

**L'ÉTAT DE DROIT, AU COEUR DU DIALOGUE ENTRE LE  
CANADA ET L'AMÉRIQUE LATINE ?**  
**EL ESTADO DE DERECHO, ¿ESTARÁ EN EL MEOLLO DEL  
DÍALOGO ENTRE CANADÁ Y AMÉRICA LATINA?**

Sébastien Grammond

Special Issue, March 2015

L'État de droit en Amérique latine et au Canada

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067938ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067938ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Grammond, S. (2015). L'ÉTAT DE DROIT, AU COEUR DU DIALOGUE ENTRE LE CANADA ET L'AMÉRIQUE LATINE ? / EL ESTADO DE DERECHO, ¿ESTARÁ EN EL MEOLLO DEL DÍALOGO ENTRE CANADÁ Y AMÉRICA LATINA? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 1–13. <https://doi.org/10.7202/1067938ar>

# L'ÉTAT DE DROIT, AU COEUR DU DIALOGUE ENTRE LE CANADA ET L'AMÉRIQUE LATINE?

Sébastien Grammond\*

Au même titre que la démocratie, l'État de droit est devenu un concept hégémonique : il est aujourd'hui presque inconcevable qu'un État ne prétende pas être un État de droit. Par exemple, la constitution canadienne énonce que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la primauté du droit et la constitution colombienne affirme que ce pays constitue « *un Estado social de derecho* ». La *Charte démocratique interaméricaine*, quant à elle, affirme les liens indissociables entre la démocratie et l'État de droit<sup>1</sup>. Et dans le contexte international actuel, les États sont bien souvent forcés de passer de la parole aux actes : les réformes orientées vers l'amélioration de l'État de droit dans les pays du Sud constituent souvent une exigence des pays occidentaux ou des bailleurs de fonds internationaux.

L'État de droit n'est cependant pas un concept univoque, comme en témoignent ses synonymes et ses traductions, *rule of law*, primauté du droit, *Rechtsstaat*. Même si l'on peut retracer jusqu'à l'Antiquité la volonté de contrôler le pouvoir de l'État et de remplacer le gouvernement des hommes par le gouvernement des lois<sup>2</sup>, le développement philosophique du concept de l'État de droit au XIXe siècle et au début du XXe siècle était fortement ancré dans les traditions et les institutions politiques nationales<sup>3</sup>. Cependant, à partir de la Seconde Guerre mondiale, l'État de droit a été saisi par le droit international, notamment par les instruments et les institutions de protection des droits de la personne. En effet, les horreurs de la guerre avaient démontré que, s'il était détaché de toute visée substantielle, l'État de droit pouvait se retourner contre les citoyens et, en définitive, contribuer à légaliser l'oppression. C'est donc une conception davantage substantielle de l'État de droit qui occupe aujourd'hui le devant de la scène.

Il est utile de clarifier la distinction entre les conceptions formelle et substantielle de l'État de droit. Dans son sens formel, il s'agit ni plus ni moins du principe de légalité, c'est-à-dire de l'exigence selon laquelle toute action de l'État doit être autorisée par une règle de droit. Dans la tradition britannique, cette conception a été principalement associée au nom d'A. V. Dicey, qui a écrit une oeuvre fondamentale sur la constitution anglaise à la fin du XIXe siècle<sup>4</sup>. Dicey affirmait que le concept de primauté du droit (*rule of law*), au Royaume-Uni, pouvait

---

\* Professeur titulaire, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

<sup>1</sup> *Charte démocratique interaméricaine*, Rés AG Rés 1, XXVIII-E/01, 11 septembre 2001, en ligne : <[http://www.oas.org/OASpage/frn/documents/Democratic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/frn/documents/Democratic_Charter.htm)>.

<sup>2</sup> Jacques-Yvan Morin, « L'État de droit : émergence d'un principe de droit international » (1996) 254 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 9; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

<sup>3</sup> Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2010 [Chevallier].

<sup>4</sup> Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Jonh WF Allison (éd), Oxford, Oxford University Press, 2013. L'édition originale date de 1885.

être décrit par les trois propositions suivantes : (1) l'État ne peut exercer un pouvoir de contrainte à l'encontre des citoyens qu'en application d'une règle de droit; (2) toute personne, y compris l'État et ses mandataires, est assujéti au droit et à la juridiction des tribunaux ordinaires; et (3) la protection des droits individuels découle de l'application du droit ordinaire par les tribunaux et non d'une quelconque déclaration de ces droits individuels. En particulier, Dicey récusait le concept français de juridiction administrative, séparée de celle des tribunaux civils. Une illustration frappante de cette conception mise en action est le célèbre arrêt *Roncarelli c Duplessis*<sup>5</sup> de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, le Premier ministre du Québec a été condamné à verser des dommages-intérêts à une personne contre qui il avait pris une décision injuste et arbitraire. Ce jugement était fondé sur les règles ordinaires de la responsabilité extracontractuelle que l'on retrouve dans le *Code civil*, auxquelles le Premier ministre avait été assujéti comme n'importe quel citoyen.

Dans le contexte moderne, la conception formelle de l'État de droit recouvre aussi le principe de la suprématie de la constitution. D'ailleurs, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada traite de la primauté du droit et du constitutionnalisme comme les deux facettes d'un même principe<sup>6</sup>. En effet, le Parlement, comme tout autre organe de l'État, est soumis au droit et en particulier au droit constitutionnel. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est donc une composante de l'État de droit.

Une conception substantielle de l'État de droit, au contraire, suppose non seulement l'assujétissement de l'État au droit, mais aussi que le droit lui-même protège les intérêts individuels les plus importants. À cet égard, deux avenues ont été explorées<sup>7</sup>.

D'une part, les règles de droit peuvent comporter certaines qualités formelles qui en facilitent la compréhension par les justiciables et qui rendent plus difficile leur application arbitraire. Ainsi, le philosophe du droit Lon Fuller a proposé une théorie de la « moralité intrinsèque » du droit, selon laquelle le droit devrait être stable et d'application générale, être accessible et compréhensible au public, ne pas être rétroactif ni contradictoire, respecter les attentes légitimes des citoyens, etc.<sup>8</sup> À titre d'exemple, les tribunaux français et européens ont affirmé l'existence d'une norme constitutionnelle interdisant la rétroactivité des lois à moins que l'État n'ait fait valoir une justification convaincante<sup>9</sup>. On peut aussi y ajouter des préoccupations relatives à l'accès concret aux tribunaux, notamment eu égard aux coûts et aux délais, et au bon fonctionnement des institutions judiciaires. Ce sont souvent ces préoccupations qui sont au cœur des efforts de développement international axés sur l'État de droit<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> *Roncarelli c Duplessis* [1959] RCS 121.

<sup>6</sup> *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, aux paras 70-78.

<sup>7</sup> Chevallier, *supra* note 3 aux pp 95-110.

<sup>8</sup> Lon L Fuller, *The Morality of Law*, éd Revue, New Haven, Yale University Press, 1969.

<sup>9</sup> Émilie Déal, « La controverse des validations législatives en France, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire » (2006) 36 RGD 157.

<sup>10</sup> Michael J Trebilcock et Ronald J Daniels, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

Au-delà de la perfection de la technique juridique, la conception substantielle de l'État de droit recouvre enfin un certain nombre de principes ou de valeurs qui doivent inspirer le contenu même du droit. Ces principes et ces valeurs sont souvent associés aux droits fondamentaux, dont le respect serait indispensable à un authentique État de droit. Cependant, le concept de droits fondamentaux n'est pas univoque : aux droits dits de première génération, largement inspirés de la philosophie libérale, se sont ajoutés des droits économiques, culturels et sociaux, qui reflètent le constat selon lequel l'exercice des droits de première génération est illusoire si leur titulaire ne bénéficie pas de certaines conditions minimales d'existence<sup>11</sup>. Ainsi, on pourrait affirmer que l'État de droit n'est pas pleinement réalisé si les citoyens n'ont pas un accès raisonnable au logement, à l'eau, à l'éducation ou aux soins de santé. On pourrait aussi évoquer la possibilité que des préoccupations environnementales puissent entrer dans le champ de l'État de droit. Quoiqu'il en soit, l'État de droit, dans un sens substantiel « vigoureux », serait un système juridique où le droit serait authentiquement au service des individus et où l'« acceptabilité sociale » du droit (pour reprendre un terme à la mode) serait assurée.

L'extension de la portée du concept d'État de droit souligne aussi la diversité des usages auxquels on peut l'employer. L'État de droit peut tout d'abord constituer un idéal philosophique qui permet à un observateur d'évaluer, voire de mesurer la qualité du système juridique d'un pays donné. L'exemple le plus achevé de cette utilisation du concept est sans doute le *Rule of Law Index* du *World Justice Project*<sup>12</sup>, qui quantifie périodiquement, pour chaque pays, l'atteinte d'un certain nombre d'objectifs qui comprennent non seulement les éléments mentionnés plus haut, mais aussi une vaste gamme de facteurs comme la lutte contre la corruption, la vérification financière des comptes gouvernementaux et l'accès à l'information gouvernementale.

L'État de droit peut aussi être considéré comme une norme juridique, faisant partie du système juridique plutôt que de constituer un outil externe d'évaluation. En fait, l'État de droit serait une norme constitutionnelle de premier rang, comme le suggère, par exemple, sa mention dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>13</sup>. Dans cette optique, tout citoyen pourrait invoquer l'État de droit comme fondement indépendant d'une contestation judiciaire relative à la validité d'une loi ou d'un acte gouvernemental. Au Canada, plusieurs tentatives d'invoquer l'État de droit (ou la primauté du droit) comme norme juridique autonome ont connu l'échec<sup>14</sup>, puisque la Cour suprême semble soucieuse de ne pas élargir le domaine des droits constitutionnels au-delà de ce qui peut être rattaché de façon crédible à une disposition de la *Charte*. En Europe, plusieurs garanties liées au concept d'État de

<sup>11</sup> David Robitaille, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

<sup>12</sup> Voir le site World Justice Project, en ligne : <<http://worldjusticeproject.org/>>.

<sup>13</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

<sup>14</sup> *Babcock c Canada (Procureur général)* [2002] 3 RCS 3; *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 RCS 473; *Colombie-Britannique (Procureur général) c Christie*, [2007] 1 RCS 873; voir cependant *Société de développement de la Baie James c Compagnie de construction et de développement Cris ltée*, [2001] RJQ 1726 (CA).

droit (par exemple, accès à la justice<sup>15</sup>, non-rétroactivité des lois, absence d'intervention de l'État dans les litiges<sup>16</sup>) découlent de l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui garantit le droit à un procès juste et équitable<sup>17</sup>. Certaines décisions britanniques démontrent aussi que les tribunaux sont disposés à accorder un certain degré de protection, même en l'absence de disposition constitutionnelle, à des droits reliés au procès juste et équitable<sup>18</sup>. Une décision récente de la Cour suprême du Canada reconnaît une forme de droit d'accès aux tribunaux sans obstacle financier important, rattaché à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui porte sur le statut des tribunaux supérieurs<sup>19</sup>.

Certains théoriciens de l'État de droit iraient plus loin et autoriseraient les tribunaux à invalider des lois ou des actes gouvernementaux en se fondant sur des principes rattachés au concept d'État de droit. Par exemple, T. R. S. Allan soutient que les juges peuvent vérifier si les lois satisfont un critère minimal de rationalité<sup>20</sup>, alors que David Beatty propose que le principe de proportionnalité soit érigé en norme constitutionnelle implicite<sup>21</sup>. Les tribunaux sont souvent hésitants à s'engager dans cette voie. À titre d'exemple, bien qu'un juge britannique ait suggéré qu'une loi coloniale fondamentalement injuste puisse être déclarée invalide parce qu'elle ne visait pas la « paix, l'ordre et le bon gouvernement » du territoire en cause<sup>22</sup>, la Chambre des Lords a ultimement rejeté l'application de cette théorie<sup>23</sup>.

L'observation comparée des réalités canadienne et latino-américaine contemporaines permet d'identifier de nouveaux défis auxquels la théorie de l'État de droit doit faire face.

L'un de ces défis est le lien entre l'État de droit et le maintien d'un degré appréciable d'ordre dans les relations entre citoyens. La protection contre l'arbitraire de l'État, en effet, serait vaine si les citoyens étaient exposés à un arbitraire privé encore plus grand. C'est pourquoi on s'entend habituellement pour dire que l'une des missions de l'État est d'assurer un ordre social qui permet la poursuite paisible des activités des citoyens. Le droit est évidemment un outil de choix pour assurer cet ordre.

<sup>15</sup> *Golder v UK* (1975) 1 EHRR 524.

<sup>16</sup> *Stran Greek Refineries v Greece* (1994) 19 EHRR 293.

<sup>17</sup> Pour une analyse détaillée de la jurisprudence découlant de l'article 6, voir Serge Guinchard *et al*, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2013. Bien que l'article 6 ne trouve aucun parallèle direct dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, il présente de fortes ressemblances avec l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12, et avec l'article 8 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 CTNU 123 (entrée en vigueur: 18 juin 1978).

<sup>18</sup> *Liyanage v The Queen*, [1965] 1 All ER 768 (PC); *R v Lord Chancellor ex p Witham* [1998] QB 575, [1997] 2 All ER 779 (DC).

<sup>19</sup> *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59.

<sup>20</sup> Trevor RS Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>21</sup> David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>22</sup> *Bancoult, R (on the application of) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2001] QB 1067.

<sup>23</sup> *R (on the application of Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2009] AC 453 (HL).

Un exemple canadien permet de souligner le lien étroit entre l'État de droit et le maintien de l'ordre par le droit. La constitution canadienne oblige l'assemblée législative de la province du Manitoba à adopter ses lois en français et en anglais. Pendant près d'un siècle, l'assemblée a adopté ses lois en anglais seulement, contrairement à cette exigence. Saisie de l'affaire, la Cour suprême du Canada a jugé que l'ensemble de la législation manitobaine unilingue était invalide. Cependant, la Cour a affirmé que le principe de la primauté du droit exigeait « la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif »<sup>24</sup>. Puisqu'un vice de nature constitutionnelle affectait l'ensemble de la législation, la Cour a déclaré celle-ci temporairement valide, le temps de corriger ce vice par la traduction des lois, afin d'assurer l'existence d'un ordre juridique et le respect des droits des citoyens.

Ce couplage entre l'État de droit et le maintien de l'ordre est particulièrement évident dans le domaine du droit pénal. Le droit pénal protège certaines des valeurs que notre société juge parmi les plus importantes, notamment la vie humaine, l'intégrité physique et la propriété privée. Un système pénal inefficace expose les citoyens à une insécurité inacceptable. L'exemple de plusieurs pays latino-américains, aux prises avec une criminalité organisée que l'État n'est pas en mesure d'affronter, en offre une illustration tragique. Il ne faudrait pas croire que le Canada est exempt de ce type de situation. Les demandes répétées de mise sur pied d'une commission d'enquête sur les meurtres non résolus de centaines de femmes autochtones mettent le doigt sur un point faible du système pénal canadien, qui ne parvient pas à assurer la sécurité de l'un des groupes les plus vulnérables de la société.

Dans plusieurs pays latino-américains, la recherche d'une plus grande effectivité du système pénal prend la forme de la lutte contre l'impunité. Et la forme suprême d'impunité, c'est sans aucun doute l'amnistie que se sont accordés certains régimes dictatoriaux, notamment dans le cadre de transitions vers la démocratie. Or, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, s'appuyant sur le droit à un recours effectif, a jugé que le maintien d'un état d'impunité était une violation des droits des victimes<sup>25</sup> et qu'il était impossible d'amnistier des crimes contre l'humanité<sup>26</sup>. La boucle était bouclée : on ne peut trouver d'illustration plus frappante de l'affirmation de Dicey, selon laquelle la primauté du droit signifie que tous, du chef de l'État au simple citoyen, militaire ou civil, sont assujettis aux mêmes lois.

Évidemment, maintenir l'ordre au moyen du droit pénal n'est pas un objectif qui doit être réalisé au mépris des libertés individuelles. La tentation est grande de confondre l'expression de désaccords politiques et la menace à l'ordre social. La pleine réalisation de l'État de droit exige une appréciation globale des différentes facettes de cet idéal.

Un autre défi de l'État de droit est l'adaptation à la diversité culturelle au

<sup>24</sup> Renvoi : *droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721.

<sup>25</sup> *Affaire Velásquez Rodríguez (Honduras)* (1988), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 4; *Affaire Barrios Altos (Pérou)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 75.

<sup>26</sup> *Affaire Arellano (Chili)* (2006), Inter-Am Ct HR, (Sér C), n° 149.

sein des États. Bien que sa promotion par des organismes internationaux lui ait imprimé une tendance « universalisante », l'État de droit peut se décliner d'une manière qui reflète les traditions de chaque pays. De plus, l'injonction voulant que tous soient soumis au droit ordinaire ne devrait pas être interprétée comme un obstacle au développement de régimes d'autonomie ou de reconnaissance du pluralisme juridique. Au Canada comme en Amérique latine, cette question se pose particulièrement au sujet des peuples autochtones et de leur volonté de contrôler les répercussions de l'exploitation des ressources naturelles. Par des chemins sans doute quelque peu différents, le Canada et plusieurs pays d'Amérique latine ont été conduits à reconnaître aux peuples autochtones un droit spécial d'être consultés et de voir leurs intérêts accommodés avant que des projets majeurs d'extraction des ressources naturelles ne soient autorisés. La Cour suprême du Canada a fait découler cette obligation du principe de l'honneur de la Couronne, qui astreint l'État à respecter des normes minimales de conduite dans ses relations avec les peuples autochtones<sup>27</sup>. La reconnaissance de cette obligation est explicitement reliée à un désir de favoriser la réconciliation entre l'État et les peuples autochtones, à la suite de sérieuses injustices historiques commises à l'égard de ces derniers, notamment la dépossession territoriale et l'envoi des enfants dans des pensionnats en vue de les assimiler. En Amérique latine, le droit international a joué un rôle majeur dans l'évolution du droit des autochtones. En particulier, la Cour interaméricaine, dans une décision rendue en 2001, a fait découler les droits territoriaux des autochtones du droit de propriété garanti par la Convention américaine des droits de l'homme<sup>28</sup>. Selon la Cour, le droit de propriété ne s'entend pas seulement de la propriété privée connue des droits occidentaux, mais aussi des types de relations à la terre des sociétés autochtones. La Cour adopte ainsi une conception résolument plurielle de l'État de droit et des droits fondamentaux. De la même manière, dans une décision rendue en 2012, la Cour a jugé que la protection du droit de propriété se traduisait par une obligation de consulter les autochtones avant d'autoriser l'extraction des ressources de leurs territoires<sup>29</sup>. Cette fois, la Cour s'est fondée sur une analyse comparative des instruments internationaux sur les peuples autochtones et de la jurisprudence de plusieurs organismes internationaux et des cours constitutionnelles de plusieurs pays d'Amérique à ce sujet.

L'État de droit, on le constate, est un concept riche qui permet de réfléchir au rôle du droit dans la société moderne et d'orienter les efforts de réforme. Il peut aussi servir d'outil de comparaison entre différents pays. C'est dans cet esprit que le Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa a organisé, en collaboration avec la section de droit civil de cette université, les 24 et 25 mars 2014, un colloque portant sur l'État de droit en Amérique latine et au Canada. Le présent numéro spécial de la *Revue québécoise de droit international* rassemble la plupart des contributions présentées à ce colloque. Nous espérons que ce numéro enrichira la réflexion sur l'État de droit et stimulera les échanges intellectuels interaméricains.

---

<sup>27</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511.

<sup>28</sup> *Affaire de la Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 79.

<sup>29</sup> *Affaire du Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku (Équateur)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 245.

## EL ESTADO DE DERECHO, ¿ESTARÁ EN EL MEOLLO DEL DIÁLOGO ENTRE CANADÁ Y AMÉRICA LATINA?

*Sébastien Grammond\**

*Traduit par/Translated by/Traducido por Myrna & Francois Mages\*\**

Al igual que la democracia, el Estado de derecho se ha vuelto un concepto hegemónico: hoy en día es casi inconcebible que un Estado no pretenda ser un Estado de derecho. Por ejemplo, la constitución canadiense establece que Canadá está fundado en principios que reconocen la primacía del derecho y la colombiana afirma que aquel país constituye “ un Estado social de derecho ”. Por su parte, la *Carta democrática interamericana* confirma los lazos indisolubles entre la democracia y el Estado de derecho<sup>30</sup>. A menudo, en el contexto internacional actual, los Estados se ven en la obligación de pasar de la palabra a los hechos : las reformas orientadas hacia la mejora del Estado de derecho en los países del sur constituyen por lo general una exigencia de los países occidentales o de las organizaciones financieras internacionales.

El Estado de derecho, sin embargo, no es un concepto unívoco, así como lo comprueban sus sinónimos y sus traducciones, *rule of law*, *primauté du droit* (primacía del derecho), *Rechtstaat*. Aun cuando la voluntad de controlar el poder del Estado y reemplazar el gobierno de los hombres por el de las leyes<sup>31</sup> se puede observar hasta en la antigüedad, el desarrollo filosófico del concepto de Estado de derecho estaba fuertemente anclado en las tradiciones y las instituciones políticas nacionales<sup>32</sup> durante el siglo XIX y a principios del siglo XX. No obstante, a partir de la Segunda Guerra mundial, el Estado de derecho ha sido incluido en el derecho internacional, en especial a través de los instrumentos y las instituciones de protección de los derechos de la persona. En efecto, los horrores de la guerra habían demostrado que el Estado de derecho, aun sin dimensión substancial, podía voltearse contra los ciudadanos y, en definitiva, contribuir a legalizar la opresión. En consecuencia, el concepto del Estado de derecho que nos ocupa hoy es más bien substancial.

Resulta útil clarificar la distinción entre los conceptos formal y substancial del Estado de derecho. En su sentido formal, se trata ni más ni menos que del principio de legalidad, o la exigencia según la cual toda acción del Estado debe ser autorizada por una regla de derecho. En la tradición británica, este concepto ha sido asociado principalmente con el nombre de A. V. Dicey, quien escribió una obra

---

\* Profesor titular, sección de derecho civil, Universidad de Ottawa.

\*\* Se puede contactar los traductores a la siguiente dirección de correo electrónico : [fmages@gmail.com](mailto:fmages@gmail.com)

<sup>30</sup> *Carta democrática interamericana*, Rés AG Rés 1, XXVIII-E/01, 11 de septiembre 2001, en línea: <[http://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm)>.

<sup>31</sup> Jacques-Yvan Morin, “L'État de droit : émergence d'un principe de droit international” (1996) 254 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 9; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

<sup>32</sup> Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2010 [Chevallier].



fundamental sobre la constitución inglesa a fines del siglo XIX<sup>433</sup>. Dicey afirmaba que el concepto de primacía del derecho (*rule of law*), en el Reino Unido podía ser descrito con las tres propuestas siguientes : (1) el Estado no puede ejercer un poder de obligación en contra de los ciudadanos si no es aplicando una regla de derecho; (2) toda persona, incluyendo el Estado y sus mandatarios, está sujeta al derecho y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios; y (3) la protección de los derechos individuales depende de la aplicación del derecho ordinario por los tribunales y no de cualquier declaración de dichos derechos individuales. Dicey se negaba a aceptar en particular el concepto francés de jurisdicción administrativa, separada de la de los tribunales civiles. Una ilustración notable de la puesta en acción de este concepto es el célebre decreto *Roncarelli c Duplessis*<sup>34</sup> de la Corte Suprema de Canadá. En este asunto, el Primer Ministro de Quebec ha sido condenado a pagar daños y perjuicios a una persona en contra de quien había tomado una decisión injusta y arbitraria. Este juicio estaba fundado en las reglas ordinarias de la responsabilidad extracontractual que se encuentran en el *código civil*, las cuales tenía que respetar el Primer Ministro como cualquier otro ciudadano.

En el contexto moderno, el concepto formal del Estado de derecho incluye también el principio de la supremacía de la constitución. En el *Renvoi sur la sécession du Québec*, (opinión consultiva sobre la secesión de la Provincia de Quebec), la Corte Suprema de Canadá considera la primacía del derecho y el constitucionalismo como las dos facetas de un mismo principio<sup>35</sup>. De hecho, como todo organismo del Estado, el Parlamento está sometido al derecho y en particular al derecho constitucional. El control de la constitucionalidad de las leyes es por ende un componente del Estado de derecho.

Un concepto substancial del Estado de derecho, por el contrario, no tan sólo supone la sujeción del Estado al derecho, pero también que el mismo derecho protege los intereses individuales más importantes. A este respecto, se han explorado dos vías<sup>736</sup>.

Por una parte, las reglas de derecho pueden conllevar algunas cualidades formales que facilitan su comprensión por los justiciables y que hacen más difícil su aplicación arbitraria. Así, el filósofo del derecho Lon Fuller ha propuesto una teoría de la “moralidad intrínseca” del derecho, según la cual el mismo debería ser estable y de aplicación general, ser accesible y fácil de entender para el público, no ser retroactivo ni contradictorio, respetar las expectativas legítimas de los ciudadanos, etc.<sup>37</sup> Por ejemplo, los tribunales franceses y europeos han confirmado la existencia de una norma constitucional que prohíbe la retroactividad de las leyes, a menos que el

---

<sup>33</sup> Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Jonh WF Allison (ed), Oxford, Oxford University Press, 2013. La edición original es de 1885.

<sup>34</sup> *Roncarelli c Duplessis* [1959] RCS 121.

<sup>35</sup> *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, párrs 70-78.

<sup>36</sup> Chevallier, *supra* note 32 págs 95-110.

<sup>37</sup> Lon L Fuller, *The Morality of Law*, ed Revue, New Haven, Yale University Press, 1969.

Estado haya presentado una justificación convincente<sup>38</sup>. A esto se le pueden agregar preocupaciones relativas al acceso concreto a los tribunales, considerando en particular los costos y los plazos, así como el buen funcionamiento de las instituciones judiciales. A menudo son dichas preocupaciones las que concentran los esfuerzos de desarrollo internacional orientados al Estado de derecho<sup>39</sup>.

Más allá de la perfección de la técnica jurídica, el concepto substancial del Estado de derecho incluye también algunos principios o valores que deben inspirar el contenido mismo del derecho. Dichos principios y valores están con frecuencia asociados a los derechos fundamentales cuyo respeto sería indispensable en un auténtico Estado de derecho. Sin embargo, el concepto de derechos fundamentales no es unívoco: junto a los derechos llamados de primera generación, ampliamente inspirados por la filosofía liberal, han aparecido derechos económicos, culturales y sociales, confirmando que el ejercicio de los derechos de primera generación es ilusorio si su titular no tiene a su alcance ciertas condiciones mínimas de existencia<sup>40</sup>. De tal forma, se podría afirmar que el Estado de derecho no llega a su plena realización si los ciudadanos no gozan de un acceso razonable a la vivienda, al agua, a la educación o a los servicios de salud. Podría mencionarse también la posibilidad de que preocupaciones ambientales puedan hacerse presentes en el Estado de derecho. En toda circunstancia, y en un sentido substancial “vigoroso”, el Estado de derecho sería un sistema jurídico en donde el derecho estaría auténticamente al servicio de los individuos y en el cual la “aceptabilidad social” del derecho (para usar un término de moda) estaría asegurada.

La extensión del alcance del concepto de Estado de derecho subraya también la diversidad de los usos que se le puede dar. Para empezar, el Estado de derecho puede constituir un ideal filosófico que permite al observador evaluar, y hasta medir la calidad del sistema jurídico de un país dado. El ejemplo más acabado del concepto es sin lugar a duda el *Rule of Law Index* del *World Justice Project*<sup>41</sup>, el cual cuantifica periódicamente, para cada país, el cumplimiento de un cierto número de objetivos que comprenden no tan sólo los elementos arriba mencionados, sino también una amplia gama de factores como la lucha contra la corrupción, la verificación financiera de las cuentas gubernamentales y el acceso a la información del gobierno.

El Estado de derecho también puede ser considerado como una norma jurídica, que forma parte del sistema jurídico y no es solamente una herramienta externa de evaluación. De hecho, el Estado de derecho sería una norma constitucional de primer rango, así como lo sugiere, por ejemplo, su mención en el preámbulo de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Carta canadiense de los derechos y las

---

<sup>38</sup> Emilie Déal, “La controverse des validations législatives en France, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire” (2006) 36 RGD 157.

<sup>39</sup> Michael J Trebilcock et Ronald J Daniels, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

<sup>40</sup> David Robitaille, *Normativité, interprétation et justification des droits économiques et sociaux : les cas québécois et sud-africain*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

<sup>41</sup> Véase World Justice Project, en línea: <<http://worldjusticeproject.org/>>.

libertades)<sup>42</sup>. En esta óptica, cualquier ciudadano podría invocar el Estado de Derecho como fundamento independiente de un argumento judicial relativo a la validez de una ley o de un acto gubernamental. En Canadá, varias tentativas de invocar el Estado de derecho (o la primacía del derecho) como norma jurídica autónoma se han visto frustradas<sup>43</sup>, ya que la Corte Suprema parece no querer ampliar el alcance de los derechos constitucionales más allá de lo que se pueda relacionar de manera aceptable a una disposición de la *Charte*. En Europa, varias garantías ligadas al concepto de Estado de derecho (por ejemplo, acceso a la justicia<sup>44</sup>, no retroactividad de las leyes, ausencia de intervención del Estado en los litigios<sup>45</sup>) derivan del artículo 6 del *Convenio europeo de derechos humanos*, que garantiza el derecho a un juicio justo y equitativo<sup>46</sup>. Algunas decisiones británicas demuestran asimismo que los tribunales están dispuestos a conceder cierto grado de protección, aún en ausencia de disposición constitucional, a derechos relacionados con el proceso justo y equitativo<sup>47</sup>. Una decisión reciente de la Corte Suprema de Canadá reconoce una forma de derecho de acceso a los tribunales sin obstáculo financiero importante, conforme al artículo 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867 (Ley constitucional de 1867)*, que trata del estatuto de los tribunales superiores<sup>48</sup>.

Algunos teóricos del Estado de derecho irían más lejos, autorizando a los tribunales a invalidar leyes o actos gubernamentales basándose en principios ligados al concepto de Estado de derecho. Por ejemplo, T. R. S. Allan sostiene que los jueces pueden verificar si las leyes satisfacen un criterio mínimo de racionalidad<sup>49</sup>, mientras que David Beatty propone que el principio de proporcionalidad se considere como norma constitucional implícita<sup>50</sup>. Los tribunales vacilan a menudo antes de seguir esta vía. A título de ejemplo, mencionaremos que aunque un juez británico había sugerido que una ley colonial fundamentalmente injusta pueda ser invalidada por no buscar “ la paz, el orden y el buen gobierno ” del territorio de referencia<sup>51</sup>, la Cámara de los

<sup>42</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

<sup>43</sup> *Babcock c Canada (Procureur général)* [2002] 3 RCS 3; *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Liée*, [2005] 2 RCS 473; *Colombie-Britannique (Procureur général) c Christie*, [2007] 1 RCS 873; véase *Société de développement de la Baie James c Compagnie de construction et de développement Cris liée*, [2001] RJQ 1726 (CA).

<sup>44</sup> *Golder v UK* (1975) 1 EHRR 524.

<sup>45</sup> *Stran Greek Refineries v Greece* (1994) 19 EHRR 293.

<sup>46</sup> Por un análisis detallado de la jurisprudencia relativa al artículo 6, véase sin embargo Serge Guinchard et al, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2013. Aunque el artículo 6 es única en su género y que no tiene su equivalente en la *Charte canadienne des droits et libertés*, presenta una gran parecido con el artículo 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12, y con el artículo 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969, 1144 CTNU 123 (entrada en vigor: 18 de junio 1978).

<sup>47</sup> *Liyanage v The Queen*, [1965] 1 All ER 768 (PC); *R v Lord Chancellor ex p Witham* [1998] QB 575, [1997] 2 All ER 779 (DC).

<sup>48</sup> *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59.

<sup>49</sup> Trevor RS Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>50</sup> David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>51</sup> *Bancoult, R (on the application of) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2001] QB 1067.

Lores acabó rechazando la aplicación de esta teoría<sup>52</sup>.

La observación comparada de las realidades contemporáneas de Canadá y de América Latina permite identificar nuevos desafíos a los cuales se enfrenta la teoría del Estado de derecho.

Uno de ellos es el lazo entre el Estado de derecho y la conservación de un grado considerable de orden en las relaciones entre ciudadanos. De hecho, la protección contra decisiones arbitrarias del Estado sería vana si los ciudadanos estuvieran expuestos a decisiones privadas más arbitrarias todavía. Esta es la razón por la cual se dice habitualmente que una de las misiones del Estado es mantener un orden social que permita a los ciudadanos llevar a cabo sus actividades en paz. Obviamente, el derecho es una de las mejores herramientas para asegurar este orden.

Un ejemplo canadiense permite enfatizar el lazo estrecho entre el Estado de derecho y el mantenimiento del orden a través del derecho. La constitución canadiense obliga a la asamblea legislativa de la Provincia de Manitoba a adoptar sus leyes en francés y en inglés. Durante cerca de un siglo, la asamblea ha adoptado sus leyes tan sólo en inglés, contrariamente a esta exigencia. Al llevar el asunto a la Corte suprema de Canadá, ésta juzgó que la totalidad de la legislación monolingüe de Manitoba era inválida. Sin embargo, la Corte afirmó que el principio de la primacía del derecho exigía “la creación y el mantenimiento de un orden real de derecho positivo”<sup>53</sup>. En vista de que un vicio de naturaleza constitucional afectaba el conjunto de la legislación, la Corte declaró temporalmente válida a la misma, mientras se corregía dicho vicio mediante la traducción de las leyes, con el fin de asegurar la existencia de un orden jurídico y el respeto de los derechos de los ciudadanos.

Este acoplamiento entre el Estado de derecho y el mantenimiento del orden es particularmente evidente en el ramo del derecho penal. Éste protege algunos de los valores que nuestra sociedad considera como los más importantes, en especial la vida humana, la integridad física y la propiedad privada. Un sistema penal ineficiente expone a los ciudadanos a una falta de seguridad inaceptable. El ejemplo de varios países latinoamericanos, que están luchando contra una criminalidad organizada que el Estado no es capaz de enfrentar, es una ilustración trágica de ello. No debemos creer que Canadá está exento de este tipo de situaciones. Las constantes solicitudes de establecimiento de una comisión de averiguación respecto a los asesinatos no resueltos de centenares de mujeres autóctonas señalan directamente un punto débil del sistema penal canadiense, el cual no alcanza a mantener la seguridad de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad.

En varios países latinoamericanos, la búsqueda de un sistema penal más eficiente toma la forma de lucha contra la impunidad. Sin lugar a duda, la amnistía es la expresión suprema de la impunidad, misma que se han otorgado algunos regímenes dictatoriales, notablemente en el marco de la transición hacia la democracia.

---

<sup>52</sup> *R (on the application of Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2009] AC 453 (HL).

<sup>53</sup> *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721.

Basándose en el derecho a un recurso efectivo, la Corte interamericana de derechos humanos ha juzgado que el mantenimiento de un estado de impunidad era una violación de los derechos de las víctimas<sup>54</sup> y que era imposible otorgar la amnistía a crímenes contra la humanidad<sup>55</sup>. Se había cerrado el círculo : no se puede encontrar ilustración más impactante de la afirmación de Dicey, según la cual la primacía del derecho significa que todos, desde el Jefe del Estado hasta el ciudadano común, militar o civil, son sujetos a la aplicación de las mismas leyes.

Es evidente que mantener el orden por medio del derecho penal no es un objetivo que deba ser alcanzado dejando a un lado las libertades individuales. Es muy grande la tentación de confundir la expresión de desacuerdos políticos con la amenaza al orden social. La plena realización del Estado de derecho exige una apreciación global de las diferentes facetas de este ideal.

Otro desafío del Estado de derecho es la adaptación a la diversidad cultural en el seno de los Estados. Aunque su promoción por organismos internacionales le han dado una tendencia “ universalizante ”, el Estado de derecho puede realizarse de una manera que refleje las tradiciones de cada país. Además, la conminación a que todos estén sometidos al derecho ordinario no debería ser interpretada como un obstáculo al desarrollo de regímenes de autonomía o de reconocimiento del pluralismo jurídico. En Canadá, igual que en América Latina, este pregunta surge particularmente respecto a las poblaciones autóctonas y su deseo de controlar las repercusiones de la explotación de los recursos naturales. Aunque sea por caminos sin lugar a duda diferentes, Canadá y varios países latinoamericanos han tenido que reconocer a las poblaciones indígenas un especial derecho a ser consultados, y así ver sus intereses tomados en cuenta antes de que proyectos mayores de extracción de recursos naturales estén autorizados. La Corte suprema de Canadá ha ligado esta obligación con el principio de honor de la Corona, el cual obliga al Estado a respetar normas mínimas de conducta en sus relaciones con las poblaciones autóctonas<sup>56</sup>. El reconocimiento a esta obligación está explícitamente ligado a un deseo de favorecer la reconciliación entre el Estado y las poblaciones indígenas, después de serias injusticias históricas cometidas hacia estas últimas, especialmente la expropiación territorial y el envío de los niños a internados con el fin de asimilarlos. En América Latina, el derecho internacional ha tenido un papel preponderante en la evolución del derecho de los autóctonos. En particular, en una decisión de 2001, la Corte interamericana ha ligado los derechos territoriales de los indígenas al derecho de propiedad garantizado por la Convención americana de los derechos del hombre<sup>57</sup>. Según la Corte, el derecho de propiedad no se refiere tan sólo a la propiedad privada conocida en los derechos occidentales, sino también a ciertos tipos de relaciones con la tierra de las sociedades autóctonas. La Corte adopta así un concepto definitivamente plural del Estado de derecho y de los derechos fundamentales. De

---

<sup>54</sup> *Caso Velásquez Rodríguez (Honduras)* (1988), Corte IDH (Sér C) n° 4; *Caso Barrios Altos (Perú)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 75.

<sup>55</sup> *Caso Almonacid Arellano y otros (Chile)* (2006), Corte IDH, (Sér C), n° 149.

<sup>56</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511.

<sup>57</sup> *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (2001), Corte IDH (Sér C) n° 79.

igual modo, en una decisión de 2012, la Corte ha establecido que la protección del derecho de propiedad se traducía en una obligación de consultar a los autóctonos antes de autorizar la extracción de recursos de sus territorios<sup>58</sup>. Esta vez, la Corte fundamentó su decisión en un análisis comparativo de los instrumentos internacionales sobre las poblaciones autóctonas y la jurisprudencia de varios organismos internacionales, así como de cortes constitucionales de algunos países de América al respecto.

El Estado de derecho es entonces un concepto rico que permite reflexionar acerca del papel del derecho en la sociedad moderna, y así orientar los esfuerzos de reforma. También puede ser útil como herramienta para hacer comparaciones entre diferentes países. Es en este espíritu que el Centro de investigación y enseñanza sobre los derechos de la persona de la Universidad de Ottawa organizó en colaboración con la sección de derecho civil de esta universidad, del 24 al 25 de marzo de 2014, un coloquio sobre el Estado de derecho en América Latina y en Canadá. La presente edición especial de la *Revue québécoise de droit international* reúne la mayor parte de las contribuciones ahí presentadas. Esperamos que este número contribuya a enriquecer la reflexión sobre el Estado de derecho y estimulará los intercambios intelectuales interamericanos.

---

<sup>58</sup> *Pueblo Indígena Kichwas de Sarayaku (Ecuador)* (2012), Corte IDH (Sér C) n° 245.