 y SU de 2017

1088. À partir de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle a cependant engagé une très intéressante discussion autour de l'existence, dans l'ordonnancement juridique, du caractère obligatoire des précédents[762]. Bien que celui-ci pourrait en effet être discuté, il est certain que, dans l'actualité, il existe une croyance généralisée quant au caractère obligatoire d'un précédent jurisprudentiel.

1089. Sans trop approfondir le concept de précédent en Colombie[763], il est important de relever que l'un des fondements principaux de la légitimité de son caractère obligatoire est l'égalité entre les justiciables. En effet, l'idée centrale est qu'un justiciable a le droit d'être traité de la même manière que n'importe quel autre justiciable qui a été ou se trouve dans des circonstances identiques[764].

1090. Si nous prenons en considération le fait que lorsqu'un juge prend une décision, il détermine quelle est la règle à appliquer pour résoudre un cas concret en la déduisant de textes normatifs, alors, lorsque la décision est prise par une Haute juridiction dont la fonction est d'unifier la jurisprudence - comme en Colombie -, la règle prise pour résoudre un cas spécifique est celle qui doit permettre de résoudre *tous les cas* semblables. Il s'agit d'un procès d'universalisation d'une règle qui est née à partir d'un cas particulier.

---

[762] À cet égard, voir : BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. *Rev. Derecho del Estado* [en ligne]. 2008, n° 21, p. 83-90. [Consulté le 18 avril 2016]. Disponible à l'adresse : http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/revderest21&section=7.

[763] L'existence d'un système de précédents n'est pas trop mis en question. Cependant, à notre avis, il existe un problème autour du concept de *précédent* aussi bien chez les auteurs les plus importants que dans la pratique juridique. En somme, de nombreux usages du précédent tendent à doter d'un caractère – relativement - obligatoire les extraits d'une ou plusieurs décisions antérieures sans trop se référer aux éléments factuels de l'affaire ni au problème juridique résolu par la décision.

Ce sujet, sans doute intéressant, dépasse la portée de cette recherche.

[764] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-083 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 1995, p. 22. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-836 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 août 2001, p. 57. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-588 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 25 juillet 2012, p. 25. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-588-12.htm ; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-621 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 septembre 2015, p. 54. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm.

1091. Pour appliquer un précédent à une espèce, il convient que les éléments factuels juridiquement pertinents de celle-ci soient identiques aux éléments factuels du cas qui a fait l'objet du précédent. De plus, la question juridique à résoudre doit aussi entrer dans le cadre du problème juridique du cas précédent. Jusqu'ici, nous sommes dans un scénario de syllogisme juridique ; d'adéquation typique des faits à l'énoncé factuel de la règle.

1092. Précisément, si l'on relève une identité factuelle entre le cas à résoudre et le cas précédent, alors il convient de transposer l'argumentation de la décision antérieure (la *ratio decidendi*) pour décider sur le cas en question. Autrement dit, les mêmes prémisses sont utilisées dans la décision précédente et la décision à venir[765].

1093. Concrètement, lorsqu'une décision d'une Haute juridiction - Cour constitutionnelle y compris - tranche une affaire à propos de laquelle est exercé un contrôle diffus, elle détermine d'une manière concrète si, pour ce type de faits, les normes dégagées des textes qui sont applicables à l'espèce doivent être appliquées ou ne pas être appliquées. De plus, en tranchant cette affaire, elle détermine une *règle-précédente* pour le même type de cas dans le futur. En somme, lorsqu'on détermine un précédent pour un type particulier de cas, on intègre une règle au texte pour la résolution des cas futurs ; les dispositions devront être appliquées suivant le précédent juridictionnel.

1094. Le précédent permet en ce cens de stabiliser le système normatif en consacrant une règle qui auparavant n'existait pas autant explicitement pour résoudre une situation juridique type déterminée. En effet, tandis que pour un premier cas de contrôle diffus les juges ou fonctionnaires doivent ne pas appliquer pas une norme, pour les cas futurs ils doivent juste appliquer la *règle-précédente*.

1095. Un dernier exemple peut contribuer à mieux comprendre cette approche. Comme nous l'avons vu, dans l'arrêt T-1033 de 2008, la Cour constitutionnelle a accordé une protection constitutionnelle à une personne qui, à la suite d'un changement d'identité sexuelle, avait changé de prénom. Quelque temps après, cette personne avait cependant changé d'avis et retourna à son identité

[765] D'une manière assez similaire à celle de l'application des règles. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 249-251.

sexuelle d'origine. Lorsqu'elle demanda de nouveau un changement de nom, l'autorité concernée rejeta la demande en vertu d'une disposition qui n'autorisait à changer de nom qu'une seule fois[766].

Un cas assez similaire s'est présenté ultérieurement[767]. Une personne qui avait changé de prénom pour que cela corresponde à son identité religieuse, a décidé, quelque temps plus tard, de changer d'identité sexuelle. La réponse de l'autorité chargée de la procédure a été négative comme dans le cas précédent.

1096. La Cour constitutionnelle a alors eu à traiter une action de *tutela* à propos de ce cas. Cependant, dans la motivation de sa décision, il est intéressant de relever qu'elle n'a pas précisé les raisons pour lesquelles la disposition n'avait pas été appliquée. En effet, elle a fondé sa décision en considérant que le cas T-1033 de 2008 était un précédent obligatoire pour cette affaire, tranchant une même situation juridique type et un même problème juridique. La Cour a donc repris l'argumentation du précédent pour prendre *la même décision*.

1097. Certes, dans cette affaire, la Cour a ordonné - formellement - la non-application de la disposition concernée - mais non l'application du précédent - ; pour autant, matériellement, elle a appliqué la norme du précédent jurisprudentiel, y compris en ce qui concerne les ordres spécifiques[768].

1098. En conclusion, la Cour constitutionnelle joue un rôle déterminant dans le cadre du contrôle diffus qu'elle exerce en tant que juridiction suprême de *tutela*. Premièrement, elle connaît les révisions des actions de *tutela* qui mettent en cause un exercice correct du contrôle diffus ; deuxièmement, en tranchant les affaires qui exigent la non-application d'une disposition, la Cour détermine la règle spécifique qui permet de trancher ce type de cas. Ainsi, on peut comprendre qu'il ne s'agira plus *ne pas appliquer* la disposition mais d'*appliquer un précédent jurisprudentiel*.

---

[766] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1033 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 17 octobre 1970, p. 11. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1033-08.htm.

[767] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-977 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 novembre 2012, p. 13. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-977-12.htm.

[768] En effet, les ordres ponctuels des deux décisions ont été exactement les mêmes.

NOTES DE FERMETURE

1099. En guise de derniers mots à ce travail, nous voudrions faire mention de quelques réflexions générales qui, à nos sens, mettent en lumière l'apport de notre recherche.

1100. Notre travail a eu à cœur de démythifier la figure du contrôle diffus de constitutionnalité en Colombie, en essayant de prendre de la distance et de critiquer un discours très ancré dans le monde académique et juridique, qui s'est maintenu pendant de longues années et qui a fini par obscurcir et de rendre confus le concept même de contrôle diffus. L'objectif central de la présente recherche a ainsi été, avant tout, de proposer une analyse pionnière en abordant le contrôle diffus de manière complémentaire au contrôle concentré, dans le cadre d'une étude sur le contrôle de constitutionnalité ; non pour les distinguer formellement mais pour montrer que l'on peut penser et proposer un contrôle de constitutionnalité de manière globale et complète.

1101. L'intérêt de cette discussion pour un lecteur européen (français, notamment) est de pouvoir penser, à partir du cas colombien, comment un système de justice constitutionnelle peut être *enrichi* par une réflexion que la doctrine ou les conceptions traditionnelles de la justice constitutionnelle considèrent comme une excentricité ou même une incohérence. Précisément, une relecture de cette problématique peut nous montrer qu'il s'agit d'un système qui peut être concrètement *plus attentif* et mieux à même de protéger les droits fondamentaux et la Constitution.

1102. Nous avons donc voulu, en réalisant cette recherche, proposer une approche inédite en traitant et en mettant en discussion des questions juridiques, en nous appuyant aussi sur des méthodes et des outils issus des sciences sociales (principalement l'histoire et la sociologie, mais aussi les sciences politiques). Ce faisant, nous avons cherché à favoriser une meilleure discussion sur le sujet, en prenant le contrôle diffus *au sérieux*, pour reprendre la célèbre formule de l'ouvrage de DWORKIN.

1103. Le système colombien a souvent été étudié et classé comme un système incohérent, hybride, voire même « exotique ». Or, nous pensons ici avoir

démontré qu'il s'agit d'un système authentique qui n'est pas nécessairement une copie européenne ou américaine appliquée ou plaquée de manière artificielle à la réalité latino-américaine, mais un système dont l'authenticité et la nécessité portent d'énormes défis mais aussi des questions juridiques très sérieuses au regard notamment d'une protection encore lacunaire des droits fondamentaux en Colombie. Ces éléments ont placé le constitutionnalisme colombien à l'avant-garde du développement de mécanismes de protection des droits fondamentaux et, plus généralement, des principes constitutionnels.

1104. Nous pensons que l'une des idées intéressantes qui se dégagent de cet exercice, en particulier pour un lecteur européen, est que le contrôles diffus mais concret est en fait complètement immergé dans le droit. Probablement, il est inhérent au droit. L'idée grecque de *Epikeia* ; la *bona fides* des Romains et des privatistes modernes, impliquent la non-application (ou les exceptions implicites) des règles dans des circonstances concrètes.

Dans l'actualité, la plupart des constitutions occidentales portent des clauses d'application préférentielle des droits fondamentaux. Ces dispositions peuvent potentiellement être interprétées comme portant un contrôle diffus mais concret de constitutionnalité qui ne porte pas sur l'appartenance de la norme à l'ordonnancement juridique mais son applicabilité. Si tous les juges et fonctionnaires sont obligés de réaliser les droits fondamentaux des personnes, alors ils sont confrontés au fait de devoir réaliser des contrôles concrets de constitutionnalité en dépit du fait que les systèmes classiques, consolidés, excluent le contrôle diffus. De fait, dans la pratique, ils exercent donc un contrôle diffus. Mieux vaut en prendre conscience et élaborer des raisonnements argumentatifs plus appropriés à une réalité chaque fois plus complexe.

1105. Si nous retournons plus spécifiquement au cas colombien, notre travail a voulu ajouter à la connaissance de ce phénomène une proposition concernant la justification de la légitimité du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle, qui réponde aux exigences et aux besoins de ce que nous appréhendons aujourd'hui comme une démocratie constitutionnelle. En ce sens, l'étude d'un système de justice constitutionnelle comme celui de la Colombie nous

ouvre à l'analyse d'éléments plus spécifiques et même pratiques que l'on devra prendre en compte dans le futur.

1106. Ainsi, le contrôle diffus mais concret devra notamment être pensé à la lumière de ***l'analyse économique du droit***. En effet, une décision de protection d'un droit peut avoir des conséquences en termes de finances publiques, par exemple en mettant l'accent sur l'absence ou le manque de ressources pour protéger *d'autres* droits consacrés ou que le système considère comme importants. Le contrôle diffus peut être appréhendé en considérant des paramètres économiques relatifs au coût financier de la protection de certains droits.

Plus concrètement, on peut relever qu'à plusieurs reprises, le Parlement a créé des dispositions *léonines*, tendant à bénéficier seulement à certaines personnes, à certains secteurs ou à certaines activités. Il est possible que ce type de dispositions génèrent des atteintes concrètes nombreuses. L'un des atouts d'une analyse économique dans le cadre d'un contrôle diffus et concret serait justement de considérer le nombre de non-application qui pourraient être causées par cette sorte de dispositions. Finalement leur coût pourrait mettre en cause l'utilité de promouvoir ce type de mesures.

1107. Dès lors, il nous semble que dans le futur, la question de la non-application des normes - peut-être même davantage que par le passé - mettra à l'épreuve l'intelligence et la rationalité des juristes pour comprendre leur présent.

ANNEXES

PRÉSENTATION

Les présentes annexes regroupent les présentations des principaux matériaux qui ont nourri notre recherche : un sondage (Annexe I) ; des graphiques et données relatifs aux arrêts et ouvrages consacrés au contrôle diffus que nous avons consultés dans le cadre de ce travail.

ANNEXE 1

Le sondage. Les éléments ici présentés sont le fruit d'un sondage réalisé par nos soins avec l'aide de l'entreprise *DATA HEGOS*. On trouvera les *questions* adressées aux membres de l'échantillon, puis des *graphiques* exposant toutes les réponses. Puis, quelques données croisées sur des sujets qui nous ont semblé importants et que nous avons parfois utilisées dans le corps de ce travail. Pour des raisons pratiques, nous avons décidé de traduire seulement ***les listes des résultats et des données croisées***. Nous avons élaboré Ces questions mais l'enquête a été réalisé par une entreprise qui en a formalisé les résultats. Raison pour laquelle la traduction complète des résultats pour la présentation aurait représenté une quantité de travail considérable (il aurait fallu reprendre le travail de codage). Nous avons donc décidé de reprendre les résultats pour les données que nous avons sélectionnées, utilisées dans le cadre de l'étude. Le lecteur peut consulter les résultats et les données croisées *à partir du* ***numéro de la question***. Pour plus de clarté, nous avons conservé la forme résumée de l'espagnol « P » pour « ***pregunta*** » (fr. « question »). Ainsi, P9 renvoie à « la question n° 9 ».

ANNEXE 2

Les arrêts. Nous avons décidé de réunir et d'étudier tous les arrêts et sentences impliquant l'usage du contrôle diffus de 1910 à nos jours. Ce panorama qui se veut exhaustif nous permet de faire une analyse descriptive du nombre de décisions mais aussi d'étudier de plus près quelques éléments pratiques de l'exercice du contrôle diffus.

Les ouvrages. Avec l'objectif d'étudier de manière approfondie la doctrine qui a traité du contrôle diffus en Colombie, nous avons voulu consulter systématiquement tous les ouvrages de droit constitutionnel général et de droit spécialisé ayant fait mention de cette figure. Précisément, nous avons essayé de repérer toutes les mentions ou analyses portant sur le contrôle diffus de 1910 à nos jours.

ANNEXE 1
Sondage au sujet de l'exercice de l'exception d'inconstitutionnalité

MÉTHODOLOGIE
FICHE TECHNIQUE
FORMULAIRE
PREMIÈRE PARTIE : RÉSULTATS COMPLETS
1. Êtes-vous avocat ?
2. Dans quels secteurs avez-vous travaillé ?
2.1. Public
2.2. Privé
3. Quel est votre domaine de spécialité en droit ?
4. Pouvez-vous vous classer par tranche d'âge ?
5. En quelle année avez-vous fini vos études ?
6. Dans quelle-s ville-s avez-vous principalement exercé votre profession ?
7. Dans quelle ville avez-vous effectué votre premier cycle universitaire ?
8. Avez-vous rencontré durant cette période la figure de l'exception d'inconstitutionnalité (EI)?
9. Pouvez-vous estimer combien de temps a été consacré à ce sujet durant votre formation ?
10. A partir de ce que vous avez appris à l'université, vous sentez-vous en mesure d'invoquer ou d'utiliser la figure de l'EI ?
11. A partir de votre expérience professionnelle, vous sentez-vous en mesure d'invoquer ou de décider d'utiliser la figure de l'EI ?
12. Avec laquelle ou lesquelles de ces options vous identifiez-vous ? (plusieurs choix sont admis)
13. Avez-vous utilisé ou invoqué, dans le cadre de l'exercice de votre profession, l'EI ? (une seule réponse)
14. Combien de fois estimez-vous que l'on a tranché en votre faveur ?
15. Avez-vous participé à un procès judiciaire ou administratif où l'on ait utilisé la figure de l'EI ?
15.1. Si vous avez utilisé l'EI, pouvez-vous dire si l'une des parties a sollicité une enquête disciplinaire qui n'a pas débouché sur des sanctions ?
15.1.1. Si oui, combien de fois cela s'est-il produit, selon vos souvenirs ?
15.2. Des sanctions disciplinaires ont-elles affecté le fonctionnaire ou le juge ?
15.2.1. Combien de fois vous vous rappelez-vous avoir été en présence d'une situation comme celle-ci ?
15.2.2. Quelle était la faute incriminée ?
15.3. Dans le cadre d'un procès, des parties ont-elles exigé une enquête pénale, même s'il n'y a pas eu de condamnation ?
15.4. Toujours dans ce cadre, un fonctionnaire ou un juge a-t-il été condamné ?
15.4.1. Si c'était le cas, combien de fois vous souvenez-vous avoir été en présence d'une situation comme celle-ci ?
15.4.2. Dans ce cas, de quel délit était-il accusé?
16. Avez-vous déjà exercé (vous ou vos collaborateurs) l'EI dans le cadre de vos fonctions ?

16.1. Si vous avez répondu 4, 5, ou 6 (avec une moyenne supérieure à au moins un an) à la question antérieure, s'agissait-il du même type de cas ?
16.2. Si la réponse est "oui", de quel type de cas s'agissait-il ?
17. Si vous avez exercé l'EI au moins une fois dans votre vie professionnelle, les décisions ont-elles été confirmées par le juge/fonctionnaire supérieur ?
18. Si vous avez exercé l'EI au moins une fois dans votre vie professionnelle, avez-vous subi une quelconque conséquence disciplinaire ou pénale liée à l'EI (vous pouvez choisir plusieurs options si c'est le cas) ?
19. Connaissez-vous ou avez-vous entendu parler de cas dans lesquels un collègue juge, fonctionnaire ou contractuel a fait l'objet d'enquêtes ou de sanctions disciplinaires ou pénales du fait de l'usage de l'EI ?
19.1. Si oui, de combien de cas s'agit-il ?
19.2. Si votre réponse à la réponse antérieure est oui, sélectionnez les différentes options de cas.
19.2.1. Quelle était la faute incriminée ?

SECONDE PARTIE : RÉSULTAT DE DONNÉES CROISÉES
20. Classement par tranches d'âge (année de fin d'études) / enseignement de l'EI pendant les études de premier cycle universitaire (P4xP8)
21. Perception de la profondeur d'exposition de la figure de l'EI / Classement par tranches d'âge (année de fin d'études) (P5xP8)
22. Temps d'enseignement de l'EI dans le premier cycle (P9xP8)
23. Relation entre les tranches d'âge et la déclaration du temps d'enseignement de l'EI durant le premier cycle (P9xP4)
24. Relation entre l'année de fin d'études et la perception de la profondeur de l'enseignement (P9xP5)
25. Relation entre le temps investi durant les études à l'explication de l'EI et la perception personnelle de la capacité à invoquer ou décider dans le cadre de l'EI (P9xP10)
26. Relation entre la déclaration sur l'enseignement de l'EI durant le premier cycle et la perception personnelle de la capacité à invoquer ou décider dans le cadre de l'EI
27. Relation entre la déclaration de fin d'études et la perception personnelle de la capacité à invoquer ou décider dans le cadre de l'EI (P10xP5)
28. Relation entre le lieu d'études du premier cycle et le temps investi par le professeur à l'explication de l'EI (P9xP7)
29. Relation entre le lieu d'études du premier cycle, l'année de fin d'études et le temps investi dans l'explication de l'EI (P9xP5xP7)
30. Relation entre avocats appartenant aux secteurs publics et privé avec la question "Avez-vous utilisé l'EI pendant votre pratique professionnelle ?" (P13+P16)
31. Relation entre l'année de fin d'études et les réponses des avocats du secteur privé à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P13 x P5)
32. Relation entre l'année de fin d'études et la question des avocats du secteur public à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ? (P16 x P5)
33. Relation entre l'année de fin d'études et la question "Avez-vous utilisé l'EI pendant votre pratique juridique ?" (P13 + P16 x P5)

34. Relation entre le lieu d'études de premier cycle et les réponses des avocats du secteur privé à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P13xP7)
35. Relation entre le lieu d'études de premier cycle et les réponses des avocats du secteur public à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P16xP7)
36. Relation entre le lieu où ils exercent leur profession et les réponses des avocats du secteur privé à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P13xP6)
37. Relation entre le lieu où ils exercent leur profession et les réponses des avocats du secteur public à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P16xP6)
38. Relation entre le lieu où ils exercent leur profession et les réponses des avocats du secteur privé et du secteur public à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique?" (P13+P16xP6)
39. Réponses des avocats du secteur public avec les réponses à la question "Avec quelle fréquence utilisez-vous l'EI? " (P16xP2.1)
40. Relation entre l'année de fin d'études et les réponses des fonctionnaires judiciaires à la question "Avec quelle fréquence utilisez-vous l'EI ?" (P16xP2.1xP5)

MÉTHODOLOGIE

(Document relatif à la réalisation du sondage par *Data Hegos*)

DATA HEGOS SAS

NIT. 900647673-9

CERTIFICA QUE:

La investigación LA EXCEPCION DE INCOSTITUCIONALIDAD

Fue desarrollada con las características:

- **Empresa contratada:** Data Hegos S.A.S
- **Grupo Objetivo:** Alumnos de posgrado de derecho de la Universidad Externado de Colombia.
- **Metodología:** Encuesta auto diligenciada con aplicación de cuestionario estructurado previamente aprobado.
- **Tamaño de la muestra:** determinar el tamaño de una muestra representa una parte esencial del método científico para poder llevar a cabo una investigación. Al muestreo lo podemos definir como el conjunto de observaciones necesarias para estudiar la distribución de determinadas características en la totalidad de una población, denominada muestra.

  El cálculo del tamaño de la muestra es uno de los aspectos a concretar en las fases previas de la investigación y determina el grado de credibilidad que concederemos a los resultados obtenidos. Al definir el tamaño de la muestra, nosotros deberemos procurar que esta información sea representativa, valida y confiable y al mismo tiempo, represente el mínimo costo posible. Por lo tanto, el tamaño de la muestra estará delimitado por los objetivos del estudio y las características de la población, además de los recursos y el tiempo de que se dispone.

Para el cálculo de la muestra se ha empleado la siguiente formula:

DATA HEGOS

Investigación de Mercados Tel. 3208568719

$$n = \frac{Z^2 * P * Q * N}{N * e^2 + Z^2 * P * Q}$$

Donde:

Z = Valor crítico correspondiente al nivel de confianza elegido; para el presente estudio ya que la seguridad Z es del 95% de nivel de confianza, el coeficiente es igual 1.96

P = Probabilidad a favor de que ocurra el evento

Q = Probabilidad en contra de que ocurra el evento

N = Número de elementos del universo objeto de estudio

e = Margen de error muestral establecido por el estudio

Esto nos da una muestra de 400 encuestas.

- **Muestreo:** Muestreo Aleatorio Estratificado no probabilístico por cuotas: El muestreo por cuotas es una técnica de muestreo no probabilístico en donde la muestra reunida tiene la misma proporción de individuos que toda la población con respecto al fenómeno enfocado, las características o los rasgos conocidos.
- **Confiabilidad:** 95%
- **Margen de error:** Se presenta como referencia la estimación del Error Estándar Relativo (Esrel) de acuerdo con un nivel de confiabilidad del 95% con un 5% de margen de error máximo a nivel de Personas Naturales escogidos aleatoriamente.
- **Fecha de aplicación:** 13 de junio al 15 de noviembre del 2016.

Atentamente;

Margarita Helena Gomez S

Margarita Helena Gómez Sanchez
REPRESENTANTE LEGAL
DATA HEGOS SAS

DATA

Investigación de Mercados **Tel. 3208568719**

FICHE TECHNIQUE

Empresa:	Data Hegos S.A.S
Grupo Objetivo:	Estudiantes de posgrado de la Universidad Externado de Colombia
Metodología:	Encuesta personal con aplicación de cuestionario estructurado.
Tamaño de la muestra:	400 encuestas.
Muestreo:	Muestreo no probabilístico por cuotas.
Confiabilidad:	95%
Margen de error:	5%
Fecha de aplicación:	13 de junio a 15 de noviembre del 2016

FORMULAIRE

SONDEO ACERCA DEL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Apreciado estudiante,

Tenemos el gusto de dirigirnos a usted en virtud de su condición de estudiante de los programas de posgrado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Quisiéramos contar con su colaboración para diligenciar de la manera más sincera y sensata las siguientes breves preguntas que, según nuestras pruebas, no le tomará más de 7 minutos y nos permitirá comprender de una mejor manera el ejercicio de la Excepción de Inconstitucionalidad en Colombia. La información que usted nos aporte será tratada de manera confidencial y será usada para fines propios de esta investigación.

Seleccione con una X en la casilla correspondiente o sobre el número de la respuesta con la que usted se identifique. Si no sabe qué responder o la pregunta no corresponde a su ejercicio profesional, no dude en dejar la pregunta sin respuesta.
¡Muchas gracias de antemano!

1. ¿Es usted abogado?

1.	Si
2.	No

2. ¿En qué sectores se ha desempeñado? (puede marcar varias si se ha desempeñado en varios sectores)

2.1 Público		2.1.1. Juez
		2.1.2. Funcionario Judicial
		2.1.3. Funcionario Administrativo
		2.1.4. Consultor/contratista
		2.1.5 Abogado litigante

2.2 Privado		2.2.1 Abogado litigante
		2.2.2 Consultor privado
		2.2.3. Empleado
		2.2.4. Otro ¿Cuál?

3. ¿En que área del derecho se ha desempeñado? (puede marcar varias si se ha desempeñado en más de una)

1.	Civil
2.	Comercial
3.	Penal
4.	Laboral
5.	Administrativo
6.	Otro ¿Cuál?

4. ¿Su edad en que rango se encuentra?:

1.	Entre 20 y 30 años
2.	Entre 31 y 40 años
3.	Entre 41 y 50 años
4.	Entre 51 y 60 años
5.	Mas de 61 años

5. ¿En qué año terminó sus estudios de pregrado?:_____

6. En cuál o cuáles ciudades ha ejercido principalmente su profesión?: _____

7. ¿En cuál ciudad realizó sus estudios de pregrado?: _____

8. ¿Le enseñaron en el pregrado sobre la "excepción de inconstitucionalidad"? (Marque sólo una respuesta)

1.	No, en lo absoluto
2.	Algunos profesores la mencionaron, pero no analizamos en qué consistía.
3.	Algunos profesores la mencionaron y hacían referencia clara a sus características y utilización
4.	Fue un tema profundamente analizado en clase.
5.	Otro. ¿Cuál?

9. ¿Cuánto tiempo recuerda que fue invertido en la explicación del tema?

1.	Nada. No vi ese tema en ninguna clase del pregrado.
2.	Hicimos algunas consideraciones breves. Máximo una hora.
3.	Entre una y dos horas.
4.	Más de dos horas.

10. A partir de lo aprendido en la Universidad, ¿se siente usted capacitado para invocar o decidir con base en la Excepción de inconstitucionalidad?

1.	Si
2.	No

11. A partir de lo aprendido por su experiencia profesional ¿se siente usted capacitado para invocar o decidir con base en la excepción de inconstitucionalidad?

1.	Si
2.	No

12. ¿Con cuál o cuáles de estas afirmaciones identifica su pensamiento con relación a la excepción de inconstitucionalidad? (Puede marcar varias opciones)

1.	Nunca he visto que se aplique.
2.	Se aplica muy poco.
3.	Si se invoca no se concede.
4.	Se concede muy excepcionalmente.
5.	Se usa en un numero muy reducido de casos.
6.	Funciona correctamente.
7.	Ataca el principio de seguridad jurídica.
8.	Es peligroso que exista.
9.	Casi ningún operador jurídico sabe usarla.
10.	Los operadores jurídicos temen usarla.
11.	Puede generarle a quien la ejerza una investigación disciplinaria o por prevaricato.
12.	Otro. Cual?

Si usted se ha desempeñado en el sector privado, como abogado litigante, consultor, empleado u otro, por favor responda las preguntas 13, 14 y 15 relacionadas con su experiencia en el tema. En caso contrario por favor pase a la pregunta 16 (siguiente página).

13. ¿Ha utilizado/invocado alguna vez la excepción de inconstitucionalidad en el marco de su ejercicio profesional? (Marque solo una respuesta)

1.	Nunca
2.	1 vez en la vida.
3.	2 a 5 veces en la vida.
4.	En promedio una vez al año.
5.	De 2-5 veces al año.
6.	Mas de 5 veces al año. ¿Cuántas veces al año aproximadamente?

14. Si la ha invocado, ¿Cuántas veces estima que se la han resuelto a su favor? _____

15. ¿Ha participado alguna vez en un proceso judicial o administrativo en el que se haya ejercido la excepción de inconstitucionalidad?

1.	Si
2.	No

En caso de haber respondido **SI** en la pregunta anterior, por favor responda las siguientes 4 preguntas acerca de esa experiencia. En caso contrario salte a la pregunta 16 (siguiente página):

15.1 Como consecuencia del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad ¿Alguno de los interesados solicitó una investigación disciplinaria pero no hubo sanción?

1.	Si	14.1.1. ¿Cuantas veces recuerda que le ha sucedido?	
2.	No		

15.2 Se sancionó disciplinariamente al funcionario o al juez?

1.	Si	14.1.1. ¿Cuantas veces recuerda haberlo visto?		14.1.2. ¿Por cuál falta?	
2.	No				

15.3 ¿Alguno de los interesados solicitó una investigación penal aunque no hubo condena?

1.	Si
2.	No

15.4 ¿Se condenó penalmente al funcionario o juez?

1.	Si	14.4.1. ¿Cuántas veces recuerda haberlo visto?		14.4.2. ¿Por cuál delito?	
2.	No				

Si usted se ha desempeñado como juez, como funcionario judicial (en cuanto a su despacho) o como contratista o funcionario público, por favor responda las preguntas 16, 17, 18 y 19.

16. ¿Ha ejercido (usted o su despacho) alguna vez la excepción de inconstitucionalidad en el marco de sus funciones? (sólo marque una respuesta)

1.	Nunca
2.	1 vez en la vida.
3.	2 a 5 veces en la vida.
4.	En promedio un vez al año.
5.	De 2-5 veces al año.
6.	Mas de 5 veces al año. ¿Cuántas veces al año aproximadamente?

16.1. Si marcó 4, 5, o 6 en la pregunta anterior ¿se ha tratado de un mismo tipo de casos?

1.	Si
2.	No

16.2. En caso afirmativo ¿Qué tipo de caso?

17. Si la ha ejercido al menos alguna vez en su vida profesional ¿Ha(n) sido confirmada(s) la(s) decisión(es) por el juez/funcionario superior?

1.	Si	¿Cuántas recuerda?	
2.	No	¿Cuántas recuerda?	
3.	No hubo control del superior		

18. En caso de haberla ejercido al menos una vez ¿ha sido sujeto de alguna consecuencia disciplinaria o penal por ello? (puede marcar varias opciones de ser el caso)

1.	Nunca me han investigado por ello (Si marca esta respuesta, por favor no marque ninguna otra)				
2.	Me han abierto procesos disciplinarios pero no fui sancionado.	¿Cuántas veces?		¿Por cuál falta?	
3.	Fui sancionado disciplinariamente.	¿Cuántas veces?			
4.	Me han abierto procesos penales pero no me condenaron	¿Cuántas veces?			
5.	Fui condenado penalmente.	¿Cuántas veces?		¿Por qué delito?	

19. ¿Conoce usted de algún caso en el que algún colega juez, funcionario o contratista haya sido sujeto de alguna investigación o sanción disciplinaria o penal por haber ejercido la excepción de inconstitucionalidad?

1.	Si	¿Cuántos recuerda?	
2.	No		

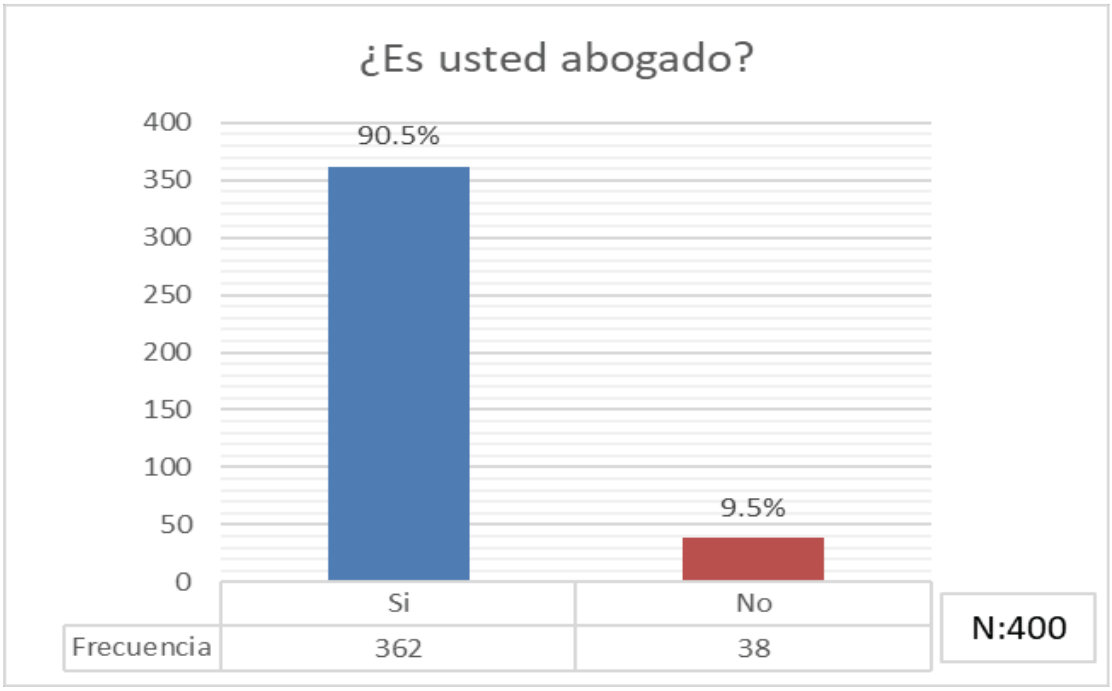
19.1. En caso de haber marcado **SI** en la pregunta anterior seleccione una o varias de las siguientes opciones de ser el caso.

1.	Lo investigaron disciplinariamente pero no fue sancionado.	¿Cuántos casos?		¿Por cuál falta?	
3.	Fue sancionado disciplinariamente.	¿Cuántos casos?			
4.	Lo investigaron penalmente pero no lo condenaron.	¿Cuántos casos?			
5.	Fue condenado penalmente.	¿Cuántos casos?		¿Por qué delito?	

¡Muchas gracias por su contribución!

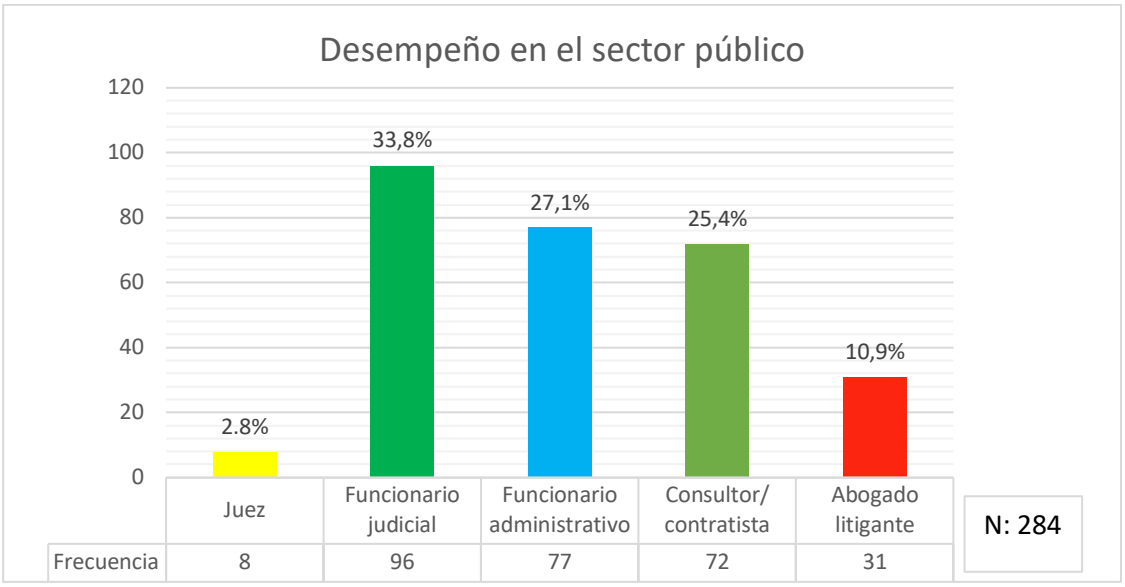
PREMIÈRE PARTIE : RÉSULTATS COMPLETS

1. Êtes-vous avocat ?

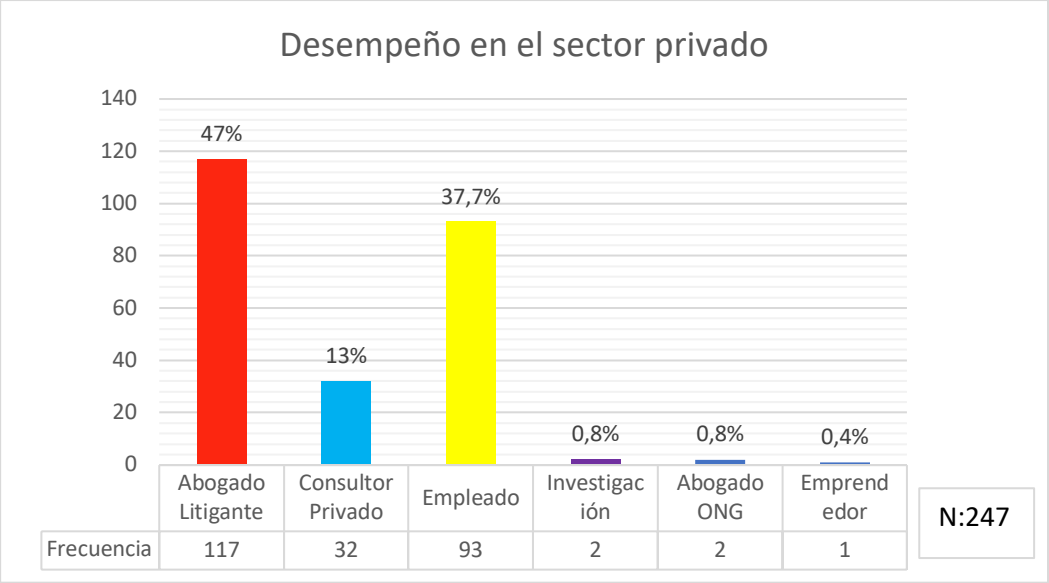


2. Dans quels secteurs avez-vous travaillé ?

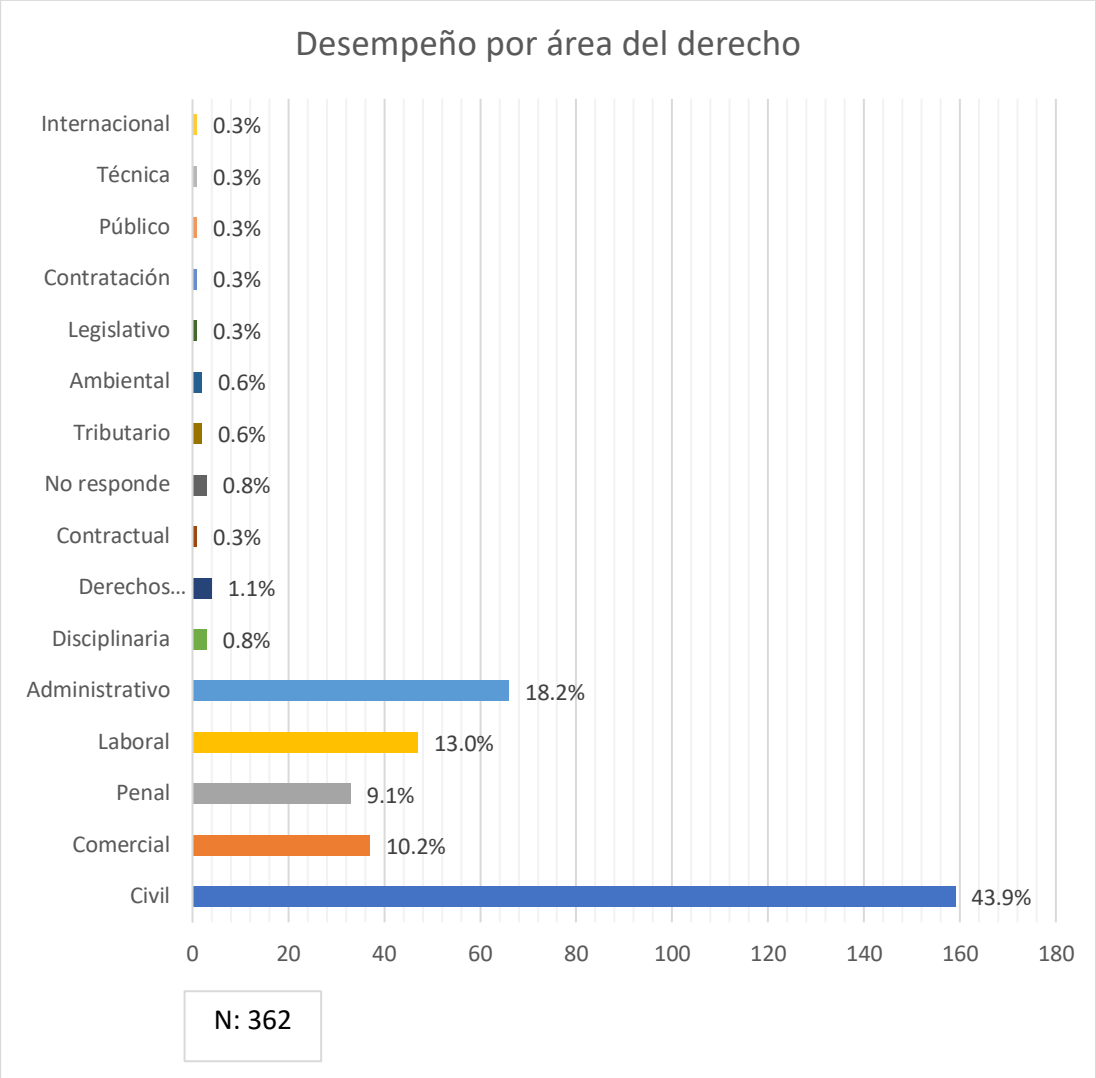
2.1. Public



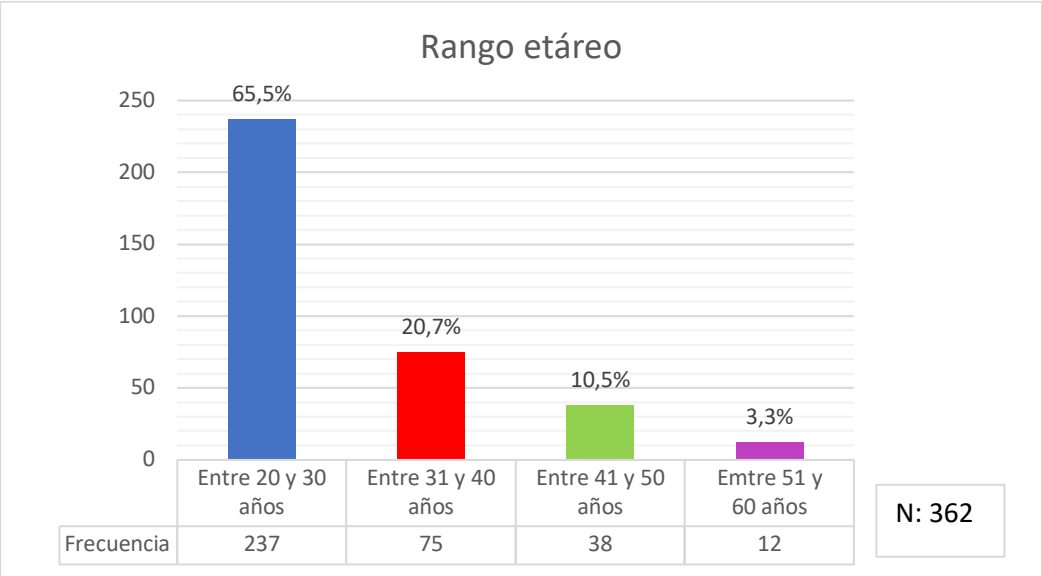
2.2. Privé



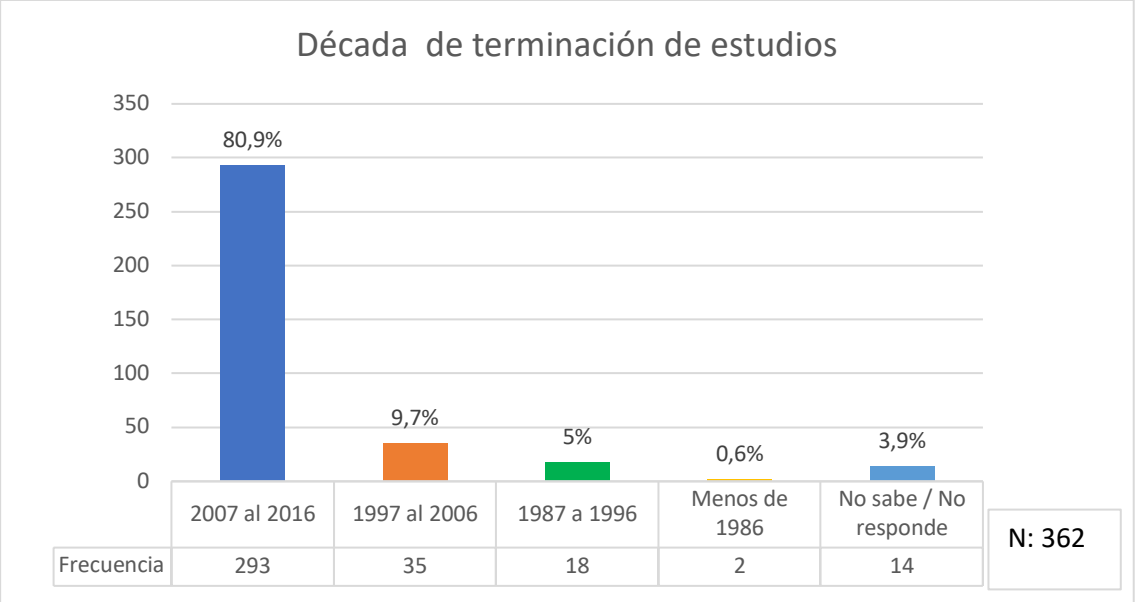
3. Quel est votre domaine de spécialité en droit ?



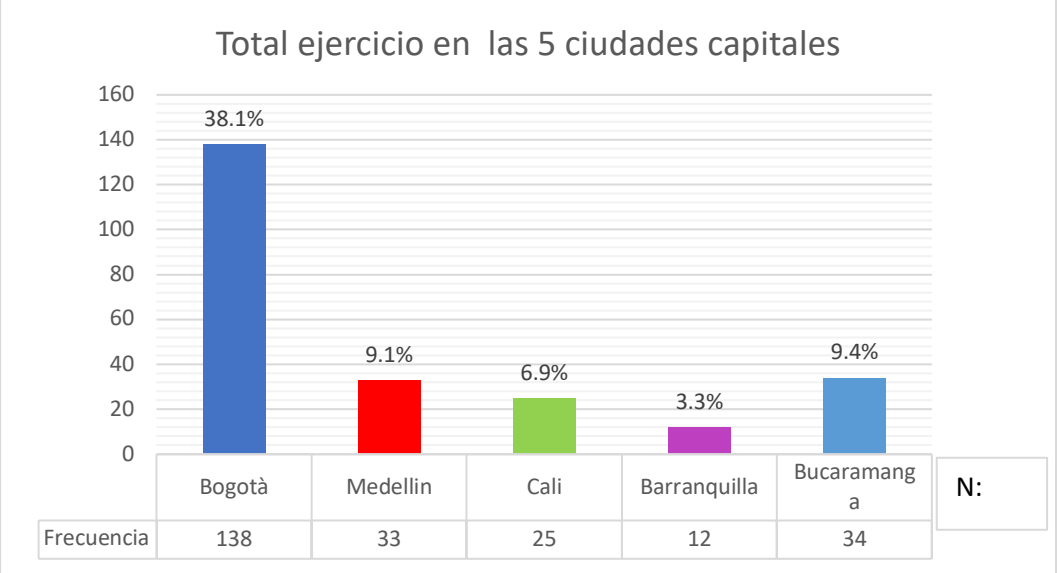
4. Pouvez-vous vous classer par tranche d'âge ?



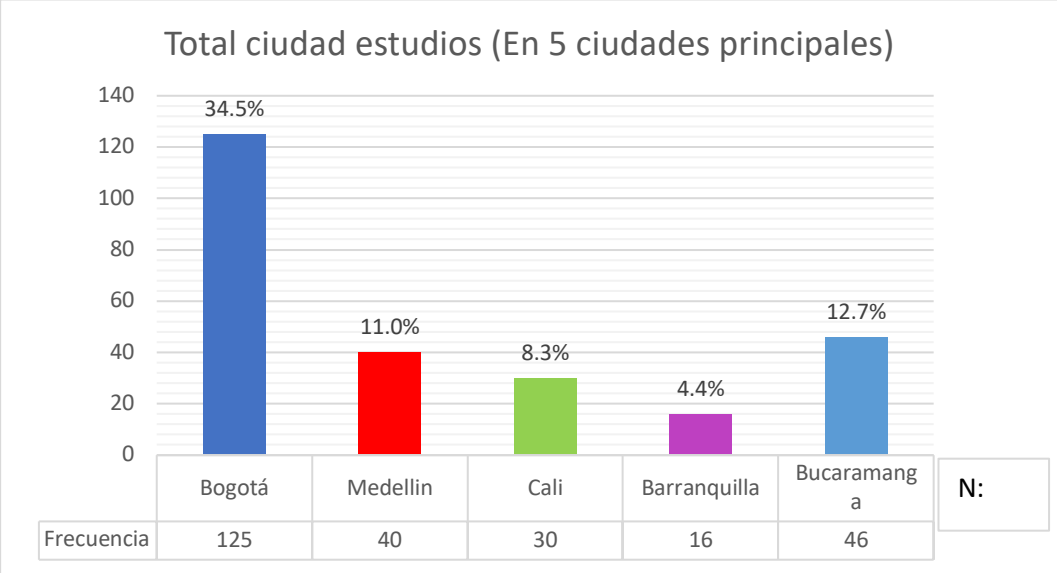
5. En quelle année avez-vous fini vos études ?



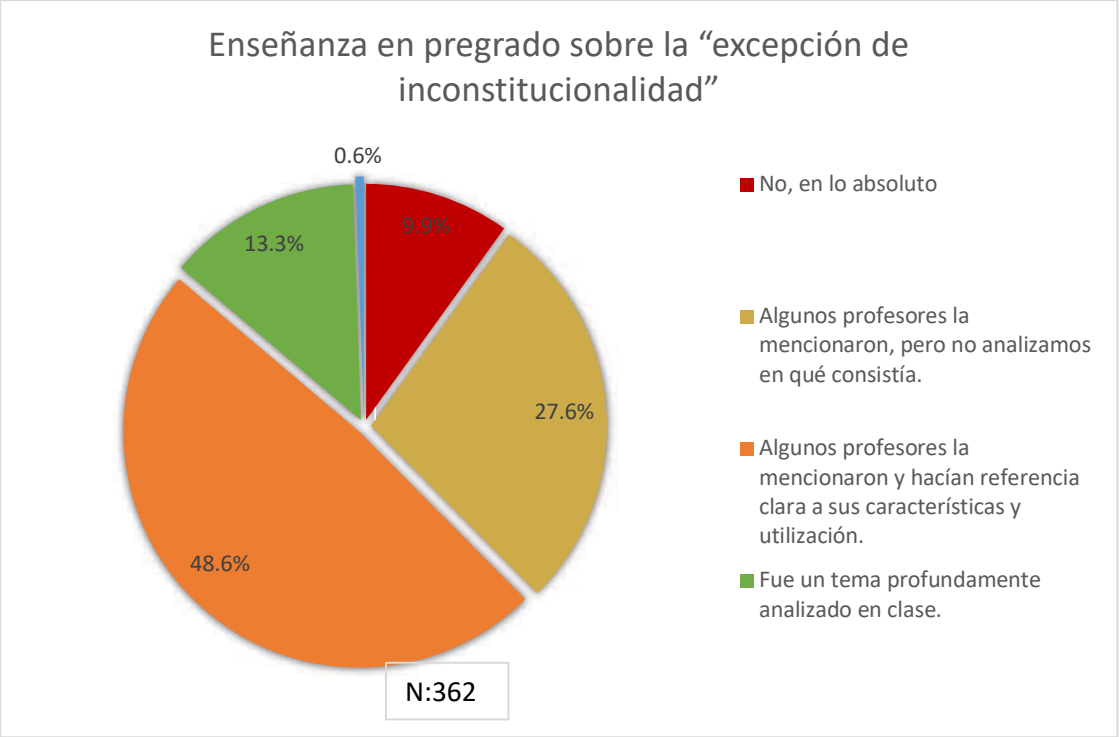
6. Dans quelle-s ville-s avez-vous principalement exercé votre profession ?



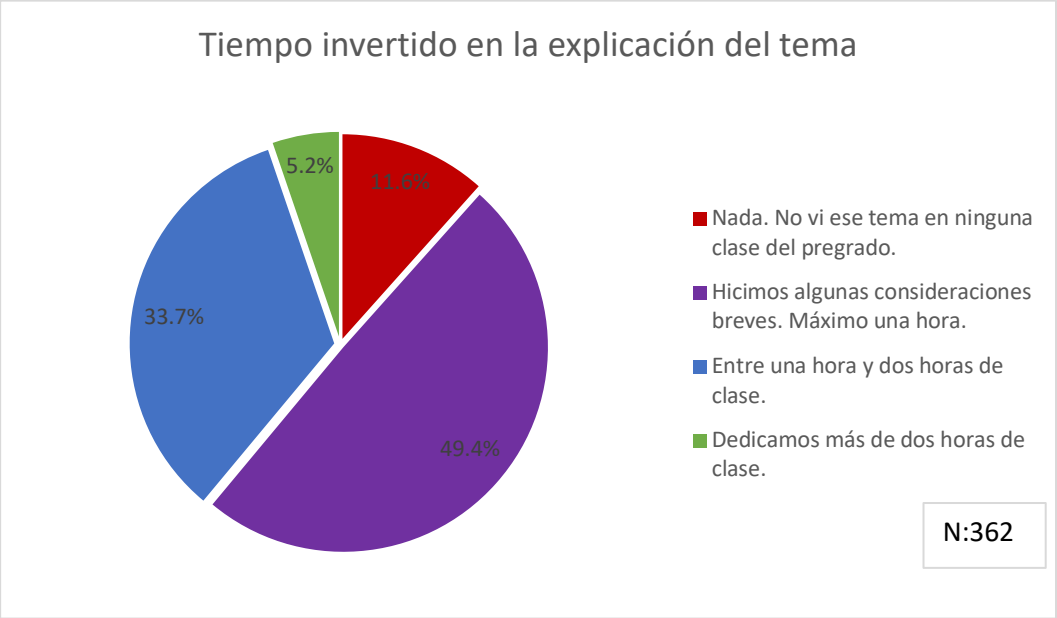
7. Dans quelle ville avez-vous effectué votre premier cycle universitaire ?



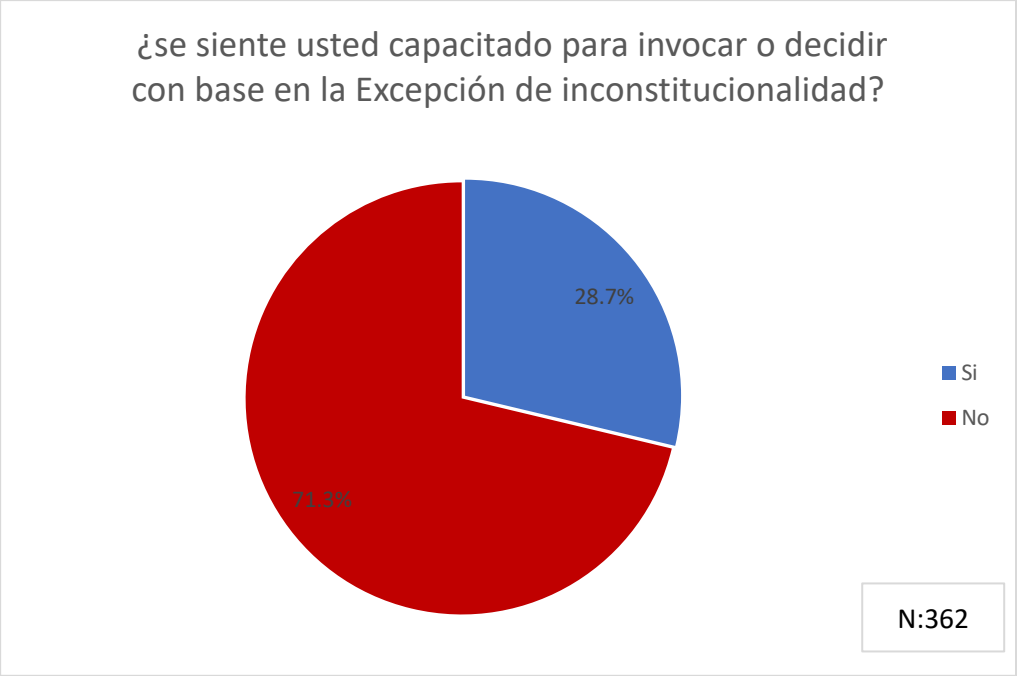
8. Avez-vous rencontré durant cette période la figure de l'exception d'inconstitutionnalité (EI)?



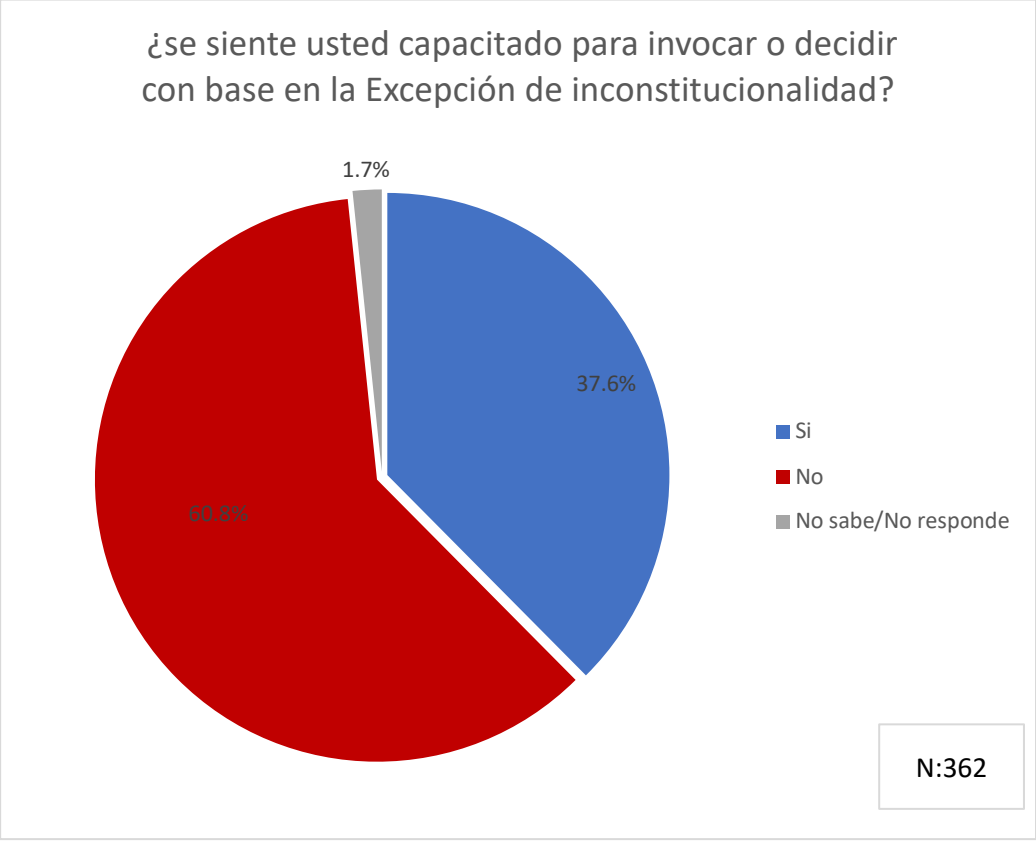
9. Pouvez-vous estimer combien de temps a été consacré à ce sujet durant votre formation ?



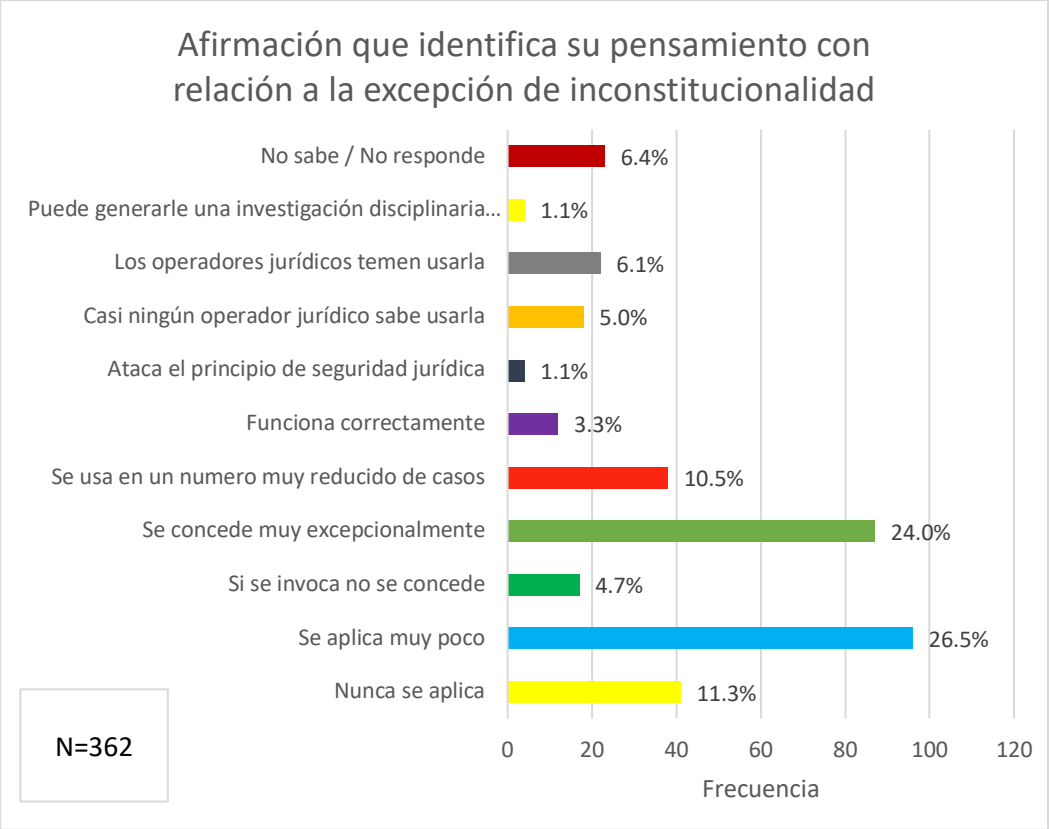
10. A partir de ce que vous avez appris à l'université, vous sentez-vous en mesure d'invoquer ou d'utiliser la figure de l'EI ?



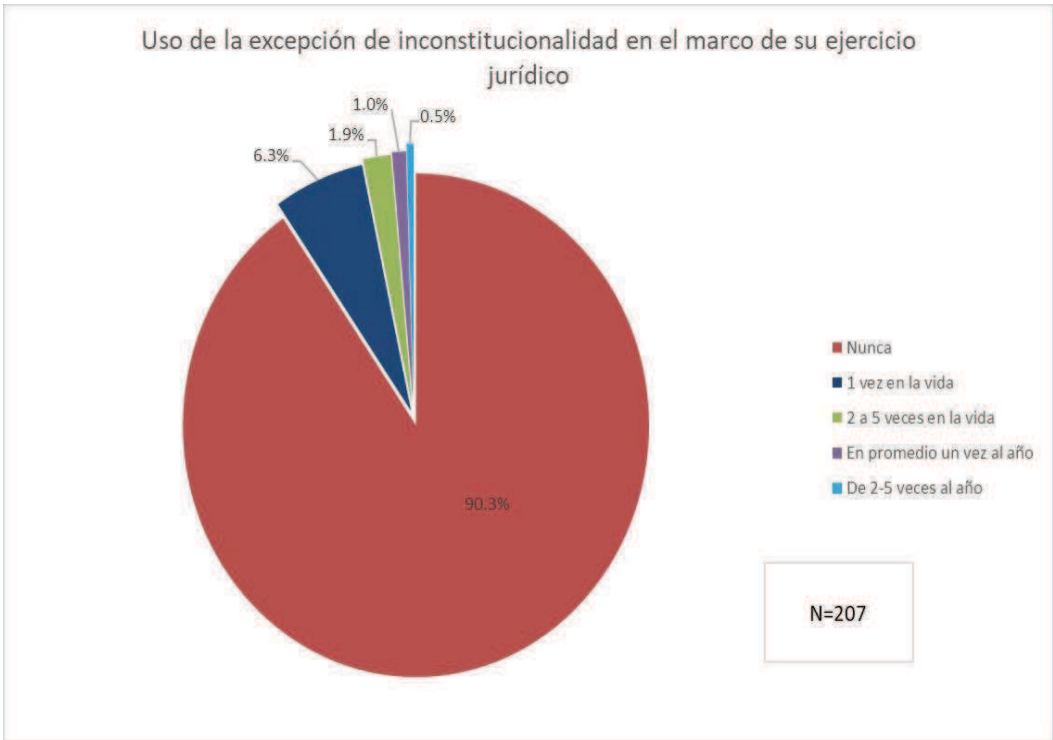
11. A partir de votre expérience professionnelle, vous sentez-vous en mesure d'invoquer ou de décider d'utiliser la figure de l'EI ?



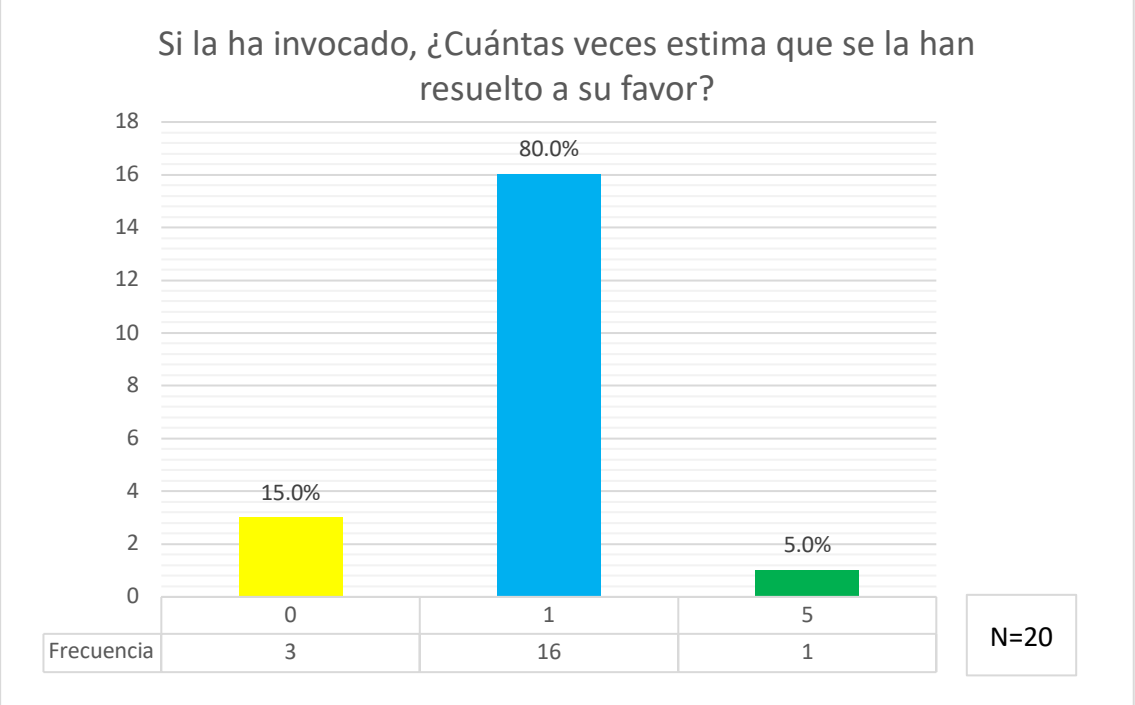
12. Avec laquelle ou lesquelles de ces options vous identifiez-vous ? (plusieurs choix sont admis)



13. Avez-vous utilisé ou invoqué, dans le cadre de l'exercice de votre profession, l'EI ? (une seule réponse)



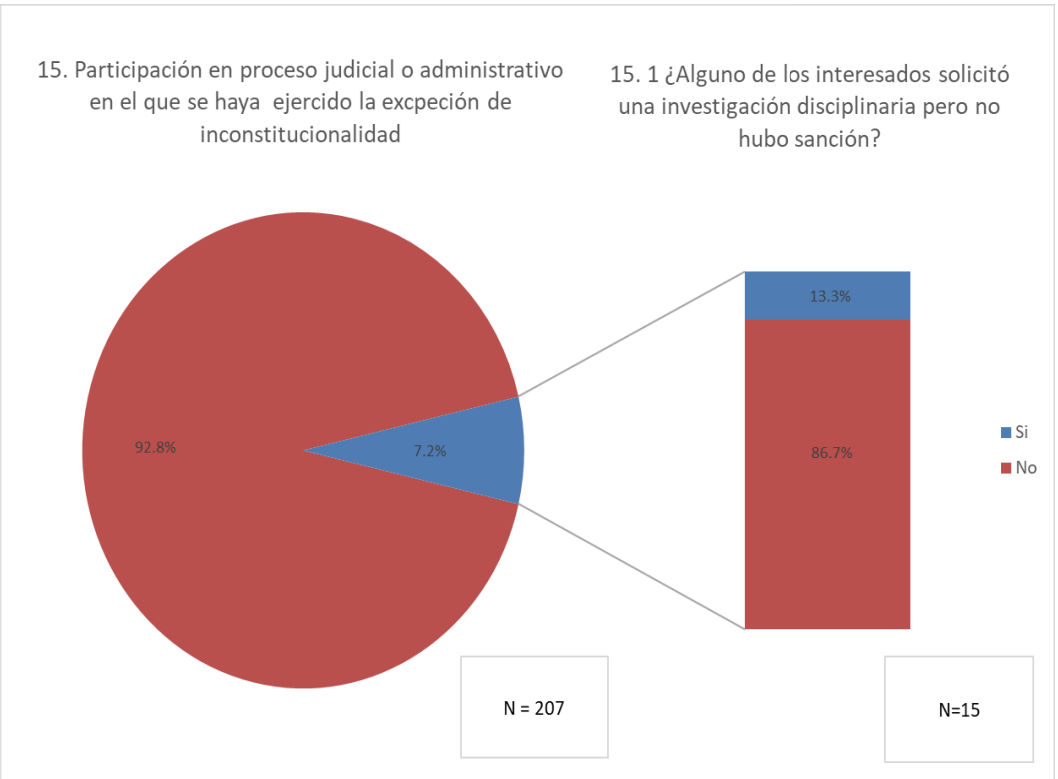
14. Combien de fois estimez-vous que l'on a tranché en votre faveur ?



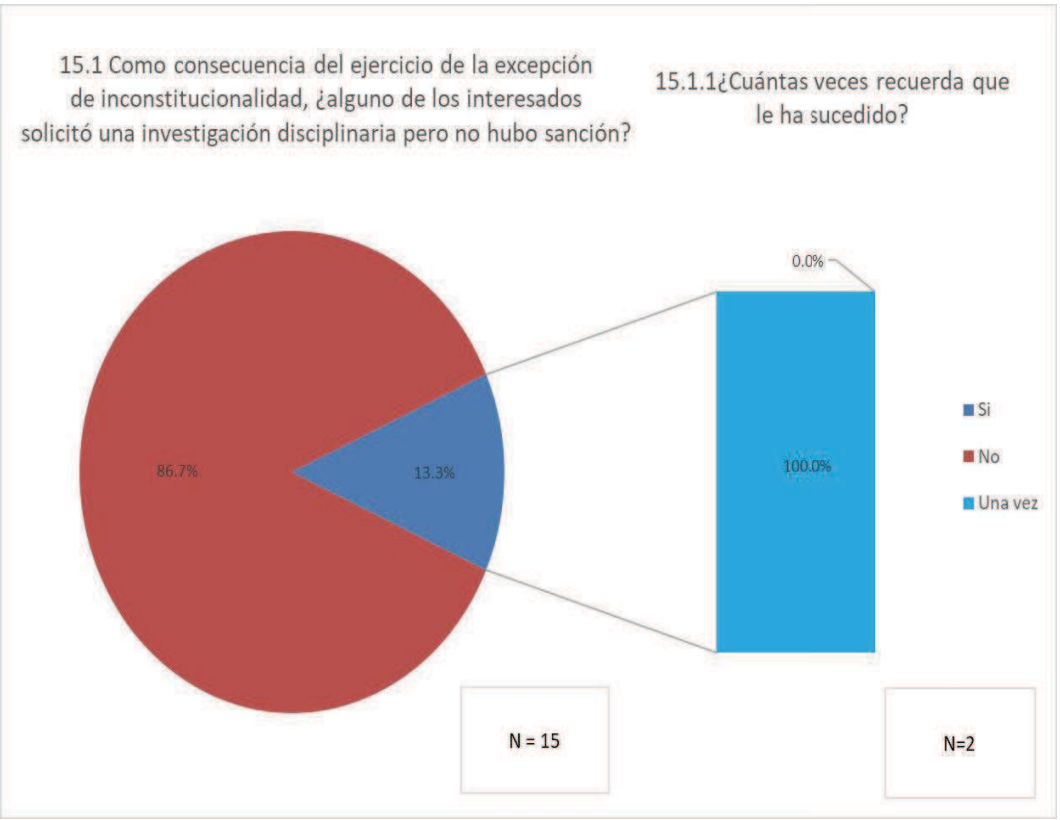
15. Avez-vous participé à un procès judiciaire ou administratif où l'on ait utilisé la figure de l'EI ?



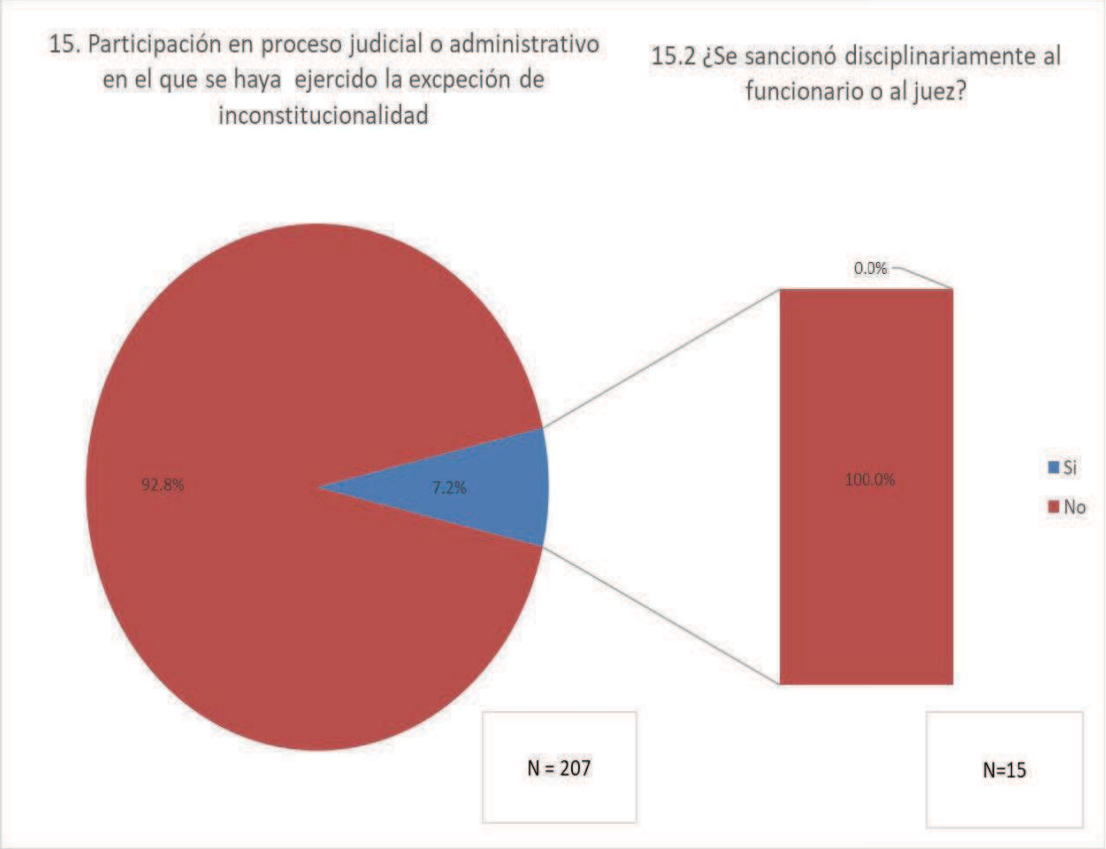
15.1. Si vous avez utilisé l'EI, pouvez-vous dire si l'une des parties a sollicité une enquête disciplinaire qui n'a pas débouché sur des sanctions ?



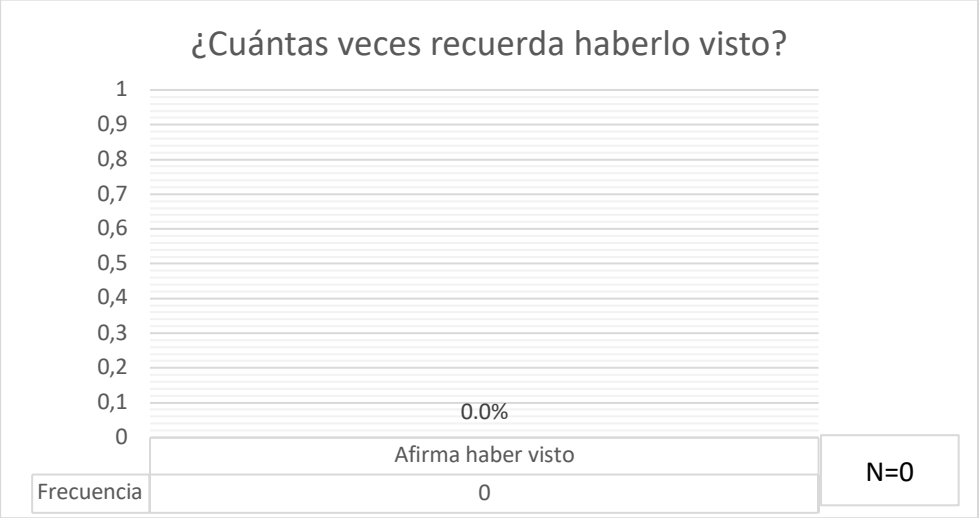
15.1.1. Si oui, combien de fois cela s'est-il produit, selon vos souvenirs ?



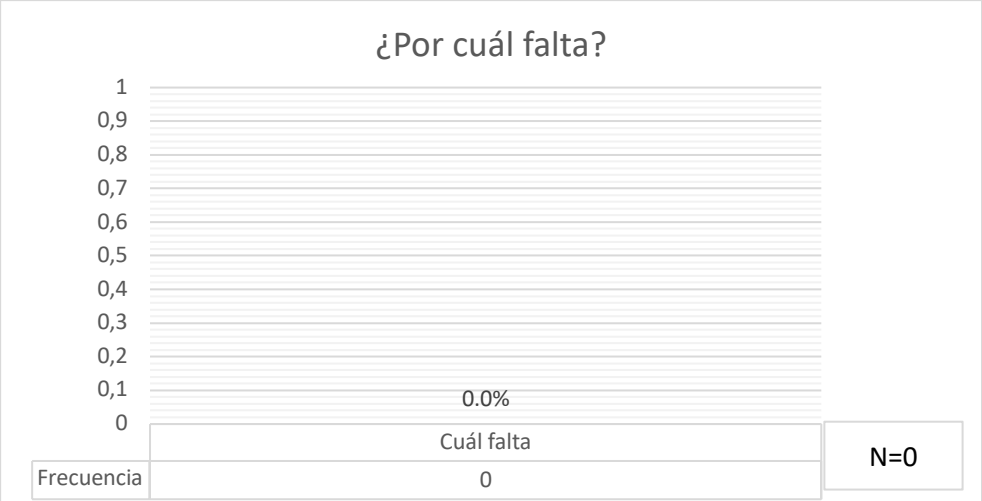
15.2. Des sanctions disciplinaires ont-elles affecté le fonctionnaire ou le juge ?



15.2.1. Combien de fois vous vous rappelez-vous avoir été en présence d'une situation comme celle-ci ?



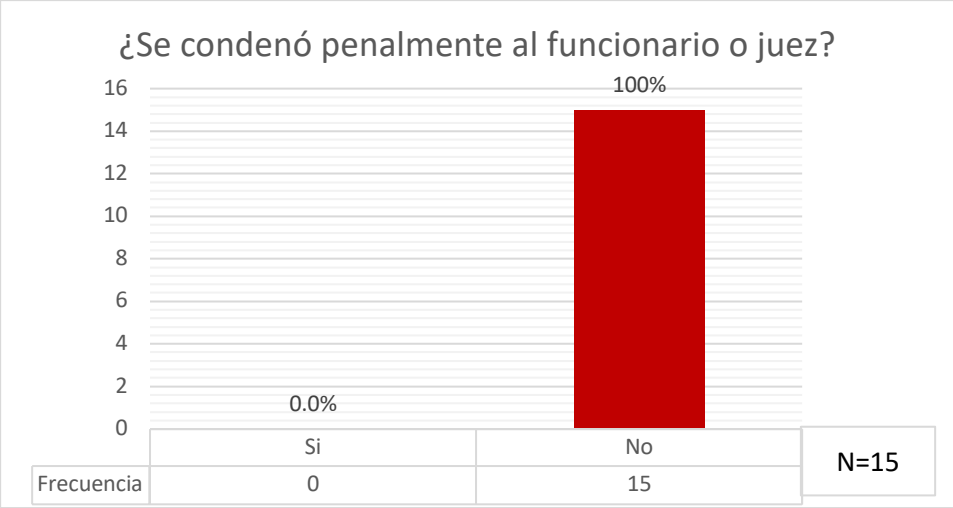
15.2.2. Quelle était la faute incriminée ?



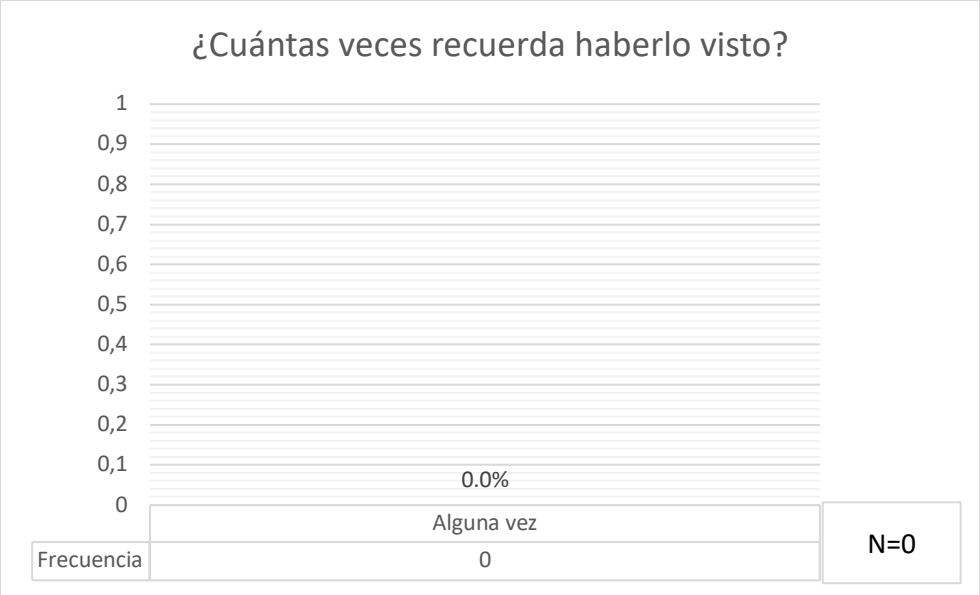
15.3. Dans le cadre d'un procès, des parties ont-elles exigé une enquête pénale, même s'il n'y a pas eu de condamnation ?



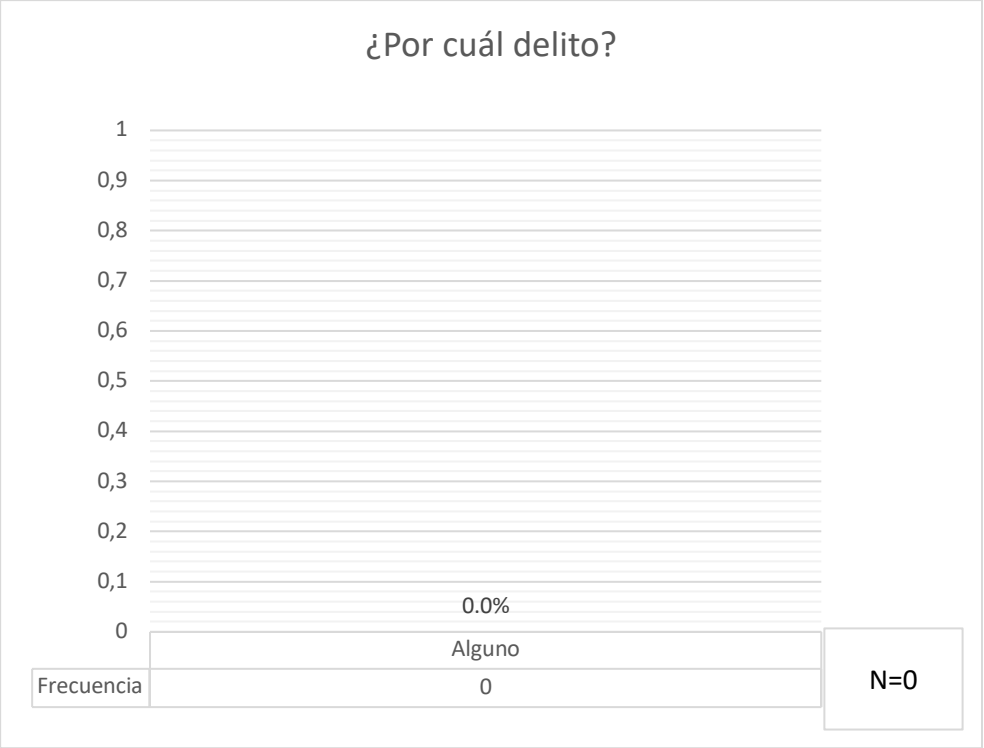
15.4. Toujours dans ce cadre, un fonctionnaire ou un juge a-t-il été condamné ?



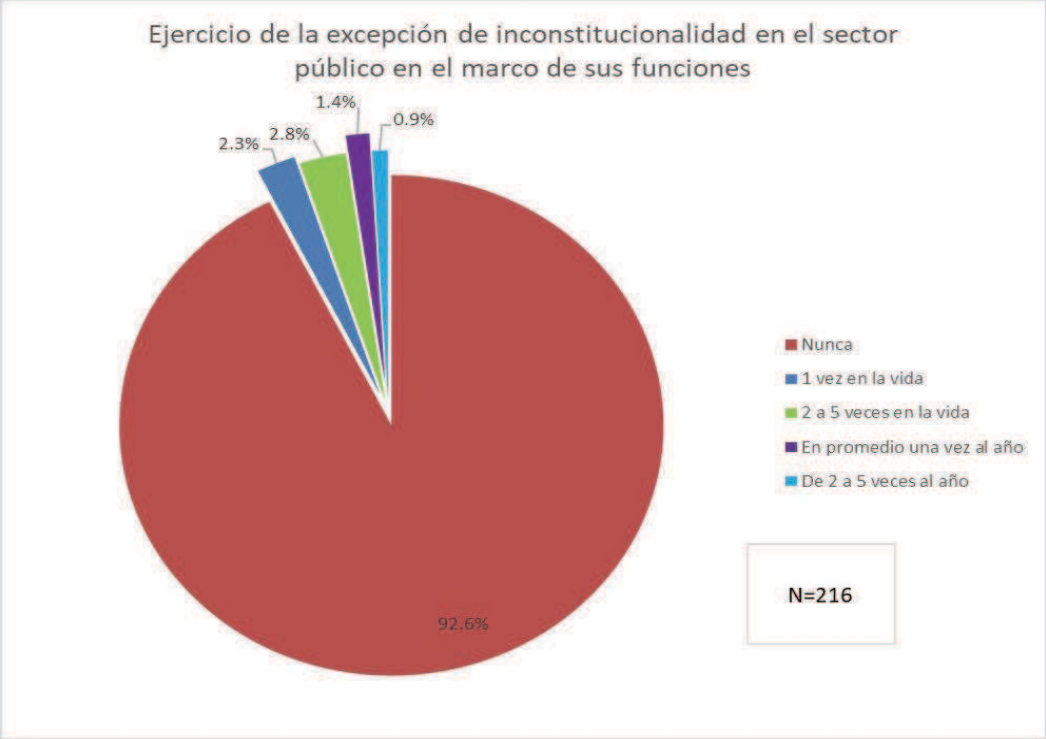
15.4.1. Si c'était le cas, combien de fois vous souvenez-vous avoir été en présence d'une situation comme celle-ci ?



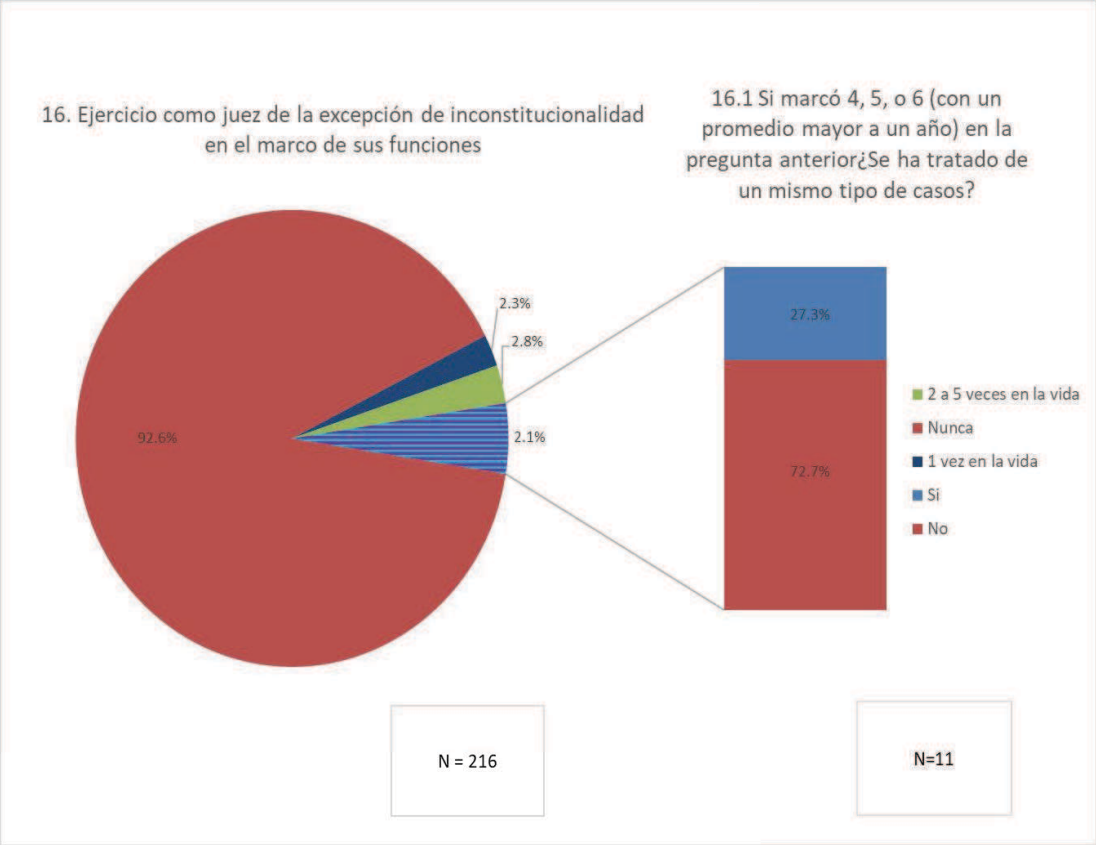
15.4.2. Dans ce cas, de quel délit était-il accusé ?



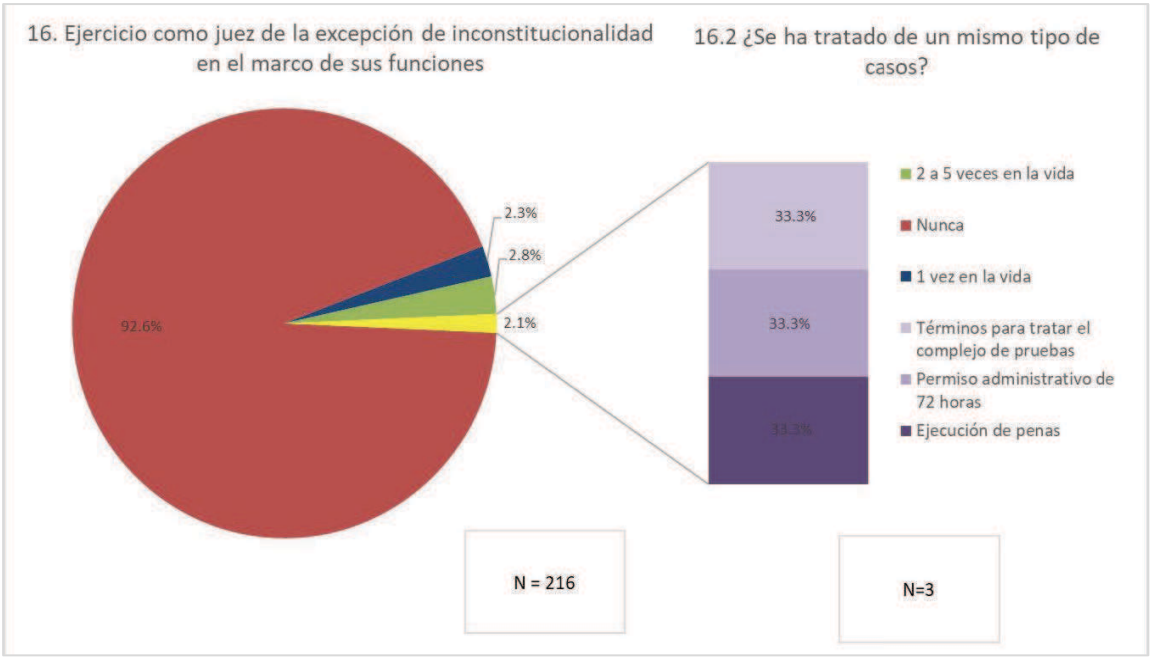
16. Avez-vous déjà exercé (vous ou vos collaborateurs) l'EI dans le cadre de vos fonctions ?



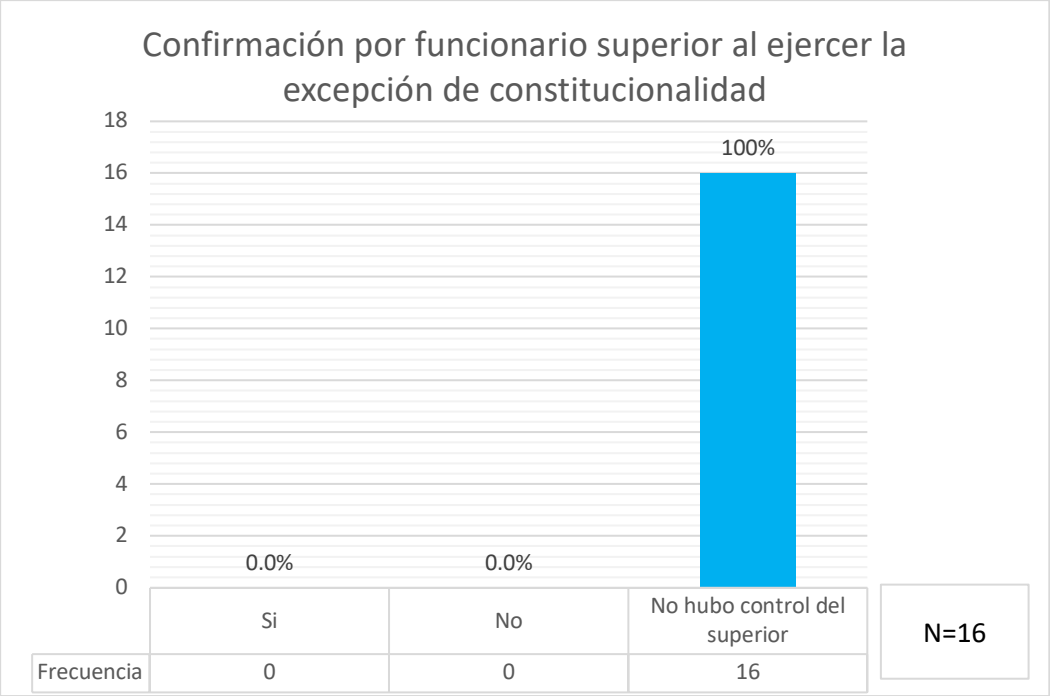
16.1. Si vous avez répondu 4, 5, ou 6 (avec une moyenne supérieure à au moins un an) à la question antérieure, s'agissait-il du même type de cas ?



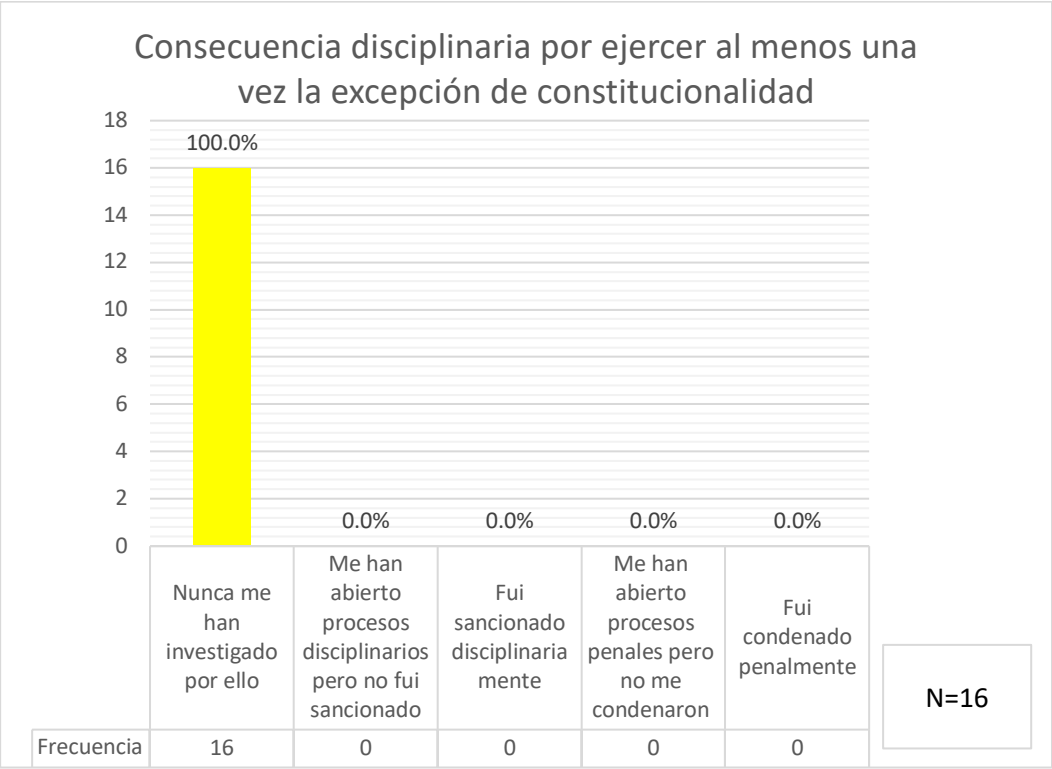
16.2. Si la réponse est "oui", de quel type de cas s'agissait-il ?



17. Si vous avez exercé l'EI au moins une fois dans votre vie professionnelle, les décisions ont-elles été confirmées par le juge/fonctionnaire supérieur ?



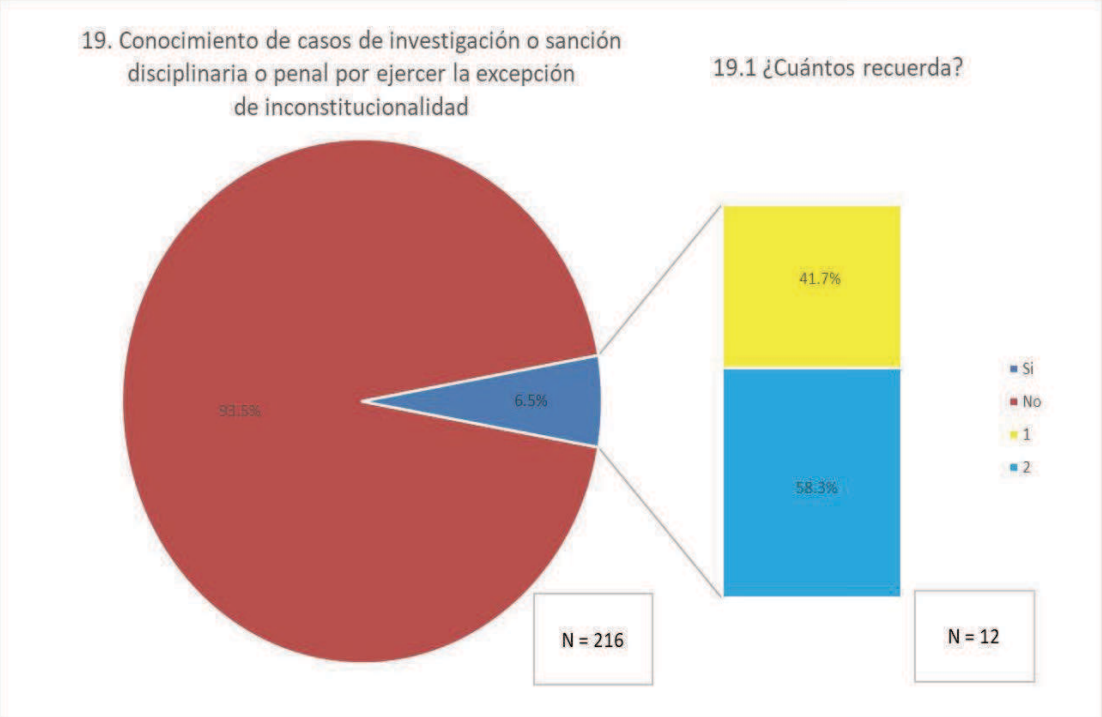
18. Si vous avez exercé l'EI au moins une fois dans votre vie professionnelle, avez-vous subi une quelconque conséquence disciplinaire ou pénale liée à l'EI (vous pouvez choisir plusieurs options si c'est le cas) ?



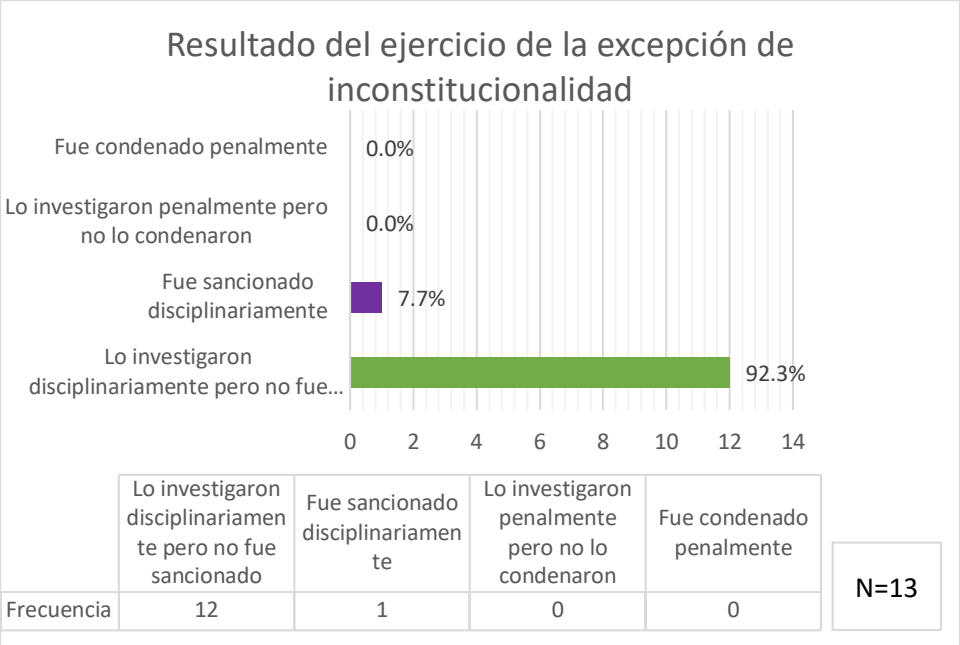
19. Connaissez-vous ou avez-vous entendu parler de cas dans lesquels un collègue juge, fonctionnaire ou contractuel a fait l'objet d'enquêtes ou de sanctions disciplinaires ou pénales du fait de l'usage de l'EI ?



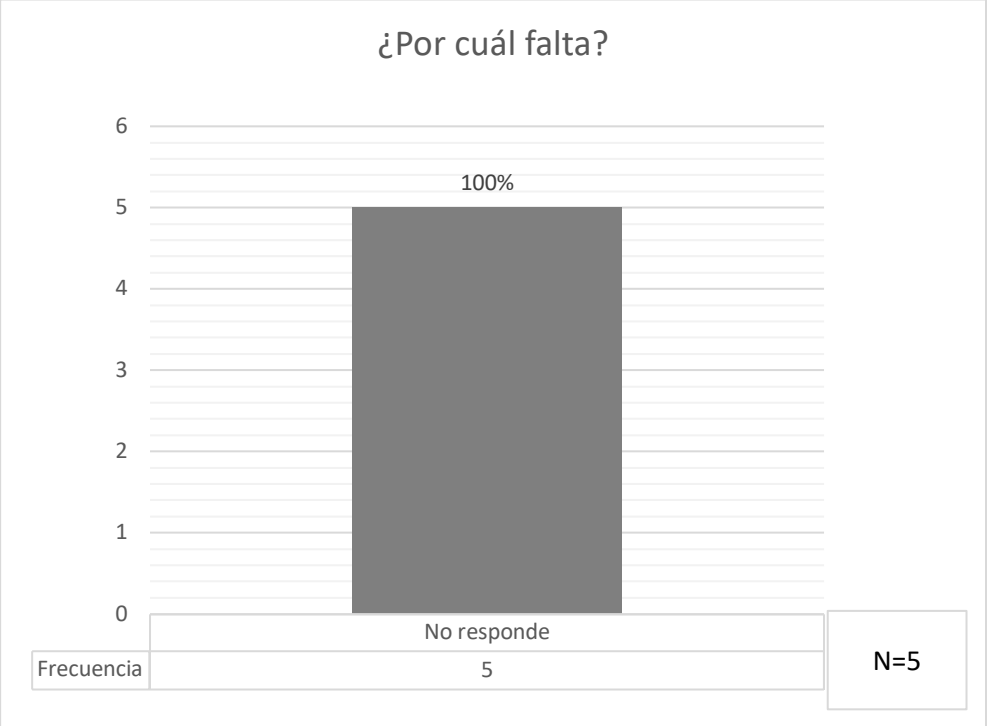
19.1. Si oui, de combien de cas s'agit-il ?



19.2. Si votre réponse à la réponse antérieure est oui, sélectionnez les différentes options de cas.

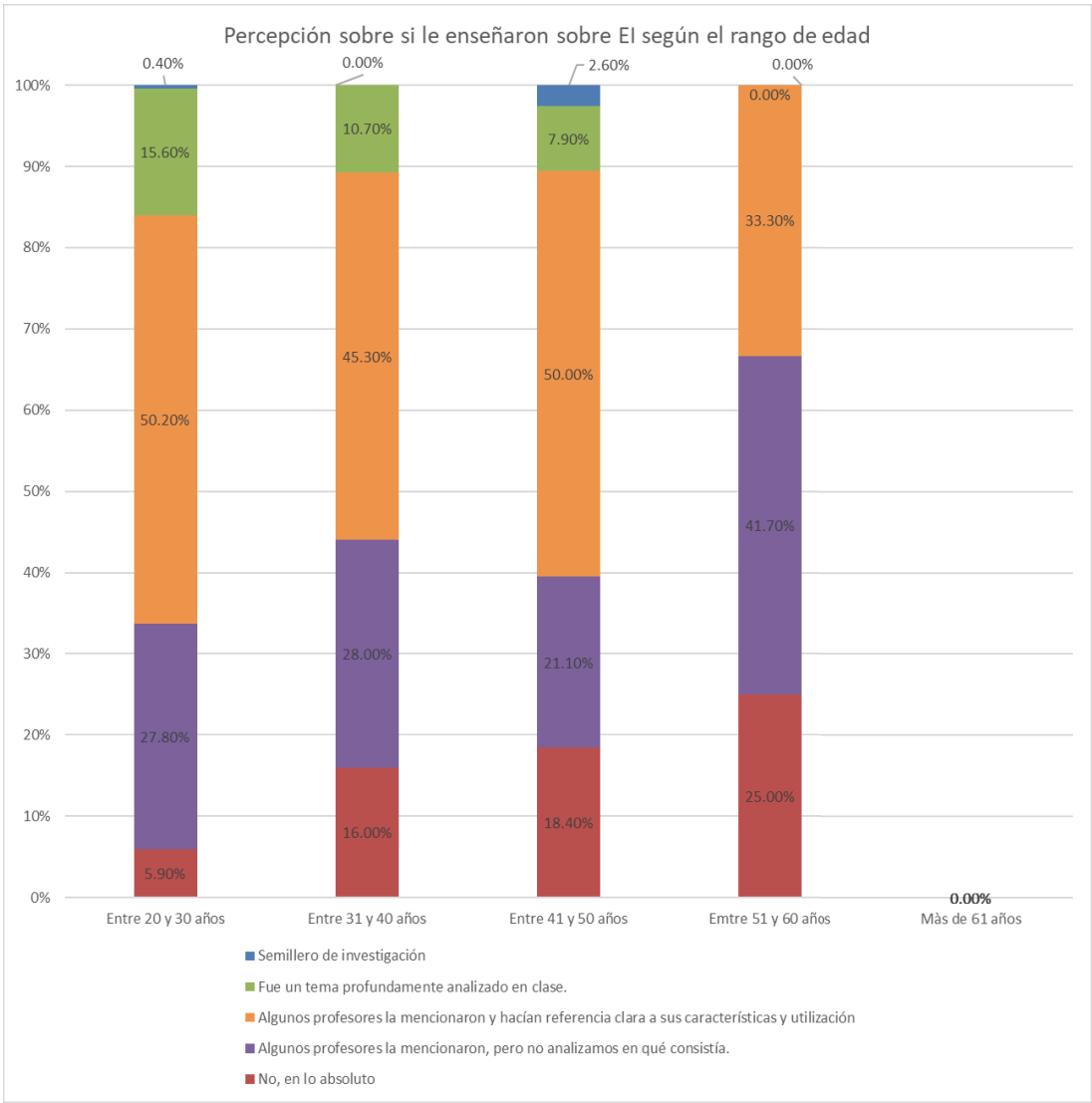


19.2.1. Quelle était la faute incriminée ?

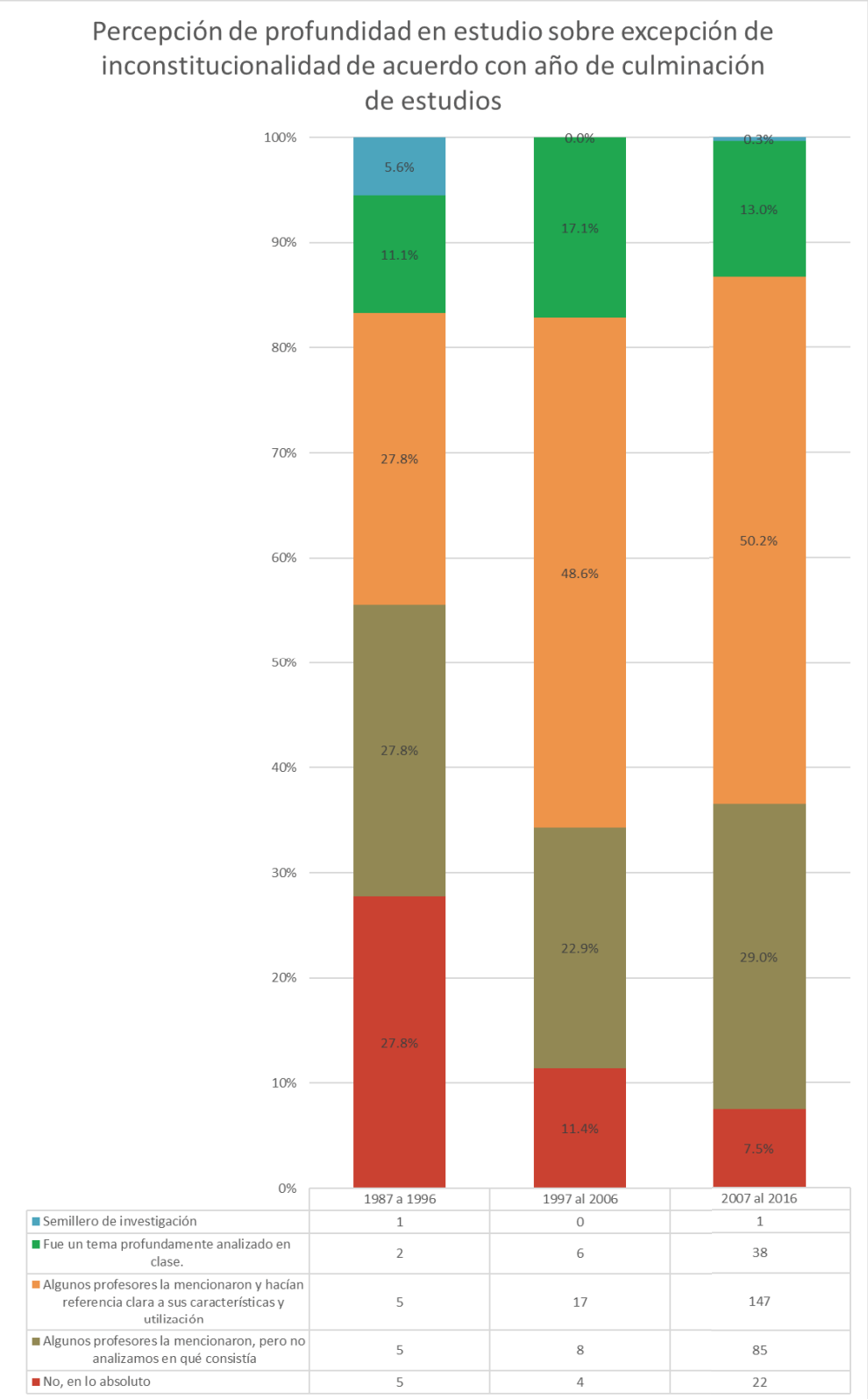


SECONDE PARTIE : RÉSULTATS DE DONNÉES CROISÉES

20. Classement par tranches d'âge (année de fin d'études) / enseignement de l'EI pendant les études de premier cycle universitaire (P4xP8)

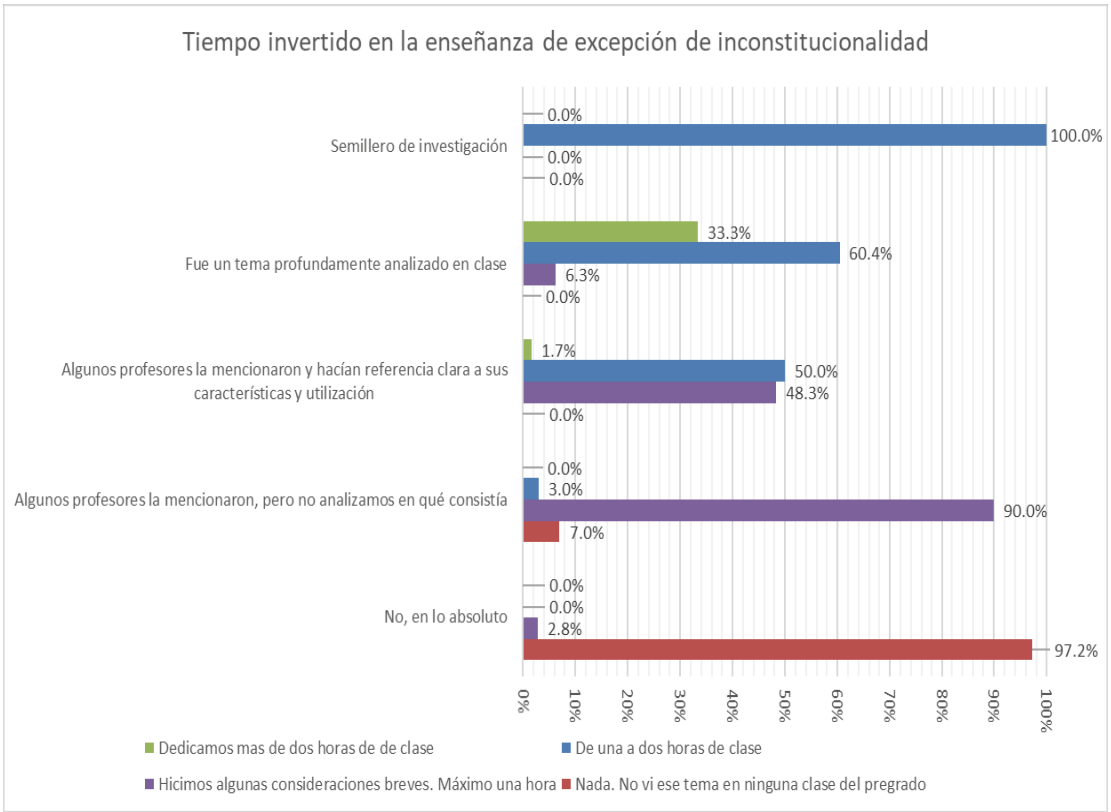


21. Perception de la profondeur d'exposition de la figure de l'EI / Classement par tranches d'âge (année de fin d'études) (P5xP8)

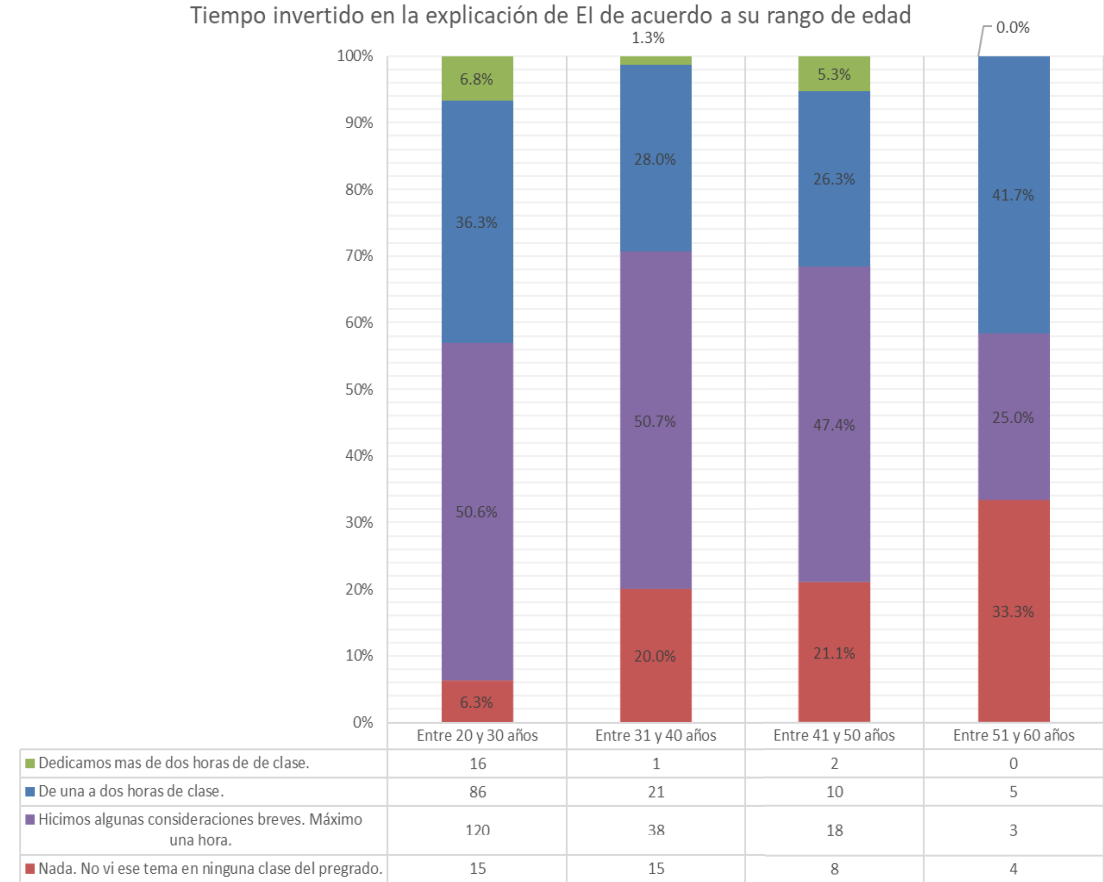


	1987 a 1996	1997 al 2006	2007 al 2016
Semillero de investigación	1	0	1
Fue un tema profundamente analizado en clase.	2	6	38
Algunos profesores la mencionaron y hacían referencia clara a sus características y utilización	5	17	147
Algunos profesores la mencionaron, pero no analizamos en qué consistía	5	8	85
No, en lo absoluto	5	4	22

22. Temps d'enseignement de l'EI dans le premier cycle (P9xP8)

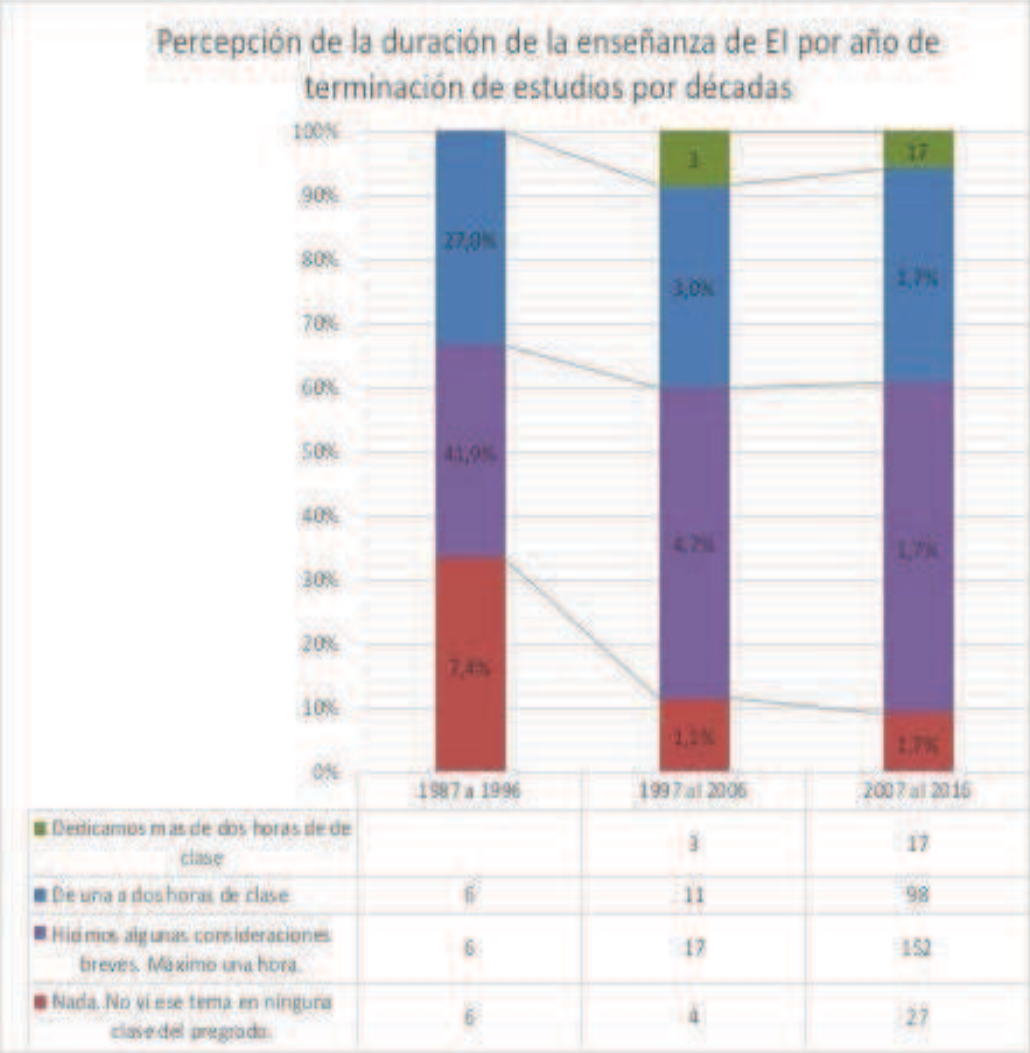


23. Relation entre les tranches d'âge et la déclaration du temps d'enseignement de l'EI durant le premier cycle (P9xP4)



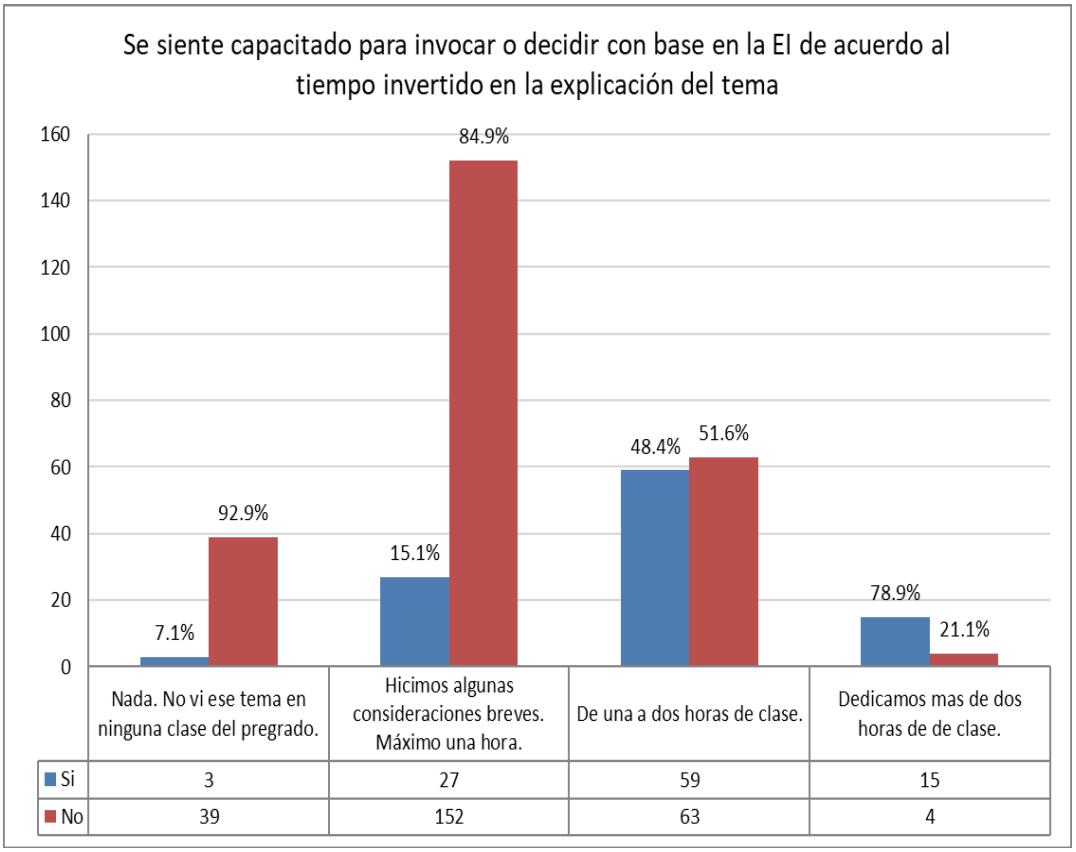
	Entre 20 y 30 años	Entre 31 y 40 años	Entre 41 y 50 años	Entre 51 y 60 años
Dedicamos mas de dos horas de de clase.	16	1	2	0
De una a dos horas de clase.	86	21	10	5
Hicimos algunas consideraciones breves. Máximo una hora.	120	38	18	3
Nada. No vi ese tema en ninguna clase del pregrado.	15	15	8	4

24. Relation entre l'année de fin d'études et la perception de la profondeur de l'enseignement (P9xP5)

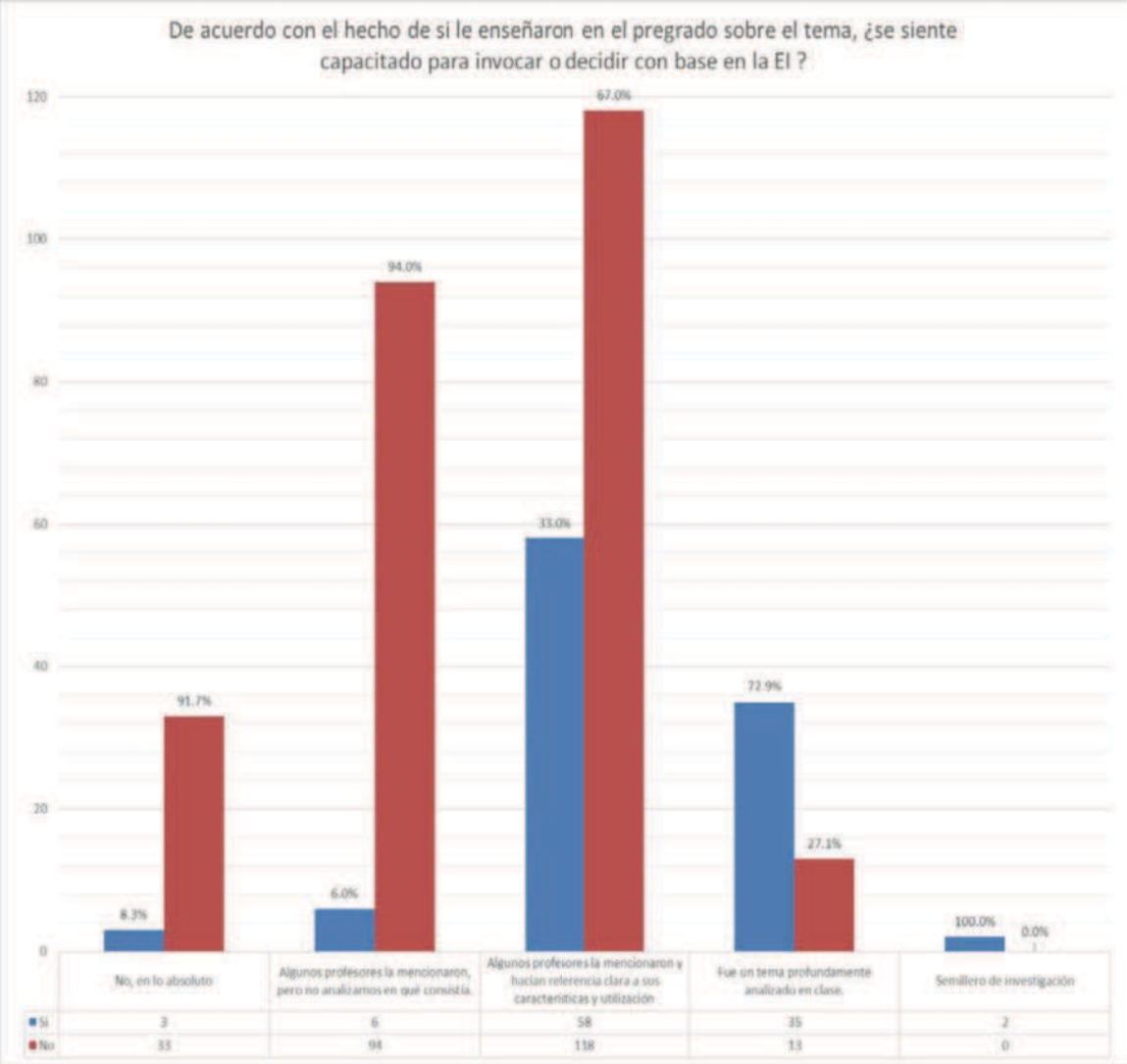


	1987 a 1996	1997 al 2006	2007 al 2016
Dedicamos mas de dos horas de de clase		3	17
De una a dos horas de clase	6	11	98
Hicimos algunas consideraciones breves. Máximo una hora.	6	17	152
Nada. No vi ese tema en ninguna clase del pregrado.	6	4	27

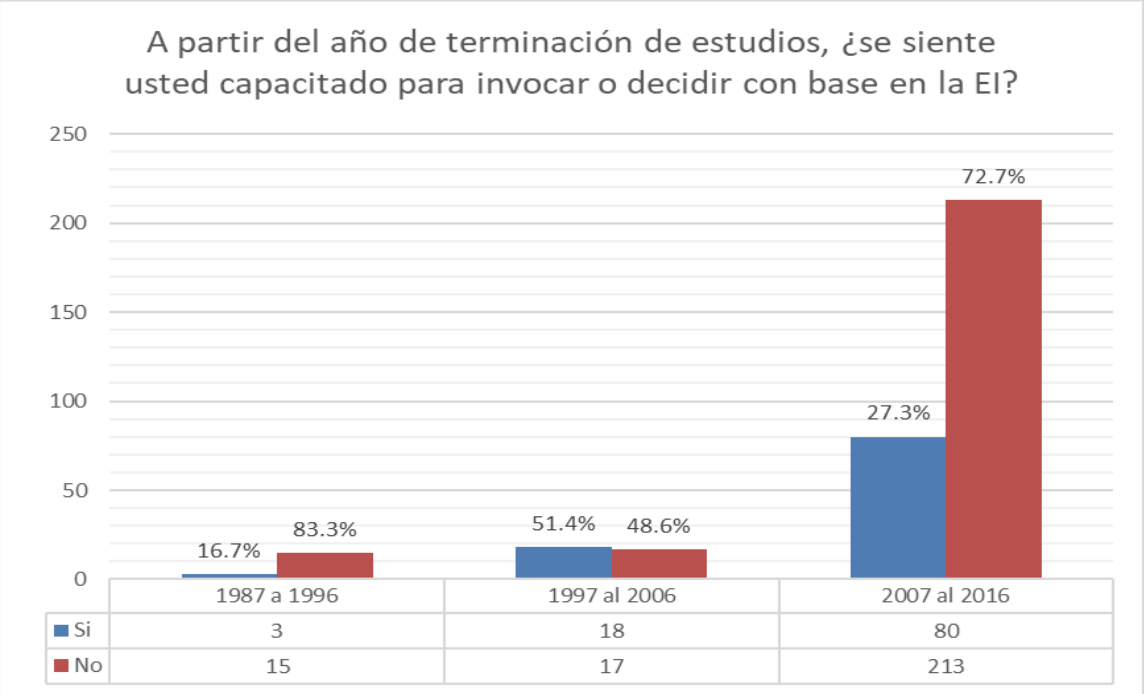
25. Relation entre le temps investi durant les études à l'explication de l'EI et la perception personnelle de la capacité à invoquer ou décider dans le cadre de l'EI (P9xP10)



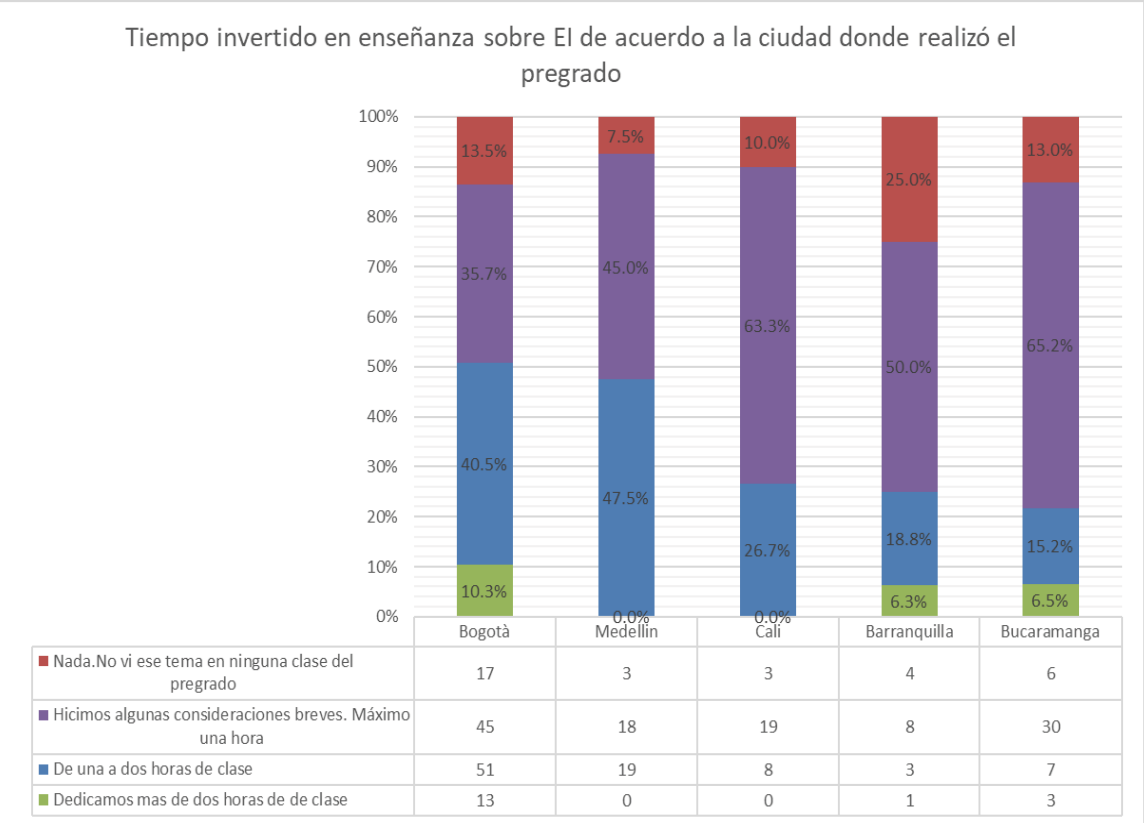
26. Relation entre la déclaration sur l'enseignement de l'EI durant le premier cycle et la perception personnelle de la capacité à invoquer ou décider dans le cadre de l'EI



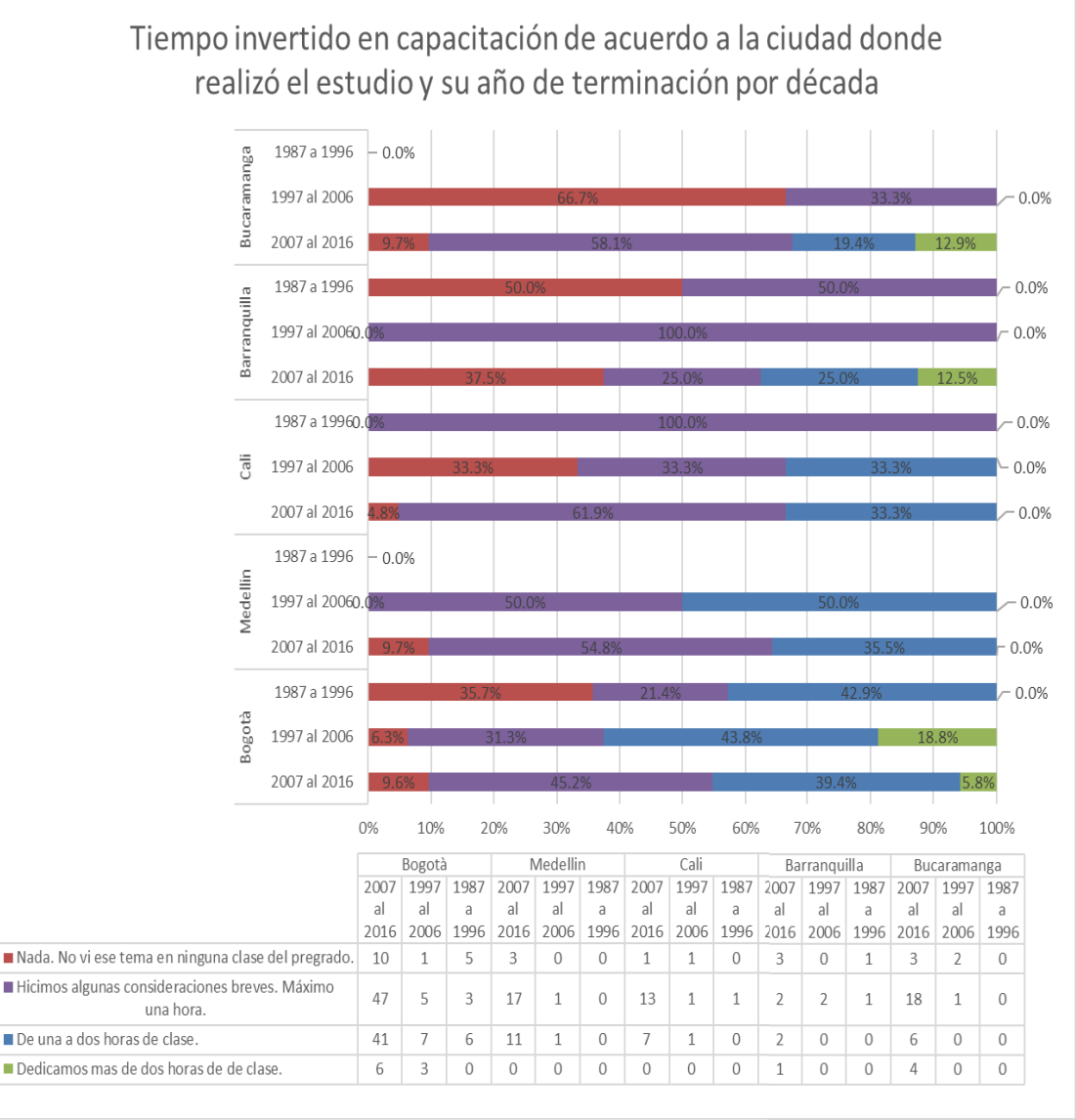
27. Relation entre la déclaration de fin d'études et la perception personnelle de la capacité à invoquer ou décider dans le cadre de l'EI (P10xP5)



28. Relation entre le lieu d'études du premier cycle et le temps investi par le professeur à l'explication de l'EI (P9xP7)

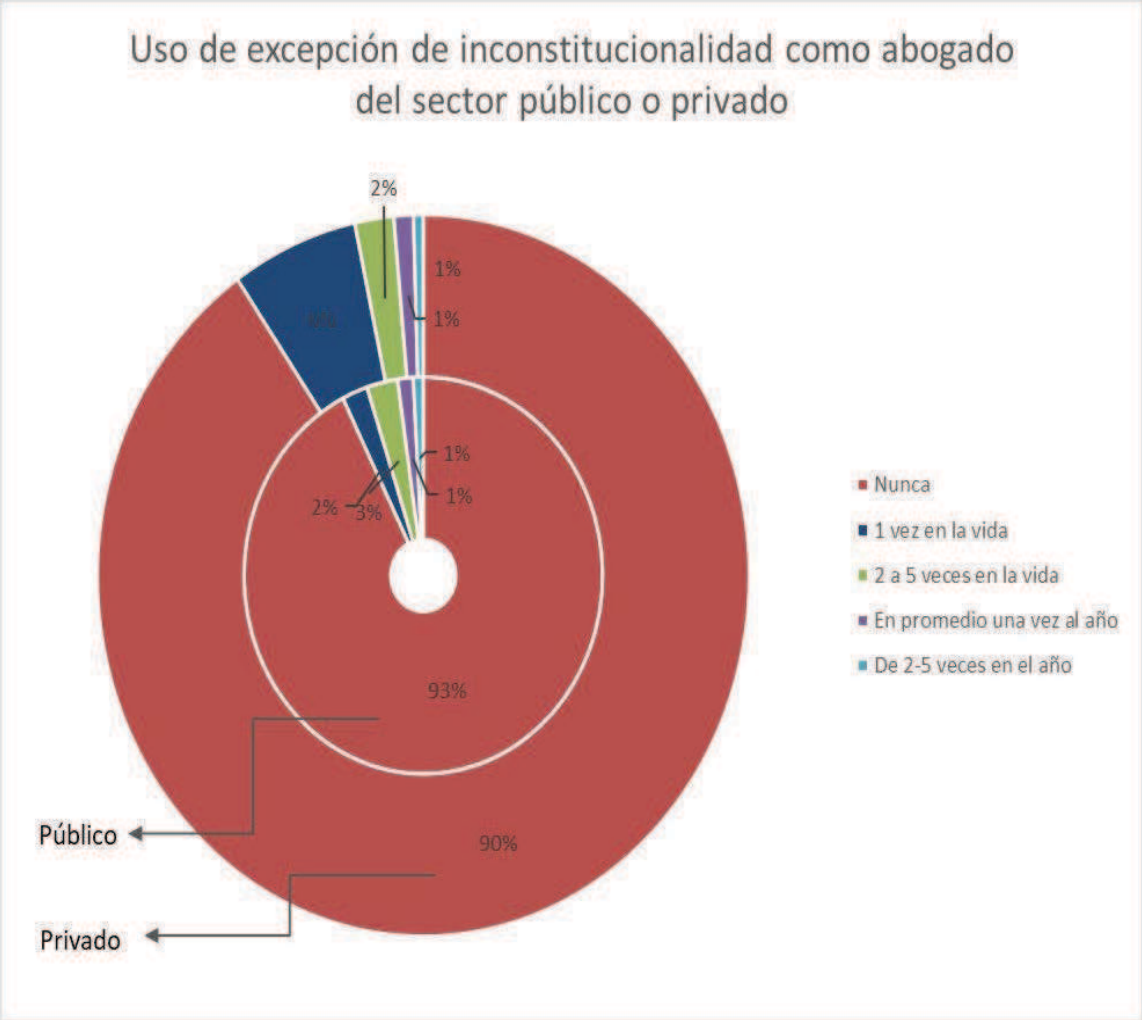


29. Relation entre le lieu d'études du premier cycle, l'année de fin d'études et le temps investi dans l'explication de l'EI (P9xP5xP7)

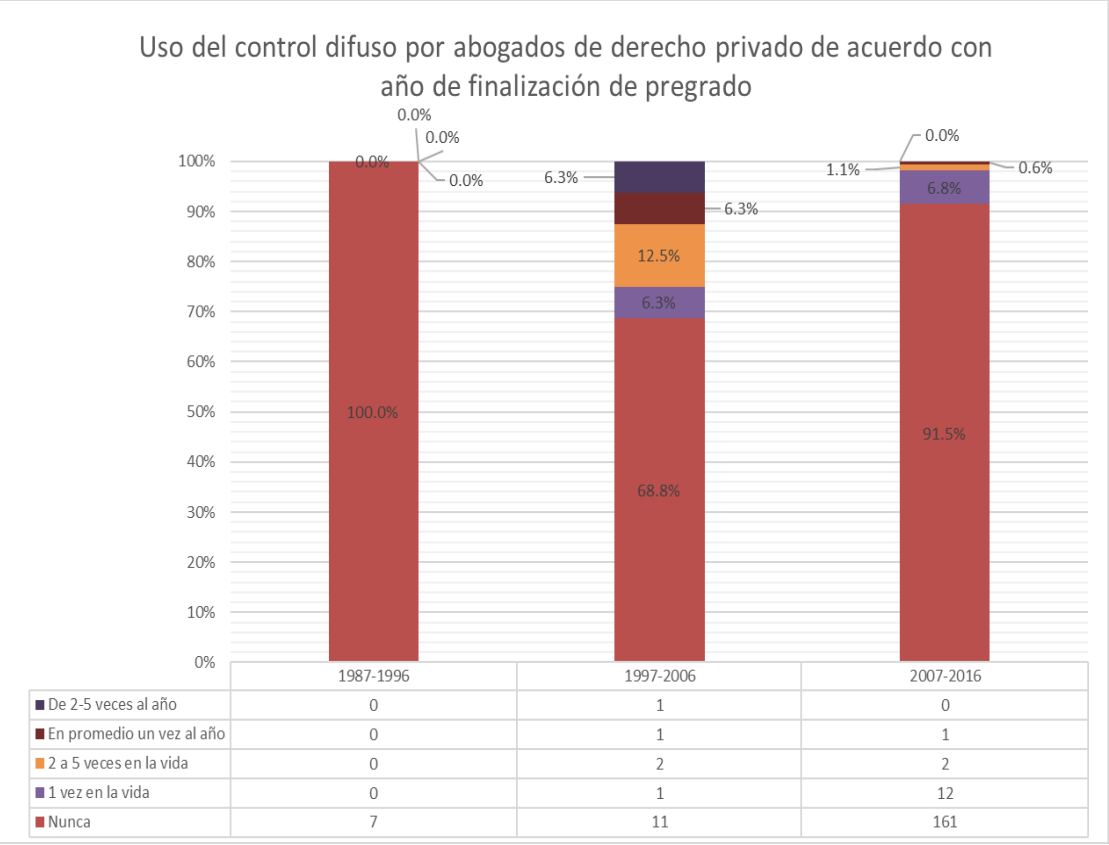


	Bogotà			Medellin			Cali			Barranquilla			Bucaramanga		
	2007 al 2016	1997 al 2006	1987 a 1996	2007 al 2016	1997 al 2006	1987 a 1996	2007 al 2016	1997 al 2006	1987 a 1996	2007 al 2016	1997 al 2006	1987 a 1996	2007 al 2016	1997 al 2006	1987 a 1996
Nada. No vi ese tema en ninguna clase del pregrado.	10	1	5	3	0	0	1	1	0	3	0	1	3	2	0
Hicimos algunas consideraciones breves. Máximo una hora.	47	5	3	17	1	0	13	1	1	2	2	1	18	1	0
De una a dos horas de clase.	41	7	6	11	1	0	7	1	0	2	0	0	6	0	0
Dedicamos mas de dos horas de de clase.	6	3	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	4	0	0

30. Relation entre avocats appartenant aux secteurs publics et privé avec la question “Avez-vous utilisé l’EI pendant votre pratique professionnelle ?” (P13+P16)

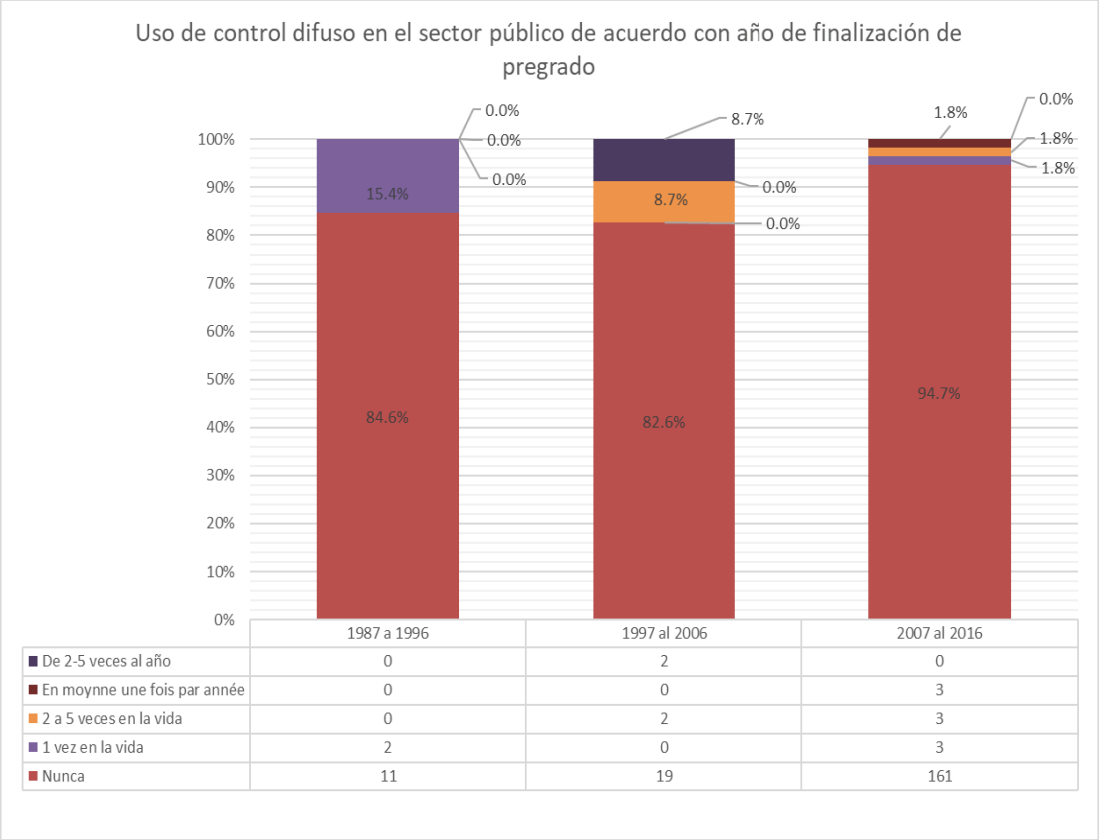


31. Relation entre l'année de fin d'études et les réponses des avocats du secteur privé à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P13 x P5)



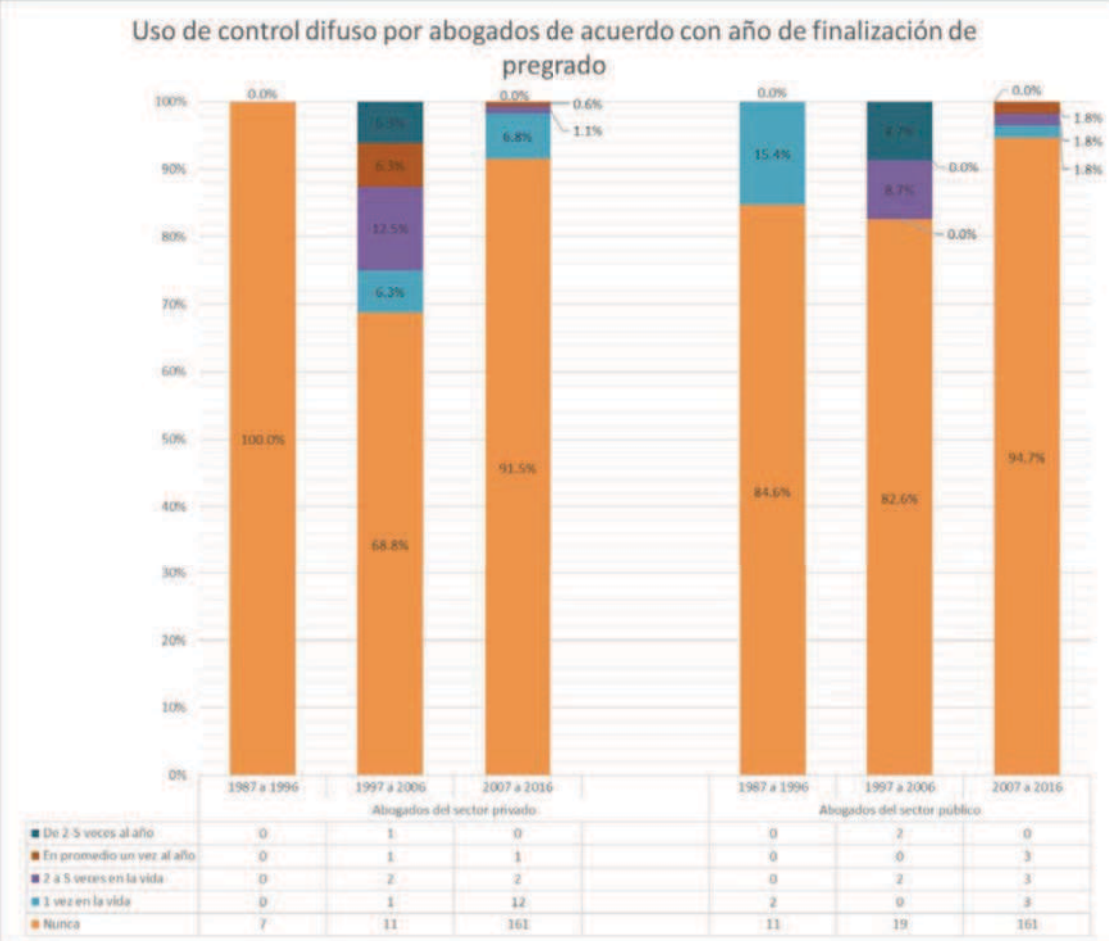
	1987-1996	1997-2006	2007-2016
De 2-5 veces al año	0	1	0
En promedio un vez al año	0	1	1
2 a 5 veces en la vida	0	2	2
1 vez en la vida	0	1	12
Nunca	7	11	161

32. Relation entre l'année de fin d'études et la question des avocats du secteur public à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ? (P16 x P5)

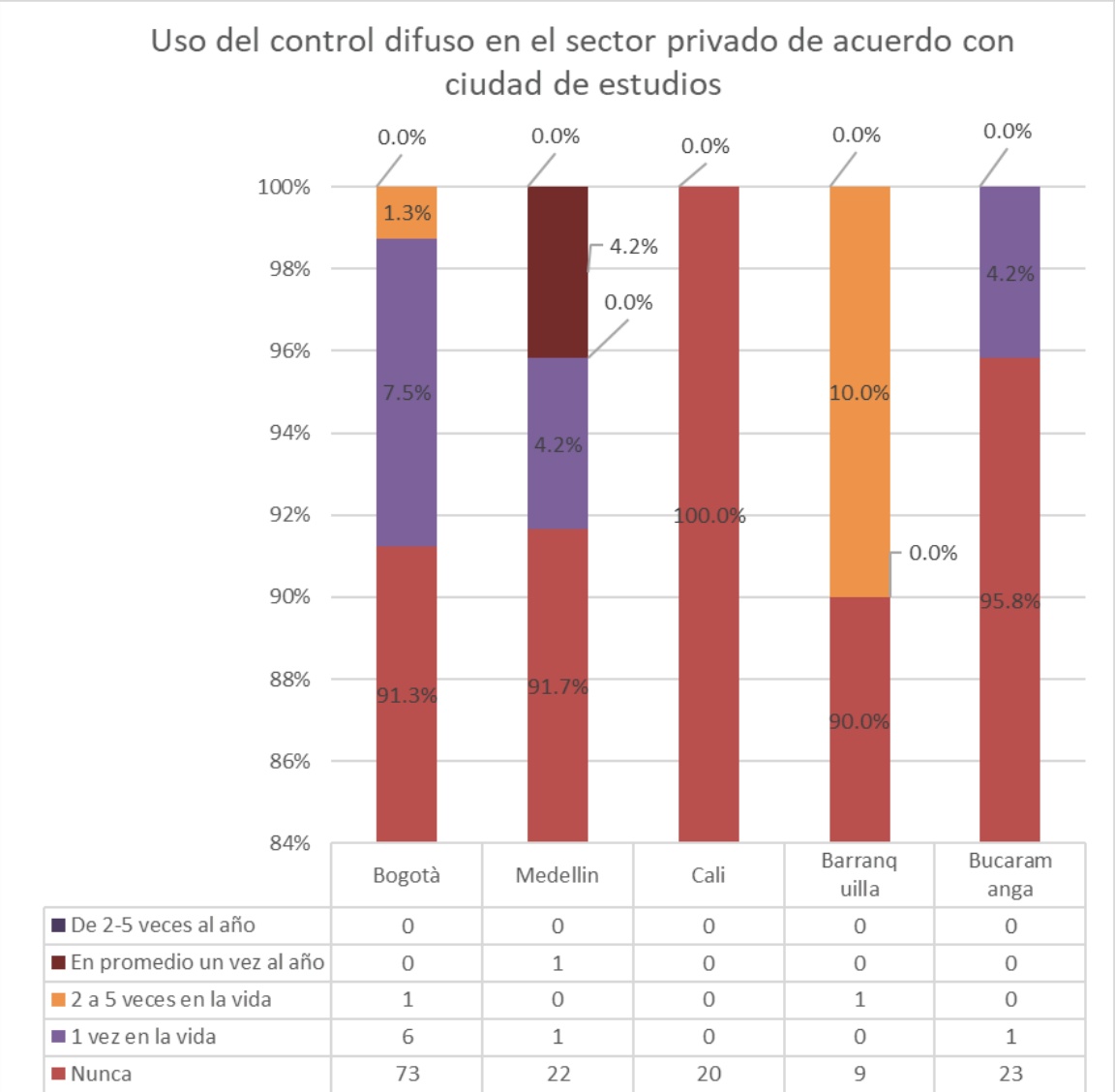


	1987 a 1996	1997 al 2006	2007 al 2016
De 2-5 veces al año	0	2	0
En moynne une fois par année	0	0	3
2 a 5 veces en la vida	0	2	3
1 vez en la vida	2	0	3
Nunca	11	19	161

33. Relation entre l'année de fin d'études et la question "Avez-vous utilisé l'EI pendant votre pratique juridique ?" (P13 + P16 x P5)

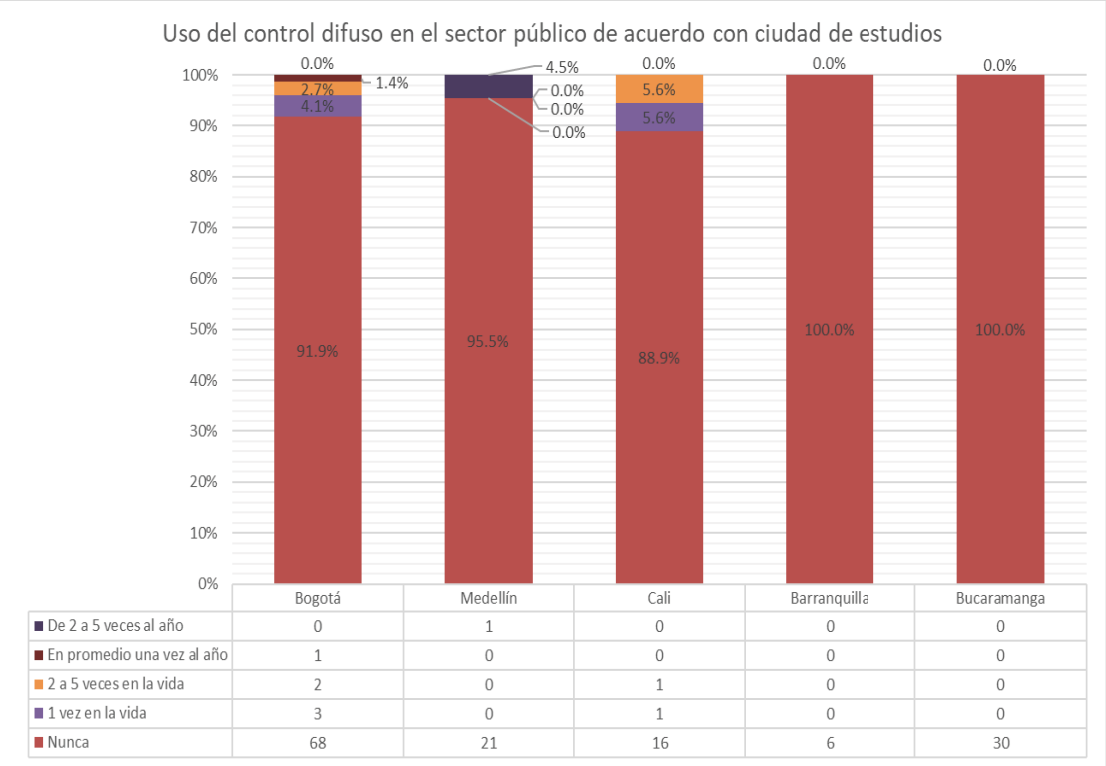


34. Relation entre le lieu d'études de premier cycle et les réponses des avocats du secteur privé à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P13xP7)



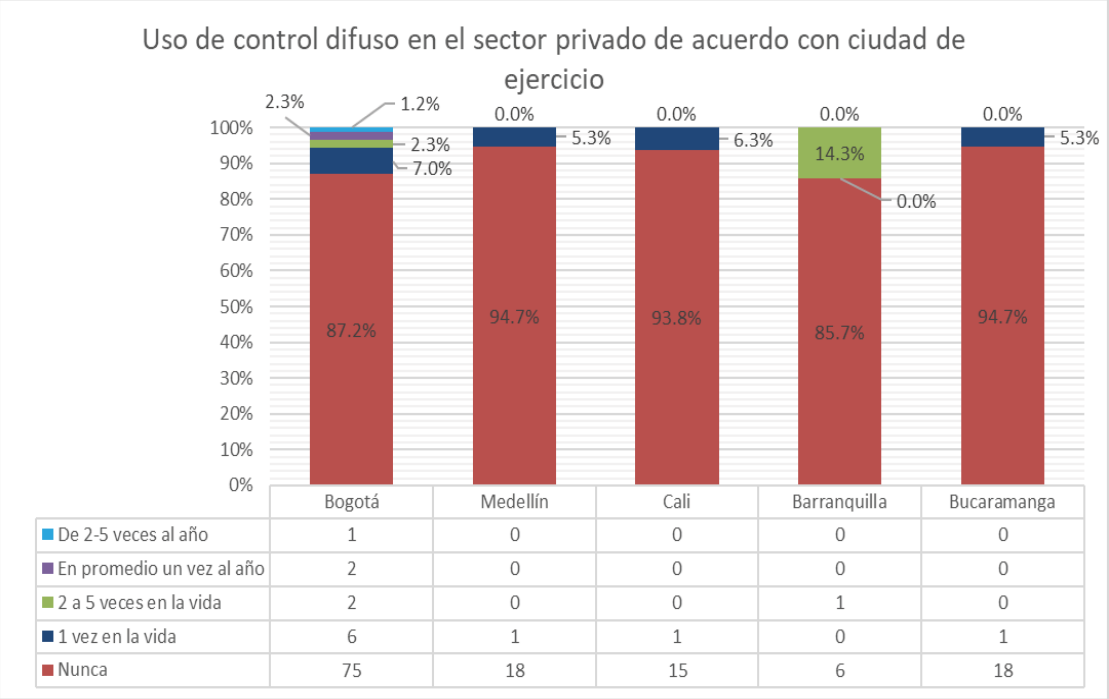
	Bogotà	Medellin	Cali	Barranquilla	Bucaramanga
De 2-5 veces al año	0	0	0	0	0
En promedio un vez al año	0	1	0	0	0
2 a 5 veces en la vida	1	0	0	1	0
1 vez en la vida	6	1	0	0	1
Nunca	73	22	20	9	23

35. Relation entre le lieu d'études de premier cycle et les réponses des avocats du secteur public à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P16xP7)



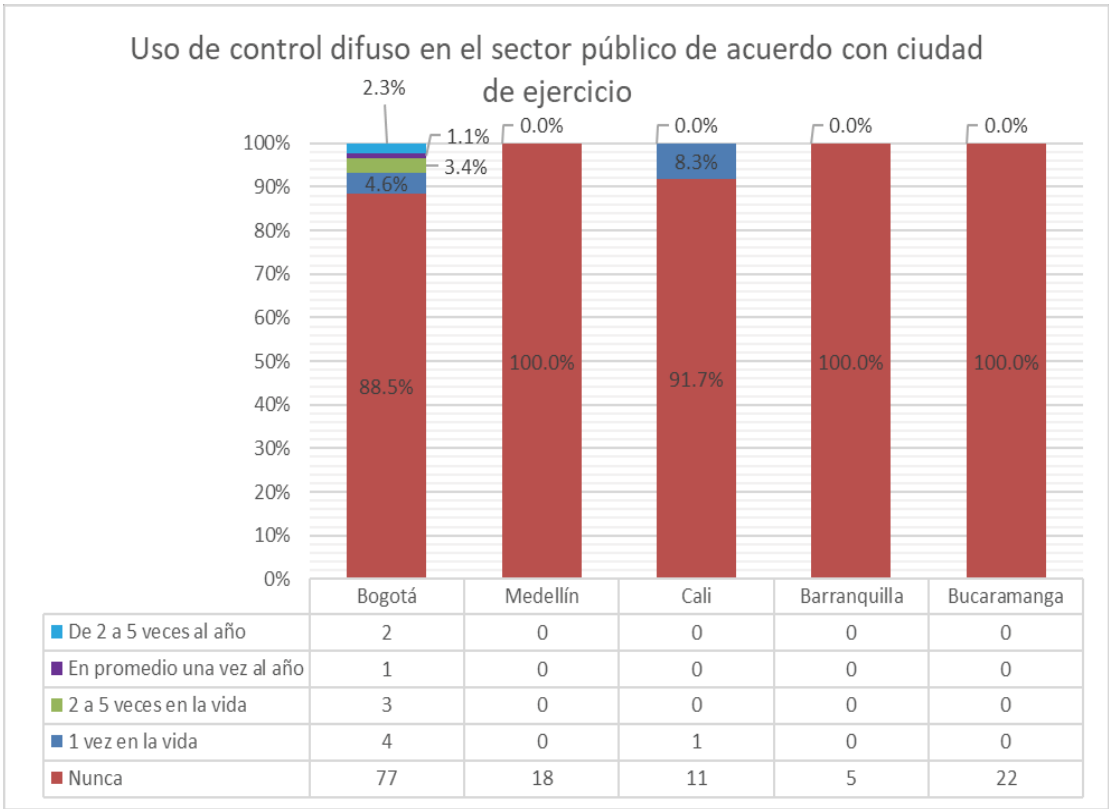
	Bogotá	Medellín	Cali	Barranquilla	Bucaramanga
De 2 a 5 veces al año	0	1	0	0	0
En promedio una vez al año	1	0	0	0	0
2 a 5 veces en la vida	2	0	1	0	0
1 vez en la vida	3	0	1	0	0
Nunca	68	21	16	6	30

36. Relation entre le lieu où ils exercent leur profession et les réponses des avocats du secteur privé à la question "Avez-vous invoqué ou utilisé l'EI dans le cadre de votre pratique juridique ?" (P13xP6)



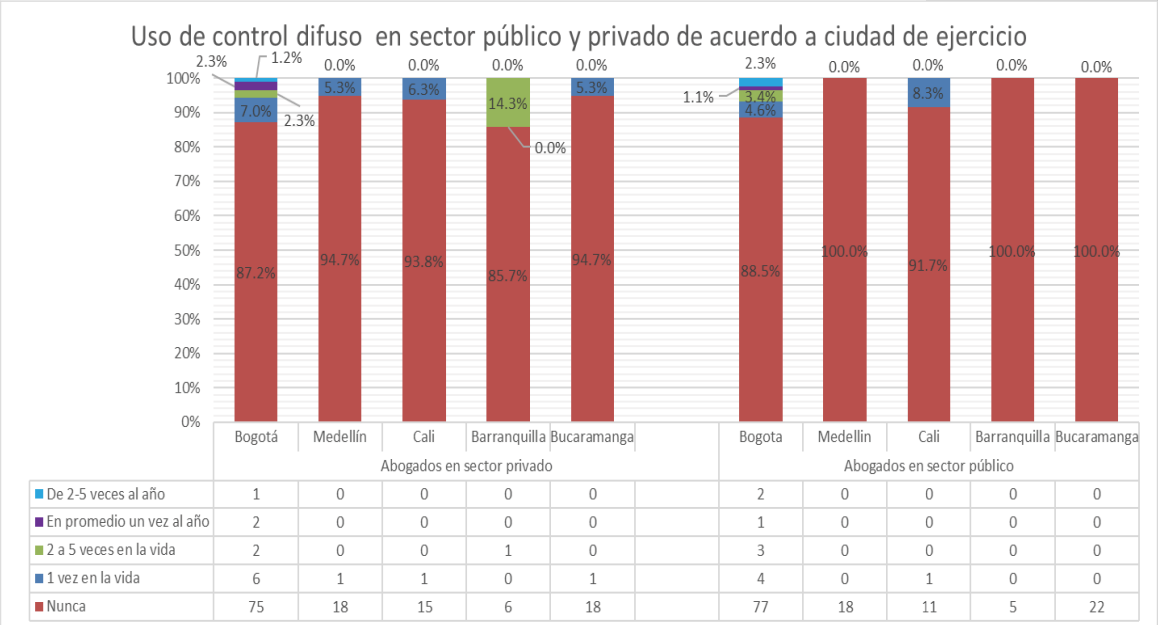
	Bogotá	Medellín	Cali	Barranquilla	Bucaramanga
De 2-5 veces al año	1	0	0	0	0
En promedio un vez al año	2	0	0	0	0
2 a 5 veces en la vida	2	0	0	1	0
1 vez en la vida	6	1	1	0	1
Nunca	75	18	15	6	18

37. Relation entre le lieu où ils exercent leur profession et les réponses des avocats du secteur public à la question “Avez-vous invoqué ou utilisé l’EI dans le cadre de votre pratique juridique ?” (P16xP6)



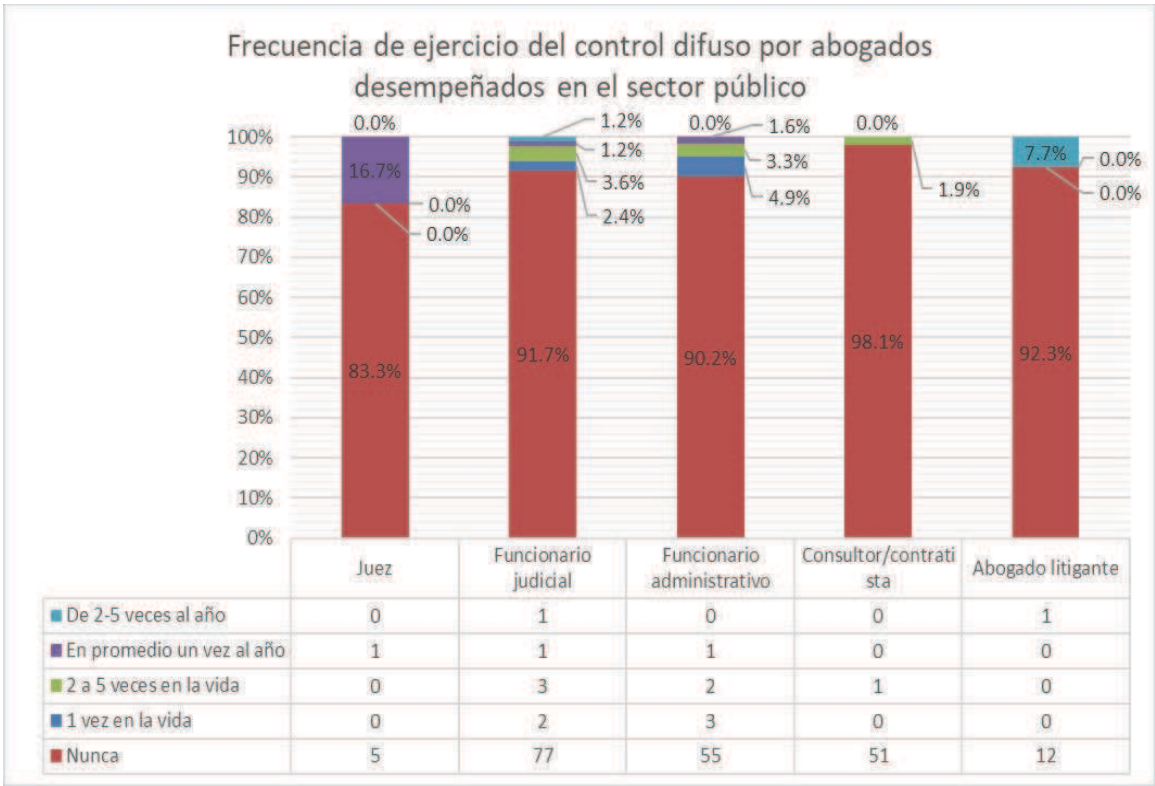
	Bogotá	Medellín	Cali	Barranquilla	Bucaramanga
De 2 a 5 veces al año	2	0	0	0	0
En promedio una vez al año	1	0	0	0	0
2 a 5 veces en la vida	3	0	0	0	0
1 vez en la vida	4	0	1	0	0
Nunca	77	18	11	5	22

38. Relation entre le lieu où ils exercent leur profession et les réponses des avocats du secteur privé et du secteur public à la question “Avez-vous invoqué ou utilisé l’EI dans le cadre de votre pratique juridique ?” (P13+P16xP6)



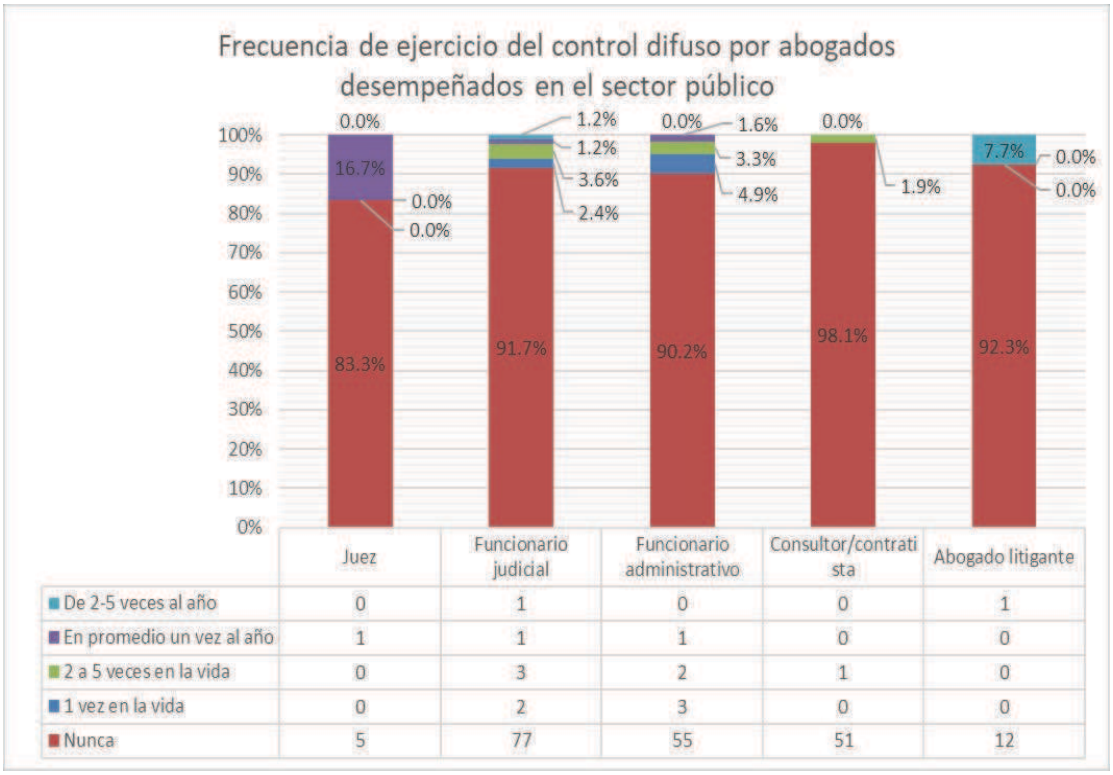
	Bogotá	Medellín	Cali	Barranquilla	Bucaramanga	Bogota	Medellin	Cali	Barranquilla	Bucaramanga
De 2-5 veces al año	1	0	0	0	0	2	0	0	0	0
En promedio un vez al año	2	0	0	0	0	1	0	0	0	0
2 a 5 veces en la vida	2	0	0	1	0	3	0	0	0	0
1 vez en la vida	6	1	1	0	1	4	0	1	0	0
Nunca	75	18	15	6	18	77	18	11	5	22

39. Réponses des avocats du secteur public avec les réponses à la question “Avec quelle fréquence utilisez-vous l’EI ? ” (P16xP2.1)



	Juez	Funcionario judicial	Funcionario administrativo	Consultor/contratista	Abogado litigante
De 2-5 veces al año	0	1	0	0	1
En promedio un vez al año	1	1	1	0	0
2 a 5 veces en la vida	0	3	2	1	0
1 vez en la vida	0	2	3	0	0
Nunca	5	77	55	51	12

40. Relation entre l’année de fin d’études et les réponses des fonctionnaires judiciaires à la question “Avec quelle fréquence utilisez-vous l’EI ?” (P16xP2.1xP5)



	Juez	Funcionario judicial	Funcionario administrativo	Consultor/contratista	Abogado litigante
De 2-5 veces al año	0	1	0	0	1
En promedio un vez al año	1	1	1	0	0
2 a 5 veces en la vida	0	3	2	1	0
1 vez en la vida	0	2	3	0	0
Nunca	5	77	55	51	12

ANNEXE 2
Graphiques et tableaux de données relatives aux arrêts et à la doctrine sur le contrôle diffus

LISTE DES ABRÉVIATIONS

PREMIERE PARTIE : DONNÉES CONCERNANT LES ARRÊTS

GRAPHIQUES DE FREQUENCE D'ARRÊTS PAR TYPE DE COUR

1. Fréquence des arrêts de la Cour suprême de Justice (Frecuencia de Sentencias sobre Excepción de Inconstitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia)
2. Fréquence des arrêts du Conseil d'État
3. Fréquence des arrêts de la Cour constitutionnelle
4. Fréquence des arrêts des Hautes Cours
5. Fréquence comparée des arrêts rendus par les différentes Hautes Cours

DONNÉES CONCERNANT LA NON-APPLICATION DES NORMES DANS L'EXERCICE DU CONTRÔLE DIFFUS

6. Fréquence de non-application des normes par le Cour suprême de justice
7. Fréquence de non-application des normes par la Conseil d'état
8. Fréquence de non-application des normes par la Cour constitutionnelle
9. Fréquence de non-application des normes par les Hautes Cours
10. Fréquence des arrêts où l'on n'applique pas la norme (dans les cas où a été discutée une EI)
11. Fréquence de arrêts dans lesquelles la norme a été appliquée (dans les cas où a été discutée une EI)

DONNÉES SUR LA NATURE DU CONTRÔLE

12. Nature du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle

DEUXIEME PARTIE : DONNÉES SUR LA NATURE DU CONTRÔLE DIFFUS

OUVRAGES

FRÉQUENCE DES OUVRAGES TRAITANT DE L'EI DURANT LA PERIODE 1910-2015

13. Fréquence générale des ouvrages sur l'EI
14. Fréquence comparée des ouvrages sur l'EI
15. Fréquence des ouvrages spécifiques sur l'EI
16. Fréquence d'ouvrages sur la justice constitutionnelle (général et/ou colombien) qui traitent de l'EI
17. Fréquence des ouvrages sur la justice constitutionnelle qui traitent de l'EI

DONNÉES SUR LE NOMBRE DE PAGES CONSACRÉES A L'EI

18. Nombre de pages sur l'EI dans des ouvrages généraux
19. Nombre de pages sur l'EI dans des ouvrages exclusivement dédiés à la justice constitutionnelle colombienne

LISTE DES ABRÉVIATIONS

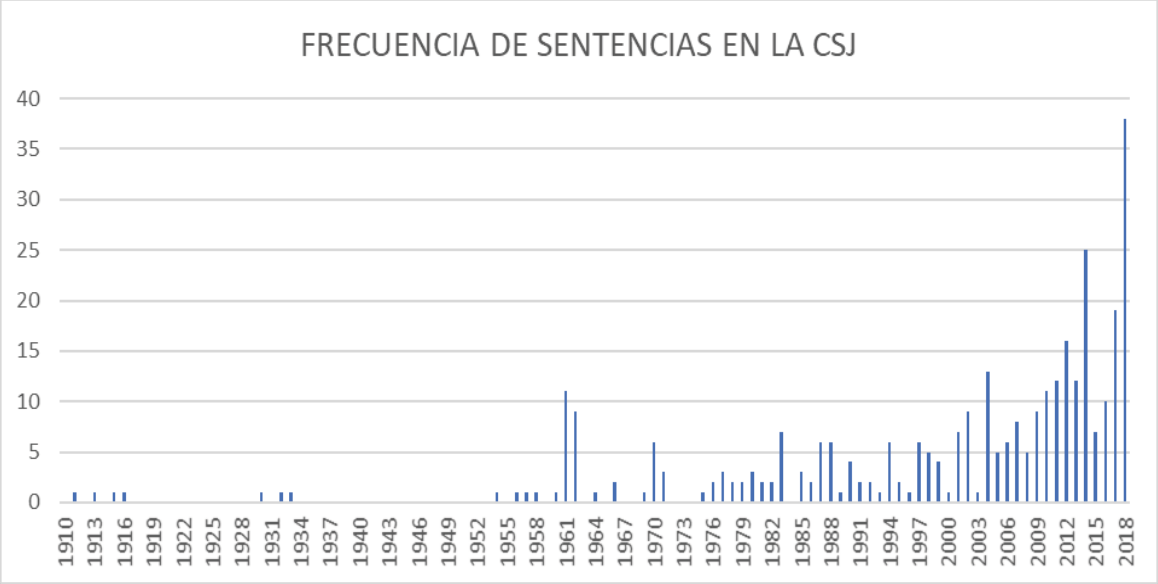
Abréviations

CC	Corte Constitucional (Cour constitutionnelle)
CE	Consejo de Estado (Conseil d'État)
CSJ	Corte Suprema de Justicia (Cour Suprême de Justice)
EI	Excepción de Inconstitucionalidad (Exception d'inconstitutionnalité)
O.	Obras (ouvrages)
PÁG.	Páginas (pages)

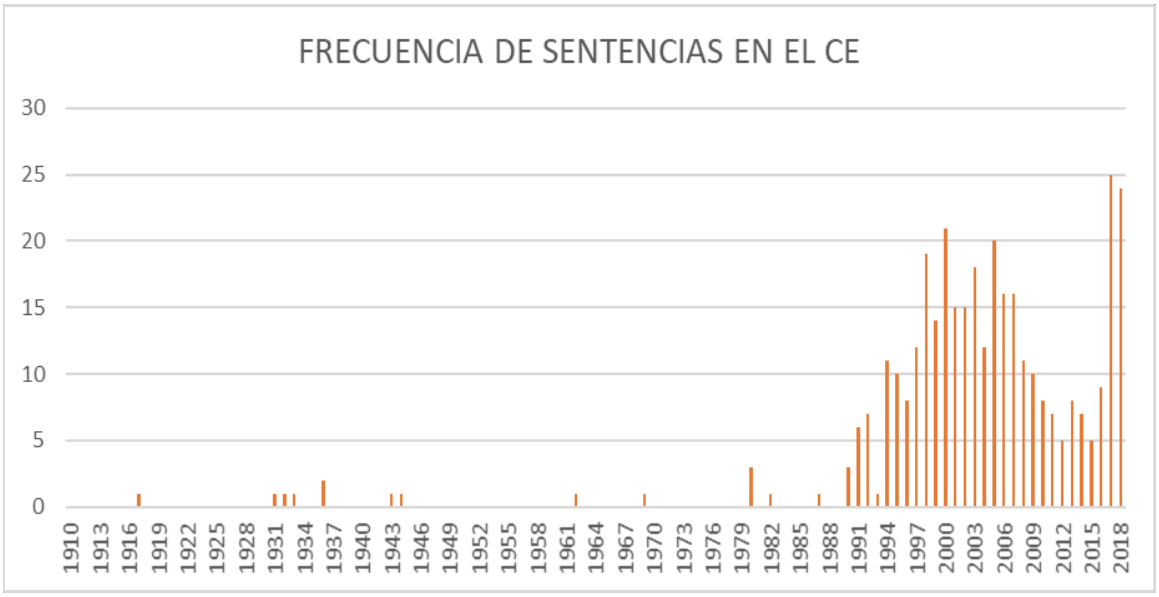
PREMIÈRE PARTIE : DONNÉES CONCERNANT LES ARRÊTS

GRAPHIQUES DE FRÉQUENCE D'ARRÊTS PAR TYPE DE COUR

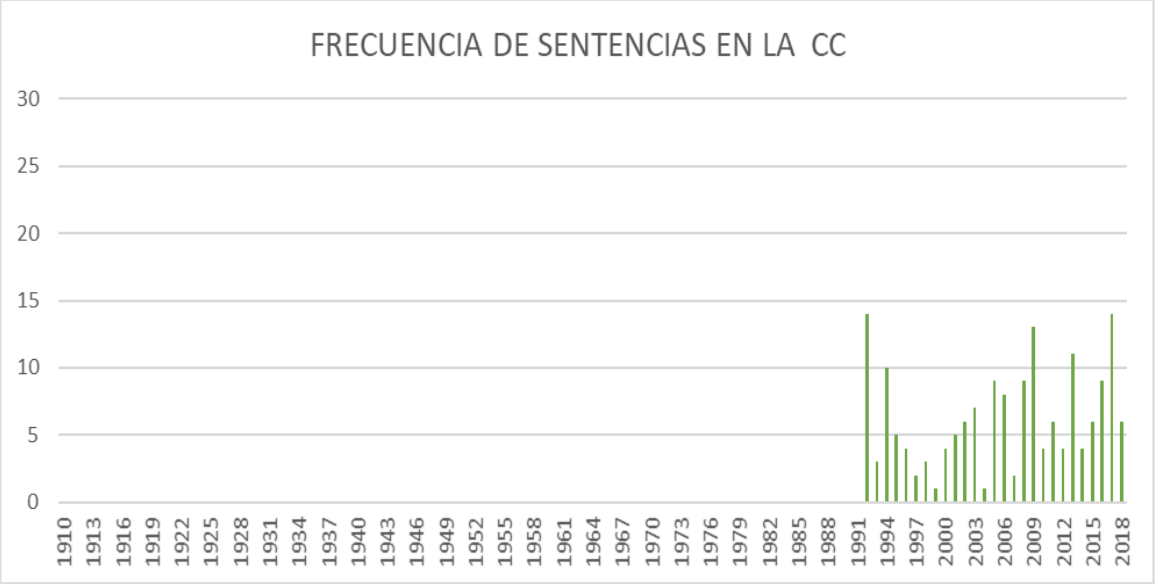
1. Fréquence des arrêts de la Cour suprême de Justice (Frecuencia de Sentencias sobre Excepción de Inconstitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia)



2. Fréquence des arrêts du Conseil d'État



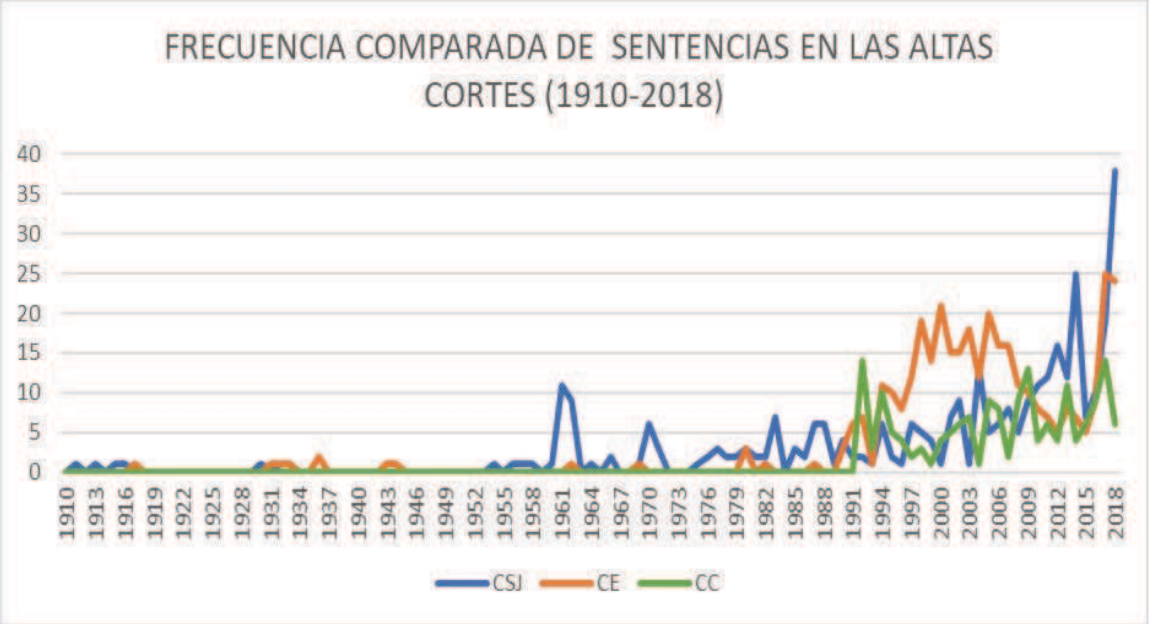
3. Fréquence des arrêts de la Cour constitutionnelle



4. Fréquence des arrêts des Hautes Cours

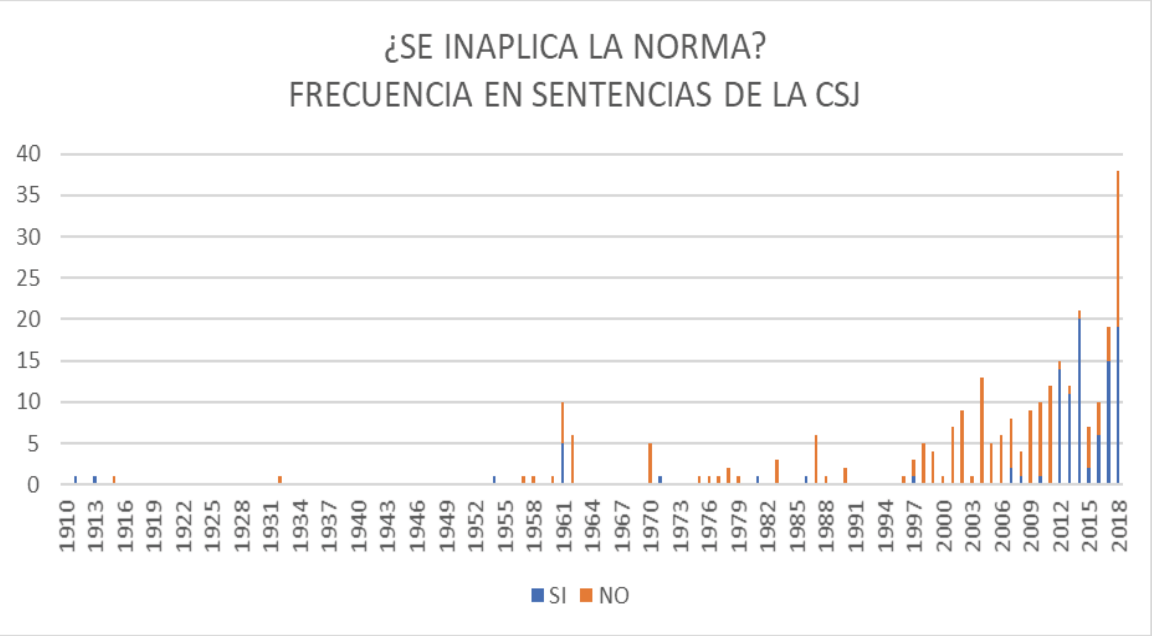


5. Fréquence comparée des arrêts rendus par les différentes Hautes Cours

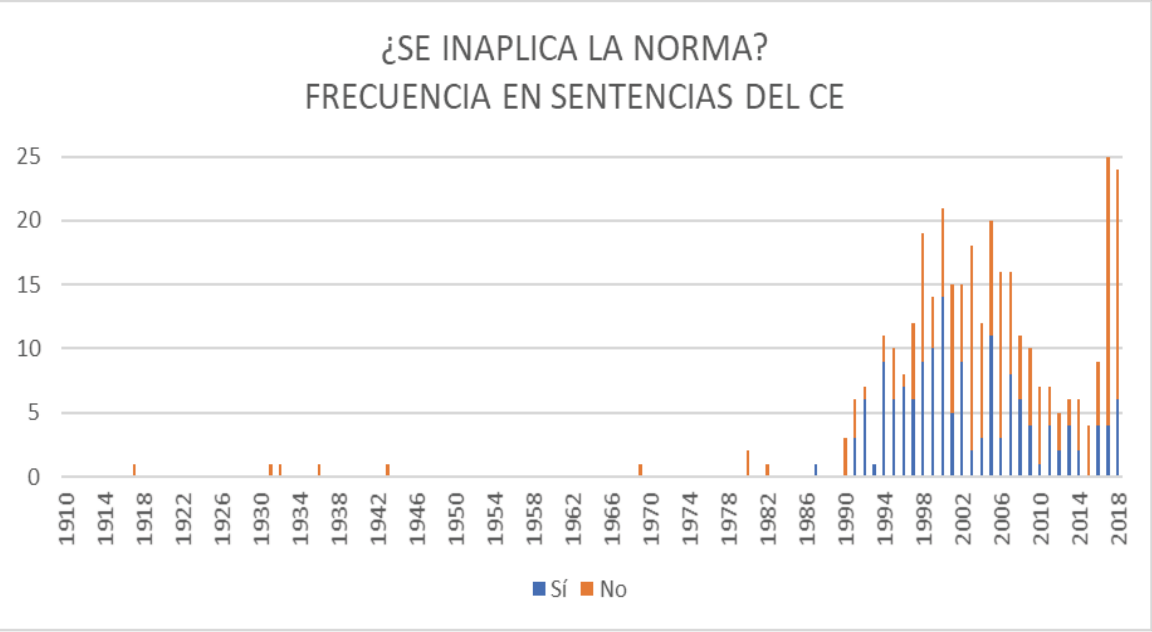


DONNÉES CONCERNANT LA NON-APPLICATION DES NORMES DANS L'EXERCICE DU CONTRÔLE DIFFUS

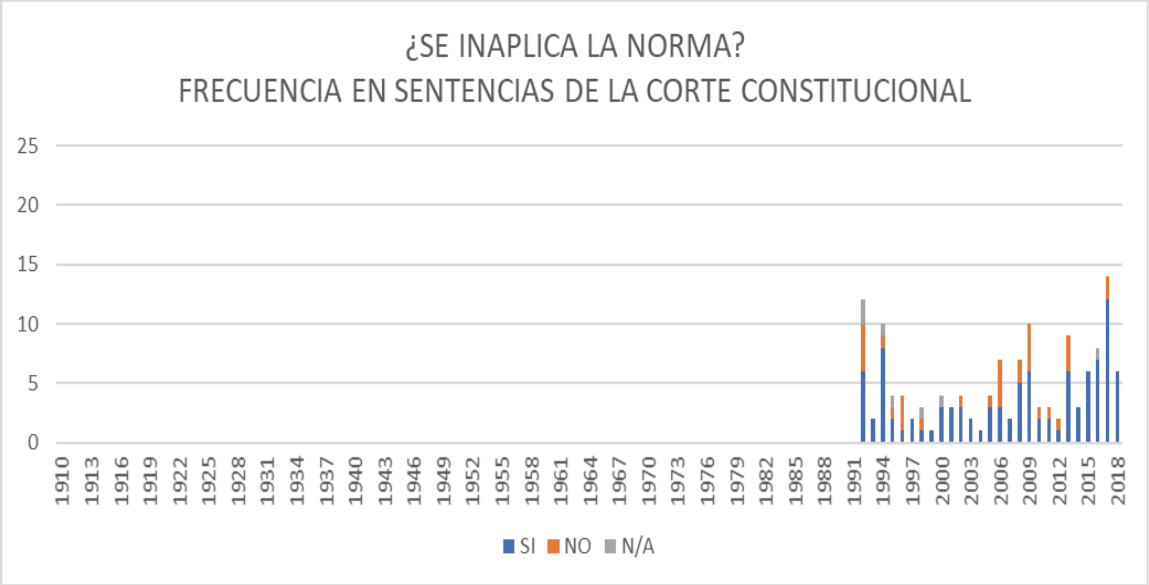
6. Fréquence de non-application des normes par la Cour suprême de Justice



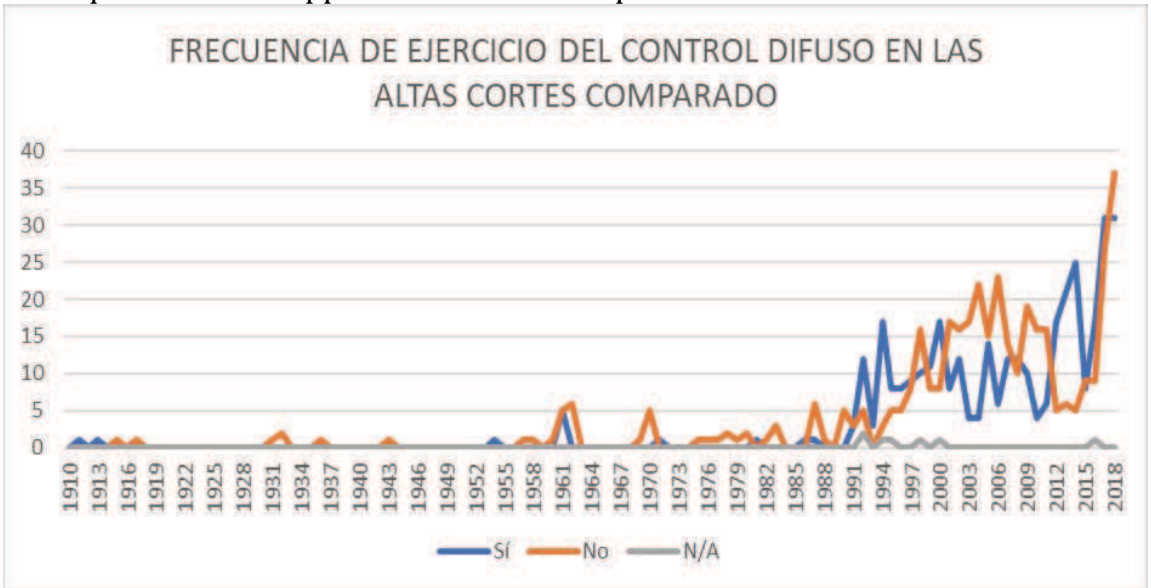
7. Fréquence de non-application des normes par le Conseil d'État



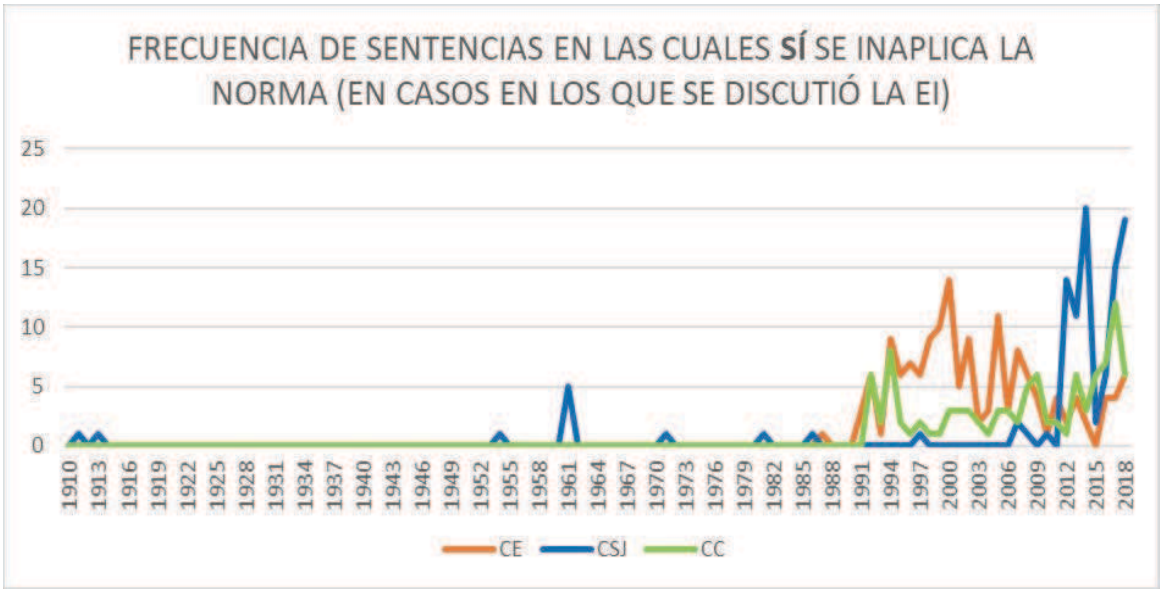
8. Fréquence de non-application des normes par la Cour constitutionnelle



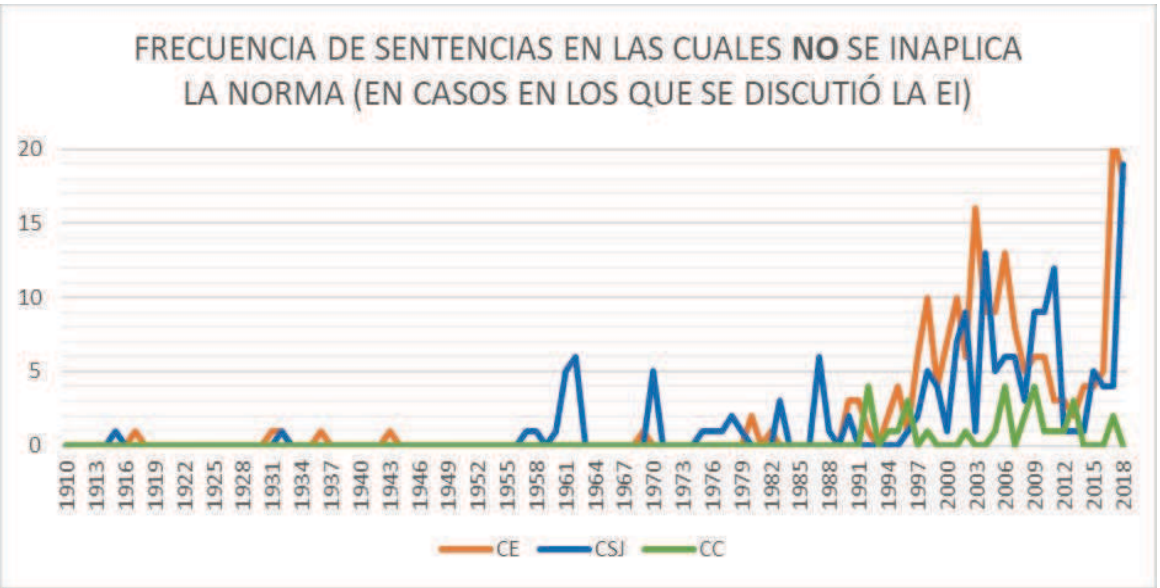
9. Fréquence de non-application des normes par les Hautes Cours



10. Fréquence des arrêts où l'on n'applique pas la norme (dans les cas où a été discutée une EI)

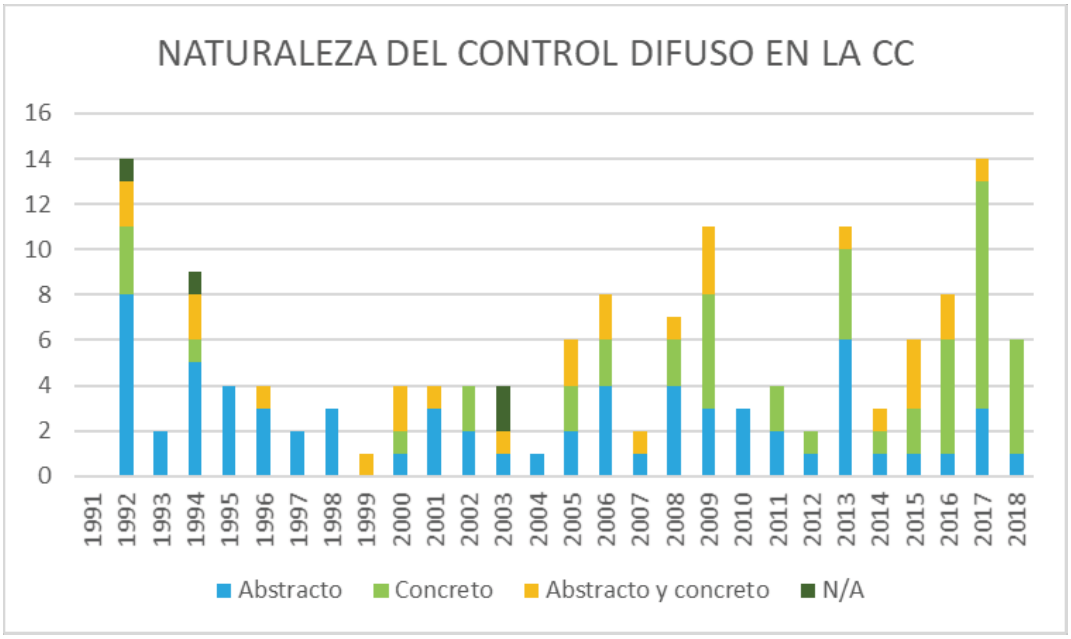


11. Fréquence de arrêts dans lesquelles la norme a été appliquée (dans les cas où a été discutée une EI)



DONNÉES SUR LA NATURE DU CONTRÔLE

12. Nature du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle



SECONDE PARTIE : DONNÉES SUR LA NATURE DU CONTRÔLE DIFFUS

OUVRAGES

AUTEUR	TITRE	ANNÉE
MONROY, Tobías	Leyes inconstitucionales	1914
RODRIGUEZ DE PIÑERES, Eduardo	Relaciones entre los poderes judicial y legislativo	1917
MORENO JARAMILLO, Miguel	Ley de leyes	1932
TASCON, Tulio Enrique	Derecho constitucional colombiano	1934
ARAUJO GRAU, Alfredo	Jurisdicción constitucional	1936
BONNECASE, Julien	Jerarquía de las leyes	1936
TASCON, Tulio Enrique	Derecho constitucional colombiano	1944
APARICIO Mario	Comentarios a la constitución Nacional	1950
MATUS, Jorge Alberto	El control constitucional	1957

COPETE LIZARRALDE, Álvaro	Lecciones de derecho constitucional	1960
MELO GUEVARA, Gabriel	El estado y la Constitución	1967
FIX ZAMUDIO, Héctor	Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940 - 1965	1968
PÉREZ ESCOBAR, Jacobo	Derecho constitucional colombiano	1974
SÁCHICA, Luis Carlos	El control de Constitucionalidad y sus mecanismos	1978
ROZO ACUÑA, Eduardo	Sistema Constitucional Colombiano	1982
CASTRO, Jaime	Aspectos del control constitucional en Colombia	1984
GAONA CRUZ, Manuel	Aspectos del control constitucional en Colombia	1984
LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso	Aspectos del control constitucional en Colombia	1984
MEDELLÍN, Carlos	Aspectos del control constitucional en Colombia	1984
RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos	Aspectos del control constitucional en Colombia	1984

SÁCHICA, Luis Carlos	La constitución y su defensa	1984
PÁEZ VELANDIA, Dídimo	El Control de constitucionalidad en los Estados latinoamericanos y fundamentalmente en la república de Colombia	1985
VIDAL PERDOMO, Jaime	Derecho constitucional general	1985
DE OTTO, Ignacio	Derecho Constitucional Sistema de Fuentes	1987
GAONA CRUZ, Manuel	Control y reforma de la constitución en Colombia	1988
GAONA CRUZ, Manuel	El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el derecho comparado	1988
SÁCHICA, Luis Carlos	El control de constitucionalidad	1988
PÉREZ, Francisco de Paula	Derecho constitucional colombiano (6ed)	1992
TOCORA, Luis Fernando	Control Constitucional y Derechos Humanos	1992
CEPEDA, Manuel José	Introducción a la Constitución de 1991	1993
SÁCHICA, Luis Carlos	La Corte constitucional y su jurisdicción	1993

REY CANTOR, Ernesto	Introducción al derecho procesal constitucional	1994
BREWER CARIAS, Allan	El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela	1995
YOUNES MORENO, Diego	Derecho Constitucional Colombiano	1995
YÉPES ARCILA, Hernando	Interrogantes sobre la justicia constitucional en Colombia	1996
Cámara de Representantes de Colombia	Derecho Constitucional Colombiano – Siglo XIX	1997
CHARRY URUEÑA, Juan Manuel	La excepción de inconstitucionalidad	1997
DUEÑAS RUIZ, Óscar	Control constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia	1997
ECHEVERRY URUBURU, Álvaro	Teoría constitucional y ciencia política	1997
NARANJO, Vladimiro	Teoría constitucional e instituciones políticas	1997
PÉREZ ESCOBAR, Jacobo	Derecho constitucional colombiano	1997
MORELLI, Sandra	Breves apuntes sobre la jurisdicción constitucional en Colombia	1998

SIERRA PORTO, Humberto	Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana	1998
VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo	Derecho constitucional	1998
BERNAL CANO, Natalia	Tesis. La evolución histórico jurídica de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia y algunas reflexiones respecto a su aplicación	1999
PÉREZ VILLA, Jorge	Compendio de Derecho Constitucional TOMO II	1999
RODRÍGUEZ QUINTERO, Milciades	Justicia Constitucional y administrativa	2000
ROZO ACUÑA, Eduardo	Supremacía y salvaguardia de la Constitucionalidad en América Latina	2000
BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto Augusto	Comentarios a la Excepción de inconstitucionalidad en Colombia	2001
HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio	Poder y constitución. El actual constitucionalismo colombiano	2001
BERNAL CANO, Natalia	La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia	2002
SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando	El control de constitucionalidad por la jurisdicción contencioso administrativa	2002
JULIO ESTRADA, Alexei	Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991	2003

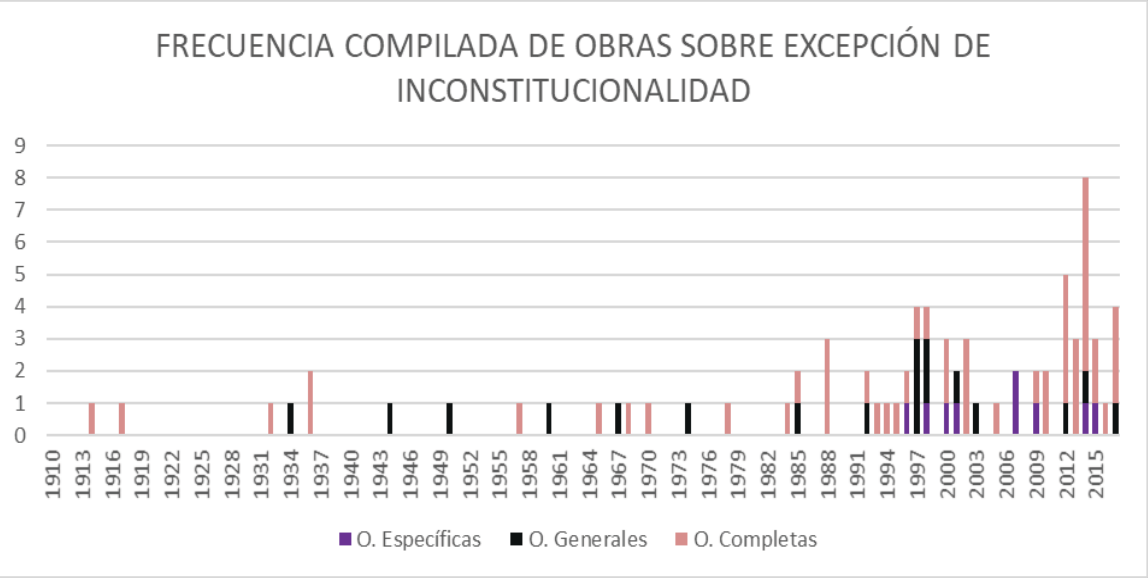
MOSQUERA, José Rafael – Edición de Carlos Restrepo Piedrahita	Nociones de derecho Constitucional	2003
MENDIETA GONZALEZ, David	La inaplicación de normas por su inconstitucionalidad como forma de control constitucional: algunos aspectos relevantes de esta figura	2008
TAMAYO MEDINA, Carlos Héctor	La excepción de inconstitucionalidad frente a leyes declaradas exequibles	2008
CASTAÑO, Luis Ociel	Poder judicial, democracia y control de constitucionalidad	2010
MUÑOZ ARIAS, Luz Fanny; TRIANA TRIANA, Carlos José	La excepción de inconstitucionalidad en la función administrativa	2010
NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto	El Derecho Procesal Constitucional a Inicios del siglo XIX en América Latina	2010
AMAYA, Jorge Alejandro	Control de Constitucionalidad	2012
ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos	La protección constitucional del ciudadano	2012
QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando	Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas	2012
TOBO RODRIGUEZ, Javier	La Corte Constitucional u el control de constitucionalidad en Colombia	2012
BREWER CARIAS, Allan	Derecho procesal constitucional. Instrumentos para la justicia constitucional	2013

HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio	El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo	2013
MALAGÓN PINZÓN, Miguel	El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991	2013
ETO CRUZ, Gerardo	El Proceso de Inconstitucionalidad	2014
IBAGON IBAGON, Mónica Liliana	La excepción de incosnticuionalidad como instrumento de constitucionalización del derecho administrativo	2014
NARANJO, Vladimiro	Teoría constitucional e instituciones políticas	2014
QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando	Control de constitucionalidad	2014
SÁNCHEZ BAPTISTA, Nestor Raul	La demanda de inexequibilidad en el control abstracto de constitucionalidad	2014
VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés	Modelo mixto y paralelo de la justicia constitucional	2014
QUIROGA NATALE, Edgar Andrés	La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión	2015
ROA, Jorge Ernesto	La acción pública de constitucionalidad a debate	2015
PETRO GONZALEZ, Ingrid Regina	El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia	2016

POZO CABRERA, Enrique	Derecho Procesal Constitucional	2016
CANO STERLING, Andrés Felipe; TORO HERNANDEZ, Laura Inés	Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad	2017
HURTADO QUINTERO, William Felipe	Excepción de Inconvencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano	2017
LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ, Marcos Francisco; PEGORARO, Lucio	Derecho Constitucional Comparado	2017
VIDAL PERDOMO, Jaime	Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas	2017
SARRIA, Eustorquio	Guarda de la Constitución	1970 (SF)

FRÉQUENCE DES OUVRAGES TRAITANT DE L'EI DURANT LA PÉRIODE 1910-2015

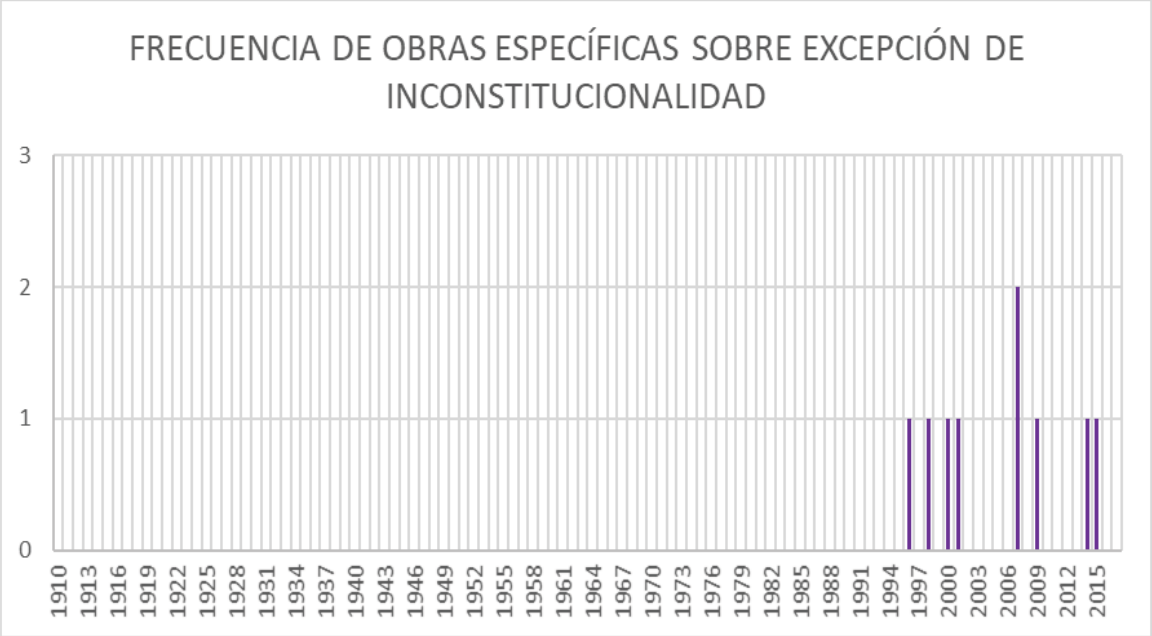
13. Fréquence générale des ouvrages sur l'EI



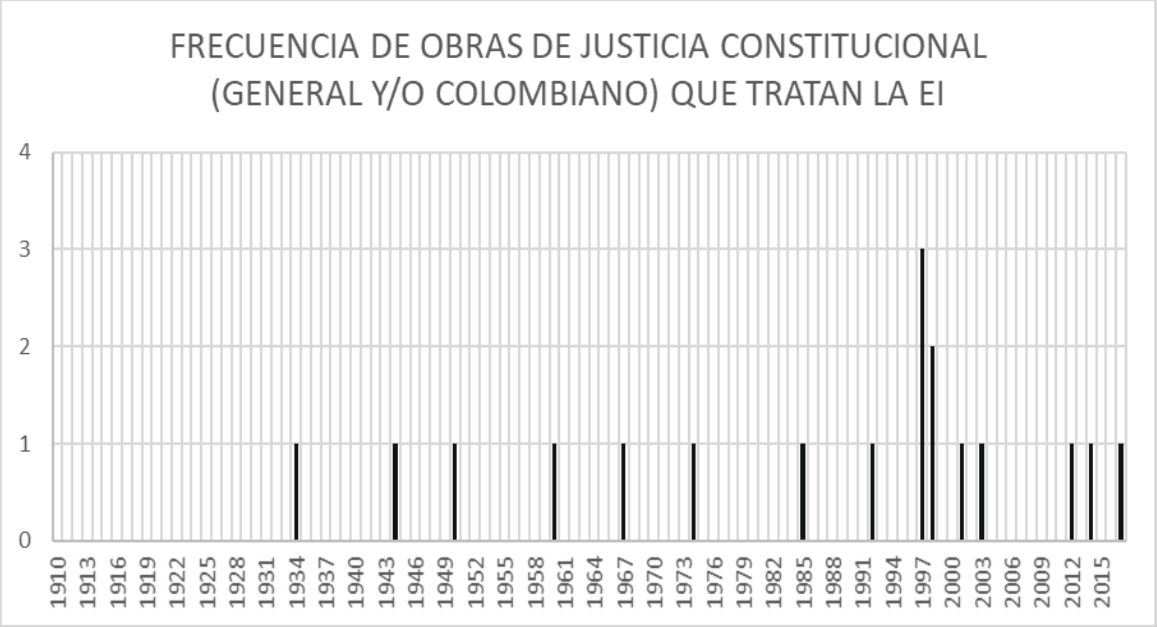
14. Fréquence comparée des ouvrages sur l'EI



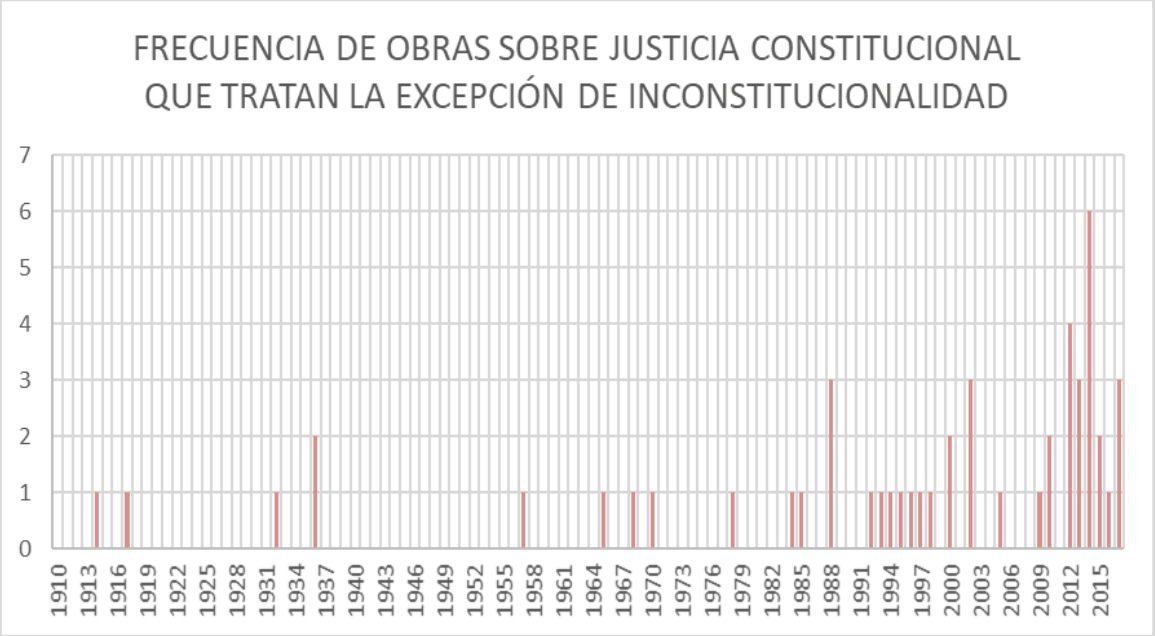
15. Fréquence des ouvrages spécifiques sur l'EI



16. Fréquence d'ouvrages sur la justice constitutionnelle (général et/ou colombien) qui traitent de l'EI

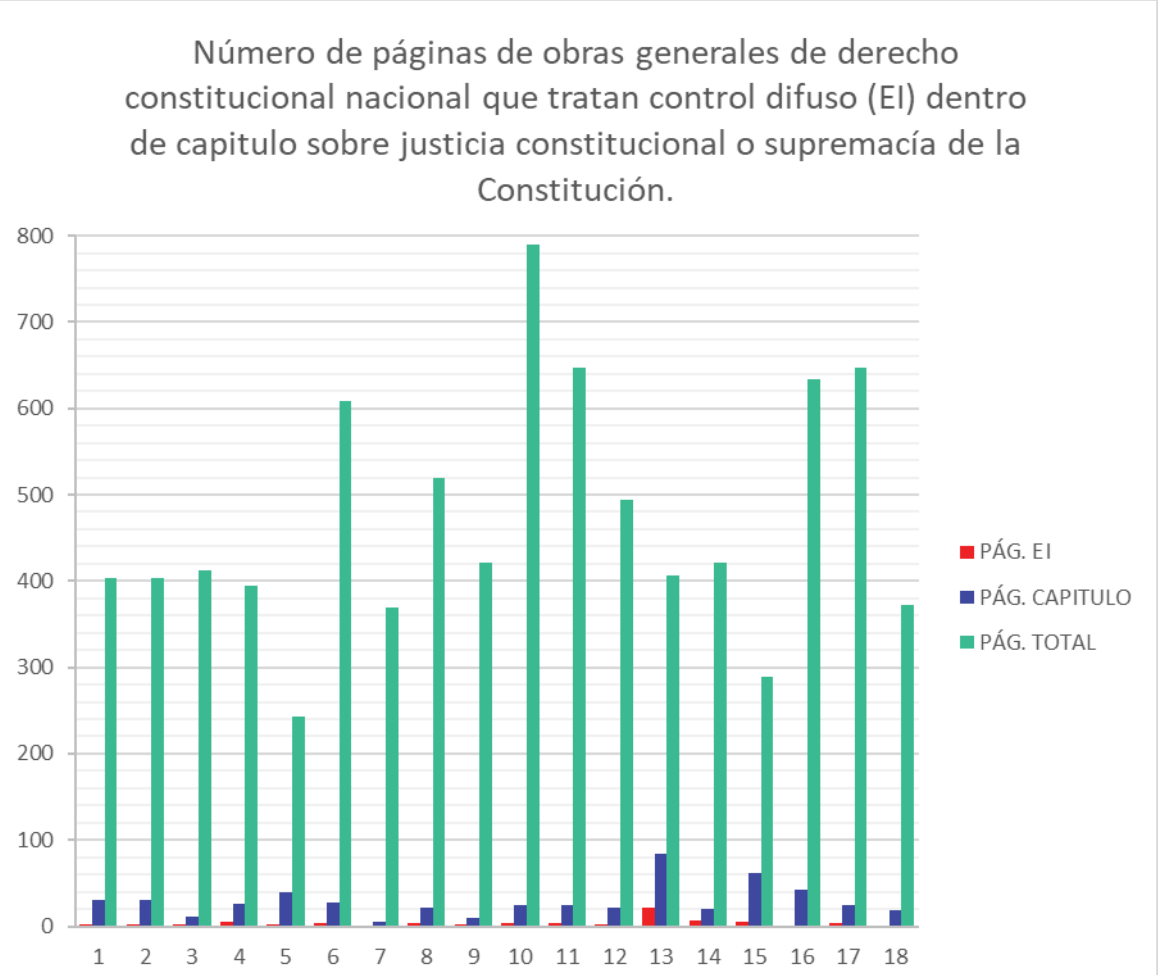


17. Fréquence des ouvrages sur la justice constitutionnelle qui traitent de l'EI



DONNÉES SUR LE NOMBRE DE PAGES CONSACRÉES A L'EI

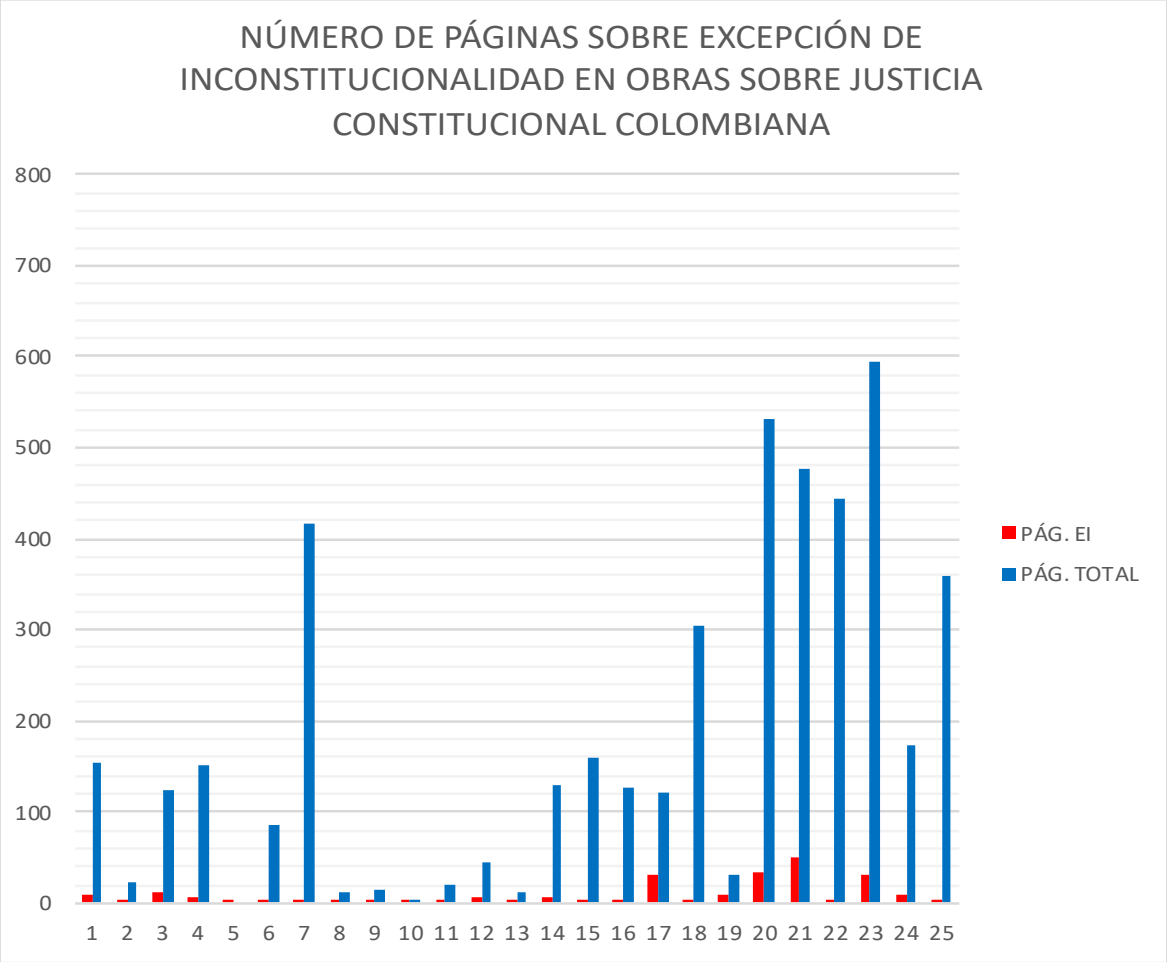
18. Nombre de pages sur l'EI dans des ouvrages généraux



Número de páginas de obras generales de derecho constitucional nacional que tratan control difuso (EI) dentro de capitulo sobre justicia constitucional o supremacía de la Constitución

ID	AÑO	AUTOR	TÍTULO DE LA OBRA	PÁG. EI	PÁG. CAPITULO	PÁG. TOTAL
1	1934	TASCON, Tulio Enrique	Derecho constitucional colombiano	3	30	403
2	1944	TASCON, Tulio Enrique	Derecho constitucional colombiano	3	30	403
3	1950	APARICIO Mario	Comentarios a la constitución Nacional	2	11	413
4	1960	COPETE LIZARRALDE, Álvaro	Lecciones de derecho constitucional	5	26	395
5	1967	MELO GUEVARA, Gabriel	El estado y la Constitución	2	40	243
6	1974	PÉREZ ESCOBAR, Jacobo	Derecho constitucional colombiano	4	27	609
7	1985	VIDAL PERDOMO, Jaime	Derecho constitucional general	1	5	369
8	1992	PÉREZ, Francisco de Paula	Derecho constitucional colombiano (6ed)	4	22	520
9	1997	ECHEVERRY URUBURU, Álvaro	Teoría constitucional y ciencia política	2	9	421
10	1997	PÉREZ ESCOBAR, Jacobo	Derecho constitucional colombiano	4	25	790
11	1997	NARANJO, Vladimiro	Teoría constitucional e instituciones políticas	4	24	647
12	1998	SIERRA PORTO, Humberto	Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana	21	84	406
13	1998	VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo	Derecho constitucional	2	22	494
14	2001	HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio	Poder y constitución. El actual constitucionalismo colombiano	7	20	421
15	2003	JULIO ESTRADA, Alexei	Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991	5	62	289
16	2012	QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando	Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas	1	42	634
17	2014	NARANJO, Vladimiro	Teoría constitucional e instituciones políticas	4	24	647
18	2017	VIDAL PERDOMO, Jaime	Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas	1	18	373

19. Nombre de pages sur l'EI dans des ouvrages exclusivement dédiés à la justice constitutionnelle colombienne



Número de páginas en obras sobre justicia constitucional					
ID	AÑO	AUTOR	TÍTULO DE OBRA	PÁG. EI	PÁG. TOTAL
1	1914	MONROY, Tobías	Leyes inconstitucionales	8	154
2	1917	RODRIGUEZ DE PIÑERES, Eduardo	Relaciones entre los poderes judicial y legislativo	2	22
3	1932	MORENO JARAMILLO, Miguel	Ley de leyes	12	125
4	1936	ARAUJO GRAU, Alfredo	Jurisdicción constitucional	6	151
5	1936	BONNECASE, Julien	Jerarquía de las leyes	4	0
6	1957	MATUS, Jorge Alberto	El control constitucional	5	87
7	1970	SARRIA, Eustorquio	Guarda de la Constitución	4	416
8	1984	CASTRO, Jaime	Aspectos del control constitucional en Colombia	1	11
9	1984	GAONA CRUZ, Manuel	Aspectos del control constitucional en Colombia	3	21
10	1984	LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso	Aspectos del control constitucional en Colombia	2	11
11	1984	MEDELLÍN, Carlos	Aspectos del control constitucional en Colombia	1	5
12	1984	RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos	Aspectos del control constitucional en Colombia	1	14
13	1984	SÁCHICA, Luis Carlos	La constitución y su defensa	7	44
14	1988	GAONA CRUZ, Manuel	Control y reforma de la constitución en Colombia	6	129
15	1988	SÁCHICA, Luis Carlos	El control de constitucionalidad	3	161
16	1993	SÁCHICA, Luis Carlos	La Corte constitucional y su jurisdicción	4	128
17	1995	BREWER CARIAS, Allan	El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela	30	120
18	1997	DUEÑAS RUIZ, Óscar	Control constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia	3	304
19	1998	MORELLI, Sandra	Breves apuntes sobre la jurisdicción constitucional en Colombia	8	32
20	2010	CASTAÑO, Luis Ociel	Poder judicial, democracia y control de constitucionalidad	35	531
21	2012	ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos	La protección constitucional del ciudadano	50	477
22	2012	TOBO RODRIGUEZ, Javier	La Corte Constitucional u el control de constitucionalidad en colombia	5	443
23	2013	BREWER CARIAS, Allan	Derecho procesal constitucional. Instrumentos para la justicia constitucional	30	594
24	2013	HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio	El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporaneo	8	173
25	2014	QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando	Control de constitucionalidad	3	359

BIBLIOGRAPHIE

A. Ouvrages, manuels, thèses

ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA. *Antecedentes de la constitucion de Colombia de 1886*. 2e éd. Bogotá : Plaza & Janes, 1983

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge : Harvard university press, 1991

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2e éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. par Luis VILLAR BORDA. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1995

APARICIO, Mario. *Comentarios a la Constitución Nacional*. 1re éd. Cúcuta : Imprenta departamental, 1950

ARAUJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción constitucional*. Bogotá : Talleres gráficos « mundo al día », 1936

ARCHAMBAULT, Jean Denis, BREWER CARÍAS, Allan, ALONSO GARCÍA, Alonso, ARAGON REYES, Manuel, CRUZ VILLALÓN, Pedro, GODERICH, Mario, ROSSEN, Keith et COTÉ, Andrée. *La carta de los derechos. Su interpretación y sus implicaciones*. 1re éd. Bogotá : Temis; Consejeria Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, 1993

AROSEMENA, Justo. *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina. Tomo II*. 2e éd. Paris : Librería española i américana de E.Denne, 1878

BARRERAS CORTÉS, Roy Alejandro. *Clientelismo y movilización electoral análisis de las elecciones legislativas de 2010* [en ligne]. [S. l.] : Pontificia Universidad Javeriana, 2010. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/7725/tesis387.pdf?sequence=1

BARRERO (D), FREDY; LIENDO, NICOLÁS; MEJÍA, LAURA; ORJUELA, Guillermo. *Abstencionismo electoral en Colombia: una aproximación a sus causas* [en ligne]. Bogota : [s. n.], 2013. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/CEDAE_-_Abstencionismo_electoral_en_Colombia.pdf

BAZAN, Victor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. 1re éd. Bogotá : Konrad Adenauer Stiftung, 2014

BERNAL CANO, Natalia. *La Excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002. ISBN 9588087880

BERNAL CANO, Natalia. *Le modèle unique de contrôle de constitutionnalité*. 1re éd. Bissendorf : European Research Center of Comparative Law, 2015

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. [S. l.] : [s. n.], 2003. [Consulté le 26 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf

BIANCHI, Alberto. *Control de constitucionalidad. Tomo 1*. 2e éd. Buenos Aires : Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002

BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidad. Tomo 2*. 2e éd. Buenos Aires : Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch.The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2e éd. New Haven, London : Yale University Press, 1962

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. 1re éd. Trad. par Pedro ARAGÓN RINCON. Barcelona : Paidós, 1993

BON, Pier. Presentation générale de la justice constitutionnelle au Portugal. Dans : *La justice constitutionnelle au Portugal*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 1989, p. 418

BREWER CARIAS, Allan. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES: De la interpretacion constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación* [en ligne]. [s. d.]. [Consulté le 13 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II, 4, 475. Quis custodiet ipsos custodes. De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación. Arequipa.pdf

BREWER CARÍAS, Allan. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá : Ediciones Doctrina y ley, Editorial Jurídica Venezolana, Investigaciones jurídicas S.A., 2013

BREWER CARÍAS, Allan. *El sistema mixto o integral de contro de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995

CAJAS SARRIA, Mario. *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Cali : Universidad Icesi, 2008

CAJAS SARRIA, Mario. La Corte Suprema controla la reforma constitucional (1978-1990). Dans : *El control judicial a la reforma constitucional : Colombia, 1910-2007*. 1re éd. Santiago de Cali : Universidad Icesi, 2011, p. 167. ISBN 9789588357027

CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la Regeneración al régimen militar 1886-1958*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015

CAJAS SARRIA, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo II: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. 1re éd. Bogota, Cali : Universidad de los Andes, Universidad Icesi, 2015

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Napoli : Morano, 1968

CAPPELLETTI, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. 1re éd. Mexico D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México,

1966

CARPENTIER, Mathieu. *Norme et exception. Essai sur la défesaibilité en droit*. 1re éd. Paris : Institut Universitaire Varenne, 2014

CARRIÓ, Alejandro. *La Corte Suprema y su independencia: un análisis a través de la historia*. 1re éd. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. *Poder judicial democracia y control de constitucionalidad*. Bogotá : Editorial Leyer, 2010

CASTRO, Jaime. Intervención del señor Ministro de Gobierno. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 113-123

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*. 1re éd. Bogotá : Presidencia de la República, 1993

CHARRY, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*. 1a Ed. Bogota : Ediciones Jurídica Radar, 1994. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://books.google.com/books?id=TPflGwAACAAJ&pgis=1

CHARRY UREÑA, Juan Manuel. *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*. 1re éd. Bogotá : Banco de la República, 1993

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law*. 4e éd. Irvine, CA : Wolters Kluwer Law and Business, 2013

CHIASSONI, Pierluigi. *El discreto placer del positivismo juridico*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2016

COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3e éd. Bogotá : Ediciones Lerner, 1960

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Información de demandas de inconstitucionalidad 1992-2016* [en ligne]. 2016. [Consulté le 30 décembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/proceso.php

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*. Bogotá : [s. n.], 2014

DRIESEN, David. *Standing for nothing*. Vol. 1030. [S. l.] : Syracuse University college of law, 2003

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Control constitucional*. 2e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Oxford : Princeton University Press, 2006

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge : Harvard University Press, 2011

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 1re éd. Trad. par Marta GUSTAVINO. Barcelona : Ariel, 1977

ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. 5e éd. Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1997

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. una teoría del control constitucional*. Bogota : Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protection constitucional del ciudadano*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2012

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Ivan. *La excepción de principialidad*. 1re éd. Bogotá : Temis, 2000

FASSASSI, Idris. *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*. [S. l.] : Aix-Marseille Université, 2015

FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2004

FAVOREU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MESTRE, Jean-Louis,

PFERSMANN, Otto, ROUX, André et SCOFFONI, Guy. *Droit constitutionnel*. 20e éd. Paris : Dalloz, 2018

FAVOREU, Louis et MASTOR, Wanda. *Les cours constituionnelles*. Saint-Just-la-Pendue : Dalloz, 2011

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I*. 1re éd. Bogotá : Dikinson, 2009

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 7e éd. Madrid : Editorial Trotta, 2010

FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. 2e éd. Madrid : CEPC, 2007

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. *Respuesta a derecho de petición. Rad: 20177720139231*. Bogotá, 2017

FLOREZ, Jose. *Abstencionismo, composición del electorado activo y perspectivas del voto obligatorio en Colombia* [en ligne]. Bogota : [s. n.], 2015. [Consulté le 29 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/03/Jose-Florez.pdf

GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la constitución en Colombia*. Vol. 2. 1re éd. Bogotá : Ministerio de Justicia; Superintendencia de notariado y registro, 1988

GAONA CRUZ, Manuel. Exposición del señor magistrado de la Corte. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 67-89

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona : Ariel, 1996

GELINEAU, Francois et ROMERO BALLIVIÁN, Salvador. *Estudio sobre la participación electoral en América central* [en ligne]. [S. l.] : [s. n.], 2014. [Consulté le 24 février 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.oas.org/es/sap/docs/deco/EstudioParticipacionCA2015_s.pdf

GONZALEZ, Florentino. *Lecciones de derecho constitucional*. 1re éd. Buenos Aires :

Imp. Lit. y fundición de tipos de J.A. Bernhein, 1869

GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. 1re éd. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2006

GUASTINI, Riccardo. *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. 1re éd. Trad. par César E. MORENO MORE. Puno : Zela, 2018

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare et argumentare*. 1re éd. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 2011

GUERRERO CAÑON, Mariangela. *Le principe de la sécurité juridique en droit constitutionnel. Approche comparative en droit français et colombien*. [S. l.] : Université de Montpellier I, 2011

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*. I. Trad. par Manuel JIMÉNEZ REDONDO. Madrid : Taurus, 1999

HAMILTON, Alexander. The Federalist #78. *Independent Journal* [en ligne]. 14 juin 1788. [Consulté le 20 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.constitution.org/fed/federa78.htm

HART, Herbert Lionel Albert. *El Concepto de Derecho*. 3e éd. Trad. par Genaro CARRIÓ. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2009

HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio. *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. 1re éd. Bogotá : Universidad Javeriana; Temis, 2013

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Poder y constitución*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2001

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Voter turnout database* [en ligne]. 2016. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.idea.int/advanced-search?th=Voter Turnout Database

JULIO ESTRADA, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (1931)*. 1re éd. Trad. par Roberto BRIE. Madrid : Tecnos, 1995

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. 1re éd. Trad. par Henri THÉVENAZ. Neuchatel : Éditions de la Baconnière, 1953

LEMAITRE, Eduardo. *Panamá y su separación de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Amazonas Editores, 1993

LINARES, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. 1re éd. Madrid : Marcial Pons, 2008

LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del Derecho*. 1re éd. Bogotá : Legis, 2004

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. 2 Ed. Bogotá : Legis, 2014

MARCOU, Jean. *Justice constitutionnelle et systèmes politiques. États-Unis, Europe, France*. 1re éd. Condé-sur-Noireau : PUG, 1997

MARTÍ, Jose Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid, Barcelona : Marcial Pons, 2006

MARTIN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. 1re éd. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003

MATUS, Jorge. *El control constitucional*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de Bogotá, 1957

MEJÍA QUINTANA, Oscar. *El origen constituyente de la crisis política en Colombia. La filosofía y las falacias de la Constitución*. Dans : MASSON, Ann, ORJUELA Luis, *La crisis política colombiana. Más que un conflicto armado y un proceso de paz*, Universidad de los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, Fundación Alejandro Ángel Escobar. Bogotá. no 15, 2003 p. 1-10

MELO GUEVARA, Gabriel. *El estado y la constitución*. 1re éd. Bogotá : Talleres gráficos

de Ponce de León hermanos, 1967

MELO, Jorge Orlando, TIRADO, Álvaro et BEJARANO, Jesus. *Nueva historia de Colombia*. Vol III. Bogotá : Planeta, 1989

MIRANDA ONTAÑEDA, Néstor. *Clientelismo y dominio de clase: el modo de obrar político en Colombia*. Bogota : Editorial CINEP, 1977

MISION DE OBSERVACIÓN ELECTORAL. *Resultados Electorales. Elecciones legislativas y consultas interpartidistas 2018* [en ligne]. Bogotá : [s. n.], 2018. [Consulté le 5 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : https://moe.org.co/wp-content/uploads/2018/06/Resultados-Congreso-2018.pdf

MONROY, Tobías. *Leyes inconstitucionales*. [S. l.] : Imprenta de San Bernardo, 1914

MONTAÑA PLATA, Alberto. *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*. 1995e éd. Paris : www.institutdeslibertes.org [en ligne], 1758. [Consulté le 13 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/09/Montesquieu_esprit.pdf

MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico* [en ligne]. [S. l.] : Marcial Pons, 2007. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://www.mendeley.com/research/justicia-constitucional-y-arbitrariedad-los-jueces-teoría-la-legitimidad-en-la-argumentación-las-sen/?utm_source=desktop&utm_medium=1.13.8&utm_campaign=open_catalog&userDocumentId=%257Bc1dfe0f9-cf96-40f4-b9a7-695bc312de87%257

MORENO JARAMILLO, Miguel. *Ley de Leyes*. 1re éd. Medellín : S/N, 1932

MORENO, Miguel. *Ley de leyes*. Medellín : Banco de la República. Biblioteca Luis Ángel Arango, 1932

NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 7e éd.

Bogotá : Editorial Temis, 1997

NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 12e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2014

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2010

NUNES DE ALMEIDA, Luis. Les effets des arrêts du Tribunal Constitutionnel. Dans : *La justice constitutionnelle au Portugal*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 1989, p. 381-403

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional a la Convención Americanan sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales « Protocolo de San Salvador ». *www.oas.org* [en ligne]. San Salvador, 17 novembre 1988. [Consulté le 24 mai 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

OSPINA RAMIREZ, Mario, LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto, CASTRO FRANCO, Alexandra et SÁNCHEZ GAITÁN, Sergio. *Debates sobre la prohibición de discriminación: de la fundamentación teórica al derecho colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2018. ISBN 9789587729450

PÁEZ VELANDIA, Dídimo. *El control de la constitucionalidad en los estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*. Bogotá : Derecho colombiano, 1985. ISBN 9589509509. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.3174&site=eds-live

PALACIOS TORRES, Alfonso. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005

PARDINI, Jean-Jacques. *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2001

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogota : Editorial

Horizontes, 1974

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. 5e éd. Bogotá : Editorial Themis, 1997

PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. 6e éd. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, 1992

PÉREZ, Juan Carlos (dir.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII encuentro de la jurisdicción constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, 2013, p. 47-64

PINZÓN, Cerbeleón. *Tratado de ciencia constitucional (1839)*. 1re éd. Bogota : Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006

POMBLO, Manuel Antônio et GUERRA, Jose Joaquín. *Constituciones de Colombia. Tomo II*. 2e éd. Bogota : Imprenta de « La luz », 1911

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Proyecto de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia*. Bogota : Imprenta Nacional, 1991

QUINCHE RAMIRES, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 5e éd. Bogotá : Editorial Temis, 2012

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 2e éd. Bogota : Editorial Ibañez; Pontifica Universidad Javeriana, 2014

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *Vias de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 8e éd. Bogotá : Temis, 2013

RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York : Columbia University Press, 1993

REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. *Resumen de votación del Congreso y la Presidencia de la República entre 1998-2014* [en ligne]. Bogotá : [s. n.], 2016. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse :

http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/DATOS_20_ANOS_ELECTORALES-2.pdf

REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Codificación nacional*. Bogota : Imprenta Nacional, 1929, Vol. T. XIV, p. 777

RESTREPO, Carlos Eugenio. *Orientación republicana*. Vol. 27, T. 1. Bogotá : Banco Popular, 1972

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 4e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Control de constitucionalidad. Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*. T. 1. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2006

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 29-42

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Primeras constituciona de Colombia y Venezuela 1810-1830*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 1993

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1978

REY CANTOR, Ernesto. *Introducción al derecho procesal constitucional : controles de constitucionalidad y legalidad / Ernesto Rey Cantor*. Cali : Universidad Libre, 1994. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.47964&site=eds-live

ROCHA GUTIERREZ, Rafael. *La verdadera y la falsa democracia*. 1re éd. Paris : Garnier hermanos, libreros-editores, 1887, p. 234-242

RODRÍGUEZ-RAGA, JC et SELIGSON, MA. *Cultura política de la democracia en Colombia: 2006*. [S. l.] : [s. n.], 2007. [Consulté le 16 avril 2015]. Disponible à l'adresse : https://books.google.es/books?hl=en&lr=&id=Emg7u0LoGEAC&oi=fnd&pg=PR13

&dq=indice+democracia+colombia&ots=kBy8V_qvpp&sig=zc94psVnKH8K_ZHJJQwzrE0h3v4

RODRÍGUEZ PEÑARANDA, Maria Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional* [en ligne]. [S. l.] : Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Disponible à l'adresse : https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22404/roger_rodriguez_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou principes du droit politique. Dans : *Collection complète des oeuvres*. Vol. 1 [en ligne]. 4e éd. Genève : www.rousseauonline.ch [en ligne], 1782, p. 187-360. [Consulté le 12 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0004.pdf

ROZO ACUÑA, Eduardo. *Sistema constitucional colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1982

SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. 2e éd. Bogotá : Temis, 1978. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.144050&site=eds-live

SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad*. 3e éd. Bogotá : Temis, 1988

SÁCHICA, Luis Carlos. *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. 1re éd. Bogotá : Temis, 1993

SAMPER, José María. *Derecho público interno de Colombia (1886). Tomo II*. 1re éd. Bogotá : Prensas del Ministerio de Educación Nacional, 1951

SAMPER, José María. *Proyecto de pacto de unión de los Estados Unidos de Colombia*. 1re éd. Bogotá : Imprenta de « La luz », 1885

SÁNCHEZ, Miguel García, MONTALVO, Jorge Daniel et SELIGSON, Mitchell A. *Cultura política de la democracia en Colombia, 2015 Actitudes democráticas en zonas de consolidación territorial*. 2015

SANIN CANO, Baldomero. *La administración Reyes (1904-1909)*. 1re éd. Lausana : Imprenta Jorge Bridel & Ca, 1909

SARRIA, Eustorquio. *Guarda de la constitución*. Bogotá : Publicaciones CEIDA, [s. d.]

SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Derecho de petición SGC-430*. Bogota, 11 octobre 2016

SEGOVIA, Lácides. *Historia de las leyes: Acto legislativo número 3 de 1910*. 1 Ed (1914. Bogotá : Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010

SEVERINO, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 2003

SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Rober Alexy*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014

SIERRA PORTO, Humberto Antonio. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998

TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi*. 1re éd. Bolognia : Società editrice il Mulino, 1974

TARELLO, Giovanni. *El realismo juridico americano*. 1re éd. Milano : Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Roma, 1962

TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional*. 3e éd. Bogotá : Editorial la Gran Colombia, 1944

TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005

TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 4e éd. Bogota : Ibañez, 2012

TOCORA LÓPEZ, Luis Fernando. *Control constitucional y derechos humanos*. Bogotá : Libreria del Profesional, 1992. ISBN 9586352048. Disponible à l'adresse : http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.40351&site=eds-live

TOCQUEVILLE, Alexis. *De la démocratie en Amérique*. 7e éd. Paris : Gallimard, 1951

TORRES BAYONA, Daniel Fabian. *El control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de la sentencia C-600 de 1998 y sus posteriores entendimientos*. [S. l.] : Universidad Externado de Colombia, 2015

TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. Mineola, New York : The Foundation Press, 1978

TUSSEAU, Guillaume. *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*. 1re éd. Bolognia : Bolognia University Press, 2009

UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *12 tesis en torno al concepto de estado social de derecho*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2009

URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. V. II. Madrid : Ediciones cultura hispánica, 1985

USQUIANO CASTRO, Milton Alexander. *La excepción de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional colombiana*. 1re éd. Medellín : Universidad de Medellín, 2017

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla*. 1 Ed. Bogotá : Panamericana, 2012

VELÁZQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho constitucional*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1998

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general*. 3e éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1985

VIDAL PERDOMO, Jaime et MOLINA BETANCUR, Carlos. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. 11e éd. Medellín : Legis; Universidad de Medellín, 2017

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid : Marcial Pons, 2005

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. 1re éd. Madrid : Civitas, 1991. ISBN 8473988876

YOUNES MORENO, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. 2e éd. Bogotá : Editorial Ibañez; ESAP, 1995

YOUNES MORENO, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. 11e éd. Bogotá : ESAP, 2011

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le droit en douceur*. 1re éd. Trad. par Michel LEROY. Paris : Economica; PUAM, 2000

B. Articles, contributions à des ouvrages collectifs

ACKERMAN, Bruce. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal* [en ligne]. 1984, Vol. 93, p. 1013-1072. [Consulté le 1 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers

ALBERT, Lee. Justiciability and Theories of Judicial Review: A Remote Relationship. *Southern california law review*. 1977, Vol. 50, p. 1139-1177

ALEXY, Robert. Control judicial como representación argumentativa. Dans : HENAO

ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. *La Ley* [en ligne]. 2008. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://ecaths1.s3.amazonaws.com/teoriadeladecisionunt/767438694.Ponderación, control de constitucionalidad y ponderación- Robert Alexy.docx

ARBOLEDA, Sergio. La constitución política (1885). Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 223-288

AUMANN, F.R. The Supreme Court and the Advisory Opinion. *Ohio St. University Law Review*. 1937, no 4, p. 21-55

ÁVILA, Ariel Fernando et VELASCO, Juan David. Parapolíticos, narcos, guerrilleros y votos: revisitando el problema de la teoría democrática a partir del caso colombiano. *Pap. Polít.* [en ligne]. 2012, Vol. 17, nº 2, p. 371-421. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v17n2/v17n2a02

BARANGER, Denis. Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle ,. *Jus politicum* [en ligne]. 2012, nº 7. [Consulté le 2 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html]

BASILIEN-GAINCHE, ML. La constitucionalidad de contienda: la promoción jurídica de la guerra civil en la Colombia del siglo XIX. *Historia Crítica* [en ligne]. 2008. [Consulté le 20 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.org.co/pdf/rhc/n35/n35a08.pdf

BASSET, Yann. ¿Voto amarrado? personalización del voto y trayectorias electorales de los senadores en Colombia. *Revista de Ciencia Política* [en ligne]. 2015, Vol. 35, nº 3, p. 489-507. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v35n3/art02.pdf

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. *Discusiones* [en ligne]. 2000, Vol. 1, p. 65-94. [Consulté le 9 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.cervantesvirtual.com/controladores/get_citation.php?id=251544&tipo=bibtex&descarga=0

BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. *Rev. Derecho del Estado* [en ligne]. 2008, nº 21, p. 81-94. [Consulté le 18 avril 2016]. Disponible à l'adresse : http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/revderest21&section=7

BOTERO BERNAL, Andrés. Matices a la interpretación tradicional de la exégesis. *jurid. Manizales*. 2012, Vol. 9, nº 1, p. 120-135

BRILMAYER, L. The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the" Case or Controversy" Requirement. *Harvard Law Review* [en ligne]. 1979, Vol. 93, nº 2,

p. 297-321. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.jstor.org/stable/1340380

BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. Dans : RAMIREZ CLEVES, Gonzalo (dir.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 423-438

BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en ligne]. 2010, no 33, p. 79-108. [Consulté le 11 mai 2018]. Disponible à l'adresse : https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32594/1/Doxa_33_05.pdf

CAJAS SARRIA, Mario. La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1991. *Precedente*. 2015, Vol. 7, no jul-dic, p. 109-152

CAJAS SARRIA, Mario. La justicia constitucional del general Gustavo Rojas Pinilla: entre el tribunal de garantías constitucionales y la sala de negocios constitucionales. Colombia, 1953-1957. *Revista de historia constitucional*. 2016, no 17, p. 273-307

CAJAS SARRIA, Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente*. 2005, p. 13-34

CAJAS SARRIA, Mario A. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1910: de juez de la Regeneración a juez constitucional. *Historia constitucional*. Cali, 2013, no 14, p. 425-465

CAPPELLETTI, Mauro et ADAMS, John Clarke. Judicial Review of Legislation : European Antecedents and Adaptations. *Harvard Law Review*. 1966, Vol. 79, no 6, p. 1207-1224

COLÓN-RÍOS, Joel. El fin del debate en torno al constitucionalismo y la democracia. Dans : *La constitución de la democracia*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 27-79

CUBILLOS, GP. Representatividad parlamentaria:¿ Congreso en crisis? *Revista de*

Derecho Público [en ligne]. 2014, nº 32, p. 20. [Consulté le 20 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4760196

CULP DAVIS, Kennth. Ripeness of Governmental Action for Judicial Review. *Harvard Law Review*. 1955, Vol. 68, nº 8, p. 1326-1373

D'ORLANDO, Elena. La justicia constitucional en Alemania. Dans : VELANDIA CANOSA, Eduardo et MEZZETTI, Luca (dir.), *Justicia constitucional. Sistemas y modelos comparados*. 1re éd. Bogotá : Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Ediciones Nueva Juridica, 2017, p. 253-302

DE LEÓN, Juan Félix. Lecciones de ciencia constitucional. Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 95-199

DIAZ BRAVO, Enrique. Aspectos sobre justicia constitucional. Orígenes, evolución,control de constitucionalidad y legitimidad. Dans : VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (dir.), *Derecho Procesal Constitucional*. 1re éd. Bogotá : VC Editores; Academia Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2012, p. 139-177

ECHEVERRY URUBURU, Álvaro. La Constitución de 1991 y el principio de seguridad jurídica. Dans : *Posesión como miebro correspondiente de la Academia Colombiana de Historia*. Bogotá, 2005, p. 12

ESGUERRA, Nicolás. Proyecto de acto legislativo. *Anales de la Cámara de Representantes*. Bogotá, 1909, nº 7, p. 51-56

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Proyecto de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 112. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 26 mars 1991, nº 27, p. 32

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos et ARIAS LÓPEZ, Jaime. Ponencia para primer debate en Plenaria. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 20 mai 1991, nº 77, p. 16

FAJARDO LANDAETA, Jaime Álvaro et MEJÍA AGUDELO, Darío Antonio. Propuesta de acto reformatorio de la Constitución política de Colombia. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 26 mars 1991, nº 27, p. 32

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional* [en ligne]. 2012, nº 12, p. 119-190. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/2268/2219

FERRER, Eduardo. Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado. *Derecho & Sociedad Asociación Civil - Pontificia Universidad Católica del Perú* [en ligne]. 2007, nº 29, p. 325-342. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : https://goo.gl/cyJzJi

FIELD, Oliver. The advisory opinion - An analysis. *Indiana Law Journal* [en ligne]. 1949, Vol. 24, nº 2, p. 203-230. ISBN 1120617163123. DOI 10.1525/sp.2007.54.1.23.

FORTICH NAVARRO, Mónica Patricia. Los libros y la formación de los abogados neogranadinos. *Revista Prolegómenos*. 2011, Vol. XIV, nº 28, p. 169-185

FRANKFURTER, Felix. A Note on Advisory Opinions. *Harvard Law Review*. 1924, Vol. 37, nº 8, p. 1002-1009

FROMONT, Michel. La diversité de la justice constitutionnelle en Europe. Dans : *Mélanges Philippe Ardant-Droit et politique à la croisée des cultures*. 1re éd. Paris : LGDJ, 1999

GARCES LLOREDA, María Teresa et VELASCO GUERRERO, José María. Informe de Ponencia ante la Comisión Cuarta: Control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, nº 36, p. 1-18

GARCÉS LLORREDA, María Teresa. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 13. *Gaceta constitucional*. Bogotá, 20 février 1991, nº 36, p. 10-18

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Opinión jurídica* [en ligne]. 2006, Vol. 4, nº 8, p. 53-72.

Disponible à l'adresse : http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/429%5Cnhttp://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/429%5Cnhttp://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/429/1/c2a-mgarcia-apuntes_sobre_codificacion.pdf

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina. *Análisis Político*. 2012, Vol. 25, nº 75, p. 89-110

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Democracia y estado social de derecho. Aspiraciones y derechos en el constitucionalismo latinoamericano. Dans : *Foro Temático (abierto) PDI-FESCOL*. Cali : Friedrich Evert Stiftung en Colombia, 2004, p. 1-17

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonom\'\ia* [en ligne]. 1997, nº 6, p. 55–70. Disponible à l'adresse : http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf

GAY, Laurence. Du contentieux a priori au contentieux a posteriori: l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France? Dans : *Annuaire International de justice constituionnelle 2013*. 1re éd. Paris, Aix-en-Provence : Economica; PUAM, 2014, p. 55-59

GONZÁLEZ, Barrios. Clientelismo y familias en accion: una mirada desde lo local. *OPERA-Observatorio de Políticas, Ejecución y …* [en ligne]. 2011, nº 11, p. 147-164. Disponible à l'adresse : https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5147330

HELFRICH-BERNAL, Linda. Elecciones: entre gamonalismo y civismo. El caso de Tumaco en la costa Pacífica. *Territorios: Revista de estudios regionales y urbanos* [en ligne]. 2000, p. 39-51. [Consulté le 2 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2344/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=6d71abfa-f0fe-41f4-9749-f5f461b64232@sessionmgr101&hid=108

HORBATH, Jorge Enrique. Pobreza y elecciones en Colombia. Algunos hallazgos para

reflexionar. *Espiral, estudios sobre estado y sociedad* [en ligne]. 2004, Vol. X, nº 29, p. 199-232. Disponible à l'adresse : http://revistascientificas.udg.mx/index.php/EEES/article/view/1276/1154

HUBEAU, F. Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes'. *Cahiers de droit européen*. 1983

IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana. La excepción de incosnticuionalidad como instrumento de constitucionalización del derecho administrativo. Dans : OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando et MONTAÑA PLATA, Alberto (dir.), *La constitucionalización del derecho administrativo*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 309-323

IBÁÑEZ, Blasco. Evolución histórica de la enseñanza [del derecho] en Colombia. Dans : *La importancia de los estudios de derecho frente al siglo XXI*. [S. l.] : [s. n.], [s. d.], p. 106-115

JAFFE, Louis L. Standing to Secure Judicial Review. *Harvard Law Review*. 1961, Vol. 75, nº 2, p. 255-305

JAKAB, András. Concept and Function of Principles. A Critique of Robert Alexy. *ARSP BEIHEFT* [en ligne]. 2009, Vol. 119, p. 145-159. Disponible à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1918421

KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A comparative study of the Austrian and the American constitution. *The Journal of Politics*. 1942, Vol. 4, nº 02, p. 183-200

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* [en ligne]. Trad. par Rolando TAMAYO Y SALMORÁN. 2011, Vol. 15, p. 249-300. [Consulté le 4 octobre 2017]. Disponible à l'adresse : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiNy87ywZLbAhXJORQKHRKnBp8QFghLMAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3764308.pdf&usg=AOvVaw2WZE7ejWqZo7vZdrG5DbOO

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* [en ligne]. 1928, Vol. XLV, nº 14, p. 197-257. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9355286/f7.double

LAGRAVE, Claire. Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a priori dans les modèle espagnol, italien et français. Dans : GAY, Laurence (dir.), *La question prioritaire de constituionnalité. Approche de droit comparé*. 1re éd. Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 237-262

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Aspectos de la jurisdicción constitucional en Colombia. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 43-53

LÓPEZ OLIVA, José O. La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos socialies asistenciales a la seguridad social en salud. *Prolegómenos - Derechos y Valores*. 2010, Vol. XIII, nº 26, p. 233-243

MARTINEZ SILVA, Carlos. Leyes inconstitucionales. Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 393-404

MAULIN, Eric. Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. Dans : *La notion de « justice constitutionnelle »*. 1re éd. Paris : Dalloz, 2005, p. 137-158

MEDELLÍN, Carlos. Intervención del señor Magistrado de la Corte. Dans : *Aspectos del control constitucional en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 23-28

MEJÍA AGUDELO, Darío Antonio, ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos et ARIAS LÓPEZ, Jaime. Informe de Ponencia [Subcomisión tercera de la Comisión primera]: mecanismos e instituciones de protección de derechos fundamentales y procedimientos de reforma constitucional. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 17 avril 1991, nº 52, p. 28

MEJÍA QUINTANA, Óscar. La Constitución de 1991 como proyecto inacabado. *El Otro Derecho* [en ligne]. 2002, nº 28, p. 147-169. [Consulté le 3 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_CORE/La_Constitucion_de_1991_como_proyecto_inacabado.pdf

MELO, Jorge Orlando. Núñez y la constitución de 1886: triunfo y fracaso de un reformador. Dans : *Nuñez y Caro en 1886* [en ligne]. Bogotá : Banco de la República, 1989. [Consulté le 22 août 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.jorgeorlandomelo.com/nunez.htm#_ftn13

MELO, Jorger Orlando. La República conservadora. Dans : *Colombia Hoy: Perspectivas Hacia el Siglo XXI* [en ligne]. XVI. Bogotá : Banco de la República, 24 décembre 1996, p. 54-88. [Consulté le 27 mars 2016]. Disponible à l'adresse : http://repository.unad.edu.co/handle/10596/5383

MORALES, Alberto. Colombia: Elecciones y crisis política. *Nueva Sociedad* [en ligne]. 1978, nº 34, p. 56-73. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10701620N34-5.pdf

MORELLI RICO, Sandra. Breves apuntes sobre jurisdicción constitucional en Colombia. *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*. 1998, nº 312, p. 155-184

MORENO ORTIZ, Luis Javier. El sistema de control de constitucionalidad. *Civilizar*, 2010, Vol. 10, nº 19, p. 75-92

MORESO, José Juan. La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen. Dans : RAMÍREZ CLÉVES, Gonzalo (dir.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 355-375

MUÑOZ ARIAS, Luz fanny et TRIANA TRIANA, Carlos José. La excepción de inconstitucionalidad en la función administrativa. *Ambiente jurídico*. 2010, nº 12, p. 146-162

NICHOL, Gene R. Ripeness and the Constitution. *The University of Chicago Law Review*. 1987, Vol. 54, nº 1, p. 153-183

OLLER, Carlos A. Obligaciones prima facie y derrotabilidad. *Análisis Filosófico* [en ligne]. 2006, Vol. XXVI, nº 1, p. 147-155. [Consulté le 10 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96362006000100008&script=sci_arttext&tlng=en

OSUNA, Néstor. Democracia y presidencialismo en Colombia en los primeros años del siglo XXI. Dans : VANEGAS GIL, Pedro Pablo (dir.), *La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo.* 1re éd. Bogota : Universidad Externado de Colombia, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2009, p. 131-142

OSUNA, Néstor. Panorama De La Justicia Constitucional Colombiana. Dans : *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en Latinoamerica?*, von BOGDANDY, Armin (*et alii*), México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Max-Planck-Institut Für Ausländisches Offentliches Recht und Völkerrecht : Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional 2010, p. 623-643

PARDINI, Jean-Jacques. La jurisprudence constitutionnelle et les " faits ". *Cahiers du Conseil Constitutionnel* [en ligne]. 2000, nº 8, p. 1-14. [Consulté le 2 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-jurisprudence-constitutionnelle-et-les-faits

PETRO GONZALEZ, Ingrid Regina. El Juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. *Pensamiento americano*. 2016, Vol. 9, nº 17, p. 86-94

PINZÓN, Cerbeleón. Juicio sobre la Constitución de 8 de mayo de 1863, expedida en Rionegro (1863). Dans : RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (dir.), *Derecho constitucional colombiano. Siglo XIX. Tomo I*. Bogota : Cámara de representantes de la República de Colombia; IEC-CRP, 1998, p. 286-427

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. *Revista de Derecho Público*. 2015, nº 34, p. 29

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Incompatibilidad* [en ligne]. 22e éd. [S. l.] : Espasa, 2001. Disponible à l'adresse : http://lema.rae.es/drae2001/?val=naipe

RESTREPO, Carlos Eugenio. Estudios constitucionales. *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*. 1912, Vol. 3, no 25, p. 41-43; 73-81

RÍOS PENALOSA, Gilma. Las constituyentes de 1905 y 1910 | banrepcultural.org. *Revista credencial historia* [en ligne]. *Revista Credencial*, 1991, no 13. [Consulté le 13 avril 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.banrepcultural.org/node/81507

ROBERTS, John. Article III limits on statutory standing. *Duke Law Journal* [en ligne]. 1992, Vol. 42, no 1219, p. 11219-1232. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/duklr42&section=44

RODRÍGUEZ DE PIÑEREZ, Eduardo. Relaciones entre los poderes judicial y legislativo. *Por el Reinado del Derecho* [en ligne]. Bogota, 1927, p. 22. [Consulté le 5 juin 2015]. Disponible à l'adresse : https://scholar.google.es/scholar?hl=en&q=Relaciones+entre+los+poderes+judicial+y+legislativo&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp=#0

RODRIGUEZ PEÑARALDA, Maria Luisa. Colombia: 100 años de justicia constitucional y republicana. *Revista Sin permiso*. Web ed [en ligne]. 2010. Disponible à l'adresse : http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3725

RÚA DELGADO, Carlos. La legitimidad en el ejercicio del poder político en el estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano. *Revista Ius et Praxis* [en ligne]. 2013, Vol. 19, no 2, p. 85-122. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n2/art04.pdf

SÁCHICA, Luis Carlos. La constitución y su defensa. Dans : *La constitución y su defensa*. Mexico D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 329-374

SANDERS, James. Pertenecer a la gran familia granadina. Lucha partidista y construcción de la identidad indígena en el Cauca, Colombia 1849-1890. *Revista de estudios sociales*. 2007, no 26, p. 28-45

SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886. Dans : BARBOSA DELGADO, Francisco (dir.), *Historia del Derecho Público en Colombia*. 1re éd. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 261-318

SCHARPF, Fritz. Judicial Review and the Political Question: a functional analysis. *Yale Law Journal*. 1966, Vol. 75, no 4, p. 517-597

SHAPIRO, Scott J. The "hart–dworkin" debate: A short guide for the perplexed. *papers.ssrn.com* [en ligne]. 2007, p. 54. [Consulté le 16 septembre 2018]. ISBN 9781139167109. DOI 10.1017/CBO9781139167109.002

SILVA GARCÍA, Germán. Prospectivas sobre la educación jurídica. Dans : PERDOMO, Rogelio Pérez et RODRIGUEZ TORRES, Julia (dir.), *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá : [s. n.], 2006, p. 29-100

SUSTEIN, Cass. Constituciones y democracia: epílogo. Dans : ELSTER, Jon et SLAGSTAD (COMPS), Rune (dir.), *Constitucionalismo y democracia*. Mexico D.F. : Fondo de cultura económica, 1999

TAMAYO MEDINA, Carlos Héctor. La excepción de inconstitucionalidad frente a las leyes declaradas exequibles. *Revista Nueva época*. 2008, Vol. XIV, no 30, p. 237-262

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*. 1893, Vol. 7, no 3, p. 129-156

TUSHNET, Mark. Judicial review. Dans : GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (dir.), *Constitucionalismo y judicial review*. 1re éd. Lima : Palestra editores, 2013, p. 71-86

TUSHNET, Mark. La judicial review de la legislación. Dans : GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (dir.), *Constitucionalismo y judicial review*. 1re éd. Lima : Palestra editores, 2013, p. 87-116

URIBE, Victor. Disputas entre estado y sociedad sobre la educación de los abogados a finales de la epata colonial en al Nueva Granada. *Historia y sociedad*. [s. d.], Vol. 3, p. 33-57

VANEGAS, Isidro. La Constitución de Cundinamarca: la primera del mundo hispánico. *Historia Constitucional*. 2011, nº 12, p. 257-279

VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado* [en ligne]. 2007, nº 20, p. 73-96. [Consulté le 15 mars 2013]. ISBN 1120617163123. DOI 10.1525/sp.2007.54.1.23.

VIRGÜEZ RUÍZ, Santiago. Democracia desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin-Waldron. *Revista de Derecho Público*. 2015, nº 35, p. 31

WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? *Emory Law Journal*. 2009, nº 58, p. 675-712

WALDRON, Jeremy. Revisión judicial y legitimidad política. Dans : *Conferencia en la Corte Constitucional*. Trad. par Juan António BARRERO BERARDINELLI, Manuela DUQUE YEPES et DESPACHO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS. Bogotá : Corte Constitucional de Colombia, 4 août 2017, p. 82-122

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. 2006, Vol. 115, nº 6, p. 1346-1406

ZAGREBELSKY, Gustavo. La doctrine du droit vivant. *Annuaire International de justice constituionnelle*. 1re éd. Paris : Economica; PUAM, 1986, p. 55-77

ZAGREBELSKY, Gustavo. Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie. *Cahiers du Conseil Constitutionnel* [en ligne]. 2007, nº 22, p. 6. [Consulté le 1 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3137/pdf

ZOVATTO, Daniel. Participación electoral en América Latina*. Dans : REYNA IZAGUIRRE, Carlos (dir.), *Elecciones* [en ligne]. Lima : ONPE, 2003, p. 23-51. [Consulté le 23 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/918D15C72A441A3E0525756300630E80/$FILE/articulo_02.pdf

C. Documents officiels des processus constituants et législatifs (procès-verbaux de séances, projets, rapports)

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL. Acto legislativo 2 de 1977. *Diario oficial*. Bogota, 1977, nº 34935

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión de instalación de 15 mayo 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, p. 5-8. Serie unica, No. 1.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 13 de julio de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 32, p. 252-255

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 14 de julio de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 33, p. 257-260

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión del 19 de septiembre de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional1*. Bogotá, 19 septembre 1910, nº 60, p. 476-477

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesion del 20 de septiembre de 1910. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 61, p. 483,485-487

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 1 de julio de 1991 [Segundo debate]. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 27 décembre 1991, nº 143, p. 36

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 11 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 23 octobre 1991, nº 131, p. 28

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 28 de junio de 1991 [segundo debate]. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 21 décembre 1991, nº 142, p. 40

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acta de la sesión plenaria del 4 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 13 septembre 1991, nº 124, p. 20. Paginas 5 y 6 muestran las razones a favor y en contra del control judicial de

constitucionalidad.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Artículos de la Constitución política de Colombia aprobados en primer debate. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 27 juin 1991, nº 109, p. 36

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Asamblea Nacional Consituyente | banrepcultural.org. Dans : *banrepcultural.org* [en ligne]. 1991. [Consulté le 3 mars 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.banrepcultural.org/asamblea-nacional-constituyente

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Informe de la Comisión de reformas constitucionales. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 10, p. 75-76

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Modificaciones que presenta la Comisión de reformas constitucionales a los proyectos presentados sobre la materia a la Asamblea nacional. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 10, p. 76-80

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Herando Holguin y Caro. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 3, p. 22-24

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Jose María Lombana. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 6, p. 45

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Pedro Carreño. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 2, p. 12-16

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Proyecto presentado por Roman Gomez. *Anales de la Asamblea Nacional*. Bogotá, 1910, Vol. Serie unic, nº 4, p. 25-25

CAMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA. Acta de sesion. *Anales de la Cámara de Representantes*. Bogotá, 14 août 1894, nº 7, p. 53-54

CAMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA. *Reglamento de la Cámara de Representantes para su régimen y policía interior*. Bogotá : Imprenta Nacional, 1944

COLEGIO DE ALTOS ESTUDIOS QUIRAMA. Propuesta de Constitución para Colombia No. 4 [propuestas ONG]. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 2 avril 1991, nº 34, p. 32

COMISIÓN CODIFICADORA. Codificación del articulado de la Constitución de Colombia para segundo debate. *Gaceta Constitucional*. 1991, nº 113, p. 2-28

COMISIÓN CUARTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas No. 20 y 21 de la sesión del 25 de abril de 1991. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 8 mai 1991, nº 70, p. 16

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 58. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 18 mars 1991, nº 22, p. 64

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de ley sobre régimen político y municipal. *Diario oficial*. Bogotá, 7 mai 1887, nº 7036, p. 505-508

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de ley sobre régimen político y municipal. *Diario oficial*. Bogotá, 9 mai 1887, nº 7038, p. 512-515

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Proyecto de ley sobre régimen político y municipal. *Diario oficial*. Bogotá, 11 mai 1887, nº 7040, p. 521-524

CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Acta de la sesión del 3 de agosto de 1886. *Diario Oficial*. Bogotá, 11 août 1886, nº 6763, p. 821-824

CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Acta de sesión. *Diario oficial*. Bogotá, 6 août 1886, nº 6757

CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Debate sobre el proyecto de constitución. *Diario oficial*. Bogota, 29 mai 1886, nº 6689, p. 525-528

CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Informe de la Comisión de reforma constitucional para el primer debate. *Diario oficial*. Bogota, 22 mai 1886, nº 6683, p. 499-503

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Acta de la sesión del 18 de junio de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 1 septembre 1887, nº 7156

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Acta de sesión de 18 de enero de 1888. *Diario oficial*. Bogotá, 24 janvier 1888, nº 7280, p. 65-68

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Acta de sesión de 28 de enero de 1888. *Diario oficial*. Bogotá, 6 février 1888, nº 7290, p. 105-108

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Actas de la sesión de 30 de enero de 1888. *Diario oficial*. Bogotá, 8 février 1888, nº 7292, p. 113-116

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Proyecto de ley por el cual se reforman algunas disposiciones sobre régimen político municipal y la Ley 48 de 1887. *Diario oficial*. Bogotá, 18 janvier 1888, nº 7275, p. 45-48

GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. Proyecto de Acto reformatorio de la Constitución política de Colombia No. 2. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 12 février 1991, nº 5, p. 32

GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan et LONDOÑO, Hernando. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 9. *Gaceta constitucional*. Bogotá, 19 février 1991, nº 9, p. 24

NAVARRO WOLF, Antonio. Proyecto Acto Reformatorio de la Constitución Política No 7. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 19 février 1991, nº 8, p. 20

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Actas de las sesiones del 1 y 2 de agosto de 1886 del Consejo Nacional Constituyente. *Diario oficial*. Bogotá, 6 août 1886, p. 797-799

RUBIO, CASAS et BOTERO. Proyecto de ley de adopción de códigos. *Diario oficial*. Bogotá, 12 janvier 1887, nº 6921, p. 45-48

URIBE VARGAS, Diego. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No 6. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 18 février 1991, nº 7, p. 32

VELASCO GUERRERO, José María. Informe de ponencia ante la Comisión Cuarta. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 4 avril 1991, nº 36, p. 19-26

ZALAMEA, Alberto. Proyecto de Constitución política de Colombia. *Gaceta Constitucional*. Bogotá, 28 février 1991, nº 12, p. 24

TEXTES NORMATIFS

A. COLOMBIE

1. Constitutions

CONGRESO DE LA NUEVA GRANADA. Constitución para la Confederación Granadina de 1858. *www-suin-juriscol.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mai 1858, nº S/N. [Consulté le 8 septembre 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020216?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

CONVENCIÓN NACIONAL. *Constitución política de los Estados Unidos de Colombia de 1863*. Bogota, 1863

CONSEJO NACIONAL DE DELEGATARIOS. Constitución política de 1886. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 7 août 1886, nº 6758-6759, p. 801. [Consulté le 1 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la Republica de Colombia. *Gaceta constitucional* [en ligne]. Bogota, 4 juillet 1991, nº 114. [Consulté le 7 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988

2. Actes législatifs

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LEGISLATIVA. Acto legislativo 5 de 1905. Dans : *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 4 avril 1905. [Consulté le 12 juin 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1000183

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Acto legislativo número 3 de 1910. *Diario oficial*. Bogota, 1910, Vol. XLVI, nº 14131, 14132, p. 407-409

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1. *Diario oficial* [en ligne]. 1945, nº 25769, p. 593-600. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1960. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 10 décembre 1960, nº 30403, p. 1. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/30020056?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 1968. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 17 décembre 1968, nº 32673. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 1 de 1979. *Diario oficial*. Bogota, 20 décembre 1979, p. 91 et ss

COLOMBIA, Congreso de la República de Colombia. Acto legislativo 2 de 2015. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 1 juillet 2015, nº 49560. [Consulté le 16 septembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo 1 de 2016. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 7 juillet 2016, nº 49927, p. 8. [Consulté le 28 février 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30021746

3. Lois

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 15 de abril de 1887. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 20 avril 7019, p. 437-440. [Consulté le 8 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/LeyTransparencia/Transparencia/NormativaSUIT/1/Ley 57 de 1887.pdf

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 153 de 1887. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 28 août 1887, nº 7151-7152, p. 965-972. [Consulté le 1 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 8. *Diario oficial*. Bogotá, 3 février 1888, nº 7288, p. 97-100

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 61 de 1888. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 mai 1888, nº 7399, p. 1. [Consulté le 16 septembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1806120?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 169 de 1896. *Diario Oficial*. Bogotá, 31 décembre 1896, nº 10235

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 de 1993. *Diario oficial*. Bogotá, 23 décembre 1993, nº 41148

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 319 de 1996. *Diario Oficial*. Bogotá, 20 septembre 1996, nº 42884

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 393 de 1997. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 30 juillet 1997, nº 43096, p. 1-6. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1659485

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal. Ley 599 de 2000. *Diario oficial 44097* [en ligne]. Bogotá, 24 juillet 2000. [Consulté le 25 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 5 février 2002. [Consulté le 27 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 797 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 janvier 2003, nº 45079. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 860 de 2003. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 29 décembre 2003, nº 45415. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11173

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 25 juillet 2005, nº 45980, p. 14. [Consulté le 28 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1672044

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 18 janvier 2011, nº 47956. Disponible à l'adresse : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#135

4. Décret-Loi

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto ley 2067 de 1991. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 4 septembre 1991, nº 40012. [Consulté le 3 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1394864

5. Décrets

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1002 de 1984. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 18 mai 1984, nº 36615, p. 6. [Consulté le 29 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103663_archivo_pdf.pdf

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 126 del 25 de febrero 1910. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 1910, nº 13929. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1842327?fn=document-

frame.htm$f=templates$3.0

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1382 de 2000. *Diario Oficial* [en ligne]. Bogotá, 12 juillet 2000, nº 44082, p. 3. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1276834

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2542 de 1991. *Diario oficial* [en ligne]. Bogotá, 12 novembre 1991, nº 40150. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1770553

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2591 de 1991. *Diario oficial*. Bogotá, 19 novembre 1991, nº 40165

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 306. *Diario oficial*. Bogotá, 19 février 1992, nº 40334, p. 1

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 432 de 1969. *Diario oficial* [en ligne]. Bogota, 16 avril 1969, nº 32759. [Consulté le 8 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_0432_1969.htm

B. ARGENTINE

REPÚBLICA ARGENTINA. Constitución Nacional. Dans : *casarosada.gob.ar* [en ligne]. 1853. [Consulté le 17 avril 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional

C. ETATS-UNIS

ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE. Constitution américaine [traduite au français]. Dans : *Digithèque MJP* [en ligne]. http://mjp.univ-perp.fr, 1787. [Consulté le 16 avril 2017]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm#3

UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States* [en ligne]. 1787. [Consulté le 16 avril 2017]. Disponible à l'adresse :

https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm

D. FRANCE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Constitution de 1946. IVe République. Dans : *www.conseil-constitutionnel.fr* [en ligne]. 1946. [Consulté le 13 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique

E. PORTUGAL

ASAMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE. Constitution de la République Portugaise. *http://mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. Lisbone, 2 avril 1976. [Consulté le 22 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm#p3-6

TABLE DE JURISPRUDENCES

(le classement est thématique et chronologique)

A. CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 6 de septiembre de 1932. Bogotá, 6 septembre 1932

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 12 de mayo de 1943. Bogotá, 12 mai 1943

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 1 de marzo de 1944. *Anales del Consejo de Estado*. Bogotá, 1 mars 1944, nº 335-340-2, p. 13-17

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 20 de febrero de 1969. Bogotá, 20 février 1969

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 21 de marzo de 1980. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombie, 1980, p. 107-115

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 11001032400020006414O1(64146424644764526453652265236693671470S7) de 2002. *www-suin-juriscol.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 18 juillet 2002, p. 15. ISBN 1100103240002. Disponible à l'adresse : http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10000269#ver_10000275

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Auto admisorio de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad. Expediente 2015-00606-00 [NI 1727-2015]. Bogota, 16 juillet 2015

SUBSECCIÓN C DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCISO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de

noviembre de 2013. *www.consejodeestado.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 novembre 2013, nº AP 250002324000201100227 01. [Consulté le 21 mai 2018]. ISBN 0020110022. Disponible à l'adresse : http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=25000232400020110022701

B. COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE

1. Décisions auto

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 085 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 septembre 2000, p. 7. [Consulté le 21 mars 2011]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A085-00.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 087 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 octobre 2000, p. 7. [Consulté le 28 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A087-00.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 089 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 octobre 2000, p. 9. [Consulté le 28 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A089-00.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 094 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 octobre 2000, p. 8. [Consulté le 28 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2000/A094-00.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 071 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 février 2001, p. 16. [Consulté le 21 mars 2012]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2001/a071-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 076 de 2002. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 25 juin 2002, p. 7. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A076-02.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 015 de 2003. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 février 2003, p. 16. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2003/A015-03.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 036 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 février 2005, p. 7. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2005/A036-05.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 237 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 19 septembre 2008, p. 146. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS 2008/98. Auto del 19-09-2008. Auto 237. Incumplimiento de las órdenes impartidas en el auto 092 de 2008.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 008 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 janvier 2009, p. 67. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A008-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 035 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 janvier 2009, p. 4. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A035-09.htm

2. Décisions C

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-434 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 25 juin 1992, p. 25. Disponible à

l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-434-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-486 de 1993. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 octobre 1993, p. 34. [Consulté le 14 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-221 de 1994 [en ligne]. Bogota, 5 mai 1994. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-083 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 1995, p. 22. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-109 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 mars 1995, p. 35. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-022 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 janvier 1996, p. 13. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-239 de 1997. Dans : *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogota, 20 mai 1997. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-510 de 1997. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 9 octobre 1997, p. 13

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-404 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 août 1998, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse :

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-404-98.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-600 de 1998. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1998, p. 20. [Consulté le 3 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-600-98.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-093 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 31 janvier 2001, p. 41. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-506 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 mai 2001, p. 52. [Consulté le 23 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-506-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-836 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 août 2001, p. 57. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1052 de 2001 [en ligne]. Bogota : www.corteconstitucional.gov.co, 2001. [Consulté le 30 novembre 2016]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1052-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1287 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 décembre 2001, p. 34. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-251 de 2002. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 avril 2002, p. 218. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-251-02.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-616 de 2002. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 6 août 2002, p. 33. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-616-02.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-551 de 2003. Dans : *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 9 juillet 2003. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1024 de 2004. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 20 octobre 2004, p. 55. [Consulté le 25 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1024-04.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-590 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 8 juin 2005, p. 42. [Consulté le 11 novembre 2012]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-818 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 août 2005, p. 41. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1040 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 19 octobre 2005. [Consulté le 9 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-038 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 1 février 2006, p. 36

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-044 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 1 février 2006, p. 59

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355 de 2006 [en ligne]. Bogota, 10 mai 2006. Disponible à l'adresse :

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 18 mai 2006, p. 428. [Consulté le 28 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm#_ftnref17

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-804 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 septembre 2006, p. 77. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-804-06.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-820 de 2006. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 octobre 2006, p. 42. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-119 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 13 février 2008, p. 22. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-119-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-545 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 mai 2008, p. 41. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-545-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-713 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 juillet 2008, p. 333. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1059 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 29 octobre 2008. [Consulté le 22 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1059-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-428 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 juillet 2009.

[Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-428-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-556 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 20 août 2009. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-556-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-141 de 2010. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 26 février 2010. [Consulté le 9 septembre 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-842 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 27 octobre 2010, p. 32. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-842-10.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-886 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 novembre 2010. [Consulté le 4 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-886-10.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-122 de 2011. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 2011, p. 70. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-122-11.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-588 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 25 juillet 2012, p. 25. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-588-12.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-889 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 octobre 2012, p. 100. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-889-12.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-258 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 7 mai 2013, p. 253

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-400 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. [s. d.]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-400-13.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-269 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 2 mai 2014, p. 316. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-269-14.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-390 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 juin 2014, p. 50. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-390-14.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-035 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 janvier 2015, p. 53. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-035-15.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-621 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 septembre 2015, p. 54. [Consulté le 12 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-052 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 10 février 2016, p. 38

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-054 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 2016, p. 38. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-136 de 2017. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 1 mars 2017, p. 33. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse :

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-136-17.htm

3. Décisions SU

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-256 de 1999. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 avril 1999, p. 23. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU256-99.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1722 de 2000. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 décembre 2000, p. 21. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU1722-00.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-123 de 2013 [en ligne]. Bogotá, 13 mars 2013. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU132-13.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-132 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 13 mars 2013, p. 37. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU132-13.htm

4. Décisions T

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-002 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 8 mai 1992, p. 18. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de 1992. *www.corte constitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 juin 1992. [Consulté le 12 septembre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-421 de 1992. *www.corteconstitucional.com* [en ligne]. Bogotá, 19 juin 1991, p. 20.

[Consulté le 30 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-421-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-490 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, août 1992, p. 13. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-490-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-582 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 novembre 1992, p. 11. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-582-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-612 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 décembre 1992, p. 24. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-612-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-614 de 1992. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 décembre 1992, p. 24. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-614-92.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-206 de 1994. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 26 avril 1994, p. 21. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-206-94.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-450 de 1994. Dans : *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. 1994. [Consulté le 11 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-450-94.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-063 de 1995. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 février 1995, p. 10. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-063-95.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-279 de 1995. *Gaceta Constitucional* [en ligne]. Bogotá, 27 juin 1995, p. 12. Disponible à l'adresse :

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-279-95.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-123 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mars 1996, p. 38. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-123-96.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-556 de 1996. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 octobre 1996, p. 10. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-556-96.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-059 de 1997. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 février 1997, p. 20. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-059-97.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-661 de 1997. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 3 décembre 1997, p. 12. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-661-97.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-823 de 1999. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 octobre 1999, p. 33. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-823-99.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1090 de 2001. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 octobre 2001, p. 8. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1090-01.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-492 de 2003. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 11 juin 2003. [Consulté le 10 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-492-03.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-577 de 2005.

www.corteconstitucional.gov.co [en ligne]. Bogotá, 27 mai 2005, p. 17. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-577-05.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1229 de 2005. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 28 novembre 2005, p. 20. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1229-05.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-355 de 2007. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 mai 2007. [Consulté le 28 juillet 2014]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-355-07.htm#_ftnref8

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-597 de 2007. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 3 août 2007, p. 11

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-248 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 6 mars 2008, p. 34. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-248-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-815 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 21 août 2008. [Consulté le 24 juillet 2014]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-815-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1033 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 17 octobre 1970, p. 11. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1033-08.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-291 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 23 avril 2009, p. 115. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-291-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-389 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogota, 28 mai 2009, p. 32. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-389-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-431 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 30 juin 2009. [Consulté le 10 octobre 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-431-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-951 de 2009. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 décembre 2009. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-951-09.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-103 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 février 2010, p. 31. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-103-10.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-629 de 2010 [en ligne]. Bogotá, 13 août 2010, p. 109. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1028 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 décembre 2010, p. 39. [Consulté le 12 juin 2015]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1028-10.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-138 de 2011. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 mars 2011. [Consulté le 28 juillet 2014]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-138-11.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-704 de 2012. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 4 septembre 2012, p. 76. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-977 de 2012.

www.corteconstitucional.gov.co [en ligne]. Bogotá, 22 novembre 2012, p. 13. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-977-12.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-118 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 7 mars 2013, p. 25. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-118-13.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-141 de 2013. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 14 mars 2013, p. 26. [Consulté le 16 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-141-13.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-720 de 2014. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 septembre 2014, p. 43. [Consulté le 15 août 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-720-14.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-269 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 12 mai 2015, p. 66. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-269-15.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-303 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 mai 2015, p. 34. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-303-15.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-508 de 2015. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 août 2015, p. 39. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-508-15.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-043 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 février 2016, p. 23. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-043-16.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-097 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co*. Bogotá, 25 février 2016, p. 34

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-149 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 31 mars 2016, p. 40. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-149-16.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-462 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 29 août 2016, p. 25. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-462-16.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-616 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 9 novembre 2016, p. 42. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-616-16.htm

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-681 de 2016. *www.corteconstitucional.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 décembre 2016, p. 24. Disponible à l'adresse : http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-681-16.htm

C. COUR SUPREME DE JUSTICE DE COLOMBIE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 14 de septiembre de 1889. *Gaceta judicial*. Bogotá, 28 septembre 1889, nº 155, p. 403

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 29 de noviembre de 1913. *Gaceta Judicial*. Bogotá, Colombia, 30 janvier 1914, Vol. XXII, nº 1115 y 1116, p. 193-208

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 13 de noviembre de 1928. *Gaceta judicial*. 1931, nº 1832, p. 193-232

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 6 de diciembre de 1930. *Gaceta judicial*. Bogota, 6 décembre 1930, Vol. XXXVI, nº 1833, p. 248

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 28 de junio de 1952. *Gaceta judicial*. Bogota, 1952, Vol. XXI, nº 2110-2114

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 9 de abril de 1970. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombia, 9 avril 1970, Vol. 2338(Bis), p. 94-101

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 23 de abril de 1970. 2338(Bis). Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 23 avril 1970

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de julio de 1971. *Gaceta judicial*. Bogota, 1971, Vol. CXXXVIII, nº 2340-2342

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1978. *Gaceta judicial*. 1978, nº 2397

1. Chambre civile de cassation

SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 22 de abril de 2004. *www.cortesuprema.gov.co*. Bogotá, 22 avril 2004, nº 7843

2. Chambre sociale de cassation

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31 de octubre de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 31 octobre 1962, Vol. 2261-2264, p. 539-549

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 6 de febrero de 1987. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 6 février 1987, nº 2429, p. 77-97

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 17 de febrero de 1987. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 17 février 1987, nº 24, p. 162-175

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 19 de febrero de 2004. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 19 février 2004, nº 20951. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de mayo de 2004 [en ligne]. Bogotá, Colombia : ramajudicial.gov.co, 27 mai 2004. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 17 de mayo de 2005. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 15 mai 2005, nº 24903. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de junio de 2005. Bogotá, Colombia : ramajudicial.gov.co, 30 juin 2005

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 29 de agosto de 2005. Bogotá, Colombia, 29 août 2005

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 25 de mayo de 2006. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 25 mai 2006, nº 26401. [Consulté le 19 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 22 de julio de 2009. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 22 juillet 2009, nº 35304. [Consulté le 15 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 16 de febrero de 2010. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 16 février 2010, nº 39804. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA.

Sentencia del 8 de mayo de 2012. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 5 mai 2012, nº 41832. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 20 de junio de 2012. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 20 juin 2012, nº 42540. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 10 de julio de 2012. *www.cortesuprema.gov.co* [en ligne]. Bogotá, 10 juillet 2012, nº 42423. [Consulté le 20 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

3. Chambre pénale de cassation

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 18 de agosto de 1958. *Gaceta judicial*. Bogotá, 18 août 1958, nº 2199-2200, p. 775-782

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 6 de diciembre de 1960. Bogotá, Colombia, 1960

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 15 de marzo de 1961. Vol. 2238. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 15 mars 1961

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 17 de marzo de 1961. Vol. 2238. Bogotá, Colombia : Gaceta Judicial, 17 mars 1961

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de mayo de 1961. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 18 mai 1961, nº 2240, p. 982-985

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 14 de marzo de 1962. Vol. 2253-2254. Bogotá, Colombia, 14 mars 1962

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 16 de marzo de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 16 avril 1962, Vol. 2253-2254, p. 454-463

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 14 novembre 1962, nº 2256,2257,2258 y 2259, p. 224-229

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 14 de noviembre de 1962. *Gaceta judicial*. Bogotá, 14 novembre 1962, nº 2261, 2262, 2263 y 2264, p. 437-450

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 7 de diciembre de 1970. *Gaceta judicial*. Bogotá, 7 décembre 1970, nº 2334,2335,2336, p. 318-325

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 4 de julio de 1976. *Gaceta judicial*. Bogotá, 4 juillet 1976, nº 2282, p. 334-336

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Decisión de impedimento del 27 de agosto de 1987. *Gaceta Judicial*. bogotá, 27 août 1987, nº 2428, p. 211-215

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Decision a recurso de apelación de auto de detención preventiva. *Gaceta judicial*. Bogotá, 12 mai 1988, nº 2432, p. 430-440

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 12 de mayo de 1988. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 12 mai 1988, nº 2432, p. 429-440

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 19 de noviembre de 1991. *Gaceta judicial*. 1991, nº 2450, p. 532-541

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 19 de noviembre de 1997. *Gaceta judicial*. Bogotá, 19 novembre 1997, nº 2490, p. 490-507

4. Chambres plénières/générales

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 3 de noviembre de 1911. *Gaceta judicial*. Bogotá, 20 février 1911, nº 1007, 1008, p. 141-156

SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 21 de abril de 1954. *Gaceta judicial*. Bogotá : Gaceta Judicial, 21 avril 1954, nº 2140, p. 507-511

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 5 de mayo de 1978. *Gaceta judicial*. Bogota, 5 mai 1978, nº 2397, p. 105

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia 57 de 1981. *Gaceta judicial*. Bogota, 3 novembre 1981, nº 2405, partie VIII

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 4 de noviembre de 1981. *Gaceta judicial*. Bogotá, 4 novembre 1981, nº 2405, p. 358-408

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 7 de julio de 1983. *Gaceta Judicial*. Bogotá, 7 juillet 1983, nº 2413, p. 390-395

SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia del 26 de noviembre de 1987. *Gaceta judicial*. 1987, nº 2430, p. 516-518

ÉTATS-UNIS

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Marbury v. Madison, 5 U.S. 137* [en ligne]. 1803. [Consulté le 20 janvier 2017]. Disponible à l'adresse : http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213,270*. 1827

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U.S. 624,638*. 1943

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT **3**

REMERCIEMENTS **7**

RESUME **9**

RESUMEN **10**

ABSTRACT **11**

SOMMAIRE **13**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **15**

Définitions 24

Méthodologie 26

CHAPITRE PRELIMINAIRE : L'ADOPTION D'UN SYSTEME DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A LA FOIS CONCENTRE ET DIFFUS **31**

SECTION 1 Quelques éléments sur une conjoncture politique déterminante 31

PARAGRAPHE 1 L'insuffisance du système de justice constitutionnelle en 1886 32

PARAGRAPHE 2 Vers une dictature dans la première décennie du XX^e siècle 35

PARAGRAPHE 3 La naissance du Républicanisme 37

SECTION 2 Chronique de l'adoption d'un contrôle de constitutionnalité par l'Assemblée nationale constituante de 1910 39

PARAGRAPHE 4 Les propositions initiales favorables à un contrôle concentré 41

PARAGRAPHE 5 Un deuxième débat : un contrôle concentré avec des effets *inter partes* 43

PARAGRAPHE 6 La réouverture de la discussion : un contrôle à la fois diffus et concentré avec des effets *erga omnes* 44

PARTIE I UN SCENARIO FAVORABLE AU DEVELOPPEMENT D'UN CONTROLE CONCENTRE **49**

TITRE I L'EVOLUTION CONSTRUCTIVE D'UN CONTROLE CONCENTRE FORT **51**

CHAPITRE I La présence de systèmes concentrés de contrôle de constitutionnalité au cours du XIX^e siècle **53**

SECTION 1 L'absence de contrôle juridictionnel 54

PARAGRAPHE 1 Vers un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des actes administratifs territoriaux 54

PARAGRAPHE 2 Les questions judiciaires de droit ordinaire 55

PARAGRAPHE 3 Des pratiques constitutionnelles tendant à la préservation de la suprématie de la Constitution 56

SECTION 2 Un contrôle politico-juridique et juridictionnel ? 57

SECTION 3 Des contrôles juridictionnels 58

PARAGRAPHE 1 Les « *Sénats conservateurs* » : de véritables chambres juridictionnelles 58

PARAGRAPHE 2 Le contrôle des objections présidentielles aux projets de loi 60

CHAPITRE II Le renforcement continu du contrôle concentré depuis 1910 ..... **63**

SECTION 1 Vers une spécialisation de l'organe chargé du contrôle concentré 63

PARAGRAPHE 1 Un Conseil d'État chargé de vérifier la constitutionnalité des règlements 63

PARAGRAPHE 2 Vers la création d'une Cour constitutionnelle 66

1 Des tentatives avortées de création d'une Cour constitutionnelle mais favorisant la spécialisation du contrôle concentré de la loi 67

2 L'établissement d'une Cour constitutionnelle forte depuis 1991 71

SECTION 2 Vers une efficacité croissante du système de contrôle concentré 74

PARAGRAPHE 1 Le besoin d'un contrôle normatif accéléré 75

1 L'inclusion d'un délai pour les procédures 75
2 Le développement d'un contrôle automatique de certains actes normatifs 78
PARAGRAPHE 2 Des cours acceptant de contrôler certains actes normatifs 82
1 Une cour se déclarant compétente malgré un texte normatif vague 83
2 Un constituant favorisant l'étendue du contrôle de constitutionnalité 87

CONCLUSION TITRE I 90

TITRE II LA DIFFICULTE DEMOCRATIQUE REDUITE DU CONTROLE CONCENTRE EN COLOMBIE 93

CHAPITRE I Les défauts de la représentation : « la difficulté démocratique » du contrôle concentré 95
SECTION 1 Un discours fondé sur une représentation parlementaire légitime 96
PARAGRAPHE 1 Les prémisses de la question : la représentation électorale comme fondement de la légitimité du dernier mot dans une démocratie 96
PARAGRAPHE 2 Un traitement divers : la question permanente de la difficulté démocratique 98
PARAGRAPHE 3 Les quatre présupposés de la thèse de Jeremy WALDRON 104
SECTION 2 Les difficultés de fonder la légitimité du contrôle constitutionnel colombien sur un système de représentation Électorale 106
PARAGRAPHE 1 Une démocratie représentative déficitaire 107
1 Une faible participation aux élections 108
2 Les pratiques d'un système élitiste de représentation populaire 110
PARAGRAPHE 2 Une Cour constitutionnelle élue par le Sénat 114
1 La conception institutionnelle de la formation de la Cour constitutionnelle 114
2 L'insuffisance de l'argument de la légitimité démocratique indirecte 116

CHAPITRE II Un contrôle concentré tendant à la consolidation de la démocratie 119
SECTION 1 L'ouverture à une participation argumentée des citoyens : un « *forum* des idées » 119
PARAGRAPHE 1 Une conception normative du contrôle concentré contribuant à la participation 120
PARAGRAPHE 2 L'exigence d'une argumentation constitutionnelle du discours 123
SECTION 2 L'argumentation des décisions comme facteur de légitimité 127
PARAGRAPHE 1 La représentation argumentative 127
PARAGRAPHE 2 Un degré de rationalité qui conditionne l'acceptation de la décision 129
SECTION 3 Des décisions de contrôle concentré tendant à la matérialisation de la Constitution 131
PARAGRAPHE 1 La défense des minorités 131
PARAGRAPHE 2 La matérialisation des mandats constitutionnels « *aspirationnels* » 133
PARAGRAPHE 3 La garantie d'un système de contrôle et contrepoids 136

CONCLUSION TITRE II 139

CONCLUSION PARTIE I 143

PARTIE II LE SCENARIO ARIDE DE L'EMERGENCE DU CONTROLE DIFFUS 147

TITRE I LA MESURE DE L'INCIDENCE DE LA *JUDICIAL REVIEW* AMERICAINE SUR LE CONTROLE DIFFUS COLOMBIEN 149

CHAPITRE I La mesure de l'influence américaine sur son etablissement 151
SECTION 1 Une tentative d'inclusion du contrôle diffus en 1886 151
PARAGRAPHE 1 La réception des réflexions sur le contrôle de constitutionnalité « à l'américaine » 151
PARAGRAPHE 2 Les tentatives d'inclusion du contrôle diffus dans la Constitution de 1886 153
PARAGRAPHE 3 La recherche du meilleur système de justice constitutionnelle pendant « la Régénération » 156

SECTION 2 Les discussions après la Charte de 1886 : la recherche d'un contrôle constitutionnel effectif 160
PARAGRAPHE 1 Des fluctuations normatives 161
1 La consécration d'un contrôle diffus par la voie législative 161
2 La restauration de « la Régénération » conservatrice 163
PARAGRAPHE 2 Opinions académiques et politiques autour du contrôle de constitutionnalité 164
1 Une défense du modèle de « la Régénération » 164
2 Une demande civile de contrôle de constitutionnalité 165
A En défense de la suprématie constitutionnelle 166
B Des manifestations favorables au contrôle diffus 167
SECTION 3 L'influence américaine absente des processus constituants ultérieurs à 1910 ... 168
PARAGRAPHE 1 Le contrôle diffus inaltéré dans les réformes de la Constitution de 1886 169
PARAGRAPHE 2 Le contrôle diffus lors de l'Assemblée nationale constituante de 1991 171

CHAPITRE II L'éloignement interprétatif de deux textes distincts au cours du XXe siècle 179
SECTION 1 Le contrôle juridictionnel des *cases and controversies* 179
PARAGRAPHE 1 L'interprétation de la doctrine des « *cases and controversies* » 180
1 Une interprétation restrictive du contrôle judiciaire américain 180
2 Une grande influence américaine sur le contrôle judiciaire argentin 183
PARAGRAPHE 2 La réception de la jurisprudence américaine 185
1 Les rares références au contrôle diffus américain dans le cas colombien 185
2 La mesure de la pertinence d'un rapprochement entre l'intérêt à agir colombien et la légitimité pour agir de la justice américaine 189
SECTION 2 Une interprétation procédurale disparate de l'expression indéterminée « en tout cas » 193
PARAGRAPHE 1 Une interprétation variable de la compétence de contrôle 194
1 Un mandat général pour tous 194
2 Une disposition dirigée principalement aux fonctionnaires publics 196
A Un mandat élargi à tout fonctionnaire 196
B Une disposition s'adressant aux fonctionnaires chargés d'appliquer la loi 198
C Une compétence exclusive des fonctionnaires dotés d'une autorité judiciaire 199
3 Les juges exclusivement 199
PARAGRAPHE 2 Perspectives contradictoires sur l'opportunité d'exercer l'exception d'inconstitutionnalité 201
1 Un moment pour l'invoquer 202
2 Différentes voies procédurales 204

CONCLUSION TITRE I 205

TITRE II LES MECONNAISSANCES ET LES CRAINTES QUANT A L'EXERCICE DU CONTROLE DIFFUS 207
Méthodologies d'analyse 211
Méthodologie du sondage 212

CHAPITRE I Un contrôle méconnu 215
SECTION 1 Un contrôle peu étudié par la doctrine 215
PARAGRAPHE 1 Le traitement limité du contrôle diffus par la doctrine 216
1 Ouvrages de droit constitutionnel général colombien 216
GRAPHIQUE 1. 217
GRAPHIQUE 2. 218
2 Ouvrages consacrés à la justice constitutionnelle 219
GRAPHIQUE 3. 220
3 Ouvrages entièrement dédiés au contrôle diffus 221
PARAGRAPHE 2 Des apports pauvres de la doctrine 222
1 Une doctrine tendant à la description 222
2 Une doctrine source de propositions 225
SECTION 2 Un enseignement médiocre du contrôle diffus 227

PARAGRAPHE 1 Comment les juristes interprètent-ils leur propre formation juridique ? ___ 228
1 Un enseignement principalement composé de courtes mentions au contrôle diffus 229
GRAPHIQUE 4. 229
2 Peu de temps investi à l'étude du sujet 231
GRAPHIQUE 5. 231
GRAPHIQUE 6. 232
3 Le sentiment d'un enseignement insuffisant 234
GRAPHIQUE 7. 235
GRAPHIQUE 8. 236
GRAPHIQUE 9. 237
PARAGRAPHE 2 La rupture : les générations de juristes plus récentes 237
GRAPHIQUE 10. 238
GRAPHIQUE 11. 240
GRAPHIQUE 12. 241
SECTION 3 La croyance qu'il s'agit d'un contrôle peu exercé 242
PARAGRAPHE 1 Une recension du nombre de décisions prises en matière de contrôle diffus 243
GRAPHIQUE 13. 243
GRAPHIQUE 14. 244
GRAPHIQUE 15. 245
PARAGRAPHE 2 Une mesure de l'exercice du contrôle diffus 246
GRAPHIQUE 16. 246
GRAPHIQUE 17. 247
CHAPITRE II Des craintes autour du mécanisme 251
SECTION 1 Une atteinte à la sécurité juridique 251
PARAGRAPHE 1 Le manque de prévisibilité du droit 252
PARAGRAPHE 2 L'atteinte au principe d'égalité 254
SECTION 2 Une décision arbitraire du juge ou du fonctionnaire 256
PARAGRAPHE 1 L'arbitraire du juge ou fonctionnaire 257
PARAGRAPHE 2 Possibles sanctions pour l'exercice du contrôle diffus 260
1 Les sanctions d'un agissement contraire à la loi 260
2 La crainte des juristes d'être sanctionnés 262
GRAPHIQUE 18. 264
SECTION 3 L'incompatibilité entre les systèmes diffus et concentré 264
PARAGRAPHE 1 L'origine du questionnement sur un manque d'harmonie 265
PARAGRAPHE 2 La dualité du système de justice constitutionnelle colombien 268
CONCLUSION TITRE II 271
CONCLUSION PARTIE II 275
PARTIE III L'INTERACTION DES DEUX TYPES DE CONTROLE 281
TITRE I LE SYSTEME DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE SELON LA « THESE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE » 283
CHAPITRE I L'interprétation de l'« incompatibilité manifeste » des normes avec la Constitution 285
SECTION 1 L'évolution du concept de contrôle diffus consolidant la « thèse de la contradiction manifeste » 285
PARAGRAPHE 1 L'évolution du concept du contrôle diffus en tant que contrôle de l'incompatibilité constitutionnelle sous l'empire de la Constitution de 1886 285
PARAGRAPHE 2 La consolidation de la « thèse de la contradiction manifeste » après la Constitution de 1991 288
PARAGRAPHE 3 La présence de la « thèse de la contradiction manifeste » dans la jurisprudence ultérieure à sa consolidation 293
SECTION 2 Le critère du caractère manifeste pour distinguer le contrôle diffus du contrôle concentré 294

PARGRAPHE 1 L'objectif d'éviter des décisions arbitraires _____ 294
PARAGRAPHE 2 L'objectif d'éviter l'empiètement du contrôle diffus sur le domaine du contrôle concentré _____ 297

CHAPITRE II Le contrôle diffus en tant que contrôle préalable au contrôle concentré 301
SECTION 1 Vers la consolidation de l'idée d'un contrôle diffus préalable au contrôle concentré 301
PARAGRAPHE 1 L'évolution du caractère préalable du contrôle diffus dans la jurisprudence colombienne _____ 302
PARAGRAPHE 2 La consolidation du caractère préalable du contrôle diffus par la Cour constitutionnelle _____ 304
SECTION 2 Le caractère préalable du contrôle diffus en tant que garantie de l'autorité de la chose jugée des décisions de contrôle concentré.....308
PARAGRAPHE 1 Une garantie au regard des normes déclarées constitutionnelles _____ 309
PARAGRAPHE 2 Une garantie au regard des normes déclarées inconstitutionnelles ___ 313

CONCLUSION TITRE I.....316

TITRE II LA CRISE DE LA « THESE DE LA CONTRADICTION MANIFESTE » DANS LE CONSTITUTIONNALISME COLOMBIEN CONTEMPORAIN.....319

CHAPITRE I La « thèse de la contradiction manifeste » dans le constitutionnalisme contemporain 321
SECTION 1 La transformation de la pensée constitutionnaliste.....321
PARAGRAPHE 1 Le développement de Chartes de droits fondamentaux justiciables dans les nouveaux textes constitutionnels *post* Seconde Guerre mondiale_____ 322
PARAGRAPHE 2 La nouvelle pensée juridique autour de l'application des normes constitutionnelles par les juges _____ 324
1 La distinction entre disposition normative et normes juridiques 325
2 La distinction entre règles et principes 328
PARAGRAPHE 3 Une transformation du droit impulsé par les juges constitutionnels __ 330
1 Une transformation encouragée par les Cours constitutionnelles 330
2 La réception en Colombie 332
SECTION 2 L'insuffisance de la « thèse de la contradiction manifeste » au regard des paradigmes du constitutionnalisme colombien actuel.....339
PARAGRAPHE 1 Le juge protecteur des droits fondamentaux dans l'État social de droit340
PARAGRAPHE 2 L'égalité matérielle_____ 342

CHAPITRE II L'incohérence de l'exercice de la « thèse de la contradiction manifeste » 349
SECTION 1 L'insuffisance de l'argumentation justificative de la « Thèse de la contradiction manifeste » 349
PARAGRAPHE 1 La faiblesse du domaine matériel d'application_____ 350
1 Une univocité peu réaliste 352
2 La superficialité de l'analyse de l'inconstitutionnalité de la norme 356
A Le « chapeau du magicien » 357
B Le refus systématique d'exercer le contrôle diffus.....358
C Un fonctionnaire démuni.....361
PARAGRAPHE 2 L'insuffisance d'une délimitation temporelle formelle entre les deux types de contrôle _____ 363
1 Un contrôle diffus ultérieur à une déclaration d'inconstitutionnalité résultant d'un contrôle concentré 364
2 Le contrôle diffus ultérieur à une ratification de la constitutionnalité d'une norme par un contrôle concentré 367
SECTION 2 La difficulté de s'adapter aux besoins de protection de la propre Cour constitutionnelle.....371
PARAGRAPHE 1 La prise en compte d'éléments concrets d'analyse _____ 371
1 L'exigence d'une atteinte aux droits fondamentaux 372
2 La justification des sujets de protection spéciale 374
PARAGRAPHE 2 Un détachement vis-à-vis de la « thèse de la contradiction manifeste » 377

1 Une séparation directe 377
2 La non-application sans l'argument typique relatif au contrôle diffus 380
A La non-application en tant que conséquence d'une atteinte portée à un droit fondamental 381
B La non-application en tant que conséquence implicite d'une mesure de protection des droits fondamentaux 382

CONCLUSION TITRE II 385

CONCLUSION PARTIE III 389

CONCLUSION GÉNÉRALE 393

PROPOS DE SYNTHÈSE 395

CHAPITRE D'OUVERTURE : VERS UNE DISTINCTION DE L'OBJET DU CONTRÔLE EN TANT QUE MOYEN D'HARMONISER L'EXERCICE DES DEUX CONTRÔLES 403

SECTION 1 La justification démocratique de la distinction de l'objet des contrôles concentré et diffus 403
PARAGRAPHE 1 Une brève défense de la légitimité démocratique du contrôle concentré 405
1 Bref rappel des raisons d'un questionnement démocratique à l'égard du contrôle concentré 405
2 Le contrôle concentré comme jugement abstrait des normes 408
PARAGRAPHE 2 La plus grande *difficulté démocratique* du contrôle diffus 411
1 La difficulté démocratique du contrôle diffus supérieure à celle du contrôle concentré 411
2 Vers une idée de contrôle diffus en tant que contrôle de l'applicabilité des normes 412
SECTION 2 Le contrôle diffus en tant que contrôle de l'applicabilité 415
PARAGRAPHE 1 Le concept de contrôle de l'applicabilité 415
1 La défaisabilité (defeasability) comme méthode de non-application d'une norme 415
2 Le parcours du raisonnement de non-applicabilité 418
PARAGRAPHE 2 L'interaction entre les deux types de contrôle 420
1 D'une interaction matérielle-temporelle à un rapport de degrés de détermination de la règle 420
2 L'interaction au regard du caractère abstrait du contrôle concentré et concret du contrôle diffus 423
SECTION 3 Du contrôle de l'exercice du contrôle diffus 424
PARAGRAPHE 1 Les moyens ordinaires 425
PARAGRAPHE 2 L'action de *tutela* formée contre des décisions juridictionnelles 426
PARAGRAPHE 3 Le précédent juridictionnel : vers l'abstraction du cas concret 428

NOTES DE FERMETURE 433

ANNEXES 437

ANNEXE 1

Sondage au sujet de l'exercice de l'exception d'inconstitutionnalité 439

ANNEXE 2

Graphiques et tableaux de données relatives aux arrêts et à la doctrine sur le contrôle diffus 487

BIBLIOGRAPHIE 512

TEXTES NORMATIFS 544

TABLE DE JURISPRUDENCES 550

TABLE DES MATIERES 572

Résumé

Le système de justice constitutionnelle colombien est caractérisé par la richesse des moyens de protection de la Constitution qu'il consacre. D'une part, il comprend un contrôle concentré dont la légitimité démocratique n'est guère questionnable au regard de son ouverture à la participation des citoyens et de son incidence autant sur la protection abstraite des droits fondamentaux que le sur contrôle des poids et contrepoids institutionnels. D'autre part, il existe un contrôle diffus qui, bien qu'il soit entré en vigueur au même moment que le contrôle concentré, n'a pas été véritablement au centre de la pensée juridique classique en Colombie. Il a fait l'objet d'un traitement très léger par la doctrine, la jurisprudence et la formation universitaire des juristes. En revanche, la culture juridique majoritaire, fortement légicentriste, a conduit à des craintes autour de son utilisation qui se sont maintenues jusqu'à nos jours, malgré la transformation du droit impliquée par la Constitution de 1991.

De plus, les contrôles diffus et concentré ne sont pas nés de manière coordonnée, la fonction de chacun n'étant pas délimitée. Tout au contraire, les dispositions qui les consacrent dans la Charte constitutionnelle octroient une portée très large au deux. Cependant, historiquement, le contrôle diffus a été interprété de manière restreinte, comme un contrôle préalable au contrôle concentré et portant seulement sur des normes manifestement contraires à la Constitution. Or, cette approche formaliste du contrôle diffus semble aujourd'hui en contradiction avec les piliers du constitutionnalisme colombien contemporain ; un décalage qui a finalement conduit les juges constitutionnels à s'en séparer progressivement sans toutefois proposer une argumentation substitutive. Aussi, l'étude s'achève-t-elle en proposant une conception du contrôle diffus qui interagisse de manière harmonieuse avec le contrôle concentré, afin de régler autant les inconstitutionnalités abstraites que concrètes. La thèse analyse donc quel a été - et quel devrait être - la place du contrôle diffus dans le système de justice constitutionnelle colombien en recourant à diverses méthodes de sciences sociales.

Mots-clés : Colombie – contrôle diffus – contrôle concret – système intégral de justice constitutionnelle-légitimité – interaction entre contrôles diffus et concentré - non-application de normes – défaisabilité – histoire de la justice constitutionnelle colombienne – exception d'inconstitutionnalité – contrôle mixte –

Abstract

The Colombian judicial review system is characterized by its wealth of methods of control. On the one hand, it has a concentrated control that reduces the democratic objection, comparatively speaking, because of the aperture to participation in its procedure and its impact both on the abstract protection of fundamental rights and on the control of respect for the checks and balances system. On the other hand, there is a diffuse control that, despite having entered into force at the same time as the concentrated control, has not been at the center of Colombian legal thought. In effect, its doctrinal and jurisprudential treatment has been scarce and superficial in the training of lawyers and judges. This is explained by a strongly exegetical law culture in which the idea of the non-application of rules was seen as a direct affront. Thus, fears were raised about the use of this mechanism that remain presently, despite the transformation of the concept of law as a result of the Constitution of 1991.

Indeed, the diffuse and concentrated controls were not conceived in a coordinated way, delimiting the function of each. In fact, the provisions that establish them tend to grant a very broad scope to both of them. Historically, diffuse control has been understood as an anticipated control to the concentrated one, when the rule to be applied is manifestly against the Constitution. This formalistic idea of the concept of diffuse control seriously affects the pillars of contemporary Colombian constitutionalism, which has subsequently led judges to separate themselves from that conception without proposing a substitute argument. Finally, this study proposes a concept of diffuse control that must interact harmoniously with concentrated control to restrain abstract and concrete unconstitutionalities. This thesis then ultimately analyzes the role diffuse control has had in (and should have in) the Colombian system of judicial review through various methodologies of the social sciences.

Keywords: Colombia - diffuse control - concrete control - integral system of judicial review - legitimacy - interaction diffuse and concentrated controls - non-application of rules - defeasibility - history of Colombian constitutional justice - exception of unconstitutionality - mixed control -