

RAPA NUI. «CRIME CULTUREL» ET VIOLENCES DE GENRE EN TERRE INSULAIRE CHILIENNE (TC, SENTENCIA, ROL 8792-2020, 29 JANVIER 2021)

FRANCK LAFFAILLE*

Sommario

1. Premessa. – 2. Norme conventionnelle. – 3. Norme coutumière. – 4. Norme constitutionnelle. – 5. Opinion dissidente.

Abstract

The Chilean Constitutional Court censured the Ley Pascua (1966) which grant to members of the Rapa Nui ethnic group an abnormal criminal privilege (substantial reduction of comb, accomplishment of the comb mainly outside prison). The notion of “culturally motivated offense” is, in this case, seen in the light of women's rights; the victim is a woman raped by a member of the Rapa Nui ethnic group. Should women's rights fall under the caudine forks of a communitarian-ethnic logic? Negative response. For the judge, it is not tolerable - within a constitutional state of law - to grant a criminal privilege to a category of people for what they are. No personal status: this is incompatible with the essential protection of the fundamental rights of women.

Suggerimento di citazione

F. LAFFAILLE, *Rapa Nui. «Crime culturel» et violences de genre en terre insulaire chilienne (TC, sentencia, Rol 8792-2020, 29 janvier 2021)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professeur de droit public, Faculté de droit de Villeteuse (IDPS)-Université Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord).

Contacto: francklaffaille1967@gmail.com

1. Premessa

Le 29 janvier 2021, le Tribunal constitutionnel du Chili rend une décision regardée comme l'une des plus importantes de ces dernières années. Il censure la loi n° 16.441 (1966) – dite *Ley Pascua* – en ses articles 13 et 14. Via ces deux derniers, le législateur institue un régime pénal plus favorable au profit des *naturales* (les habitants originels de l'ethnie Rapa Nui) de l'Île de Pâques. En vertu de l'article 13 de la loi n° 16.441, une réduction de peine est prévue dans l'hypothèse où une personne originaire de l'île commet sur ce territoire l'un des délits visés aux Titres VII et IX du Livre Second du Code pénal. Quant à l'article 14 de la même loi, il permet – en cas d'incarcération – que les deux tiers de la peine soient accomplis hors de toute institution carcérale. Qu'il s'agisse du quantum même de la peine ou des modalités de son application, le législateur de 1966 adopte des dispositions spécifiques, dérogoires au droit commun. Et la dérogation est ici synonyme de régime juridique plus favorable. Sur quel fondement? Sur un fondement que l'on peut qualifier d'ethnico-territorial: peuvent jouir des bénéfices des articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* les *naturales* ayant accompli un délit de nature pénale sur le territoire insulaire.

Nous sommes ici en présence d'une notion qui suscite débat depuis des décennies, tant en doctrine qu'en jurisprudence: la notion de *crime culturel*¹.

¹ La littérature sur le sujet est abondante. Sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, voir par exemple: A. L. DAVIS, *In Defense of Cultural "Insanity": Using Insanity as a Proxy for Culture in Criminal Cases*, Columbia Journal of Law and Social Problems, 2016, p. 387, www.jlsp.law.columbia.edu; S. K. SURI, *A Matter of Principle and Consistency: Understanding the Battered Woman and Cultural Defenses*, Michigan Journal of Gender & Law, 1/2000, p. 106, <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol7/iss1/3/>; E. MARTIN, *All Men Are (or Should Be) Created Equal: An Argument Against the Use of the Cultural Defense in a Post-Booker World*, William & Mary Bill of Rights Journal, Volume 15 | Issue 4 Article 8, p. 1304, www.sclarschip.law.wm.edu; F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, luglio 2009, www.statoechiese.it; C. G. OHANIAN, *Blaming "Culture": "Cultural" Evidence in Homicide Prosecutions and a New Perspective on Blameworthiness*, American University Criminal Law Brief, 1/2011, p. 27, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/clb/vol7/iss1/3/>; C. SELLA, *Alcuni riflessi penalistici dell'"enigma multicultural": considerazioni in tema di cause di giustificazione, scusanti e funzioni della pena*, Tesi di Dottorato, 2010, Università degli studi di Trento, <http://eprints-phd.biblio.unitn.it/247/>; C. LEE, *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense?*, GW Law Faculty Publications & Other Works Faculty Scholarship, 2007, p. 911, George Washington University Law School, cylee@law.gwu.edu; J. VIVIEN-WANG, *Cultural Defense as a Shield for Violence*, AUWCLNOV 10/2016, <http://www.jgspl.org/cultural-defense-shield-violence/>; M. MITHRA SHEYBANI, *Cultural Defense: One Person's Culture Is, Another's Crime*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review Law Reviews, 6-1-1987, p.751, <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol9/iss3/8/>; J. M. DONOVAN, J. STUART GARTH, *Delimiting the Culture Defense*, University of Kentucky College of Law, Law Faculty Scholarly Articles, 1-1-2007, james.donovan@uky.edu; H. E. LIBBY, *Evil perpetrators or cultural victims? An examination of the relation between cultural membership and moral responsibility*, Iowa Research Online, Fall 2010, <https://doi.org/10.17077/etd.71nyei3x>; D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, Columbia Law Review, 5/1996, p. 1093, <https://www.jstor.org/stable/1123402?seq=1>; J. WALDRON, *One Law for All? The Logic of*

Des citoyens coupables de délits de nature pénale doivent-ils être moins condamnés non pas à raison de leur acte mais à raison de ce qu'ils *sont*? Est-il acceptable/raisonnable d'instituer une législation pénale dérogatoire au droit commun reposant sur une logique *ontologique*? Il revient in fine au «juge anthropologue»² de trancher, tâche fort ardue.

Dans le cas présent, le crime est un viol perpétré sur une femme par un habitant de l'Île de Pâques. Le Ministère public requiert une peine d'emprisonnement de 15 ans; la défense revendique l'application des articles 13 et 14 de la *Ley Pascua*, l'accusé étant membre de l'ethnie Rapa Nui et le délit ayant été commis sur l'Île. Le juge pénal en charge de l'affaire – arguant de l'inconstitutionnalité potentielle de ces deux articles – saisit le Tribunal constitutionnel. Selon le juge *a quo* (Alex Mauricio Guzman Manriquez), les normes déferées font certes partie du droit positif et peuvent en théorie recevoir application; cependant, il est avéré qu'elles tendent à «tomber en désuétude»³. L'affaire par lui déferée au Tribunal constitutionnel s'avère particulièrement importante puisque nous sommes en présence de la configuration juridique/sociologique suivante: des normes pénales dérogatoires au droit commun instituées par le législateur font partie de l'ordonnement juridique ... ces normes ne sont pas appliquées depuis de nombreuses années au point de sembler être tombées en désuétude ... le délit commis dans la présente affaire doit conduire à l'application desdites normes. Si celles-ci sont déclarées constitutionnelles, le présumé coupable pourra bénéficier de l'article 13, à savoir: être condamné à – seulement – une peine de prison de 3 à 5 ans au lieu d'une peine de 5 à 15 ans. Il pourra encore demander – sur le fondement de l'article 14 –

Cultural Accommodation, Washington and Lee Law Review, 1/2002, p. 3, <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol59/iss1/2/>; D. W. SIKORA, *Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, Ohio State Law Journal, vol. 62, p. 1695; N. S. KIM, *The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis*, New Mexico Law Review, 1/1997, <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol27/iss1/5/>; M. STORNELLI, *Diversidad Cultural y Derecho Penal. Delitos Culturalmente Motivados*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, <https://www.amfjn.org.ar/2019/08/05/diversidad-cultural-y-derecho-penal-delitos-culturalmente-motivados/>; M. R. PÉREZ ARROYO, *Derecho Penal y diversidad cultural: El condicionamiento cultural en el Derecho Penal. Minorías étnico-culturales y Derecho Penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú*, Derecho & Sociedad, p. 241, www.revistas.pucp.edu.pe; V. ALVAREZ PEREZ, *El Derecho Penal frente a la diversidad cultural*, Derecho & Sociedad 20, p. 184, www.dialnet.unirioja.es; C. DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, 2012, www.marcialpons.es; P. TEJADA-PINTO, *Cuestiones iusfilosóficas de los delitos culturalmente motivados*, Repositorio Institucional Pírhua, www.pirhua.udep.edu.pe; N. SANZ MULAS, P. CESAR BUSATO, C. AMUNATEGUI PERELLO, M. LA TORRE, K. AMBOS, *Delitos Culturalmente Motivados*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.

² I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, *Questione Giustizia*, 1/2017.

³ Les expressions entre guillemets sont – sauf mention contraire – des citations tirées de la décision du Tribunal constitutionnel.

d'accomplir les deux tiers de sa condamnation hors du milieu carcéral.

La loi n° 16.441 ne se résume pas aux deux articles déferés. Cette loi – qui crée en 1966 le Département de l'Île de Pâques – est une réponse politique au soulèvement social connu sous le nom de «Revolucion Pacífica». Antérieurement à ce texte, il n'existait pas un statut particulier pour les habitants originels de l'Île de Pâques. Fondée sur une revendication d'égalité, la «Revolucion Pacífica» avait pour objectif que soient octroyés aux membres de l'ethnie Rapa Nui des droits identiques à ceux dont jouissent les habitants du continent. Puisque la *Ley Pascua* vise à apaiser les relations entre les îliens et le continent, un rapide retour vers le passé s'impose. En 1888, via un traité (dit «Acuerdo de voluntades»), l'Île devient territoire chilien; les chefs coutumiers sont réputés conserver leurs prérogatives et les îliens leurs terres⁴. Nonobstant la sémantique utilisée («Acuerdo de voluntades»), l'Île de Pâques devient une colonie du Chili; aux îliens – administrés par l'armée – ne sont pas reconnus les droits et libertés dont jouissent les continentaux. L'histoire de la relation entre Chili et Rapa Nui débute, il est vrai, par une pharisienne ambivalence linguistique: rédigé en catalan et en langue indigène, l'«Acuerdo de voluntades» ne comporte pas les mêmes notions juridiques en fonction de la langue retenue. En langue Rapa Nui, il n'est point question de cession éternelle de territoire⁵... L'Île est colonisée par l'Etat chilien sur le fondement de la doctrine de la *terra nullius*⁶. A l'aune de l'histoire – conquête de l'Île puis non reconnaissance de droits pendant près d'un siècle - la loi de 1966 se veut norme compensatoire: sa *ratio legis* est de promouvoir des «acciones positivas» destinées à octroyer des avantages spécifiques aux îliens.

Retour au contentieux. Selon le juge *a quo*, les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* méritent censure en ce qu'ils portent atteinte à la dignité de la personne humaine et instituent une discrimination arbitraire à l'égard des femmes. Avec la *Ley Pascua*, le viol d'une femme par le membre de la communauté Rapa Nui sur l'Île de Pâques est moins sanctionné que le viol d'une femme commis sur le continent (cf. encore la possibilité d'accomplir, pour le condamné, les deux tiers de sa peine hors de prison, chose impossible en cas de crime commis sur le continent). Que les articles 13 et 14 ne reçoivent guère application ne saurait être regardé comme un argument en défense de leur régularité; ils doivent disparaître de l'ordonnancement juridique tant ils jurent avec les canons de l'Etat de droit constitutionnel, les principes d'égalité, de non-discrimination, de protection de la dignité de la personne humaine. En d'autres

⁴ R. PANTOJA BAUZA, *Regimen juridico del territorio insular de Chile. Isla de Pascua*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17214>, p. 8 et 9.

⁵ N. PIERGENTILI DOMENECH, *Analisis politico-institucional del conflicto entre el Estado de Chile y el Pueblo Rapa Nui*, <https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl>, p. 3.

⁶ R. GOMEZ, *Rapa Nui y Chile*, https://www.academia.edu/41853678/Rapa_Nui_y_Chile.

termes, le critère génétique et le critère territorial doivent s'effacer: il est impensable que certains habitants chiliens bénéficient d'un régime pénal préférentiel à raison de leur appartenance à une ethnie et de leur lieu de résidence.

Les normes à l'aune desquelles doit se mesurer la régularité des deux articles de la *Ley Pascua* sont évidemment de nature constitutionnelle et conventionnelle. Quant à la Constitution, il s'agit du principe d'égalité (articles 1^{er}, 5, 6, 19-2 et 19-3 C.). La question normative se mesure à l'aune du principe de la «supremacia constitucional» (articles 5, 6, 19-26 C.): le respect des droits humains s'entend comme «une limite» au pouvoir discrétionnaire du législateur. Quant aux traités visés, il s'agit de la Convention de Belem do Parà (1994, articles 1, 2, 3, 4 b) c) e), 6, 7, 8, 9), de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes (CEDAW, 1979, articles 1, 2, 3, 4, 5), du Pacte international des droits civils et politiques (1966, articles 2-1, 26), de la Convention américaine des droits humains (1969, articles 1-1, 24). Ratifiés par le Chili, ces traités «ont été internalisés (...) en tant que loi de la République» et leur violation «emporte une infraction à la suprématie constitutionnelle». Les défenseurs de la *Ley Pascua* invoquent, eux, la Convention n° 169 de l'OIT (1989), à savoir les normes supranationales obligeant les Etats à octroyer des droits spécifiques aux membres des communautés indigènes.

2. Norme conventionnelle

La Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'OIT est invoquée par l'inculpé et le Conseil des Anciens Rapa Nui-Mau Hatu (organisme politique le plus représentatif du peuple Rapa Nui intervenant au titre d'*amicus curiae*). Si le Conseil des Anciens mentionne la C169 (ratifiée en 2008 par le Chili), c'est pour souligner qu'elle commande aux Etats d'instituer des normes nationales prenant en compte les traditions et le droit coutumier des peuples indigènes et tribaux. Selon l'article 8-1 de la Convention 169, les Etats doivent «en appliquant la législation nationale aux peuples visés, prendre dûment en considération leurs coutumes ou leur droit coutumier». Cela vaut notamment pour la matière pénale: obligation il y a de «respecter les méthodes auxquelles recourent traditionnellement les peuples intéressés pour la répression des délits commis par leurs membres» (article 9-1). Une autre disposition est mise en valeur, celle édictant que «les autorités et tribunaux appelés à se prononcer sur des questions pénales devront prendre en compte les coutumes des peuples» (article 9-2). L'article 10 est de la même veine: lorsque des membres des peuples originels sont frappés de sanction pénale, le droit national «devra tenir compte de leurs caractéristiques économiques, sociales et culturelles» (article 10-1) et «devra donner la préférence à des types de sanctions autres que l'incarcération» (article 10-2).

La Convention 169 est donc lue en défense de la *Ley Pascua*, perçue comme un instrument national déclinant les principes du droit conventionnel favorables au particularisme de la communauté Rapa Nui. Est mise en en exergue l'obligation de discrimination positive qui échoit aux Etats pour atteindre une «égalité de fait» au profit des «groupes désavantagés». Seul le maintien de dispositifs juridiques spécifiques obéissant à une «logique de compensation» est de nature à permettre le développement effectif – culturel, effectif, économique, social, politique, religieux – de la communauté Rapa Nui. Pour le Conseil des Anciens, il existe une «cosmvision ancestral du monde rapa nui» complètement différente de celle retenue sur le continent et dans le monde occidental. Cette lecture autre du monde commande une autre lecture des délits, notamment ceux de nature sexuelle: c'est la raison pour laquelle le législateur de 1966 a pris en compte la spécificité ontologico-culturelle de l'ethnie Rapa Nui en se fondant sur ces traits spécifiques. L'article 13 de la *Ley Pascua* – en ce qu'il prévoit des peines carcérales plus faibles – ne fait alors que réceptionner en droit une conception du monde, à savoir des particularismes ethniques et culturels. Quant à l'article 14, il est lui aussi lu à l'aune de cette cosmvision différente: au sein de la société et du système coutumier Rapa Nui, l'incarcération n'est pas regardée comme une sanction adéquate. La privation de liberté d'un coupable n'est pas jugée un idoine instrument pour réparer le trouble à l'ordre public et le tort causé à la victime. Cette récusation de la peine privative de liberté au titre de sanction se retrouve fréquemment dans les sociétés coutumières/tribales. L'enfermement est perçu comme un non-sens au sein de ces sociétés holistes où l'individu ne vaut que par son appartenance au groupe. Une peine privative de liberté l'exclut de la collectivité, sanction réputée improductive puisque l'objectif est précisément sa réintégration en vue de rétablir l'harmonie. Au sein de ce type de société, il importe avant tout que l'accusé reconnaisse le délit puis répare – autant faire ce peut – l'outrage par lui commis. Reconnaissance et réparation sont les éléments centraux du processus visant à retrouver le chemin de la concorde; point l'enfermement. Un délit est une forme de souillure qu'il convient de réparer, par la contribution et la compensation (l'amende est la voie la plus usitée).

L'argumentation conventionnelle en défense de la *Ley Pascua* ne mentionne pas un élément central (repris par le Tribunal constitutionnel): la clause de sauvegarde de l'article 9-1 de la C169. La prise en compte, par le droit national, des coutumes indigènes ne vaut que «dans la mesure où cela s'avère compatible avec le système juridique national et les droits humains internationalement reconnus». Le fait que cette dernière formule soit soulignée dans la décision du Tribunal constitutionnel révèle que celui-ci insiste avant tout sur l'encadrement normatif (national et conventionnel) des coutumes indigènes. On retrouve cette idée de limite dans un autre texte international: la Déclaration

des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes (2007). Certes, il existe un droit des peuples indigènes à promouvoir, développer et maintenir leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, traditions, procédures, systèmes juridiques (article 34); certes, il existe un droit des peuples indigènes à déterminer les responsabilités de leurs membres en présence d'actes méritant sanction (article 35). Toutefois, ces exigences doivent être réalisées «en conformité avec les normes internationales relatives aux droits humains». L'invocation des traités internationaux n'apparaît pas décisive aux yeux du Tribunal constitutionnel, y compris la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH). Il n'existe pas – rappelle le Tribunal constitutionnel – de précédents susceptibles d'être mentionnés avec pertinence au regard de l'espèce présente. Les affaires portées devant la CIDH l'ont été par des personnes indigènes victimes de violation de droits humains et de non-respect de leurs droits procéduraux; point d'espèces relatives à des coutumes indigènes attribuant un privilège pénal synonyme de hiatus potentiel avec le droit conventionnel.

Si la C169 de l'OIT est invoquée par les défenseurs de la *Ley Pascua*, un autre traité est mentionné en faveur de la thèse contraire, celle de l'irrégularité de la norme déférée: la CEDAW (élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes). La présente affaire dévolue au Tribunal constitutionnel est particulière en raison d'un possible hiatus intra-conventionnel: une «colision» entre ces deux traités que sont la Convention 169 et la CEDAW. Cette dernière impose aux Etats d'adopter des normes internes pour abolir toute discrimination à l'égard des femmes; les Etats s'engagent notamment à supprimer toutes les dispositions pénales constituant des discriminations envers les femmes. Il revient aux Etats membres de déroger aux dispositions pénales nationales susceptibles de constituer une discrimination envers la femme (article 2, g). A cette interdiction s'agrège une obligation positive: l'adoption de mesures efficaces pour modifier les comportements socioculturels de leurs citoyens «fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité» d'un sexe. Il va de soi que ce type d'injonction vise à protéger – dans les faits – les femmes et non point les hommes. Le juge mentionne encore la Convention de Belem do Para dont l'article 7 (b et c) oblige les Etats à adopter toute mesure adéquate pour prévenir, sanctionner et éradiquer les violences contre les femmes. Cette obligation se saurait souffrir de manœuvres dilatoires; obligation il y a d'agir *ex officio*. La Convention de Belem do Para mérite d'autant plus attention que la Cour IDH la regarde comme un instrument complémentaire de la Convention américaine sur les droits humains. Selon la Cour IDH (*Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, 2013), les obligations qui échoient aux Etats en vertu la Convention ADH en matière de lutte contre les violences infligées aux femmes sont renforcées par les obligations dérivant de ce «traité (...) spécifique» qu'est la Convention de Belem do Para. Cette protection due aux femmes victimes de

violences vaut également (a fortiori) en matière judiciaire: le juge conventionnel ne saurait tolérer une quelconque «inefficacité judiciaire s'agissant des cas individuels de violence contre les femmes». L'action carentielle de l'Etat en la matière engendre un «contexte d'impunité», adressant implicitement à la société (masculine) «un message selon lequel la violence contre les femmes peut être tolérée et acceptée». L'agir carentiel (ou le non agir) de l'Etat favorise la pérennité et l'acceptation sociale de ce phénomène, enracine «le sentiment d'insécurité des femmes». S'en trouve inéluctablement minée la confiance des citoyens – en particulier des citoyennes – envers l'institution judiciaire. A l'aune de ces considérations, il n'est guère étonnant que la Cour IDH qualifie – dans une décision de 2015 (*Velasquez Paiz y otros Vs. Guatemala*) – l'inefficacité ou l'indifférence institutionnelle de «discrimination des femmes quant à l'accès à la justice».

Conflit normatif intra-conventionnel il semble donc y avoir entre les normes OIT d'un côté et les normes CEDAW/ Convention de Belem do Para de l'autre. Certes, le Tribunal constitutionnel parle d'*harmonisation*, souligne qu'il est impératif de réaliser une interprétation permettant d'*harmoniser* les traités; le terme cependant apparaît impropre. Harmoniser signifie mettre en accord; or, dans le cas présent, d'harmonisation il ne saurait y avoir. Il s'agit d'écarter certaines dispositions conventionnelles au profit d'autres dispositions conventionnelles: convient-il d'écarter les normes OIT au nom de la prévalence des droits des femmes (consacrés dans la CEDAW et la Convention de Belem do Para) ou d'écarter les normes de ces deux dernières conventions au nom de la prévalence de l'identité culturelle de l'ethnie Rapa Nui (consacrée dans la C169)? Dans les premières pages de sa décision, le Tribunal constitutionnel ne tranche pas ex abrupto la césure normative à laquelle il est confronté; il se contente de déclarer – qui dira le contraire? – que les traités doivent être interprétés de bonne foi et dans le respect du canonique principe international *pacta sunt servanda*. Il ajoute encore que les droits humains méritent une interprétation extensive: assurément, tel est le crédo de l'Etat de droit constitutionnel. Il existe une logique d'expansion des droits humains constitutionnels et conventionnels en vertu du principe de non régression.

Reste que telles assertions sont – à ce stade de la lecture de la décision, nous sommes à la page 15 – fort génériques; et il est ardu de savoir – si l'on ne connaît pas la teneur finale de cet arrêt de 77 pages – en quel sens le juge va se prononcer. Un indice – anodin – permet d'imaginer que le Tribunal constitutionnel tranchera in fine en faveur des droits des femmes: la distinction opérée entre droits «d'application immédiate» et droits de «réalisation progressive». Il est loisible de penser que le principe constitutionnel/conventionnel de dignité de la personne humaine – ici féminine – mérite «application immédiate». On imagine mal un juge énoncer que les droits fondamentaux des femmes

doivent faire l'objet – seulement – d'une «réalisation progressive». Cette dernière notion semble davantage propre à s'appliquer aux droits des communautés ethniques, victimes de discriminations juridiques et sociales passées; telle est la finalité de la discrimination positive, à savoir élaborer une normativité spécifique et dérogoire pour compenser les injustices/inégalités passées. La discrimination positive se pense dans la durée, dans la progressivité puisqu'elle vise à compenser des injustices juridiques/économiques/sociales. Tel n'est pas le cas des principes d'égalité homme/femme et de non-discrimination, principes immédiatement applicables dès lors qu'une norme juridique les consacre. En conservant au sein de son ordonnancement juridique les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua*, le Chili semble ne pas répondre aux obligations qui lui échoient sur le fondement du droit conventionnel. Une fois constatée l'extrême violence à l'égard des femmes sur l'Ile de Pâques (cf. les statistiques infra), une fois soulignée que le droit conventionnel impose au Chili de réprimer efficacement les violences faites aux femmes, la conclusion advient: la *Ley Pascua* - en ce qu'elle édicte une minoration des sanctions pénales s'appliquant notamment aux crimes sexuels - apparaît une norme en contradiction avec les obligations conventionnelles s'imposant au Chili.

3. Norme coutumière

Le Conseil des Anciens de l'Ile de Pâques - organisme indigène reconnu par la loi (article 68 de la loi n° 19.253) - intervient en la procédure constitutionnelle au titre d'*amicus curiae*. Il met en exergue le statut spécifique dont doit bénéficier le peuple Rapa Nui: «en vertu des études anthropologiques, il est possible de démontrer qu'il existe dans la culture Rapa Nui des différences substantielles avec le monde occidental, en particulier dans le domaine de la sexualité». Deux textes sont présentés par le Conseil des Anciens, le second invalidant nombre de propos plus qu'inappropriés tenus dans le premier...

Dans le 1^{er} texte, est avancée la thèse suivante: la monogamie et le devoir de fidélité ne sont pas perçus – en terre Rapa Nui – comme des obligations morales devant recevoir traduction juridique. Entretenir des relations sexuelles avec une autre personne que son époux/épouse n'est pas considéré comme un adultère. Telle est la raison pour laquelle le concubinage et l'adultère prévus dans les dispositions du Code pénal chilien ne recevaient pas application en l'Ile de Pâques. L'homosexualité et le lesbianisme n'étaient pas non plus considérés avec réprobation et n'étaient pas sanctionnés par le droit coutumier indigène. Le particularisme ilien s'entrevoit encore s'agissant de l'âge de consentement requis en matière de relations sexuelles: 12 ans (aujourd'hui 14 ans) dans le Code pénal chilien, entre 9 et 13 ans pour les habitantes de l'Ile de Pâques (les relations sexuelles étant autorisées avec les premières menstruations). A ce même âge, il est de coutume que les filles se marient. Et quand bien même le

droit chilien s'applique désormais sur l'île quant à l'âge requis pour se marier (16 ans), le Conseil des Anciens souligne que les garçons et filles Rapa Nui entretiennent des relations sexuelles à un âge beaucoup plus précoce que ceux et celles du continent. Ainsi, en vertu de «la cosmovision Rapa Nui», les membres de cette ethnie ont un rapport au sexe différent, ce qui justifierait un régime juridique dérogatoire. Dans le cas contraire, «une application (...) rigide des normes du droit continental (méconnaît) ces traditions culturelles». Certes, est-il concédé, le temps présent n'est plus – s'agissant des mœurs – le même qu'à l'époque de l'adoption de la *Ley Pascua*, notamment en raison des déplacements de populations, des développements des transports et des échanges interculturels. Il n'empêche: le juge doit prendre en compte cet humus culturel enraciné dans le temps, humus qui renvoie aux caractéristiques intrinsèques de cette population. La *Ley Pascua* ne doit donc pas être frappée d'inconstitutionnalité en ce qu'elle minore la réponse pénale «pour des raisons culturelles et ethniques». Cette norme n'est que la traduction de «l'incompatibilité de la cosmovision de la sexualité et de l'érotisme Rapa Nui avec la manière de comprendre et de réprimer la sexualité dans le monde continental via la loi pénale chilienne».

Une telle argumentation repose sur la césure *peuple/territoire*: ethnie *versus* non ethnie, insularité *versus* continent. Avec cet objectif: convaincre le Tribunal constitutionnel que l'adoption de la Constitution et la ratification des traités internationaux n'invalident pas, implicitement, les normes coutumières régulant la vie sexuelle des membres de la communauté Rapa Nui. Selon le Conseil des Anciens, il «n'est pas possible de soutenir que «ces dispositions sont tacitement tombées en désuétude» au nom du respect des conventions internationales protégeant les femmes. Certes, concède-t-il, l'application de la *Ley Pascua* peut être perçue comme «injuste»; a fortiori en ayant à l'esprit que l'Etat chilien entend promouvoir activement une politique du genre. Reste que la *Ley Pascua* doit recevoir application: cette «norme n'est pas un privilège pour les hommes qui violent une femme mais une réduction de peine découlant de la nécessité de reconnaître la diversité et le respect de la cosmovision et de l'autonomie du peuple Rapa Nui». Le Conseil des Anciens affirme ne pas prétendre justifier l'acte de viol commis par l'un des membres de sa communauté; il entend expliquer la spécificité de la cosmovision sexuelle sur le territoire Rapa Nui. Or, cette dernière diffère de celle continentale quant à la relation homme/femme. On apprend ainsi que hommes et femmes se trouvent dans «une position d'égalité» quant aux relations sexuelles qui peuvent impliquer une forme de «violencia» ou de «fuerza grata» (expression entre guillemets dans le texte du Conseil de Anciens, ce qui semble révéler une certaine gène sémantique). Repousser l'autre avant de céder relève d'un jeu érotique appartenant à la culture traditionnelle indigène. La cosmovision sexuelle Rapa Nui

implique une forme de violence regardée comme «nécessaire pour vaincre l'opposition de l'autre dans l'acte sexuel»; cette violence est jugée indissociable d'une «démonstration d'érotisme». Cette manière d'appréhender les relations sexuelles est spécifique à la cosmovision Rapa Nui; c'est la raison pour laquelle cette forme de violence «ne coïncide pas avec la manière d'appréhender la violence dans le monde continental». Qu'est-ce donc qui caractérise ce dernier et que nous ne retrouvons pas dans la cosmovision Rapa Nui? Le droit pénal continental «part du principe que l'unique sujet passif du viol est la femme, destinataire de la force physique exercée par l'homme». Au regard de la spécificité de la culture Rapa Nui en matière de relations sexuelles – cf. la stricte égalité entre hommes et femmes – le Conseil des Anciens estime justifiée la non censure des articles 13 et 14 de la *Ley Pascua*. Le différencialisme culturel/sexuel appelle une réponse normative et pénale différente de celle en vigueur au sein du monde continental.

Dire que les propos du Conseil des Anciens apparaissent scandaleux relèvent de l'euphémisme. Celui-ci aime s'appuyer sur les «hechos» - les faits – pour dénoncer les discriminations dont est victime le peuple Rapa Nui et soutenir la nécessité de mesures de discriminations positives. Si nous appliquons cette méthode sociologique/réaliste, on entrevoit combien invoquer le principe d'égalité – dans la violence sexuelle – consiste en un discours pharisien volontairement théorique et jurant avec la réalité sociale: l'immense majorité des victimes de violences sexuelles sont des femmes, l'immense majorité des agresseurs sexuels sont des hommes. Ce discours s'apparente à une rhétorique dilatoire, à une stratégie de contournement discursive: pourquoi – au regard de l'espèce – évoquer avec persistance la spécificité des comportements sexuels du peuple Rapa Nui? Ici, il s'agit d'un viol... Le jeu érotique traditionnel inhérent à la cosmovision Rapa Nui n'est aucunement au centre du débat; il ne s'agit pas de savoir par exemple si certaines pratiques sexuelles violentes ont conduit à un délit entre deux partenaires. Dans le contentieux soumis au Tribunal constitutionnel, la victime sortait d'une discothèque, a été violée et abandonnée sur un terrain vague; point de jeu érotique dans le cas présent, seulement un crime abject. L'argumentation ductile du Conseil des Anciens est hors de propos.

Ce premier document est à ce point inacceptable qu'un second document est produit. Le président du Conseil des Anciens en personne explique que le premier document ne lui fut pas soumis avant sa production devant le Tribunal. Nombre d'expressions issues du premier document produisirent «une lamentable confusion en attribuant au Conseil des Anciens des affirmations qui ne correspondent pas à la réalité et qui en aucun cas ne représentent notre peuple». Plus précisément, sont condamnées «tous les parties du document dans lesquelles est justifiée la violence réalisée dans des contextes sexuelles». C'est

ainsi qu'il est affirmé dans le second document: que la violence contre les femmes et les enfants ne fait pas partie de la culture Rapa Nui ... qu'aucune coutume n'est de nature à justifier une quelconque violence sexuelle. Pour être encore plus explicite, le président du Conseil des Anciens ajoute que la notion de «fuerza grata» «NO⁷ existe» et que son invocation, au nom de l'institution qu'il représente, est «INACEPTABLE»⁸. L'intégrité physique des femmes (et des enfants) est qualifiée de «derecho absoluto». La CONADI (Commission nationale pour le développement indigène) abonde dans le même sens: traditions et coutumes du peuple Rapa Nui ne sauraient être invoquées pour justifier des actions violentes à l'égard des femmes.

En défense de la *Ley Pascua*, il est soutenu que diverses caractéristiques identitaires et culturelles du peuple Rapa Nui méritent d'être protégées sur le fondement du fait coutumier. Encore faut-il s'entendre sur la notion même de coutume; aussi le Tribunal constitutionnel y consacre-t-il de longs développements. Après avoir rappelé les critères définitionnels de la coutume – répétition de précédents concordants, intériorisation du caractère obligatoire de la règle par les acteurs – le Tribunal constitutionnel s'attarde sur sa dimension normative. La lecture de l'article 2 du code civil renseigne sur la place de la coutume quant à la hiérarchie des sources au sein de l'ordonnancement chilien: «la coutume ne constitue un droit que dans les cas où la loi s'y rapporte». La coutume n'est donc pas porteuse d'une pleine et entière autonomie normative; elle n'est réceptionnée dans l'ordonnancement juridique qu'en présence d'une loi qui la reconnaît. En l'absence de reconnaissance législative, seule peut posséder valeur juridique une coutume «secundum y praeter legem»; la coutume «contra la ley» ne possède aucune force juridique. La coutume ne peut prétendre déroger – au sein de la hiérarchie des sources – au principe de la «reserva de la ley». Ayant - seulement - le statut de «source indirecte», la coutume ne peut «s'élever au rang de source directe pour s'opposer au principe de légalité qui a valeur de principe absolu en matière pénale». S'il est possible que la matière pénale régisse de manière spécifique et dérogatoire les délits commis par les membres d'une communauté ethnique, encore faut-il que le législateur soit intervenu. L'intégration du droit indigène au sein de l'ordonnancement chilien n'est concevable qu'en vertu de la loi puisque la norme coutumière n'est que source indirecte; sa puissance normative va de pair avec sa réception dans l'ordre interne via l'adoption d'une loi.

Reste à définir la notion de coutume indigène, celle-là même au centre du contentieux. Par coutume indigène, on entend (le Tribunal cite la doctrine, ici

⁷ En majuscule dans le texte.

⁸ En majuscule dans le texte.

J. Aylwin⁹) les «normes et règles de comportement et de coexistence sociale qui existent dans chaque communauté ou chaque peuple indigène, et qui contribuent à l'intégration de chaque société, à la pérennité de son ordre interne et à la solution des conflits susceptibles de survenir, avec un système de sanctions au détriment des personnes violant ces normes». Le droit chilien – notamment via la loi n° 19.253 – établit des normes de protection des communautés indigènes. La loi dispose que l'Etat chilien contribue au développement des coutumes indigènes (article 1^{er}), notamment en matières civiles et familiales (article 4) ... définit les terres indigènes (article 12) ... établit des espaces de développement indigène (article 26) ... reconnaît le rôle de la coutume en matière de droit de propriété (article 62 et s.). Quant à l'article 54 de la loi, il dispose que la coutume possède valeur juridique dans les conflits susceptibles de survenir entre membres d'une même communauté ethnique. La place de la coutume n'est pas de peu – on l'entrevoit – au sein de l'ordonnement juridique chilien; il ne peut en être autrement dès lors que les *comunidades indígenas* sont reconnues sujets de droit porteurs de droits collectifs. La reconnaissance juridique de ces communautés emporte, de manière corrélative, reconnaissance des normes coutumières régulant leur existence et source de leur autonomie.

Encore faut-il que lesdites normes coutumières ne soient pas incompatibles «avec la Constitution politique de la République». L'autonomie normative coutumière des communautés ethniques n'est que relative puisqu'il y a prévalence des normes constitutionnelles (et conventionnelles) en vigueur. On entrevoit toute l'ambivalence de la doxa de l'Etat moderne (pléonasme) qui d'un côté magnifie, au nom du pluralisme, les coutumes indigènes et qui, de l'autre, leur assigne une position ancillaire au nom de l'unité souveraine de la puissance étatique. A la seule lecture des principes énoncés par le Tribunal constitutionnel, il est aisé de comprendre combien apparaît fragile l'argumentation de l'organe représentatif de la communauté Rapa Nui. Celui-ci souligne avec vigueur la spécificité identitaire ethnique et la nécessité d'un particularisme normatif; si le Tribunal constitutionnel abonde dans ce sens, il précise aussitôt que cette spécificité et ce particularisme ne valent qu'au sein du cercle tracé par le constituant et le droit conventionnel. L'autonomie coutumière ethnique ne prend sens que dans le respect de la hiérarchie des normes, au sein de laquelle trônent Constitution et traités.

Est-il possible de faire émerger une coutume indigène – justifiant qu'un membre de la communauté Rapa Nui violant sur femme sur l'Ile de Pâques bénéficie d'un régime pénal différencié favorable – au regard des travaux

⁹ J. AYLWYN, *Derecho consuetudinario indígena en el Derecho interno, comparado y en la legislación chilena*, II Congreso de Antropología, Valdivia, p. 189.

préparatoires de la loi de 1966? Telle est la question que se pose le Tribunal constitutionnel. Aussi étudie-t-il la genèse de la loi n° 16.441 dont la finalité est d'intégrer administrativement l'Ile au territoire national. Au sein de la Province de Valparaiso, un Département de l'Ile de Pâques est créé, ainsi qu'un pouvoir communal et un tribunal. Au-delà de l'intégration administrative, il y a volonté de reconnaître – enfin – des droits au peuple Rapa Nui en tant qu'ethnie, de mettre fin à la discrimination dont il est victime depuis près d'un siècle. Cependant, les travaux préparatoires de la *Ley Pascua* révèlent que les membres du Parlement ne font pas montre d'unanimité quant aux droits à octroyer aux membres de la communauté Rapa Nui. Cela est manifeste quand vient le temps de statuer sur l'article 13. Pour certains élus, un régime pénal dérogatoire se justifie au regard des «croyances et de la psychologie des habitants», du droit coutumier, de l'isolement du territoire. Pour d'autres, il est aberrant de voter des dispositions pénales jurant avec les «principes juridiques universels»; ce retour à une «espèce de statut personnel» est perçu comme une dévalorisation de la «condition humaine» des bénéficiaires échappant au droit commun à raison de leur *être*. Deux lectures classiques, antagonistes: d'un côté, la nécessaire application d'un régime spécifique au nom des mœurs et du droit indigènes, a fortiori justifié par un passé synonyme de négation des droits; de l'autre, l'impératif maintien du droit commun pénal sur le fondement de principes universels qui ne sauraient souffrir dérogation.

Si le Tribunal constitutionnel se penche sur les travaux préparatoires de la *Ley Pascua*, c'est dans l'espoir de trouver des éléments susceptibles d'éclairer l'espèce qui lui est soumise. Or, aucune intervention parlementaire ne lui semble significative; les références au droit coutumier, lors des travaux préparatoires législatifs, portent sur le droit de propriété (thème classique en matière de droits des peuples indigènes connaissant une conception holiste-collective de la propriété et non une conception libérale-individualiste). L'étude des travaux préparatoires conduit à la conclusion suivante: le législateur n'entend pas consacrer une coutume en matière pénale. Le Tribunal constitutionnel refuse de reconnaître ce qu'il appelle «une sorte statut personnel» au profit des chiliens. Il n'est pas acceptable que ceux-ci jouissent d'un traitement pénal plus favorable uniquement à raison de ce qu'ils *sont* et non pas à raison de qu'ils *font*.

Surtout, le Tribunal constitutionnel refuse d'adoubier un déterminisme «empêchant le juge (...) d'apprécier les comportements» des personnes. Cet automatisme ontologique – qui génère une sanction pénale moindre au profit d'une catégorie d'habitants – porte atteinte à la puissance même de juger, si l'on entend par celle-ci appréciation souveraine des faits par les juges du fond. L'article 13 est qualifié «d'avantage exceptionnel» synonyme de rupture totale avec la théorie du droit pénal et la théorie du délit: en principe, pour qu'il y ait

exonération ou atténuation de responsabilité, il convient d'avancer des arguments probatoires qui sont autant d'arguments excusatoires. Or, l'article 13 ne comporte aucun élément justifiant une atténuation de responsabilité ; il commande d'appliquer – automatiquement – une réduction de peine, sans que le juge puisse apprécier la dimension concrète du cas qui lui est soumis. Cette notion de «statut personnel» pose évidemment une question de droit fondamentale: si elle est réceptionnée en droit pénal chilien, toute l'armature de ce droit s'en trouve modifiée. Le principe d'égalité devant la loi pénale serait neutralisé puisque certains habitants se verraient appliquer un régime spécifique sur le seul fondement de leur appartenance à une collectivité ethnique et territoriale déterminée.

C'est la raison pour laquelle le Tribunal constitutionnel scrute l'ensemble du code pénal pour savoir s'il existe, en droit chilien, des régimes juridiques reposant sur le principe de personnalité. Certes, des exemptions ou des atténuations de responsabilité sont instituées par le législateur; cependant, elles ont pour finalité de poursuivre des objectifs de valeur constitutionnelle au regard de la nature du délit, de ses conséquences sur les victimes, ainsi que sur l'ordre public. Le droit pénal chilien ne repose *pas* sur la notion de statut personnel quand vient le temps de juger un inculpé; examen de la responsabilité et examen des actes commis vont toujours de pairs (sauf hypothèse extrême d'irresponsabilité pour absence absolue de discernement). Tout délit commis doit ainsi être analysé non pas au regard de la qualité personnelle de l'auteur présumé mais au regard des «actos» par lui effectués. Enfin, il n'est pas possible d'invoquer – en défense de la régularité de l'article 13 de la loi de 1966 – la loi n° 19.253 de 1994 (qui vise l'application de la coutume dans le cadre judiciaire). En vertu de cette loi, la coutume indigène s'applique entre indigènes appartenant à la même ethnie (à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la Constitution politique de la République). Certes, cette coutume peut servir de fondement à une exonération ou à une atténuation de responsabilité. Cependant, le crime à l'origine de la saisine du Tribunal constitutionnel n'est pas «un cas «entre indigènes». Le sujet dit «passif» est une femme du continent (la personne violée) et le sujet dit «actif» un ilien (le violeur).

Le Tribunal constitutionnel (se) pose une autre question: la loi déferée pourrait-elle être la traduction normative d'une «*manifestation culturelle* qui doit être respectée par l'Etat au nom de «l'intégration harmonieuse de tous les secteurs de la Nation»? Cette dernière formule (entre guillemets) n'est pas le fruit sémantique du travail juridictionnel; elle émane du constituant (article 1^{er} de la Constitution politique). Il existe ainsi une «tendance à la reconnaissance de la dimension culturelle» des peuples originaires, ce qui peut conduire à valoriser des caractéristiques spécifiques. Encore faudrait-il qu'il existe une «*anthropologie* qui intègre un tel contenu»; en quête d'une éventualité

anthropologie spécifique, le juge réalise un raisonnement comparatif avec le traitement pénal plus favorable accordé à certaines catégories de la population. Par exemple, les mineurs bénéficient d'un régime juridique spécifique au regard des actes par eux accomplis et de leur condition personnelle. Les raisons d'un tel régime pénal préférentiel sont connues : leurs actes délictuels sont analysés à l'aune de leur âge et en fonction d'éléments psychologiques/sociaux/moraux. La notion «d'intérêt supérieur du mineur» commande un tel régime pénal différentiel. Le juge cite différents auteurs – dont le français Piaget – pour mettre en exergue combien le parcours d'un adolescent se situe dans une phase évolutive liée au développement de sa personnalité. La comparaison du Tribunal constitutionnel apparaît peu pertinente; l'analogie possède ses limites. Le régime pénal du mineur paraît fort éloigné de la question culturelle sexuelle. Le Tribunal constitutionnel semble oublier l'objectif qu'il s'est assigné: constater l'éventuelle existence d'une «manifestation culturelle qui doit être respectée par l'Etat au nom de «l'intégration harmonieuse de tous les secteurs de la Nation». Sans transition d'ailleurs, le juge abandonne les mineurs à leur sort pour s'attaquer à la notion de *multiculturalisme*, support conceptuel bien plus cohérent.

Le Tribunal constitutionnel ne manque pas de citer en abondance la doctrine la plus reconnue (Kymlicka, Taylor, Sandel, Bauman) pour souligner que tout groupe – a fortiori un peuple originel – possède sa propre conception du monde, une «certaine unité narrative de la vie». Les valeurs qui se transmettent au sein d'une collectivité ne sont pas «le résultat d'un exercice neutre sur les individus»; elles se «transmettent par le truchement de processus culturels qui incorporent la défense d'une cosmovision déterminée». Nul ne prétend le contraire. Reste que le multiculturalisme ne peut être le support de reconnaissance d'une pratique synonyme de relations sexuelles violentes et forcées. Tout particularisme culturel tiré de pratiques ancestrales doit être compatible avec «los valores civilizatorios» intégrés(e)s dans la Constitution et les traités. Tout type de violence sexuelle est – par essence – contraire au principe de dignité de la personne humaine: de «particularisme» – impliquant violence au nom du respect du multiculturalisme – il ne saurait y avoir en raison de l'impérieuse nécessité de respecter ces «valeurs universelles sur lesquelles repose la vie collective en démocratie». Au sein de l'Etat de droit, «une agression sexuelle comme le viol non seulement ne fait pas partie d'une coutume indigène mais de surcroît elle porte atteinte au noyau de la dignité humaine». Il est impossible de détecter dans le passé culturel une quelconque acceptation de la violence sexuelle; cette dernière constitue à ce point un acte condamnable qu'aucune tradition n'est de nature à la (le) justifier. Le recours à l'anthropologie – via les notions de «multiculturalisme» et de «manifestation culturelle» – n'est pas opératoire pour que soit reconnue la légitimité de pratiques sexuelles violentes.

4. Norme constitutionnelle

Le viol – attentat à l'intégrité physique de la personne et son droit à l'autodétermination – est l'un des crimes les plus abominables qui soient, constate le juge. Y compris le viol entre époux commande une réponse pénale; les «relations juridiques formelles» ne constituent plus, comme jadis, un motif légal et légitime pour contraindre une femme à des relations sexuelles. Si sont rappelées de telles évidences – qui jadis ne l'étaient pas – c'est pour poser ce nécessaire truisme: «Le viol, en toute circonstance, est un attentat à la dignité humaine». Il s'agit sans doute de la phrase clé qui permet de comprendre pourquoi les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* ne peuvent pas réussir le test de constitutionnalité. Le viol est par nature incompatible avec l'article 1^{er} de la Constitution: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Dès lors que le principe de dignité de la personne humaine est regardé comme un principe matriciel – à l'aune duquel se déclinent tant et tant d'autres principes – aucun argument n'est de nature à justifier un viol ni un régime pénal dérogatoire moins sanctionnateur. Car aucun individu n'est en droit de revendiquer une quelconque «supériorité culturelle» justifiant l'accomplissement d'un tel acte.

Si le Tribunal constitutionnel n'emploie pas l'expression, nul doute que dans son esprit, le viol s'apparente à une *réification* de la victime violée. Le viol est un processus de *réification* de l'humain, transformé en *res* (chose); c'est précisément cette assimilation d'une personne à un objet qui rend le viol incompatible avec les principes de l'Etat de droit démocratique. Le droit moderne est centré principalement sur le principe de l'autonomie de la volonté, de l'auto-détermination dans les choix d'existence; y-a-t-il domaine plus fondamental que le respect du corps humain en son intégrité physique (et mentale puisque le viol représente un traumatisme destructeur)? Le viol est un acte à ce point hors de l'humanité que peu importe l'identité du violeur, sa qualité de membre (ou non) d'une ethnie particulière, le lieu même où est accompli le crime. Il existe une ontologie négative du viol: il est l'acte anti-humain par excellence. Aussi les critères énoncés dans l'article 13 de la *Ley Pascua* n'ont-ils pas vocation à recevoir application; le principe de la dignité de la personne humaine le commande. Le Tribunal constitutionnel ne se contente pas de ces louables affirmations théoriques. Conformément à la culture des juges sud-américains, il enrichit sa démonstration de considérations sociologiques. Il constate que le viol est un crime genré: dans l'immense majorité des cas, les femmes en sont les victimes (cf. également les violences intrafamiliales). Il suffit de se rapporter à certaines statistiques réalisées pour la période 2015-2019 par les pouvoirs publics (cf. ici les données de l'année 2015 et de l'année 2019 pour observer l'évolution du spectre).

Nombre de viols recensés pour 100000 habitants:

Chili: 2015 (13,5) ... 2019 (19,5)

Valparaiso: 2015 (11) ... 2019 (19,3)

Isla de Pascua: 2015 (55,3) ... 2019 (49,5).

Nombre de violences intrafamiliales recensées pour 100000 habitants:

Chili: 2015 (419,5) ... 2019 (380,9)

Valparaiso: 2015 (425,1) ... 2019 (362,3)

Isla de Pascua: 2015 (1262,9) ... 2019 (1350,2).

Nul besoin d'avoir réalisé une thèse de statistiques, de sociologie ou de genre pour constater que le nombre de viols et de violences intrafamiliales est considérablement plus élevé en l'Ile de Pâques que dans la Région de Valparaiso (dont dépend l'Ile) et dans l'ensemble du pays. Au sein de l'Ile de Pâques, les exactions recensées à l'encontre des femmes représentent un phénomène de grande ampleur; il existe bien une «situacion de desproteccion de la mujer». Ce n'est d'ailleurs pas sans raison qu'émerge en 2018 un mouvement favorable à la réforme de la *Ley Pascua*, symbole d'une discrimination positive signifiant – en réalité – discrimination à l'égard des femmes. La même année, l'Institut national des droits humains qualifie – dans son Rapport annuel – la *Ley Pascua* «d'obstacle» au regard de l'objectif des pouvoirs publics: lutter contre les violences faites aux femmes. Le régime préférentiel des articles 13 et 14 permet aux hommes d'échapper à la rigueur du droit commun pénal lorsqu'ils commettent des actes de violence – allant jusqu'au viol – à l'égard des femmes. Inacceptable. Maintenir en vigueur la *Ley Pascua* revient à pérenniser une «incompatibilité insoutenable au XXème siècle avec les valeurs universelles que sont la dignité humaine, l'égalité de genre, l'harmonie collective et interculturelle». Au nom des valeurs universelles inhérentes à la dignité de la personne humaine – celles-là même qui ne peuvent faire l'objet d'une quelconque lésion et minoration au nom de la prétendue prévalence de normes coutumières – les dispositions contestées ne peuvent perdurer au sein de l'ordonnancement juridique.

Le juge opère une réflexion sur le fondement du principe d'égalité. Question: y-t-il violation du principe d'égalité devant la loi en raison de l'édiction d'une norme instituant «un privilège non motivé et dépourvu de justification raisonnable»? Réponse positive: la *Ley Pascua* viole l'article 19-2 de la Constitution (égalité des hommes et des femmes devant la loi, absence de personnes ou de groupes privilégiés). Après avoir rappelé que la relation loi/égalité peut s'entendre comme «igualdad en la generalidad de la ley» et «igual aplicacion judicial de la ley», le Tribunal constitutionnel s'arrête sur «la igualdad en la

ley». Il s'agit, dans ce dernier cas, d'entrevoir la loi sous l'angle de l'octroi d'un «droit à un traitement normatif différencié», à condition que ce différencialisme soit raisonnable. Que cette dernière acception du principe d'égalité ne fasse pas l'unanimité relève de l'évidence et le Tribunal constitutionnel ne manque pas de le souligner: doctrine et jurisprudence sont divisées. Faut-il ou non instituer certaines formes de discrimination positive? Faut-il (et comment) se fonder sur les caractéristiques de certaines personnes ou de certains groupes? Une différenciation normative à raison de *l'être* de certaines personnes ou de certains groupes est-elle l'incarnation substantielle du principe d'égalité ou au contraire son inéluctable négation? Encore convient-il de définir ce qu'on entend par «igualdad ante la ley». Dans sa décision STC 1365 (*Roles* n°28, 53 et 219), le Tribunal constitutionnel réalise un raisonnement classique: «l'égalité devant la loi consiste en ce que les normes juridiques doivent être égales pour toutes les personnes se trouvant dans les mêmes circonstances et, de manière corrélative, différentes pour celles se trouvant dans des circonstances différentes». L'égalité n'emporte pas uniformité. Nous ne sommes pas ici en présence d'une «égalité absolue»: la loi reçoit application différenciée au regard de la situation ou des caractéristiques des personnes (ou groupes) concernés. Il importe alors d'opérer une «distinction raisonnable» entre les personnes se trouvant dans une situation identique et celles n'étant point dans une situation identique. C'est ici que joue la notion de «razonabilidad»: seul un test de raisonabilité est de nature déterminer si l'application de la norme contestée est justifiée et motivée au regard d'un objectif constitutionnel, ou si, au contraire, elle apparaît frappée d'arbitraire.

Les articles 13 et 14 de la loi n° 16.44 emportent édicition d'un traitement différencié s'agissant de certains délits visés dans le Code pénal (Titres VII et IX du Livre second); il s'agit (notamment) des crimes et délits contre l'intégrité sexuelle. L'argumentation en défense de la *Ley Pascua* est centrée sur les traditions et coutumes du peuple Rapa Nui censées justifier l'octroi d'un traitement pénal différencié plus favorable. Cependant, il n'existe pas une justification spécifique susceptible d'expliquer – au regard du critère de «razonabilidad» – le traitement différentiel institué par l'article 13. Aucune tradition/coutume ne vient justifier ni les violences envers les femmes ni un régime juridique pénal différencié. S'il est un domaine spécifiquement visé par la coutume, il s'agit du droit de propriété, droit qui ne présente aucun lien avec le litige soumis au Tribunal constitutionnel. La Constitution (article 19-2 et 19-3) dispose que les hommes et les femmes sont égaux devant la loi et qu'une égale protection prévaut quant à l'exercice des droits fondamentaux. Or, l'article 13 institue un régime juridique différent *entre* femmes: entre celles résidant en l'Île de Pâques et celles résidant sur le continent. Les premières sont moins protégées que les secondes, et les agresseurs des premières sont moins

sanctionnés que les agresseurs des secondes. Le droit chilien protège en effet de manière plus effective les femmes agressées sur le continent puisqu'il n'y existe pas de régime juridique pénal différencié plus favorable à un groupe de personnes. Aucun élément tiré de la notion de «multiculturalismo» n'est de nature à justifier une telle césure normative dans la protection des droits des femmes et dans les sanctions édictées à l'encontre de leurs agresseurs. De même n'existe-t-il aucun objectif constitutionnel susceptible de justifier la dérogation au droit commun dont jouissent les résidents (de facto masculins) de l'Île de Pâques à raison de leur appartenance à la communauté Rapa Nui. L'article 13 de la *Ley Pascua* est contraire au principe constitutionnel d'égalité.

Il en est de même de l'article 14 de la *Ley Pascua* qui permet à un condamné de réaliser jusqu'aux 2/3 de sa peine en dehors du milieu carcéral. Une coutume est invoquée en défense de la régularité de la *Ley Pascua*, à savoir que l'incarcération n'est pas un mode sanction en vigueur au sein des populations indigènes: l'absence de liberté y est jugée incompatible avec la conception holiste des relations sociales. Au sein de la communauté Rapa Nui, le processus de reconnaissance de culpabilité et de réparation du préjudice implique que le coupable demeure libre au sein de la communauté. La prison est regardée, dans cette optique, comme un sanction synonyme d'a-sociabilité incompatible avec la volonté de réparation et de réintégration. Cet argument ne convainc pas le Tribunal constitutionnel. Certes, l'article 54 de la loi n° 19.253 dispose que les coutumes indigènes peuvent être invoquées à l'occasion de procès. Encore faut-il qu'elles ne soient pas incompatibles avec la Constitution et que soit apportée la *preuve* de l'existence de cette coutume. Or, rien de tel. Quand bien même il existe une pratique coutumière évidente en la matière – il est avéré que l'emprisonnement n'appartient pas aux traditions sanctionnatrices de l'ethnie Rapa Nui – encore faut-il que ladite pratique soit conforme à la Constitution telle qu'interprétée par le juge.

Cela n'est pas le cas. La *Ley Pascua* institue *automatiquement* un régime juridique différencié permettant à un condamné d'accomplir la majorité de sa peine en dehors du milieu carcéral. Un tel déterminisme normatif et pénal ne peut franchir avec succès le test de constitutionnalité: advenant postérieurement à la décision de condamnation, le bénéfice automatique octroyé au condamné prive le juge de tout pouvoir d'appréciation (qu'il s'agisse des faits ou du comportement du détenu en prison). Aucun débat contradictoire ni aucune analyse des faits ne sont susceptibles d'advenir avec un tel mécanisme automatiquement libérateur. Le droit de la preuve s'évanouit; n'est-il pas pourtant le cœur même du moment processuel et procédural? Que vaut «le sentiment de justice» si le juge ne peut apprécier les faits, interpréter les normes, bref se voit retirer la puissance même de juger? La justice ne peut être bien rendue quand le juge n'opère plus de «valoraciones normativas sobre una conducta».

L'article 14 de la *Ley Pascua* s'avère carentiel en «racionalidad» et génère une «diferencia arbitraria»; il est contraire à la Constitution en ce qu'il institue non un «bénéfice» mais un «privilège». Cela est prohibé en vertu même de la Loi fondamentale de 1980: «En Chile, «no hay persona ni grupo privilegiados».

L'article 14 de la *Ley Pascua* mérite-t-il d'être sauvé de la censure sur le fondement de la Convention 169 de l'OIT? Telle est la question que se pose ultimement le Tribunal constitutionnel quand il mentionne l'article 10.2 de la Convention: en vertu de ce dernier, il doit être donné préférence aux sanctions autres que l'incarcération lorsqu'il s'agit de condamner pénalement un membre d'une communauté indigène. Nous sommes en présence d'une disposition conventionnelle allant dans le sens des arguments coutumiers développés par le Conseil des Anciens. Dès lors que le Tribunal constitutionnel entend censurer l'article 14 de la *Ley Pascua*, il lui faut contourner la puissance normative de l'article 10.2 de la Convention OIT. C'est dans la nature normative même de cet article 10.2 puis dans la Constitution et sa propre jurisprudence que le Tribunal constitutionnel trouve les ressources herméneutiques idoines. L'article 10.2 «n'est pas une norme auto-exécutable de manière directe»: l'intervention du législateur est indispensable pour que soit respectée la «flexibilité exigée par l'article 34 de la Convention 169», à savoir que soient prises en compte les «caractéristiques inhérentes à chaque pays». De cette exigence tirée de l'article 34 de la Convention 169, il appert que seule la loi peut conférer à l'article 10.2 sa puissance normative; cette dernière découle d'une médiation législative. La «densité normative» de l'article 10.2 s'avère donc (relativement) faible. Quant à la jurisprudence mentionnée par le Tribunal (STC 309/2000), elle insiste sur l'interprétation conditionnée et restrictive qu'il convient d'apporter à la lecture de l'article 10.2: la puissance normative de celui-ci ne vaut qu'à l'intérieur du cadre juridique tracé par la Constitution, en particulier l'article 19-3 C. En vertu de ce dernier, aucun délit ne peut être puni par une autre peine que celle édictée par une loi promulguée avant la réalisation de ce délit, sauf hypothèse d'une loi pénale plus douce. Au regard de sa nature même (norme non auto-exécutable), de la nécessaire intervention du législateur, du respect des garanties constitutionnelles, le Tribunal constitutionnel conclut: l'article 10.2 de la Convention 169 ne peut être invoqué à bon droit pour soutenir la thèse de l'obligation d'octroyer aux membres d'un peuple indigène des sanctions autres que l'incarcération.

5. Opinion dissidente

Un membre du Tribunal constitutionnel opère une opinion dissidente (Juan José Romero Guzman). Il concorde certes avec ses pairs pour conclure que les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* établissent un régime pénal exceptionnel dépourvu de rationalité. Cependant, il ne les rejoint pas quand il s'agit de tirer

les conséquences de cette inadéquation de la *Ley Pascua* tant avec le droit conventionnel que le droit constitutionnel. Juan José Romero Guzman regrette la censure opérée par le Tribunal constitutionnel; il aurait souhaité que le juge se tourne vers le législateur pour que celui-ci modifie les normes en vigueur. Pourquoi? Pour éviter une décision de censure par définition rétroactive qui porte préjudice aux intérêts de l'accusé. La décision du Tribunal constitutionnel modifie le système légal tel qu'applicable par les juges du fond quand il leur reviendra de se prononcer. Le prévenu sera alors jugé en vertu de dispositions pénales autres que celles qui viennent d'être censurées; cela constitue, selon le juge dissident, une violation de l'article 19-3 C. («Aucun délit ne sera sanctionné par une autre peine que celle édictée par une loi promulguée antérieurement à sa réalisation, sauf loi pénale plus douce»). Le principe de légalité et le principe de non rétroactivité de la loi pénale (sauf loi plus favorable) se conjuguent pour rendre problématique la censure de la loi. Il est un principe fondamental du droit pénal connu: l'impossibilité d'appliquer une peine plus sévère que celle applicable au moment de la commission du délit. L'histoire constitutionnelle chilienne (article 122 de la Constitution de 1823, article 133 de la Constitution de 1833, article 11 de la Constitution de 1925), le droit positif (article 19-3 de la Constitution de 1980) ou encore le droit conventionnel (article 9 de la Convention américaine des droits humains de 1969, article 15 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966) convergent en ce sens. S'il advient un assouplissement, un contournement de ce principe fondamental du droit pénal moderne, c'est alors l'Etat de droit lui-même et les valeurs qu'il véhicule qui sont menacés (comme jadis avec la loi édictée en 1935 par le «législateur national-socialiste»).

Pour Juan José Romero Guzman, l'espèce soumise au Tribunal ne renvoie pas à une «question de pondération entre droits fondamentaux en conflit»: la norme qui prohibe toute rétroactivité de la loi pénale «est une règle plus spécifique et précise que celle qui interdit que la loi établisse des différences arbitraires». Juan José Romero Guzman met en évidence ceci: la règle prohibant toute irrétroactivité pénale ne peut faire l'objet d'appréciation subjective mais seulement d'une logique constatative binaire. Ou une loi pénale est rétroactive (ce qui est prohibé, sauf loi pénale plus douce) ou elle ne l'est pas. Point de pondération en la matière mais seulement l'application d'une règle à laquelle on ne saurait déroger sauf à mettre en péril l'architecture pénale globale et les droits des citoyens. L'exercice de pondération ne vaut que lorsque sont en conflits des principes constitutionnels d'égale valeur (le juge devant alors opérer son *balancing test* ou *bilanciamento dei valori*).

Le juge dissident insiste sur la distinction essentielle à ses yeux entre «declaracion de inaplicabilidad» (le choix du Tribunal constitutionnel) et «derogacion por acto legislativo» (l'appel à un interventionnisme législatif). Dans

cette dernière hypothèse, le juge du fond pourra toujours appliquer au cas concret les dispositions pénales en vigueur au moment de la commission du délit. A cette seule condition, il est possible – selon Juan José Romero Guzman - de respecter la prescription constitutionnelle interdisant d'édicter des lois pénales rétroactives (sauf loi plus douce). Seul le Parlement est en mesure «d'amender la différence arbitraire insérée dans les dispositions légales» contestées. Et le juge dissident de s'exclamer, au nom des droits de la défense: «Y compris les criminels possèdent des droits constitutionnels»!

Au-delà de la dimension technique du raisonnement de Juan José Romero Guzman (application de règles *versus* pondération entre principes, valeur constitutionnelle du principe de non rétroactivité de la loi pénale), émerge une question classique: celle relative à la puissance prétorienne du juge constitutionnel. Par ses décisions de censure de la loi, il s'érige en organe (quasi) suprême du système politico-constitutionnel puisqu'elles s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics (sauf intervention, rare car complexe, du pouvoir constituant dérivé¹⁰). L'intervention du juge dissident est intéressante puisqu'il ne vient pas défendre le régime juridique abnorme de la *Ley Pascua*, manifestement incompatible avec les principes cardinaux de l'Etat de droit. Son opinion dissidente porte sur une *question de méthode*: l'intervention correctrice du législateur en lieu et place de l'intervention annihilatrice du juge constitutionnel. Juan José Romero Guzman ne remet pas en cause la légitimité même du Tribunal constitutionnel en évoquant la présumée légitimité supérieure du Parlement (composé des élus du peuple). Il pose – et ce n'est pas rien – cette question de méthode: comment remédier aux carences de la loi? Juge ou législateur? Censure juridictionnelle ou loi correctrice?

On entrevoit combien il importe que toutes les cours constitutionnelles adoptent le principe des opinions majoritaires/concurrentes/dissidentes; s'il est une réforme qui doit advenir en France (et en Italie), c'est bien celle-ci. Une justice constitutionnelle sans publication des opinions séparées des juges est une justice carentielle, faussement unanime; est alors privilégiée, à tort, la cohésion de l'Institution au détriment de la transparence herméneutique. Peu importe que l'on soit en harmonie ou en désaccord avec telle ou telle décision, ou tel ou tel argument du juge; l'existence des opinions séparées permet de comprendre et de débattre.

L'exceptionnalisme pénal dont jouissaient les membres de la communauté Rapa Nui est censuré en ce que leur était accordé un statut juridique jurant avec les canons de l'Etat de droit, incompatible avec toute «espèce de statut personnel» (à tout le moins en matière pénale et de violence sexuelle). Les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* portent atteinte au principe de dignité de la

¹⁰ Le célèbre «lit de justice» du Doyen Vedel.

personne humaine, ici en sa version genrée. Les femmes sont désormais protégées par le droit chilien d'une identique manière, indépendamment de l'origine du criminel et du lieu de commission du crime. Il est des décisions hautement salutaires; la *sentencia* Rol 8792-2020 du 29 janvier 2021 mérite indiscutablement ce qualificatif.