



HAL
open science

La compétence internationale pénale à la lumière du précédent Pinochet

Clara Stella Neira Pinzon

► **To cite this version:**

Clara Stella Neira Pinzon. La compétence internationale pénale à la lumière du précédent Pinochet. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA024 . tel-01346792

HAL Id: tel-01346792

<https://theses.hal.science/tel-01346792v1>

Submitted on 19 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE 101-Droit, Science politique et histoire
Centre d'Etudes internationales et européennes

THÈSE présentée par : **Clara Stella NEIRA PINZON**

Soutenue le : **04 SEPTEMBRE 2015**

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit international

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE À LA LUMIÈRE DU PRÉCÉDENT PINOCHET

THÈSE dirigée par :

M. MESTRE Christian

Professeur, université de Strasbourg
Doyen de la Faculté de droit

RAPPORTEURS :

M. HELALI Mohamed

M.me TOURARD Hélène

Professeur, université de Lorraine
Professeur, université de Bourgogne

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M.me KLEBES-PELLISSIER Anne

Professeur, université de Strasbourg

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE À LA LUMIÈRE DU PRÉCÉDENT PINOCHET

A ma sœur Mireya de Los Angeles, femme d'amour et de foi

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout particulièrement le Professeur Christian MESTRE de m'avoir soutenue et conseillée tout au long de la réalisation de ce travail de recherche.

Mes remerciements vont aussi

à l'ex-Magistrat Baltasar GARZON

à Maître et Professeur Manuel OLLE SESE

à Maître Carlos SLOPEY

à Maître Sophie THONON

à Maître William BOURDON

pour les réponses qu'ils ont apportées à mes questions ainsi que pour les nouvelles pistes de recherche apparues lors de nos entretiens.

Un immense merci également à M. Jean Pierre DEZAIRE, M. Jean Pierre VERDIER, Mme Claire ASSENAT, Mme Béatrice ISNER et Mme Elisabeth ISNER CONCI, pour leur indéfectible collaboration et l'appui inconditionnel qu'ils m'ont offerts afin que je puisse réaliser et finaliser ce rêve académique.

Merci à ma famille qui, malgré son absence, m'a donné jour après jour l'amour, la force et l'espoir nécessaire pour aller jusqu'au bout de cette aventure.

Et merci à Dieu qui m'a toujours indiqué la voie à suivre malgré les difficultés financières liées à un travail de longue haleine réalisé sans le moindre soutien financier public.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIERE PARTIE LES FONDEMENTS DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS L’AFFAIRE PINOCHET

Chapitre I. LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE ET LE DROIT INTERNE DE L’ESPAGNE

Chapitre 2 LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE DE L’ESPAGNE ET LE DROIT INTERNATIONAL.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.

DEUXIEME PARTIE LA MISE EN ŒUVRE DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS L’AFFAIRE PINOCHET.

Chapitre 1 LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE DE L’ESPAGNE À L’ÉGARD DES CRIMES INTERNATIONAUX AU CHILI

Chapitre 2. LES CONSEQUENCES DE L’AFFAIRE PINOCHET ET LA LUTTE CONTRE L’IMPUNITE

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

TROISIEME PARTIE « L’INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE À L’AFFAIRE PINOCHET »

Chapitre 1. LA LOI D’AMNISTIE DU CHILI (DECRET-LOI 2191- DE 1978) FACE A L’IMPUNITE

Chapitre 2. L’APPORT DU PRECEDENT PINOCHET

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Au cours de l'histoire lors de guerres, de dictatures, d'affrontements armés se sont produits des crimes contre l'humanité¹, des génocides au cours desquels ont été massivement violés les droits de la population civile sous diverses formes telles qu'assassinats, disparitions forcées, séquestrations, tortures et persécutions pour des raisons idéologiques, politiques, raciales ou religieuses. Dans la majorité des cas ces situations se caractérisent par une impunité totale et un désintérêt pour la situation des victimes, sans tenir compte du droit international².

Le problème de l'impunité³, poussa l'apparition de l'instrument qu'est la compétence universelle. En réalité le droit international dépend précisément de cette poursuite et de ce châtement. Comme l'a bien dit BECCARIA, « *la meilleure façon de prévenir le délit est la persuasion que l'on ne trouvera pas de lieu sur la terre où le crime pourrait rester impuni* »⁴.

Dans de nombreuses occasions les États directement affectés par le crime ont ni la volonté ni la capacité de protéger les biens juridiques affectés ou de poursuivre les infractions commises. Le principe de la compétence internationale pénale, comme base juridique du principe de la compétence universelle doit être appliqué afin d'assurer la répression effective et complète des crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale.

¹ Les crimes contre l'humanité, appelés également crimes de lèse humanité tirent leurs origines, ou du moins leur inspiration conventionnelle de la Première et Quatrième Convention de la Haye concernant les Lois et Coutumes de la Guerre Terrestre de 1899 et 1907 respectivement. Il est à noter que le texte en espagnol de la convention sur l'imprescriptibilité, Résolution 2391 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 26 décembre 1968, annonce dans son titre et son préambule « *crímenes de lesa humanidad* », alors que le texte en français affiche « crimes contre l'humanité ». ». Voir infra, « Les crimes contre l'humanité » section 2, chapitre 2, première partie.

² José Ricardo de Prada « Marco constitucional e Internacional de la Justicia Universal » in *La Justicia Universal en el Derecho Internacional: Mesa Redonda de Expertos*. Asociación Pro Derechos Humanos de España –apdhe-, Revista electrónica de Estudios internacionales, No. 14, 2007, p. 24. Document disponible sur: <http://www.apdhe.org>. Dernière consultation 24 mars 2014.

³ Voir infra, chapitre 1 de la troisième partie.

⁴ BECCARIA, « De los delitos y de las penas », Ediciones jurídicas, Buenos Aires, 1958, p. 182

Le caractère international des intérêts protégés, ajouté à cette fonction de verrou pour éviter des « poches d'impunité involontaires », procure au principe de compétence universelle une source particulière de légitimation et de reconnaissance interétatique⁵

L'impunité se perpétue lorsque le sujet actif d'un crime international demeure partie intégrante du pouvoir de l'État de jure ou de facto, soit parce qu'il exerce le pouvoir, soit parce qu'il détient la capacité d'annuler ou de contrecarrer toute action judiciaire. De plus, au moment d'entamer ou de poursuivre les procédures concernant l'affaire, la difficulté se transmet à tous les pouvoirs de l'État⁶. D'un côté l'exécutif promulguera toutes les mesures nécessaires, par exemple des grâces, et d'un autre transmettra au législatif la nécessité d'adopter des lois assurant l'impunité aux auteurs des crimes, comme ce fut le cas au Chili et en Argentine⁷.

Dans les cas où ces lois ont été promulguées, leurs partisans justifiaient leur adoption pour des raisons de politique criminelle ou la nécessité d'arriver à la paix sociale comme intérêts à préserver face à la répression pénale des destinataires et bénéficiaires de la loi. De plus, cette justification a été souvent renforcée d'arguments tels que la nécessité de réconciliation nationale ou la consolidation des régimes démocratiques, avec le prétexte d'atteindre à une société juste.

Cependant des circonstances tels que le maintien au pouvoir des responsables des faits, l'impossibilité légale de les poursuivre en raison de la promulgation ou l'autopromulgation de lois qui l'interdisent, la faible quantité et la sélectivité des procès pénaux, l'exil des auteurs de crimes ou leur décès sans jugement du fait des retards dans l'instruction et la mise en jugement ne doivent pas constituer des motifs qui justifient l'impunité de ces crimes internationaux.

Aussi l'absence d'action pénale dans les juridictions nationales du lieu d'exécution des crimes, jointe à la nécessaire exigence de responsabilité pénale individuelle des auteurs de crimes ayant violé des biens juridiques supranationaux mais aussi nationaux, oblige à

⁵ Ana PEREZ CEPEDA, "Principio de Justicia penal universal v/s principio de Jurisdicción penal internacional", in "El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 82.

⁶ Mercedes Soriano Rodríguez, « El principio de jurisdicción Universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿Un paso atrás en la lucha contra la impunidad ?, Revue Digitale, dialnet, faculté de Droit, ISSN- e 1989-6085, No. 6, 2013 (Exemplar García Goyena XII Edition), Madrid, p. 322.

⁷ Dans l'affaire Pinochet nous trouvons la loi d'amnistie – Décret 2171 de 1978. Dans l'affaire argentine, il y eut les lois de Point Final et d'Obéissance due.

l'intervention du droit international pénal depuis les tribunaux nationaux dans l'exercice extraterritorial universel de leurs compétences.

En vertu du principe de compétence universelle, l'État se réserve la compétence de poursuivre des faits commis par des nationaux ou des étrangers hors du territoire national lorsque ceux-ci portent atteinte à des biens juridiques reconnus par toute la communauté internationale, et à la protection desquels ils sont intéressés. De ce point de vue, la reconnaissance de ce principe par les États suppose non seulement d'assumer des compétences, mais également un engagement dans la poursuite de faits dommageables pour des intérêts de caractère supranational et fréquemment lésés par des formes de délinquance internationale. Il s'agit par conséquent d'un instrument qui rend possible cette poursuite par n'importe quel État qui l'assume, de faits commis hors de ses frontières, mais dont la répression l'intéresse comme membre de la communauté internationale⁸.

Il s'est ainsi constitué un bloc de valeurs ou d'intérêts que les États ont reconnus et pour lesquels ils se sont engagés à lutter dans le cadre de la responsabilité individuelle de ceux qui ont porté atteinte à ces valeurs ; tout cela conduit à la mise en place d'instruments juridiques de poursuite et de mise en jugement.

En conséquence, pour que les crimes contre l'humanité ne restent pas impunis, il est nécessaire de mettre la compétence universelle en marche. Pour cela les États, distincts de ceux qui ont concédé l'impunité à de tels crimes, sont ceux qui doivent intervenir par l'intermédiaire de leurs juridictions respectives. C'est ce que fit *l'Audiencia Nacional* espagnole à partir de l'affaire Pinochet, ceci allant dans un sens positif pour la raison que cela allait dans un sens positif d'évolution du droit international, plus précisément du droit international pénal. Après la fin de la guerre froide, le principe de compétence universelle s'était développé et s'approfondit sans pour autant faire obstacle à la souveraineté des États.

Ce qui précède entraîne l'application du droit international pénal par les tribunaux nationaux selon le principe de la compétence universelle.

⁸A. QUINTANO RIPOLLÉS, « Tratado de derecho penal internacional e internacional penal », T. II, Inst. F. de Vitoria, Madrid, 1957, p. 95

I. Précisions Terminologiques:

L'analyse de la suprématie du droit international sur le droit interne, lorsqu'il est question de compétence universelle, nous conduit à faire les précisions suivantes quant à la terminologie utilisée dans cette recherche (A), ensuite nous passerons à la définition de la compétence internationale pénale (B), puis à la définition de la compétence universelle (C).

A. Terminologie utilisée

L'incidence du droit international sur le droit interne s'agissant de compétence universelle, nous pouvons la justifier à partir de règles parmi lesquelles on peut distinguer le droit coutumier et le droit conventionnel.

En matière de droit coutumier, il existe après le XVIIIème siècle une règle de droit international en vertu de laquelle les États ont une compétence universelle dans le domaine de la piraterie. Sur la base de cette règle, le droit coutumier autorisait tous les États à arrêter et punir tous les pirates quelle que soit leur nationalité ou celle des victimes ou le lieu de commission du crime de piraterie⁹.

A cette première règle de compétence s'ajoute également celle déduite du cas Lotus plaidé devant la cour permanente de justice internationale en 1927, principe énoncé ainsi : « tout ce qui n'est pas interdit est permis¹⁰ ».

Le droit conventionnel est constitué par les traités internationaux qui énoncent les règles de compétences comme la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, les conventions de Genève de 1949, les conventions sur le terrorisme et la convention de 1984 contre la torture.

Le droit conventionnel a la faculté de déterminer quels sont les crimes internationaux qui obligent à une répression de la part des États. Il convient ici de souligner le concept de crimes internationaux.

⁹ Antonio Cassese, "L'incidence du droit international sur le droit interne", in "Juridictions Nationales et Crimes Internationaux", Sous la direction de Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, Presses Universitaires de France, Paris, – PUF, 2002, p. 556

¹⁰ Cour Permanente de Justice Internationale, affaire S.S. Lotus, France contre. Turquie, 1927.

Pour cela nous utilisons un extrait des définitions et des classifications faites par Cherif BASSIOUNI¹¹, en prenant en compte leur sens en droit pénal international, de la façon suivante :

« Les crimes internationaux sont ceux qui affectent la paix et la sécurité de l'humanité, éventuellement comme résultat d'une politique d'État, tel que le crime d'agression, de génocide, de guerre et les crimes contre l'humanité.

Les délits internationaux sont ceux qui affectent des intérêts protégés au niveau international, dans lesquels peuvent être compromis plus d'un État ou dont les victimes peuvent être des nationaux de plusieurs États. Parmi ceux-ci on trouve la piraterie, le financement du terrorisme, la prise d'otages.

Les infractions internationales sont des violations du droit pénal international situées en dehors des crimes et des délits internationaux. Cela peut être le trafic international de matériaux obscènes, la rupture de câbles sous-marins, la corruption des fonctionnaires publics étrangers ».

Par ailleurs, le professeur OLLE SESE, propose deux types de « crimes internationaux ». Ceux de premier degré se basent sur le droit international conventionnel et coutumier, et établissent la responsabilité pénale individuelle internationale de leurs auteurs, puisqu'ils supposent une violation grave des droits de l'homme, tandis que ceux de second degré s'appuient sur le droit interne ou le droit international, entraînent la responsabilité pénale individuelle internationale indirecte à travers le droit interne et lèsent les intérêts communs internationaux ou d'importance internationale où l'intervention interétatique est nécessaire¹². Selon cet auteur, la compétence universelle devrait être obligatoire pour les crimes internationaux de premier degré et facultative pour ceux de second degré.

Compétence et juridiction.

Compte tenu de ce que la première partie du sujet de cette thèse traite de la compétence internationale pénale, il est nécessaire de définir ce que sont la compétence et la juridiction.

¹¹Cherif BASSIOUNI, «Introduction au Droit Pénal International», Bruylant, Bruxelles, 2002, pp, 114 - 116

¹²Manuel OLLÉ SESÉ, «Justicia Universal para Crímenes Internacionales, La LEY, universidad de Lebrija, p. 191

La compétence se définit de cette façon : « *“Un juge ne peut être saisi d’une affaire, que dans la mesure où les dispositions sur l’organisation judiciaire et celles qui fixent les règles de procédure, lui donnent le pouvoir de la juger. Ce pouvoir, c’est la “compétence”* ¹³ ».

P. MEYER déclare : « *(si) la compétence est une qualité reconnue à une personne, plus précisément à une autorité ou à un organe, on dit qu’un tribunal, qu’un ministre sont compétents (ou incompétents) (...). La compétence définit (aussi) ce que peut faire l’autorité ou l’organe, telle activité est de sa compétence: cela signifie qu’il peut –éventuellement qu’il doit – l’accomplir* ¹⁴ »

La compétence est un concept concret, alors que la juridiction est un concept abstrait¹⁵ accordée à un organe qui doit trancher dans de nombreuses matières et mettant en cause un certain type de personnes¹⁶.

En comparant la compétence et la juridiction, de nombreux auteurs sont arrivés à la conclusion que la première est une relation entre le juge et l’affaire qu’il doit traiter, alors que la seconde est en lien avec le pouvoir du tribunal¹⁷.

B. Du concept de la compétence internationale pénale

La base juridique de la compétence universelle est mise en forme par le droit international pénal, raison pour laquelle cette étude est dénommée « *la compétence internationale pénale* » puisqu’il s’agit de démontrer au cours de cette thèse la prévalence de ce droit, lorsque le principe de compétence universelle s’applique.

Dans cette thèse nous parlerons indistinctement de compétence universelle ou de compétence internationale pénale, du fait que nous parlons de 2 concepts qui ne sont pas différents. En effet, comme nous l’avons expliqué plus haut, nous parlons de compétence internationale pénale, en tant que fondement juridique de la compétence universelle, façonnée par le droit

¹³<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/competence.php>

¹⁴P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de la compétence, RCDIP, 1979, pp. 10-13.

¹⁵FITZMAURICE, G., The Law and Procedure of the International Court of Justice, Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure, in BYIL, 1958, VOL. 34.

¹⁶CONSARD (M), “La soumission des États aux tribunaux internes”, Pédone, Paris, 1996, p. 32 ss

¹⁷Muhammad ABU EL HEIJA, “La compétence Universelle un mécanisme pour lutter contre l’impunité”, Thèse de doctorat en droit, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008, p. 26

international pénal. Nous évoquerons donc la compétence universelle lorsque ce sera nécessaire.

Le droit international pénal et le droit pénal international font partie de l'exercice de la compétence universelle, en tenant compte de la prévalence du premier sur le second. La compétence universelle découle en premier lieu d'une obligation internationale établie dans une convention afin que les États parties prenantes de cet instrument international l'introduisent dans leur ordonnancement interne et afin de pour ainsi l'appliquer par la suite comme mécanisme de lutte contre l'impunité. Nous pourrions alors parler de compétence pénale internationale parce qu'il s'agirait de normes d'ordre national, en l'espèce de droit pénal, mais qui auront des conséquences d'ordre international.

Cette compétence internationale pénale représente donc la base juridique de la compétence universelle, base que lui offrent le droit conventionnel et le droit coutumier.

La compétence internationale pénale découle directement du droit international pénal lorsqu'elle est incorporée à l'ordre juridique d'un État, cela se fait suivant une demande provenant du droit conventionnel, cette demande surgissant d'une obligation formulée dans le cadre d'une convention internationale, comme la Convention contre le génocide ou la convention contre la torture. Si l'État n'est pas partie prenante de ces conventions, ou s'il l'est, mais ne les a pas ratifiées, nous ne pouvons pas parler de mise en œuvre de la compétence universelle¹⁸ par cet État.

Mais, lorsque l'État exerce sa compétence extraterritoriale, qui à son tour lui permet d'exercer la compétence universelle incorporée à son ordre juridique par une loi organique, comme ce fut le cas de l'Espagne, il remplit une obligation internationale, en ce sens cet exercice est habilité par le droit pénal international, puisque son exercice procède d'un droit national, c'est-à-dire du droit pénal, qui entraîne des conséquences d'ordre international, ainsi ce sont les États qui doivent prévoir dans leur législation l'exercice de la compétence en question, puisque c'est exclusivement une question de souveraineté nationale.

¹⁸Isabelle FOUCHARD déclare: « Le caractère universel de la valeur protégée est la cause de la création du crime international et a pour conséquence l'organisation du régime répressif à un doublé niveau: par les juridictions pénales nationales (y compris sur la base de la compétence universelle en vertu du droit international coutumier)» Isabelle Fouchard, "Crimes Internationaux entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international" Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 384.

En d'autres termes, le droit pénal international est compétence territoriale et compétence extraterritoriale à l'exception de la compétence universelle, car pour exercer la compétence universelle l'État doit d'abord faire partie d'une convention qui l'autorise à l'exercer, tel que la convention contre le génocide ou la convention contre la torture.

Pour autant, dans le cadre du droit international, comme il a été indiqué ci-dessus, le fait qu'un traité international déclare un agissement comme un délit international n'implique pas automatiquement une poursuite universelle, raison pour laquelle il faut connaître le contenu du traité en ce qui concerne les fors concrets de compétence établis. En prenant en compte une interprétation littérale des traités internationaux, qui tentent de poursuivre à tout prix certaines conduites considérées comme graves par une grande partie de la communauté internationale et d'éviter, en définitive, l'impunité, il faut interpréter que la formalisation par ces conventions de délits internationaux entraîne l'attribution de la compétence universelle, au moins de façon facultative¹⁹.

Lorsque des traités comme celui de la torture ou celui du génocide instaurent certains critères qui attribuent la compétence à certains États, ils n'excluent pas la compétence des autres États, mais imposent des juridictions obligatoires ou préférentielles, et de plus directement applicables par les États membres, sans exclusivité. Cela se confirme par les dispositions de nombreux traités régulant ces agissements qui affectent des biens d'intérêt universel afin de n'exclure aucune juridiction exercée conformément à des lois nationales. Le problème existe lorsque le Traité s'en remet aux lois nationales pour l'éventuelle application de la justice universelle et lorsque celles-ci, usant de cette faculté, ne la prévoient pas²⁰.

Le principe de compétence internationale pénale apparaîtra alors comme l'instrument qui dans la solidarité internationale rend possible la poursuite et la mise en accusation des crimes les plus graves et les plus intolérables²¹ qui offensent la communauté internationale²².

¹⁹B. GARCIA SANCHEZ, "El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional", in "Revista de Derecho Penal y criminología" Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), facultad de derecho, 2° época, n. extra (2), 2004 -01-01-, p. 266 et ss.

²⁰En ce qui concerne l'Espagne, l'article 23.4 alinéas a) et b) de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire, autorise la poursuite des délits de génocide et de crimes contre l'humanité ainsi que le terrorisme, et on pourrait interpréter l'alinéa g) comme autorisant la poursuite de n'importe quelle conduite dont la mise en accusation soit conforme aux normes internationales dont la torture et les violations du droit international humanitaire.

²¹A. SANCHEZ LEGIDO. : Jurisdicción universal penal y derecho internacional. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 119-120 La CDI, lors de ses travaux sur le Projet de Crimes contre le Paix et la Sécurité, décida à l'unanimité que le code n'aborderait que les crimes du droit international les plus grave.

²²L. JIMENEZ DE ASÚA y J. ANTÓN ONECA: Derecho Penal conforme al Código de 1928. Madrid: Reus, 1929 : "conception généreuse, fondée sur la solidarité des nations et la fraternité des hommes"

Compte tenu de ce qui précède, la compétence internationale pénale, comme base juridique de la compétence universelle, représente le pouvoir que détient un juge national d'instruire et de juger des crimes internationaux, quelque soit le lieu où les faits ont été commis, la nationalité de la victime ou de l'auteur présumé, en remplissant une obligation de droit international, découlant d'un traité ou d'une convention et qui entraîne des effets de droit pénal, le cas échéant en sanctionnant le coupable et en donnant réparation à la victime.

Il est important de définir ensuite ce qu'est le droit international pénal et le droit pénal international pour ensuite établir leurs différences (1) et nous intéresser à leurs sources (2).

1. Selon Robert KOLB le terme de droit pénal international est plus large que le droit international pénal. Ce dernier est une partie du droit pénal international comme une province fait partie d'un État.

Le droit pénal international désigne ou traite les aspects ou parties du droit pénal, matériel et de procédures dans lesquels il y a une relation avec l'étranger.

Le droit pénal international a comme base le droit pénal alors que la totalité du droit pénal en étudie les aspects internationaux de celui-ci. Tandis que le droit international pénal a pour base l'ensemble du droit international dans le cadre duquel sont étudiés les aspects pénaux du droit international pénal²³.

Isabel FOUCHARD est d'avis que le droit international pénal est constitué par les aspects pénaux du droit international, tandis que le droit pénal international traite des aspects internationaux du droit pénal et fait la classification suivante.

Du point de vue des crimes, dans le droit international pénal il s'agit des crimes supranationaux, basés sur une norme de droit international, dont la violation par conséquent engage la responsabilité pénale des individus en vertu du droit international, comme le crime d'agression, de génocide, le crime contre l'humanité, les crimes de guerre.

Alors qu'en droit pénal international il s'agit de crimes transnationaux, qui sont des crimes de droit interne qui ont une incidence internationale parce qu'ils proviennent d'une convention, entre autres la prise d'otages, la corruption, le blanchiment d'argent.

²³Robert KOLB, "Droit international pénal", Précis, Helbing Lichtenhahn, Bâle, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 15

Selon le contenu, en droit international pénal il s'agit d'incriminations pénales essentielles, directement fondées sur le droit international (en principe coutumier), pour le droit pénal international il s'agit de règles d'extension des compétences pénales.

2. Du point de vue des sources, en droit international pénal c'est le droit international, alors qu'en droit pénal international ce sont les droits internes²⁴.

Ainsi il ressort que le droit international pénal est une branche du droit international public alors que le droit pénal international est une branche du droit pénal, lorsqu'il existe une relation avec l'étranger. C'est pourquoi ces deux droits peuvent s'entraider, par exemple le droit international s'appuie du droit pénal international lorsqu'il est question d'appliquer la coopération judiciaire²⁵.

Pour Marc HENZELIN, « si les sources du droit pénal proviennent de l'ordre juridique national on parle de droit pénal international "stricto sensu"²⁶, alors que pour S. GLASER "si les sources du droit pénal sont internationales, il s'agirait de droit international pénal"²⁷.

Mais ces sources peuvent également être classées en sources principales et sources auxiliaires²⁸.

«Les sources principales représentent les traités, la coutume et les règles générales du droit.

Les sources auxiliaires, quant à elles, comprennent : - Les précédents judiciaires comme l'affaire Eichmann (1961 – tribunal israélien) et l'affaire Tadic (1995-1999 TPIY) – Les Résolutions de l'Assemblée Générale ou du Conseil de Sécurité des Nations Unies, telles que l'adoption de la Résolution 95 (I) de l'Assemblée Générale des Nations Unies le 11 décembre 1946. - Les projets du C.D.I., notamment en matière de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dès 1950²⁹. Les projets d'associations scientifiques privées comme l'International Law Association ou l'Institut de droit international. - La doctrine des

²⁴Isabelle FOUCHARD, "Crimes Internationaux entre Internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international", op. cit., p. 384. Voir dans le même sens S. GLASER, "Droit international pénal conventionnel", Bruxelles, Bruylant, T. I, 1970, p. 22-23

²⁵Robert KOLB, "Droit international pénal", op.cit. p.15

²⁶Marc HENZELIN, "Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité", Helbing & Linchtenhahn, Bâle, Genève, Munich. Faculté de Droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 11

²⁷S. GLASER, "Droit international pénal conventionnel", op. cit., T.I, 1970, p. 22

²⁸Robert KOLB, "Droit international pénal", op. cit., pp 55-60

²⁹La C.D.I. adopta les "Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal". Voir, section 2, chapitre 2, première partie.

publicistes les plus qualifiés - Les Manuels militaires, comme expression de l'opinio juris et de la pratique des États ».

C. Du concept de compétence universelle

Marc Henzelin, déclare: *“Selon le principe de l'universalité, un État affirme sa compétence sans qu'il ait aucun critère de rattachement direct avec l'infraction, si ce n'est éventuellement la présence de l'auteur sur son territoire”*³⁰

Selon Géraud de la PRADELLE, *« la compétence pénale d'une juridiction nationale est universelle quand elle s'étend, en principe, à des faits commis n'importe où dans le monde et par n'importe qui; lorsque, par conséquent, un tribunal que ne désigne aucun des critères ordinairement retenus - ni la nationalité d'une victime ou d'un auteur présumé, ni la localisation d'un élément constitutif d'infraction, ni l'atteinte portée aux intérêts fondamentaux de l'État - peut, cependant, connaître des actes accomplis par des étrangers, à l'étranger, ou dans un espace échappant à toute souveraineté »*³¹.

Baltazar GARZON, définit la compétence universelle³² comme un principe dérivé du droit international, *« Au sens propre, c'est ce principe qui habilite des tribunaux internes à instruire et juger des faits présumés délictueux en vertu de la nature même du crime commis et non en raison d'un quelconque lien de relation entre les faits et l'État, aussi devraient être sans importance, bien qu'il n'en soit pas ainsi, le lieu où se sont produits les faits, la nationalité du suspect ou des victimes qui ont de toute façon le caractère d'universelles, la présence du suspect sur le territoire national, les intérêts nationaux ou n'importe quelle relation avec l'État qui exerce cette compétence. C'est cette nature des crimes de génocide, contre l'humanité, de ceux de guerre à chacune de leurs manifestations et d'autres pour diverses raisons, qui attente de manière transversale à la dignité de l'humanité dans son*

³⁰Marc HENZELIN, « Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité », op. cit., p.29

³¹Géraud de LA PRADELLE, « La compétence universelle » in Hervé, ASCENCIO, Emmanuel DECAUX, et Alain PELLET, « Droit International Pénal », Pedone, Paris, 2000, p. 905

³²Le terme compétence universelle correspond dans certains pays à celui de juridiction universelle comme en Espagne, en Colombie, aux États Unis.

ensemble, dépassant les limites territoriales et nationales d'un État, qui les fait devenir des actes passibles de poursuite par la communauté internationale dans son ensemble »³³.

En tenant compte de cette définition, le principe de compétence universelle se caractérise par la présence de certains éléments qui correspondent à son application étendue³⁴ :

- Les juges nationaux auront compétence pour juger les responsables de crimes graves de droit international³⁵, sans limites territoriales, c'est-à-dire qu'ils connaîtront tous les crimes graves commis hors de leur territoire.
- Les juges nationaux auront compétence pour juger les responsables de crimes graves de droit international, que l'auteur soit ou non soumis à leur ordre juridique.
- Les juges nationaux auront compétence pour juger les responsables de crimes graves de droit international, que la victime soit ressortissante ou résidente de l'État qui va exercer sa compétence juridictionnelle contre le présumé responsable.

Le principe de compétence universelle suppose donc que les tribunaux pénaux de l'État puissent l'exercer en représentant la communauté internationale pour les crimes graves de droit international comme une *actio popularis* contre des personnes qui sont *hostes humani generis*³⁶.

Le droit international conventionnel et le droit international coutumier, s'imposent au sujet de certains crimes, c'est pourquoi il est important d'examiner si la relation entre compétence universelle et les crimes internationaux *jus cogens* trouve son origine dans une source du droit international pénal. On arrive ainsi à la conclusion que diverses conventions de droit

³³Baltasar Garzón, « La consolidación del principio de jurisdicción universal : los casos Argentina y Chile en España, in *Tiempo de Paz*, "Recortes en la justicia universal", Revue No. 112, Primavera 2014, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, p. 40.

³⁴Mercedes Soriano Rodríguez, « El principio de jurisdicción Universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿Un paso atrás en la lucha contra la impunidad ?, *Revista Digital*, op. cit., p. 327

³⁵Selon PEREZ CEPEDA, les crimes les plus graves protègent la paix, la sécurité et le bien-être de l'humanité. Il s'agit donc de toute conduite qui porte atteinte de façon directe ou indirecte à ces biens, affectant les intérêts de toute la communauté internationale dans son ensemble. Ana Isabel PEREZ CEPEDA "Principio de Justicia penal universal versus principio de Jurisdicción penal internacional", in "El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites", directora, la misma autora, tirant lo blllanch, Valencia, 2012, p. 81.

³⁶La sentence du TPI pour l'ex- Yougoslavie, ffaire Furundzija du 10 décembre 1988, déclara, citant l'affaire devant les tribunaux des États-Unis *Filartiga v. Peña-Irala*, que les responsables de délits de tortures, comme les pirates ou ceux qui font commerce d'esclaves, sont considérés *hostes humani generis*. Affaire Furundzija No. IT-95-17/1-T. 10 décembre 1998. Chambre de première instance.

international pénal qui s'appliquent à des crimes catalogués comme *jus cogens* contiennent une disposition au sujet de la compétence universelle.³⁷

Lorsque les moyens juridictionnels disponibles ne sont pas efficaces, la compétence universelle devrait être appliquée. Le poids accumulé des sources de droit international pénal, de la législation nationale et des pratiques judiciaires peut être considéré suffisant pour conclure à l'existence de la compétence universelle concernant les crimes *jus cogens*.³⁸

2. La compétence universelle présente deux objections majeures à son application : le principe de non-intervention dans les affaires internes d'un pays (a) et l'immunité des organes étatiques (b).

- a. *L'Audiencia Nacional* d'Espagne rejette le principe de non-intervention³⁹, déclarant que « *si l'État territorial ne sanctionne pas l'auteur d'un crime tel que le génocide et la torture, il faut qu'un tribunal national se présente comme gardien des valeurs fondamentales*⁴⁰ ».
- b. En ce qui concerne l'immunité de Pinochet, la Chambre des Lords confirme qu'en accord avec les lois du Royaume Uni les ex-chefs d'État ne jouissent pas d'immunité relative au délit de la torture.⁴¹

II. De l'évolution de la compétence internationale pénale à l'affaire Pinochet.

³⁷CH, BASSIOUNI, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary practice" 42 VJIL, 2001, p. 1 et ss.

³⁸Voir annexe II. "les principes de Princeton". Principe 2, article 1.

³⁹Décision judiciaire (Auto) prononcée par *l'Audiencia Nacional* en date du 5 de novembre 1998. Fundamento de derecho Noveno, Rollo de Apelación 173/98, Sección Primera, sumario 1/98, juzgado de instrucción número 5 Voir infra "Les objections à la compétence internationale pénal des juges nationaux" section 1, chapitre 1, première partie.

⁴⁰Antonio Cassese, "L'incidence du droit international sur le droit interne", in "Juridictions Nationales et Crimes Internationaux", op. cit., p. 563

⁴¹Voir infra, "Les objections à la compétence internationale pénal des juges nationaux" section 1, chapitre 1, première partie, dans le même sens voir infra, "L'immunité de Pinochet, une condition pour la justice internationale", section 2, chapitre, 2, deuxième partie.

La lutte contre l'impunité à travers le développement et l'exercice de la compétence universelle a été une évolution tout au long du XXème siècle, s'accroissant dans la dernière décennie et jusqu'à nos jours. Ce progrès s'est appuyé sur l'action de la justice dans différents pays ; la décision de ces pays qui recueillirent ce principe dans leur législation démontra la volonté initiale de lutter contre les crimes les plus abominables perpétrés sans liens apparents avec l'État législateur, tout cela grâce à des fonctionnaires judiciaires qui, à partir de leur indépendance et de leur attachement à la légalité, ont su maintenir l'application du principe en question par-dessus les intérêts diplomatiques, politiques et économiques des États eux-mêmes⁴².

A. Les événements historiques de la compétence universelle

Au XVIIIème siècle la compétence universelle s'applique pour la première fois au crime de piraterie.

La convention IV de la Haye de 1899, révisée en 1907, dans laquelle le terme crime contre l'humanité⁴³ n'était pas encore apparu, établit que les États doivent respecter les obligations assumées et en cas de violation des règles, basées sur les lois de l'humanité⁴⁴, l'État serait responsable. Ainsi apparaît la clause Martens⁴⁵.

En 1927 la sentence de la Cour Permanente de Justice Internationale est prononcée lorsqu'est mis en doute le principe, jusque là sacré, de territorialité de la juridiction. Dans cette affaire qui opposa la France et la Turquie, la Cour trancha en faveur de cette dernière, considérant qu'il n'existait pas de règle dans le droit international qui contraindrait les États à restreindre leur juridiction à des limites purement territoriales : « *Loin de défendre d'une manière*

⁴²Baltazar GARZON, « La consolidación del principio de jurisdicción universal : los casos Argentina y Chile en España, in « Tiempo de Paz, Recortes en la justicia universal » op, cit., p. 42.

⁴³« De Nuremberg à la Haye. Juger le crime contre l'humanité ». Actes du colloque. Le Grand Orient de France. 20 et 21 mai 2006, p. 59.

⁴⁴Voir infra, section 2, chapitre 1, deuxième partie.

⁴⁵Voir infra, p. 72. section 2, chapitre 2, première partie.

générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables »⁴⁶.

Pour leur part, les procès de Nuremberg et Tokyo (1945-1949) furent décisifs dans l'approfondissement de la définition et la délimitation des crimes d'agression, de guerre et contre l'humanité, rendant plus tangible l'appellation *jus cogens*⁴⁷. Ceci supposa d'avancer d'un pas vers la codification des crimes, qui par la suite seraient compris comme faisant partie du noyau dur, dont la nature légitime de juger sur la base de la compétence universelle.

S'il est vrai que les faits antérieurs avaient ouvert les portes aux États pour sortir des limites territoriales classiques de leur juridiction et à connaître les délits qui atteignaient à toute l'humanité, il n'y avait pas encore eu de cas concret où un État l'eût mis en pratique. D'une certaine façon c'est le procès par lequel on jugea Eichmann qui inaugura l'usage de la compétence internationale pénale en 1961. Adolf Eichmann fut jugé par les tribunaux israéliens sans qu'il soit Israélien et sans que le principe de territorialité soit applicable⁴⁸.

B. La réactivation de la compétence universelle.

Sans autres antécédents d'application de la compétence universelle, ce n'est qu'en 1996 que le processus de sa consolidation en droit international est réactivé et commence. Cette année-là, des juges espagnols ouvrirent des procédures pour crimes de génocide, terrorisme, tortures et disparition forcée de personnes en tant que crimes contre l'humanité commis durant les

⁴⁶Cour Permanente de Justice Internationale, affaire S.S. Lotus, France v. Turquie, 1927, No. 10, Paragraphe. 46

⁴⁷A ce sujet l'auteur de traités SIMMA déclare: « Il ne fait aucun doute que les droits humains fondamentaux font partie du corpus de *jus cogens* international dont parmi de ces droits les plus fondamentaux le droit à la vie et à ne pas être torturé, puisque sans leurs reconnaissance il serait vain de parler de l'ensemble des autres droits ». B. SIMMA, "International human rights and general international law: a comparative analysis", in Recueil des Cours de l'Académie de Droit Européen de Florence, 1993, vol. IV-2, p.226. Les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ratifié par l'Espagne (B.O.E 13.6. 1980), consacrent la supériorité d'un droit international général (également dénommée *jus cogens*) sur les traités qui entrent en conflit avec celle-ci. En l'état actuel du Droit International certains droits sont reconnus comme faisant partie du *jus cogens* et coïncident avec le fond commun des droits inaliénables émanant des principaux traités de protection des droits de l'homme: droit à la vie, l'interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains et dégradants, la prohibition de l'esclavage et des travaux forcés, et la non rétroactivité des sanctions pénales.

⁴⁸District Court of Jerusalem, Case of Adolf Eichman, 12 December 1961. Criminal case No. 40/61

dictatures argentine et chilienne durant les années 70 et 80, sans tenir compte de la nationalité de celui qui les avaient perpétrés ou des victimes, ni du lieu où ils avaient été commis. C'est à dire en application du principe de compétence universelle, qui avait été incorporé dans leur Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire de 1985.

Le 24 mars 1997, le Tribunal central d'instruction numéro 5 de *l'Audiencia Nacional* espagnole promulgait un mandat d'arrêt international, comme auteur présumé de ces crimes l'Argentin Adolfo Scilingo⁴⁹.

Le 16 octobre 1998, ce même tribunal d'instruction décréta la détention préventive inconditionnelle d'Augusto Pinochet Urgate, qui se trouvait en Grande Bretagne, pour les délits de génocide, terrorisme, torture et disparition forcée de personnes comme crimes contre l'humanité, remettant aux autorités britanniques un mandat d'arrêt international en vue d'extradition⁵⁰.

La Chambre des Lords autorisa le début du processus d'extradition du dictateur pour le délit de tortures, et le juge Ronald Bartle la concéda pour tous les cas de disparition forcée et tortures pour lesquels le juge espagnol le réclamait ; en dépit du résultat final de la procédure, lorsque Pinochet revint au Chili, il fut privé de ses privilèges, mis en arrêt domiciliaire, poursuivi, et seule sa mort, le 10 décembre 2006 évita qu'il soit finalement jugé et condamné⁵¹.

Cette affaire est emblématique étant donné que l'impunité qui avait existé au Chili pour ces crimes internationaux commence à être traitée aussi bien par les tribunaux du Chili que par des tribunaux d'autres pays, comme ce fut le cas de la Cour d'Assises de Paris.

C'est ainsi qu'au Chili, bien que le Décret-loi soit toujours en vigueur, l'instruction et la condamnation des responsables de crimes de droit international commis durant la dictature a progressé après le procès ouvert en Espagne contre Augusto Pinochet.

La cour suprême du Chili, en 1999, a été l'acteur de la première reconnaissance de la séquestration comme délit permanent, d'où il découlait la non application du Décret-loi

⁴⁹Diligencias Previas 108/96-G. Juzgado Central de Instrucción No. 5. Voir dans le même sens première section, chapitre 2, troisième partie.

⁵⁰Juzgado central de Instrucción No. 5. Procedimiento: Sumario 19/97-J. Auto de dieciséis de Octubre de mil novecientos noventa y ocho. Archivos de la Audiencia Nacional.

⁵¹Baltazar GARZÓN, "La consolidación del principio de jurisdicción universal: los casos Argentina y Chile en España", op. cit., p 41.

d'amnistie s'il ne pouvait être démontré que la victime était décédée avant le 10 mars 1978. En se basant sur cette doctrine, la Cour Suprême confirma à l'unanimité l'inculpation, prononcée par le juge Juan Guzman Tapia, de 5 officiers de l'armée retraités dans l'affaire « Caravane de la mort » (Caravana de la muerte) pour la séquestration en 1973 de 19 personnes⁵².

En décembre 2006, la Cour Suprême fit un pas de plus dans l'application du droit international à ses décisions, déclarant que les exécutions extrajudiciaires étaient des crimes contre l'humanité qui ne pouvaient bénéficier d'une loi d'amnistie. La même jurisprudence fut appliquée dans les cas José Matias Ñanco et Manuel Tomas Rojas en mai 2007⁵³.

Par ailleurs, la Cour d'Assises de Paris, mit en œuvre un procès par défaut entre le 8 et le 17 décembre 2010, dans lequel fut prononcé un verdict historique contre les dirigeants militaires du régime Pinochet⁵⁴.

Malgré ce qui précède, la loi d'amnistie reste en vigueur au Chili et en raison de cette attitude, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a établi une jurisprudence importante sur les lois d'amnistie, se basant principalement sur le cas Almonacid Arellano en septembre 2006, dans le cadre duquel elle prononce un jugement contre l'État du Chili et exige que celui-ci laisse le décret-loi de 1978 sans effet. Mais jusqu'à présent cette exigence, obligatoire conformément au droit international, n'a pas été remplie.

Dans cette avancée de la jurisprudence, les affaires Scilingo-Cavallo et Pinochet ont supposé la première application en Espagne du principe, inscrit dans sa législation depuis 1985, de la compétence universelle à ce type de délit contre la communauté internationale ; d'autres procès suivirent contre les responsables de graves violations des droits de l'homme au Chili et dans d'autres États, où de multiples auteurs de véritables atrocités affrontent la justice sur la base de ce principe qui représente l'ultime réduit contre l'impunité et une possible justice.

En ce sens la sentence du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005 en résolvant l'existence de compétence universelle des tribunaux espagnols pour instruire le génocide de

⁵²Sebastián Brett, «El efecto Pinochet. A diez años de Londres 1998». Cath Collins. Rapport d'une conférence donnée à l'Université Diego Portales, Santiago, Chile, 8 – 10 Octobre 2008.

⁵³Ibidem

⁵⁴Voir infra, section 2, chapitre 2, deuxième partie. « Pinochet devant la Cour d'Assises de Paris »

l'ethnie maya au Guatemala⁵⁵, suivie de celle du 22 octobre 2007 affaire Falung Gong, confirma ce principe dans toute son étendue en faveur des victimes auxquelles il accorda le caractère d'universelle⁵⁶. Mis à part ces affaires, d'autres cas très importants furent aussi instruits tels que Couso, les Vols de la CIA, Sahara, Chine, Rwanda et le Salvador entre autres, dans lesquels l'efficacité de l'application du principe de répression universelle fut démontrée. D'autres dossiers tels les cas Pérou, Vénézuéla, Cuba, Maroc, Guinée, ou Colombie⁵⁷, ne furent pas déclarés recevables.

Face à ce développement progressif de la lutte contre l'impunité, réalisé selon le principe de la compétence internationale pénale et, qui se déchaîne à partir de l'affaire Pinochet, se trouve limité à un moment donné dans son exercice, puisqu'en novembre 2009 la révision de l'article 23.4 de la L.O.P.J. exige la présence de liens de relation pour que ce principe puisse être appliqué, cependant cette réforme est considérée contraire au droit international pénal.

Les points modifiés par la révision sont les suivants :

- Les responsables se trouvent en Espagne
- Il y a des victimes espagnoles
- Il existe une relation avec l'Espagne

⁵⁵STC 237/2005, du 26 septembre 2005. 3^{ème} FJ : « que l'article 23.4 confère, en principe, une portée très large au principe de justice universelle, puisque l'unique limitation expresse qu'il introduit à son sujet est celui de la chose jugée, c'est à dire que le délinquant n'ait pas été absout, gracié ou condamné à l'étranger. En d'autres mots, en interprétant en s'attachant au sens littéral du précepte, comme depuis la voluntas legislatoris, on est obligé de conclure que la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire instaure un principe de juridiction universel absolu, c'est à dire non soumise à des critères restrictifs de bien fondé ou de pré-requis, et sans aucun ordre hiérarchique quant aux autres règles d'attribution de compétence, puisqu'à la différence du reste des critères, celui de la justice universelle se détermine à partir de la nature particulière des délits objets de poursuite ». (traduction libre) Voir infra, dans le même sens section 2, chapitre 2, troisième partie.

⁵⁶STC 227/2007 du 22 octobre 2007. 5^{ème} FJ : ce tribunal, pour les raisons transcrites ci dessous, a déclaré que l'exigence de liens ou d'éléments de connexion pour l'entrée en jeu de la règle juridictionnelle de l'art. 23.4 LOPJ, exprimée dans la décision de la chambre pénale du Tribunal Suprême du 25 février 2003 est contraire au droit à la tutelle effective, dans son aspect droit d'accéder au procès (art. 24.1 CE). (traduction libre)

⁵⁷En 2005, un groupe de personnes porta plainte contre les activités des groupes paramilitaires colombiens, sur la présomption de crimes contre l'humanité, terrorisme, tortures et/ou génocide. Une fois achevées les procédures préliminaires 237/05, la plainte fut déclarée irrecevable par le JC 15, par l'arrêt du 19 décembre 2005, estimant que les garanties suffisantes d'action de poursuite judiciaire des faits existaient en Colombie.

- On instaure le principe de subsidiarité par rapport à celui de concurrence.

Ce qui précède revient à dire que la compétence internationale en Espagne, d'une compétence pure ou absolue, telle qu'appliquée dans l'affaire Pinochet, devient une compétence conditionnée.

Cette révision est toutefois contraire au droit international pour les raisons suivantes :

Dans le cadre de cette modification se produisit une confusion sur le principe universel du point de vue du droit interne, alors que l'approche aurait nécessairement dû se faire du point de vue du droit international.

Tout d'abord, le législateur a confondu, une fois de plus, la nature différente des délits qu'il inclut sous le principe universel. Se trouvent dans le droit international pénal, ainsi qu'il a été vu, les crimes comme le génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre, qui se fondent sur le droit international conventionnel ou coutumier, portent atteinte aux biens juridiques supranationaux les plus importants pour la communauté internationale et supposent une violation grave des droits de l'homme, qui par conséquent assument un statut ou un caractère *de jus cogens* et de ce fait génèrent des obligations impératives erga omnes, telles que le l'engagement et le devoir de poursuivre internationalement et pénalement les responsables. Alors que les crimes⁵⁸ par exemple le trafic de drogues, la prise d'otages, au contraire sont de caractère transnational parce qu'ils se fondent sur le droit interne et lèsent des intérêts communs internationaux, et correspondent donc au droit pénal international⁵⁹.

Cette confusion entre les deux types de crimes conduit à ignorer aussi bien les obligations différentes que génère chaque catégorie de délits, que les pré-requis exigés en vue de leur poursuite pénale internationale en leur attribuant, à tort, le même traitement juridictionnel. Le régime juridique n'est pas déterminé par le principe de justice universelle mais par la nature spécifique de chaque délit⁶⁰.

⁵⁸Selon BASSIOUNI, ces crimes s'appellent délits, et selon Ollé Sesé crimes de second degré, voir supra, p. 5

⁵⁹ José Ricardo de PRADA SOLAESA, "La Justicia universal, pasado, presente y futuro", "La limitación de la justicia universal en la Ley Orgánica 1/2009", in « Tiempo de Paz », "Recortes en la justicia universal", op. cit., p. 26

⁶⁰ Carmen LAMARCA "La Reforma actual de la Justicia Universal", in "La Justicia Universal en el Derecho Internacional: Mesa Redonda de Expertos. Asociación Pro Derechos Humanos de España –apdhe-, Revista electrónica de Estudios internacionales, No. 14, 2007, p. 16. Document disponible sur: <http://www.apdhe.org>. Dernière consultation 24 mars 2014.

Ensuite la modification prétendait annihiler le caractère absolu ou pur de la compétence universelle. Son exercice serait ainsi subordonné à l'existence de l'une des trois possibilités de connexion avec l'Espagne. Présence en Espagne des responsables présumés, existence de victimes espagnoles ou autre relation significative avec l'Espagne. De cette manière, l'amendement faisait sienne la thèse majoritaire de la décision du Tribunal suprême (STS 327/2003 – affaire Guatémala) contre la sentence du Tribunal Constitutionnel (STC 237/2005) qui annulait la décision antérieure du Tribunal Suprême⁶¹. La doctrine de cette dernière sentence du Tribunal Suprême reconnaissant le principe de compétence universelle pure et concurrente fut réitérée par la suite dans la STC 227/2007 (affaire Falung Gong)⁶².

En ce qui concerne le droit international conventionnel et coutumier, et sans préjudice de la polémique doctrinale à ce sujet, selon les mots de la DTC 237/2005 citée, « il résulte discutable que l'existence d'une telle relation soit la règle dans la coutume internationale ». En effet, de nombreux traités parmi ceux qui ont trait aux crimes inclus dans l'article 23.4 de la L.O.P.J., outre d'imposer l'exercice universel, les conventions de Genève par exemple, en accord avec l'extrême gravité de ces crimes, n'exigent aucune connexion avec le lieu de mise en accusation. En conséquence les législations internes ne peuvent exiger ces relations nationales à l'encontre du droit international pénal.

Cependant, dans la pratique des États certains demandent pour l'exercice universel la présence du présumé responsable sur leur territoire (Brésil, Pays Bas, Canada, France, Costa Rica, pour n'en citer que quelques uns) ; alors que d'autres n'exigent aucun lien national pour les cas de crimes internationaux concrets comme l'Allemagne, le Danemark, l'Australie ou la Bulgarie, bien qu'ils puissent ajouter d'autres exigences procédurales⁶³.

La loi concluait en ordonnant aux juges espagnols de surseoir provisoirement au jugement lorsque « *il est prouvé qu'un autre procès sur les faits dénoncés est en cours* » devant un tribunal compétent ou international. Dans ce cas la modification de la loi pas non plus judiciaire puisque la priorité du *locus delicti* ne peut être comprise en termes absolus en prenant comme critère directeur le principe *pro actione*. Si des actions judiciaires étaient entreprises dans l'État territorial de commission des faits postérieurement à l'ouverture d'une procédure en Espagne par exemple, il serait contraire aussi bien aux droits de l'inculpé qu'à ceux des victimes (tutelle judiciaire effective et procès juste sans délai injustifié)

⁶¹Voir infra, section 2, chapitre 2, troisième partie.

⁶²Ibidem.

⁶³M. OLLÉ SESÉ, "Justicia Universal para crímenes internacionales, op, cit., pp. 448 - 462

qu'intervienne un non-lieu en Espagne où l'instruction est achevée lorsque débute la procédure dans le pays d'exécution des faits.⁶⁴

Malgré l'étude qu'a générée cette modification en matière de droit international pénal⁶⁵, on pourrait dire que cette réforme ressemble à une tentative de résoudre la problématique qui affectait les relations internationales, entraînant des conflits diplomatiques. A ce sujet il convient de signaler que les problèmes ont surgi lorsque les tribunaux commencèrent à appliquer le principe de compétence universelle à des crimes concernant Israël, les États-Unis, la Chine ou le Maroc, comme par exemple dans l'affaire qui impliquait le ministre de la défense israélien et divers militaires dans une enquête sur Gaza⁶⁶. De fait, on peut rapporter que le jour de l'adoption de l'amendement, le président d'Israël Shimon Peres fit part publiquement de ses « *remerciements pour les positions adoptées ces dernières semaines, afin de ne pas traduire devant des tribunaux des leaders civils et militaires israéliens qui n'ont rien fait d'autre que de défendre la vie de leur peuple* »⁶⁷. Une autre thèse pointe « *le lien possible avec le processus des actions judiciaires entreprises en Espagne en relation avec les crimes commis durant la Guerre Civile Espagnole et le régime franquiste* ». ⁶⁸

En mars 2014, l'exercice de la compétence internationale pénale est à nouveau modifié, limitant au maximum la possibilité des juges espagnols d'instruire ce type de causes et limitant également le droit des victimes.

III Enjeux et intérêts du sujet

Après avoir considéré et analysé la validité de la compétence internationale pénale comme instrument de lutte contre l'impunité, ainsi que le précédent important laissé par son application dans l'affaire Pinochet, la question suivante sera examinée :

⁶⁴M. OLLÉ SESÉ, «La limitación de la justicia universal en la Ley Orgánica 1/2009», in Revue « Tiempo de Paz », «Recortes en la justicia universal», op, cit., p. 50.

⁶⁵Voir infra, «La réforme contraire au droit internationale pénale». Section 2, chapitre 1, première partie.

⁶⁶Mercedes Soriano Rodríguez, « El principio de jurisdicción Universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, op, cit., p. 351.

⁶⁷J. CHINCHON ÁLVAREZ, «Péres agradece a Zapatero que haya impedido los juicios en España contra militares israelíes», en Diario «EL País», 15 de octubre de 2009.

⁶⁸José Ricardo de Prada «Marco constitucional e Internacional de la Justicia Universal» in «La Justicia Universal en el Derecho Internacional: Mesa Redonda de Expertos, op, cit., p. 25.

Jusqu'à quel point les modifications apportées au principe de la compétence universelle, qui vont contre le droit international, détériorent sa nature et son objectif principal de lutte contre l'impunité de façon étendue et absolue ?

Ce problème d'absence de droit international, face à ces modifications, laisse la possibilité de trouver des solutions d'ordre juridique international, puisqu'on ne peut nier que la communauté internationale trouve dans l'exécution de crimes internationaux un alibi à ses actions minimales de faire justice aux injustices subies dans ses propres États.

C'est pourquoi il est nécessaire de poser d'entrée que les États, plus guidés et préoccupés par leurs engagements politiques et diplomatiques que par leurs engagements et obligations découlant du droit international et plus précisément du droit international pénal, limitent l'exercice de la compétence internationale pénale qui à partir de l'affaire Pinochet semblait représenter une contribution importante, bénéficiant à de nombreuses victimes du fléau de l'impunité.

Face à ces modifications qui limitent la compétence internationale pénale et qui finalement sont contraires au droit international, la communauté internationale s'est engagée à poursuivre les crimes les plus odieux qui portent atteinte aux droits humains. Pourquoi de nombreux États ne jugent-ils pas leurs grands criminels ou ne signent-ils pas ou n'acceptent pas la compétence de la Cour Pénale Internationale ?

Face à ce panorama judiciaire, le principe de compétence internationale pure et absolue pour les crimes internationaux, est l'unique instrument valide pour combattre cette impunité intolérable. Puisque la volonté politique de restreindre l'application du principe de compétence universelle n'a pu s'obtenir par la voie judiciaire, on prétendit l'atteindre par la voie législative avec les réformes de 2009 et 2014, en conséquence la question reste ouverte : jusqu'où les conditions politiques et diplomatiques font en quelque sorte plier un principe universel qui protège la communauté internationale de l'impunité permanente face aux crimes internationaux ?

Vis-à-vis de cette situation, il ne resterait que la voie de la coopération entre les États dans la recherche et le jugement des crimes internationaux dans la mesure où, bien que restant en vigueur dans certains pays comme l'Espagne, le principe de compétence internationale pénale ne puisse plus actuellement être utilisé de façon absolue, comme ce fut le cas dans l'affaire Pinochet. En effet, avec la jurisprudence développée dans ce cas, cette affaire créa un

précédent important dans le domaine juridique international, si bien que l'on peut parler d'un avant et d'un après en matière de lutte contre l'impunité.

Finally, l'objet de cette étude est dans un premier temps, de démontrer la prévalence d'un droit international pénal sur un droit pénal international lorsqu'il s'agit d'appliquer la compétence internationale pénale comme base juridique de la compétence universelle. Nous nous baserons pour cela sur le modèle de l'affaire Pinochet.

Dans un deuxième temps, nous étudierons l'état actuel de la question de la compétence internationale pénale, en soulignant les conquêtes et les avancées qui se sont produites dans les différentes procédures judiciaires, ainsi que les limites de son application.

Dans une troisième et dernière partie, nous soumettrons les nouvelles propositions à la lumière du droit international pénal, en réponse aux questions formulées.

Nous nous baserons donc sur l'étude de la souveraineté des États qui permet l'exercice d'une compétence extraterritoriale dont dérive la compétence universelle. Cette compétence trouve son fondement principal dans les obligations établies par le droit international pénal face à l'exécution des crimes internationaux. Cette étude constitue le fondement de la compétence internationale pénale dans l'affaire Pinochet (première partie).

Ces fondements se concrétisent lorsqu'ils sont appliqués dans le cadre des crimes internationaux commis au Chili, résultant d'une série d'événements d'ordre juridique comme, entre autres, le mandat d'arrêt contre Pinochet proféré par *l'Audiencia Nacional* d'Espagne, la décision de la Chambre des Lords reconnaissant son absence d'immunité comme une condition requise pour la justice internationale, de même que son procès devant la Cour d'Assises de Paris. Ces faits donnent lieu à la mise en œuvre de la compétence internationale pénale dans l'affaire Pinochet (deuxième partie).

De cette mise en œuvre découle une considérable jurisprudence qui permet d'analyser les positions juridiques des Hautes Cours Internationales comme la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans la mesure où elle se réfère à la loi d'amnistie du Chili (décret 2191 de 1978) comme moyen d'impunité. De même nous analyserons la position des tribunaux espagnols face aux faits survenus en Argentine et au Guatemala à l'époque des dictatures militaires, et en relation directe avec l'affaire Pinochet dans la mesure où cela correspond au

fondement juridique du principe de compétence internationale pénale. Toute cette étude jurisprudentielle représente un apport important dans l'affaire Pinochet (troisième partie).

PREMIERE PARTIE

LES FONDEMENTS DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS L'AFFAIRE PINOCHET

Le fondement qui légitime l'exercice de la compétence universelle s'analyse, dans l'affaire Pinochet, à partir du droit interne des États. En effet, l'exercice concret de cette compétence universelle repose sur leur ordre juridique. Ce sont donc les juges nationaux qui détiennent le pouvoir de la mettre en pratique dans un cas déterminé. (Chapitre 1). Mais cette situation découle de l'existence d'obligations internationales liées au droit international conventionnel ou coutumier. Les États doivent donc s'y soumettre quand il est besoin d'exercer une compétence universelle pour lutter contre l'impunité de crimes internationaux.

Les crimes internationaux lèsent les intérêts vitaux de la communauté internationale, intérêts qui font partie des règles de *jus cogens*, normes impératives du droit international qui protègent les valeurs fondamentales de l'individu et que ces États sont donc tenus de respecter (Chapitre 2).

La compétence internationale pénale ne se fonde pas uniquement sur la nature des crimes internationaux mais aussi sur la faculté à poursuivre et à châtier les auteurs de ces faits délictueux conformément au droit international. Avant tout, cette compétence vise à exclure tout risque d'impunité, puisque le juge étranger remplace le juge territorial⁶⁹. A cet égard, l'ex-juge espagnol Garzon s'est prononcé par une décision judiciaire de 1997, en déclarant que cette compétence pourrait se révéler plus efficace que les systèmes actuels de coopération policière ou judiciaire internationale⁷⁰.

⁶⁹Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY « Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales », Bogotá, Norma, S.A., 2004, p. 30 (traduit en espagnol par Horacio PONS). Titre original « Crimes internationaux et juridictions internationales » Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

⁷⁰L'auteur a mentionné « voir par exemple l'absence de coopération de l'Argentine et du Chili pour aider l'Espagne à instruire (...) ». « Le mandat du 23 janvier 1997 du juge GARZON, dans lequel, face au refus du ministre des relations extérieures d'Argentine d'apporter une assistance judiciaire pour des faits commis dans ce pays il affirmait que le caractère universel de l'action pénale devait restreindre la possibilité pour un État de refuser de se conformer à une commission rogatoire internationale ». Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty « Juridictions Nationales et Crimes Internationaux » Droit Espagnol, Paris, Presses Universitaires de France, p. 136 et 137.

En définitive, le droit interne d'un État permet d'établir la compétence internationale pénale, comme base de la compétence universelle, dérivée d'une obligation internationale, que les juges nationaux sont en charge d'appliquer. Cet état de fait repose juridiquement sur le droit international tant conventionnel que coutumier.

Chapitre I.

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE ET LE DROIT INTERNE DE L'ESPAGNE

Au sein du droit international, la souveraineté est considérée comme un concept fondamental dans la mesure où elle est directement liée aux relations entre les États. Le concept de souveraineté a connu une évolution avec la mondialisation et la coopération internationale. Ceci a donné comme résultat que les juges nationaux se trouvent en capacité d'exercer une compétence internationale pénale, comme base juridique de la compétence universelle (section 1). Pour rendre effectif cet exercice de la part des juges nationaux, l'État doit introduire à son ordre juridique interne les mandats donnés par le droit international pénal (section 2).

Section 1

LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE ET LES JURIDICTIONS NATIONALES

Los États engagés dans la justice internationale adoptent des lois de compétence internationale pénale pour leurs juridictions nationales avec divers domaines d'application dirigées envers les responsables de crimes contre l'humanité. Ces domaines d'application trouvent leur fondement primaire dans le concept de souveraineté des États et son évolution (§1.).

Souveraineté et juridiction sont deux concepts liés entre eux. Les États sont souverains quant à la production normative et c'est à leurs tribunaux qu'il revient de juger et de faire respecter le jugement dans l' action judiciaire.

La pluralité d'États souverains et l'exigence d'une justice internationale incitent à renforcer la compétence des juges nationaux (§2.). Il faudrait d'ailleurs élargir cette juridiction pénale, en l'étendant à tout crime international quel que soit le territoire sur lequel il a été commis et quelle que soit la nationalité de l'auteur présumé ou de la victime.⁷¹

§1. LA SOUVERAINETE DES ÉTATS ET LA JUSTICE INTERNATIONALE

La souveraineté a trait au pouvoir absolu et permanent des États. C'est en établissant les principes régulateurs de la société qu'elle justifie sa raison d'être. Ce concept caractérisé par un pouvoir absolu et illimité est né au XVIe siècle, sous l'égide de l'État dit moderne, centralisé et bureaucratique, et dont les origines puisent dans les luttes constantes de la monarchie française contre l'Empire, l'église et les seigneurs féodaux à la fin du Moyen-Age.

⁷¹Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY « Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales », op, cit., p. 26

BODIN soutient que : « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle que les latins appellent *maistatem* »⁷².

A ce concept s'est ensuite ajoutée l'idée que la souveraineté résidait dans le peuple en tant que mode de toute organisation politique⁷³

Puis, avec le temps, est intervenu le besoin de réguler la relation entre les États, de là l'émergence de normes internationales. En effet pour pouvoir établir une relation entre l'État souverain et le droit international, le concept traditionnel d'État souverain devait être mis de côté pour l'adapter au concept de communauté internationale⁷⁴.

Cela signifie que, désormais, l'État en tant qu'entité souveraine participe à l'essor de ces règles internationales, comme l'observe HELLER : «L'efficacité du droit international est fondée sur la volonté commune des États et sur la légitimité des principes éthico-juridiques. Les États adaptent les principes juridiques, qui, dans leur ensemble, forment les préceptes du droit international (...) »⁷⁵ (traduction libre).

Le droit international fait ainsi partie intégrante de l'ordre juridique des États.⁷⁶ Ceci génère toute une série d'obligations de nécessité impérative tant au niveau interne des États comme produit de l'autorité souveraine (A) qu'entre les entités souveraines elles-mêmes. Cette relation entre les États souverains ressort de l'analyse de la souveraineté territoriale qui débouche sur une souveraineté extraterritoriale appelée à s'exercer en matière de crimes de droit international, tels que ceux de génocide, de torture, de disparition forcée.

Il y a une extension de la souveraineté d'un État avec pour objectif de permettre d'appliquer une justice internationale et d'éviter que les droits humains violés (B) par les infractions qui

⁷²J. BODIN, "Livres premier; Chapitres VII-X", "Los Seis Libros de la República, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 44 y ss (traduction de Pedro Bravo).

⁷³J.J. ROUSSEAU "L'acte qui institue le gouvernement n'est pas un contrat, mais une loi; les dépositaires du pouvoir exécutif ne sont pas les propriétaires des peuples mais leurs serviteurs, (...) "Livres III; Chapitre XVIII", Le contrat social, Madrid, Torre de Goyanes, 2001, p. 121 (traduction de Luis Blanco Vila).

⁷⁴H.L. HART, A propos du concept de communauté internationale cet auteur déclare: "The international community is a decentralized community, decentralized in a specific manner, whereas the state is a centralized community. It is essentially in the degree of centralization that an international community constituted by international law differs from a national community constituted by national law, a union of states from a state". H.L. HART, "Legal Positivism", International Rules, New York, Oxford University Press, 1996, p. 60 y 61

⁷⁵H. Heller, "El Estado", "Teoría del Estado", Ed. Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión, México, 1983, pp. 242 y 243 (traduction de Luis Tobio).

⁷⁶En 1990, Le Tribunal Suprême des États-Unis—dans l'affaire connue sous le nom de "Paquete Habana" reconnu la place du Droit International dans le système juridique interne nord-américain. D. KENNEDY, "International Law in the Nineteenth Century: History of an Illusion", NJL, n°65, 1996, p. 117. Document disponible sur: www.law.harvard.edu/dkennedy/illusions.pdf.

viennent d'être citées restent impunis (C) au sein de la communauté internationale. Cela matérialise la relation entre l'État souverain et la Compétence universelle.

A. L'AUTORITE DE L'ÉTAT SOUVERAIN

La souveraineté qu'exerce un État sur son territoire est pleine et exclusive.⁷⁷ Ces caractéristiques justifient le principe de territorialité en matière de juridiction pénale. En effet, l'ensemble des compétences dont dispose un État s'exerce en premier lieu sur son territoire. De fait l'autorité de l'État regroupe tous les pouvoirs sur les personnes, les actes, les choses qui s'y trouvent et possède la faculté de légiférer, juger et exécuter tout ce qu'établit son ordre juridique.

L'exercice de l'autorité souveraine d'un État peut être en opposition avec la justice internationale. Cela peut se produire d'une part dans l'exercice de son pouvoir législatif, puisque l'État souverain peut aller jusqu'à adopter des lois d'amnistie produisant des effets contraires à la justice internationale, vu qu'elles protègent ceux qui les promulguent vis à vis des crimes internationaux⁷⁸.

Citons à ce sujet l'affaire Furundzija⁷⁹ venue devant le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, dans laquelle la chambre de première instance a conclu que la prohibition de la torture étant considérée comme une norme de *jus cogens*, les États ne pouvaient approuver des lois d'amnistie en rapport avec la torture. S'il arrivait que ces lois existent, leurs effets ne

⁷⁷H. SALINAS BURGOS s'exprime au sujet du type de pouvoir, sous forme de souveraineté, qu'un État envisage sur son territoire. Il affirme, comme cela a déjà été dit, que celle-ci est "(...) pleine au-dessus d'un seuil minimal, les compétences de l'État restent indéterminées *ratione materiae* et que chacun est libre d'en fixer l'étendue. Elle est exclusive parce que l'État, en principe, détient tous les pouvoirs, et en particulier l'emploi de la force, et s'il peut assurément les limiter ou en transférer l'exercice, à travers l'accord librement consenti à d'autres États ou à une organisation internationale, ces pouvoirs lui reviennent automatiquement quand la limitation ou la cession prennent fin" H. SALINAS BURGOS, "El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?", Santiago, Revue chilienne de Droit -RCD-, Vol. 34, n° 1, 2007, p. 108

⁷⁸Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY. Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales, op, cit., p 22

⁷⁹Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie -TPIY-, Affaire Furundzija No. IT-95-17/1-T. 10 décembre 1998. Cette affaire a également été prise en compte par la Chambre des Lords dans son arrêt du 24 mars 1999 sur le cas Pinochet pour ce qui concerne la norme du *jus cogens* reconnue dans la prohibition de la torture. Voir aussi dans ce sens Michel COSNARD, "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet" en Revue Générale de Droit International Public - R.G.D.I.P.- n°2 - 1999, Pedone, Paris, 1999. Egalement voir section 2, chapitre 2, première partie.

devaient pas être reconnus par la communauté internationale⁸⁰. En conséquence une loi d'amnistie doit être déclarée contraire au droit international⁸¹.

D'autre part, une limite à la justice internationale peut également être rencontrée lorsque l'État souverain protège en pratique ses nationaux, y compris lorsqu'ils enfreignent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. C'est le cas lorsque l'État souverain octroie l'immunité à ses citoyens, tels que le chef d'État, des ministres, des parlementaires etc., afin de les protéger dans le cadre de crimes internationaux qu'ils auraient commis⁸². Cela conduirait dans la pratique à l'impunité si, à la fois, il s'abstenait d'exercer sa compétence territoriale, ou la compétence fondée sur la personnalité active, et en même temps refusait d'extrader ses ressortissants vers d'autres États ou de les remettre aux autorités internationales⁸³.

Il ressort de ce qui précède que, dans le cas Pinochet, ces deux situations émanant de l'autorité de l'État souverain ont existé. D'une part une loi d'amnistie (Décret-Loi 2191 de 1978) génère l'impunité, et permet ainsi l'exercice de la compétence internationale pénale, mise en œuvre par les autorités judiciaires espagnoles. D'autre part l'immunité est octroyée à Pinochet comme ex chef d'État. Elle est toutefois non reconnue par la Chambre des Lords⁸⁴ car l'immunité ne peut pas coexister face à des crimes internationaux, en l'espèce, à la torture.

Il y a lieu de noter également que le concept de souveraineté s'est modifié lorsque des organismes internationaux ont eu pour objet de veiller au strict respect des droits de l'homme. Il en est ressorti que le Conseil de Sécurité des Nations-Unies a défendu l'idée de légitimer l'intervention armée lorsque la voie diplomatique ou d'autres recours pour trouver une

⁸⁰La chambre de première instance a déclaré que « [I]l fait que la torture est prohibée pas une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatiques, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévenant la torture seraient nuls et non avenue ab initio et d'autre part de laisser faire les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient pas, au surplus, reconnues par la communauté internationale. Les victimes potentielles pourraient, si elles en ont la capacité juridique, engager une action devant une instance juridique nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international (...) » Ibidem, affaire No. IT-95-17/1-T.-10 décembre 1998 (paragraphe 155).

⁸¹Voir, section 2, chapitre 1, troisième partie. "La loi d'amnistie du Chili, comme source d'impunité: une contradiction avec le droit international".

⁸²Voir, section 2, Chapitre 1, deuxième partie, "L'immunité de l'État souverain dans le cas Pinochet".

⁸³Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY, *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, op, cit., p 25

⁸⁴Voir, infra, "L'arrêt de la chambre des Lords du 24 de mars de 1999".

solution pacifique aux différends ont été épuisés, sans pour autant remettre en question l'autorité souveraine d'un État.

Cela signifie que quand les États limitent ou transfèrent l'exercice de leurs droits souverains ils continuent à exercer leur souveraineté puisque ce transfert émane de leur propre décision, qu'ils demeurent totalement libres de le mettre en pratique ou non.⁸⁵

Dans le même temps se précise la notion de souveraineté individuelle. Les États sont considérés comme étant au service de leurs peuples et non l'inverse. Cette souveraineté de la personne, fondée sur les libertés fondamentales et les droits de chaque individu protégé par les Nations Unies et par les traités internationaux, s'est trouvée renforcée grâce à une conscience nouvelle et contagieuse des droits individuels⁸⁶

De fait, de nos jours l'autorité de l'État souverain est jugée affaiblie au motif que les États doivent désormais observer des limites et des paramètres de respect entre eux et envers l'individu en tant que tel.

B. LA SOUVERAINETE DES ÉTATS ET LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Avec l'évolution du principe de souveraineté émerge un autre principe constitutionnel de l'ordre international, celui des droits de l'homme. Généralement, le principe de justice universelle se fonde sur la relation entre droits de l'homme et crime international.

Les États continuent à être les sujets principaux du Droit international, et la souveraineté ne s'est trouvée ni déplacée ni éliminée en tant que principe de base de l'ordre international. Cependant quand les droits de l'homme reconnus dans des documents à caractère universel ne sont pas respectés et les droits fondamentaux des personnes placées sous leur juridiction sont violés de manière grave, systématique et massive, ceux qui commettent ces infractions ne

⁸⁵L.M. HINOJOSA, "La globalización y Soberanía de los Estados", rapport sur les premières journées du dialogue euro-marocain qui se sont déroulées à l'Université de Tanger les 25 et 26 novembre 2004, p. 13 y 14. Document disponible sur: [www.reei.org/reei%2010/LM.Hinojosa%20Martínez\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/LM.Hinojosa%20Martínez(reei10).pdf)

⁸⁶K. ANNAN, "Two Concepts of Sovereignty", *The Economist*, n°352, 18 septembre 1999. Document disponible sur la page Web de l'ONU: <http://www.un.org/News/press/docs/1999/19990919990918.htm>

peuvent trouver refuge dans les anciens principes de souveraineté et de non intervention dans les affaires internes des États⁸⁷.

Ainsi donc, lorsque le droit international intègre les droits de l'Homme à ses institutions, il reconnaît au plan supranational la dignité de la personne⁸⁸, laquelle dès lors devient sujet du droit international et - notion qui apparaît capitale - à qui sont reconnus des droits fondamentaux que les États ne peuvent ignorer.⁸⁹

Il convient de rappeler qu'au XXe siècle l'un des principaux enjeux consista à prendre en compte les droits de l'homme à l'échelle mondiale. Cela imposa des limites aux manoeuvres des États, lesquels furent tenus de répondre des délits et d'éventuels abus perpétrés contre l'humanité.⁹⁰

Toute la communauté dans son ensemble est tenue de respecter et de garantir les Droits de l'homme. Cela a été mis en avant par les instruments internationaux universels et régionaux protecteurs des droits de l'homme, la valeur de la personne étant reconnue comme fondement primordial du régime juridique international de ces droits. Le devoir de les garantir se trouve en lien direct avec l'obligation qu'ont les législations nationales de prévoir les recours effectifs et efficaces mis à disposition des citoyens face à une éventuelle violation de leurs droits fondamentaux.⁹¹

A cet égard, CARRILLO SALCEDO observe que les principes classiques du droit international ont été abandonnés peu à peu depuis la fin de la première guerre mondiale. Les États ont cessé d'être les sujets exclusifs du droit international et partagent maintenant ce statut avec les individus. Cela vient de ce que "à côté du principe classique de souveraineté est apparu un autre principe constitutionnel dans l'ordre international contemporain: celui des droits de l'homme. La personne humaine, poursuit CARRILLO détient des droits qui lui sont propres, opposables juridiquement à tous les États, y compris à l'État dont elle est le

⁸⁷Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, "Principio de Justicia penal Universal versus principio de jurisdicción penal internacional" dans "El principio de Justicia Universal, fundamentos y límites", Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 62

⁸⁸C.VILLAN DURAN, "Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 1", Madrid, Trotta, 2006, p. 92, déclare que les droits humains se fondent sur la dignité de la personne. "C'est l'unique idée forcée qui regroupe les différentes conceptions culturelles, philosophiques, politiques, idéologiques, religieuses, morales et sociales dans le monde contemporain".

⁸⁹Ana Isabel PEREZ CEPEDA, "Principio de Justicia penal Universal versus principio de jurisdicción penal internacional" dans "El principio de Justicia Universal, fundamentos y límites", op. cit., p. 87

⁹⁰Jacqueline HELMAN MORENO, "Jurisdicción Universal sobre crímenes internacionales, su aplicación en España", thèse, Universidad Autónoma de Madrid, Faculté de droit, sous la direction du Docteur Antonio Remiro BROTÓNS, Madrid, 2011.

⁹¹La Charte des Nations-Unies ou Charte de San Francisco du 26 de junio 1945, dans le paragraphe 2 du préambule a réaffirmé: "la foi dans le droit de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne".

ressortissant. La personne, conclut-il, ne peut plus désormais être considérée comme un simple objet de l'ordre international⁹²

La défense des droits de l'homme, avec l'individu comme acteur principal, devient donc une question de premier plan pour la communauté internationale. Le caractère prioritaire et universel de sa protection fait que les droits de l'homme peuvent être considérés comme le noyau dur de l'engagement à poursuivre les délits.⁹³

En droit international, les biens juridiques faisant partie des droits fondamentaux de l'homme sont définis comme le droit à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique.⁹⁴ Les graves atteintes aux droits de l'homme forment la base de la qualification des éléments constitutifs des crimes internationaux. Il en résulte que ce noyau fondamental des droits de l'homme, en ayant un caractère de *jus cogens*, génère des obligations *erga omnes*⁹⁵.

La Commission des droits de l'Homme, lorsqu'est fait référence "aux principes pour la protection et la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité", exprime que :

"L'expression délits graves au regard du droit international" comprend les violations graves des conventions de Genève du 12 août 1949, et de son protocole additionnel 1 de 1977 et d'autres violations du Droit international humanitaire. Sont des délits conformément au droit international:

-le génocide, les crimes de lèse-humanité

-les autres violations des droits de l'homme internationalement protégé et / ou les délits envers lesquels le droit international exige des États qu'ils imposent des sanctions, délits tels que la torture, les disparitions forcées, l'exécution extrajudiciaire et l'esclavage". (traduction libre).

Cette Commission approuva que soit recommandé aux États membres d'adopter les mesures législatives, et d'autre nature, nécessaires pour pouvoir exercer la compétence universelle à l'encontre des individus en matière de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre,

⁹²J.CARRILLO SALCEDO, "Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo", Tecnos, Madrid, 1996, p. 13 a 22.

⁹³M. GARCIA ARAN, "El principio de Justicia Universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial", en "Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet" Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 69

⁹⁴J.M.SIMON: "Jurisdicción Universal desde la perspectiva del derecho internacional", note de recherche, Instituto Max Planck pour le droit pénal étranger et international, 2001, p. 59

⁹⁵Manuel OLLÉ SESE, "Justicia Universal para Crímenes Internacionales" op, cit., p. 251.

car les crimes de ce type concernent l'humanité toute entière et enfreignent l'ordre public de la communauté mondiale. Cela apporte un soutien notable au renforcement des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme et à la consolidation de la primauté du droit et des libertés fondamentales de la personne humaine au sein de la communauté internationale⁹⁶.

Enfin il est important de mentionner que la Cour Internationale de Justice, agissant comme juridiction consultative sur la question de l'interprétation des traités de paix conclu avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie⁹⁷, déclara que la protection des droits de l'Homme n'appartient pas à la juridiction interne d'un pays mais à la juridiction universelle et que le caractère réel des droits de l'homme est celui d'une obligation juridique internationale découlant des articles 55 et 56 de la Charte de San Francisco.

On peut, en résumé, affirmer que le principe de la poursuite universelle des crimes internationaux protège des intérêts qui appartiennent à - et affectent - toute la communauté internationale, et qui, à partir de là, obligent tous les États à poursuivre ceux qui les violent en commettant lesdits crimes.⁹⁸ Parmi ces intérêts se trouvent les droits fondamentaux de l'homme lorsqu'ils deviennent des biens juridiques universellement reconnus.

C. L'IMPUNITÉ ET LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

La mise en application de la compétence universelle génère deux effets essentiels le premier concerne la poursuite universelle des crimes internationaux, et le second la lutte contre l'impunité⁹⁹.

⁹⁶De semblables arguments furent utilisés dans l'Auto de demande d'extradition de Pinochet du 3 novembre 1998, dans lequel l'accent était mis sur la protection des biens juridiques internationaux à travers l'application de la compétence universelle. Voir: "Fundamentos jurídicos du Mandat d'arrêt aux fins d'extradition contre Pinochet". Chapitre 1. Deuxième partie.

⁹⁷Jugements des 30 mars (première phase) et 18 juillet 1950 (deuxième phase), affaire Interprétation des traités de paix. ICJ Rep 1950, pp65 et 221. La Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie soumièrent à la Cour le conflit de compétences, estimant que l'ONU avait commis une ingérence en se prononçant sur des affaires de sa compétence exclusive, s'agissant de droits de l'Homme, que donc l'ONU avait outrepassé ses droits et sa compétence. La Cour rejeta la demande des États plaignants parce que : "pour le présent avis, il est suffisant de noter que l'Assemblée Générale a justifié sa Résolution invoquant que les Nations Unies, en conformité avec l'article 55 de la Charte, devront promouvoir le respect universel et l'observance des droits humains et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, sexe, langue ou religion".

⁹⁸Manuel OLLÉ SESÉ, "Justicia Universal para Crímenes Internacionales" op, cit., p. 257

⁹⁹Ibidem

L'impunité correspond à l'absence de sanction. Elle s'est révélée mise en œuvre dans de grands crimes contre l'humanité. Dans ces cas peuvent exister des lois dans chaque pays et même à l'échelle internationale pour punir les responsables mais, soit elles ne sont pas appliquées, soit elles le sont seulement d'une façon limitée ou dans des cas exceptionnels. Cette pratique engendre le fléau de l'impunité.

Les normes juridiques internationales en vigueur apportent des réponses à la lutte contre l'impunité.¹⁰⁰ Il faudrait seulement qu'elles puissent être appliquées et pour ce faire il convient tout d'abord de prendre conscience de ce qui peut se faire et de ce qui doit se faire. C'est cette perception qui a rendu possible la naissance des traités et résolutions condamnant les crimes contre l'humanité.

Le préambule du Statut de la Cour Pénale Internationale rappelle que « les crimes les plus graves ayant une portée transcendante pour la communauté internationale dans son ensemble ne doivent pas rester impunis et, à cette fin, il faut adopter des mesures sur le plan national et intensifier la coopération internationale pour garantir qu'ils soient soumis à l'action de la justice»¹⁰¹. C'est pourquoi – poursuit le préambule – les participants se déclarent « décidés à mettre fin à l'impunité pour les auteurs de ces crimes et à contribuer ainsi à la prévention de nouveaux crimes»¹⁰²

La compétence universelle devient de ce fait un instrument de la lutte internationale contre l'impunité pour les crimes graves contre l'humanité. Quand elle s'applique, elle le fait en représentation de la communauté internationale et en son nom.¹⁰³

Si l'objectif déclaré de l'application du principe de justice universelle vise à rendre effective la poursuite internationale des acteurs qualifiés d'ennemis du genre humain, il semble tout aussi important que soit apporté une aide au pays où les crimes se commettent pour en finir avec l'impunité.¹⁰⁴

Tel fut le cas des procédures judiciaires déclenchées par l'administration de la justice espagnole concernant les violations massives des droits de l'homme au Chili et en Argentine.

¹⁰⁰Les normes internationales concernant l'impunité sont analysées dans le chapitre 1. Troisième partie. "L'impunité face à la loi d'amnistie au Chili".

¹⁰¹Paragraphe 4.

¹⁰²Paragraphe 5.

¹⁰³C'est ainsi que l'a exprimé le Tribunal Constitutionnel espagnol dans sa décision du 26 septembre 2005, relative au génocide perpétré au Guatemala. Voir seconde section, chapitre 2 de la troisième partie.

¹⁰⁴Carlos SLOPEY "Impunidad y Justicia Universal en relación con crímenes lesivos para la humanidad", p. 7 (Je tiens à remercier l'avocat SLOPEY de m'avoir autorisé à voir ce courageux document non publié inédit dont il est l'auteur)

Les lois d'impunité telles que la loi d'amnistie du Chili, promulguée par le Décret-loi 2191 du 19 avril 1978 qui est toujours en vigueur¹⁰⁵, ainsi que les lois argentines de « point final et d'obéissance due »¹⁰⁶, qui furent finalement abrogées, illustrèrent les épisodes les plus marquants de l'histoire de l'impunité en Amérique Latine, dans les années 70 et 80.

Ces lois d'immunité qui furent décidées au service de la paix sociale et qui empêchaient l'exercice d'actions judiciaires, allaient à contre-sens du droit international des droits de l'homme. Mais finalement la primauté des droits de l'homme a fini par s'imposer par le biais de l'application de la compétence universelle.

C'est grâce à cela que les victimes se trouvant dans l'impossibilité d'introduire des requêtes devant les organes judiciaires du Chili et de l'Argentine, puisque les lois d'impunité étaient toujours en vigueur, ont pu recourir à la juridiction de pays européens, comme ce fut le cas pour celle de l'Espagne. Toutefois son rôle s'est trouvé soumis au principe de personnalité passive ce qui a limité son action puisque seuls les nationaux de ces pays pouvaient trouver protection juridique auprès de ces tribunaux.¹⁰⁷

§2. LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE ET L'ADAPTATION DES CRITERES DE COMPETENCE

Les compétences pénales internationales apparaissent avec les formes de criminalité transfrontalière de droit commun. Actuellement le droit de l'État sanctionne en conformité avec le droit international, des comportements qui ne sont pas exclusivement d'intérêt interne. Ainsi l'État exerce sa compétence législative pour des faits survenus à l'étranger les pénalisant et organisant la répression¹⁰⁸.

¹⁰⁵La loi d'amnistie du Chili (Décret-Loi 2191 du 19 avril 1978), est toujours en vigueur mais n'est pas actuellement appliquée par les autorités judiciaires chiliennes. Voir, infra, première section, premier chapitre, troisième partie.

¹⁰⁶Les lois argentines de « point final et d'obéissance due », sont analysées de manière identique du point de vue jurisprudentiel. Voir, infra, première section, deuxième chapitre, troisième partie.

¹⁰⁷Carlos SLOPEY "Impunidad y Justicia Universal en relación con crímenes lesivos para la humanidad", op, cit., p. 7

¹⁰⁸YOKARIS Angelos, La Répression Pénale en Droit International Public, Editions Ant.N.Sakkoulas. Athènes, 2005, p 33

Dans le domaine du droit international pénal, il faut se tourner vers des agissements illicites qualifiés comme tels directement par une règle internationale, coutumière ou conventionnelle, qui oblige l'État à s'y intéresser et exercer des compétences extraterritoriales pénales que le droit international lui confère. Ce sont des compétences « imposées » par le droit international¹⁰⁹.

En ce qui concerne les compétences extraterritoriales de juridiction, il faut distinguer d'une part les compétences extraterritoriales s'exerçant sur le territoire d'un autre État pour l'exercice desquelles il faut une règle permissive du droit international¹¹⁰.et, d'autre part, l'exercice de juridiction dans le propre territoire de l'État pour des faits passés à l'étranger. Il se réfère à des principes de juridiction, comme le principe de la personnalité passive, le principe de protection et le principe de l'universalité¹¹¹.

L'exercice de ces compétences se présente soit comme une faculté discrétionnaire de l'État soit comme une obligation internationale à base coutumière ou conventionnelle¹¹².

Compte tenu de ce qui a été mentionné précédemment, l'adaptation de ces critères de compétence se manifeste dans la compétence territoriale (A), de même que dans la compétence extraterritoriale (B), que nous analyserons comme suit.

A. LA COMPETENCE TERRITORIALE

Selon le principe de la territorialité toutes les infractions commises sur le territoire d'un État sont punies conformément aux lois de ce territoire sans prendre en compte la gravité de l'infraction ou la nationalité de l'auteur ou celle de la victime¹¹³.

Le principe de territorialité est donc lié au lieu où les faits se sont déroulés et, par conséquent, détermine à n'importe quel État le « *ius puniendi* » en particulier tous les actes commis sur le territoire sur lequel il exerce sa souveraineté. Ce principe est reconnu par le droit international

¹⁰⁹Brigitte STERN, La compétence universelle en France, GYBIL 1997, p. 280-281

¹¹⁰Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 63

¹¹¹YOKARIS Angelos, La Répression Pénale en Droit International Public, op., cit., page. 34

¹¹²Brigitte STERN Brigitte op.cit., p. 283

¹¹³BOSLY H.-D. et VANDERMEERSCH D, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice, Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 201

en tant qu'expression de la souveraineté dans ce droit interne¹¹⁴. Il est donc fondé sur le principe d'égalité souveraine¹¹⁵. Ceci est également établi par l'article 12.2(a) du Statut de la Cour pénale internationale¹¹⁶ dont la compétence dépend du fait que l'État où l'événement a eu lieu, est participant au statut.¹¹⁷

En ce qui concerne la compétence territoriale en Espagne, le principe de territorialité, d'une manière générale, s'applique à la loi pénale dans l'espace.

Cette règle fut introduite dans la législation espagnole par la loi de 1870.

Il est tenu compte de ce principe à partir de la fin du dix-huitième siècle, début du dix-neuvième, au moment où la définition du concept de souveraineté commence. En droit international l'État a comme caractéristique d'exercer la souveraineté sur son territoire et par là même d'avoir le pouvoir de punir. L'État a le devoir d'instruire et de châtier toute infraction qui se commettrait sur son territoire.

La juridiction pénale espagnole fondée sur le principe de territorialité est reconnue dans l'article 23-1 de la LOPJ : "Dans l'ordre pénal, il appartiendra à la compétence juridictionnelle espagnole d'avoir connaissance des fautes et délits commis sur le territoire espagnol ou à bord des navires et aéronefs espagnols, sans préjudice de ce que prévoient les traités internationaux dont l'Espagne est partie prenante". Ce critère de compétence s'applique de manière générale¹¹⁸.

"Les juges et tribunaux espagnols connaîtront des procès engagés sur le territoire espagnol, entre Espagnols, entre étrangers et Espagnols et entre étrangers conformément à ce qui est établi dans la présente loi et dans les Traités et Conventions internationales dans lesquels l'Espagne est partie"¹¹⁹.

A ce propos nous pouvons mentionner l'affaire des militaires guatémaltèques, à la suite d'une plainte du prix Nobel de la paix Mme Rigoberta Menchu, le juge central d'instruction No. 1

¹¹⁴BROWLIE, « Principles of Public International Law », Oup Oxford, 1998, p. 303 ; Marc HENZELIN, « Le principe de l'universalité en droit pénal international », Bâle, Genève, Munich 2000, Faculté de Droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, p. 24 et 126 ss.

¹¹⁵MALEKIAN Farhad, International Criminal law, 1991, v I - II p 11

¹¹⁶Estatuto de Roma UN-Dok.A/Conf.183/9;www.un.org/icc

¹¹⁷Ambos, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 111, 1999, P.181.

¹¹⁸Antonio CASSESE et Mireille Delmas-Marty, Juridictions Nationales et crimes internationaux ?, op, cit., p.

128

¹¹⁹Ley Orgánica del Poder Judicial, septiembre de 2005, actualización www.colex.es., p. 30

de l'*Audiencia nacional* s'était notamment déclarée compétente sur le fondement du principe de territorialité car certains faits avaient été commis à l'intérieur de l'ambassade d'Espagne. Pourtant, ni la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, ni la LOPJ dans son article 23-1, ni la jurisprudence interne des États, ni la Cour internationale de justice n'ont encore considéré que les locaux d'une mission diplomatique soient le territoire de l'État. D'ailleurs, traditionnellement les édifices des légations étrangères en Espagne font partie du territoire espagnol¹²⁰.

Selon ce qui précède, dans la compétence territoriale nous pouvons trouver la territorialité « subjective » (1), la territorialité « objective » (2), et la « loi » du pavillon (3)

1. Territorialité « subjective »

L'application de la territorialité « subjective » lorsqu'on se réfère à des actes accomplis entièrement à l'intérieur du territoire¹²¹.

2. Territorialité « objective » ou théorie de la compétence concurrente

La territorialité objective trouve son fondement par voie jurisprudentielle (Ile de Palmas¹²², L'affaire du Lotus)¹²³. Dans ces arrêts la Cour indiqua que les États jouissent d'une discrétion totale pour décider de leur compétence sur quelque fait que ce soit même lorsqu'il survient à l'étranger, chaque fois qu'aucune règle spécifique ne l'interdit.

Plus particulièrement, dans l'affaire du Lotus, la Cour Permanente de Justice Internationale a accepté que la Turquie n'avait pas enfreint les principes du droit international en exerçant une juridiction criminelle extraterritoriale car tous les systèmes juridiques étendent leurs compétence pénales à certaines infractions commises hors de leur territoire et que par

¹²⁰ Antonio CASSESE et Mireille Delmas-Marty, *Juridictions Nationales et crimes internationaux*, op. cit., page. 130

¹²¹ YOKARIS Angelos, *La Répression Pénale en Droit International Public*, op. cit., page. 37

¹²² Sentence Arbitrale du 4.4. 1928

¹²³ France - Turquie, Jugement de la Cour, Série A, No. 10, CPJI 1927

conséquent, la territorialité des lois criminelles n'est pas un principe absolu du droit International¹²⁴.

3. La « loi » du pavillon

Le principe du pavillon attribue le droit de souveraineté sur les navires, aéronefs et objets spatiaux, à l'État dont ils portent le pavillon ou sous lequel ils sont enregistrés. C'est-à-dire que, du point de vue du droit international, ils possèdent leur « nationalité »¹²⁵. Par conséquent, un bateau ou un aéronef peut être considéré, à des fins de juridiction, comme se trouvant dans la même position que le territoire¹²⁶.

Le principe du pavillon a été reconnu dans l'affaire du Lotus, sur la base de l'affirmation suivante : « Il est certainement vrai que (...) les navires en haute mer ne sont soumis à d'autre autorité qu'à celle de l'État dont ils portent le pavillon »¹²⁷

Cette compétence au profit de la loi du pavillon a été reconnue, parmi d'autres, par la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer, art. 6, et la nouvelle Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, art. 92 & 1.

B. LA COMPETENCE EXTRATERRITORIALE

La compétence d'un État se fonde sur le principe de territorialité. Aussi les États ont-ils la compétence de déterminer quel type de compétence sera utilisé par leurs tribunaux concernant les faits survenus à l'étranger. C'est la raison pour laquelle il faut parfois faire apparaître des

¹²⁴YOKARIS Angelos, *La Répression Pénale en Droit International Public*, op. cit., page. 37

¹²⁵Kai AMBOS, "Temas de Derecho penal internacional y Europeo", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, p. 87

¹²⁶YOKARIS Angelos, *La Répression Pénale en Droit International Public*, op. cit., p. 39

¹²⁷PCIJ, nota 2, pp. 24 ss.

liens entre l'État et les faits qu'il prétend juger pour qu'il puisse s'en attribuer la compétence¹²⁸

Le principe général de la liberté de compétence pour juger des faits commis à l'extérieur a été invoqué grâce à diverses décisions judiciaires. C'est ainsi que la CPIJ dans l'affaire Lotus (1927) accepta la compétence des États quant à l'exercice de leur juridiction pour des actes commis en dehors de leur territoire.

Dans cette affaire s'est faite jour l'idée que le droit international prend en charge la régulation de l'exercice du pouvoir étatique entre les États, et cependant n'interdit pas totalement aux États d'étendre leur législation et leur juridiction aux personnes, aux propriétés et aux actes accomplis hors de leur territoire. Donc au contraire d'une interdiction, le droit international reconnaît un large pouvoir discrétionnaire que seules des normes prohibitives limiteront de façon ponctuelle. La Cour le concrétise en déclarant "La territorialité du droit pénal n'est pas en conséquence un principe absolu du droit international et ne coïncide en aucune façon avec la souveraineté territoriale"¹²⁹ (traduction libre).

L'affaire Lotus a constitué un précédent de taille puisqu'elle donnait à entendre que chaque État se trouvait libre de régir les matières qui lui semblait pertinentes dans le domaine législatif et judiciaire, tant qu'il ne déroge pas aux normes d'interdiction du droit international.

Cette affaire Lotus laisse toutefois une grande interrogation en suspens, à savoir si peut être admis l'exercice de la compétence extraterritoriale des États.

L'extraterritorialité ne doit pas être envisagée comme une exception à la règle générale de territorialité, ce qui signifie qu'il y a complémentarité entre les deux.

Le concept de la compétence extraterritoriale implique que les organes judiciaires puissent étendre leur action au-delà de leurs frontières quand il s'agit de la poursuite de crimes internationaux, à la seule condition que soit respectée l'intégrité territoriale de l'État

¹²⁸Quant aux limites établies en matière d'exercice de la compétence universelle, elles seront analysées dans la réforme faite à l'art. 23.4 de la L.O.P.J. d'Espagne ainsi que dans l'étude jurisprudentielle de l'affaire Guatemala. Voir, *infra*, Première section, chapitre 2, première partie et deuxième section, chapitre 2, troisième partie, respectivement

¹²⁹L'affaire a trait à la collision qui se produisit en haute mer entre deux bateaux, l'un français, l'autre turc, qui provoqua le naufrage du bateau turc et la mort de huit membres de l'équipage. Le bateau français poursuivit sa route et arriva à Istanbul. Là, les autorités turques poursuivirent le capitaine français pour homicide. Document disponible sur: www.worldcourts.com/peij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/

étranger¹³⁰. Toutefois le principe de territorialité devient un principe général et l'extraterritorialité n'est plus un principe exceptionnel mais plutôt, complémentaire, dans lequel l'État qui l'exerce vise un objectif précis.¹³¹

En conséquence, concernant l'application de la souveraineté extraterritoriale, coexistent deux principes : en premier, il est requis qu'existe une relation entre l'État qui agit et l'acte délictueux, telle qu'une extension du jus puniendi¹³² qui va mener aux principes de personnalité et de protection, en second, joue le principe d'universalité propre à la société internationale dans son ensemble et qui ne requiert pas de liens ou de relations avec l'État pour que l'exercice de sa compétence extraterritoriale soit valide. L'objectif premier du principe d'universalité vise à la protection d'intérêts déterminés de la société internationale et ceci implique "une poursuite extraterritoriale à l'échelle mondiale, sans tenir compte ni du lieu des faits ni de la nationalité de l'auteur ou de la victime"¹³³. (Traduction libre).

Dans la compétence extraterritoriale est encadré par la compétence personnelle active (1), par la compétence personnelle passive (2), par la compétence réelle (3), et par la compétence universelle (4).

1. Le principe de la personnalité active

La compétence personnelle active s'applique lorsque l'extradition des nationaux est prohibée par la Constitution, donc les juridictions internes doivent poursuivre et juger leurs ressortissants pour les infractions commises à l'étranger.

Nous trouvons un exemple de cette compétence dans l'article 5.1 de la Convention contre la torture du 10 décembre 1984¹³⁴.

¹³⁰ Cela se trouve formulé dans l'art. 2.4 de la Charte des N.U.

¹³¹ H. SALINAS BURGOS, "El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?", op. cit., 110. L'auteur fait ici référence aux principes de personnalité passive et active à l'instar du principe de protection. Voir, infra, section 2, chapitre 1, première partie.

¹³² K. AMBOS., "Los fundamentos del ius punendi nacional, en particular, su aplicación extraterritorial", BMDC, mayo-agosto (año XL), n° 119, pp. 271 y 272

¹³³ K. AMBOS., "Los fundamentos del ius punendi nacional, en particular, su aplicación extraterritorial", op. cit., p. 285

¹³⁴ "Article 5.1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants: « (...) b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État".

-La personnalité active comme critère de compétence en Espagne

Après la loi de 1870, l'application du principe de personnalité active, qui fait partie de la compétence extraterritoriale, est reconnue en Espagne.

Dans l'ordonnancement juridique espagnol, le principe de personnalité active est reconnu par l'article 23-2 de la LOPJ :

De la même façon, la juridiction espagnole connaîtra des faits prévus dans la loi espagnole comme délits, bien qu'ils aient été commis hors du territoire espagnol, chaque fois que les personnes pénalement responsables sont espagnoles ou ont acquis la nationalité espagnole après la commission des faits et que sont remplies les conditions suivantes:

“c) que le délinquant n'ait pas été acquitté gracié ou condamné à l'étranger, ou, dans ce dernier cas, qu'ils n'ait pas accompli sa condamnation. S'il l'a accomplie en partie, il en sera tenu compte pour diminuer proportionnellement celle qui lui correspond.

2. Le principe de la personnalité passive

Il s'agit de l'origine nationale de la victime et il reconnaît ses droits devant l'État.

Dans ce principe les autorités judiciaires nationales sont compétentes pour poursuivre et juger les infractions commises à l'étranger au préjudice de victimes ressortissantes de leur pays. En général, la compétence personnelle passive dépend de la volonté des États¹³⁵.

Dans l'affaire du « Lotus », la Cour Permanente de Justice Internationale n'a pas refusé ce principe de compétence mais elle a accordé plus d'attention au principe de la territorialité objective¹³⁶.

-La personnalité passive comme critère de compétence en Espagne

Le droit espagnol ne reconnaît pas le principe de personnalité passive puisqu'il n'envisage la personnalité passive que comme une manifestation du principe de protection¹³⁷.

¹³⁵BOSLY H-D. et VANDERMEERSCH, Génocide, op.cit., p 204

¹³⁶CPIJ 1927, série A No. 10, p. 22-23, et p. 92 opinion dissidente du Juge Moore

¹³⁷Ibidem, p. 133

L'Audiencia Nacional considère que l'article 5-1 c) de la Convention contre la torture du 10 décembre 1984 n'oblige pas l'Espagne à appliquer la personnalité passive lorsqu'il dispose que:

“Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié.”

Dans l'affaire Pinochet le principe de la personnalité passive a été refusé par la Chambre des Lords puisque l'Espagne est régie par le principe de la personnalité active. Cependant cette position n'a pas laissé sans fondement juridique l'application du principe de justice universelle¹³⁸.

3. La compétence réelle ou le principe de protection

Cette compétence extraterritoriale est fondée sur la souveraineté de l'État, puisqu'il permet à un État de poursuivre des infractions commises à l'étranger, si ces infractions sont considérées un préjudice contre ses intérêts¹³⁹, par exemple, les attentats contre ses fonctionnaires publics.

-La compétence réelle comme critère de compétence en Espagne

Le droit espagnol reconnaît le principe de protection des intérêts fondamentaux de l'État espagnol à l'article 23-3 de la LOPJ de 1985¹⁴⁰ :

« La compétence espagnole connaît des faits commis par des étrangers ou des Espagnols hors du territoire national quand ils pourront être qualifiés selon la loi pénale espagnole de délits :

- de trahison contre la paix ou l'indépendance de l'État ;
- contre la Couronne, son conjoint, son successeur ou le Régent ;
- de rébellion et de sédition ;

¹³⁸ AMBOS Kai, *El nuevo derecho penal internacional*, Ara Editorias, Lima-Perú, 2005, Pág. 170

¹³⁹ YOKARIS Angelos *La Répression Pénale en Droit International Public*, Editions Ant.N. Sakkoulas, Athènes, 2005, page. 47

¹⁴⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Actualización www.colex.es. Editorial Colex, 2005, Madrid, pp. 32-33

- de falsification de signatures, de sceaux royaux, de timbres de l'État, de signature de ministres, de sceaux publics ou officiels ;
- de falsification de monnaie et de livraison de fausse monnaie ;
- de toute autre falsification qui porte directement préjudice au crédit ou aux intérêts de l'État et d'introduction ou de livraison de ce qui est falsifié ;
- d'attentat contre les autorités ou fonctionnaires publics espagnols ;
- perpétrés dans l'exercice de leurs fonction par des fonctionnaires publics espagnols résidant à l'étranger et contre l'administration publique espagnole ;
- Relatifs au contrôle des changes »

L'extension de la compétence espagnole se justifie pour l'atteinte aux intérêts de l'État espagnol et la crainte que les États étrangers ne les protègent pas suffisamment. La détermination unilatérale de la compétence juridictionnelle des juges et tribunaux espagnols porte atteinte indirectement à la souveraineté territoriale de l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise¹⁴¹.

Dans la loi espagnole, la seule différence entre l'article 23-3 de la LOPJ et l'article 23-4 de la LOPJ réside dans l'intérêt protégé : le premier renvoie à la protection des intérêts fondamentaux de l'Espagne alors que le second renvoie à la protection d'intérêts fondamentaux internationaux¹⁴².

4. La compétence universelle

La compétence universelle¹⁴³ pour E. David "consiste en l'aptitude d'un juge à connaître une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et celle de la victime"¹⁴⁴

¹⁴¹CASSESE Antonio et DELMAS-MARTY Mireille, *Juridictions Nationales*, op. cit., p 135

¹⁴²Ibidem, p. 138

¹⁴³Dans l'introduction générale est faite une étude « du concept de la compétence universelle ».

¹⁴⁴E. DAVID, "Une règle à valeur de symbole", in *Politique-Revue de débats*, Bruxelles, 2002, numéro 23, p. 12.

Ainsi, la compétence universelle ayant pour base juridique la compétence internationale pénale, constitue un principe internationalement reconnu qui, d'une part, donne la possibilité aux victimes d'être indemnisées dans d'autres pays dès lors que le leur ne présente pas un véritable sens de la justice, et qui, d'autre part, exhorte à l'engagement au compromis international afin de poursuivre les faits délictueux graves, dans la mesure où ils ont lésé et porté atteinte à l'ensemble de la communauté internationale.

La compétence universelle se distingue des critères traditionnels de compétence extraterritoriaux (personnalité active, personnalité passive et compétence réelle) par la diminution ou la suppression de tout lien avec le pays du « for »¹⁴⁵.

La compétence universelle permet d'enquêter sur les crimes qui portent atteinte à la communauté internationale à laquelle appartient l'État demandeur.

Soit parce que ces crimes sont commis dans un contexte de criminalité organisée, comme le trafic de stupéfiants, soit parce que les crimes commis dans un seul pays affectent l'intérêt commun de l'humanité et il y a un intérêt à poursuivre ces faits graves.

En fonction de ce qui précède nous traiterons le développement de la compétence universelle (a), la mise en œuvre de la compétence universelle (b), pour ensuite arriver à la compétence universelle de l'Espagne (c)

a. Le développement de la compétence universelle

Le développement du principe de compétence universelle¹⁴⁶ débute au moment où se produisent des infractions qui affectent directement la communauté des nations.

Ainsi dès le dix-huitième siècle de nombreux auteurs développent la question de la répression universelle en trouvant son origine dans la piraterie maritime, cette répression se basant sur le droit coutumier, codifié ensuite dans les diverses conventions sur le droit de la mer, ainsi figurent la Convention sur le droit de la mer de Genève du 29 avril 1958 et la Convention de Rome de mars 1988 sur la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation

¹⁴⁵BOSLY Henri et VANDERMEERSCH Damien, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux, op., cit., Bruylant, page 205

¹⁴⁶Voir dans l'introduction générale «De l'évolution de la compétence internationale pénale à l'affaire Pinochet?».

maritime, art. 3; ainsi que la Convention de la Haye du 16 décembre 1970, pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 4¹⁴⁷.

Les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoient toutes que la répression des « infractions graves » à leurs dispositions doit être assurée par l'attribution d'une compétence universelle aux États qu'elles obligent (Convention I, blessés, art. 49; Convention II, marins, art. 50; Convention III, prisonniers, art. 129; Convention IV, populations civiles, art. 146; Protocole I, additionnel, du 8 juin 1977, art. 85)¹⁴⁸.

b. La mise en œuvre de la compétence universelle.

La mise en œuvre de la compétence universelle¹⁴⁹ suppose dans le droit international pénal l'utilisation, des règles nationales, puisque, pour son application, le principe de compétence universelle repose sur la justice nationale, selon une obligation internationale et doit se faire au service de normes internationales¹⁵⁰

En effet, la mise en œuvre de la compétence universelle¹⁵¹ prévue par les conventions internationales repose entièrement sur les règles qui, dans chaque État partie à ces conventions, régissent l'organisation et le fonctionnement de la justice pénale aussi repose-t-elle également sur les normes nationales d'incrimination et de répression en vigueur dans ces mêmes États. Pour autant, lorsque la justice d'un État est chargée de juger un crime international au titre de la compétence universelle, ses tribunaux éprouvent spontanément l'impérieux besoin d'appliquer le droit du for. Mais, toujours en accord avec les dispositions contenues dans les instruments internationaux pertinents.¹⁵²

¹⁴⁷ Géraud de LA PRADELLE, La compétence universelle, in Hervé ASECIO, op. cit., p. 907.

¹⁴⁸ Ibidem. Aussi voir infra, section 2, chapitre 2, première partie: "C. La poursuite d'autres crimes internationaux".

¹⁴⁹ Voir infra, deuxième partie: "La mise en œuvre de la compétence internationale pénale dans l'affaire Pinochet".

¹⁵⁰ Antoine BAILLEUX, "La Compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale", Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 17

¹⁵¹ Sur la question de la mise en œuvre de la compétence universelle, voir infra, section 2, chapitre 1, première partie.

¹⁵² Géraud de LA PRADELLE, La compétence universelle, in Hervé ASECIO, op. cit., pp. 908-909

c. La compétence universelle dans le droit interne de l'Espagne

La compétence universelle sous sa forme générique est introduite dans le droit espagnol par la loi organique de 1985 à l'article 23-4¹⁵³.

L'application de ce principe exige d'être attentif aux paramètres suivants :

-La souveraineté des pays dont sont citoyens les personnes impliquées doit être respectée, par exemple le Chili proposa à l'Espagne un arbitrage international pour déterminer quelle serait la juridiction compétente pour juger le général Pinochet.

-Il faut une certaine uniformité dans les législations et une collaboration entre les États.

-Il faut qu'il y ait une véritable coopération judiciaire internationale pour l'obtention de preuves. Dans l'affaire Pinochet par exemple, les juges centraux d'instruction tirèrent profit d'une série de preuves qui ne provenaient pas de la coopération de la police ou de la justice chilienne, mais d'organisations tierces, victimes, etc.

-Il peut exister une demande de droit d'asile.

-Il peut se produire une détérioration des relations diplomatiques ou commerciales entre les États.

Dans l'application de la compétence universelle en Espagne, il est important d'analyser la Compétence universelle absolue ou Compétence universelle non conditionnée (1°), les conflits de compétences au sujet des crimes internationaux (2°) et les objections à la compétence universelle des juges nationaux (3°).

1°. La compétence universelle absolue ou compétence universelle non conditionnée

Ce système consiste à autoriser les juridictions nationales à se prononcer sur les poursuites pénales engagées contre toute personne accusée de crimes internationaux graves, sans exiger au préalable que la personne soit, même si c'est juste de passage, sur le territoire. Par conséquent, même si l'auteur présumé du crime international est hors de son propre territoire,

¹⁵³Voir infra, section 2, chapitre 1, première partie: "L'introduction du principe de compétence universelle dans le droit interne de l'Espagne".

le juge national peut engager une procédure pénale, mener une enquête, chercher les preuves nécessaires, et même prolonger un mandat d'arrestation. Cela implique notamment que les tribunaux peuvent lancer une procédure pénale contre n'importe quel chef de gouvernement ou fonctionnaire d'État étranger, si quelqu'un présente une dénonciation.

Il faut clarifier le fait que *l'Audiencia Nacional*, en Espagne, dans un communiqué du 13 décembre 2000, a rejeté la compétence des tribunaux espagnols pour la raison que les allégations contre les accusés (généraux du Guatemala) pouvaient bien faire l'objet d'enquêtes et être jugés au Guatemala¹⁵⁴.

Il semblerait donc que *l'Audiencia Nacional* a interprété la législation espagnole à l'effet que la compétence dans ce pays est subsidiaire et ne peut être exercée que si un État omet de poursuivre des crimes graves¹⁵⁵.

L'ancien président du TPIY, Antonio Cassese, dit à ce sujet que quatre raisons doivent être alléguées contre cette compétence universelle : tout d'abord, si l'accusé n'entre jamais sur le territoire du juge ou s'il n'est pas extradé, ce qui semble très probable, le juge finit par prendre en charge des dizaines de cas dans lesquels il se trouve impuissant à progresser. Ensuite, si le juge a cependant l'intention de statuer en l'absence de l'accusé - donc en contumace - il court le risque d'être contesté pour avoir violé certains droits fondamentaux de celui-ci.

En outre, l'absence de l'accusé, le plus souvent liée au refus de son État à l'extrader, pourrait rendre plus épineux le problème d'établir les faits et donc d'administration de la preuve. Une troisième objection est que si tous les pays adoptent un système modelé sur le droit espagnol et belge, les risques d'évaluations divergentes seraient considérables et on ne saurait pas comment trouver une méthode pour déterminer la priorité entre les juridictions pénales concurrentes.

Enfin, la quatrième objection concerne le nombre de cas ayant un impact sur le plan politique et diplomatique dans lesquels il devrait intervenir. Le juge finirait par assumer des fonctions

¹⁵⁴En raison de l'application du principe de la subsidiarité

¹⁵⁵Décision du Tribunal constitutionnel d'Espagne (STC 237/2005 du 26 septembre 2005, qui confirme la compétence de la juridiction espagnole permettant de sanctionner les délits de génocide, de terrorisme et de tortures commis au Guatemala, page 52. "(...) [l]'Espagne pourrait éventuellement s'abstenir de poursuivre les responsables du génocide au Guatemala si un tribunal guatémaltèque, ou un autre tribunal national ou international, les juge et expose devant la juridiction espagnole un conflit de juridiction. Ce qu'elle ne peut faire c'est décliner la poursuite des crimes sur la simple hypothèse que peut-être un tribunal du Guatemala, dans le futur, puisse entamer une procédure contre les responsables du génocide, elle ne peut le faire, parce qu'ainsi elle consacrerait un vide de juridiction que l'ordonnancement juridique international, et espagnol, interdisent."

qui relèvent normalement des autorités politiques et diplomatiques. Il en résulterait une déformation dangereuse du principe de la séparation des pouvoirs¹⁵⁶.

On se réfère aux opinions individuelles que certains membres de la Cour Internationale de Justice ont ajouté au jugement de cet organisme dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000: le président Guillaume et les juges Ranjeva et Rezek¹⁵⁷. Par contre, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont estimé que le droit international permet ce système, mais sous certaines conditions¹⁵⁸

2°. Conflits de compétences au sujet des crimes internationaux

Entre les différents États peuvent se produire des conflits de compétence au sujet de la répression des crimes internationaux.

Le droit international coutumier permet aux États d'exercer leur compétence sur le fondement de leur choix.

Une première considération provient de l'obligation internationale d'exercer la compétence ou du moins d'initier des démarches, s'il existe un critère précis en rapport avec l'infraction. C'est le cas de la Convention contre le génocide et de la Convention contre la torture, qui comme on l'a vu, imposent à l'État territorial le jugement ou la poursuite des auteurs présumés. En vertu de cette obligation conventionnelle, l'État territorial peut demander la

¹⁵⁶ Antonio CASSESE et Mireille DELMAS –MARTY « Crimenes internacionales y jurisdicciones internacionales », op., cit., pp. 33-34

¹⁵⁷ Voir les opinions individuelles des juges Guillaume et Rezek et la déclaration du juge Ranjeva. Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) Cour internationale de Justice. (www.icj-cij.org).

¹⁵⁸ Crimenes internacionales y jurisdicciones internacionales. Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, op. cit., pag. 34 « (...) Dans leurs opinions particulières les trois juges distinguent avant tout ce qu'ils appellent la compétence universelle proprement dite (universal criminal jurisdiction properly so called), à savoir celle qui fait abstraction de la présence de l'accusé sur le territoire du for, et la compétence territoriale en rapport avec les personnes ayant commis des crimes à l'étranger (territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events). Ils affirment que les États peuvent défendre légitimement une compétence universelle proprement dite, mais sous les conditions suivantes : a) que l'État, avant d'initier les démarches, donne à l'État national la possibilité de se prononcer sur les charges contre la personne ; b) que le procureur ou le juge d'instruction soient indépendants du gouvernement ; c) que la juridiction pénale soit saisie à l'initiative des victimes ou de leurs parents ; d) qu'il s'agisse de crimes considérés comme graves ou odieux par toute la communauté internationale, et e) que l'exercice de la juridiction ne soit pas confrontée à des règles internationales sur l'immunité de juridiction pénale dont jouissent les chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres d'affaires étrangères et agents diplomatiques ».

priorité face à d'autres États intéressés. On peut soutenir que cette demande est renforcée puisque l'État territorial est aussi le *forum conveniens*¹⁵⁹.

Chaque fois que l'extradition est possible, l'État membre sur le territoire duquel se trouve l'accusé devra le rendre le remettre à l'État territorial, parce que ce dernier s'est engagé avec les signataires à exercer sa compétence. Dans tous les cas de figure, l'État territorial peut uniquement revendiquer cette priorité si i) il prétend exercer sa compétence et ii) s'il présente toutes les garanties d'un processus équitable dans les meilleurs délais.

L'affaire Pinochet en est un exemple. Le Gouvernement du Chili a récusé l'affirmation de la compétence espagnole concernant des délits de torture qui auraient été commis dans ce pays par Pinochet quand il était Chef d'État, et il a réclaté que le Royaume Uni refuse son extradition vers Espagne. En effet, selon le vice-président chilien, « aucun tribunal étranger ne pourrait juger un compatriote pour des crimes commis sur notre territoire »¹⁶⁰.

Si le Chili avait affirmé de manière formelle sa compétence et demandé au Royaume Uni l'extradition de Pinochet, sa demande aurait eu priorité sur celle de l'Espagne. Cependant, comme on l'a fait remarquer auparavant, l'attribution de cette priorité à l'État territorial est subordonnée à la volonté et aux moyens d'exercer sa compétence de manière équitable. Dans le système chilien, le général Pinochet jouissait d'une immunité due à son statut officiel de sénateur. Partant, le Chili n'aurait pu revendiquer la priorité que dans la mesure où il aurait levé l'immunité de l'ex-dictateur¹⁶¹.

3°. Objections à la compétence universelle des juges nationaux

L'obligation conventionnelle de juger les crimes internationaux les plus graves par les États où les faits ont été commis, est indiscutable, mais chaque fois que des États étrangers au *locus delicti* exercent la compétence universelle, ils rencontrent deux objections principales : Ce serait une ingérence dans les affaires internes d'autres États (a°.) Seraient violées certaines règles internationales ayant un caractère fondamental concernant l'immunité des organes d'État (b°.).

¹⁵⁹Ibidem

¹⁶⁰HENZELIN Marc, Le principe de l'universalité, op, cit., p.165, note 756.

¹⁶¹Antonio CASSESE, Crimes internationaux et juridictions internationales., op, cit., p. 210

a°. La non-intervention dans les affaires internes des autres États.

Lorsque la compétence universelle est appliquée par d'autres États que celui du lieu où des crimes internationaux sont commis, se pose la question de savoir si cet exercice constitue une ingérence dans la souveraineté de cet État, ingérence qui serait qualifiée d'infraction au principe de non-intervention¹⁶².

Le problème de la non-intervention dans les affaires internes d'un État est déjà prévu par le biais du cas Lotus, où la Cour permanente de justice a déclaré que chaque État est toujours libre d'invoquer sa loi pénale si cela ne va pas à l'encontre des principes généraux du droit international¹⁶³.

Vient donc ici en discussion la relation entre la souveraineté des États et le droit international. En référence à cette relation, G. RADBRUCH déclare : "On suppose que chaque État est souverain dans l'étendue de sa domination. Aussi, étant donné que tout ordre juridique soutient la même prétention en contradiction avec les autres ordres juridiques, on postule l'existence d'un Droit International au-dessus de tous les ordres juridiques nationaux, de par l'exigence même de la sécurité juridique (...)"¹⁶⁴. (traduction libre)

La suprématie du droit international sur le droit interne des États est précisée dans l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, où elle établit que : "Une partie ne pourra pas invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier le non-respect d'un traité ...". Cette suprématie du droit international sur le droit interne s'est introduite peu à peu dans les ordres juridiques des États, ce pourquoi nombre de Constitutions l'intègrent¹⁶⁵

Les États sont tenus de ce fait de prendre en compte les principes du droit international proclamés par le droit de Nuremberg, dans les dispositions des traités internationaux en

¹⁶²Ce principe se trouve consacré dans la Charte de las Nations Unies, à l'alinéa 7° de l'article 2, ultérieurement développé dans la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 24 octobre 1970. Article 2.7 Charte: "Aucune disposition de cette Charte n'autorisera les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui sont essentiellement de la juridiction interne des États, ni n'obligera ses Membres à soumettre lesdites affaires à des procédures de règlement conformes à la présente Charte; mais ce principe ne s'oppose pas à l'application des mesures coercitives prescrites au Chapitre VII. "

¹⁶³ Voir supra, p. 15 "introduction générale"

¹⁶⁴G. RADBRUCH, "Filosofía del Derecho", Revista del Derecho Privado, 2ª Ed, Madrid, 1944, pp. 256 a 265.

¹⁶⁵Cela renvoie au second paragraphe de la constitution actuelle du Chili, qui déclare: "[e]l ejercicio de la soberanía reconoce el límite del respeto de los derechos esenciales inherentes al género humano. Il est du devoir des organes de l'État de respecter et de promouvoir les droits garantis par cette constitution ainsi que par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui sont toujours en vigueur".

matière de DD.HH., et dans les résolutions du TEDH et de la CIDH, des tribunaux internationaux ad hoc, ou de la CPI. Le conflit entre un État et l'ordre juridique international serait ainsi évité lorsqu'un État décide d'appliquer unilatéralement le droit interne ou international, sous couvert du principe de compétence universelle, aux délits commis au-delà de ses frontières, dans les cas de crimes internationaux.

Le principe de non-intervention fut invoqué par le gouvernement du Chili en s'adressant aux autorités britanniques concernant la détention du général Pinochet¹⁶⁶.

L'Audiencia Nacional d'Espagne estime qu'en décidant sur de graves crimes internationaux commis à l'étranger par des étrangers, elle le fait en vertu du droit international ou de la législation nationale pour protéger les valeurs fondamentales reconnues par la communauté internationale, qui prévalent sur le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures.

Cette position trouve son fondement dans un « Auto » (décision judiciaire) émise par *l'Audiencia Nacional* le 5 novembre 1998, qui déclara :

-L'art. 2, alinéa 1 de la Charte des Nations-Unies («[I] l'organisation est basée sur le principe d'égalité souveraine de tous ses membres») n'est pas une norme juridique qui permettrait de neutraliser l'attribution judiciaire de l'ordre interne (art. 23.4 LOPJ)"; -et "quand les organes judiciaires appliquent ce précepte ils n'empiètent pas sur la souveraineté de l'État dans lequel le délit a été commis, ni ne s'y immiscent, mais exercent la souveraineté propre de l'Espagne sous le rapport des délits internationaux"¹⁶⁷.

En cas de controverse entre des États souverains qui prétendent à l'exercice de la compétence universelle, il ne s'agirait pas pour autant d'une atteinte à leur souveraineté. Aussi le concept de souveraineté d'un État peut-il s'appréhender sous deux angles différents : d'un point de vue interne, selon que la suprématie s'exerce sur son territoire et sur ses nationaux, ou d'un point de vue international selon lequel les États n'ont pas de lien de subordination entre eux, mais uniquement au droit international, formé à son tour par le consensus interétatique¹⁶⁸.

Par conséquent, nous pouvons affirmer que dans la poursuite de crimes internationaux, le principe de souveraineté territoriale des États et celui de non-intervention peuvent céder

¹⁶⁶ Antonio Cassese, "L'incidence du droit international sur le droit interne", in "Juridictions Nationales et Crimes Internationaux", op. cit., p. 563

¹⁶⁷ Rollo de Apelación 84/98, Sección Tercera, Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción Número Cinco. Madrid, 4 novembre 1998.

¹⁶⁸ L.M.GARCIA: "Auxilio judicial internacional y soberanía estatal", Buenos Aires, La Ley, Tomo 1992 B, pp. 928-958

devant l'intérêt de toute la communauté internationale à protéger les droits de l'homme, principe officialisé dans l'application du droit international pénal.

b°. L'immunité des organes d'État

L'exercice de la compétence universelle contre de hauts fonctionnaires qui bénéficient de l'immunité peut entraîner certaines frictions entre les États, ce qui à son tour crée un scepticisme envers l'application dudit principe de compétence pour procéder à leur mise en jugement. Du fait de ce scepticisme d'État, les crimes internationaux commis par ces hauts fonctionnaires d'État peuvent rester impunis. A cet égard, il serait souhaitable que ces immunités qui leur sont reconnues soient laissées de côté pour véritablement consacrer et respecter les droits fondamentaux en faveur de toute la communauté internationale, de la même façon que ce qui fut fait quand le Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie jugea Slobodan Milosevic, celui-ci étant Chef d'État.

Cette objection, sous l'argumentation que les juges nationaux finiraient par entraver les relations diplomatiques internationales chaque fois que le suspect ou l'accusé est un organe de gouvernement en exercice, et encore plus s'il s'agit d'un fonctionnaire important, tel qu'un chef d'État ou de gouvernement, un ministre des Affaires étrangères, etc., a remis sérieusement en cause le concept de l'immunité face à la responsabilité pénale pour des crimes internationaux commis dans l'exercice de fonctions officielles.

L'affaire Pinochet légua un grand précédent à ce sujet, si on fait ressortir la décision adoptée par la Chambre des Lords de Grande Bretagne, dans laquelle fut confirmée que les ex chefs d'État ne bénéficiaient pas d'immunité en liaison avec le délit de torture¹⁶⁹.

« La torture était strictement prohibée dans le droit international, le droit chilien, le droit britannique et le droit espagnol bien avant que Pinochet occupe le pouvoir, y compris avant l'adoption de la Convention contre la torture. Pinochet savait certainement que la torture était un délit ». ¹⁷⁰

¹⁶⁹Voir infra, "L'absence d'immunité dans l'affaire Pinochet, une condition pour la justice internationale", section 2, chapitre 1, deuxième partie.

¹⁷⁰C'est une déclaration de Reed BRODY, qui était le Directeur de planification et de stratégie de Human Rights, lorsqu'il apprit la décision de la Chambre des Lords. <http://www.hrw.org/es/news/1999/03/24/aclamada-la-decision-de-rechazar-la-inmunidad-de-pinochet>. dernière recherche 12 février 2010

Il y a lieu de signaler qu'ultérieurement cette objection fut soulevée par le Congo contre la Belgique devant la Cour Internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000. La Cour a tranché dans sa décision du 14 Février 2002. Elle y déclare que les chefs d'État, premiers ministres et ministres des Affaires étrangères bénéficient d'immunités, y compris l'immunité de juridiction, tant qu'ils sont en fonction. Ces immunités concernent à la fois les actes qu'ils réalisent à titre officiel et ceux pratiqués en privé.

Par conséquent, selon la Cour, en ayant émis un mandat d'arrêt contre le ministre des affaires étrangères en exercice de la République Démocratique du Congo pour des allégations de violations graves du droit international humanitaire commis avant son entrée en fonction, la Belgique avait violé le droit international. Ainsi donc, chaque fois qu'un fonctionnaire d'État de haut rang, en exercice, se déplace dans un autre pays en visite officielle ou privée, il est protégé par les immunités personnelles, notamment diplomatiques, et ne peut donc pas être arrêté ou traduit en justice.¹⁷¹

Ainsi, la Cour internationale de Justice a renforcé un bouclier qui protège les fonctionnaires d'État les plus importants, en empêchant, en cas de crimes internationaux, d'exercer la juridiction pénale par les États où éventuellement ils se déplacent. Cette façon de concilier les exigences de la coopération internationale et celles de la justice pénale internationale peut être considérée comme satisfaisante.¹⁷²

En tout cas, il faut préciser – ce que la Cour ne fait pas – qu'une fois qu'il a cessé ses fonctions officielles, l'individu peut être soumis à la juridiction pénale d'un juge étranger pour de possibles crimes internationaux commis avant d'exercer ses fonctions, ou pendant la période où il les a assumées, quelle que soit la définition des actes constitutifs de ces crimes, qu'ils soient publics ou privés. Au contraire, la Cour estime qu'un « tribunal peut juger un ancien ministre d'affaires étrangères d'un autre État » pour les actes accomplis pendant la période où il exerçait ses fonctions, à deux conditions: que le tribunal étranger soit « compétent en vertu du droit international » et que les actes aient été accomplis "à titre privé".¹⁷³

¹⁷¹Crimes internationaux et juridictions internationales. Antonio Cassese..op,cit., p. 38

¹⁷²Ibidem

¹⁷³Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, (www.icj-cij.org). op. Cit., fallo de la C.I.J, p 22

Section 2.

L'INTRODUCTION DU PRINCIPE DE COMPETENCE UNIVERSELLE DANS LE DROIT INTERNE DE L'ESPAGNE

Le principe de la compétence universelle s'introduit dans le droit interne espagnol à partir des lois organiques relatives au pouvoir judiciaire (LOPJ de 1870 et LOPJ de 1985). La loi organique sur le pouvoir judiciaire – LOPJ – du 1er juillet 1985 dans ses articles 23 et suivants du livre 1 du titre 1 intitulé « De l'extension et des limites de la juridiction », introduit ce principe. La LOPJ de 1985 a succédé à la loi d'organisation provisoire du pouvoir judiciaire de 1870 et a été partiellement réformée par la loi organique 11/1999 du 30 avril (§1). En novembre 2009 et en mars 2014 la LOPJ de 1985 a été modifiée ce qui fut à l'origine de diverses manifestations dans la communauté internationale (§2)

Le principe de compétence universelle naît en droit international, puis est adapté dans les législations internes des États, pour donner lieu à son application sous cette forme.

La compétence pénale internationale découle du droit international en prenant en compte que ce sont les conventions internationales en matière de crimes contre l'humanité elles mêmes qui font obligation à chaque État qui en est partie prenante d'appliquer cette compétence universelle par l'entremise de ses propres organes judiciaires.

La constitution de l'Espagne, article 10-2, interprète les normes concernant les droits fondamentaux à la lumière du droit international, qui protègent ces mêmes droits et qui se trouvent inclus dans les traités internationaux.

Par ailleurs dans son article 117-1 la constitution espagnole proclame que la justice émane du peuple et est administrée au nom du roi par les juges et magistrats qui l'exercent seuls selon les termes de l'article 117-3 dans les cadre du « *pouvoir juridictionnel* ».

C'est ainsi que le droit espagnol unifie et centralise en attribuant à l'Audience Nationale¹⁷⁴ dont le siège est à Madrid, le pouvoir de juger certains délits commis à l'extérieur dépendant non seulement de la compétence universelle, mais aussi de la compétence territoriale, personnelle et réelle.

¹⁷⁴Article 62 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire, p 43

Rappelons-nous que dans la compétence extra-territoriale sont inclus les principes de personnalité active, de protection des intérêts fondamentaux de l'Espagne et d'universalité.

La compétence universelle est introduite comme une répression de la criminalité organisée à l'échelle internationale, attentant à l'humanité, que l'on veut réprimer pour éviter l'impunité, ce qui constitue un combat pour la démocratie et pour la justice sociale globale¹⁷⁵, en s'appuyant sur la coopération judiciaire internationale¹⁷⁶, qui était parfois peu efficace puisqu'elle dépendait en grande partie de la volonté des États du fait de ses deux composantes, politique et juridique, comme c'est le cas pour l'extradition.

§1. LES LOIS ORGANIQUES DU POUVOIR JUDICIAIRE DE L'ESPAGNE

Les lois organiques du pouvoir judiciaire de l'Espagne se sont développées dans le cadre de la LOPJ de 1870 (A) et LOPJ de 1985 (B).

A. LA LOI ORGANIQUE RELATIVE AU POUVOIR JUDICIAIRE DE 1870

Comme précédent à la loi organique sur le pouvoir judiciaire de 1985 nous trouvons la loi organique sur le PJ de 1870, laquelle s'appliquait lorsque se commettaient des faits en dehors de l'État espagnol.

L'article 336 de la LOPJ de 1870 déclarait que seraient jugées par les tribunaux espagnols les personnes qui, quelle que soit leur nationalité, viendraient à commettre hors d'Espagne les

¹⁷⁵Lutter contre l'impunité, actes du colloque tenu à Bruxelles, du 11 au 13 mars 2002, suivi les Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale, Bruylant, Bruxelles, page. 107

¹⁷⁶Rollo de Apelación 173/98, Sección Primera, Sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción Número Seis. "Antecedentes de Hecho": Primero.-Por el Juzgado Central de Instrucción número Seis, en el sumario número 1/98, Arrêt dont le jugement a la teneur suivante : Arrête Premièrement (...)" Deuxièmement. Délivrer une Commission Rogatoire Internationale aux Autorités Judiciaires de Santiago du Chili, afin qu'il soit certifié , dans les délais les plus brefs possibles, si des procédures pénales sont en cours contre don Augusto Pinochet Ugarte, et si tel est le cas, leur nombre et les délits qui lui sont imputés".

délits lésant les intérêts de l'État – principe réel ou de protection – et ceux qualifiés contre la sécurité de l'État.¹⁷⁷

C'est à dire que cet article protégeait « des intérêts nationaux – principe de protection – et des intérêts supra-nationaux – principe de juridiction universelle – avec comme seule limite que les présumés responsables aient été jugés à l'étranger¹⁷⁸ ».

Même dans ce cas, l'article 337 indiquait des situations dans lesquelles l'action judiciaire devait se poursuivre, en se référant à l'acquittement, la condamnation et la remise de peine, incorporés ensuite dans la loi organique sur le pouvoir judiciaire du 1er juillet 1985.

« Concernant l'acquittement il y a arrêt de l'action judiciaire, en ce qui concerne la condamnation l'action judiciaire se poursuit uniquement si la peine n'a pas été accomplie en totalité et, en cas de remise de peine une inhibition de l'exercice juridictionnel intervient pour tous les cas sauf dans l'hypothèse de délit de trahison et de lèse majesté, qui est un crime ou une offense contre la dignité d'un roi ou d'un monarque ou contre l'État »¹⁷⁹

L'article 338 précisait que les présumés coupables des délits indiqués à l'article 336 seraient jugés lorsqu'ils seraient appréhendés en territoire espagnol ou si l'extradition avait été obtenue. En ce qui concerne le principe de nationalité ou personnalité active, il s'agissait de la même forme que celle de la LOPJ de 1985. Le principe de personnalité passive n'entraînait pas l'application de la compétence juridictionnelle lorsqu'il s'agissait de faits commis à l'étranger¹⁸⁰.

La loi organique traitant du pouvoir judiciaire 6/1985 du 1er juillet, a maintenu les mêmes critères que la LOPJ de 1870. Ainsi dans la sentence du tribunal constitutionnel, cas Guatemala¹⁸¹, on y fait référence et nous les avons synthétisés de la façon suivante:

1 - La nationalité des victimes de délits commis par des Espagnols à l'étranger est indifférente, ainsi subsiste le principe de personnalité active, et la victime espagnole du délit devient comparable à n'importe quel étranger. La double incrimination est exigée, et la mise en œuvre de l'action peut être une dénonciation ou une plainte soit de la victime, soit du ministère public (Art. 23.2).

¹⁷⁷ Manuel Ollé Sesé, Justicia universal ... Op.Cit., p 357

¹⁷⁸ Ibidem

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Caso Guatemala (STC 237/2005) 26 septembre 2005, page. 21

¹⁸⁰ Manuel Ollé Sesé, Justicia universal; o p.Cit, p 358

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Caso Guatemala (STC 237/2005) 26 septembre 2005, page. 23

2 - En aucun cas il n'est nécessaire que le délinquant présumé se trouve sur le territoire espagnol pour que la juridiction s'applique.

3 -Les délits commis à l'étranger qui peuvent être poursuivis par la juridiction espagnole en application du principe de protection des intérêts sont déterminés.

Il n'y a pas d'exception à l'inhibition juridictionnelle espagnole en cas de remise de peine. (Art. 23.3)

4 – Sont intégrés une série de délits susceptibles d'être poursuivis conformément au principe de juridiction universelle, dont le génocide et le terrorisme. (Art. 23.4 en rapport avec les sections 5 et 2.c du même article).

Il ressort de ce qui précède que la compétence est déterminée uniquement par la nature du délit, dans la mesure où cela touche des biens juridiques protégés internationalement. (le graissage du texte est de l'auteur)

«C'est pourquoi la juridiction espagnole est compétente que le fait soit punissable ou non dans l'endroit où il a été commis; elle doit agir face à la connaissance qu'elle en a, qu'il y ait ou non plainte de la victime ou du ministère public, et elle doit le faire même s'il est patent qu'une procédure est en cours dans un autre pays, relativement au même fait spécifique, tant qu'il n'est pas prouvé qu'une sentence a été prononcée. (Quels que soient les cas, s'agissant de la possibilité de procès simultanés dans plusieurs pays concernant les mêmes faits spécifiques, ils doivent être résolus, comme cela arrive, par le tribunal international de justice, par arbitrage, par les mécanismes prévus dans les conventions d'extradition, etc. Le propos du législateur est de garantir la poursuite judiciaire internationale de ces crimes) »¹⁸².

B. LA LOI ORGANIQUE SUR LE POUVOIR JUDICIAIRE DU 1 JUILLET 1985

En Espagne, le principe de compétence universelle a été introduit de manière générale en 1985 dans la loi organique sur le pouvoir judiciaire dans son article 23-4. Ainsi, nous trouvons le développement de la loi organique (1) et la mise en œuvre de la loi organique sur le pouvoir judiciaire (2)

¹⁸²Ibidem, page 24

1. Le développement de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire

Nous analyserons chacun des paragraphes correspondant à l'article 23 pour arriver et étudier en détail son paragraphe 4, en reprenant tout d'abord ce qui est dit dans la sentence du tribunal constitutionnel d'Espagne déjà citée :

« Dans ses différents alinéas détermine quels sont les faits dont les tribunaux espagnols ont à connaître au regard du lieu où ceux-ci peuvent se commettre, en suivant clairement le critère selon lequel les hypothèses d'attribution de compétence en raison de la matière se réduisent d'autant plus que la distance qui sépare le territoire espagnol de l'accomplissement du fait punissable est grande. De la même façon, que les conditions requises pour exercer la juridiction sont d'autant plus importantes que l'incidence du fait délictueux est plus faible pour la société espagnole. »

Le paragraphe 1 de l'article 23 confirme la règle générale de compétence de la juridiction espagnole pour tout délit ou faute commis en territoire espagnol, quelle que soit la nationalité ou la situation personnelle du responsable ou de la victime.

Par conséquent cet alinéa régit le principe de territorialité ou juridiction territoriale.

Les autres paragraphes de l'article 23 ont entre eux des traits communs qui les différencient du premier :

1) « Ils attribuent une compétence aux instances judiciaires espagnoles uniquement en ce qui concerne les faits qualifiés de délits, c'est à dire qu'ils n'ont pas compétence pour rechercher ou juger des faits qui constitueraient des fautes.

2) *« Ils se rapportent spécifiquement à des faits qui ont eu lieu hors du territoire espagnol. »*¹⁸³.

Le paragraphe 2 de l'article 23 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire aborde le principe de personnalité active, par lequel l'Espagne étend sa juridiction aux faits prévus dans la loi interne comme délits, commis à l'étranger par des citoyens espagnols, ou par des étrangers qui auraient obtenu la nationalité postérieurement à leur accomplissement.¹⁸⁴

Pour que la personnalité active s'applique, il faut prendre en compte les exigences suivantes :

¹⁸³Sentencia del tribunal constitucional. Caso Guatemala. Op.Cit Pág.15

¹⁸⁴OLLÉ SESÉ Manuel, Justicia Universal para Crímenes Internacionales, La Ley, Universidad de Nebrija. España. Pág. 359

-que le fait soit punissable au lieu de son exécution sauf si un traité international disant le contraire s'y oppose;

-qu'il soit dénoncé devant les tribunaux espagnols, dans ce cas devant l'Audience Nationale¹⁸⁵ par la victime ou le ministère public; et

-qu'à l'étranger le délinquant n'ait pas été acquitté, n'ait pas bénéficié d'une remise de peine, n'ait pas été condamné ou dans ce dernier cas n'ait pas accompli la peine.

Les paragraphes 3 et 4 de l'article 23 qui déterminent la compétence juridictionnelle espagnole, partagent avec les alinéas 1 et 2 trois exigences :

– les faits doivent se produire hors du territoire espagnol,

- les faits doivent être classés comme délits et,

- une situation de chose jugée ne doit pas s'être produite à leur rencontre¹⁸⁶.

Ainsi, la seule différence entre les articles 23.3 et 23.4 réside dans l'intérêt protégé. Le premier se rapporte aux intérêts fondamentaux de l'Espagne, alors que le second se rapporte à la protection d'intérêts fondamentaux internationaux¹⁸⁷.

2. La mise en oeuvre de la loi organique sur le pouvoir judiciaire

Nous analyserons ensuite l'alinéa 4 de l'article 23, par lequel est introduit le principe de juridiction universelle dans la législation espagnole. Celui-ci est énoncé dans la loi organique sur le pouvoir judiciaire de la manière suivante :

“4. Sera également compétente la juridiction pénale espagnole pour connaître des faits commis par des Espagnols ou des étrangers hors du territoire espagnol susceptibles d'être qualifiés, selon la loi espagnole, comme un des délits suivants :

a) Génocide.

b) Terrorisme.

¹⁸⁵L'Audiencia Nacional est reconnue comme l'organe judiciaire compétent. Art. 65, 88 et 89 bis 3] LOPJ, édition COLEX, septembre 2005, pags 44 et 88

¹⁸⁶Sentencia del tribunal constitucional. Caso Guatemala. Op.Cit Pág.16

¹⁸⁷CASSESE Antonio et DELMAS-MARTY Mireille, Juridictions nationales Op. Cit., page 138

- c) Piraterie et appropriation illicite d'aéronefs.
- d) Falsification de monnaie étrangère.
- e) Prostitution et corruption de mineurs et incapables.(réforme du 30 avril 1999).
- f) Trafic illégal de stupéfiants (Ajouté par LO 3/2005, du 8 juillet).
- g) Ceux en rapport avec la mutilation des femmes dès lors que les responsables se trouvent en Espagne
- h) Et tous autres qui, selon les traités ou conventions, doivent être poursuivis en Espagne”¹⁸⁸

L'article 23.4 de la Loi organique sur le pouvoir judiciaire établit les diverses hypothèses d'action de la juridiction pénale espagnole en raison du territoire.

L'Espagne avait ratifié avant 1985 les conventions sur le génocide et sur le terrorisme, desquelles découla la compétence universelle.

De telle sorte que le juge, dans ce cas membre de l'Audience Nationale, a ces deux éléments présents lorsqu'il se trouve confronté à l'article 23-4, le principe de territorialité, et le principe de compétence universelle, donnant la prééminence à ce dernier qui s'intègre dans le principe d'extraterritorialité de la loi¹⁸⁹.

C'est ainsi que toutes les conventions qui traitent de délits de droit international inclus dans l'article 23.4 de la LOPJ¹⁹⁰ comportent d'une part les cas dans lesquels l'exercice de la compétence universelle est obligatoire pour les États-parties, et d'autre part permettent que chaque État étende sa compétence juridictionnelle en accord avec ses lois nationales.

¹⁸⁸Ley organica del Poder Judicial, Op,cit., pag. 33

¹⁸⁹Auto de la Audiencia Nacional (España), de 5 de noviembre de 1998, por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile: « Il serait impensable que, pour l'application de la convention pour la prévention et la sanction du délit de génocide, par exemple, l'Espagne ne puisse pas châtier un coupable de nationalité espagnole qui aurait commis le délit hors d'Espagne et qui se trouverait dans notre pays, respectant les exigences de l'article 23, alinéa deux, de la loi organique sur le pouvoir judiciaire. Les termes de l'article 6 de la convention de 1948 n'autorisent pas à exclure la juridiction pour le châtement du génocide d'un état membre, comme l'Espagne, dont le système normatif retient l'extra-territorialité en vue du jugement de ce délit dans l'alinéa quatre de l'article 23 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire, en aucune façon incompatible avec la convention.

¹⁹⁰Convention des nations unies contre le génocide de 1948, Convention Européenne pour la prévention du terrorisme du 27 janvier 1977, Convention pour la répression de l'appropriation illicite d'aéronefs signée le 16 décembre 1970, Convention internationale contre la falsification de monnaie du 20 avril 1929, Convention pour la répression de la traite de personnes et l'exploitation de la prostitution du 21 mars 1950, Convention sur les substances psychotropiques de février 1971, Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961, Convention des Nations Unies sur le trafic illégal de stupéfiants et substances psychotropiques signée à Vienne le 20 décembre 1988 et convention contre la torture traitements cruels inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984

Toutefois l'application de la compétence universelle se limite à l'existence des seuls délits ayant un caractère de gravité ou un caractère de crimes internationaux, et qu'en conséquence l'État espagnol se soit engagé, en signant les conventions internationales, à poursuivre et juger quel que soit le lieu d'exécution

C'est ainsi que l'a établi le tribunal constitutionnel¹⁹¹ lorsqu'il déclare que :

« le législateur espagnol a donné une portée universelle à la juridiction espagnole pour connaître de délits concrets, en raison tant de leur gravité que de leur projection internationale »

D'autre part, comme il a été dit dans l'analyse faite de la loi organique du pouvoir judiciaire de 1870, l'unique condition pour que s'applique le principe d'universalité est l'existence du délit, indépendamment de la nationalité de la victime ou du tortionnaire.

Son fondement réside dans l'intérêt de toute la communauté internationale, la protégeant des crimes contre l'humanité.

Le tribunal constitutionnel espagnol dans sa sentence du 26 septembre 2005, relative au génocide commis au Guatemala, l'a exprimé de la façon suivante :

« La poursuite internationale et transfrontalière que prétend imposer le principe de justice universelle se base exclusivement sur les caractéristiques particulières des délits qui lui sont soumis dont la nuisance (de manière exemplaire dans le cas du génocide) transcende celle des victimes concrètes et atteint la communauté internationale dans son ensemble. En conséquence leur poursuite et leur sanction constituent, non seulement un engagement, mais aussi un intérêt partagé de tous les États (ainsi que nous avons eu l'occasion d'affirmer dans la sentence du TC 87/2000, du 27 mars, Fondement Juridique 4) (...) »

De ce qui précède-t-il ressort que l'application du principe de compétence universelle est devenue effective non seulement pour poursuivre les ennemis de l'humanité, mais aussi pour contrecarrer l'impunité dans le pays où les crimes se commettent.

La compétence universelle ne s'applique pas lorsqu'il existe une situation de chose jugée, c'est à dire qu'un seul pré-requis doit exister (article 23.5 LOPJ) : que le présumé coupable n'ait pas été acquitté, gracié ou que, condamné il ait purgé sa peine¹⁹².

¹⁹¹Sentence 21/1997 sur le trafic de stupéfiants

Enfin il faut mentionner l'alinéa 5 de l'article 23 de la LOPJ, qui traite de la chose jugée, laquelle s'applique aux acquittés, aux graciés et condamnés à l'étranger. S'agissant des condamnés, la loi permet la mise en accusation, le jugement et condamnation en Espagne, le temps d'accomplissement de la peine serait dans ce cas la différence entre celle de la condamnation et la peine imposée par les tribunaux espagnols.

§2. LES REFORMES DU PRINCIPE DE JUSTICE UNIVERSELLE DANS LA LOI ORGANIQUE SUR LE POUVOIR JUDICIAIRE

Le principe de justice universelle est un instrument de droit international qui permet de lutter contre l'impunité des grands crimes dont l'humanité a souffert.

C'est ainsi que la législation espagnole a accueilli ce principe dans son article 23.4 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire, permettant l'enquête sur les délits ayant l'importance de crimes internationaux, ce qui est rendu possible par certains traités ou conventions de droit international dont l'Espagne est partie prenante.

Ainsi, dans le cas dit du Guatemala, l'arrêt du 13 décembre 2000, de la section pénale de l'audience Nationale en séance plénière, dénia la compétence aux tribunaux espagnols pour la mise en jugement de cette affaire, considérant qu'ils étaient subsidiaires par rapport à ceux du pays où avaient eu lieu les faits délictueux.

Cette résolution fut confirmée par la STS 327/2003 du 25 février, qui restreignait l'application du principe de justice universelle aux cas dans lesquels il existait « un lien direct » avec les intérêts espagnols¹⁹³. Finalement le tribunal constitutionnel a reconnu le caractère absolu du principe de compétence universelle appliqué dans l'ordonnancement juridique espagnol¹⁹⁴.

¹⁹²OLLÉ SESE Manuel, Justicia Universal para Crímenes internacionales..La Ley. Universidad de Nebrija, España, 2008, pág. 363

¹⁹³La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. La Ley No. 83, Año VIII, junio 201, pag. 6

¹⁹⁴ Sentencia STC-237 de 2005 de 26 de septiembre de 2005, op. Cit., « En raison du recours « d'Amparo » pour les violations des droits de l'homme survenues au Guatemala, la protection judiciaire a été offerte au moyen de la compétence universelle. Le Tribunal Constitutionnel déclara qu'il avait été porté atteinte à la tutelle judiciaire effective, accorda le recours et annula l'arrêt de l'Audiencia Nacional du 13 décembre 2000 et la sentence du Tribunal Suprême Espagnol du 25 février 2003 qui l'avaient refusé par défaut de compétence supposé »

Par conséquent dans la jurisprudence il y avait une position solide sur la compétence universelle comme instrument de protection judiciaire, de sorte qu'on ne pouvait réformer l'article 23.4 de la LOPJ par ce moyen, cependant on commença à prendre en compte les pressions d'Israël, de la Chine et des États-Unis afin de paralyser les procès qu'organisaient divers juges de l'audience nationale au sujet de crimes commis à Gaza, au Tibet et à Guantánamo; on prit également en considération les réformes faites par d'autres états sur la même question, comme ce fut le cas en Belgique¹⁹⁵.

C'est ainsi qu'on arriva à proposer la réforme dont le texte fut approuvé définitivement par le congrès des députés le 15 octobre 2009, et promulgué dans la LO 1/2009 du 3 novembre¹⁹⁶(1). Outre cette importante réforme, se présente également en mars 2014 une seconde réforme qui laisse pratiquement sans fondement la nature de l'article 23. 4 (2)

¹⁹⁵«Loi belge du 16 de juillet 1993, modifiée par la Loi du 23 avril 2003». OLLÉ SESSÉ. Justicia Internacional, op. cit, pg. 367

Dans le même sens: BOSLY Henri et Vandermeersch Damien, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux. Bruylant, Bruxelles, 2010, page 189 « (...)Par ailleurs, aux termes de l'article 4 du Code pénal, la compétence extraterritoriale des juridictions belges est exceptionnelle et est limitée aux cas déterminés par la loi. Ces cas sont prévus par les articles 6 à 14 du titre préliminaire du Code de procédure pénale. En règle, la compétence extraterritoriale du juge belge est limitée par le principe "non bis in idem" (art. 13 Titre préliminaire) »

¹⁹⁶Boletín Oficial del Estado, Núm 266. Sec. I. pág. 92091. Loi Organique 1/2009 du 3 novembre, complémentaire de la loi de réforme de la législation procédurale pour la mise en œuvre de la nouvelle pratique judiciaire (la nueva oficina judicial), par laquelle est modifiée la Loi Organique 6/1985 du 1er juillet sur le pouvoir judiciaire ». Cette loi fut promulguée par Juan Carlos I, Roi d'Espagne. « Article premier : La loi Organique 6/1985 du 1er juillet sur le pouvoir judiciaire est modifiée dans les termes suivants: Un – Les paragraphes 4 et 5 de l'article 23 sont rédigés sous cette forme : « 4 Egalement, la juridiction espagnole sera compétente pour connaître des faits commis par des Espagnols ou des étrangers hors du territoire national susceptibles d'être qualifiés, selon la loi espagnole, comme l'un des délits suivants: a) Génocide et lèse humanité, b) Terrorisme, c) Piraterie et appropriation illicite d'aéronefs, d) Délits relatifs à la prostitution et corruption de mineurs et incapables, e) Trafic illégal de drogues psychotiques, toxiques ou stupéfiants, f) Trafic illégal ou immigration illégale de personnes, travailleurs ou non, g) Ceux relatifs à la mutilation génitale féminine, dès lors que les responsables se trouvent en Espagne, h) N'importe quel autre qui, selon les conventions et les traités internationaux, en particulier les conventions de droit international humanitaire et de protection des droits humains, doit être poursuivi en Espagne. Sans préjudice de ce que pourraient disposer les conventions et traités internationaux souscrits par l'Espagne, pour que les tribunaux espagnols puissent connaître des délits précédents, il devra être attesté que les responsables présumés se trouvent en Espagne ou qu'il y a des victimes de nationalité espagnole ou constaté un lien de relation significatif avec l'Espagne et, dans tous les cas, qu'un procès supposant une enquête et une poursuite effective de tels faits punissable n'ait pas été initié dans un autre pays compétent ou devant un tribunal international. On surseoira provisoirement au procès pénal initié devant la juridiction espagnole lorsque l'ouverture d'un autre procès concernant les faits dénoncés est avérée dans le pays ou devant le tribunal auxquels se réfèrent le paragraphe précédent. 5 Si une cause pénale était traitée en Espagne dans les hypothèses réglementées dans les paragraphes précédents 3 et 4, ce serait dans tous les cas en application de la disposition de la lettre c) du paragraphe 2 du présent article. »

A. LA REFORME DE L'ARTICLE 23.4 DE LA LOPJ PAR LA LO 1/2009 DU 3 NOVEMBRE

La réforme de l'article 23.4 de la LOPJ par la LO 1/2009 du 3 novembre requiert une série de conditions pour que la juridiction espagnole puisse exercer la compétence universelle.

1. Les points de la réforme

Cet article comprend les réformes suivantes¹⁹⁷

- 1) Le délit de lèse humanité est introduit et celui de falsification de la monnaie supprimé
- 2) Des points de connexion sont soulignés sans préjudice de ce que peuvent disposer les conventions ou traités internationaux :
 - a) Que les responsables se trouvent en Espagne
 - b) Qu'il existe des victimes espagnoles
 - c) La constatation d'un lien en rapport avec l'Espagne
- 3) Et le principe de subsidiarité est établi face à celui de concurrence.

Ainsi les alinéas a) et h) de l'article 23.4 de la LOPJ sont modifiés comme suit :

| Avant la réforme (LOPJ de 1985) | Après la réforme (Réforme de novembre 2009) |
|---|---|
| a) Génocide | a) Génocide et lèse humanité |
| h) n'importe quel autre qui, selon les conventions et traités internationaux doit être poursuivi en Espagne | h) n'importe quel autre qui, selon les conventions et traités internationaux, <u>en particulier les conventions de droit international humanitaire et de protection des droits humains,</u> |

¹⁹⁷La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Numero 83. Año VIII. Junio 2011. Pag. 12

a. Inclusion du crime de lèse humanité

En premier lieu dans la réforme de la LOPJ, de l' article 23.4 le délit de lèse humanité est ajouté et celui de falsification de la monnaie étrangère est supprimé.

L'introduction du crime de lèse humanité était devenue nécessaire pour tenir compte:

tout d'abord du fait que ce crime avait déjà été incorporé dans le code pénal espagnol en 2004 (article 607 bis), ensuite à cause des engagements pris en raison des règles juridiques internationales – traités et conventions – puisque la juridiction universelle devenait implicite dans la convention de 1984 sur la torture et autres traitements ou peines inhumaines ou dégradantes, ou dans la convention contre les disparitions forcées de 2006 et, enfin en constatant les arguments de la jurisprudence comme par exemple ceux établis dans le cas Scilingo¹⁹⁸ où il était dit que :

« ...bien que les crimes de lèse humanité n'aient pas été incorporés à l'article 23.4 de la LOPJ, ceux-ci se trouvent déjà dans le statut de la charte de Nuremberg ainsi que dans les statuts de l'ex-Yougoslavie, du Rwanda, de Rome et dans les projets de la commission de droit international – C.D.I- de 1994 (sur la création d'un tribunal international) et de 1996 (sur le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) ».

C'est à dire que l'Audience Nationale dans l'affaire Scilingo a affirmé sa compétence sur le délit de lèse humanité qui venait d'être introduit dans le code pénal (art. 607bis), en raison du principe de juridiction universelle, prenant en compte son caractère international, bien que le crime de lèse humanité ne soit pas présent pas dans la loi organique sur le pouvoir judiciaire de 1985.

A Nuremberg on en vint à dire que l'acte d'agression et la menace criminelle du conflit pouvait faciliter l'accomplissement des crimes contre l'humanité, mais ces crimes pouvaient également se commettre sans qu'existe une relation directe avec les autres crimes de droit

¹⁹⁸Sentencia Num. 16/2005. Audiencia Nacional sala de lo penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997. Juzgado C. Instrucción No. 5.

international¹⁹⁹, c'est ainsi que dans le sens de la justice internationale, l'Audience Nationale abandonne la qualification de génocide et qualifie de crime de lèse humanité les faits perpétrés dans l'affaire Scilingo.

Dans la sentence mentionnée ci dessus, se trouvent énoncés quelques éléments qui définissent le crime de lèse humanité en accord avec la jurisprudence du tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui au travers de diverses sentences d'application de son statut ont été pris comme points de définition du crime et de sa preuve. Parmi eux nous trouvons :

- 1) Le crime doit être commis directement contre une population civile
- 2) Il n'est pas nécessaire que ce soit contre la totalité de la population
- 3) La population doit être de façon prépondérante civile
- 4) L'exigence d'attaque contre une population civile signifie dans ces circonstances une conduite en conformité avec des politiques d'État ou d'une organisation non gouvernementale, mais exerçant le pouvoir « de fait ».
- 5) L'attaque doit être « généralisée ou systématique »
- 6) Peut être qualifié de crime contre l'humanité un simple acte s'il se trouve en relation avec une attaque « généralisée systématique ».
- 7) Les attaques doivent être massives ou systématiques ou s'exercer dans le cadre d'un politique ou plan d'État, mais ce dernier élément n'est pas indispensable.
- 8) L'auteur doit avoir le projet ou l'intention de commettre les délits sous-jacents.
- 9) S'agissant de délits sous-jacents, en cas d'homicide le cadavre n'est pas nécessaire pour qu'existe le délit.

Sur ce sujet nous continuerons à faire l'analyse correspondante au chapitre suivant.

¹⁹⁹JUROVICS Yann, Réflexions sur la Spécificité du Crime contre l'humanité, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence 2002, pag 238. *“(.)Malgré ses travers, l'exigence du lien même fictif entre le crime contre l'humanité et les autres crimes fut maintenue. L'exigence de ce lien, qui a pu déboucher d'abord sur une confusion des notions, devint rapidement plus souple pour se satisfaire de ce que le crime contre l'humanité aité té commis “à la suite” d'une notion relevant de la justice internationale.”*

b. Les liens de relation (conexión)

Dans la réforme trois conditions sont exigées pour l'exercice de la compétence universelle :

- 1°. Que les présumés responsables du délit se trouvent en Espagne, ou
- 2°. Qu'il y ait des victimes de nationalité espagnole, ou
- 3°. La constatation de l'existence d'un lien de relation significatif avec l'Espagne.

1°. Les auteurs présumés du délit en Espagne

Avant la réforme cette condition s'appliquait uniquement à la poursuite des délits de mutilation génitale des femmes (art. 23.4 alinéa g)

En Suisse, en France et en Belgique – après sa réforme de 2003 – la présence de l'accusé est de règle dans leurs organisations juridiques internes pour appliquer la compétence universelle. Cela ne signifie pas qu'en droit international existe une norme qui déclare cette présence comme condition sine qua non, pour l'exercice de cette compétence²⁰⁰.

Dans la précédente LOPJ, la présence de l'accusé lors du procès n'était pas exigée, ce qui entraînait une plus grande application de la coopération judiciaire entre États, surtout un recours à l'extradition comme mécanisme d'assistance judiciaire internationale afin d'éviter l'impunité, alors que cela relevait bien plus de crimes internationaux.

En tout cas l'organisation juridique espagnole ne permet pas les jugements par contumace²⁰¹. C'est à dire que la présence de l'accusé sur le territoire est une condition requise pour la mise en jugement et la condamnation.

²⁰⁰BLANCO CORDERO Isidoro, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (II)", *La Ley, Revue Juridique Espagnole*, ISSN 0211-2744. No. 2, 2004, pág. 10 "Évidemment, d'un point de vue politique l'ouverture d'un procès in absentio basé sur la juridiction universelle peut porter atteinte aux relations internationales d'un état (bien que cela ne se produise pas toujours). D'un point de vue pratique il est difficile de réunir les preuves de délits commis à l'étranger par des étrangers, ce qui peut conduire l'état, pour des raisons pratiques plus que juridiques, à exiger la présence de l'accusé sur le territoire pour agir. Mais aucune de ces raisons ne peut asseoir une règle de Droit International coutumier.

²⁰¹Sentencia del TC caso Guatemala. Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003. FJ7. "...la présence de l'auteur présumé sur le territoire espagnol est une exigence incontournable pour la mise en jugement et éventuelle condamnation, étant donné l'inexistence dans notre législation de jugements in absentia (exceptées des hypothèses non pertinentes dans ce cas). De ce fait des institutions juridiques comme l'extradition constituent des éléments fondamentaux pour la réalisation effective du but de la juridiction universelle : la poursuite et la sanction de crimes qui, par leurs caractéristiques,

Ainsi le fait qu'Augusto Pinochet ne soit pas sur le territoire espagnol²⁰²n'empêcha pas l'Audience Nationale de se déclarer compétente sur la base du principe de compétence universelle. Sa présence n'était pas requise pour le poursuivre et mener à bien l'instruction, ensuite on sollicita son extradition auprès de la Grande Bretagne, car pour le juger et le condamner il devenait nécessaire qu'il soit en Espagne.

2°. L'existence de victimes de nationalité espagnole

Ce critère confirme le principe de personnalité passive, c'est à dire le fait que la victime soit de la nationalité du pays où l'investigation a été initiée, mais nous voyons que ce critère n'a aucune relation avec la compétence universelle, qu'elle se base exclusivement sur la nature des crimes et procure une protection identique de la victime en tant que telle, peu importe l'endroit où elle est née, cette protection s'étendant y compris aux immigrants, réfugiés et apatrides.

En l'état, nous constatons une contradiction avec la jurisprudence établie par le tribunal constitutionnel espagnol dans sa sentence du 26 septembre 2005, cas Guatemala :

« De la même façon la conception de la juridiction universelle dans le droit international actuellement en vigueur ne s'organise pas autour de liens de relation fondés sur des intérêts particuliers de l'État, comme le montrent l'article 23.4 de la LOPJ lui même, la loi allemande de 2002 citée, ou pour plus d'exemples, la résolution adoptée par l'institut de droit international à Cracovie le 26 août 2005, dans laquelle, après avoir exprimé l'engagement déjà mentionné de tous les états, est définie la juridiction universelle en matière pénale comme « *la*

affectent toute la communauté internationale. Mais cette conclusion ne peut conduire à ériger cette condition en exigence sine qua non pour l'exercice de la compétence judiciaire et l'ouverture de la procédure, **qui plus est lorsqu'en opérant ainsi on soumettrait l'accès à la juridiction universelle à une restriction profonde non envisagée par la loi; restriction qui, du reste, résulterait contradictoire avec le fondement et les buts inhérents à l'institution**".(c'est moi qui graisse le texte)

²⁰²DEL CARPIO DELGADO, J. "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009" Diario La Ley, número 7307 de 21 de diciembre de 2009, pág. 12: "Si la juridiction universelle ne pouvait s'exercer que lorsque les suspects se trouvent en territoire espagnol, les crimes internationaux commis par des sujets protégés par une législation interne ou simplement parce qu'ils bénéficient d'un statut qui leur confère un certain pouvoir, à l'intérieur de leurs pays ils resteraient impunis ou dans l'oubli complet. C'est ce qui se serait passé si les tribunaux espagnols avaient dû attendre que Pinochet se trouve en territoire espagnol pour exercer la juridiction universelle. Cela sert également la coopération judiciaire si nous prenons en compte que la collecte de preuves peut éviter leur perte par destruction volontaire, de sorte que le tribunal national ou international qui finalement connaîtra les faits soit en possession de preuves suffisantes pour garantir le succès du jugement. Toutes ces questions sont ignorées de ceux qui s'opposent à l'exercice de la juridiction universelle en contumace et plaident pour exiger la présence du suspect sur le territoire des tribunaux qui prétendent exercer la juridiction"

compétence d'un état de poursuivre et au cas où ils sont déclarés coupables, de châtier des délinquants présumés, indépendamment du lieu d'accomplissement du délit et sans considération d'aucun lien de nationalité active ou passive ou autres critères de juridiction reconnus par la loi internationale »(c'est moi qui souligne)

La compétence universelle permet donc aux tribunaux nationaux la mise en jugement de crimes internationaux déterminés, commis en n'importe quel lieu, sans qu'importe la nationalité des victimes ou celle des tortionnaires.

3°. La constatation de l'existence d'un lien de relation significatif avec l'Espagne

Il y a un principe général dans la compétence universelle qui est de protéger la communauté internationale face aux crimes contre l'humanité, pourtant avec les liens de relation (nexos de conexión)²⁰³ (qui ne sont pas très clairs dans la réforme : on n'explique pas s'il faut tenir compte d'aspects culturels, sociaux, historiques, etc.) l'application de ce principe serait limitée puisqu'on n'éviterait pas l'impunité des crimes les plus graves, et qu'il y a des délits qu'on doit poursuivre par dessus la souveraineté des États, eu égard à la norme impérative du *jus cogens*²⁰⁴.

Ainsi par exemple la « non ingérence dans les affaires internes d'un autre État », limite le principe de compétence universelle, donc il ne s'agit pas d'un argument juridique viable, lorsqu'il se rapporte à des délits contre l'humanité.

En conséquence cette condition requise contredit l'essence même de la compétence universelle.

²⁰³L'opinion divergente de la STS 327/2003 du 25 février, pensait que "l'existence d'un certain lien ou rapport de proximité entre les faits délictueux et un certain intérêt ou valeur des citoyens de l'État qui exerce la juridiction universelle peut constituer un critère raisonnable d'auto-limitation pour éviter la prolifération de procès relatifs à des délits et des lieux totalement étrangers et/ou éloignés, ainsi qu'une utilisation excessive des organes juridictionnels nationaux dont on réclame la compétence. Il en serait ainsi, seulement en cas d'application stricte comme critère d'exclusion des excès ou abus du droit, mais non si cette application est en pratique une façon de déroger au principe de juridiction universelle, convertissant l'exception en règle". (Le graissage du texte est de l'auteur)

²⁰⁴Comme dit Bennouna (Mohamed). "La justice pénale internationale". Daniel Fontanaud. No. 826. 27 août. pag 29: "Si le Droit naît de "(...) Certes, on admet désormais l'existence de normes impératives (*jus cogens*), de caractère universelle, traduisant les fondements de la civilisation et un système de valeurs partagées, ainsi que l'intérêt juridique de tous les États pour leur respect effectif (...)"

c. *Le principe de la subsidiarité*

La LO 1/2009 introduit dans la réforme la subsidiarité qui consiste à subordonner l'action pénale de l'Espagne à ce qu'il n'y ait pas eu d'investigation sur le même cas dans un autre pays compétent ou dans le cadre d'un tribunal international.

Ce qui précède signifie que même si le présumé délinquant se trouve en territoire espagnol, ses victimes étant de nationalité espagnole ou face au constat d'un lien de relation significatif, la juridiction espagnole doit s'abstenir d'avoir à connaître s'il existe une procédure ouverte par un autre pays compétent ou par un tribunal international.

Ainsi on lit dans la réforme : « toutes les fois où dans un autre pays compétent ou au sein d'un tribunal international il n'a pas été initié de procédure qui suppose une investigation et une poursuite effective de tels faits punissables ». Plus encore : « On surseoirait au procès initié devant la juridiction espagnole lorsque devient manifeste le début d'un autre procès sur les mêmes faits dans le pays ou devant le tribunal auxquels se réfère le paragraphe précédent ».

De cette façon la subsidiarité s'oppose au caractère de concurrence qui a toujours caractérisé la compétence universelle, puisque avec cette compétence on cherche en premier lieu à poursuivre ceux qui commettent des crimes contre l'humanité, par conséquent plus il y a de tribunaux qui agissent plus efficace sera leur recherche. De plus, il ne faut pas oublier que les victimes ne recourraient pas à des tribunaux étrangers s'ils étaient protégés judiciairement par leurs propres tribunaux; mais s'il se trouve que leurs propres tribunaux sont en train d'agir ils seraient appuyés internationalement par ceux-ci, sans que cela soit au détriment de l'investigation en cours.

Le tribunal constitutionnel dans la sentence STC 237/2005, cas Guatemala, sur le principe de la subsidiarité déclare :

« Le principe de subsidiarité ne semble pas retenu dans notre droit positif, ni dans la LOPJ ni dans la convention sur le génocide, qui effectivement n'interdit pas la juridiction universelle au sujet de ce délit, de fait il existe des pays qui l'ont instituée dans leurs législations. La juridiction universelle *« n'est pas régie par le principe de subsidiarité, mais par celui de concurrence, puisque précisément sa finalité est d'éviter l'impunité »*, en « appliquant le

principe de non nécessité d'intervention lorsque la juridiction territoriale agit ». (c'est moi qui souligne)

Prenant en compte ce qui précède, les crimes internationaux qui attentent aux droits fondamentaux de l'individu, ont un statut de *jus cogens*, ce qui entraîne des obligations *erga omnes* et parmi celles-ci, l'obligation de poursuivre ceux qui les ont commis, de façon à contrecarrer l'impunité face à la « *négligence* » dont a fait preuve l'État où a été accompli le délit.

C'est ainsi que l'importance des crimes internationaux dans l'application même de la compétence universelle tient une telle place que comme il a été dit la lutte contre l'impunité de ces crimes a été le prétexte juridique international de celle-ci.

Et dans la même sentence référencée ci-dessus, (fondement juridique³) est incluse l'importance de la concurrence sous cette forme :

*« ...Le fondement ultime de cette forme attributive de compétence réside dans l'universalisation de la compétence juridictionnelle des États et de leurs instances pour connaître de certains faits dont la poursuite et la mise en jugement présentent un intérêt pour tous les États, de sorte que la conséquence logique est **la concurrence de compétences, ou dit autrement, la concurrence d'États compétents** »*. Et, questionnant la sentence de l'audience nationale que finalement il annulera, le texte poursuit : *« Cette considération relative au fondement de la juridiction universelle permet d'en arriver directement à pondérer la portée constitutionnelle, du point de vue du droit à la tutelle judiciaire effective, de la résolution de l'arrêt de l'Audience Nationale, et donc le présupposé théorique dont elle part pour justifier l'absence de juridiction, **le principe de subsidiarité, ne paraît pas prima facie coïncider avec le principe de concurrence, que ce tribunal a estimé prééminent** »*. (c'est moi qui souligne)

Lorsque se présente une concurrence entre un tribunal espagnol et un de nationalité distincte, par exemple du lieu où ont été commis les faits, ou d'un troisième État qui appliquerait sa juridiction universelle face aux mêmes crimes, la décision de savoir si cette investigation est effective appartient aux tribunaux espagnols, en prenant en compte les éléments suivants :

Que se vérifie une absence de volonté concernant la recherche du crime et de ses responsables, ou qu'existe une impossibilité légale face à des lois d'impunité qui contredisent le droit international des droits de l'homme²⁰⁵.

C'est dire que, s'il se présentait une loi qui garantisse l'impunité comme par exemple une loi d'amnistie ou un décret d'absolution, ce qui protégerait les responsables des crimes internationaux, on rejeterait en principe ces textes parce que contraires au droit international des droits humains.

En ce qui concerne la concurrence entre les tribunaux espagnols et les tribunaux internationaux qu'il s'agisse de la cour pénale internationale, de tribunaux ad hoc ou de tribunaux mixtes, ceux-ci agissent toujours face à l'inaction des tribunaux nationaux, conformément à leur mandat.

Souvenons-nous que ce principe fait partie du droit international impératif et qu'on le retrouve dans l'article 9 du statut du tribunal international ad hoc pour l'ex-Yougoslavie, créé par la résolution 827 du conseil de sécurité des Nations Unies le 25 mai 1993, qui établit ceci:

“Les compétences concurrentes 1. Le Tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991.”

De la même façon cette règle est énoncée à l'article 8 du Tribunal Pénal International ad hoc pour le Rwanda.

Pour sa part, le statut de la Cour Pénale Internationale permanente déclare expressément qu'elle est complémentaire des juridictions pénales nationales compétentes, sans différencier celles du territoire où se commet le crime de celles exerçant la juridiction universelle (art. 1).

En l'état, dans la réforme il n'est question ni d'une subsidiarité complète ni d'une concurrence complète, on établit seulement qu'il suffit de savoir qu'il y a une investigation sur les faits, dans un autre pays compétent ou dans un tribunal international, pour que le tribunal judiciaire espagnol renonce à sa compétence.

²⁰⁵La Ley Penal. Revue de droit Pénal. Un. 83, année VII, juin 2011, op., cit, Pag. 15

B. LA REFORME DE LA LOI ORGANIQUE 6/1985 PAR LA LOI ORGANIQUE 1/2014

La modification de la Loi organique 6/1985, du 1er juillet, du pouvoir judiciaire, réalisée par la Loi organique 1/2014, du 13 mars²⁰⁶, s'est traduite par une très forte régression de la protection des victimes des attaques les plus graves à leurs droits fondamentaux, qui avaient confiance dans les tribunaux espagnols. Elle passa à la trappe les acquis accumulés en trois années d'application de la compétence universelle, dont la pratique avait reçu la reconnaissance internationale pour sa très forte contribution au développement du droit international des droits de l'homme, ce qui avait été maintenu et compris après la réforme de la Loi Organique 1/2009²⁰⁷.

Dans les dispositions générales de la loi il était indiqué qu'en conformité aux obligations imposées par les Traités internationaux que l'Espagne a ratifié, il fallait agrandir la liste de délits qui, commis hors du territoire national, étaient susceptibles d'être poursuivis par la juridiction espagnole. C'est le cas par exemple des délits réglementés dans la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence contre la femme et la violence domestique, dans la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, les délits de corruption d'agent public étranger prescrits dans la Convention de l'OCDE, délits dont les dispositions furent incorporées au Code Pénal. Mais restait en suspens la définition des aspects de juridiction, désormais intégrés dans la Loi actuelle.

En même temps est délimitée dans cette loi de façon restrictive la compétence des tribunaux espagnols, en définissant clairement le principe de subsidiarité. Ainsi est exclue la compétence des tribunaux espagnols si une procédure a déjà été lancée dans un tribunal international ou par la juridiction du pays où aurait été commis le délit, ou de celui correspondant à la nationalité de la personne censée l'avoir commis, toujours dans des deux derniers cas si la personne ainsi visée ne se trouve pas en Espagne ou si, étant présente en Espagne, elle allait être extradée à un autre pays ou transférée à un tribunal International, dans les termes et conditions qui sont fixées.

²⁰⁶ « Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal ». Boletín oficial del Estado –BOE- Número 63, Sec. I. P. 23026, viernes 14 de marzo de 2014.

²⁰⁷ José Ricardo DE PRADA SOLAESA, “La justicia universal, pasado, presente y futuro ”op, cit, p. 27

Cette réglementation introduit des limites à la juridiction espagnole. Ces limites doivent s'appliquer aux affaires en cours de traitement, les tribunaux espagnols ne pouvant pas continuer des procédures dans lesquelles elles n'ont plus la juridiction.

La Loi Organique 6/1985, du 1 juillet, du Pouvoir Judiciaire, est modifiée selon les termes suivants:

“Un. Sont modifiés les paragraphes 2, 4 et 5 de l'article 23 de la Loi Organique 6 / 1985, du 1er juillet, du Pouvoir Judiciaire, et est introduit un nouveau paragraphe 6 dans ledit article 23 de la Loi Organique 6/1985, du 1er juillet, du Pouvoir Judiciaire”²⁰⁸.

En considération de ce qui a été exposé, il a été critiqué, entre autres, que depuis l'entrée en vigueur de la réforme, au moins trois juges instructeurs de *l'Audiencia Nacional*, avec l'aval de l'immense majorité en session plénière de la Chambre Pénale, ont libéré de prison 43 supposés narcotrafiquants parce que leurs bateaux furent interceptés dans les eaux internationales.

De plus, bien que la réforme approuvée par le PP institue le classement immédiat des procès ouverts, aucun des juges qui les instruisaient n'obéissent à la règle. Certains demandèrent des rapports complémentaires aux parties pour décider et d'autres ont résolu de continuer leurs investigations. Les juges, dans leurs Autos (décisions judiciaires), introduisirent de sérieuses oppositions à la constitutionnalité de la nouvelle norme²⁰⁹.

²⁰⁸ « Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal », op. cit. , p. 23027, vendredi 14

²⁰⁹ Journal “EL PAIS”, jeudi 22 mai 2014, p. 16

Chapitre 2

LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DE L'ESPAGNE ET LE DROIT INTERNATIONAL.

La compétence internationale pénale établit ses règles sur la base du droit international, c'est pourquoi ce chapitre consiste en une étude de l'influence que le droit international exerce au moment où il s'agit d'appliquer la compétence internationale pénale de l'Espagne. Dans la première section, seront étudiées les conditions prévues par le droit international lorsque l'État exerce cette compétence (Section 1), et ensuite sera traitée la compétence internationale pénale sujette à l'existence d'une obligation internationale, en ayant comme axe principal les conventions internationales qui établissent les conditions et procédures nécessaires pour poursuivre et réprimer les crimes en question (section 2)

Section 1.

LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS LES CONDITIONS PREVUES PAR LE DROIT INTERNATIONAL.

Le droit international fournit une série de conditions qui doivent être prises en compte au moment de l'application de la compétence internationale pénale. En droit international, existe la maxime « Aut dedere Aut judicare » dont il a pu être affirmé que dans certains des instruments internationaux, la compétence universelle se présente selon ce principe²¹⁰. Aussi cette maxime, est analysée en première instance comme une part de ces conditions (§ 1), pour poursuivre ensuite avec l'analyse des autres conditions, prévues dans le cadre de l'ordonnement juridique international (§ 2).

§1. LE PRINCIPE « AUT DEDERE, AUT JUDICARE », UNE MAXIME FACE AUX CRIMES INTERNATIONAUX.

Le principe « Aut dedere, aut judicare » est l'une des caractéristiques les plus importantes de la compétence universelle. Un État dans son obligation de garantir, par le biais de l'universalité, l'action juridictionnelle de ses tribunaux sur les délits graves inclus dans le droit international – dès lors que la personne suspectée de tels délits se trouve sur son territoire ou sous sa juridiction – doit garder présente l'idée d'accorder l'extradition du coupable vers un autre État si finalement il décide de ne pas le juger, ou d'éventuellement le remettre au tribunal international compétent²¹¹. De cette façon si un État n'assume pas cette responsabilité d'autres jugeront le suspect après avoir sollicité une opportune extradition²¹².

²¹⁰L'origine de la fixation de ce principe date de la convention de Genève du 20 avril 1929 pour la répression du faux monnayage. Selon les articles 8 et 9 de cette convention le principe aut dedere aut judicare s'impose, aussi bien vis à vis des nationaux que des étrangers, mais dans ce dernier cas subordonné à la possibilité offerte par la législation de poursuivre des étrangers qui commettent des délits à l'étranger.

²¹¹Amnesty international, "La compétence universelle, 14 principes pour l'exercice effectif de la compétence universelle". Document disponible sur la page web d'Amnesty international

La commission de Droit International – CDI – codifia dans l'article 9 de son projet de 1996²¹³, la règle de remettre le présumé coupable à l'État qui sollicite son extradition ou faute de l'autoriser, de le juger – sauf s'il préfère le transférer à un tribunal pénal international dans les termes prévus par son statut²¹⁴.

De la même façon selon la Commission de Droit International, l'option qu'offre la clause *aut dedere aut judicare*, n'a de sens que dans la mesure où les tribunaux de l'État de détention ont la compétence nécessaire concernant les crimes internationaux. Si cette compétence n'existait pas, l'État de détention se verrait obligé d'accepter toutes les demandes d'extradition qu'il reçoit. Cela serait contraire au caractère facultatif de l'obligation – accepter l'extradition ou juger – en vertu de laquelle l'État de détention n'a aucune obligation absolue de faire cas d'une demande d'extradition. En conséquence d'une telle situation si elle se présentait, le présumé délinquant s'exonérerait de tout procès si l'État de détention ne recevait aucune demande d'extradition. Cette situation irait à l'encontre de la finalité principale du principe « *aut dedere, aut judicare* », à savoir garantir le jugement et le châtement effectifs des délinquants²¹⁵.

La constitution d'organes d'enquête et judiciaires internationaux depuis la seconde guerre mondiale, tels que le TMI, le TMIEO, le TPIY le TPIR et la CPI, inclut l'essence même du principe *aut dedere aut judicare* en ce qui concerne les crimes du *jus cogens*.²¹⁶

Lorsqu'il est fait allusion à la poursuite des crimes internationaux au moyen du principe d'universalité, cela implique de mentionner la règle *aut dedere aut judicare*, puisque c'est le

<http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IOR53/001/1999/fr/f0a24953-e130-11dd-b6eb-9175286ccde2/ior530011999es.html>.

²¹²ORIHUELA CALATAYUD, souligne que l'extradition doit être comprise comme « (...) un exemple de solidarité et de coopération internationale dans l'exercice du jus puniendi des États, et s'avère nécessaire afin d'éviter que le refuge dans un pays étranger permette l'impunité de délits ou l'inaccomplissement d'une condamnation » (traduction libre) Orihuela Calatayud, E., « Las dificultades en la aplicación de la regla de viena: la determinación del hecho causante de la aplicación del tratado », Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo Madrid, Ed. Dykinson, 2004, page. 156.

²¹³Rapport de la Commission de Droit International sur le travail réalisé lors de la 48^{ème} période de sessions les 6 mai et 26 juillet 1996 (doc.A/51/10). Document disponible sur la page. web de l'ONU:

[http://untreaty.un.org/ile/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf](http://untreaty.un.org/ile/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf)

²¹⁴Jaqueline HELLMAT MORENO, « Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales, su aplicación en España », Thèse Doctorale, Madrid, 2011, p. 92.

²¹⁵Commentaire de la CDI de l'article 8 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. In rapport de la Commission de Droit International sur le travail réalisé lors de la 48^{ème} période de sessions les 6 mai et 26 juillet 1996 (doc.A/51/10),. op, cit, pp. 48-49.

²¹⁶Voir BASSIOUNI, CH., « Jurisdicción universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea », en 18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia. Selection de textes traduits de l'anglais en espagnol par le centre des Droits de l'Homme avec le soutien de la fondation suédoise pour les Droits de l'Homme, Mai 2005, pages 31 et suiv. Titre original : « Universal Jurisdiction for International Crimenes : Historical Perspectives and Contemporary Practice ». Publié dans Virginia Journal of International Law Association, Automne 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81.

résultat de l'assistance réciproque entre les États ainsi que de la coopération judiciaire internationale²¹⁷. Cette règle énoncée au XVIIème siècle par Hugo Grotius, est actuellement une norme du *jus cogens* international, produit de *l'opinio juris* qui s'est constituée dans les différents instruments internationaux²¹⁸.

Ce principe a pour fondement la poursuite des grands criminels sur la base du droit international pénal au vu du caractère erga omnes de « juger ou extraditer ».

Selon BASSIOUNI, ce principe est compris comme : « (...) l'usage étendu de la formule poursuivre ou extraditer est établi expressément sous diverses formes, autrement dit l'obligation d'extraditer est expresse ou implicite dans l'obligation de poursuivre, et nombre de signataires de nombreuses conventions, attestent de son existence comme principe général du *jus cogens* »²¹⁹

Par conséquent le principe *aut dedere aut judicare*, est compris comme une norme de *jus cogens* qui est établie dans les différents instruments internationaux qui permettent son application. Parmi ceux-ci figurent la Convention sur la Prévention et la Répression des Crimes contre les Personnes Internationalement Protégées, y compris les agents diplomatiques (New York, 17 décembre 1979), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 17 décembre 1984), la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988). De la même façon, dans le champ du terrorisme les traités internationaux et les nombreuses résolutions de l'Assemblée Générale et du Conseil de Sécurité des Nations Unies

²¹⁷D'un côté on trouve l'assistance judiciaire entre les États qui consiste à fournir l'aide nécessaire aux autorités étrangères compétentes afin d'apporter les preuves qui construisent les enquêtes ou n'importe quel acte en rapport avec le délit commis dans son territoire. De l'autre existe la coopération internationale qui découle du principe de réciprocité, en vertu duquel les États s'engagent à octroyer aux autres la même aide qu'ils reçoivent ainsi. En ce sens la figure de l'extradition joue un rôle fondamental dans la poursuite des délits internationaux, puisque sa finalité est d'arrêter et, éventuellement de livrer les suspects à l'État chargé de l'enquête ou du jugement. Le 13 juin 2002, dans le cadre de l'Union Européenne, l'extradition s'est vue substituer le mandat d'arrêt européen, lequel élimina une grande partie des obstacles antérieurs (Décision liée au cadre européen relative à la détention et aux procédures de remise entre États membres). Cette coopération internationale a pris de l'importance au cours du temps, à preuve les principes d'identification, détention, extradition et châtement des coupables de crimes de guerre, ou de crimes de lèse humanité proclamés le 3 décembre 1973, par la résolution 3074 (XXVIII) de l'AGNU. Document disponible sur la page web du bureau du Haut Commissariat de l'ONU pour les Droits de l'Homme : <http://www2.ohchr.org/spanish/lawextradition.htm>.

²¹⁸Christopher A. SERVIN RODRÍGUEZ, "La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio aut dedere aut judicare como suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales", document remis pour les conférences du 30 janvier 2004 sur le Congrès International de Cultures et Systèmes Juridiques comparés, page 4 document disponible sur : <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4111s.pdf>

²¹⁹BASSIOUNI, M., International Extradition: United States Law and Practice. Oxford, Ed. Clarendon Press, 1987, p. 22.

ont formé *l'opinio juris* de ce principe ; mais il existe aussi les décisions judiciaires des affaires Lockerbie²²⁰ (Libye contre EU ; Libye contre Royaume Uni) de la Cour Internationale de Justice, et Blaskic²²¹ devant la chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie.

Retournant vers BASSIOUNI, celui-ci affirme que ce qui permet véritablement la reconnaissance et l'application de la compétence universelle a été l'admission du principe *aut dedere aut judicare* en tant que maxime du droit international²²². Chaque État se trouve dans l'obligation de juger, si ce n'est pas possible surgit l'obligation d'extrader ou, si le cas venait à se présenter de châtier les personnes accusées ou condamnées pour crimes internationaux, ce qui conduirait à l'application de la compétence universelle subsidiaire²²³.

En ce qui concerne l'Espagne, selon la lettre de l'article 23.4 g) de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire, il existe une clause imposant l'obligation de poursuivre en accord avec la formule *aut dedere aut judicare*, mais selon Pérez Capéa, cette clause devient superflue, puisque l'obligation conventionnelle d'extrader ou de juger serait directement applicable par les États, sans nécessité que cela soit prévu en interne²²⁴.

²²⁰L'ex présidente de la Cour Internationale de Justice, Jiménez de Aréchaga, considérait que les principes éthiques et humanitaires qui sont à la base de l'édifice juridique construit pour la prévention et la répression des actes et activités de terrorisme international n'ont pas seulement donné lieu à la formation de normes générales, mais peuvent être considérés comme normes du *jus cogens* international. JIMENES DE ARECHAGA, E., *International Law in the Past Third of a Century, General Course in Public international Law*, Ed. RCADI, Vol. 159, 1978/I, pp. 1-344, p. 64, cité dans J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, "Les activités Terroristes dans le Droit International Contemporain", Madrid, Ed. Tecnos, 2000, p. 136-137.

²²¹La Chambre d'Appel du Tribunal International pour l'Ex-Yougoslavie déclara : « (...)Les juridictions nationales des États de l'Ex-Yougoslavie, comme celles de n'importe quel État, sont obligées par le droit coutumier de juger ou extrader les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire... » TPIY, affaire Blaskic (IT-95-14) arrêt du 29 octobre 1997, relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première Instance II, rendue le 18 juillet 1997, paragraphe 29.

²²² BASSIOUNI, M. CH./WISE, E.M. « *Aut dedere Aut judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* », M. Nijhoff publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1995, pp. 3 y ss.

²²³À ce sujet SANCHEZ LEGIDO déclare « il n'existe pas de relation automatique entre juridiction universelle et obligation de juger ou d'extrader, puisqu'en certaines occasions, cette obligation n'opère que vis à vis d'États qui ont avec le délit un rapport susceptible d'être inclus dans le cadre d'autres titres à juridiction, comme la territorialité, la nationalité du sujet actif, etc. On trouve ainsi entre autres la Convention sur la traite de personnes ou le trafic de stupéfiants » A. SANCHEZ LEGIDO, "Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional", Valence, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 66-74

²²⁴Ana Isabel Pérez Cepeda, «Principio de Justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional » en «El Principio de Justicia penal universal : fundamentos y límites, Valence, Tirant Loblanch, 2012, p. 76. « En Espagne, pour un fonctionnement correct et effectif du principe de justice universelle devraient être inclus dans cette clause ouverte tous les délits qui affectent les intérêts internationaux déclarés par les traités internationaux, que ce soit de façon expresse ou tacite et qui ont été ratifiés par l'Espagne. Selon cette clause on devrait les considérer inclus, par exemple les délits suivants : prise d'otages, esclavage, délits contre les personnes internationalement protégées, les délits de torture, crimes organisés et trafic de personnes, et crimes contre l'humanité. Devraient également être considérés inclus les crimes de guerre, puisque les conventions de Genève du 12 août 1949 et le protocole du 8 juin 1977 obligent les parties à poursuivre les infractions graves à

Dans l'affaire Pinochet, le principe *aut dedere aut judicare* ne s'applique pas de façon stricte, tenant compte que l'inculpé ne se trouve pas dans le pays où s'effectue l'enquête qui était l'Espagne, mais en Grande Bretagne²²⁵ puisque les conditions du principe *aut dedere aut judicare* supposent entre autres que la personne soit sur le territoire du pays qui instruit et que son extradition ne s'effectue pas²²⁶.

En résumé le principe *aut dedere aut judicare* se trouve conforté comme *jus cogens* international, et dans l'évolution du droit international est de plus en plus fréquemment intégré à la pratique de la communauté internationale.

§2. LES AUTRES CONDITIONS A L'EXERCICE DE LA COMPETENCE EN ESPAGNE.

Dans le contexte de l'application de la compétence internationale pénale existent d'autres conditions qui doivent être prises en compte pour son exercice, puisqu'elles peuvent aboutir à la limiter, parmi celles-ci le principe « *ne bis in idem* » et le caractère subsidiaire de la compétence universelle (A), le droit international et la compétence universelle in absentia (B), et la prescription (C)²²⁷.

A. LE PRINCIPE « NE BIS IN IDEM » ET LE CARACTERE SUBSIDIAIRE DU PRINCIPE DE COMPETENCE UNIVERSELLE.

Le principe « *ne bis in idem* » garantit d'une part qu'une personne ne sera pas sanctionnée deux fois pour le même délit, et d'autre part l'efficacité de la chose jugée qui empêche qu'un individu puisse être jugé deux fois pour les mêmes faits, comme résultat de l'exercice du principe d'universalité par plusieurs États.

Pour l'application du principe *ne bis in idem*, la priorité est donnée en premier aux tribunaux du lieu où les faits ont été commis (*locus delicti*), si aucun n'exerce sa juridiction l'action judiciaire d'autres organes peut s'exercer, et dans certains cas celle des tribunaux

leurs règles, applicables dans les conflits armés internationaux sur la base du principe de poursuite universelle ».(traduction libre)

²²⁵Voir infra, p. 51 (de esta sección)

²²⁶Maria LUDWICZAK, «La délégation internationale de la compétence pénale » Université de Genève, faculté de Droit, L.G.D.J lextenso éditions, Schulthess Éditions Romandes, 2013, p. 319

²²⁷Dans ces conditions entre également "Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale" qui sera étudié sous le titre « Les crimes contre l'humanité », inclus dans la seconde section de ce chapitre.

internationaux²²⁸. Selon SALINAS BURGOS, pour que l'action de ces derniers soit valide il est nécessaire que soit constatée « (...) l'inactivité de la juridiction de l'État dans lequel il est présumé que les faits aient été commis et de la communauté internationale, ce qui se fera au moyen des instruments de coopération internationale existants à chaque moment, réclamant d'office l'information concernant ces situations de la part de l'État où il est présumé que les faits aient été commis et des organismes internationaux pertinents²²⁹».

Le principe « *ne bis in idem* » a atteint une portée internationale reconnue dans de multiples traités internationaux, comme par exemple dans l'article 14.7 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, dans la Convention Unique sur les Stupéfiants dans son article 36.2 a).1, dans la Convention Européenne sur le principe « *ne bis in idem* » du 25 mai 1987 et la Convention Européenne sur la Transmission des Procédures Répressives faite à Strasbourg le 15 février 1972, tous ces textes exigent que la sentence soit définitive²³⁰.

La base du principe de proportionnalité impose l'effectivité de « *ne bis in idem* » : ne pas sanctionner deux fois le même fait, poursuivre deux procédures concernant le même fait. Pour cela, aussi bien dans le Statut de Rome²³¹ que dans ceux des tribunaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie²³² ou le Rwanda²³³, ou dans les principes de Princeton²³⁴, les États sont chargés de veiller au principe « *ne bis in idem* » dans l'exercice de la juridiction sur les crimes internationaux.

En conséquence le principe « *ne bis in idem* » constitue l'une des garanties procédurales qui doit nécessairement assister toute personne qui se trouve impliquée dans un procès²³⁵.

²²⁸Jacqueline HELLMAN MORENO, «Jurisdicción universal sobre, crímenes internacionales, su aplicación en España», op, cit., pag. 98

²²⁹H. SALINAS BURGOS, « El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?, Revista Chilena de Derecho –RCD-, Vol. 34, n° 1, 2007, p. 125.

²³⁰Francisco JIMENEZ GARCIA y Beatriz GARCIA SANCHEZ. « *Propuesta de Convención universal sobre el principio de justicia universal: algunas reflexiones* », en “el principio de justicia universal: fundamentos y límites” op, cit, p. 222.

²³¹Les articles 17 et suivants du statut de la CPI, en relation avec l'article premier et le paragraphe dix de son préambule, règlent cette question en établissant les divers critères de priorité et de préséance, ainsi que les garanties procédurales qui doivent être envisagées afin d'éviter à tout moment un possible doublonage de procès.

²³²Art. 10 . Statut du Tribunal International pour l'Ex-Yougoslavie

²³³Art. 9 . Statut du Tribunal International pour la Rwanda

²³⁴Les principes de Princeton: Sur la compétence universelle. Principe 9 “Le principe “*ne bis in idem* ou interdiction du second procès pour le même délit ”.

²³⁵L'Audiencia Nacional d'Espagne se déclara incompétente le 20 décembre 2006 pour juger Ricardo Cavallo (voir infra section 1, chapitre 2, troisième partie) et indiqua à ce propos dans son troisième fondement de droit : “(...) il faut examiner si nous nous trouvons face à une hypothèse de concurrence de juridiction et, si tel est le cas, établir un critère ou une règle de priorité afin d'éviter la duplication de procès et de porter atteinte à la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire par laquelle doit s'interpréter le concept de chose jugée qu'énonce l'alinéa 2 de l'article 23 pour les hypothèses d'extraterritorialité basée sur le principe de personnalité active : c'est à dire que dans la justice universelle en cas de procès en cours (*litis dependencia*) il existe une concurrence de juridictions (...)”.

Conformément à ce qui précède, l'exception de la chose jugée est directement en relation avec le principe « *ne bis in idem* », lequel limite à son tour l'exercice de la compétence universelle. Dans le droit espagnol, l'article 23-2 c) de la L.O.P.J. fait référence au principe *ne bis in idem* qui est un principe constitutionnel²³⁶, qui s'applique tant à la compétence territoriale qu'extraterritoriale. Cet article n'empêche pas que les juridictions espagnoles si elles sont compétentes connaissent d'un procès en cours à l'étranger²³⁷.

Il faut noter que ce principe *ne bis in idem* s'applique uniquement lorsqu'il y a jugement, et ne s'applique donc pas aux lois d'amnistie²³⁸ qui sont des lois de mécanismes de réconciliation nationale. *L'Audiencia Nacional* espagnole prend ces lois d'amnistie comme des « lois dépenalisantes, du fait de l'inaction pénale à partir d'une date donnée ou en raison du statut de soumis à la hiérarchie militaire du sujet actif²³⁹ ». C'est à dire que priment les raisons politiques dans l'adoption d'une telle loi comme une norme de dépenalisation.

C'est pourquoi dans l'affaire Pinochet et celle des militaires argentins, le ministère public alléguait, sans succès, la chose jugée et la litispendance²⁴⁰.

Il est important de souligner ce qu'établit le principe 14 – *ne bis in idem* – de la proposition de Madrid²⁴¹ qui déclare « 1- Les organes judiciaires veilleront à ce que personne ne soit pas jugé ou sanctionné pour un fait pour lequel il aurait déjà été condamné ou absout par une sentence définitive ou une résolution équivalente. 2- **Les États qui appliquent le principe de Compétence Universelle pourront exceptionnellement mettre en jugement des faits qui auraient été jugés dans un autre État dès lors que ce procès n'aurait pas respecté les normes du procès dû, et spécialement, s'il n'avait pas été conduit de manière impartiale et indépendante ou s'il avait été destiné à soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour les crimes commis** ». (c'est l'auteur qui renforce).

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de compétence universelle, il peut exister des exceptions au principe « *ne bis in idem* » afin d'éviter l'impunité de crimes

²³⁶STC 2/1981 du 30 janvier

²³⁷Voir STS 2a. du 9 octobre 1995.

²³⁸Voir infra, «La loi d'amnistie du Chili (Decret-Loi 2191 de 1978) face à l'impunité», section 1, chapitre 1, troisième partie.

²³⁹Auto del 4 de noviembre de 1998, Rollo de Apelación 84/98, Sección Tercera, Sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción Número 5, fundamento jurídico No. 8.

²⁴⁰« Overture de procédures pénales pour les mêmes faits, notamment deux plaintes contre Pinochet devant la cour d'appel de Santiago de Chili (El País, 8 avril 2000, p. 4). Le gouvernement chilien avait également invoqué la condamnation du chef de la police secrète et 250 affaires pendantes dont 14 plaintes contre Pinochet (lettre du chancelier Insulza au secrétaire général de l'ONU du 20 décembre 1998) » en Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, «Juridictions Nationales et Crimes Internationaux», op. cit., p. 154.

²⁴¹« Proposition de Madrid pour la Discussion de los Principes sur la Jurisdiction Universal ». Cette proposition fut présentée en clôture du Congrès International: «Compétence Universelle au XXIe siècle», appuyé par La Fondation International Baltazar Garzón -FIBGAR- Pro Droits De l'homme et Compétence Universelle-, qui se déroula à Madrid les 20-23 mai 2014.

internationaux. Ainsi les lois de réconciliation nationale et les lois d'amnistie, ne peuvent constituer des limites à l'exercice de la compétence universelle²⁴².

B. LE DROIT INTERNATIONAL ET LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE IN ABSENTIA.

Le fait que la personne inculpée se trouve sur le territoire où elle doit être jugée joue un rôle important dans l'exercice de la compétence universelle. La norme internationale n'interdit pas qu'un procès commence sans la présence du présumé coupable, mais certains auteurs considèrent que l'inculpé doit être présent dès son début²⁴³.

L'article 23.4 de la L.O.P.J. espagnole²⁴⁴ jusqu'à la révision de 2009, ne faisait pas dépendre l'exercice de la compétence universelle de la présence du suspect sur le territoire national, au contraire il existait la possibilité d'exercer la juridiction sans la présence du présumé coupable durant la phase d'instruction. Dans tous les cas la présence du suspect devait être effective durant la suite de la procédure du fait que les jugements *in absentia*, aussi nommés jugements en rebellions, ne sont pas possibles dans l'ordonnement juridique espagnol²⁴⁵. C'est à dire qu'en Espagne avant la révision de 2009 les prémices des procès en application de la compétence universelle pouvaient se dérouler en l'absence de l'inculpé selon le concept « in absentia », mais ensuite pour la tenue du procès sa présence était nécessaire. C'est ce qui se passa dans l'affaire Pinochet où l'*Audiencia Nacional* dans son « auto » (décision judiciaire) du 5 novembre 1998²⁴⁶, considéra que le principe de compétence universelle in absentia « non seulement faisait partie de la législation interne mais était accepté par le droit international²⁴⁷ ».

Ce même critère intervint dans l'affaire Guatemala²⁴⁸, ainsi l'*Audiencia Nacional* dans son « auto » (décision judiciaire) du 13 décembre 2000²⁴⁹, comprit que le rejet de cette affaire

²⁴² Voir infra, “los límites de la responsabilidad penal”.

²⁴³ SANCHEZ LEGIDO soutient qu'il y a trois arguments qui requièrent la présence du suspect sur le territoire : a) l'origine du principe de justice universelle b) le contenu de la plupart des conventions, et c) ce qui est prévu par les législations nationales. (traduction libre) A. SANCHEZ LEGIDO, “Jurisdicción universal penal y Derecho, op, cit, p. 227.

²⁴⁴ Voir Supra, deuxième section, première chapitre, première partie.

²⁴⁵ J. PUEYO LOSA, La Convention sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, fut adoptée le 18 décembre 1992 (A/Res. 47/133)..., “Derechos Humanos, crímenes de guerra y la globalización de la justicia”, REDM, n°83 (enero-junio), 2004. (comprobar en Internet).

²⁴⁶ Voir, infra, section 1, chapitre 1, deuxième partie.

²⁴⁷ A. Sánchez Legido, “jurisdicción universal penal y derecho internacional”.op, cit, p. 282

²⁴⁸ Voir infra, « Le Tribunal Constitutionnel et la Compétence de l'Espagne dans l'affaire Guatemala », Section 2, Chapitre 2, Troisième partie.

n'était pas dû à la non-présence des coupables sur le territoire espagnol, mais à l'absence d'inactivité des autorités guatémaltèques²⁵⁰. Néanmoins dans ce cas le Tribunal suprême par sa sentence du 25 février 2003, restreignit la portée d'application du principe de compétence universelle en exigeant la présence du suspect sur le territoire espagnol²⁵¹. Par la suite le Tribunal Constitutionnel rendit une sentence sur cette même affaire le 26 septembre 2005 et déclara que tant *l'Audiencia Nacional* que le Tribunal Suprême violaient l'article 24 de la Constitution Espagnole établissant le droit à la tutelle judiciaire effective. Aussi fut-il déduit de cette sentence que la compétence universelle est absolue et que son exercice, qui a pour finalité ultime la lutte contre l'impunité observée des crimes importants ne doit pas être limité²⁵².

En dépit de ce qui précède, dans l'affaire Pinochet nous rencontrons un argument contre l'exercice de la compétence universelle in absentia soulevé par Lord Slynn of Hadly qui conclut :

“Il ne (...) semble pas qu'il ait été démontré qu'il existe une pratique ou consensus général – sans parler d'une convention largement acceptée – selon lequel tous les crimes de droit international devraient relever de la compétence des juridictions nationales en vertu du principe de la compétence universelle (...). Que les crimes de droit international devraient être jugés devant des tribunaux internationaux ou dans l'État de celui qui a perpétré le crime est une chose; que des actions devraient être intentées à leur sujet auprès des juridictions d'autres États, sans tenir compte d'une règle de droit international coutumier établie de longue date, en est une autre (...). Même le fait qu'un acte soit reconnu comme un crime en droit international ne signifie pas que les juridictions de tous les États aient compétence pour statuer sur un tel crime (...). Il n'existe pas de compétence universelle à l'égard des crimes de droit international (...)”²⁵³

A ce sujet il est également important de citer la position de l'ex-Président de la CIJ Guillaume qui considéra que l'exercice de la compétence universelle in absentia n'est formalisé dans aucune convention internationale, et est donc ignoré dans le droit international conventionnel²⁵⁴.

²⁴⁹Voir, infra, « décision judiciaire (auto) de *l'Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000 »,

²⁵⁰Ibidem

²⁵¹Voir, infra, « Arrêt du Tribunal Suprême 327 du 25 février 2003 », Section 2, Chapitre 2, troisième partie.

²⁵²Voir, infra, « L'arrêt 237 du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005 », Section 2, Chapitre 2, troisième partie.

²⁵³House of Lords, 25 novembre 1998, R. v/Barbie; ex parte Pinochet.

²⁵⁴G. GUILLAUME. Opinion individuelle, Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, CIJ, arrêt du 11 2000, CIJ, arrêt du 14 février 2002, §§ 11 – 171. Voir infra, Note No. 49 (Cour d'assises de Paris).

A titre de comparaison, tant la L.O.P.J. espagnole que la loi belge de 1999 ont connu des changements importants qui ont limité l'exercice de la compétence universelle. Ainsi la loi belge fut modifiée sur cette question en 2003²⁵⁵, reconnaissant « *les immunités des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères dans l'exercice de leurs charges, établissant des "filtres" qui limitent la possibilité de dépôt de plaintes direct sans rapport avec la Belgique, empêchent les procès in absentia et autorisent le gouvernement à transmettre certains cas à d'autres pays, établissant ainsi le principe de subsidiarité dans l'application de la compétence universelle* ²⁵⁶ ».

En dépit de la position des autorités judiciaires espagnoles en matière de compétence universelle in absentia exprimées dans différentes jurisprudences, entre autres celle de l'affaire Pinochet qui nous occupe, celle-ci est actuellement limitée du fait de l'amendement de 2009²⁵⁷, qui modifie les conditions pour pouvoir exercer la compétence universelle, entre autres en exigeant la présence de l'auteur présumé des faits sur le territoire espagnol.

En accord avec ce qui précède et poursuivant la comparaison entre les lois espagnole et belge, ces deux législations appliquaient la compétence universelle sans aucune limitation, ce qui permit d'exercer une justice sans frontières, mais actuellement en exigeant la présence de l'auteur présumé sur le territoire, on restreint l'exercice de la compétence universelle.

De ce fait, le sens véritable de la compétence universelle se perd, puisque ce qui est recherché, c'est que prévale « la conduite délictueuse perpétrée ²⁵⁸ » comme conséquence de l'exécution d'un crime international, en conséquence « la présence de l'accusé étant improbable cela conduirait à une forte probabilité de finir par classer les dossiers ²⁵⁹ » continuant ainsi à générer de l'impunité.

Il est important de souligner que « la modification de la loi belge d'avril 2003 – fondamentalement due à la pression exercée par certains États jaloux de leur souveraineté et inquiets devant la possibilité que leurs nationaux soient jugés – les États-Unis protestèrent ouvertement le 23 juin de la même année afin d'annihiler encore plus le contenu de cette loi, prétendant ainsi éviter le mise en jugement en Belgique, de certains militaires ou hauts dignitaires du gouvernement des États-Unis ». E. ORIHUELA CALATAYUD, « Jurisdicción Universal e inmigración : Derecho Internacional y derecho español », en: A., BADÍA MARTÍ, PIGRAU SOLÉ., y A. OLESTI RAYO (coordinadores), *El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Ed. Marcial Pons, Vol.I, Madrid, 2009, p. 466.- A ce propos, l'Ex-Secrétaire de la Défense, Donald Rumsfeld, déclara que la loi de juridiction belge controversée constituait une base pour accepter de juger des plaintes contre des membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et que cela lui paraissait...

²⁵⁶H. SALINAS BURGOS H., « El principio de jurisdicción universal : ¿Lex Lata o Lex Desiderata ? », op, cit, p. 119

²⁵⁷Sur la modification de 2009, voir, infra, section 2, chapitre 1, première partie.

²⁵⁸Jacqueline HELLMAN MORENO, « Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales, su aplicación en España », thèse doctorale, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 111.

²⁵⁹A. REMIRO BROTONS, « Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial, Cuadernos de derecho Judicial, Madrid, Ed. Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, n° VII, 2001, p. 82

En tous cas pour de nombreux auteurs, l'exercice de la compétence universelle in absentia est légal. Ainsi le professeur A. Cassese déclare qu'il y a deux raisons qui justifient cette affirmation: d'abord la nature odieuse et grave des crimes internationaux qui justifient un tel exercice, et ensuite que l'exercice de la compétence universelle in absentia n'est pas contraire au principe d'égalité des États souverains, souligné dans l'article 2 (1) de la Charte des Nations Unies²⁶⁰.

Sur le plan doctrinal nous trouvons, entre autres, un soutien de la compétence universelle in absentia dans les principes de Bruxelles, qui dans leur principe 13 (2) déclare: « Cette compétence peut s'exercer, dans le respect des règles du procès équitable, aussi bien dans le cas où l'auteur présumé serait présent sur le territoire de l'État du for que s'il en est absent ²⁶¹ ».

Dans les conclusions des principes de Bruxelles, il est traité de la compétence universelle par défaut dans les termes suivants: « *Le droit international n'interdit pas à l'État d'exercer la compétence universelle même dans l'hypothèse où l'auteur du crime n'est pas trouvé sur son territoire (compétence in absentia). L'exercice d'une telle compétence ne doit cependant pas devenir une entrave à l'exercice des compétences de la Cour pénale internationale* ²⁶² ».

Dans ces conditions, nous pourrions conclure que la compétence universelle in absentia, est une figure juridique qui permet la lutte contre l'impunité, comme ce fut démontré lors du procès « par défaut » contre Pinochet qui s'est déroulé devant la cour d'assises de Paris²⁶³.

C. LA PRESCRIPTION DANS LE DROIT INTERNATIONAL.

Les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le génocide sont des crimes imprescriptibles²⁶⁴, reconnus en droit international²⁶⁵ comme relevant d'un principe universel

²⁶⁰A. CASSESE. *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 261 et ss.

²⁶¹« Lutter contre l'impunité, Actes du colloque tenu à Bruxelles », du 11 au 13 mars 2002, Suivi de « Les Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale », p.123

²⁶²Ibidem, conclusion No. 3 de l'atelier No.1, p. 45

²⁶³Voir infra, Le procès par défaut », Section 2, Chapitre 2, deuxième partie, « Pinochet devant la Cour d'Assises de Paris ».

²⁶⁴Voir infra, « L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », Section 1, chapitre 1, troisième partie.

²⁶⁵Cette reconnaissance dans le droit international se trouve dans le principe 6 – Prescription, amnistie et grâce – de la « Proposition de Madrid pour la Discussion des Principes sur la Compétence Universelle », lequel déclare: « 1- Les dispositions des États où se sont commis les faits, par rapport à la prescription, l'amnistie, la grâce et autres mesures destinées à exclure la responsabilité ne seront pas applicables aux délits de Droit International. 2- Les autorités juridiques qui exerceraient la compétence universelle en relation avec des délits de Droit International ne seront pas liées par rapport aux dispositions des États se référant à la prescription,

de lutte contre l'impunité. C'est pour cette raison qu'une imprescriptibilité doit être établie concernant les autres crimes internationaux contre les droits de l'homme comme la torture, afin qu'ils ne prospèrent pas comme source d'impunité²⁶⁶.

L'application abusive de la prescription et l'absence de législation interne sont ce qui fait que les crimes contre l'humanité soient des crimes imprescriptibles. A ce sujet P. Mertens déclare « l'application de la « loi d'oubli » n'est pas concevable pour des crimes qui ont été commis contre les droits de l'Homme, les Nations et l'Humanité, ces crimes sont imprescriptibles par essence. Si pour des raisons techniques, ces crimes ne peuvent, dans l'état actuel de l'évolution du droit positif, être réprimés autrement que sur le plan interne, cela doit être fait conformément au droit international et en lui reconnaissant la primauté qui lui est due²⁶⁷».

Il existe divers instruments juridiques qui signalent l'imprescriptibilité des crimes internationaux, entre autres :

- La résolution 2391 (XXIII) de l'assemblée générale de l'ONU en approuvant le 9 décembre 1968, la Convention sur la non-application de la prescription aux crimes de guerre et aux crimes contre l'Humanité, qui constate « que dans aucune des déclarations solennelles, actes et conventions visant la poursuite et la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité il n'a pas été prévu de limitation dans le temps ».

Cette résolution dispose dans son article I.b) « sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis (...) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix (...) même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis²⁶⁸».

A part cette Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, il existe également - la Déclaration de l'Assemblée Générale de l'ONU sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées²⁶⁹, ainsi que – la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité signée à Strasbourg du 25 janvier 1974.

l'amnistie, la grâce et autres mesures destinées à exclure la responsabilité(...) ». Cette proposition fut présentée en clôture du Congrès International: "Compétence Universelle au XXIe siècle", op, cit., p. 4

²⁶⁶ "Lutter contre l'impunité, actes du colloque tenu à Bruxelles", du 11 au 13 mars 2002, suivi de "Les Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale", p. 49

²⁶⁷ P. MERTENS, "L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'Humanité, Univ. De Bruxelles, 1974, p. 226.

²⁶⁸ La « Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité » est entrée en vigueur le 11 novembre 1970.

²⁶⁹ La Convention sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, fut adoptée le 18 décembre 1992 (A/Res. 47/133).

Dans le même sens on trouve l'article 29 du Statut de la CPI, qui établit que : "les crimes de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas".

Parallèlement au développement du droit international, l'imprescriptibilité des crimes internationaux est définie dans les différentes législations nationales, c'est ainsi que le Code Pénal Espagnol dans son article 131-4 dispose que « Les délits de lèse humanité et de génocide et les délits contre les personnes et les biens protégés en cas de conflit armé, ne seront en aucun cas prescriptibles ».

Il faut noter qu'avant que cet article soit amendé en 2003²⁷⁰, seule l'imprescriptibilité du délit de génocide était mentionnée.

Dans l'affaire Pinochet, le juge d'instruction conclut que les crimes contre l'humanité étaient « imprescriptibles par nature », indépendamment de leur incorporation dans le droit interne²⁷¹. Quant aux délits de terrorisme et de torture, ils sont prescriptibles au terme de 20 ans, selon ce qui est prévu à l'article 131-1 du code pénal.

Dans cette même affaire, le juge d'instruction considéra qu'en ce qui concerne le terrorisme il s'agissait d'un délit à caractère permanent²⁷² alors que la torture était un délit composé à la fois d'une agression de la dignité humaine ainsi que des actes qui permettent cette agression, par conséquent on ne pouvait parler de prescription d'une partie si l'autre n'était pas prescrite²⁷³.

En ce qui concerne la disparition forcée, le juge considéra que dans la mesure où c'était un crime continu et permanent, la prescription demeurait suspendue²⁷⁴. Le temps de la prescription ne court que quand l'infraction est terminée, le détenu libéré ou quand des éléments suffisants permettent de révéler la mort de la personne disparue²⁷⁵.

²⁷⁰ Alinéa modifié par la Loi Organique 15/2003, du 25 novembre

²⁷¹ Auto (décision judiciaire) de mise en jugement contre Pinochet du 18 décembre 1998

²⁷² En ce sens, citons l'Auto édictée par la Troisième section de la chambre pénale (Sección Tercera de la Sala de lo Penal) en date du 12 juin 1998 (intégralement confirmée par la décision par la session plénière, le 25 septembre 1998) considérant l'association illicite – et une organisation terroriste l'est comme délit permanent. (c'est l'auteur qui souligne) Audiencia Nacional, Auto (décision judiciaire) du 5 novembre 1, seizième raisonnement juridique.

²⁷³ Auto (décision judiciaire) de mise en jugement contre Pinochet du 18 décembre 1998

²⁷⁴ Antonio Cassese, Mireille Delmas-Marty, "Juridictions Nationale(...)", op, cit., p. 156.

²⁷⁵ Auto sur l'imprescriptibilité des actes imputés à Pinochet, 18 décembre 1998. Voir dans le même sens "La disparition forcée, un crime permanent: Cas Sandoval Rodríguez". Section 1, chapitre 1, troisième partie.

Section 2.

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PENALE SUJETTE À L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

La compétence universelle se trouve sujette à l'existence des obligations internationales émanant des conventions multilatérales qui autorisent les tribunaux nationaux à exercer leurs compétences sur des bases légales déterminées. C'est à partir de ces mandats institués dans ces instruments juridiques internationaux que sont définies les conditions et procédures nécessaires pour poursuivre et réprimer les crimes internationaux.

C'est ainsi qu'en Espagne l'article 23.4.h) de la LOPJ évoque les conventions et traités comme moyens d'application de la compétence universelle, puisque ces conventions obligent les États qui en sont parties prenantes à prendre en compte certains actes qui donnent forme à cette compétence universelle, tels qu'ils figurent dans la Convention sur le génocide de 1948, les conventions de Genève de 1949, la Convention Européenne de 1977 sur le terrorisme et la Convention de 1984 sur la torture.

A partir de ce qui précède, les crimes internationaux qui peuvent être poursuivis sur la base de l'article 23.4 de la LOPJ, reformée par la Loi Organique 1/2009, sont²⁷⁶ :

a) le génocide et le lèse humanité

b) le terrorisme

h) tout autre crime qui, selon les traités et accords internationaux, en particulier les conventions de droit international humanitaire et de protection des droits de l'homme, doivent être poursuivi en Espagne.

Ainsi donc, la compétence universelle en Espagne découle de la ratification de traités internationaux. "Une telle conception respecte la souveraineté des États puisque la compétence universelle ne s'impose qu'aux États qui y ont consenti."²⁷⁷

²⁷⁶Boletín Oficial del Estado, N° 266. Sec. I. pág. 92091. Loi Organique 1/2009 du 3 novembre, complémentaire de la loi de réforme de la législation procédurale pour la mise en œuvre de la nouvelle pratique judiciaire (la nuevaoficinajudicial), par laquelle est modifiée la Loi Organique 6/1985 du 1er juillet sur le pouvoir judiciaire ». Cette loi fut promulguée par Juan Carlos I, Roi d'Espagne.

En fonction de ce qui a été exposé ici, nous commencerons par traiter le crime du génocide en le faisant simultanément avec les crimes contre l'humanité, qui furent incorporés à la législation espagnole lors de la réforme de 2009 sous la forme juridique de crimes de lèse humanité (§1)

A la suite, analyserons le crime du terrorisme et de la torture (§2), le tout ayant été adapté pour son application à l'ordre juridique interne de l'Espagne

§1. LES POURSUITES DES CRIMES DE GENOCIDE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

L'idée s'est affirmée au cours du temps que le génocide est le plus grave délit contre l'Humanité, le crime des crimes, non seulement parce qu'il produit des actes illicites multiples et variées contre les êtres humains mais qu'il vise de plus à éradiquer d'une société certains des groupes humains qui la constituent. Il ne doit donc pas être perçu au sens d'un genre particulier de l'espèce générale des crimes de lèse Humanité. Le génocide et les crimes de lèse humanité sont deux types pénaux clairement et précisément différenciés, ce pourquoi il est nécessaire de faire l'analyse de ces deux crimes simultanément. C'est ainsi que sera procédé en premier à une analyse de la poursuite du crime du génocide (A) pour ensuite continuer avec l'analyse de la poursuite des crimes contre l'humanité (B) avant d'établir les différences entre ces deux crimes (C).

A. LA POURSUITE DU CRIME DU GENOCIDE

Au moyen de la Résolution 96 du 11 décembre 1946, l'Assemblée Générale des Nations Unies chargea le Conseil Economique et Social (ECOSOC) d'élaborer 'une convention contre le génocide, déclarant : "Le génocide est le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, comme l'homicide est le refus du droit à la vie des êtres humains; un tel refus bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité qui se trouve ainsi

²⁷⁷CASSESE Antonio, DELMAS-MARTY Mireille, Juridictions Nationales, op. cit., pag. 141

privée des apports culturels ou autres de ces groupes humains, et est contraire à la loi morale, ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies. On a vu être perpétrés des génocides qui ont entièrement ou partiellement détruit des groupes raciaux, religieux, politiques et autres....”.

La Convention pour la prévention et la sanction du délit de génocide²⁷⁸ dans son article 1 l'exprime ainsi : “Les parties contractantes confirment que le génocide, qu’il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, **est un crime du droit des gens**, qu’elles s’engagent à prévenir et à punir”. (la mise en gras est de l’auteur)

Dans l’article 2 il est déclaré: “ Dans la présente Convention, le génocide s’entend de l’un quelconque des actes ci-après, commis dans l’intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l’intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d’existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d’enfants du groupe à un autre groupe.”

Dans son article 5, elle indique : “Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article 3”

Ceci dit, le génocide²⁷⁹ est un délit de droit international qui, de par son essence juridique, est classé comme un crime international²⁸⁰ et qui se trouve lié au principe de compétence universelle.

²⁷⁸ La Convention pour la prévention et la sanction du délit de génocide, fut adoptée par la Résolution 260 A (III) de l’Assemblée Générale des Nations Unies à New York le 9 décembre 1948. Elle entra en vigueur, en conformité avec ce qui est stipulé au paragraphe second de l’art. 13, le 12 janvier 1951. L’Espagne adhéra à la CPSG le 13 septembre 1968 en formulant une réserve à la totalité de l’art. 9. Y, entrant en vigueur, le 13 décembre de cette année.

²⁷⁹Le concept de génocide fut utilisé pour la première fois par Rafael Lemkin dans son œuvre « Axis Rule in Occupied Europe », , Analysis of Government, Proposals for Redress, Carnegie Endowment for International

Dans son article 6, cette convention établit comme obligatoire la compétence universelle, laquelle doit être exercée par un tribunal du territoire où a été commis le délit ou, à défaut, par une cour pénale internationale dont les parties signataires de la Convention ont reconnu la juridiction²⁸¹.

La compétence universelle pour crime de génocide²⁸² trouve sa source non seulement dans un instrument conventionnel, mais aussi dans la coutume subséquente à cette Convention²⁸³.

Cet article comporte de plus l'engagement des États participants à prévenir et sanctionner ce délit et les oblige à incorporer à leur législation nationale les lois nécessaires pour punir toutes les personnes qui en sont coupables.

Dans le cas Pinochet, *l'Audiencia Nacional* a considéré que l'article 6 ne restreignait pas le fondement d'une juridiction sur la base de la compétence universelle²⁸⁴.

L'Audiencia Nacional reconnaît également la subsidiarité imposée par l'article 6 de la convention²⁸⁵. Rappelons qu'à partir de ce postulat *l'Audiencia Nacional* s'était déclarée dessaisie

Peace, Washington, 1944, p. 79 qui le définit comme la destruction de groupes nationaux, raciaux ou religieux, et lui attribua la qualité de crime international soumis au « principe de répression universelle » qui donne compétence aux tribunaux de n'importe quel État pour le poursuivre ». Ce néologisme provient, comme l'indique l'auteur lui-même, du mot grec *genos*, qui signifie « race », « tribu », y et le vocable latin « *cide* » qui signifie « tuer ». Voir dans le même sens « le génocide », en *Revue Internationale de Droit pénal*, 1946, n° 2, pp. 371, « Genocide as a crime under international law », en *American Journal of International Law*, vol. 41, n°1, 1947, pp. 147.

²⁸⁰M. Cherif BASSIOUNI, Introduction au Droit Pénal International, op., cit. Pag. 114.

²⁸¹Art. 6 de la Convention pour la Prévention et la répression du crime de Génocide. Voir supra, « Le crime de Génocide »: « Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés dans l'article III, seront jugées par un Tribunal compétent de l'État sur le territoire duquel l'acte fut commis, ou devant la cour pénale internationale qui serait compétente eu égard à celles des Parties contractantes qui auraient reconnu sa juridiction ». Voir infra, section 1, chapitre 2, troisième partie,

²⁸²Voir infra, « C- Le délit de Génocide et la Compétence de la juridiction espagnole ». Section 2. chapitre 1, deuxième partie: « Les fondements juridiques (...) »

²⁸³« Lutter contre l'impunité ». Actes du colloque tenu à Bruxelles, op, cit., p. 36

²⁸⁴Cas de l'Espagne contre les dictatures chilienne et argentine. Los documentos del Juez Garzón y *la Audiencia Nacional*. editorial Planeta, S.A., 1998, Barcelona, España, pág. 310. Arrêt de l'Audiencia Nacional du 5 novembre de 1998, op cit. , Fondement de Droit N° 2 : « L'article 6 de la convention annonce un Tribunal Pénal international et impose aux États membres l'obligation que les affaires soient jugées par les organes judiciaires de l'État sur le territoire duquel les délits furent commis. De plus il serait contraire à l'esprit de la convention qui cherche de la part des parties contractantes un engagement, au travers de leurs législations pénales respectives, **de poursuivre le génocide comme un délit de droit international et d'éviter l'impunité de crimes aussi graves** – prendre ledit article de la convention comme norme limitative de l'exercice de la juridiction exclusive de toute autre que celles prescrites. **Que les parties n'aient pas convenu la poursuite universelle du délit pour chacune de leurs juridictions nationales n'empêche pas l'établissement, par un État partie prenante, de ce type de juridiction pour un délit important dans l'ensemble du monde et qui affecte directement la communauté internationale, l'humanité entière, telle que l'entend la convention elle-même** ». (les mises en gras sont de l'auteur de la thèse).

²⁸⁵Ibidem. « On doit reconnaître, en raison de la prévalence des traités internationaux sur le droit interne (articles 96 de la Constitution Espagnole et 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités), que l'article 6 de la Convention pour la Prévention et la Répression du Génocide impose la subsidiarité de l'action de juridictions différentes de celles prescrites, de sorte que la juridiction d'un État devrait s'abstenir de s'exercer sur

de l'action contre les militaires guatémaltèques, sentence qui fit l'objet d'un recours devant le Tribunal Suprême qui confirma la subsidiarité ; par la suite est soumis un recours d'inconstitutionnalité au Tribunal Constitutionnel, lequel enlève toute valeur à la subsidiarité, faisant prévaloir le principe de concurrence.²⁸⁶

En 1968, l'Espagne adhère à la convention et en 1971 en vertu de la loi 44/1971, du 15 novembre. Elle fixe le délit de génocide dans l'article 137 du code pénal comme délit contre le droit de gens et le définit dans les termes suivants: "Ceux qui, avec l'intention de détruire, totalement ou partiellement, un groupe national ethnique, social ou religieux, auraient perpétré l'un quelconque des actes suivants (...)".

Le nouveau code pénal de 1995 classe à l'article 607 le génocide comme correspondant aux délits contre la communauté internationale et le définit en conformité avec la Convention de 1948, qui indique de son côté : "Dans la présente Convention, le génocide s'entend comme l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux".

C'est ainsi que se trouve concrétisé l'engagement inclus dans l'article 23.4 de la LOPJ, spécifiant les sanctions pénales pour le délit du génocide.

Il faut ajouter que la compétence universelle s'appuie non seulement sur

- la compétence pour être saisie des délits de génocide et de terrorisme commis par les accusés devant l'*Audiencia Nacional* d'Espagne que lui attribue ainsi l'art. 23.4 de la LOPJ,
- les normes pénales internes et internationales applicables
- et la jurisprudence du Tribunal Suprême sur la compétence universelle sur les délits énumérés dans l'article mentionné,

Mais aussi et surtout sur la Convention de 1948 elle-même. Et là, Eric DAVID, conclue que «L'art. VI de la Convention contre le génocide (1948) établit la compétence prioritaire du

des faits constitutifs de génocide, qu'il soient mis en accusation par les tribunaux du pays ou par un tribunal pénal international.

²⁸⁶Voir, Infra, "Le principe de subsidiarité", section 1, chapitre 2, troisième partie.

Tribunal du lieu où a été commis le délit, mais n'exclue d'aucune façon la compétence d'autres États », ²⁸⁷

Cette interprétation a été confirmée avec le Rapport de la sixième Commission de l'Assemblée Générale de l'ONU qui a précisé en liaison avec l'obligation énoncée dans la première partie de l'art. VI :

« C'est ainsi, en particulier, que [la première partie de l'art. VI] n'affecte pas le Droit de tout État de citer devant ses propres tribunaux l'un quelconque de ses citoyens pour des actes commis hors de son territoire ».

L'expression « en particulier » visait à réserver d'autres compétences extraterritoriales distinctes de la compétence personnelle active évoquée dans cet extrait du rapport. ²⁸⁸

Dans l'affaire Pinochet et dans celle des militaires argentins, les faits de génocide “invoqués concernaient des actes commis à l'encontre d'un groupe de personnes en raison de leurs opinions politiques ou de leur appartenance à un groupe social différencié” ²⁸⁹

Dans la Convention de 1948 n'apparaît pas le terme “politique”. Cela ne signifie pas qu'il soit exclus par la définition donnée dans ses articles 2 et 3, lesquels mentionnent les actes “perpétrés avec l'intention de détruire partiellement ou totalement un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel”. Autrement dit, il peut être pris comme un terme intrinsèque dans le cadre de cette définition ²⁹⁰.

Dans l'acte de mise en accusation de 98 militaires argentins du 2 novembre 1999, *l'Audiencia Nacional*, “considéra que l'interdiction des actes de génocide résulte non seulement de la convention de 1948, mais aussi du droit coutumier et du *Jus Cogens*” ²⁹¹

²⁸⁷Eric DAVID, “Principes de Droit des Conflits Armés, Bruxelles, Faculté de droit de la ULB, 1884, p. 621. Dans le même sens voir: S. GLASER “Droit international pénal conventionnel, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 108.

²⁸⁸Doc. ONU, 6a. Com. De l'A.G., sessions 131-132, I.XII.1948, pp. 685-700

²⁸⁹CASSESE Antonio et Mireille DELMAS-MARTY, *Juridictions...* op, cit., p. 147

²⁹⁰Le cas de l'Espagne contre les dictatures chiliennes et argentines, Les documents du juge Garzón et l'Audiencia Nacional, Editorial Planeta, S.A. 1988, pag. 316 (Rollo de Apelación 173/98, Sección Primera, Sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción Número Seis). “(...)Nous savons pourquoi dans la Convention de 1948 n'apparaît pas le terme “politique” ou l'expression “ou autres” quand il donne à l'art. 2 les caractéristiques des groupes qui sont objet de la destruction propre au génocide. Mais le silence ne vaut pas exclusion définitive (...) L'article 137 bis du Code Pénal espagnol abrogé et l'article 607 du Code Pénal actuel, inspirés par la préoccupation mondiale qui fonda la convention de 1948, ne peuvent exclure de leur classification des faits tels que ceux imputés dans cette affaire.”

²⁹¹«Auto» (décision judiciaire) d'accusation contre 98 militaires argentins du 2 novembre 1999. Procédure: Instruction 19/97-L. Terrorisme et génocide. Tribunal Central d'Instruction No. 5, Audiencia Nacional, Madrid.

Au même titre, on note l'arrêt Bosnie-Herzégovine c/ RFY de 1996 dans lequel la Cour internationale de Justice (CIJ) a affirmé : « (...) les droits et obligations consacrés par la Convention (sur le Génocide) sont des droits et obligations erga omnes. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque État de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la Convention.»

De cette façon la CIJ constata l'existence d'une norme coutumière antérieure à l'adoption de la Convention qui « universalise » la capacité à être saisi des crimes de génocide.²⁹²

B. LA POURSUITE DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

Le crime contre l'humanité est créé dans le Statut de Londres du 8 août 1945 par lequel fut instauré le Tribunal Militaire International de Nuremberg, comme conséquence des horreurs provoquées par la seconde guerre mondiale.

Le crime contre l'humanité naît en rapport de sa coexistence avec les autres crimes que la juridiction concède audit Tribunal, comme les crimes contre la paix et les crimes de guerre.

Bien que le crime contre l'humanité n'était pas encore incorporée à la loi interne espagnole au moment où ont eu lieu les actes de Pinochet, ce crime faisait déjà l'objet de règles juridiques dans la communauté internationale, donnant lieu ainsi à l'exercice d'une compétence universelle (1). Dans le cadre des crimes contre l'humanité il est important également d'aborder l'étude de la responsabilité individuelle pénale internationale (2), et de la non-rétroactivité de la norme pénale applicable (3).

²⁹²«Lutter contre l'impunité». Actes du colloque tenu à Bruxelles, op, cit, p. 36

1. La compétence universelle pour les crimes contre l'humanité

Le Statut du Tribunal Militaire International (TMI) de Nuremberg, créé pour juger et punir les grands criminels de guerre après la seconde guerre mondiale, fut le premier instrument juridique à définir dans son article 6-c), les “crimes contre l'humanité” de la façon suivante :

6-c) “Les Crimes contre l'Humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, ayant constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ou commis à la suite de tout crime entrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices ayant pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes définis ci-dessus sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan”.²⁹³

En tout cas, avant que l'article 6-c du Tribunal de Nuremberg n'en vienne à définir “les crimes contre l'humanité”, ceux-ci avaient déjà été traités dans la « clause Martens », laquelle invoqua les “lois de l'humanité”, reprise notamment dans les textes suivants :

- le Préambule de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907²⁹⁴-,

²⁹³Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg. Article 6: “Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article 1er ci-dessus pour le jugement et le châtiement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants. Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle : (a) ' Les Crimes contre la Paix ': c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, engagements ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent; (b) ' Les Crimes de Guerre ': c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires; (c) Les Crimes contre l'Humanité ': c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, (...) »

²⁹⁴Le Secrétaire Général de l'ONU, dans son rapport sur la constitution d'un Tribunal International chargé de juger “Les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie” depuis 1991, énuméra diverses conventions qui dans son opinion font partie du Droit International coutumier, à savoir:-Le Règlement de La Haye de 1907, -Le Statut du Tribunal Militaire international de Nuremberg de 1945, -La Convention sur le crime de génocide de 1948, -Les Conventions de Genève de 1949. La constatation par le Secrétaire General du caractère coutumier de ces

- de même que la Déclaration de mai 1915 des gouvernements de France, de Grande-Bretagne et de Russie dénonçant les massacres des Arméniens²⁹⁵ comme “crimes contre l’humanité et la civilisation”.²⁹⁶

Avec cette clause Martens la communauté internationale a commencé à se préparer à la notion de crime contre l’humanité. Cette clause déclarait : “En attendant qu’un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens, tels qu’ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité et des exigences de la conscience publique.”²⁹⁷

Les Nations Unies se sont prononcées sur la reconnaissance des crimes contre l’humanité, au moyen de diverses résolutions²⁹⁸.

Parmi elles figure la résolution 95 du 11 décembre 1946, où sont confirmés les “principes de Droit international” reconnus par le régime juridique du Tribunal de Nuremberg. Y figurait la reconnaissance que ces principes intégraient aussi le droit international coutumier

Avec également la Résolution de l’Assemblée Générale des Nations Unies 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973²⁹⁹ il devint manifeste qu’en reconnaissant les principes de Nuremberg au sein du droit international coutumier apparaissait le besoin d’une coopération internationale sur la détention, l’arrestation et l’extradition³⁰⁰ des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité³⁰¹.

instruments engage juridiquement tous les États conformément à l’art. 25 de la Charte de l’ONU, en effet le Conseil de sécurité approuva le Rapport du Secrétaire Général sans aucune réserve (S/Res. 827, 25 mai 1993, par. 2).

²⁹⁵HENZELIN Marc et ROTH Robert, *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation*. op, cit., p.30

²⁹⁶JUROVICS Yann. *Réflexions sur la Spécificité du Crime contre l’humanité*, op, cit. , pag. 5

²⁹⁷Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907.

²⁹⁸Ces Résolutions ont pour but de consacrer avec portée universelle le droit créé dans le Statut et dans la Sentence du Tribunal de Nuremberg (Nur. U.S. Mil. Trib, 4 Dec. 1947, *Justice Trial*, A.D., 1947, 282; Canada, High Court of Justice, 10 July 1989, *Regina v. Finta*, I.L.R., 82, p. 441). Son entrée en vigueur en Espagne fut déjà reconnue en ratifiant la Convention établie à Genève le 12. VIII.1949 (BOE 5.IX.1952 y 31. VII. 1979), qui dans son art. 85 renvoie expressément aux “Principes de Nuremberg” approuvés par l’Assemblée Générale de l’ONU de 11. XII. 1946.

²⁹⁹Voir infra, Section 1, Chapitre 2, troisième partie.

³⁰⁰Il existe un traité d’extradition et assistance judiciaire entre l’Espagne et le Chili, d 14.04.1992 (BOE 10.01.1995), qui établit dans son art. 3: “Donneront lieu à extradition, conformément aussi au présent Traité, les délits inclus dans les Conventions multilatérales dans lesquelles les deux pays seraient Parties”.

³⁰¹Fondements de l’explicitation des motifs de la plainte qui permet le mandat d’arrêt inconditionnel à l’encontre d’Augusto Pinochet Ugarte, Madrid 15 octobre 1998. “Fondement XV – L’extradition dans les cas de crimes

Le crime contre l'humanité se caractérise par le fait d'être commis de façon généralisée ou systématique, à l'incitation d'un gouvernement ou d'une organisation politique, sous forme d'attaque dirigée contre une population civile. Mais l'important est l'existence d'un plan ou d'une politique préconçus qui ne doivent pas nécessairement se produire seulement en temps de guerre³⁰².

Mais en même temps le crime contre l'humanité comporte un élément de connaissance. Autrement dit c'est le sujet actif qui décide de l'attaque contre la population civile, en suivant une politique de l'État ou en opérant au nom d'une organisation non étatique mais qui exerce le pouvoir politique de facto. Cela fait que pour exercer une poursuite contre ce sujet actif il faudra passer au-dessus du principe de territorialité, en internationalisant ainsi le crime contre l'humanité³⁰³.

C'est dire que ce genre de crime international qui génère une responsabilité pénale individuelle est en vigueur dans le droit international conformément au principe de droit intemporel "*tempus regit actum*" et aussi en référence à la "*opinio juris internacional*"³⁰⁴

Eu égard à cette *opinio juris internacional* il faut mentionner les précédents d'application de l'art. 6 c) du Statut du Tribunal de Nuremberg auxquels ont procédé divers États, puisque la conclusion importante nécessaire pour arriver à l'application universelle de ce précepte est qu'il ait été appliqué directement, outre par les tribunaux alliés après la IIe Guerre Mondiale, ultérieurement aussi par :

- Le Tribunal du district de Jérusalem et le Tribunal Suprême d'Israël dans le cas Eichmann (1961)³⁰⁵,

contre l'humanité. S'agissant des crimes contre l'humanité, la Déclaration de l'Assemblée Générale de l'ONU sur l'EXTRADITION des individus coupables de crimes de guerre et contre l'humanité, adoptée le 3 XII 1973 (résolution 3074 XXVIII), dispose que:

- dans son article 9 : "Lorsqu'ils coopèrent en vue du dépistage, de l'arrestation et de l'extradition d'individus contre lesquels existent des preuves qu'ils ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ainsi qu'en vue du châtime de ces individus s'ils sont reconnus coupables, les États agissent en conformité avec les dispositions de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration relative aux principes du droit international concernant les relations amicales et la coopération entre les États, conformément à la Charte des Nations Unies"

- et, dans son article 5 : "Les individus contre lesquels existent des preuves établissant qu'ils ont commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité doivent être traduits en justice et s'ils sont reconnus coupables, châtiés, en règle générale dans les pays où ils ont commis ces crimes. A cet égard, les États coopèrent pour tout ce qui touche à l'extradition de ces individus".

³⁰²Voir, infra, "Les éléments et la nature des crimes contre l'humanité", section 1, chapitre 2, troisième partie,

³⁰³Sentencia por crímenes contra la humanidad, caso Scilingo, op.cit., pag.91

³⁰⁴Ibidem, page 93

³⁰⁵Caso Eichmann.I.L.R., 36, pp.39-42, 45-48, 288, 295. Voir infra, Note 214

- Les tribunaux du Bangladesh dans le cas de la demande d'extradition à l'Inde d'officiers du Pakistan « pour des actes de génocide et crimes contre l'Humanité » (1971)³⁰⁶,

- le Tribunal Suprême des Pays Bas, dans l'affaire Menten (1981)³⁰⁷.

Citons aussi la Cour de Cassation de France dans le cas Barbie (1983), lequel permet l'application de cet art. 6.c) sur les critères suivants, parfaitement valides aussi pour cette affaire, puisqu'ils sont susceptibles d'être appliqués en Espagne et au Chili :

a) cette inculpation appartient à « un ordre répressif international auquel la notion de frontière est fondamentalement non pertinente»

b) La France a adhéré à l'application de cet ordre répressif, par exemple dans l'affaire Pinochet³⁰⁸,

c) la consécration, par la résolution de 13.II.1946 de l'Assemblée Générale de l'ONU, de la définition de crimes contre l'Humanité qui figure dans le Statut du Tribunal de Nuremberg,

d) la recommandation des Nations Unies aux États, de poursuivre ou extraditer les auteurs de tels crimes,

e) la conformité de tels textes avec les arts. 15.2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques³⁰⁹ et à l'art. 7.2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme³¹⁰, qui affirment que le principe de la non rétroactivité des lois pénales ne s'oppose pas à la poursuite et condamnation de personnes pour des faits réputés comme « criminels selon les principes généraux du Droit reconnus par la communauté des nations »³¹¹

Pour compléter, mentionnons le Tribunal Supérieur de Justice de l'Ontario (Canada) dans le cas Finta (1989)³¹².

D. Thiam, Rapporteur spécial de la Commission de Droit International de l'ONU, affirme : « un acte inhumain commis contre une seule personne pourrait constituer un crime contre l'Humanité s'il se situait dans un système ou s'il était exécuté selon un plan, ou présentait un

³⁰⁶C.I.J. Annuaire 1973-1974, p. 125.

³⁰⁷N.Y.I.L., 1982, pp. 401 y ss.

³⁰⁸Voir, infra, "L'affaire Pinochet devant la Cour d'assises de Paris". Section 2, chapitre 2, deuxième partie.

³⁰⁹El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.XII.1966, se encuentra ratificado por Chile y España (BOE 30.IV.1977). Voir infra, (Section 1, Chapitre 2, troisième partie)

³¹⁰Convention pour la protection des Droits Humains et des Libertés Fondamentales, faite à Rome le 4 XI. 1950, ratifiée par l'Espagne (BOE 10 X. 1979 y 30 IX. 1986).

³¹¹Voir, infra, "Le principe de légalité en Droit International Pénal: Nullum Crimen Sine Jure: Application dans le cas Scilingo", Section 1, Chapitre 2, troisième partie,

³¹²10.5. 1989, I.L.R., 82, 438 ss.

caractère répétitif ne laissant aucun doute sur les intentions de son auteur (...) Un acte individuel pourrait constituer un crime contre l'Humanité s'il s'inscrivait dans un ensemble cohérent et une série d'actes répétés et inspirés par le même mobile : politique, religieux, racial ou culturel »³¹³

Une des caractéristiques des crimes contre l'Humanité est leur caractère massif ou systématique. Le caractère systématique se réfère à une pratique constante tandis que le caractère massif se réfère à un nombre élevé de personnes, sans que ce nombre soit précisé³¹⁴. C'est pour cela que la « pratique systématique » des disparitions forcées est celle qui « a la nature de crime contre l'Humanité »³¹⁵. La jurisprudence internationale contemporaine à ce sujet a exprimé : « (...) un individu qui commet un crime contre l'humanité contre une seule victime ou un nombre limité de victimes peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité si ces actes font partie du contexte spécifique identifié ci-dessus [attaque généralisée ou systématique] »³¹⁶

Un autre point à faire ressortir dans le Statut du Tribunal de Nuremberg est que:

-son art. 6 in fines dispose que les dirigeants ayant participé à un plan pour commettre des crimes contre l'Humanité sont responsables des actes commis par d'autres en exécution de ce plan,

-son art. 7 établit que la situation officielle d'un accusé comme chef d'État, de Gouvernement ou haut fonctionnaire ne lui concède pas d'immunité ni suppose une circonstance atténuante,

-son art. 10 affirme « en tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupe ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque signataire auront le droit de faire comparaître tout individu devant les tribunaux (...), en vertu de son affiliation à ce groupe ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupe ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra pas être discuté ».

Ce qui précède s'applique à l'affaire Pinochet, en prenant en compte que la « Dirección de Inteligencia Nacional » (DINA) fut qualifiée comme « organisation criminelle » dans la

³¹³Rapport C.D.I., 1989, p.

³¹⁴Anne-Marie LA ROSA, "Dictionnaire de droit international pénal", Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 23.

³¹⁵A/Res. 47/133, 18 dic. 1992, préambulo, considerando 4°

³¹⁶Le Procureur c/ Mksi'c, Radi'c et Sljivancanin, cas N° IT-95-13-R61, Décision sur l'examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, pp. Au registre du greffe 312-293 (3 avril 1996), par. 30. Dans le même sens voir: rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48^e session (6 mai-26 juillet 1996), Ibidem. P. 11).

Sentence de la Cour Suprême du Chili du 30 mai 1995 (affaire Letelier)³¹⁷, et aussi comme ce fut analysé dans les raisonnements juridiques de l' «Auto» (décision judiciaire) du 3 novembre 1998 prononcée par l'*Audiencia Nacional*³¹⁸.

C'est ainsi que la compétence universelle pour crimes contre l'Humanité est prévue par la coutume internationale. L'existence de cette coutume peut être fondée sur différentes sources, telles que les Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, le Statut de la Cour pénale internationale et la jurisprudence.

De nombreuses Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies qui impliquent l'*opinio juris* des États, énoncent l'existence d'une compétence universelle en cas de crimes contre l'Humanité. Par exemple la Résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre de 1973 elle-même qui établit, dans son paragraphe 1 que :

“Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés”.

On trouve aussi dans le même sens la résolution 3 (I) du 3 février 1946, 170 (II) du 31 octobre 1947 ou 2840 (XXVI) du 18 décembre 1971, laquelle établit l'application d'une compétence universelle au cas où se présente un crime contre l'Humanité.

Par ailleurs, le préambule du Statut de la Cour pénale internationale, dans ses paragraphes § 4 à §6, institue la compétence universelle pour les crimes mentionnés dans son Statut, parmi eux le crime contre l'Humanité. Ce Statut de la CPI, apparaît comme l'expression du Droit coutumier.

Avec l'affaire Pinochet, la jurisprudence s'est aussi manifestée en ce sens. C'est ainsi que dans cette affaire figure la décision du juge d'instruction D. Vandermeersch, dans son ordonnance du 6 novembre 1998, où il affirme le caractère coutumier de la compétence universelle pour crime contre l'humanité. Egalement dans l'affaire Congo/Belgique, mandat

³¹⁷Joan E. Garcés “Pinochet, ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal Internacional”, op. cit., p. 5
Información encontrada en <http://www.derechos.org/koaga/m/5/garces.html>. Dernière visite le 5 mars 2012.

³¹⁸Razonamiento jurídico decimocuarto, Procedimiento: Sumario 19/97 –Juzgado Central de Instrucción N° cinco, Audiencia Nacional Madrid, 3 novembre 1998. Voir infra, Section 1, chapitre 1, deuxième partie.

d'arrêt du 11 avril 2000 traitée par la CIJ, les opinions individuelles et dissidentes furent unanimes à accepter la compétence universelle quand il s'agit de crimes contre l'Humanité.³¹⁹

Concernant l'Espagne, dans la réforme de l'article 23.4 de la LOPJ (novembre 2009), nous avons mentionné l'introduction des crimes contre l'humanité dans l'alinéa a), lesquels étaient déjà caractérisés dans le code pénal espagnol.

Initialement, il existait une incompatibilité du droit interne espagnol en vigueur face au droit international, jusqu'au 1er octobre 2004 où furent inclus dans le Code Pénal les crimes contre l'humanité, qui existaient déjà dans divers instruments juridiques internationaux comme le statut de Nuremberg, ainsi que dans le statut du tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, celui pour le Rwanda, ou le Statut de la Cour Pénale Internationale.

C'est pourquoi, l'unique type pénal existant de délit contre l'humanité était constitué du génocide prévu à l'article 173 bis, introduit avec la loi 44/71, puis par la suite dans l'article 607 du code pénal de 1995³²⁰.

C'est dire qu'il manquait une réglementation concrète des autres formes de crimes contre l'humanité qui existent en droit international coutumier ou qui sont établis par les conventions. Par conséquent ils ne pouvaient être pris en considération qu'à partir du délit de génocide, en ajustant le concept technique à l'évolution des crimes contre l'humanité auxquels la communauté internationale se voyait confrontée.

La définition du crime de lèse humanité³²¹ dans le code pénal espagnol était établi sur la base de l'exécution d'un fait concret: homicide, tortures, détentions illégales etc., dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile ou contre une partie de celle-ci, considérant comme délit de lèse humanité l'accomplissement de tels faits :

- "1° En raison de l'appartenance de la victime à un groupe ou ensemble de personnes poursuivi pour des motifs politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels, religieux, ou d'autres types ou motifs reconnus universellement comme inacceptables au regard du droit international;

³¹⁹“Lutter contre l'impunité”, Actes du colloque tenu à Bruxelles, du 11 au 13 mars 2002, suivi de “Les Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale”, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 36-37

³²⁰Antoni PIGRAU SOLE, “La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: La persecución del Genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales”. Colección “Recerca x Drets Humans”, 3 Barcelona, diciembre de 2009, pag 89

³²¹Sur la différence entre le crime contre l'humanité et le crime de lèse humanité, voir, supra, introduction generale

- 2° Dans le contexte d'un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématique d'un ou plusieurs groupes raciaux et avec l'intention de maintenir ce régime³²².

Ce qui précède confirme en premier lieu qu'est consacré en Droit international l'aspect coutumier de la compétence universelle pour les crimes contre l'Humanité³²³, lequel a été introduit dans les diverses législations internes comme celle de l'Espagne, contribuant ainsi à la lutte contre l'impunité.

2. Les Crimes contre l'Humanité et la responsabilité Individuelle pénale internationale

Les crimes internationaux, tels que le génocide, les crimes de guerre, les crimes d'agression et les crimes contre l'humanité, entraînent le principe de la responsabilité pénale individuelle³²⁴, lequel découle du droit international lui-même.

Depuis les jugements de Nuremberg il a été reconnu dans la sphère internationale qu'existaient des devoirs incombant aux individus en vertu du Droit international. Pouvaient ainsi être sanctionnés les individus pour avoir violé ce Droit (certains auteurs en déduisent que l'individu est sujet de Droit international, bien qu'avec une subjectivité limitée au titre de sa fonction, qui dérive d'un côté de cette responsabilité, et de l'autre de la reconnaissance de Droits humains dans des traités et de sa légitimation active internationale face à l'État)³²⁵.

La responsabilité pénale Internationale ne peut pas se trouver limitée par l'immunité³²⁶, les lois d'amnistie³²⁷, ni la prescription³²⁸ quand il s'agit de crimes contre l'Humanité.

³²²Code pénal espagnol (Loi Organique 10/1995, du 23 novembre, du Code pénal), titre XXIV. Délits contre la communauté internationale, Chapitre I, Délits contre le droit des gens. Art. 607, Chapitre II Bis des Délits de Lèse Humanité. Art. 607 bis.

³²³Lutter contre l'impunité", op, cit., p. 37

³²⁴Le thème de de la responsabilité pénale individuelle internationale, sera largement traité dans le titre "L'obéissance due et la responsabilité pénale individuelle", section 1, chapitre 2, troisième partie. Pour cela sous le présent titre nous ferons seulement une introduction du thème en tant que tel.

³²⁵Voir infra, "L'obéissance due et la Responsabilité pénale individuelle", section 1, chapitre 2, troisième partie.

³²⁶Voir infra, "L'absence d'immunité dans l'affaire Pinochet, une condition pour la justice internationale", section 2, chapitre 1, deuxième partie;

³²⁷Voir infra, "La loi d'amnistie du Chili (Décret-Loi 2191 de 1978) face à l'impunité", chapitre 1, troisième partie; et "L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité", dans ce même chapitre, section 1.

³²⁸Voir supra, "La prescription", section 1, chapitre 2, première parti. Egalement voir infra, « L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité", Section 1, chapitre 1, troisième partie.

C'est ainsi que la loi Organique du Pouvoir Judiciaire d'Espagne prévoit certaines circonstances qui empêchent l'exercice de la compétence des juridictions pénales espagnoles. Par exemple figure l'article 21-2 de ladite Loi qui reconnaît une limite à la compétence territoriale espagnole pour "(...) l'immunité de juridiction et d'exécution établie par les normes de Droit International Public"³²⁹.

Le Tribunal Constitutionnel espagnol indique que les immunités internes, ont pour objet de protéger une fonction garantie par l'ordre constitutionnel³³⁰. Les immunités établies dans la constitution se limitent seulement à protéger l'exercice de leurs fonctions³³¹. Par conséquent, quand il s'agit de crimes internationaux, dans laquelle se présente une responsabilité pénale, ceux-ci ne se trouvent pas inclus dans l'exercice de leurs fonctions.

3. La non-rétroactivité de la norme pénale applicable

Toutefois dans la pratique, la poursuite des crimes contre l'humanité se heurte à la difficulté dans le cadre international de la non-rétroactivité de la norme pénale applicable.

Ainsi la disposition juridique espagnole art. 607 bis du C.P. se référant aux crimes contre l'humanité, assujettit la non-rétroactivité à son entrée en vigueur au moment de la constitution des faits. Il faut se rappeler que l'article 25 de la Constitution espagnole, établit que: "(...) Personne ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou omissions qui au moment où ils se produisent ne constituent pas un délit (...)". Et cela est une interdiction générique qui s'applique dans quasiment tous les pays du monde. C'est le cas par exemple de la Colombie qui dans l'article 29 de sa constitution déclare que "Personne ne pourra être jugé sinon conformément à des lois préexistantes à l'acte qu'on lui impute (...)". C'est pourquoi il y a toujours eu une discussion sur le principe de légalité confronté à la non-rétroactivité de la norme pénale.

Nul ne peut être sanctionné sinon en vertu d'une loi écrite (*lex scripta*), qui existe avant le fait qui motive le procès (*lex previa*), qui décrit avec précision le comportement délictueux (*lex certa*), qui exclut l'application analogique (*lex stricta*) et ne permet pas l'imposition de peines

³²⁹Ley Orgánica del Poder Judicial –L.O.P.J.-. Libro I "De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales". TITULO I. "De la extensión y límites de la jurisdicción". Art. 21. No. 2

³³⁰STC 206/1992 du 27 novembre; STC 51/1985 du 1er avril

³³¹Voir "El Mundo", jeudi 20 avril 2000, p. 8/9, El rey y el TPI.

non prévues avant l'accomplissement du délit (*nulla poena sine lege*). Ce sont les éléments cardinaux du principe de légalité³³².

Le principe de légalité pénale “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, en droit pénal international se décline comme “*nullum crimen sine jure*”³³³. Ce qui signifie qu'on considère l'intégralité du droit international, quand bien même il ne serait pas spécifié dans le droit interne³³⁴.

Le principe II du Statut du Tribunal de Nuremberg permet d'affirmer l'existence des délits internationaux indépendamment du fait qu'ils soient établis ou non dans l'ordre juridique d'un État. « Le fait que le droit interne n'impose aucune peine pour un acte qui constitue un délit de droit international, n'exempte pas de responsabilité en droit international celui qui l'a commis. » Par conséquent, il est possible de qualifier de crime contre l'humanité des infractions définies en droit interne comme génocide, terrorisme, torture³³⁵.

Mais c'est l'article 6-c du Statut du Tribunal de Nuremberg qui permet de désigner les crimes contre l'humanité comme des délits de droit international sans avoir pour autant à tenir compte du principe de *nullum crimen sine lege*, car on ne pouvait laisser sans châtement certaines conduites atroces, en contribuant ainsi à l'ordre juridique international³³⁶.

En tous cas la conduite de crime contre l'humanité a été sanctionnée au cours du temps par le droit international car il s'agit d'une règle de *jus cogens* aux effets *erga omnes*.

Par ailleurs les tribunaux nationaux, depuis la fin de la seconde guerre mondiale ont édicté des jugements concernant des responsables de crimes internationaux, les condamnant pour de tels crimes et leur appliquant, pour chacun des faits illicites commis, les peines prévues dans leur législation.

C'est précisément ce que font les tribunaux espagnols. Ils condamnent les accusés de crime de lèse humanité et leur appliquent la peine correspondant à chacun des délits commis, bien que le crime de lèse humanité n'ait pas été défini dans la législation au moment des faits.

³³²OLLÉ SESÉ Manuel, Justicia Universal para Crímenes Internacionales, op. cit., pag. 165

³³³Ibidem page 161. Aussi voir, infra, “Le principe de légalité en Droit International Pénal: Nullum Crimen Sine Jure: Application dans le cas Scilingo”. Section 1, chapitre 2, troisième partie.

“Les éléments et la nature des crimes contre l'humanité” et “l'application de la notion de crimes contre l'humanité dans l'affaire Scilingo”.

³³⁴Sentence cas Silingo, Audiencia Nacional, 2005, op. cit, fj. 1).2., pag. 96

³³⁵CASSESE Antonio, DELMAS-MARTY Mireille, Juridictions Nationales, op.cit, pag.151.

³³⁶Hernan BURGOS SALINAS, “La jurisdicción internacional”. Revista Chilena electrónica de Derecho. Versión On-line ISSN 0718-3437.V. 34 No. 1 Santiago de Chile, abr. 2007, pag. 112

Rappelons que le délit de lèse humanité fut introduit dans le code pénal espagnol – article 67 bis – en octobre 2004 et dans la loi organique sur le pouvoir judiciaire – article 23.4 – avec la réforme de novembre 2009.

La même règle doit régir les délits constitutifs du génocide, qui lui aussi est défini et incorporé au droit interne espagnol.

Un autre point qui prévaut face aux crimes contre l'humanité et qu'il convient de souligner dans le droit international est leur nature, puisqu'ils présentent un aspect conventionnel et un autre coutumier³³⁷. Comme nous l'avons dit, l'aspect conventionnel recouvre toute la normativité figurant dans les traités et conventions internationaux, tandis que l'aspect coutumier recouvre tous les usages établis mais qui n'avaient pas encore été codifiés.

De telle sorte que dans cet aspect conventionnel, les instruments d'ordre juridique international comme le Statut de la Cour Pénale Internationale ou les Statuts des Tribunaux ad-hoc pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, ont repris ces règles qui font partie du *Jus Cogens* international.

Par ailleurs il convient d'analyser que l'article 6-c du Statut de Nuremberg n'apportait pas une précision absolue sur la catégorisation des comportements concernés. Cependant divers éléments existaient déjà dans le cadre international pour avoir une certaine idée que ces comportements étaient constitutifs d'un crime contre l'humanité et affectaient non seulement le droit interne mais aussi le droit international. Autrement dit, avec cette norme sur les crimes contre l'humanité, non seulement on sait ce qui constitue la responsabilité individuelle de son auteur ou de ceux qui y ont pris part, mais on regarde aussi l'application du droit pénal international pour ces façons d'agir³³⁸.

Un autre point important qu'il faut mentionner est ce que déclare l'article 7 la Convention Européenne des Droits de l'Homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, sur le principe de légalité pénale.³³⁹

Ressort également l'intégration du droit international dans le droit interne. La norme pénale interne doit s'ajuster à la norme pénale internationale, pour qu'elle permette de punir les

³³⁷ Sentence cas Silingo, op, cit., fj. 1).2., page 98 importante

³³⁸ Hernán BURGOS SALINAS. La Jurisdicción Internacional, op, cit., pg. 113

³³⁹ Voir, infra, section 1, chapitre 2, troisième partie,

crimes contre l'humanité. Ainsi en Espagne, le délit de lèse humanité s'appliqua au cas Scilingo puisqu'il se trouvait inclus dans l'article 607 bis du code pénal³⁴⁰.

Aussi, dans la même affaire, face au principe de légalité pénale, tant l'article 25 de la Constitution espagnole que l'ensemble des normes internationales ont été respectés, puisque c'est le principe de justice internationale qui a prévalu³⁴¹.

Quant au principe de non-rétroactivité de la loi pénale dans l'affaire Pinochet, le Ministère Public déclara que la juridiction espagnole ne pouvait pas se saisir de faits imputés à Pinochet puisque la législation organique, ayant un caractère punitif, ne pouvait pas être rétroactive si elle était défavorable (art. 9-3 CE)³⁴²

Au sujet de la rétroactivité de la loi pénale, l'*Audiencia Nacional* considéra que l'article 23-4 de la LOPJ n'était pas une norme punitive mais une norme procédurale³⁴³. La juridiction est le présupposé du procès et non du délit, ce qui veut dire qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la loi de 1870³⁴⁴ pour étayer la juridiction espagnole³⁴⁵. Cette situation se présente ainsi face aux actes de torture. Après la réforme de 1995, l'article 174 du code pénal définit la torture en

³⁴⁰Sentencia, Casación, del Tribunal Supremo du 1er octobre 2007, affaire Scilingo, pp, 53-55 « Dans le paragraphe 6 du fondement juridique 1 a) qui rejette la qualification de la totalité des accusations (sans préjudice que certaines des conclusions définitives, au contraire, considèrent que les faits étaient constitutifs d'un délit de lèse humanité dont les faits sont intégrables dans le délit de génocide. Le tribunal soutient qu'au moment de la production du fait et jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 607bis du CP il était juste de le classer comme génocide. Mais qu'actuellement, l'introduction dans notre CP de la classification de lèse humanité, plus ample, oblige à réinterpréter le délit de génocide de manière très stricte et restreinte (p84), c'est pourquoi le délit de lèse humanité est celui qui résulte le plus correct juridiquement, en plus d'être applicable actuellement (FJ1, 4, 3.1, p 109). Voir, infra, section 1, chapitre 2, troisième partie, affaire Scilingo

³⁴¹Ibidem, page 114 « (...) dans lequel est parfaitement reconnu que la qualification de crime contre l'humanité était traditionnellement applicable, idée sur laquelle à notre avis existe un consensus total de la communauté internationale. Par rapport à la dernière question énoncée, il faut dire que seul un traitement superficiel et contraire à sa raison d'être elle-même, considéré avant tout comme un principe de justice, de l'important sujet du respect du principe de légalité pénale, permettrait de mettre en question l'applicabilité du précepte pénal concerné – art. 607Bis CP, qui pour toutes ces raisons ne porte atteinte ni à l'article 25 de la Constitution Espagnole, ni à aucune des normes internationales de protection des droits de l'Homme ». Dans le même sens, El caso de España contra las dictaduras Chilena y Argentina, Los documentos del Juez Garzón y la Audiencia Nacional. Op, cit., « Le principe de légalité (article 25 de la Constitution Espagnole) impose que les faits soient un délit – conformément aux lois espagnoles, selon l'article 23 paragraphe quatre, tant mentionné – au moment de leur survenue, que la peine qui peut être imposée soit déjà déterminée par une loi antérieure au crime, mais non que la norme de juridiction et de procédure soit préexistante au fait jugeable. La juridiction est un présupposé du procès, pas du délit ».

³⁴²Voir infra, « Les fondements juridiques mis en cause par le Mandat d'arrêt international aux fins d'extradition contre Pinochet », premier chapitre, deuxième partie. (p. correspondant à ce qu'a déclaré le ministère public).

³⁴³« Auto » (décision judiciaire) du 5 novembre 1998, Rollo de apelación 173/98, Sección Primera, Sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción Número Seis, fondement juridique n°3.

³⁴⁴Voir supra, « Introduction du principe de la compétence internationale pénale dans l'ordre juridique interne espagnol », Section 2, chapitre 1, première partie.

³⁴⁵Antonio CASSESE, Mireille DELMAS-MARTY, « Juridictions Nationales et Crimes Internationaux », Paris, Presses Universitaires de France – PUF, 2002, p. 157

termes similaires à ceux de l'article 4 de la Convention de 1984³⁴⁶. Le juge d'instruction (Le juge Garzón) considéra ainsi que l'article 15-2 du Pacte des Nations Unies³⁴⁷ n'empêche pas le jugement des faits qui au moment où ils furent commis, étaient délictueux au sens des principes généraux du droit reconnus par la Communauté internationale³⁴⁸

C. DIFFERENCES ENTRE CRIMES CONTRE L'HUMANITE ET GENOCIDE : L'ASPECT « POLITIQUE » MIS EN LUMIERE DANS L'AFFAIRE PINOCHET

Dans la convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité³⁴⁹, le concept de crime contre l'humanité est renommé crime de lèse humanité, il est dit qu'il peut être commis en temps de paix ou en temps de guerre, pour arriver à sa définition comme nous l'avons vu, dans l'article 7 de la Cour Pénale Internationale³⁵⁰ qui stipule :

“Aux fins du présent Statut, on entend par crime de lèse humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque”. Et le texte poursuit en nommant ces actes par exemple : l'extermination, la torture, la persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, la disparition forcée de personnes, le crime d'apartheid, etc.

Par conséquent ces délits constituent des actes illicites, et acquièrent le caractère de crimes de lèse humanité lorsqu'ils sont commis comme élément d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile.

La persécution, qui fait partie des délits de lèse humanité, trouve ses différences avec le délit de génocide dans les faits suivants :

- Dans la persécution, on persécute le groupe mais le but n'est pas sa destruction.

³⁴⁶Convention contre la torture. Art. 4.

³⁴⁷Voir infra, Section 1, Chapitre 2, troisième partie

³⁴⁸«Auto» (décision judiciaire) de procès contre 98 militaires argentins, 2 novembre 1999. Procédure: Instruction 19/97-L. Terrorisme et génocide. Tribunal Central d'Instruction No. 5, Audiencia Nacional, Madrid.

³⁴⁹Résolution 2391 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 26 décembre 1968, par laquelle furent déclarés imprescriptibles les crimes de guerre, l'apartheid, l'expulsion ou occupation par attaque armée, les crimes de lèse humanité, le génocide.

³⁵⁰M. OLLÉ SESÉ Manuel, Justicia Universal para Crímenes Internacionales, op. cit, p. 529

- Les motifs qui conduisent à commettre le crime sont déterminants pour caractériser son type pénal, ce qui est sans importance pour le génocide.
- Il faut que la poursuite du groupe ait un lien avec d'autres délits, ce qui n'est pas le cas avec le crime de génocide.

Toutefois entre, d'une part le génocide qui cherche à éradiquer des groupes humains d'une société, et d'autre part les crimes de lèse humanité compris comme n'importe quel acte criminel perpétré de manière généralisée ou systématique contre la population civile qui affecterait directement les biens juridiques individuels des personnes, on considère le génocide comme un type spécifique et le crime contre l'humanité comme un type générique.

C'est dire que le génocide et les crimes de lèse-humanité sont deux types pénaux différents³⁵¹.

Le concept de crime contre l'humanité fut intégré au droit international dans l'article 6.c du Statut de Nuremberg, en relation avec les crimes contre la paix (6.a) ou les crimes de guerre (6.b). Ce qui revient à dire que les crimes de lèse humanité ont toujours été liés à un contexte de guerre, ce qui n'est pas le cas du crime de génocide³⁵².

L'Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 96 du 11 décembre 1946, fit la distinction entre les crimes indiqués dans l'article 6.c et ceux constituant le crime de génocide, qui cherche la destruction totale ou partielle de groupes humains.

Lors de la VIIIème Conférence de Bruxelles, Georges SAWICKI³⁵³, Procureur Général de Varsovie, soutint que :

“Le génocide est une forme qualifiée, la plus brutale et dangereuse, du crime contre l'humanité, qui présente avec celui-ci des différences quantitatives et qualitatives, notamment en ce qui concerne l'intention. Le génocide se propose, en effet, d'exterminer le groupe, qu'il y ait ou non beaucoup de victimes, alors que le criminel contre l'humanité peut assassiner un nombre énorme d'êtres humains sans but d'anéantissement collectif”.

Nous basant sur ce qui précède, nous aborderons l'analyse des différences entre le génocide et les crimes contre l'Humanité en prenant trois points essentiels : Une absence de convention (1), le génocide et l'aspect politique (2), pour arriver à l'aspect « politique » mis en lumière dans l'affaire Pinochet (3).

³⁵¹Ibidem, p.492

³⁵²Arrêt Casación Scilingo, op, cit., página 59

³⁵³Ibidem, page 61

1. L'absence de convention

Concernant le crime contre l'Humanité et sa différence par rapport au crime du génocide, il n'existe pas de convention générale relative aux crimes contre l'Humanité. Existente deux conventions en rapport avec l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Ce sont :

- la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, signée à New York le 26 novembre 1968. 53 États seulement l'ont ratifiée;
- et la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre établie à Strasbourg le 25 janvier 1974. Seuls trois États (Belgique, Pays-bas et Roumanie) ont ratifié cette convention³⁵⁴.

En tout cas, comme déjà exposé, le concept de crimes contre l'humanité a été exprimé dans plusieurs instruments de nature internationale comme

- le Statut du Tribunal de Nuremberg, qui fut le premier instrument juridique international à définir ce concept,
- les tribunaux ad hoc pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda³⁵⁵,
- ainsi que le statut de la Cour Pénale Internationale,
- et aussi dans les projets de la Commission du droit international de 1994 sur la création d'un tribunal pénal international, et de 1996 sur la création d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.³⁵⁶

2. Le génocide et l'aspect « politique » :

L'aspect politique est un autre point à souligner parmi les différences entre génocide et crimes de lèse humanité, car dans le génocide, outre l'aspect subjectif du groupe humain, peuvent exister d'autres motivations, par exemple économique, historique, politique, etc.

Le Tribunal Suprême d'Espagne dans un paragraphe de la sentence relative au recours en appel dans le cas Scilingo, que nous avons cité, déclare qu'il est vrai que Scilingo fut auteur

³⁵⁴BOSLY Henry D et VANDERMEERSCH Damien, Génocide, Crimes contre l'humanité et Crimes de guerre face à la justice, Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux. Bruylant, Bruxelles, 2012, page 32

³⁵⁵Ibidem

³⁵⁶Voir, infra, section 1, chapitre 2, troisième partie.

matériel d'un délit de génocide en raison de l'élément "politique"³⁵⁷. Il est expliqué qu'en première instance cette affaire fut jugée par l'Audience Nationale, qui finalement condamna Adolfo Scilingo pour des délits de lèse humanité au lieu de génocide, terrorisme et tortures, en application de l'article 607 bis du Code Pénal. Parmi les arguments de l'Audience Nationale figure que les crimes contre l'humanité étaient inclus dans la coutume internationale lorsque les faits se sont produits et qu'ainsi le principe de légalité ne serait pas violé.

L'élément politique a été très présent dans le droit international, comme dans les cas du Tribunal de Nuremberg avec son Statut de Londres, et du Tribunal de Tokyo avec sa charte de Tokyo, mais il est également présent dans le contexte des crimes de lèse humanité comme dans le Statut de Rome.

On a longuement discuté dans la doctrine si l'extermination de groupes politiques fait partie du crime de génocide.

Dans les travaux qui précédèrent l'élaboration de la convention sur le génocide a été pris en compte le "groupe politique".

Il faut se rappeler que Cuba, l'Inde et Panama, comme États membres des Nations Unies, furent ceux qui exercèrent leur influence pour qu'on reconnaisse le génocide comme "crime du droit des gens" ou crime international³⁵⁸.

Cette position fut adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies donnant lieu à la résolution 96 (I)³⁵⁹, où il est reconnu que le génocide est un crime international et qui propose

³⁵⁷Ibidem, page 73 : «En effet, comme nous l'avons établi, dans le factum de la sentence il est décrit comment la finalité qui présida aux actions criminelles fut la destruction d'un groupe national : « projeter, développer et exécuter un plan systématique de séquestration, torture, disparition et, finalement, élimination physique de toute la partie des citoyens qu'ils suspectaient d'être « subversive », entendant par cela ceux qui par leur manière de penser, leurs activités, relations ou appartenance politique s'avéraient être incompatibles avec leur projet politique et social. La sélection de ceux qui seraient considérés comme subversifs se ferait en fonction de leur participation à certaines activités et secteurs, essentiellement pour des motifs politiques et idéologiques, bien que les motifs ethniques et religieux aient également influé ». (HP. 1.1 p. 25) « C'est pourquoi, à partir de cette date – 6 octobre 1975 – les plus hauts responsables militaires des trois armes, de la police et des services de renseignement finalisèrent de manière coordonnée les préparatifs pour la prise de pouvoir et le développement à grande échelle du plan d'élimination et de disparition systématique de personnes de différents blocs de population, les classant soit par leur profession, leur appartenance idéologique, religieuse, syndicale, corporative ou intellectuelle, et même ethnique, et qui concernerait les étudiants, travailleurs,... sous prétexte qu'ils développeraient, ou participeraient à, des activités supposées terroristes et contraires à ce qu'ils appelaient « la morale occidentale et chrétienne ». Ce fut aussi l'occasion de répression pour motif religieux contre tous ceux qui n'appartenaient pas ou divergeaient de la doctrine « officielle » catholique, telle que la comprenait le commandement militaire ». (HP 1.2, p.27) « (...). *Ceux qui auraient à exécuter le coup militaire imminent estimaient nécessaire l'élimination physique du groupe national opposé à leur idéologie ou à leur projet* ». (HP 1.2, p 27, dernière incise, premier paragraphe). *Le condamné ADOLFO FRANCISCO SCILINGO MANZORRO, conformément au factum, eut pleinement connaissance de ce plan et était membre et exécutant volontaire de celui-ci*. ». Voir infra, Section 1, chapitre 2, troisième partie.

³⁵⁸OLLE SESE Manuel, Justicia Universal para Crímenes Internacionales, op. cit., 436

comme objet de protection les groupes politiques aussi bien que raciaux, religieux et “autres groupes”. A partir de cette résolution jusqu'à l'élaboration du texte final de la Convention sur le Génocide, les “groupes politiques” ont toujours été pris en compte.

Il faut noter qu'au cours de la discussion sur le terme “politique”, de nombreux pays manifestèrent leur intention de ne pas signer la convention si l'expression “groupes politiques” venait à être incorporée dans le texte, “alléguant son caractère indéfini et difficile à délimiter, aussi bien que son manque de stabilité³⁶⁰, argument soutenu, entre autres, par l'Union Soviétique.

Le texte définitif fut approuvé à l'unanimité par 56 états le 9 décembre 1948, dans la résolution 260 A (III) de l'Assemblée Générale, mais sans inclure l'expression “groupe politique”. Cela a été très critiqué par la doctrine en argumentant qu'ainsi « on accordait une dangereuse faculté à tout gouvernement qui, violant les droits humains établis dans la convention, commettrait un génocide contre des groupes politiques, protégé par des raisons de sécurité, d'ordre public, ou la raison d'État ».³⁶¹

La doctrine a critiqué cette position³⁶², il a été maintenant convenu que les groupes politiques, économiques et culturels furent laissés intentionnellement de côté quand fut rédigée la

³⁵⁹ Voir supra, p. 18

³⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, caso Scilingo, op, cit., page 111 « (...)le concept de génocide recueilli en résultat par la Convention de 1948 est dû en grande partie à ce que finalement triomphèrent les thèses insistantes de l'URSS d'exclusion de la protection les groupes politiques et d'exclusion des motifs politiques, en utilisant entre autres arguments que les groupes politiques ne représentent pas des caractéristiques stables et permanents, et qu'ils ne sont pas homogènes vu qu'ils se basent sur la volonté, les idées et les concepts de leurs membres (éléments par conséquent hétérogènes et changeants) et non sur des facteurs objectifs ; que de plus, étendre les protections de la convention aux groupes politiques aurait pu avoir comme dangereuse conséquence que les Nations Unies ou des États tiers auraient fini par se sentir légitimés à intervenir dans la lutte politique qui se déroule à l'intérieur d'autres États, compromettant entre autres choses, le droit de chaque État de lutter contre les éléments subversifs qui tentent d'affaiblir ou de renverser le gouvernement (...) »

³⁶¹ Sentence du Tribunal Suprême; cassation, cas Scilingo, page 94 « LEMKIN avait signalé au cours de son exposé pendant la conférence pour l'unification du Droit Pénal de Bruxelles de 1947, que l'exclusion des groupes politiques, n'était pas légitime et qu'étant donné l'état de la société de cette époque, il fallait temporairement pour la résolution de cette délicate question s'en remettre aux législations nationales, signalant qu'en Droit international, il est plus facile de définir les groupes ethnique, religieux ou nationaux que les groupes politiques (...) Pour cela on peut affirmer, qu'étant donné les antécédents, le droit traditionnel plaçait le groupe politique comme groupe protégé dans le cadre du génocide. Il n'y a aucun doute que, pour le moins, jusqu'au Traité, il en fût ainsi ». VIIIe. Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, Bruxelles, 10 et 11 juillet 1947 : actes de la conférence / Simon Sasserath, Léon Cornil, Vespasien – V. Pella. , Paris, A. Pedone, 1949.

³⁶² GOMEZ – BENÍTEZ, qui signale que “(...) les exterminations de groupes de personnes pour raisons politiques ont été si évidentes et atroces qu'à chaque fois il a été plus injustifiable de maintenir qu'ils ne rentrent pas dans la définition juridique du génocide parce qu'ils ne coïncident avec aucun des groupes évoqués dans le texte de la Convention” José Manuel GOMEZ-BENITEZ, “El exterminio de grupos políticos en el Derecho Penal Internacional”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 4, Madrid, Editorial Aranzadi S.A. 2000, pp 147 y 148. Dans le même sens voir A. CASSESE, en CASSESE et al, (eds.). The Rome Statute of the ICC, 3 VOLS., VOL. 1, 2002, p. 336.

Convention sur le génocide³⁶³. Cela ressort des travaux comme expression de la volonté des Parties. On peut aussi le déduire du concept de « groupe comme tel », qui comprend seulement les groupes « stables » en les distinguant des « mobiles »³⁶⁴, ce qui veut dire ceux de type politique, économique et culturel³⁶⁵.

C'est ainsi que les Tribunaux ad hoc se sont prononcés dans des cas précis. Par exemple dans le cas « Jelisic », l'une des Chambres de Première Instance du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) s'est référé aux groupes « stables », qui se définissent objectivement et auxquels appartiennent les individus indépendamment de leurs « propres désirs », ce pourquoi sont laissés de côté les groupes politiques³⁶⁶. Dans le cas « Rutaganda » l'une des Chambres de Première Instance du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) a établi que les groupes politiques et économiques seraient exclus des groupes protégés, parce qu'étant considérés comme « groupes mobiles »³⁶⁷.

A partir de ce qui précède, on déduit que les groupes politiques, économiques et culturels ne se trouvent pas pris en compte par la Convention sur le génocide ni par les Statuts des Tribunaux Internationaux. Cette lacune pourrait être supplée par le crime de persécution comme crime contre l'Humanité³⁶⁸. Dans certains cas la référence à ce crime fut utilisée pour punir l'extermination des juifs et autres groupes ethniques ou religieux que se produisirent dans la seconde guerre mondiale³⁶⁹.

La destruction d'un groupe en raison de ses convictions politiques ou idéologiques est un crime contre l'Humanité. Ainsi l'établissent l'art. 6.c) du Statut de Nüremberg ; l'art. 5.c) de la Charte du Tribunal Militaire International de Tokyo ; l'art. 2.1. c) de la Loi No. 10 promulgué par le Conseil de contrôle allié en Allemagne en 1945 ; l'art. 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ; l'art. 21 du projet de Code de crimes contre la sécurité de

³⁶³SCHABAS, en TRIFFTERER (ed.), "Commentary on the Rome Statute of the ICC", 1999, art. 6, mn.6.

³⁶⁴Kai AMBOS, "Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2006, p. 273

³⁶⁵NTANDA NSEREKO, en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN, Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, vol. 1, 2000, pp. 113 y 130, qui met en avant qu'il est inconsistant d'inclure les groupes religieux et d'exclure les politiques, puisque dans les deux cas ils font partie des mêmes "c'est une question de volonté ou de choix"

³⁶⁶"Objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires (...)", "Prosecutor v. Jelisic", Judgement de 14 de diciembre de 1999 (IT-95-10-T), par. 69

³⁶⁷"Prosecutor v. Rutaganda", Judgement de 6 de diciembre de 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56

³⁶⁸Kai AMBOS, "Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo", op. cit., p. 275

³⁶⁹A. CASSESE et al, (eds.). The Rome Statute of the ICC, op. cit., p. 336.

l'Humanité, préparé par la Commission de Droit International de l'ONU. Tous ces textes incriminent « les persécutions pour motifs politiques, raciaux ou religieux »³⁷⁰.

3. L'aspect « *politique* » mis en lumière dans l'affaire Pinochet

Dans l'affaire Pinochet, avant d'en venir à étudier « l'aspect politique », mentionnons les débats sur la définition du concept de « groupe national » dans le but de qualifier juridiquement la conduite des exterminateurs chiliens.

« Groupe national » peut signifier « groupe appartenant à une nation, ce qui signifie groupe d'une nation prise au sens territorial, bien que dans la législation et la pratique internationales l'expression signifie avant tout « groupe d'origine nationale commune »³⁷¹

Ainsi, cette expression est utilisée, par exemple, au paragraphe 1 de l'article 1 de la Convention internationale sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination Raciale du 21 décembre 1965, qui en définissant le concept de « discrimination raciale », se réfère à toute distinction, exclusion, restriction ou préférence basée, entre autres, sur des motifs d'ascendance, d'origine nationale ou ethnique. Lors des discussions intervenues dans le processus d'élaboration de la Convention de 1948 il était envisagé de le préciser comme groupe d'une nationalité ou citoyenneté, ou groupe d'une même origine ethnique, ou en référence aux minorités nationales, y compris, à ceux qui appartiennent à différentes nationalités à l'intérieur d'un État ou d'une Nation. La Convention opta pour l'expression « groupe national » en la considérant comme contenant tous ces présupposés qui, dans les faits, sont restrictifs. En ce sens, on peut dire que dans le cadre du génocide l'idée de ce qui est national sert à identifier des groupes permanents de personnes d'origine commune.³⁷²

La Charte du Tribunal International Militaire de Nuremberg inclue parmi les crimes contre l'Humanité –ce qui n'est pas la même chose que le génocide- la poursuite pour causes politiques, raciales ou religieuses en exécution ou en connexion avec tout crime sous la juridiction du Tribunal ». Cependant, bien qu'il soit reconnu historiquement que la destruction

³⁷⁰ Joan E. GARCÉS “Pinochet, ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal Internacional”, op. cit., p. 14. Valable sur: <http://www.derechos.org/koaga/m/5/garces.html>. Dernière visite le 5 mars 2012.

³⁷¹ Cherif BASSIOUNI, “International Criminal Law, Crimes, 1986, p. 291

³⁷² Razonamiento jurídico séptimo. «Auto» (décision judiciaire) del 3 de noviembre de 1998. Procedimiento: Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Audiencia Nacional, Madrid.

de groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux avait une claire motivation politique et malgré le précédent de la Charte de Nuremberg, on déduit clairement de l'analyse des actes et travaux sur la Convention de 1948 que la sixième Commission chargée de son élaboration a exclu consciemment et après un large débat les groupes politiques comme objet du délit de génocide, en raison de l'opposition de l'Union Soviétique. Cela ne signifie pas que restera en marge du génocide la destruction de groupes pour motifs politiques. Cela veut dire que ces motifs politiques doivent se concrétiser par rapport à un groupe national, ethnique, racial ou religieux pour que la conduite de sa destruction totale ou partielle puisse être constitutive de génocide. Malgré ces considérations, la destruction de groupes idéologiques ou politiques fut considérée étrangère au délit de génocide en la Convention de 1948³⁷³

Ce qui précède nous permet d'analyser le cas chilien dans lequel l'élimination des personnes au moyen de leur disparition, est parfois réalisée pour des raisons ethniques, truffée de raisons politiques, comme cela s'est passé, à titre d'exemple, dans la présomption de la détention et de l'ultérieure disparition le 12 septembre 1973, opérée par des carabiniers, de quatre leaders indigènes des communautés « Pehuenches » situées dans la zone de l'Alto Bío-Bío : José Guillermo Purran Treca, de la communauté Callaqui ; Juan de Dios Rubio Llancao et son frère Julio Alberto Rubio Llancao, de la communauté Cauñiaí ; et José María Tramamil Pereira, cacique de la communauté Trapa-Trapa et quelques dirigeants Mapuches³⁷⁴.

La résolution de la Commission Interaméricaine de Droits Humains du 15.10.96, dans son point 46 déclare : [Le gouvernement militaire qui était à la tête du pays depuis le 11 septembre de 1973 jusqu'au 11 mars 1990 mis en place une politique systématique de répression qui résulta en des milliers de victimes de disparitions, exécutions sommaires ou extrajudiciaires et tortures... ce gouvernement avait employé pratiquement la totalité des moyens connus pour l'élimination physique des dissidents].

La finalité de destruction d'un secteur significatif du groupe national, lequel est représenté par le leadership institutionnellement organisé de plus de 50% de la nation chilienne victime de l'auto-génocide ou intra-génocide –Chef de l'État, dirigeants des Pouvoirs Exécutif, Législatif et Judiciaire, Mairies, Universités, Eglises, Syndicats, Partis Politiques, Organisations professionnelles et culturelles dans laquelle se structure cette nation-. De cette façon est obtenue la destruction de ce groupe qui disparaît de l'ensemble national au bénéfice du

³⁷³Ibidem

³⁷⁴Razonamiento jurídico Noveno. «Auto» (décision judiciaire) du 3 novembre 1998. Procedimiento: Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Audiencia Nacional, Madrid.

groupe dominant, dirigé par la structure militaire, dont est coresponsable l'inculpé Pinochet Ugarte.³⁷⁵

A partir de qui précède, s'établit la compétence universelle espagnole pour enquêter sur et juger le délit de génocide dans l'affaire Pinochet.³⁷⁶

§2. LA POURSUITE DU CRIME DU TERRORISME ET DU CRIME DE TORTURE.

Las conventions concernant les actes de terrorisme imposent aux États membres la nécessité de prévoir des conditions légales pour exercer la compétence Internationale pénale. Il en est de même dans ce qui figure dans la convention de l'ONU contre la torture de 1984, dont l'article 5-1 oblige chaque État membre à prendre "les mesures nécessaires afin d'établir sa compétence" en matière d'actes de torture, ou d'actes de participation ou de complicité à un acte de torture, sur les bases du principe de territorialité (article 5-1^a), de la personnalité active (article 5-1b) et de l'universalité sur le principe "*aut dedere aut judicare*".³⁷⁷

A la suite de ce qui vient d'être exposé, nous ferons maintenant une analyse de la poursuite du crime du terrorisme (A) ainsi que de la poursuite du crime de la torture (B) et finalement nous traiterons la poursuite d'autres crimes internationaux (C).

A. LA POURSUITE DU CRIME DU TERRORISME

Initialement le terrorisme n'est pas reconnu à partir d'une convention internationale, par conséquent il n'existe pas de définition uniforme du délit de terrorisme³⁷⁸. Autrement dit il n'existe pas un concept juridique univoque et strict du terme terrorisme³⁷⁹.

Pourtant il existe quelques conventions qui traitent du terrorisme, telles que :

³⁷⁵Ibidem

³⁷⁶Voir supra, "C- Le délit de Génocide et la compétence de la juridiction espagnole".

³⁷⁷Voir infra, Section2, chapitre 2, première.

³⁷⁸BOSLY H-D et VANDERMEERSCH D, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice, Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux - Bruxelles, – Bruylant-, 2010, pag. 34

³⁷⁹C. LAMARCA PÉREZ, "Tratamiento jurídico del terrorismo", Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección Temas Penales, Madrid, 1985, p. 31

- la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, adoptée à Tokyo le 14 septembre 1963,
- la Convention de la Haye de 1970,
- la Convention de Montréal de 1971,
- la Convention Européenne contre le Terrorisme de 1977,
- la Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée à New York le 17 décembre 1979,
- la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée à New York le 15 décembre 1997,
- la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, ouverte à la signature à New York le 14 septembre 2005,
- ainsi que la Résolution de l'Assemblée Générale de l'ONU de 9. XII. 1985³⁸⁰.

Toutes les conventions qui se rapportent au terrorisme, obligent les parties signataires à transmettre les cas relatifs à ces délits aux autorités chargées de leur poursuite. C'est pour cela qu'en majorité ces conventions incluent le principe "*aut dedere, aut judicare*"³⁸¹ (obligation d'extrader ou de poursuivre)³⁸².

Comme dans la Convention de l'ONU contre la torture, cette obligation est subordonnée à la présence de l'auteur présumé des faits sur le territoire de l'État membre et à la décision de ne pas l'extrader. De plus, ladite obligation permet à la justice interne, le cas échéant, d'évaluer l'opportunité des démarches³⁸³. Mais contrairement à la Convention de l'ONU contre la torture, les États membres, y compris l'État territorial concerné, ne sont pas obligés de lancer les démarches, même lorsque des accusations graves existent ou que des preuves de délits répertoriés par la Convention sont apportées.

En 1937³⁸⁴ une tentative fut faite pour mener à bien une première convention pour la prévention et la répression du terrorisme qui définit ainsi ce délit dans son article 2 : " dans la présente convention, l'expression "actes de terrorisme" s'entend des faits criminels dirigés contre un État dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités

³⁸⁰A/Res, 40/61.

³⁸¹Ibidem, page 36

³⁸²Voir supra, Section 1. Chapitre 2. Première partie.

³⁸³G. Guillaume, "La Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs", AFDI, 35, 1970, p.50

³⁸⁴Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, Genève, le 16 novembre 1937, Art. 2, Société des Nations, Doc. C. 548M.385.1937.

déterminées, des groupes de personne ou dans le public”, mais cette convention n'entra jamais en vigueur.

Le Parlement Européen approuva le 14 février 1985 six résolutions faisant référence au terrorisme, quatre d'entre elles sur “la lutte contre le terrorisme”, une autre sur “les attentats terroristes dans divers États européens et sur la nécessité de créer une communauté juridique et judiciaire européenne”, et une sixième sur “les attentats terroristes en Europe”.³⁸⁵

La majorité des définitions du terrorisme le considèrent généralement comme un phénomène de violence politique pratiquée par des groupes armés, dont l'objectif est d'imposer la terreur³⁸⁶, perturbant l'ordre public.

Selon Julie Alix³⁸⁷, on peut considérer comme terrorisme “tout acte de violence dirigé contre l'État, les personnes ou les biens, et visant à faire régner la terreur parmi tout ou partie de la population”.

On voit donc que dans le droit international, la définition du terrorisme provenant d'une activité étatique n'a pas été précisée.

A l'époque de l'après-guerre on commença à parler d'un terrorisme subversif. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire de faire la différence entre terrorisme d'État et terrorisme subversif.³⁸⁸

Le terrorisme peut être poursuivi en Espagne depuis qu'il est inclus dans le code pénal conformément à la loi 44/71 du 15 novembre. Actuellement il est défini dans les articles 571 à 580 du code pénal -Loi Organique de 2010³⁸⁹.

³⁸⁵Journal Officiel des Communautés Européennes, No. C72/87, 18.03.85, pag.123.

³⁸⁶Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes, ALIX Julie, Dalloz, Paris 2010. Pag. 33. “B. La difficile identification des finalités du terrorisme. Terreur. – Le seul mobile politique, parce qu'il est un dénominateur commun aux infractions terroristes et aux infractions contre la sûreté de l'État, est insuffisant pour qualifier les finalités du terrorisme. Derrière le mobile politique, la véritable spécificité du terrorisme résiderait dans ses aspects psychologiques, dans la volonté de l'auteur de provoquer la terreur, et/ou dans l'impact terrorisant de l'action”.

³⁸⁷Julie ALIX « Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes », Paris, Dalloz, 2010, page 36

³⁸⁸José Ramón SERRANO-PIEDCASAS FERNANDEZ, “Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación”, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988, page 164. “Aussi bien le terrorisme d'état que le subversif proviennent de l'agression de biens juridiques fondamentaux. La différence est que dans le premier cas le délinquant est l'État lui-même, et dans le second, d'autres interviennent. L'état exerce la violence pour maintenir au pouvoir les intérêts privilégiés d'une minorité sociale nationale ou intermédiaire d'intérêts étrangers ; le terrorisme subversif cherche le changement violent du régime qu'il considère léser ses intérêts. Dans les deux cas, néanmoins, un mobile sous-jacent existe.” Cité par GUTIERREZ CONTRERAS J.C. y VILLEGAS DIAZ Myrna. Université de Salamanque, Kóaga Roñeeta.- (page électronique: www.desaparecidos.org/nuncamas/web). pag. 18

Dans la législation espagnole le terrorisme s'entend "comme la commission de délits au service ou en collaboration avec des bandes armées, des organisations ou des groupes dont la finalité est de subvertir l'ordre constitutionnel ou d'altérer gravement la paix publique."³⁹⁰

De ce qui précède il ressort que le code pénal espagnol dans la définition qu'il fait du terrorisme, omet l'aspect étatique, lequel est de fait reconnu postérieurement par la jurisprudence espagnole.

En ce qui concerne l'article 23.4 de la LOPJ, lettre b), la référence est la convention européenne pour la prévention du terrorisme du 27 janvier 1977. Cette Convention détermine l'exercice de la compétence universelle dans les articles 6 et 7.³⁹¹ C'est ainsi que dans la seconde subdivision de l'article 6 il est indiqué que toutes les compétences en matière pénale doivent être reconnues.

À ce sujet il faut signaler que les faits commis durant les dictatures chilienne et argentine furent qualifiées d'actes terroristes en accord avec l'ordonnancement juridique national de l'Espagne³⁹², et aussi en accord avec ce qui est établi en droit international.

Dans les cas Pinochet et Scilingo, les disparitions survenues de manière systématique, les morts, les détentions illégales, sont qualifiées en tant qu'actes terroristes provenant d'un

³⁸⁹Mario CAPITA REMEZAL, "Terrorismo y principio de justicia universal", en "El principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites, Ana Isabel Pérez Cepeda, Directora, Valencia, tirant lo blllanch, 2012, pp. 351 et ss.

³⁹⁰CASSESE Antonio, DELMAS-MARTY Mireille, Juridictions Nationales.... op.cit, pag.149

³⁹¹Convention Européenne pour la répression du terrorisme. Strasbourg, 27.1.1977. (De laquelle fait partie le Royaume d'Espagne BOE N° 242, de 8 octobre 1980, y BOE N° 208 de 31 août 1982) Article 6 : « 1. Tout État contractant prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'une infraction visée à l'article 1^{er} dans le cas où l'auteur soupçonné de l'infraction se trouve sur son territoire et où l'État ne l'extrade pas après avoir reçu une demande d'extradition d'un État contractant dont la compétence de poursuivre est fondée sur une règle de compétence existant également dans la législation de l'État requis. 2. La présente Convention exclut aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ». (La mise de caractères en gras est de l'auteur). « Article 7 : Un État contractant sur le territoire duquel l'auteur soupçonné d'une infraction visée à l'article 1^{er} est découvert, et qui a reçu une demande d'extradition dans les conditions mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6, soumet l'affaire, s'il n'extrade pas cet auteur soupçonné de l'infraction, sans aucune exception et sans retard injustifié, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de caractère grave conformément aux lois de cet État ».

³⁹²Le cas de l'Espagne contre les dictatures chilienne et argentine, op, cit., pag.317. «Auto» (décision judiciaire) de l'Audiencia Nacional du 5 novembre 1998,- au moyen de laquelle la compétence pour enquêter sur le délit de génocide au Chili-. Fondement Juridique No. 6 "...Le terrorisme figure également comme délit poursuivi internationalement dans l'article 23 alinéa 4 de notre Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire ...Cependant la chambre doit dire que les faits imputés au cours de l'instruction, susceptibles d'être caractérisés comme constitutifs du délit de génocide, peuvent également être qualifiés de terrorisme."

groupe criminel organisé à la tête de l'État. C'est dire que l'Audience Nationale et le Tribunal Suprême ont reconnu le terrorisme d'État dans leurs diverses sentences³⁹³.

Dans le cas Pinochet en accord avec les articles 515, 571 et 577 du code pénal, il est décidé sa mise en état d'arrestation inconditionnelle, pour les délits de génocide et terrorisme, en tenant compte des conduites adoptées dans "l'opération Condor" dans laquelle :

*"On crée une organisation armée, profitant de la structure militaire et l'usurpation du pouvoir pour, impunément, institutionnaliser un régime terroriste qui en lui-même a subverti l'ordre constitutionnel pour développer efficacement le plan de disparition et d'élimination systématique de membres de groupes nationaux en leur imposant déplacements forcés, séquestrations, tortures, assassinats et disparitions, utilisant l'aide et la coordination avec d'autres pays, en particulier l'Argentine".*³⁹⁴

Le terrorisme dans le droit espagnol, est un délit de type aggravé qui doit comporter deux éléments : qu'il y ait une finalité politique (élément téléologique)³⁹⁵ et qu'existe une bande armée ou une organisation terroriste (élément structurel). Ainsi dans le cas Scilingo, le tribunal suprême démontre l'existence de ces deux éléments comme présents dans les faits survenus lors de la dictature militaire argentine³⁹⁶. De la même façon que l'Audience Nationale dans l'affaire Pinochet.³⁹⁷

³⁹³Ibidem, "(...)à part ça nous retrouvons dans les morts, lésions, pressions et détentions illégales objet de la procédure la note caractéristique de réalisation par des personnes intégrées dans une bande armée, indépendamment des fonctions procédurales que ces personnes aient pu détenir... Comme l'écrivait Quintano Ripollés dans les années cinquante : **"Une forme de terrorisme qui semble avoir eu une regrettable tendance à proliférer à notre époque, si propice à tous les monopoles étatiques, est celle du terrorisme depuis le haut, c'est à dire, celui pratiqué par l'État de manière ouverte ou cachée au travers de ses organes officiels ou officieux, il est clair qu'il dépasse évidemment le champ propre du droit pénal interne, bien qu'il puisse intéresser le droit international pénal sous l'angle de ce qu'on appelle les crimes contre l'humanité ou les génocides(...)"** (La mise de caractères en gras est de l'auteur).

³⁹⁴Sumario 19/97- el terrorismo y genocidio. Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Audiencia Nacional, Madrid. «Auto» (décision judiciaire) du 16 octobre 1998. Les faits : «...Dans l'environnement international on constate l'existence d'une coordination qui recevra le nom « d'Opération Condor », dans laquelle interviendront plusieurs pays, entre autres le Chili et l'Argentine, qui a pour objet de coordonner entre eux l'action répressive ». Fondement Juridique N° 1 : Les faits décrits (...) pourraient être constitutifs d'un délit présumé de génocide de l'article 607 du code pénal (...) **et d'un délit de terrorisme des articles 515, 571 et 577 du code pénal en vigueur** en relation avec l'article 260 et suivants du code pénal en vigueur en 1976 ». 2 : **« En accord avec les dispositions de l'article 23.4 de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire, la juridiction espagnole est compétente pour conduire la procédure(...) »** (la mise en gras du texte est de l'auteur)

³⁹⁵Voir infra, "Les fondements juridiques mis en cause par le Mandat d'arrêt international aux fins d'extradition contre Pinochet", "D- Les délits de torture et de terrorisme"

³⁹⁶Sentencia, Tribunal Suprême, Cassation, Cas Scilingo, op. cit., pag 102 "Quant au premier des éléments énoncés pour la qualification de terrorisme, **il n'y a aucun doute que la finalité politique... est clairement présente dans les faits mis en accusation ici**. Il est suffisamment reconnu et c'est ce qu'on constate dans les faits prouvés, que la répression fut fondamentalement dirigée contre les dénommés "subversifs" et leur entourage, c'est à dire contre les personnes qui militaient dans des partis politiques ou formations syndicales de

En conséquence le délit de terrorisme est inclus dans l'article 23.4³⁹⁸ de la LOPJ de 1985³⁹⁹, pour être appliqué dans le cadre de la compétence universelle. L'Espagne comme membre de la communauté internationale a intérêt à poursuivre ce délit, admettant la suprématie du droit international sur le droit interne, puisqu'elle se base sur l'existence d'un bien juridique protégé par cette communauté⁴⁰⁰, c'est l'ordre public, lequel entraîne un ordre démocratique de droit.

Cette loi organique de 1985, prévoyait déjà le principe d'extraterritorialité pour le délit de terrorisme⁴⁰¹. De cette façon la compétence universelle concernant le délit de terrorisme est applicable s'il est commis par des étrangers hors d'Espagne⁴⁰².

gauche, mais aussi contre leurs familles ou amis, (...) Quant au deuxième des éléments de définition du terrorisme, **l'existence d'une bande armée ou d'une organisation terroriste**, (...) **Il n'y a aucun doute que dans le cas où nous nous trouvons il a été avéré jusqu'à satiété que l'armée, et la marine dans l'hypothèse concrète de l'ESMA, était celle qui pendant les années de la dictature argentine réalisait l'action de répression avec une disponibilité totale de personnes, de moyens et d'armement et selon un plan parfaitement organisé...** Ceci étant, en réalité la sentence qui est contestée dans le présent recours non seulement n'a pas nié que les faits constituent un délit de terrorisme mais l'a signalé expressément (...) **“qu'en l'espèce sont présents les éléments pénalement caractéristiques du délit de terrorisme (élément structurel et élément téléologique de ce type de délit)...”**. **Pour tout ce qui est exposé ci-dessus, les faits mis en accusation ici s'ajustent parfaitement au délit de terrorisme”**.

³⁹⁷El Caso de España contra las dictaduras Chilena y Argentina, op, cit., pages 286-287. «Auto» (décision judiciaire) del 3 de noviembre de 1998. Juzgado Central de Instrucción N° cinq, Audiencia Nacional, fj No. 14: S'agissant du délit de terrorisme (articles 571, 572, 577 en relation avec l'article 515.2 et 516 du code pénal... les raisonnements du Ministère Public ne sont pas recevables pour plusieurs raisons : 1...doit faire référence à un ordre constitutionnel équivalent à celui d'Espagne, c'est à dire, qui exige que “l'État soit social et démocratique de droit, qui soutienne comme valeurs supérieures de son ordonnancement judiciaire la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique”, que proclame l'article 1 de notre Constitution. **C'est à dire précisément ce que supprima illégalement et illégitimement avec le coup d'État du 11 septembre 1973 au Chili, la Junte de chefs des Forces Armées, devenue Junte de Gouvernement, dirigée par Monsieur Pinochet Ugarte. En conséquence on peut affirmer qu'une telle conduite délictueuse considérée en elle-même, constitue la première atteinte à la paix publique et à l'ordre constitutionnel, et est à l'origine du concours de l'élément téléologique dans toute son étendue. 2 S'agissant de l'aspect concret des délits, il n'y a aucun doute puisque est déroulé tout le catalogue de délits auquel se réfère le code pénal et que s'y intègrent des délits de terrorisme (incendies, assassinats, dommages, tortures, détentions illégales, disparitions etc..) 3 Finalement, s'agissant de l'élément objectif de l'existence d'une organisation terroriste ou une bande armée, il peut y être répondu...la raison en vient pas au secours du Ministère public lorsqu'il affirme l'impossibilité du délit parce qu'on en peut considérer qu'il existe une organisation terroriste. **Pourtant, il est clair qu'il existe un projet de la Junte de Gouvernement du Chili pour conspirer et développer ensuite, au travers d'organisations créées spécialement pour ça – la DINA, la CNI et d'autres citées dans les faits – toute une série d'attentats à motivation nettement politique et guidés par la même finalité d'attaquer le groupe idéologiquement contraire non seulement à l'intérieur du Chili, mais aussi à l'extérieur en utilisant pour cela des explosifs et des armes de guerre en se servant d'organisations terroristes italiennes ou de services de renseignements d'autres pays – comme l'Argentine, le Paraguay ou l'Uruguay qui faisaient partie avec le Chili du “Plan Condor”** (La mise de caractères en gras est de l'auteur).**

³⁹⁸Cet article fut reformé au moyen de la LO 1/2009 du 3 novembre 2009. Voir supra, section 1, chapitre 1, première partie.

³⁹⁹LOPJ 6/1985, du 1er juillet, (publiée au BOE n.° 157, du 2 juillet 1985).

⁴⁰⁰CASSESE Antonio, DELMAS-MARTY Mireille, Juridictions Nationales, op.cit, pp.149 et 151

⁴⁰¹Voir supra, “La mise en oeuvre de la loi organique sur le pouvoir judiciaire”.

⁴⁰²GUTIERREZ CONTRERAS J.C. y VILLEGAS DIAZ Myrna. Universidad de Salamanca, op. cit. p. 19 « Le terrorisme est attribué à l'État lorsqu'il provient d'appareils d'État, selon les modes réguliers de fonctionnement, et représente une continuation de ses politiques, bien que par des moyens illégaux. Ces appareils sont des organes du pouvoir qui agissent de façon invisible ou cachée. L'assassinat, l'utilisation de la « terreur légale et

Malgré ce qui précède, il faut penser à ce que la réforme de l'article 23.4 de la LOPJ de 2009 a mis en place⁴⁰³, puisqu'elle limitera les hypothèses de poursuite en Espagne des actes de terrorisme commis par les étrangers à l'étranger⁴⁰⁴ aux cas où "les présumés responsables se trouveraient en Espagne", ou "qu'il y ait des victimes espagnoles" ou "qu'on puisse constater un lien de proximité significatif avec l'Espagne", et seulement si "dans un autre pays ou au sein d'un tribunal international" une procédure supposant une investigation et une poursuite de tels faits punissables" n'a pas été ouverte".

B. LA POURSUITE DU CRIME DE TORTURE

Le crime de torture a pour cadre de référence la « Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».⁴⁰⁵

Comme base d'application la Convention la définit ainsi (article 1.1) : "La torture est tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à un titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite".

En matière de compétence, l'article 5 de la Convention comporte plusieurs possibilités de compétence territoriale et extraterritoriale⁴⁰⁶ :

illégal » de leur part, se projette/ se développe y compris hors de leurs propres pays. Un exemple clair de ceci fut l'action de l'Opération Condor ».

⁴⁰³Voir supra, section 2, chapitre 1, première partie.

⁴⁰⁴ Antoni PIGRAU SOLE, "La Jurisdicción Universal y su aplicación en España", op.cit., pág. 132

⁴⁰⁵ La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984. Entrée en vigueur: le 26 juin 1987, conformément aux dispositions de l'article 27 (1). La Convention a été ratifiée par 146 États. L'Espagne ratifia cette Convention le 19.10.1987 (BOE 9.11.1987), et le Chili y adhéra le 23.09.1987, dont l'art. 1 inclue la torture commise par « des agents de la fonction publique ou toute autre personne qui opère à titre officiel ou à sa propre initiative, ou avec son consentement expresse ou tacite. »

«Le principe de territorialité (juge du lieu des faits);

- le principe de personnalité active (juge de l'État dont l'auteur présumé est le ressortissant);

- le principe de personnalité passive (juge de l'État dont la victime est le ressortissant);

*- le principe de compétence universelle conformément à la règle "aut dedere, aut iudicare"⁴⁰⁷
(...) »*

Contrairement à la Convention de Genève⁴⁰⁸, le cadre réglementaire de la répression de la torture établi par la Convention de l'ONU de 1984 est plus complexe parce que les obligations fixées aux États varient en fonction du critère de lien avec le délit.

Dans un premier temps, tout État membre où le présumé tortionnaire est appréhendé, doit, s'il ne l'extrade pas, le déférer aux autorités compétentes en matière de poursuites (article 7-1). Le texte même de la disposition montre qu'il ne s'agit pas de l'obligation de poursuivre ni même de réprimer, mais uniquement de le déférer aux autorités chargées de la poursuite. D'autre part, l'obligation en question est subordonnée à une demande d'extradition formulée par un État tiers.

Dans un deuxième temps, si un acte de torture a été commis « dans n'importe quel territoire sous la juridiction » d'un État membre, l'État impliqué doit procéder d'office à une enquête impartiale dans les délais les plus adéquats⁴⁰⁹

De plus, après avoir eu connaissance de la plainte d'une victime présumée, l'État doit s'assurer que les autorités compétentes procèdent à un examen immédiat et impartial du

⁴⁰⁶BOSLY Henri et Vandermeersch Damien, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice, op, cit., p. 32

⁴⁰⁷Voir infra, « Le principe « aut dedere, aut iudicare ». Première section, chapitre 2, première partie

⁴⁰⁸ Les conventions de Genève de 1949, «contiennent une obligation très générale de punir les auteurs présumés d'une catégorie spécifique de crimes de guerre, « les infractions graves » de ces conventions. De cette façon, les États membres sont obligés de mener devant la justice les auteurs présumés de ces crimes sur la base de n'importe quel fondement possible de leur compétence, y compris le principe d'universalité. Si les États membres ne le font pas, ils peuvent décider de rendre l'auteur présumé des crimes à un autre État membre chaque fois que celui-ci aura réuni suffisamment d'éléments». M. HENZELIN, «Le principe de l'universalité en droit pénal international, Droit et Obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité » Helbing & Linchtenhahn, Bâle, Genève, Faculté de Droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Munich 2000., op.cit., p. 353.

⁴⁰⁹En vertu de l'article 12 «Tout État partie prévoit que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis un acte de torture sur tout territoire sous sa juridiction»

cas.⁴¹⁰ Ainsi, les obligations qui incombent à l'État territorial sont plus dures que celles imposées aux autres États membres, mais seul le premier doit commencer une investigation et s'assurer que les autorités en charge de la poursuite fassent un examen poussé de la plainte pour torture.

L'article 8 mentionne l'extradition⁴¹¹, alors que l'article 9 de la même convention traite de la coopération judiciaire à laquelle les États membres doivent s'engager.

En Espagne, le délit de torture n'est pas expressément mentionné dans l'article 23.4 de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire⁴¹², mais il en fait bien partie, puisque celui-ci renvoie à la convention contre la torture. Celle-ci impose l'exercice de la juridiction dans les cas prévus dans ses articles 5.1 et 5.2⁴¹³, mais c'est l'article 5.3 qui permet une application plus large de la compétence en affirmant, comme déjà exposé ici, que la convention "n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales".⁴¹⁴

C'est pour cette raison que dans le cas Pinochet, on appliqua cette convention, constatant le délit de torture pratiqué par des organisations comme la DINA⁴¹⁵ et la CNI. La dégradation de

⁴¹⁰L'article 13 dispose que « Chaque État partie veille à ce que tout le monde prétend avoir été soumis à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de se plaindre aux autorités compétentes de cet État, qui sont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause. Des mesures seront prises pour assurer la protection des plaignants et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte ou de toute déclaration faite ».

⁴¹¹« Les actes sont compris de plein droit dans tout traité d'extradition conclu entre États parties; - si un État partie subordonne l'extradition à l'existence d'un traité, il peut considérer la convention du 10 décembre 1984 comme constituant ce traité pour accorder l'extradition à un autre État partie du chef de torture; - pour les demandes d'extradition entre États parties, les infractions de torture sont considérées comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire placé sous la juridiction des États tenu d'établir leur compétence sur la base du principe de personnalité active (renvoi à l'article 5.1) ». BOSLY Henri et Vandermeersch Damien, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice, op, cit., pag. 37

⁴¹²Il n'est pas fait référence au délit de la torture tant dans la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire de 1985 que dans la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire de 2009. Voir supra, "Réforme de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire de 1985". Section 2, chapitre 1, première partie.

⁴¹³Convention contre la torture op, cit. , Article 5 : 1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de se saisir des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants: a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État; b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État; c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié. 2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de se saisir desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article.

⁴¹⁴Voir supra, « Les Lois Organique du pouvoir judiciaire en Espagne » Seccion 2, chapitre 1, première partie

⁴¹⁵El caso de España contra las dictaduras Chilena y Argentina, Los documentos del Juez Garzón y la Audiencia Nacional, op, cit., pag. 224, Sumario 19/97-J. Novembre 3 de 1998. Hechos:...Quinto: "Dans cette dynamique la Junte de Gouvernement crée la Direction d'Intelligence Nationale (DINA) par le Décret-Loi 521 du 14 juin 1974, la DINA, dont le Directeur est désigné par Décret Suprême, est "un organisme militaire de caractère technico-professionnel",...[qui] dépend directement du Président de la Junte de Gouvernement jusqu'au 17-12-74 et ensuite du Président de la République, dans les deux cas Augusto Pinochet Ugarte... Cette organisation criminelle va se charger de réprimer et d'éliminer, suivant les ordres émanés du Président, ceux qu'elle

la personne faisait partie du plan systématique “scientifique” créé par les gouvernements militaires⁴¹⁶ de répression de la dissidence politique.

Dans le même affaire la résolution du tribunal d'appel de la Chambre des Lords, du 24 mars 1999⁴¹⁷, reconnaît au délit de torture comme crime international, sa nature de *jus cogens*, et son assujettissement au principe de juridiction universelle⁴¹⁸.

considérerait ennemis publics. La DINA est dissoute au mois d'août 1977 et remplacée par le Centre National des Informations (CNI)”

⁴¹⁶Sumario 19/97. Pieza separada III “Chile” “Operativo Cóndor”. Extrait du document original Audiencia Nacional, page 270. FJ. 11: “...Pourtant, dans les actes se trouvent des indices attestant la volonté des responsables militaires, avec à leur tête Augusto Pinochet Ugarte, d'en finir avec le système constitutionnel chilien, et avec la vie du Président Constitutionnel... C'est ainsi que s'instaure le système d'exécutions sommaires sans jugement, avec enterrements massifs dans des lieux non identifiés, les Centres de détention clandestine qui fonctionnent comme des camps de concentration, on conçoit un système “scientifique” de tortures, on crée des organisations comme la DINA ou le CNI qui déploient des actions paramilitaires...”

El Caso de España contra las dictaduras Chilena y Argentina, op. cit., pág. 312. «Auto» (décision judiciaire) de l'Audiencia Nacional du 5 novembre 1998, au moyen duquel est résolu le recours en appel interposé par la Fiscalía (les procureurs) de l'Audiencia Nacional. Sumario 1/98, Juzgado de Instrucción No. 6, FJ, No. 4: “Les parties en appel n'ont pas discuté que ces faits imputés sont constitués de morts, détentions illégales et tortures pour raison d'épuration idéologique ou de compréhension de l'identité et des valeurs nationales, attribuées aux gouvernants et membres des forces armées ou de sécurité, avec également l'intervention de groupes organisés agissant tous dans la clandestinité, faits survenus au Chili durant le régime militaire instauré le 11 septembre 1973”.

⁴¹⁷Tribunal d'Appel de la Chambre des Lords. - Judgment Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the Metropolis and Others Ex parte Pinochet. Regina v. Evans and Another and the Commissioner of police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen' Bench Division). Parmi les fondements les plus importants, celui de Lord Millett : “Devant vos Seigneuries ont été apportés des arguments remarquables renvoyant à l'extension de la juridiction pour poursuivre les tortionnaires qui est offerte aux autres États, en plus de ceux mentionnés à l'article 5.1...” Il suffit de répondre qu'il est clair qu'en toutes circonstances si les États de l'article 5.1 ne choisissent pas de solliciter l'extradition ou de poursuivre les responsables, d'autres États doivent le faire. Le propos de la convention fut d'introduire le principe aut dedere aut punire – extradere ou punire...” La nature de *jus cogens* du crime international de torture justifie que les États assument la juridiction universelle sur la torture où qu'elle se commette. Le droit international prévoit que les crimes de *jus cogens* (dont le génocide) peuvent être punis par n'importe quel État, parce que les criminels sont ennemis communs de toute l'humanité et toutes les nations ont le même intérêt à leur arrestation et à leur poursuite. La manière dont un État traite ses propres citoyens est devenue un sujet de préoccupation légitime pour la communauté internationale... “L'usage systématique de la torture à grande échelle et comme instrument de politique d'État avait été jointe à la piraterie, les crimes de guerre et crimes contre la paix en tant que crime de juridiction universelle bien avant 1984. Je considère que c'était déjà fait en 1973. Ensuite, Lord Browne Wilkinson déclara que : “depuis les atrocités nazies et les procès de Nuremberg, le Droit International a reconnu comme crimes internationaux un certain nombre de délits. Individuellement certains États se sont dotés de compétence pour juger certains crimes internationaux y compris dans les cas où ces crimes n'auraient pas été commis à l'intérieur des frontières géographiques de ces États”.

Finalement, Lord Hutton conclut : “Depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale la communauté internationale a clairement reconnu que certains crimes sont si graves et inhumains qu'ils constituent des crimes contre le droit international et que la communauté internationale a le devoir de traîner en justice une personne qui commettrait de tels crimes” (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ld-judgmt/jd990324/pino1.htm>). Manuel OLLÉ SESÉ, Justicia Universal para Crímenes Internacionales, Universidad de Nebrija, España, 2008 p. 221. Voir dans le même sens: Jaime LAGOS ERAZO, El caso Pinochet ante las Cortes Británicas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, pág. 221 et AMBOS Kai, El nuevo derecho penal internacional, Ara Editores, Lima, Peru, 2005, pag. 166-171

⁴¹⁸Voir infra, “L'arrêt de la Chambre des Lords du 24 mars 1999”. Section 2, chapitre 1, deuxième partie.

De telle sorte que la Chambre des Lords s'appuie exclusivement sur les délits de torture⁴¹⁹, protégé par le principe du *jus cogens*, et reconnaissant que les États doivent assumer la juridiction universelle où que se commette ce délit.

Par ailleurs, la Grande Bretagne avait autorisé l'extradition de Pinochet uniquement pour les faits de torture commis après le 29 septembre 1988, date d'entrée en vigueur de la convention contre la torture dans le droit britannique⁴²⁰.

Au sujet de cette affaire, l'Audience Nationale ne fit plus de prononcé puisqu'elle considéra que les délits de torture dénoncés entraient dans les délits de génocide et de terrorisme établis dans l'article 23.4 alinéas a) et b)⁴²¹. De cette façon elle montre que l'Espagne a sa propre juridiction dérivée de l'article 5.2⁴²² de la Convention contre la torture. Cette norme ne sera pas directement applicable⁴²³ puisque la Convention dit que seulement les États «doivent prendre les mesures nécessaires pour établir sa juridiction sur ces délits quand le présumé délinquant se trouve sur le territoire de sa juridiction et si cet État ne concède pas l'extradition». Cela se réfère au cas où l'inculpé se trouve présent dans l'État qui mène l'enquête, mais dans ce cas qui nous occupe, elle ne s'appliquerait pas puisque Pinochet n'était pas présent en Espagne mais en territoire britannique.⁴²⁴

En accord à ce qui est établi à l'art. 5.3 de la Convention⁴²⁵, n'est pas exclue l'application de la compétence universelle de la part des juges espagnols dans l'affaire Pinochet, puisqu'a été

⁴¹⁹Voir infra, p. "Arguments rejetant l'immunité", Section, 2, chapitre 1, deuxième partie.

⁴²⁰Ibidem, " Décision du Tribunal d' Appel de la Chambre des Lords du 24 mars 1999".

⁴²¹El Caso de España contra las dictaduras Chilena y Argentina, op. cit., pág. 318. «Auto» (décision judiciaire) de l'Audiencia Nacional du 5 novembre 1998, au moyen de laquelle est résolu le recours d'appel interposé par la Fiscalía (les procureurs) de l'Audiencia Nacional. Sumario 1/98, Juzgado de Instrucción No. 6. FJ No.7: "Sur les délits de torture". **Les tortures dénoncées seraient partie intégrante d'un délit de plus grande envergure de génocide ou terrorisme.** C'est pourquoi il est stérile d'examiner si le délit de torture est, dans notre droit, un délit de compétence universelle au moyen de l'article 23, paragraphe 4, alinéa g) de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire, mis en relation avec l'article 5 de la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Si l'Espagne a compétence pour la poursuite du génocide à l'étranger, l'enquête et la mise en jugement **elle devrait nécessairement atteindre les délits de torture inclus dans le génocide.** Et pas uniquement dans le cas de victimes de nationalité espagnole, conformément à l'article 5 paragraphe 1, alinéa c) de la convention citée, qui n'en constitue pas une obligation incontournable pour les États signataires. L'Espagne aurait une juridiction propre comme dérivée d'un traité international, dans ce cas **du paragraphe deux de l'article 5 de la convention mentionnée.** (la mise en gras du texte est de l'auteur)

⁴²²Voir supra, Note 207.

⁴²³J.J. Barquin SANZ, "Universalidad de Jurisdicción por delitos de carácter internacional" in Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada, 1987, n° 14, p. 25.

⁴²⁴CASSESE Antonio, DELMAS-MARTY Mireille, Juridictions Nationales, op.cit., p. 142

⁴²⁵Voir supra, Section, chapitre2, première partie.

exercée une compétence autonome dans laquelle par exemple n'était pas exigée la présence du tortionnaire sur le territoire espagnol⁴²⁶.

Par ailleurs, le Juge d' instruction, représentant l'Audience Nationale, dans l'acte d'accusation contre 98 militaires argentins⁴²⁷, fonde l'existence de la compétence universelle non seulement sur le mandat de la convention contre la torture, mais base aussi l'existence de cette dernière sur le principe du *jus cogens*, comme l'avait reconnu la Chambre des Lords dans l'affaire Pinoche

C. LA POURSUITE D'AUTRES CRIMES INTERNATIONAUX

Les quatre Conventions de Genève de 12.VIII. 1949⁴²⁸, dans leur art. 3, évoquent des dispositions basiques applicables a tout conflit armé, en y incluant les normes internationales ou internes, qui prohibent « à tout moment et en tout lieu », a) les atteintes à la vie et l'intégrité corporelle, et tout spécialement l'assassinat sous toutes ses formes, les mutilations, b) la prise d'otages ; c) l'atteinte à la dignité des personnes, en particulier les traitements humiliants et dégradants.

Dans chaque Convention figure la liste d'infractions telles que l'homicide intentionnel, la torture et les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou d'attenter gravement a l'intégrité physique ou à la santé.

⁴²⁶Ibidem

⁴²⁷« «Auto» (décision judiciaire) » d'accusation contre 98 militaires argentins du 2 novembre 1999. Procédure: Instruction 19/97-L. Terrorisme et génocide. Dans l'affaire Furundzija, IT-95-17/1-T du 10 décembre 1998, § 151 et s., le TPIY a considéré que la torture est de jus cogens et autorise la juridiction de l'État sur le territoire où se trouve l'accusé. Voir supra, « la souveraineté » Sous-section 1., section 1, chapitre 1, première partie.

⁴²⁸En Espagne et au Chili sont en vigueur : “-Les Conventions I y II de Genève, de 12. VIII.1949 (RCL 1952/1193 y NDL 15192), et le Protocole I Additionnel du 8 juin 1977 (RCL 1989/1646, 2187, 2197),-La Convention III de Genève du 12 août 1949 (RCL 1952/1251 et NDL 24622), et le Protocole I Additionnel du 8. VI. 1977 (RCL 1989/ 1646, 2187 et 2197),- La Convention de Genève du 12. VIII. 1949 (RCL 1952/1184 et NDL 15379), et le Protocole I Additionnel de 1977 (RCL 1989/1646, 2187 et 2197), - Less Protocoles I y II Additionnels aux Conventions de Genève de 12. VIII. 1949, relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux et sans caractère international, établis à Genève 8.VII.1997 (BOE 26.VIII.1989, 7. XI. 1989, 9.X.1989), -La Convention II de la Haye de 29. VIII. 1989 (sur les parlementaires et les personnes que les accompagnent), et le Protocole II Additionnel du 8. VI. 1977 (RCL 1989/1946, 2187 et 2197), Conventions auxquelles que renvoient aussi le Code Pénal espagnol (cap. III, art. 608 y ss)”.

La Convention IV prohibe les peines collectives, les mesures d'intimidation, la mise à sac, les représailles (art.33).

C'est ainsi que les Conventions de Genève instituent la poursuite universelle desdites infractions graves. Ces infractions figurent dans leur majorité dans les articles 608 à 616 du Code pénal espagnol. L'Espagne peut poursuivre ces infractions sur le fondement de la compétence universelle et de l'article 23.4 h de la Loi Organique di Pouvoir Judiciaire⁴²⁹.

⁴²⁹Voir supra, « Réforme novembre 2009 : art. 23.4 alinéa h. » Section 2, chapitre 1, première partie

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.

La souveraineté et la dignité humaine qui représentent des valeurs et principes fondamentaux du Droit international, se basent parfois sur des règles opposées⁴³⁰, par exemple quand l'application des normes internationales qui protègent les intérêts essentiels communs, comme la suppression de la barbarie, ne peut être garantie.

Par conséquent, c'est l'État, qui se trouve à disposition de l'individu, et non l'inverse. Il importe donc de parler d'une souveraineté de l'individu, laquelle fait référence au droit de l'homme et à ses libertés fondamentales.

La compétence internationale pénale, fondée sur un droit international pénal, construit son interrelation avec les droits de l'homme à partir de l'impunité résultant des violations de ceux-ci.

En effet, la souveraineté de l'État et la compétence internationale pénale représentent deux concepts étroitement imbriqués, car cette dernière constitue une extension de la première qui, elle, se trouve légitimée par le droit international quant à la poursuite universelle des crimes internationaux et la lutte contre l'impunité. Ainsi le principe d'universalité implique une justice internationale.

En ce qui concerne la compétence extraterritoriale des juges nationaux, il est important de signaler que la principale différence entre la compétence universelle et d'autres critères d'application extraterritoriale de la loi pénale (principe de personnalité active, principe de personnalité passive, principe de protection) est que la compétence universelle ne demande pas de lien ou de relation particulière pour son application (nationalité de l'auteur ou de la victime, intérêt de l'État). Face aux principes de personnalité active et passive, le droit pénal national peut se fonder sur le principe de compétence universelle indépendamment de la nationalité de l'auteur et de la victime. Alors que l'objectif du principe de protection est de préserver certains biens juridiques internes face à des actes commis à l'extérieur, le but de la compétence universelle est de défendre un certain nombre de « biens juridiques internationalement protégés ».

⁴³⁰P.M.DUPUY, a parlé de cette confrontation comme celle entre la logique du Lotus et celle de Nuremberg. "Editorial. Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des seconds", RGDIP, vol. 103,1999, pp. 289-296

En matière d'obligations internationales, certaines normes de droit international sont en mesure d'établir l'obligation de poursuivre sur une base légale en droit interne. Ces normes peuvent avoir un effet immédiat sur les fondements de la compétence universelle appliquée par les tribunaux nationaux. Cela signifie que le droit interne reçoit l'influence directe du droit international en autorisant ainsi l'exercice par les tribunaux nationaux de la compétence prévue par la convention internationale.

Ainsi, la compétence internationale pénale se base sur l'existence d'obligations auxquelles l'État est lié. La ratio juridique de cette compétence repose sur le respect des obligations internationales assumées par l'État. En conséquence, le véritable fondement de la compétence internationale pénale réside dans l'existence des accords internationaux.

Donc, l'objectif principal de ces accords est d'éviter l'impunité et de mettre en pratique une répression efficace de certains agissements délictueux dans le cadre des crimes internationaux.

Lorsqu'il s'agit de la commission de crimes contre l'humanité, la responsabilité pénale internationale ne peut pas être limitée par les conditions imposées par le droit international pour l'exercice de la compétence universelle, tel que l'immunité, les lois d'amnistie, la prescription, ni par le principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

DEUXIEME PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS L'AFFAIRE PINOCHET.

La communauté internationale considère l'individu comme l'axe central de la défense des droits de l'homme, puisque c'est le droit à la vie, à la liberté et à l'intégrité physique qui constitue l'essence de ce que l'on veut protéger, ce qui comporte des biens juridiques définis dans le droit international⁴³¹. C'est ainsi que la dignité humaine devient l'objet de protection supranationale⁴³², et que le droit à la vie constitue un *jus cogens* avec effets *erga omnes*.⁴³³

Les violations des droits de l'homme détériorent la coexistence pacifique à l'intérieur d'un État, et comme le declara Rawls, dans le contexte de la Société des Nations (SDN)⁴³⁴, "*le respect des droits humains est une des conditions imposées à quelque régime politique que ce soit pour être admis comme membre à part entière d'une société politique de peuples justes*"⁴³⁵.

Les régimes militaires du « Cône Sud », établis dans l'année 1964, ont montré un changement dans leur structure socio-politique. Il en découla la formation de mouvements de guérilla urbaine dont l'objectif était d'impulser une révolution sociale⁴³⁶. Ces régimes étaient soutenus par les forces armées qui se signalaient par leur répression contre l'opposition politique. Au Chili, en Argentine et en Uruguay, cette répression commença avec le renversement des

⁴³¹J.M. SIMON, Jurisdicción Universal desde la perspectiva del derecho internacional, nota de investigación, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2001, p.59.

⁴³²C. VILLAN DURAN, C.,Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 1. Reimpresión, Trotta, Madrid, 2006, p. 92, expose que les droits humains se fondent sur la dignité de la personne, "c'est l'unique idée force qui regroupe les différentes conceptions culturelles, philosophiques, politiques, idéologiques, religieuses, morales et sociales présentes dans le monde contemporain".

⁴³³Le TPIY, dans sa sentence du 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, affaire Furuiandzija, TC, para. 141, 147 à 157, déclara que l'éradication de la torture constitue une règle du type *jus cogens* qui impose une obligation erga omnes, raison pour laquelle l'éradication de ce crime, comme celui du génocide et d'autres crimes internationaux, résulte autant de règles coutumières que de traités internationaux, du fait de son importance et du bien juridique protégé.

⁴³⁴La Société des Nations (SDN), organisation international introduit par le traité de Versailles en 1919

⁴³⁵John RAWLS, El derecho de los Pueblos, Universidad de los Andes, Bogotá 1996, p. 131

⁴³⁶Carlos Portales, "La América Latina en el Nuevo Orden Económico internacional",Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 334.

gouvernements constitutionnels. Le Brésil connut sa plus forte répression à la fin des années soixante, l'objectif était d'en terminer avec la guérilla qui avait réussi à prendre forme durant les quatre années antérieures à la dictature. Le Chili et l'Argentine furent les pays où la répression s'instaura sous la forme la plus violente⁴³⁷.

Pinochet en tant que protagoniste des crimes internationaux commis au Chili durant son gouvernement, est constitutif de l'affaire Pinochet, ce qui permet chacune de ces études dans le cadre du droit international pénal de lutte contre l'impunité.

En tenant compte de ce qui précède, dans cette seconde partie, nous étudierons dans un premier temps la Compétence Internationale Pénale de l'Espagne à l'égard des crimes internationaux au Chili (chapitre1), puis nous analyserons ensuite les conséquences de l'affaire Pinochet et la lutte contre l'impunité (chapitre 2).

⁴³⁷J. C. GUTIERREZ CONTRERAS y Myrna VILLEGAS DIAZ, "Derechos Humanos y Desaparecidos en Dictaduras Militares", Universidad de Salamanca, Koaga Roñe'eta, p. 3. (www.desaparecidos.org/nunca_más/web/investig/biblio_contrer_diaz.htm) (Dernière consultation le 15 juillet 2012)

Chapitre 1

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE DE L'ESPAGNE À L'ÉGARD DES CRIMES INTERNATIONAUX AU CHILI

Lorsque les coups d'État se produisirent au Chili et en Argentine, leurs nouveaux gouvernements s'établirent sur le symbole de la "culture occidentale chrétienne", qui s'appuie sur la thèse de Carl SCHMITT de "l'ami-ennemi". Cela consistait à "légitimer l'élimination physique de tout individu qu'on pensait ennemi, aussi bien que des personnes qui s'opposaient au gouvernement par des actions légales"⁴³⁸.

En 1996, l'Union Progressiste des Procureurs (Unión Progresista de Fiscales –UPF-) dépose des plaintes contre les membres des régimes militaires chilien⁴³⁹ et argentin⁴⁴⁰ pour les diverses activités criminelles des années soixante-dix et quatre-vingt, ayant provoqué l'exercice de la compétence internationale pénale par les tribunaux espagnols dans la poursuite des crimes contre l'humanité.

Une pratique qui dans un premier temps se développera à propos de l'Amérique Latine, compte tenu de l'ensemble de l'action exercée contre les dictatures militaires lesquelles ont toujours été soutenues par "l'opération Condor".

Ces faits prirent leur importance au moment où – par suite de la présence de l'ex-dictateur Augusto Pinochet, lequel jouissait d'immunité, sur le territoire du Royaume Uni – le juge Baltazar Garzón émit à son encontre un mandat d'arrêt international que le Royaume Uni prit en compte, donnant lieu par là à l'un des épisodes historiques les plus intéressants par rapport à la compétence internationale pénale et la répression universelle des crimes internationaux.

Ainsi, l'impunité comme règle générale rencontrait des limites. À l'unanimité, la chambre pénale de l'*Audiencia Nacional* dans ses résolutions de novembre 1998, défendit et avalisa la résolution du juge chargé de l'affaire, confirmant que l'Espagne avait compétence pour mettre

⁴³⁸Carl SCHMITT, « El concepto de lo Político ». Alianza Universidad, Madrid, 1991, p. 5

⁴³⁹La dictature militaire d'Augusto Pinochet gouverna le Chili, pendant 16 ans, du coup d'État du 11 septembre 1973 jusqu'au 11 mars 1990, suite au référendum de 1988.

⁴⁴⁰La dictature militaire en Argentine a eu lieu de 1976 à 1983.

en jugement ces délits et pour poursuivre Pinochet où qu'il se trouve fuyant ses responsabilités face à l'humanité devant un tribunal concret qui lui demandait des comptes.

À la lumière de ce qui précède, dans ce chapitre sera analysée dans un premier temps la confirmation faite par *l'Audiencia Nacional* de la Compétence de l'Espagne à poursuivre les crimes de génocide, terrorisme et torture pendant la dictature Chilienne, donc nous étudierons le Mandat d'arrêt international contre Pinochet (Section 1), ainsi que l'absence d'immunité dans l'affaire Pinochet, une condition pour la justice internationale (Section 2).

Section 1.

LE MANDAT D'ARRET INTERNATIONAL CONTRE PINOCHET

Le 15 septembre 1998, le juge García-Castellón avait rendu un arrêt réaffirmant la compétence de son tribunal pour instruire les crimes, phase préliminaire à toute inculpation. Par la suite, le tribunal central d'instruction numero six de l'Audience Nationale d'Espagne confirma⁴⁴¹ le maintien de sa compétence dans le cas Pinochet de la manière suivante:

PREMIEREMENT - Le tribunal central d'instruction numero six, au sommaire 1/98, a édicté en date du 15 septembre 1998, un arrêt dont la partie exécutoire a la teneur suivante :

DECIDE :

PREMIEREMENT -Est maintenue la compétence de juridiction de ce tribunal aux fins de poursuite des procédures d'instruction qui suivent »

Le « 28 mars avant le vingtième anniversaire du coup d'état de 1976 en Argentine »⁴⁴², une association de magistrats appartenant à l'Unión Progresista de Fiscales (UPF – union progressiste des procureurs) dépose une plainte contre les dirigeants militaires argentins (Galtieri, Massera, Videla), par l'entremise d'un de ses membres Carlos Castresana – procureur du tribunal anti-corruption de Madrid – pour les crimes de génocide, terrorisme et torture commis durant la dictature dans les années 1976 à 1983. La requête fut acceptée au mois de juillet par le procureur de l'Audience Nationale qui chargea de l'affaire le tribunal numéro cinq de l'Audiencia Nacional, représenté par le juge Baltazar Garzón⁴⁴³.

En relation avec cette première investigation apparaît l'avocat espagnol Juan Garcés, qui fut l'un des conseillers de Salvador Allende concernant la politique chilienne, et auquel celui-

⁴⁴¹Rollo de Apelacion 173/98, Sección Primera, Sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción Número Seis, en « Los documentos del Juez Garzón y la Audiencia Nacional », op. cit., p.30

⁴⁴²John DIGES, Les années Condor. « Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents », op. cit., p. 37

⁴⁴³Marc FERNANDEZ et Jean-Christophe RAMPAL, Pinochet un dictateur modèle, Hachette Littératures, Paris, 2003, p. 185

ci« ordonna d'abandonner le pays pour des raisons de sécurité et aussi pour qu'il serve de témoin des faits en train de se produire »⁴⁴⁴.

-Les premières pas vers l'application de la Compétence Internationale Pénale⁴⁴⁵.

En 1980 Pinochet réforma la constitution afin de s'auto-proclamer sénateur à vie, en tant qu'ancien chef de l'État jusqu'en 1990.

Pinochet, qui avait officiellement quitté l'armée chilienne le 11 mars 1998 comme retraité, entreprend en septembre 1998 un voyage à Londres pour réaliser des contrôles médicaux à cause d'une hernie discale⁴⁴⁶. Pour son voyage à Londres, le Ministère des affaires étrangères lui avait accordé un passeport diplomatique, pour un voyage qui n'avait aucun caractère officiel⁴⁴⁷. Une fois à Londres, il rencontre Margaret Thatcher qui était son amie personnelle, puisqu'il avait collaboré avec elle comme allié durant la guerre des Malouines, raison pour laquelle elle ne reconnaissait pas les violations des droits de l'Homme commis pendant son régime dictatorial⁴⁴⁸.

Juan Garcés, apprenant cette nouvelle par la presse chilienne prit contact avec Carlos Castresama et ils s'accordèrent à déposer une seconde plainte contre Augusto Pinochet Ugarte pour les mêmes délits formalisés dans la première plainte contre l'Argentine.

Ainsi Juan Garcés voulut mettre en relation les deux requêtes, celle contre les militaires argentins et celle contre Pinochet, sur la preuve de l'intervention de Pinochet dans le plan Condor⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴John DINGES, Les années Condor. "Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents", op.cit, p. 35

⁴⁴⁵Nous devons d'abord faire une présentation d'Augusto Pinochet Ugarte. Il est né à Valparaiso, Chili, le 25 novembre 1915. En 1933 il entre à l'école militaire, devient commandant vingt ans plus tard terminant parallèlement ses études de droit. En 1973, il était général de division. Le 11 septembre de cette même année, il dirigea un coup d'état militaire qui eut pour résultat le renversement et la mort du président constitutionnel du Chili, Salvador Allende. Jacques-Marie BOURGET "Au Tribunal de l'Histoire" , en: Revista "La Libre Match" No. 275 du 14 décembre 2006, p 82

⁴⁴⁶"Pinochet in London Clinic" (Pinochet dans une clinique londonienne), The Independent News, 12 octobre 1998.

⁴⁴⁷John DIGES, Les années Condor. "Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents", op. cit., p. 44

⁴⁴⁸Ibidem, p. 4

⁴⁴⁹Carlos Castresama explique dans « Entretien avec les auteurs », Madrid , Février 2003, cité par Marc FERNANDEZ et Jean-Christophe RAMPAL, Pinochet un dictateur modèle, op, cit., p. 186. "Faisons la même chose avec le Chili et Pinochet" dit-il aux dirigeants de cette organisation: À L'UPF, nous étions convenus d'attendre la décision du procureur sur la première plainte avant d'agir contre Pinochet. Comme ce dernier l'a

Garcés s'engagea à fournir toutes preuves nécessaires à l'enquête, constituant la majorité de cette accumulation probatoire à partir du rapport que venait de publier la Comisión Nacional Chilena de la verdad y reconciliación (Commission nationale chilienne Vérité et Réconciliation), plus connue sous le nom de “rapport Rettig”, qui parvint à établir l'enquête la plus complète en matière de crimes contre l'humanité perpétrés au Chili tels qu'assassinats, sequestrations, disparitions.⁴⁵⁰

Juan Garcés démontre les violations importantes des droits humains effectuées par le groupe criminel dénommé “Opération Condor”. À ce sujet, Garcés déclara⁴⁵¹:

“Les personnes mises en cause dans ce dossier contre Pinoche (...) ont conspiré avec leurs homologues de la junte militaire argentine pour coordonner et étendre l'ampleur des mêmes crimes de terrorisme, assassinats, arrestations illégales, torture, enlèvements de mineurs et disparitions. (...) L'entente criminelle suivait un même schéma, les personnes mises en cause dans la présente plainte passant par des fonctionnaires de l'État placés sous leur autorité pour commettre leurs crimes, (...) finançant leurs activités terroristes sur le budget de la nation, et faisant entre autres victimes des Espagnols et des dizaines de milliers de citoyens d'autres pays, qui ont été assassinés, enlevés ou “détenus-disparus” à la faveur d'actions perpétrées dans de nombreux États d'Amérique et d'Europe. L'entente criminelle (...) a été baptisée opération Condor”.

Dans les preuves apportées par Garcés, se trouvait un document qui attestait de la création du plan Condor, “qui était une copie d'un câble du FBI, en relation avec l'assassinat de Letelier:

“Opération Condor” est le nom de Code d'une opération regroupant la collecte, l'échange et le stockage d'informations concernant de prétendus “gauchistes”, communistes et marxistes, qui a été mise en place récemment par plusieurs services de renseignement en Amérique du Sud afin d'éliminer les activités terroristes des marxistes dans cette région. De plus, l'opération Condor assure des opérations conjointes contre des cibles terroristes dans les pays membres du système Condor. À ce jour, les membres les plus enthousiastes de l'opération Condor sont l'Argentine, l'Uruguay et le Chili. Une troisième phase, plus secrète,

validée, nous nous sommes mis au travail, avec l'aide de Garcés, qui nous a fourni de nombreux documents originaux”.

⁴⁵⁰ Alice MÉDIGUE, « Mémoires Latino-américaines contre l'oppression, témoignages d'exilés du cône sud » (1960-2000). Indigo éditions, mars 2008, p. 122

⁴⁵¹ Plainte pénale déposée le 30 mars 1998 par Juan Garcés en qualité de représentant de l'association des familles de prisonniers et disparus chiliens.

*de l'opération Condor prévoit la formation d'équipes spéciales des pays membres chargées de voyager dans les pays non membres partout dans le monde, afin de réprimer par des actions allant jusqu'à l'assassinat les terroristes ou les partisans d'organisations terroristes, en activité dans les pays membres de l'opération Condor”*⁴⁵²

L'enquête sur le cas Pinochet devait au départ être examinée par le Tribunal de Valencia. Mais comme les faits avaient été commis à l'étranger, l'Audience Nationale, en tant qu'organe judiciaire central siégeant à Madrid, était celle qui détenait cette compétence. Par conséquent, la plainte contre Pinochet fut remise au tribunal numéro 6 revenant ainsi au juge Manuel García Castellón⁴⁵³.

C'est ainsi qu'en mars 1998 les avocats de l'accusation Juan Garcés et des membres de l'UPF présentèrent une requête devant le tribunal central d'instruction N° 6 de l'Audience Nationale d'Espagne, demandant au juge Manuel García Castellón⁴⁵⁴ de l'arrêter en détention provisoire sans possibilité de libération sous caution, et de lancer via Interpol un ordre international de recherche et d'arrestation contre « *Augusto Pinochet Ugarte, Gustavo Leigh Guzmán, Manuel Contreras Sepulveda, Sergio Onofre, Francisco Ferrer Lima, Ciro Ernesto Torres Sáez*” et d'autres.⁴⁵⁵

Le juge García Castellón avait rendu un arrêt en date du 15 septembre 1998, confirmant la compétence de son tribunal pour connaître dans un premier temps toutes les inculpations. Mais comme un an auparavant, en mars 1997, le juge Baltazar Garzón avait émis un mandat d'arrêt contre un des chefs de la junte argentine, Leopold Galtieri, le juge Castellón se dessaisit de l'enquête contre Pinochet afin que Baltazar Garzón la poursuive, c'est à dire qu'il prenne officiellement en charge cette enquête en octobre 1998, après être parvenu avec le juge Castellón à la conclusion que Pinochet était le responsable de « *l'Opération Condor* »⁴⁵⁶.

-La Ratification de la procédure par l'*Audiencia National*.

⁴⁵²John DINGES et Saul LANDAU, *Assassination on Embassy Row*, Pantheon Books, New York, 1980, p. 238-239

⁴⁵³Ley orgánica del Poder Judicial, septiembere de 2005, Editorial Constitución y Leyes, Septiembere de 2005, p. 101

⁴⁵⁴Paz ROJAS B., Victor ESPINOZA C., Julia URQUIETA O., Hernán SOTO H., “Pinochet face à la justice espagnole”, Traduit de l'espagnol par Jacques Secretan, L'Harmattan, Paris, p.107

⁴⁵⁵Ibid.

⁴⁵⁶Marc FERNANDEZ et Jean-Christophe RAMPAL, op, cit., p. 187

Le juge Baltazar Garzón au nom de l'Audience Nationale d'Espagne ratifie sa compétence sur le cas Pinochet, à partir du 20 octobre 1998, en tenant compte qu'il s'agissait d'un cas de droit international pénal puisque les faits étaient des crimes contre l'humanité commis, non seulement au Chili, mais aussi en Argentine, en Italie, aux États-Unis. De plus, Pinochet en qualité d'ex-président de la République profitait d'une série de privilèges octroyés par le droit international, tels que se bénéficiait d'une immunité; il n'était pas citoyen espagnol, pas plus que les faits survenus n'avaient été commis en Espagne ou en Grande Bretagne.

Le juge Baltazar Garzón élabore une commission rogatoire dans laquelle il demandait à la police britannique d'interroger Pinochet. Cette commission signalait qu'il avait été localisé dans un hôpital et qu'il serait transporté au Chili le lendemain. En conséquence, Garzón délivre un mandat d'arrêt afin que Pinochet soit détenu aux fins d'extradition⁴⁵⁷.

Ce mandat d'arrêt est transmis par le biais d'Interpol. Dès qu'il arrive entre les mains des autorités britanniques, l'ordre d'arrestation contre Augusto Pinochet est exécuté. C'est ainsi que les fonctionnaires de Scotland Yard lui annoncèrent qu'il se trouvait en état d'arrestation⁴⁵⁸, ce à quoi Pinochet répondit : « *c'est ce communiste de Garzón*⁴⁵⁹. *Je suis chef d'État, je suis diplomate, je ne suis ni un criminel, ni un terroriste*⁴⁶⁰ »

Le mandat d'arrêt est rédigé ainsi⁴⁶¹:

“Par la présente ordonnance, je décrète la mise en détention provisoire et inconditionnelle d'Augusto Pinochet et la remise immédiate d'un mandat d'arrêt international aux autorités britanniques pour son exécution.

Les faits: à ce stade de la procédure, il a été établi que depuis septembre 1973 au Chili et à partir de 1976 en République Argentine s'est produit une série d'événements et d'activités criminelles dans le cadre de la plus féroce répression contre les citoyens et les résidents de

⁴⁵⁷Ibidem.

⁴⁵⁸Marc FERNANDEZ et Jean-Christophe RAMPAL, “Pinochet un Dictateur Modèle”, Editions Hachette Littératures, Paris, 2003, p. 188 “ C'est un acte de couardise, il dormait quand la police est entrée dans sa chambre, s'insurge le général Cortés Villa. La clinique a littéralement été prise d'assaut par les hommes de Scotland Yard. Ils sont rentrés et lui ont annoncé en anglais qu'il était arrêté. Il n'y avait même pas de traducteur, mon général n'a pas compris tout de suite ce qui se passait. Ce n'est que le lendemain que l'attaché militaire de l'ambassade du Chili a pu lui fournir toutes les explications.”

⁴⁵⁹Pilar URBANO, « Garzón, el hombre que veía amanecer », Madrid, Plaza y Janes, Editores, Madrid, 2000, p. 519. « Dans ce livre l'auteure parle du juge Garzón, mais selon des témoignages c'est l'avocat Garcés, que Pinochet a toujours identifié comme communiste, qui fut mentionné »

⁴⁶⁰John DINGES, Les années Condor. “Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents”, op, cit., p. 4

⁴⁶¹Ibid, p. 46

ces pays. Ces actes ont été commis conformément à des plans et des objectifs préétablis par des structures du pouvoir et dont le but était l'élimination physique, la disparition, l'enlèvement de milliers de personnes ayant été d'abord systématiquement victimes de tortures, comme l'atteste le "rapport Rettig".

À l'échelle internationale, des preuves établissent qu'une coordination avait été formée, sous le nom "d'opération Condor", entre plusieurs pays, dont le Chili et l'Argentine, dans le but de coordonner l'action répressive.

Dans ce sens, Augusto Pinochet Ugarte, alors chef des forces armées et de l'État chilien, a perpétré des activités criminelles en coordination avec les autorités militaires d'Argentine (..), ordonnant l'élimination physique, la torture, l'enlèvement et la disparition de Chiliens et de personnes d'autres nationalités, au Chili et ailleurs, à travers les agissements des services secrets (DINA) et dans le cadre de la précitée "opération Condor".⁴⁶²

Baltazar Garzón fait ensuite référence à des cas plus concrets commis dans le cadre de l'Opération Condor. Les revendications du mandat d'arrêt international se basaient donc sur les diverses violations des droits de l'Homme commises pendant la dictature de Pinochet, confirmées par des témoignages reçus par le juge García Castellón lui-même. Tous les assassinats, tortures, disparitions forcées avaient été commis sous les ordres d'Augusto Pinochet. Il était également signalé qu'il existait plus de 3.000 assassinats et disparitions qui restaient impunis.

C'est ainsi que dans la présente section, nous traiterons les faits constitutifs du Mandat d'arrêt international contre Pinochet (§1) et nous essayerons ensuite d'étudier les fondements juridiques du Mandat d'arrêt aux fins d'extradition (§ 2).

⁴⁶²Ibid, p. 47

§ 1. LES FAITS CONSTITUTIVES DU MANDAT D'ARRET INTERNATIONAL AUX FINS

D'EXTRADITION CONTRE PINOCHET:

Dans l'exposé des faits, nous traiterons de l'instauration d'une conspiration conçue avant le coup d'État militaire et présidée par Augusto Pinochet Ugarte, et qui culmina avec la mort du président Salvador Allende. Augusto Pinochet Ugarte lui-même, dans son livre *“El día decisivo” (Le jour décisif)*, reconnaît qu'il était en train de préparer son levement militaire depuis un certain temps.⁴⁶³

⁴⁶³ Augusto Pinochet Ugarte, « El Día Decisivo 11 de septiembre de 1973 », editorial Andrés Bello, 1985, p. 78 : “(...) il n'y avait pas d'autre solution que de continuer à réaliser secrètement les plans que nous étions en train d'étudier (il fait allusion au développement des préparatifs du “coup d'état militaire”)...A quel moment l'Armée a-t-elle commencé à se préparer pour prendre l'initiative ? (...) Le 23 juin 1972 j'ai émis une circulaire destinée à huit des organismes de l'État Major Général(...) Le premier pas à faire consistait à transformer progressivement la conception défensive du Plan de Sécurité Intérieure en offensive. Pour ne pas éveiller de soupçons, il fallait disséminer le travail entre plusieurs groupes et réaliser lentement l'élaboration des documents. (...) Je résolus le 9 juillet d'amplifier cette planification (...) J'élaborai un nouveau mémorandum destiné à orienter maintenant les travaux de planification totale de manière très directe avec une orientation offensive, et en établissant l'attitude qu'adopterait l'Armée le moment venu. Je me suis limité à l'envoyer seulement aux Directions des Opérations et du Renseignement, après incinération préalable des stencils, je laissai la troisième copie dans le coffre-fort du Secrétariat d'État Major Général de l'Armée. Avec cette démarche commençait pratiquement un changement total d'attitude dans les plans de sécurité, puisque d'une position défensive et de contrôle, nous passions à une position de caractère offensif pour occuper et agir, non seulement dans la capitale, mais dans n'importe quelle zone tout au long du Chili”. P. 79 : “(...) J'ai toujours considéré que pour le succès de n'importe quelle action destinée à libérer le pays du communisme j'avais besoin d'avoir en ma faveur deux éléments indispensables. Le premier était de disposer du temps suffisant pour préparer l'opération dans tous ses détails s'agissant des moyens, documents et information afin de pouvoir agir rapidement. (...) Le deuxième était le secret, élément fondamental pour produire la surprise. (...) Pour réaliser le premier point je me fixai un délai d'un an à partir d'août 1972. Et pour satisfaire la dissimulation je considérai que le travail devait être compartimenté afin que les exécutants n'en perçoivent pas la véritable finalité”. P. 82 : “(...) La révolution devait être préparée dans un cercle très fermé et uniquement avec des personnes de notre Armée, sans mêler personne d'autre même à titre d'information. (...) P. 87 Le 28 mai, dans une réunion avec les généraux de l'Armée, peu avant que revienne le Commandant en Chef titulaire, j'ai émis sous ma signature une “Directive de Sécurité Intérieure du Commandant en Chef de l'Armée”, document qui contenait le Plan de Sécurité Intérieure. (...) Les mesures discutées devaient être adoptées sous deux conditions fondamentales. En premier lieu, le Plan en vigueur ne pouvait changer tant que le nouveau document n'avait pas été complètement diffusé à tous les échelons. (...) En second lieu, l'action indiquée dans la nouvelle directive ne pouvait être mise en œuvre isolément ou en l'absence de synchronisation avec l'ensemble.(...) Pour cette raison, c'était une obligation préliminaire et nécessaire au commencement de la révolution d'alerter toutes les Unités du pays.(...) Il était donc fondamental que toutes les troupes de l'armée du Chili réagissent à un seul ordre. (...) La première mesure qui devait être adoptée dans les quartiers généraux,(...) était que tous les travaux préparatoires se fassent avec la plus grande discrétion, car aucune information ne devait filtrer au dehors. P.88 (...) Pour éviter toute fuite, on maintint le travail sectoriel des sujets qui en apparence n'avaient pas de rapport entre eux, mais qui réunis au moment fixé formaient l'action totale. De cette façon, chaque groupe connaissait seulement sa part. On prit en plus toutes sortes de précautions avec ceux qui devaient participer à ces activités, et qui en principe devaient se réaliser avec un minimum de personnes et toutes d'une confiance absolue. (...) Je dois signaler que grâce à ces précautions de couverture, le travail de planification fut maintenu jusqu'à son terme dans le secret le plus absolu”.

Pour arriver à ce but il y eut une série de violations des droits humains tels que détention illégale, torture et jusqu'à l'assassinat de tous ceux que l'on considérait comme l'ennemi « politique » dans l'optique d'arriver au pouvoir.

Augusto Pinochet ne se proclama pas Chef de l'État tout de suite, mais en décembre 1974⁴⁶⁴, cette situation permit que sous ses ordres continuent toutes sortes d'outrages et de tourments sur la population civile particulièrement sur les personnes appartenant à des ethnies, des groupes politiques, religieux et jusqu' à la population universitaire elle-même⁴⁶⁵.

En fait, avant la date du 11 septembre 1973, avaient été donnés les ordres opportuns et investis les fonds publics nécessaires à l'acquisition des appareils de torture qui commencèrent à être utilisés à cette date de façon généralisée sur les victimes.

De la même façon, les centres clandestins de détention et de torture avaient déjà été sélectionnés, ils furent utilisés avec une répartition parfaite dès le moment même du “coup d'État”.

Le système de disparition de personnes avait été prévu aussi, à travers la dissimulation de leurs corps dans des lieux non identifiés, de façon qui empêchait la récupération du cadavre ou de savoir si la personne était morte ou séquestrée.

Compte tenu de ce qui précède, nous poursuivrons en analysant les violations systématiques et généralisées des droits humains commises au Chili à partir de 1973 (A), ainsi que les attentats à l'étranger (B).

⁴⁶⁴ Augusto Pinochet n'était pas le chef de l'État jusqu'en décembre 1974, puisque la question de savoir si on le nommait dans ce poste ou non se débattait entre les généraux durant l'année 1974.

⁴⁶⁵ Juzgado Central de Instrucción No. 5., *Audiencia Nacional* de Madrid, España, Auto del 24 de diciembre de 1998, pieza constitutiva del proceso « *El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte*, p. 16. *Déclaration de María Olga Lutz Itersera du 27 novembre 1998.* « *C'est une période de transition qui doit s'achever avec la période correspondant au Président Salvador Allende (trois ans)...Une autre question préoccupe également les généraux Lutz et Bonilla, c'est qu'aux alentours de mai 1974, dans la junte militaire il commence à se poser la question, plus exactement, Pinochet commence à poser la question, de la nécessité qu'il existe une charge exécutive à l'intérieur de la junte militaire parce que le projet initial était que la junte était une charge, elle était un organe collégial, et que les différents membres devaient se succéder au pouvoir. C'était également le projet qu'avait mon père et qu'avait le général Bonilla. Il y a une junte de généraux dans laquelle on va voter si on élit ou non Pinochet comme chef suprême de la nation(...)* En septembre 1974 se tient une réunion de généraux. Un des thèmes principaux qui se discute concerne les procédés que met en œuvre la DINA, parce qu'alors la DINA s'était institutionnalisée (il me semble que ce fut fin juin). Alors lui, évidemment et un autre général ne sont pas d'accord avec les procédés de la DINA, ni avec le fait que le général Contreras traite directement avec le général Pinochet, étant commandant et les autres étaient généraux. Alors au milieu de la réunion éclate une phrase bien retentissante c'est lui qui dit : "eh bien la DINA c'est moi".

A. LES VIOLATIONS SYSTEMATIQUES ET GENERALISEES DES DROITS HUMAINS COMMISES AU CHILI A PARTIR DE 1973.

Dans les violations systématiques et généralisées des droits humains ayant existé au Chili, il y eut quatre aspects importants : la conspiration, comme organisation de la répression contre le peuple chilien (1), les méthodes de répression utilisées pendant le régime Pinochet (2), les victimes étrangères (3) et les déclarations faites par le Parlement Européen au sujet des victimes étrangères du fait de ces méthodes de répression, comme ce fut le cas du citoyen espagnol Carmelo Soria (4).

1. La Conspiration

Dans le cas Pinochet les faits s'organisent à partir d'une conspiration qui se développe sur trois années (1970-1973), afin de réprimer la population par l'intermédiaire d'assassinats et de tortures systématiques et ainsi détruire le gouvernement démocratique existant, ceci impliquant d'éliminer le Président de la République et quiconque le représentait⁴⁶⁶.

Dans cette conspiration, Augusto Pinochet Ugarte au départ occupait un rôle limité. A partir du début de 1972 où il fut « *désigné Chef d'État Major de l'Armée* », il était le second dans la chaîne de commandement. Il avait au dessus de lui le *Général Carlos Prats* alors Commandant en chef de l'Armée et le Président de la République auquel la constitution attribuait la fonction de Généralissime des Forces Armées⁴⁶⁷ »

Dans ces conditions, en août 1973, un mois avant que se produise le coup d'État, le président Salvador Allende avait constitué son cabinet de gouvernement sur pression des chefs militaires de la façon suivante : Le contre-amiral Ismael Huerta aux travaux public et aux transports, le général de brigade Claudio Sepúlveda au portefeuille des mines et Carlos Prats à celui de l'intérieur, c'est ainsi qu' Augusto Pinochet est nommé par intérim Commandant en

⁴⁶⁶Pieza constitutiva en la causa seguida contra Pinochet, (El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte) precedente de la Fiscalía de la Corona, 50 Ludgate Hill, London EC4M 7EX y dirigido al Juzgado Central de Instrucción No. 5., p. 8

⁴⁶⁷Procedimiento Sumario 19/97. Terrorismo y Genocidio. "CHILE OPERATIVO CONDOR". Juzgado Central de Instrucción número cinco, Audiencia Nacional, Madrid. Auto respondiendo a la solicitud del Crown Prosecutor Service y por el que se informa de los indicios contra Augusto Pinochet Ugarte que constan en la causa.

Chef de l'Armée de Terre, ensuite avec la démission de Carlos Prats, son intérim prend fin et il est nommé officiellement Commandant en Chef de l'Armée de Terre⁴⁶⁸.

Mais avant le 11 septembre 1973, dans le cadre de cette conspiration destinée à faire disparaître le type de gouvernement de Salvador Allende, Pinochet « *trompa son supérieur, le commandant en chef de l'Armée, et trompa le président de la République en gardant formellement une attitude d'appui au gouvernement constitutionnel face à l'apparition au cours de ces années d'autres militaires conspirateurs* »⁴⁶⁹. C'est ce double jeu qui permit à Pinochet de gagner la confiance de son supérieur, le général Prats. Lors de sa démission de commandant en chef le 25 août 1973, le président Allende lui demandant qui il lui conseillait pour lui succéder dans le poste, le général Prats répondit « *Augusto Pinochet a toujours fait preuve de loyauté à l'égard du rôle constitutionnel de l'Armée et je vous le recommande pour la mission que vous cherchez, qui est d'assurer la discipline de l'Armée dans la légalité* ». Sur la base de cette information, le président Allende désigna Pinochet commandant en chef de l'Armée⁴⁷⁰.

Le 9 septembre 1973, Pinochet fut convoqué par le président Allende à la résidence personnelle de ce dernier, où il arriva accompagné du Général Urbina, alors Inspecteur Général de l'Armée. Le président de la République les informa que dans les heures suivantes,

⁴⁶⁸Marc FERNANDEZ et Jean-Christophe RAMPAL, Pinochet un dictateur modèle, Hachette Littératures, Paris, 2003, p. 40

⁴⁶⁹Juzgado Central de Instrucción No. 5., Audiencia Nacional de Madrid, España, Auto del 24 de diciembre de 1998, pieza constitutiva del proceso « El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte. p. 9. » Témoignage de Juan Garcés, fait le 24.12.98, de manière claire et précise, comme témoin des faits, il était conseiller personnel de Salvador Allende le 11.09.73”.

⁴⁷⁰Ibidem. "Néanmoins, la version que donne Pinochet lui même dans son livre "Le jour décisif : 11 septembre 1973" publié à Santiago en décembre 1979 par l'éditeur "Andrés Bello", révèle que depuis 1972 il conspirait dans l'objectif signalé avant. Ainsi dans les pages 71 à 89... Page 78, le déclarant souligne que Pinochet affirme que "le 23 juin 1972 il fit le premier pas pour transformer la conception défensive du plan de Sécurité Intérieure en offensive". Afin de ne pas éveiller de soupçons, il dissémina le travail entre divers groupes pour réaliser lentement la fabrication des documents". Le 9 juillet suivant il amplifia cette planification, l'envoyant seulement aux directions des opérations et du renseignement. "A la page 79, il affirme que pour le succès de sa conspiration il avait besoin d'une série d'éléments qu'il explique dans le texte, il le développe page 72 disant que "la révolution devait être préparée dans un cercle très fermé"; et à la page 87 il signale que le 28 mai 1973 il transmet des ordres tels que la Directive de Sécurité Intérieure qui contenait le plan et qui indique à la même page qu'il tenait pour pré-requis nécessaire au début de ce qu'il nomme "révolution", le fait d'alerter toutes les unités du pays, car "il était fondamental que toutes les troupes de l'armée réagissent à un seul ordre" (...) "La première mesure à prendre dans les quartiers généraux était que tous les travaux préparatoires se fassent avec la plus grande discrétion", à la page 88 il ajoute "pour éviter toute fuite on systématisa de travailler séparément des sujets qui en apparence n'avaient pas de relation entre eux mais qui, réunis à un moment donné, formaient l'action totale. De cette façon, chaque groupe connaissait seulement sa part. De plus toutes sortes de précautions furent prises concernant ceux qui faisaient partie de ces activités qui, en principe, devaient se réaliser avec un minimum de personnes, toutes d'absolue confiance"

il allait convoquer un référendum afin que les citoyens puissent choisir librement le destin du pays au sujet du conflit qui à ce moment opposait le pouvoir exécutif au pouvoir législatif⁴⁷¹.

Dans le développement de la conspiration l'ordre était donné par Pinochet pour que se fasse tout de suite le coup d'État, qu'on procède à la détention de toute personne considérée comme ennemie, sans exception de sexe ou de condition, et l'ordre était donné non seulement de les arrêter mais encore de les torturer et y compris les assassiner⁴⁷².

Un autre point important de cette conspiration tient au fait que Pinochet trompait également ses collègues membres de la junte militaire « *dans un premier temps, il leur dit qu'il acceptait que les décisions se prennent à l'unanimité, et un des membres, le Chef de la Force Aérienne Leigh, s'opposa à ce que cet accord initial soit modifié et que Pinochet se trouve avec le pouvoir total, et cela entre autres raisons conduisit à la destitution du Général Leigh par Pinochet en 1978* »⁴⁷³.

Parmi les faits mêmes se rapportant à la conspiration se trouve le témoignage de Fabiola Alicia Letelier del Solar reçu le 4 décembre 1997, dans lequel il est démontré qu'avant le 11 septembre 1973 fatidique il y avait eu des tortures et de ténébreux assassinats et que la conspiration se développait de façon occulte⁴⁷⁴.

⁴⁷¹Ibidem, p. 11, "Le déclarant eut connaissance de cette communication du Président à Pinochet dans la nuit du 10 septembre suivante, au cours de la réunion de travail que tint le Président pour préparer son message au pays convoquant celui-ci au plébiscite, réunion à laquelle il participa conjointement au Ministre de l'Intérieur, Don Carlos Briones, le Ministre de la Défense, Don Orlando Letelier, et le Directeur de la Télévision Nationale, Don Augusto Olivares. Toutefois, après avoir reçu cette information, Pinochet retourna chez lui et, comme il est de notoriété publique, reconnu de lui et de ses partisans, cet après-midi du 9 il se réunit avec le Général Leigh, Commandant en chef de la Force Aérienne et avec l'Amiral Huidobro, Chef de l'infanterie de Marine, envoyé par l'Amiral Merino, et ils décidèrent d'avancer l'insurrection qui était prévue le 14 septembre, de telle sorte que le Président ne puisse appeler au plébiscite et que le pays ne sache pas que la voie des urnes était ouverte pour élucider démocratiquement le destin collectif".

⁴⁷²Ibid, "Les ordres furent donnés sous enveloppes fermées, car Pinochet agissait de la manière secrète qu'il confesse lui même dans son livre, de telle sorte que les Chefs d'unités ne connurent ces ordres que lorsqu'au matin du 11.09.73 Pinochet ordonna d'ouvrir les enveloppes et d'exécuter ses ordres"... avant le 11 septembre Pinochet fit constituer les premières listes de personnes devant être détenues, torturées et certaines assassinées immédiatement. Ce sont des premières listes dont le contenu répond à cette fixation sur le leadership social et politique du pays...Toutes les enceintes militaires furent converties en centres de détention et de torture, c'est à dire que les appareils de torture étaient déjà distribués et installés pour le moment où Pinochet donnerait l'ordre d'exécuter les instructions"

⁴⁷³Ibidem, p. 15. «Dans l'Armée de Terre, les généraux qui participèrent à la conspiration...furent éliminés dans les mois qui suivirent le coup d'État, le Général Bonilla, mourut dans un étrange accident d'hélicoptère "Puma" et, il semble que cette équipe d'enquêteurs envoyée de France tomba aussi d'un autre hélicoptère "Puma", ce qui causa leur mort et, après ce deuxième accident, la firme française résolut de ne plus enquêter»

⁴⁷⁴Transcription du texte "Orlando Letelier : Témoignage et vengeance (sic)", également enregistré sur cassette, apporté dans le procès contre Pinochet au Tribunal Central d'Instruction Numéro Cinq, Audiencia Nacional,

Dans son livre « Memorias », l'auteur Carlos Prats González, qui mourut ensuite dans un attentat ordonné par Augusto Pinochet à Buenos Aires, explique :

« Le 13 avril 1972 j'étais arrivé à la conclusion que la matérialisation du conflit insurmontable entre les pouvoirs Exécutif et Législatif, n'aurait pas de solution constitutionnelle » plus loin il dit : « Le 29 juin arriva, le « tancazo », et comme je dis toujours, il y avait là la main de Dieu, bien qu'il y ait des athées qui n'y croient pas ; Dieu m'a aidé, il a élargi ma vision et le 4 juillet j'ai changé mes plans⁴⁷⁵ »

Ainsi, ce qui a été avancé se confirme. Il existait un « travail » en commun pour arriver à réaliser le coup d'État, après l'assassinat du Président⁴⁷⁶. Dans certaines déclarations que fit

Madrid, par Fabiola Alicia Letelier del Solar le 4.12.97. Dans cette déclaration le Ministre de la Défense (Letelier) indiqua quand se produisit le Coup d'État : "(...) durant le déjeuner du 10 (septembre 1973) j'ai expliqué au Président (Allende) qu'il avait treize instructions ouvertes au sujet des forces armées (...) quelques unes (instructions) qui restaient en rapport avec la situation des marins(...) l'insistance de ces matelots et particulièrement de leurs familles, comme quoi ils avaient été soumis à la torture (...) il y avait même une lettre que lui avaient envoyée pratiquement tous les familiers des soixante et quelques sous-officiers et personnels de troupe (...) depuis les premiers jours (de septembre 1973) Pinochet me dit "Voyez Ministre, là il y a une bande de fous, de déséquilibrés, qui ont une attitude conspiratrice".

⁴⁷⁵Carlos PRATS GONZALEZ, "Memorias (testimonio de un soldado), editorial, Pehuén, 1985, p. 590. "...pour être plus exact et profitant de la présence du général Benavides, le 20 mars 1973 il signa un document que je lui avait envoyé, dans lequel étaient étudiées les éventualités politiques vers lesquelles le pays s'acheminait et nous sommes arrivés très clairement à la conclusion qu'une solution de type constitutionnel était devenue impossible. L'Armée planifia à ce moment la manière d'agir. Le secret a été maintenu et, grâce à Dieu, il a été bien gardé parce que autrement nous ne serions plus à regarder la lumière du soleil... Nous avons été huit officiers qui planifièrent et reçurent des ordres pour mener cette tâche à bien".

⁴⁷⁶Déclaration de Sergio Poblete Garcés contenue dans la procédure contre Augusto Pinochet Ugarte. Juzgado Central de Instrucción Nacional, Madrid, Arrêt en date du vingt-sept janvier 1998, p.7 "La chaîne de commandement s'organisait à partir du Commandant en Chef, qui est celui qui transmet les ordres à ses subalternes, les trois branches de l'Armée plus la Police, c'est à dire l'Armée de Terre, la Marine, la Force Aérienne et la Police. La plus ancienne était l'Armée (...) Que pour cette raison d'ancienneté l'Armée de terre a préséance sur les autres armes. Que le coup d'État fut organisé préalablement au 11 septembre 1973. Que Pinochet comme Commandant en Chef dirigeait le coup d'État (...) Que l'objectif était d'assassiner le Président et tous ceux qui l'accompagnaient, et aucun cadre ne pouvait faire quoi que ce soit sans que Pinochet ait donné son ordre. L'objectif de l'attaque du palais présidentiel était d'assassiner le président, puisque l'armement de l'Armée, tanks, etc...n'était pas un armement défensif. La Force Aérienne attaqua avec des fusées destructives, ce qui fit que l'intérieur du palais présidentiel fut détruit et que l'ordre aux généraux des forces armées était programmé, l'ordre de torture et les noms des personnes qui devaient être torturées, l'ordre c'est Pinochet qui le donna et les autres institutions accomplirent les ordres déjà impartis qui dépendaient en dernière instance de Pinochet. Le commandant en chef de chaque branche des Forces Armées avait réparti suffisamment en avance à chaque Chef d'Unité les ordres scellés, qui contenaient les choses à faire et les personnes qui devaient être détenues et assassinées, parce que c'était des gens qui sympathisaient avec les autorités, directeurs d'écoles etc..., des gens qui devaient être éliminés pour effrayer le reste de la population(...) Qu'en plus des instructions de tortures les Chefs d'Unité recevaient une liste de citoyens qui devaient être détenus, torturés et assassinés(...) L'affaire des listes reçues pour détenir torturer et assassiner je l'ai sue spécifiquement par un ami qui était Directeur de l'Ecole d'Artillerie de l'Armée, c'était le Lieutenant Colonel Jaña qui se trouvait à quatre-cents kilomètres de Santiago et recevait des ordres du Général Washington Carrasco Commandant de la troisième division, dont le siège est à Concepción, et en voyant la liste de personnes qu'il devait arrêter, torturer et tuer, parmi elles divers amis, il refusa d'accomplir l'ordre, il fut relevé de sa charge (...) les tortures que lui même avait subies de ses camarades de l'Armée pour ne pas avoir accompli les ordres qui figuraient dans l'enveloppe".

Pinochet le 7 août 1974, il expliqua « Nous avons été huit officiers qui avons élaboré les plans ou qui reçurent les ordres de mener cette tâche à bien »⁴⁷⁷.

2. Les méthodes de répression durant le régime de Pinochet

Les méthodes de répression utilisées furent nombreuses durant le régime de Pinochet, tortures, mauvais traitements, vexations, sans égard pour l'âge ou le sexe. L'exécution de ces violations des droits de l'homme commença dès le coup d'État et continua durant tout le régime. Elles consistaient en *“coups violents jusqu'à produire des fractures, on maintenait les détenus nus, sous une lumière constante la tête couverte de capuches, attachés, refus de nourriture, d'eau, de vêtements ou autres besoins similaires; pendaison par les bras, suspendus en l'air, processus de demi-asphyxie dans de l'eau, des substances malodorantes ou des excréments, application d'électricité sur les testicules, la langue et le vagin, viols systématiques, simulacres de pelotons d'exécution et autres méthodes raffinées de torture comme celle bien connue de la “perche à perroquet”, consistant à pendre le corps pendant longtemps”⁴⁷⁸.*

⁴⁷⁷Juzgado Central de Instrucción No. 5., Audiencia Nacional de Madrid, España, Arrêt du 24 décembre 1998, pièce constitutive du procès « El Reino de España contra Augusto Pinochet Ugarte. P. 10. Cette affirmation de Pinochet est recueillie et commentée dans les mémoires que le Général Carlos Prats écrivit en 1974 intitulé "Témoignage d'un soldat", qu'il termina peu de jours avant d'être assassiné le 30.09.74 par des agents de la DINA et qui fut publié à Santiago du Chili en mars 1985, et aux pages 599 et 600 le dit général écrit : "Le général Pinochet était alors mon chef d'État Major jusqu'au moment où, sur ma suggestion, le Président Allende nomma le Général Pinochet Commandant en Chef de l'Armée, je croyais honnêtement que ce Général partageait sincèrement ma conviction que la cahotique situation chilienne devait se résoudre politiquement sans coup d'État militaire, vu que cela en serait la pire résolution (...) Si on va au fond des deux confessions du Général Pinochet, pour résoudre par la force un "conflit de compétence" entre deux pouvoirs de l'État".

⁴⁷⁸Ibidem, p. 242. Dixième fait : "Seulement comme exemples de ce qui était tout un système de torture, souffrances et vexations, sont rappelés les cas suivants : 1-Le prêtre catholique britannique Michael WOODWARD. Le martyr du père Woodward est résumé par le journal l'Observer, dans un article de Jo Beresford du 16 février 1975, qui colle de très près à la réalité, selon le récit de Claudio Herrera, réfugié en Angleterre et qui fut détenu avec le prêtre. Des 800 prisonniers qui étaient dans le bateau une douzaine étaient curés. Michael Woodward était considéré par les officiers de la Marine comme le plus dangereux des prisonniers. Il avait appartenu à un groupe nommé Chrétiens pour le Socialisme et avait travaillé pendant plus de 10 ans dans les zones les plus pauvres de Valparaíso, aidant les gens à obtenir du travail et organisant des cours pour les enfants. Les prisonniers étaient torturés en groupes. Les séances commençaient par une douche pour les prisonniers. Alors, pendant qu'ils étaient encore mouillés, ils leur fixaient des électrodes à différentes parties du corps et leur envoyaient des décharges électriques. Ensuite ils jetaient les corps sur des tables et les rouaient de coups. Les bras du père Woodward furent brisés en deux avec un marteau, et ils rouèrent son corps de coups au point qu'il était noir de partout. Il n'y avait pas de repas sur le bateau, pendant des jours, même si parfois ils s'alimentaient de haricots infectés de vers. Les bras et les côtes rompus du père Woodward restèrent sans soin...Il a déambulé avec son corps brisé à l'intérieur et finalement mourut. 2- Le Docteur Eduardo PAREDES

Comme il a été dit, avec le coup d'état apparaissent des violations des droits de l'homme telles que tortures, disparitions forcées, assassinats etc, qui se produisaient de façon systématique et visaient essentiellement les syndicalistes, politiciens de gauche, universitaires, religieux, laïcs, en général toute personne qui aurait soutenu le gouvernement d' Allende et qui aurait donc été contre le régime de Pinochet, etc. Tout cela se faisait avec la collaboration de la police et des forces armées, dans le but d'obtenir des informations.

Les accusés étaient emmenés vers les diverses annexes telles que commissariats, écoles de carabiniers ou de la police, bases militaires et camps de concentration de Cuatro Alamos, Tejas Verdes, Ritoque, Villa Grimaldi et d'autres⁴⁷⁹, mais au début les détenus étaient si nombreux qu'on utilisa jusqu'aux stades comme centres de détention et de torture, le stade national du Chili, par exemp

BARRIENTOS, chirurgien de profession et conseiller du Président de la République Salvador Allende. Il est arrêté le 11 septembre 1973 au palais de la présidence avec d'autres personnes. A 18 heures il est conduit au régiment Tacna par deux véhicules militaires. Ils restèrent dans cette enceinte (...) jusqu'au 13 (...). Les membres du groupe composé des conseillers du président de la République et membres du GAP (escorte personnelle), pieds et mains liés, sont chargés dans des camions militaires et sortis du régiment vers une destination inconnue. Néanmoins, le véhicule militaire se dirige vers Peldehue, au terrain attribué au régiment Tacna, où il est possible qu'ils les exécutent et les enterrent. Les restes d'Eduardo PARREDES BARRIENTOS sont identifiés en juillet 1995 dans une fosse commune dans le carré 29 du cimetière général de Santiago du Chili. Son autopsie révèle que les tortures dont il a été victime après son arrestation de la part d'agents de l'État lui avaient fracturé la colonne vertébrale, le bassin, les poignets, les côtes, le crane, des brûlures meurtrières au chalumeau ou lance-flammes au thorax, aux épaules et une partie de la face, qui ont laissé des marques noires sur la structure osseuse, y compris les dents"

⁴⁷⁹Fait No 9 - Procédure: Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción. Número cinco, Audiencia Nacional, Madrid, Arrêt du 3 novembre 1998, p. 240. Les centres de détention dans lesquels la torture se pratiqua de la façon la plus insistante furent : l'ancien aéroport de Cerro Moreno d'Antofagasta ; les navires de la Marine ou sous son contrôle à Valparaiso ... le Stade National, le Stade du Chili et l'Académie de Guerre...II/ Entre 1974 et 1977 fonctionnent les centres de détention et de torture suivants : A/ Dépendances de la DINA : 1- Tejas Verdes. 2- Cuatro Alamos. Les personnes étrangères à la DINA n'avaient pas accès à ce dernier. Il disposait de petites cellules coupées de tout. 3- Londres No 38, qui se trouve dans le centre de Santiago. 4- José Domingo Cañas, à Santiago. 5- La Villa Grimaldi, à Santiago, fut le plus important centre de détention et de torture de la DINA dans lequel ils disposaient d'appareils spécialement conçus pour des séances de torture de captifs. Dans ce centre de détention existait une zone connue comme 'la Tour', à l'intérieur de laquelle furent construits dix compartiments de 70 cm par 70 cm et de deux mètres de haut, avec une porte basse par laquelle il fallait entrer à genoux. Dans cette tour se trouvait une salle de torture. La majorité des prisonniers qui y allaient, on ne les revoyait plus... Les "Casas Corvi", petites caisses de bois construites à l'intérieur d'une pièce plus grande dans lesquelles on restait debout plusieurs jours (...). B/ Dépendances du SIFA et du commando conjoint : Parmi les plus remarquables 1- L'Académie de Guerre Aérienne (AGA), de fin 1973 à fin 1974. La moyenne de détenus pendant 1974 fut de 70 à 80. Les tortures se pratiquaient au deuxième étage ou dans la chapelle, et consistaient en l'introduction d'échardes ou autres objets pointus sous les ongles, la pendaison "pau de arará", têtes encapuchonnées et coups de toutes sortes. Parmi les personnes qui subirent ces méthodes ressortent le général Bachelet et José Luis Cruces, membre du Comité Central du Parti Communiste... III/ entre août 1977 et 1990, la Centrale Nationale d'Informations (CNI), la DICOMA et COVERNA pratiquèrent systématiquement la torture des détenus de manière plus sélective que la DINA. Les principales méthodes restent : l'électricité sur les parties sensibles du corps, l'immersion de la tête dans l'eau jusqu'à asphyxie et les coups. Parfois la torture entraîna la mort de la victime

3. Les victimes étrangères

Sous le régime de Pinochet il y eut de nombreuses victimes étrangères, dont des citoyens espagnols⁴⁸⁰, comme Carmelo Luis Soria Espinoza, Antonio Llidio Mengual, Michel PeñaHerrerros, Enrique López Olmedo, Juan Alsina Hurtos, Antonio Elizando Ormachea, José Tohá González et d'autres.

Le 29 décembre 1982, le sénat espagnol crée une commission d'enquête sur les citoyens espagnols disparus dans les pays du « *Cône Sud* » de l'Amérique Latine, celle-ci a constaté que tous ces citoyens étaient en situation légale. La dite commission fait référence au verdict du 30 mai 1995 émis par la Cour Suprême du Chili laquelle souligne que la DINA « *acceptait la violence terroriste comme méthode de lutte contre les opposants et recourrait à la violence comme système et philosophie* ». De la même façon cette commission déclara que « *la disparition forcée de personnes fut la méthode d'élimination pratiquée principalement par la DINA, et ainsi se produisirent de nombreuses disparitions à la fin de 1973*⁴⁸¹ ».

⁴⁸⁰Fait No. 13. Procédure : Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción. Número cinco, Audiencia Nacional, Madrid, Arrêt du 3 novembre 1998, p. 259. "Parmi les victimes de la répression de Augusto Pinochet, figurent divers citoyens espagnols et descendants d'Espagnols, parmi lesquels se détachent : 1- Carlos Luis Soria Espinoza, Espagnol, fonctionnaire des Nations Unies, qui était militant du Parti Socialiste arrêté le 15 juillet 1978 et exécuté le 16 juillet 1976. Son cadavre fut trouvé le 17 dans le Canal El Carmen. 2- Antonio Llidó Mengal, prêtre de nationalité espagnole ayant des relations avec le MIR, arrêté en octobre 1974, interné dans le Centre José Domingo Cañas et transféré à Cuatro Alamos, où aux mains de la DINA il disparaît. 3- Michelle Peña Herrerros, compagne de Ricardo Ernesto Lagos, arrêtée à la fin de juin 1975, de nationalité espagnole, enceinte de 8 mois et militante du Parti Socialiste, elle fut enfermée à 'la tour' de la Villa Grimaldi, objet de tortures et ensuite au pouvoir de la DINA disparaît comme son compagnon. L'enfant naquit en captivité sans qu'on en ait eu d'autres nouvelles. 4- Enrique López Olmedo, de nationalité espagnole, membre du MIR est exécuté le 11 novembre 1977 après avoir été arrêté à Valparaiso à la fin d'octobre par des personnels de la Marine. 5- Juan Alsina Hurtos, Espagnol, prêtre catholique et chef du personnel de l'hôpital San Juan de Dios de Santiago, es exécuté le 19 septembre 1973 sur les bords du Rio Maocho par des membres du régiment Yungay. 6- Antonio Elizando Ormachea, de nationalité espagnole et militant du MAPU est arrêté avec son épouse Elizabeth Mercedes Rakas Urrea, enceinte de 4 mois, le 26 mai 1976, sans qu'on sache depuis où il se trouve. 7- José Tohá González, avocat, Ministre de la Défense du Président Allende, fils d'Espagnols, est arrêté le 11 septembre au Palais de la Moneda et transféré à l'Ecole Militaire. Plus tard il est envoyé à l'île Dawson, où il est soumis à des tortures. Ensuite, et successivement on le transfère vers divers centres de détention dans lesquels sa santé se détériore gravement, décès le 15 mars 1977 du fait de l'action d'agents de l'État qui prétendirent à un suicide alors qu'en réalité son état l'empêchait de subvenir à ses propres besoins".

⁵¹Paz Rojas B., Victor Espinoza C., "Pinochet face à la justice espagnole", Op, Cit., p.7

4. Les Déclarations du Parlement Européen: Le cas Carmelo Soria.

Le personnage de Pinochet comme dictateur apporte une grande contribution au droit international à partir des divers prononcés que produisent toutes les institutions des droits de l'homme.

Sur ce plan, l'un des apports les plus importants qui virent le jour dans le cadre du procès contre Pinochet en Espagne fut le fait du Parlement Européen, comme sa résolution en date du 26 juin 1996, se référant à l'assassinat de Carmelo Soria Espinoza⁴⁸². Parmi les points les plus importants de ce prononcé, nous trouvons celui disant qu'*"aucune loi de pardon ou d'amnistie ne doit prévaloir sur la justice et le droit international, base fondamentale du développement d'une société démocratique"*

⁴⁸²Résolution B4-0762,0795 et 0811/96 Journal officiel des communautés européennes n° C 198/209 du 20/06/1996 p. 209. « Résolution sur l'amnistie octroyée aux ravisseurs présumés de Carmelo Soria. Le Parlement européen, - vu sa résolution du 18 novembre 1993 sur le procès relatif à l'assassinat de Carmelo Soria Espinosa, ressortissant européen, au Chili,

A) sachant que le juge instructeur de la Cour Suprême Eleodoro Ortiz Sepúlveda a décidé de surseoir au jugement du cas de M. Carmelo Soria, citoyen espagnol et membre de la CEPAL, assassiné le 14 juillet 1976 par la brigada Mulchen, appartenant à la direction des services de renseignements nationaux (DINA),

B) considérant que l'application de la Loi d'amnistie, (décret 2191) adopté par la dictature militaire de Pinochet en 1978 en faveur des personnes inculpées dans l'affaire, à savoir le major Guillermo Humberto Salinas Torres et le sous-officier José Remigio Ríos San Martín, constitue une violation de la convention, souscrite le 29 mars 1977 par le Chili, sur la prévention et la punition des délits commis contre les personnes protégées à l'échelle internationale,

C) Considérant qu'aucune loi de pardon ou d'amnistie ne doit prévaloir sur la justice et le droit international, base fondamentale du développement d'une société démocratique,

D) considérant que tous les assassinats et les disparitions qui se sont produits pendant la dictature exigent qu'une enquête soit menée et une sentence juste prononcée les concernant pour mieux fonder l'établissement de la paix sociale au Chili;

1. exprime sa solidarité avec la famille de M. Carmelo Soria;

2. déplore la decisión prise par le juge de la Cour Suprême (du Chili), dans l'affaire de l'assassinat de M. Carmelo soria, de surseoir au jugement;

3. juge, avec regret, cette décision non conforme aux engagements internationaux pris librement par le gouvernement du Chili;

4. considère que, pour que le Chili évolue vers une véritable démocratie et vers la paix sociale, il faut que justice soit dûment rendue sur les cas de violations des droits de l'homme, sur les disparitions et sur les assassinats survenus au cours de la période de la dictature de Pinochet;

5. se félicite du recours déposé le 7 juin 1996 par la défense de la famille Soria et encourage celle-ci à poursuivre ses actions devant les instances judiciaires supérieures, tant nationales qu'internationales, en sachant que le Parlement européen la soutiendra dans cette decisión;

6. charge son président de transmettre la présente résolution au Conseil, à la Commission, et aux gouvernements des États membres, ainsi qu'à l'Organisation des États américains et au gouvernement du Chili".

Le 10 septembre 1997, les députés espagnols au Parlement Européen Josep Pons Grau, Ana Miranda de Lage et Francisca Sauquillo Perez del Arco, avec la collaboration d'autres députés européens (Groupe du Parti des socialistes européens, Groupe confédéral de la gauche unitaire européenne, Gauche verte nordique, Groupe des Verts au Parlement Européen, Groupe de coalition radicale européen), pour le vingt-quatrième anniversaire du coup d'état au Chili, présentèrent à Bruxelles une proposition de résolution devant le Parlement Européen⁴⁸³.

Plus tard, le 18 septembre 1997, la résolution d'appui au procès concernant les disparus et victimes espagnols de la dictature du général Pinochet fut approuvée à l'unanimité, affirmant :

*“Considérant que le 11 septembre est la date anniversaire du coup d’Etat militaire dirigé par le général Augusto Pinochet contre l’État de droit qui causa des milliers de morts et de disparus”, et déplorant “le manque de coopération des autorités chiliennes”, “les signataires engagent celles-ci à respecter les obligations internationales auxquelles le Chili est tenu”*⁴⁸⁴.

⁴⁸³Paz ROJAS B., Victor ESPINOZA C., Julia Urquieta O., Hernán Soto H., « Pinochet face à la justice espagnole », p. 137

⁴⁸⁴Proposition de résolution commune B4-0754, 0771 et 0797/97. Journal officiel des communautés européennes n° C 304 du 06/10/1997 p. 0143. « Résolution sur le procès relatif aux Espagnols disparus pendant la dictature du général Pinochet et aux victimes espagnoles de cette dictature. Le Parlement Européen, - vu les résolutions qu’il a adoptées sur la défense de la démocratie et des droits de l’homme au cours de la dictature du général Pinochet au Chili, -Vu ses résolutions du 18 novembre 1993 ((JO C 329 du 6.12.1993, p. 278.)) et du 20 juin 1996 ((JO C 198 du 8.7.1996, p.209)), toutes deux relatives au cas du fonctionnaire international Carmelo Soria, assassiné par des agents de la DINA, qui ont été retrouvés mais dont le crime est aujourd’hui encore impuni,

A) considérant que la défense des droits de l’homme constitue le fondement de son idéologie,

B) rappelant que la DINA a été déclarée organisation criminelle par la Cour Suprême du Chili, en se fondant sur le droit humanitaire international,

C) prenant acte du fait que le général Pinochet demeure, en vertu de la loi qu’il a lui-même édictée, commandant en chef de l’armée de terre chilienne et considérant les provocations auxquelles ce général se livre périodiquement à l’encontre des autorités civiles démocratiques,

D)soulignant que tous les accords signés par l’Union avec des pays tiers contiennent une clause démocratique,

E)prenant acte de la plainte déposée par la Unión de Fiscales progressistes d’Espagne (UPF), concernant les crimes contre l’humanité commis entre 1973 et 1990 au Chili et à l’étranger par des personnes obéissant aux ordres du général Pinochet,

F) sachant que cette plainte a été déclarée recevable par le tribunal central d’instruction n°6 de la Audience National d’Espagne :

1. affirme que les crimes systématiques et planifiés contre l’humanité, de même que les violations graves et systématiques des droits de l’homme, ainsi que les agissements des organisations criminelles similaires à la DINA ne sont jamais prescrits et ne peuvent faire l’objet d’une amnistie, les États étant obligés de juger leurs auteurs en tout temps et en tout lieu;

2. se solidarise avec les familles des victimes et engage le juge García Castellón à poursuivre son travail dans cette affaire ;

3. salue l’aide que les autorités politiques et judiciaires des États-Unis sont en train de fournir au juge chargé de l’affaire ;

4. charge son président de transmettre la présente résolution à la Commission (du Parlement européen), au Conseil, aux gouvernements des États membres, ainsi qu’au Parlement, au Sénat et au gouvernement du Chili. »

En tout état de cause le Parlement Européen à cette occasion fait référence à la résolution relative à l'assassinat de Carmelo Soria Espinoza, commis au Chili en juin 1976, à laquelle il a été fait mention avant et à la résolution B3-156/93 du 6 décembre 1993.

B. LES ATTENTATS À L'ÉTRANGER

Dans le contexte des attentats à l'étranger nous analyserons la DINA (Direction d'Intelligence Nationale) et l'Opération Condor, comme "organisations criminelles internationales" (1), particulièrement leurs agissements en Europe, aux États-Unis, en Argentine et au Paraguay (2).

1. La DINA -Direction d'Intelligence Nationale- et l'Opération ou Plan Condor

Sous ce titre il est question indistinctement de la Dina et du plan Condor, puisque la Dina est la police secrète chilienne et qu'elle sert de bras armé au plan ou Opération Condor conjointement aux autres polices secrètes des autres pays qui composaient ce plan tels l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay et la Bolivie.

Le type de répression qui commença à se faire jour après le coup d'État au Chili existait déjà depuis les années 60 lorsque commença la mise en forme du plan Condor. Ce plan a pris un caractère officiel lorsqu'Augusto Pinochet arrive au pouvoir. Composé de plusieurs pays du cône sud, l'unique finalité de cette organisation internationale délictueuse était de « *conspirer, développer et exécuter un plan criminel systématique de détentions illégales, séquestres, tortures entraînant la mort, déplacements forcés de milliers de personnes et disparition sélective d'au moins 3178⁴⁸⁵ personnes avec l'objectif d'obtenir la terreur au sein même de la population.*

⁴⁸⁵Procédure : Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción. Número cinco, Audiencia Nacional, Madrid, arrêt du 3 novembre 1998, p. 3 " (...) Ainsi l'objectif principal des conspirateurs est la destruction partielle du groupe national chilien même composé de tous ceux qui s'opposent idéologiquement à eux par une élimination sélective des leaders de chacun des secteurs qui composent le groupe, par la détention, le séquestre suivi de disparition, l'exécution et les tortures qui induisent chez les victimes du groupe de graves dommages physiques et mentaux... L'action criminelle s'applique aussi à la destruction du groupe en question, parce que ses membres sont des adversaires de la doctrine religieuse officielle de la junte de gouvernement, comme il arrive avec les dénommés "Chrétiens pour le Socialisme" qui sont matériellement éliminés. Ou encore en faisant violence aux croyances non théistes du groupe dominé".

Cette action criminelle, fut appuyée par d'autres militaires chiliens comme Gustavo Leight Guzmán, Manuel Contreras Sepúlveda et d'autres, mais furent aussi impliqués des militaires d'autres pays parties prenantes du plan Condor, lequel avait été constitué pour exterminer toute personne qui serait hors de son idéologie, non seulement sa zone d'action s'étendait aux pays du « *Cône Sud* » comme l'Argentine, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay, mais aussi à d'autres pays comme l'Espagne, les États-Unis, le Portugal, l'Italie, la France, le Mexique au travers de l'action clandestine des services secrets chiliens (DINA) ou argentins (SIDE)⁴⁸⁶.

Le jour même du coup d'État commencent les détentions, disparitions et découvertes postérieures de personnes assassinées dont des conseillers de l'ex-président Allende, comme des fonctionnaires, des étudiants, des artistes entre autres.

Compte tenu de ce qui précède, nous analyserons la structure et le fonctionnement de la DINA (a) puis la structure et le fonctionnement de l'opération ou Plan Condor (b).

a. La DINA -Direction d'intelligence Nationale-

Avec le coup d'État, la junta militaire voulait seulement se maintenir au pouvoir, même en utilisant la force contre la population civile et c'est pour cela qu'est publiée le 11 mars 1974 "la déclaration des principes du gouvernement du Chili" dans lequel il est exposé que l'unité nationale est l'objectif principal et que le gouvernement exercera le principe d'autorité en évitant l'anarchisme au moyen de la restriction des libertés publiques sur la base d'une *sécurité nationale qui implique l'emploi de la force publique, en réprimant l'opposition, en intervenant dans les universités, en contrôlant les syndicats, etc*⁴⁸⁷.

En accord avec ces principes, la DINA est organisée par décret-loi 521 du 14 juin 1974⁴⁸⁸. Elle était commandée par le colonel, nommé ensuite général, Manuel Contreras, qui se

⁴⁸⁶Ibidem.

⁴⁸⁷Los documentos del Juez Garzón y la Audiencia Nacional, op, cit., p. 223. Procedimiento : Sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción Número 5, Audiencia Nacional, Madrid, Auto, 3 de noviembre de 1998 .

⁴⁸⁸Procédure : Sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción Número 5, Audiencia Nacional, Madrid, arrêt du 24 décembre 1998. "En septembre 74 se tient une réunion de généraux, p. 16 : "Un des sujets principaux discutés concernent les procédés que la DINA met en œuvre, parce que la DINA alors avait été institutionalisée (il me semble que fin juin). Alors lui, évidemment et un autre général, ne sont pas d'accord sur les procédés de la DINA, ni avec le fait que le général Contreras règle les choses directement avec le général Pinochet étant commandant et les autres étaient généraux. Alors au milieu de la réunion éclate une phrase bien retentissante c'est lui qui dit : "eh bien la DINA c'est moi".

trouvait sous les ordres de Pinochet et se chargeait d'éliminer toute personne considérée comme l'ennemi politique⁴⁸⁹.

La DINA se constitue comme un organisme militaire puisque l'article premier de son décret de création disait : « *professionnel, dépendant directement de la junte, et dont la mission serait de réunir toute l'information au niveau national provenant des différents champs d'action, dans le but de produire les renseignements nécessaires à la formulation de politiques, de planification, et aptes à l'adoption des mesures concourant à la défense de la sécurité nationale et au développement du pays* ». ⁴⁹⁰

« *La DINA était, selon l'article 2, "dirigée par un officier général ou supérieur en service actif des Forces armées de la défense nationale, désigné par décret suprême, lequel aura le titre de directeur de l'intelligence nationale et qui aura la direction supérieure, technique et administrative du service* ». ⁴⁹¹

C'est ainsi que la DINA devient le bras armé du plan Condor dont Augusto Pinochet fut le gestionnaire. Dans le cadre de ce plan, agissaient les polices secrètes des pays qui le composaient, le Paraguay, l'Uruguay, l'Argentine, la Bolivie et le Chili.

⁴⁸⁹Fait No 5. Procédure : Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción. Número cinco, Audiencia Nacional, Madrid, arrêt du 3 novembre 1998, p. 223. "La DINA, dont le directeur est désigné par le Décret Suprême, est "un organisme militaire de caractère technico-professionnel, dépendant directement de la junte de gouvernement, et dont la mission sera de réunir toute l'information au niveau national, provenant des différents champs d'action, dans le but d'intégration requise pour l'élaboration de politiques, la planification et pour l'adoption de mesures qui permettent la sauvegarde de la sécurité nationale et le développement du pays". Toutefois, la DINA dépend directement du président de la junte de gouvernement jusqu'au 17.12.74 et ensuite du Président de la République, dans les deux cas Augusto Pinochet Ugarte. En conséquence n'a jamais été réalisé ce qui était stipulé dans le décret-loi 521 pour la désignation comme directeur général du Colonel Manuel Contreras, qui devait loyauté et obéissance personnelle et absolue à Augusto Pinochet Ugarte"... Entre 1975 et 1976 fonctionne de façon certaine une organisation créée par les responsables militaires de l'époque, entre autres Augusto Pinochet Ugarte, de collaboration de services de renseignement du cône sud, incluant les services du Chili, d'Argentine, du Paraguay et d'Uruguay avec comme objectif de développer des activités conjointes de remises clandestines de prisonniers, sequestres de personnes, disparitions, tortures et exécutions, s'apportant un appui logistique, cédant des locaux et des centres de détention dans lesquels il existait des représentants des différents services partie prenante, comme par exemple le centre clandestin de détention de Buenos Aires "Automotores Orletti", véritable enclave de réception de prisonniers dans le plan Condor".

⁴⁹⁰Paz ROJAS B., Victor ESPINOZA C., Julia Urquieta O., Hernán Soto H., « Pinochet face à la justice espagnole », LOM éditions, septembre 1998, Santiago du Chili, p. 75

⁴⁹¹Ibidem, p. 76

Le premier janvier 1974, Pinochet par un ordre verbal nomme Manuel Contreras délégué du président de la République chef de la commission DINA⁴⁹².

La DINA était soutenue par les services de renseignement des diverses forces armées et forces de police du Chili. Elle est active entre 1974 et 1977. Néanmoins, en 1973, la DINA travaillait déjà en Argentine et plus tard dans d'autres pays d'Amérique Latine ainsi qu'aux États-Unis et en Europe⁴⁹³.

⁴⁹²Ibidem, "Le 1.1. 1975, le président de la République m'a ordonné verbalement de rester à la Direction de l'Intelligence Nationale (...). Je n'ai jamais été désigné directeur par décret suprême, alors que le décret-loi 521 le stipulait. J'ai seulement conservé en permanence ma qualité de délégué du président". "Comme délégué du président, j'informais en permanence le président de la République de toute activité ou fait pouvant se produire, sur le moment et quotidiennement. Dans le même temps, on peut apprécier mon absolue subordination et dépendance au président de la République. Ma dépendance directe de la Junte gouvernementale, et par la suite du président de la République, atteste totalement de mon attitude correcte et disciplinée, étant établi que le président savait exactement ce que faisait ou ne faisait pas la DINA et son délégué et directeur exécutif (...). L'exercice du commandement fait qu'ils ont un chef supérieur duquel ils dépendent, auquel ils doivent rendre compte en permanence de l'accomplissement de leurs missions et des ordres reçus. Dans mon cas particulier, ce supérieur était le président de la République, et c'est pour cela que je dis que je ne m'attribuais pas de mission de mon propre chef et que toute mission à remplir devait émaner, comme ce fut toujours le cas, du président de la République. Conformément également à des normes militaires, j'ai été nommé le 13 novembre 1973 délégué du président de la Junte gouvernementale à cette date-là, et ultérieurement du président de la République, conformément au document (...)" "Ce document, que je reçus à cette date, a représenté de fait l'unique accréditation que j'ai reçue du président de la République, durant ma permanence à la DINA, par laquelle j'étais autorisé à agir au nom du président (...)" "Le directeur réel de la DINA, ce n'est pas moi mais ç'aurait dû être le supérieur direct de la DINA, c'est-à-dire, conformément au décret même exposé plus haut, initialement la Junte gouvernementale, puis le président de la Junte, et ensuite le président de la République (...)" "Et cela m'a conduit à être durant quatre ans, en tant qu'officier le plus ancien de la DINA, son directeur exécutif, dépendant directement du président de la République, étant son délégué et celui qui recevait ses ordres et les dispositions à exécuter". "La DINA (...) était un organisme militaire de caractère technico-professionnel dépendant directement du président de la République de l'époque, duquel émanaient les ordres de missions; et c'était le président qui désignait son directeur exécutif, comme cela a été prouvé plus haut (...)" "Comme je n'ai jamais été désigné directeur à proprement parler de la Direction d'intelligence nationale conformément au décret-loi 521 du 14 juin 1974, je n'ai jamais non plus pu être considéré comme le représentant légal de cette institution ayant personnalité juridique, vu que la nomination de directeur exécutif était seulement une nomination officielle qui ne me transformait pas en directeur de la DINA, et qu'en tant que tel je ne pouvais pas agir comme son représentant légal. J'insiste: j'étais délégué du président".

⁴⁹³Fait No 6. Procédure : Sumario 19/97-J. Juzgado Central de Instrucción. Número cinco, Audiencia Nacional, Madrid, arrêt du 3 novembre 1998, p. 225. "Sixièmement : Comme l'établit la Commission Nationale de Vraie Réconciliation dans son rapport sur la répression au Chili, la DINA, dirigée depuis sa fondation par le général Contreras, était "un organisme aux facultés pratiquement universelles" qui dépendait formellement de la Junte de gouvernement, bien que "dans la pratique elle n'ait répondu que devant la présidence de la Junte de gouvernement - exercée par Augusto Pinochet Ugarte - et plus tard de la présidence de la République, à partir du 17 décembre 1977" - également exercée par Augusto Pinochet. Indépendamment des fonctions concrètes de la DINA fixées par le décret-loi 521...elle s'organisa en un mécanisme diabolique de disparition, torture et élimination de personnes en dedans et en dehors du Chili, spécialement en Argentine, où elle obtient des conventions de coopération avec le SIDE et la Police Fédérale, ce qui lui permettra le transport clandestin de détenus spécialement à partir du 24 mars 1976, jour du coup d'état en Argentine. De même elle se met en relation avec des organisations extrémistes comme la "Triple A" argentine, procure des refuges à des Cubains nationalistes qu'elle utilise ensuite pour exécuter des attentats comme celui d'Orlando Letelier et Ronnie Morfil à Washington D.C. Dans le cadre de l'activité delictuelle de la DINA et dans le cadre de ce qu'on appelle le "Plan Condor", se situent les 94 cas recueillis dans cet arrêt de détention sur lequel s'appuie cette résolution".

Ensuite la DINA est remplacée par la Centrale Nationale d'Information (CNI). Elle conserve les mêmes fonctions, et est créée le 13 août 1977 par les décrets 1876 et 1878. Ses actions violentes ont été perpétrées jusqu'en 1990.⁴⁹⁴

b. L'opération Condor.

Pinochet a dirigé un programme clandestin international soutenu par les autres pays du « Cône Sud » de l'Amérique Latine, Uruguay, Paraguay, Bolivie, Brésil et Argentine. Ce programme, qu'on appela "Opération Condor", eut pour tâche "la collecte, l'échange et le stockage de renseignements en relation avec les activistes de gauche, les communistes et les marxistes, afin d'éliminer les terroristes marxistes et leurs activités dans la zone et défendre la société "occidentale et chrétienne"⁴⁹⁵. Il s'agissait donc d'une coopération entre toutes les dictatures du « Cône Sud » pour combattre les militants socialistes et communistes⁴⁹⁶.

Le général Contreras eut dès 1974 plusieurs entretiens avec le général Ramón Campos, Chef de la Police de Buenos Aires, qui allait dire des années plus tard qu "en Argentine il ne reste pas de disparus en vie. J'assume toute la responsabilité et j'en suis fier". En août 1975 dans ses efforts pour concrétiser la « Red Cóndor » le « réseau Condor », Manuel Contreras s'entretint à Washington D.C. Avec Vernon Walters, directeur adjoint de la C.I.A, Agence Centrale d'Intelligence des USA.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴Hecho No. 8. Los documentos del juez Garzón y la Audiencia Nacional, Procedimiento: Sumario 19/97-J, auto del 3 de noviembre de 1998, op, cit., 239. OCTAVO: "En août 1977 la DINA se dissout et est remplacée par la Central Nationale de Informations (CNI), qui initialement jusqu'à novembre 1977 conservait les mêmes structures et incluait des personnes de la DINA. Entre novembre 1977 et mi-1980 ont diminué les disparitions et morts de personnes victimes de la répression. A partir de 1980 elle réagit à l'émergence des actions d'autres organisations armées par une recrudescence de la répression. Si les disparitions diminuaient bien, celles qui se produisaient furent accomplies de façon bien plus sélective sur des membres du MIR, du FPMR et du FPMR et du PC. De la même façon que la DINA qui l'avait précédée, la CNI est un organisme du gouvernement localisé au Ministère de l'Intérieur, qui développe des tâches illicites de renseignement d'action à l'extérieur similaires à celles de la DINA (...) on lui attribue la majorité des 160 morts survenus entre 1978 y 1990, agissant dans cette période d'autres organisations des Corps et forces de sécurité dans les tâches de répression, appelées COVERMA (Comandos Vengadores Mártires/ Commandos vengeurs martyrs) et la Direction de communications des Carabiniers (DICOMCAR)."

⁴⁹⁵Las Huellas del General Contreras". APSI 289 –Revista Política Chilena-, Santiago 30 de enero al 5 de febrero 1989, pp 8-10

⁴⁹⁶Jhon DIGES, Les années Condor. "Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents". Op, cit., p. 16

⁴⁹⁷María LOZADA, Salvador VIAGGIO, Julio ZAMORANO, Carlos BARCESAT, "Inseguridad y Desnacionalización. La Doctrina de la Seguridad Nacional". Liga Argentina por los Derechos del Hombre. Ediciones Derechos del Hombre. Buenos Aires, julio de 1985, p. 107

C'est à Santiago du Chili, entre le 25 novembre et le 1er décembre 1975, que tous les représentants de ces régimes autoritaires se réunissent pour lancer l'opération Condor sous la coordination de Manuel Contreras, homme de confiance de Pinochet. Officiellement il s'agit de la « première réunion inter-américaine de travail sur l'information nationale militaire »⁴⁹⁸. A partir de cette réunion est créée officiellement « l'Opération Condor ». Cependant un fait s'était déjà produit lorsqu'en mai 1975 la police paraguayenne arrête le Chilien Jorge Fuentes Alarcón et l'Argentin Amilcar Santucho. Ce sont les représentants de la junte révolutionnaire de coordination (JCR) qui réunissait tous les groupes armés de gauche des différents pays tels la Colombie, le Chili, la Bolivie, l'Argentine, etc. La JCR était considérée comme une menace majeure pour les gouvernements du Chili et du Paraguay. Plus tard Monsieur Fuentes Alarcón fut emmené au Chili, livré à la DINA, et conduit par celle-ci à l'un des plus grands centres de torture du pays, la Villa Grimaldi. Il est présumé qu'il fut ensuite assassiné sans qu'on ait jamais retrouvé son corps⁴⁹⁹.

Au cours du déroulement de « l'Opération Condor », des accords furent conclus entre les services secrets des pays membres comme l'Argentine, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay, pour faciliter le déplacement clandestin d'agents de ces pays se rendant dans n'importe quelle partie du monde, dans le but d'éliminer les responsables politiques de l'opposition, subversifs ou collaborant avec les groupes terroristes de l'un quelconque des pays membres de l'opération Condor⁵⁰⁰. C'est ainsi que furent réalisés les crimes auxquels il a été fait référence.

Au Chili furent créées 30 entreprises fictives au service de la DINA et un centre d'opération formel : La Empresa Pesquera Chile, de San Antonio. Les services secrets du Chili et du Paraguay eurent également à leur disposition les lignes aériennes d'état (LAN CHILE, Líneas Paraguayas) et « carte blanche » dans les chancelleries, les postes, les tribunaux etc⁵⁰¹.

Cette Opération Condor fut par ailleurs une association illicite formant une bande armée qui concrétisa la conduite typique qu'exige l'article 572 du code pénal espagnol, assassinats, coercitions et détentions illégales qui dans la majorité des cas devinrent des disparitions forcées⁵⁰². Cette organisation profitait de la structure militaire et l'infrastructure que lui

⁴⁹⁸Marc FERNANDEZ et Jean-Christophe RAMPAL, « Pinochet un dictateur modèle », op, cit., p.96

⁴⁹⁹Ibidem

⁵⁰⁰Esteban CUYAS, « La Operación Condor: El terrorismo de Estado de Alcance Transnacional ». Revista Memoria No. 5, Nuremberg, diciembre de 1993, p. 4. Disponible en <http://www.derechos.org/koaga/vii/2/cuya.html>. Visitada por última vez 12 de agosto de 2013.

⁵⁰¹Ibidem

⁵⁰²Juan Carlos GUTIERREZ CONTRERAS y Myrna VILLEGAS DIAZ, « Derechos Humanos (...) » op, cit., p. 26

procuraient les gouvernements de fait pour exercer cette activité de manière clandestine. A ce sujet l'Audience Nationale déclara⁵⁰³:

L'association en vue des actes illégaux de destruction d'un groupe différencié de personnes avait vocation à rester secrète, elle était parallèle à l'organisation institutionnelle dans laquelle les auteurs restaient inclus, mais non assimilable à celle-ci. Par ailleurs les qualités structurelles (organisation stable) conduisent à un résultat (production d'insécurité, trouble ou peur pour un groupe ou l'ensemble de la population) et à une (position) vision théologique (comprise comme le rejet de l'ordre juridique, de cet ordre juridique même en vigueur dans le pays à ce moment-là) caractéristiques d'une bande armée.

2. Les actions dans le cadre de l'opération Condor en Europe, aux États-Unis, en Argentine et au Paraguay.

On trouve parmi ces événements le cas du général Carlos Prats González, ex-vice président du Chili et Ministre d'État dans le gouvernement de Salvador Allende, et son épouse Sofia Cuthbert, qui furent assassinés à Buenos Aires le 30 septembre 1974. Le général Manuel Contreras directeur de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional de Chile) considérait Prats comme l'un des plus solides ennemis du général Augusto Pinochet. Parmi les responsables de l'attentat contre les Prats on identifia Michael Townley, nord-américain qui agissait également sous le nom de Kenneth Enyart, expert en électronique et agent spécial de la DINA, Juan Luis Bulnes Ossa, chilien d'extrême droite, et le major de l'armée chilienne Armando Frenández Larios, qui en octobre 1973 intégra la « caravane de la mort ». Pour la filature des Prats, les agents chiliens utilisèrent des plaques de la Direction Fédérale de la Police de Buenos Aires ainsi que des voitures affectées à l'armée argentine⁵⁰⁴.

Le cas de Bernardo Leighton, haut dirigeant du Parti Démocrate Chrétien, est un autre de ces faits. Alors qu'il se trouvait en visite à Rome, on lui interdit le retour dans son pays, l'accusant

⁵⁰³Sixième fondement juridique de l'arrêt de la chambre pénale de l'Audiencia Nacional du 5 novembre 1998 par lequel elle réaffirme la compétence espagnole pour connaître des crimes de génocide, terrorisme et torture commis par les militaires chiliens et argentins

⁵⁰⁴AHUMADA, Eugenio; ATRIA, Rodrigo; EGANA, Javier Luis; GONGORA, Augusto; QUESNEY, Carmen; SABALL, Gustavo; VILLALOBOS, Gustavo. "Chile la Memoria Prohibida". Las violaciones a los Derechos Humanos 1973- 1983" Pehuén Editores. Colección Testimonios. 3 tomos. Santiago de Chile, mayo de 1990. (IV Edición). Cette oeuvre contient une abondante documentation sur les attentats contre Prats, Leighton, Letelier, et un grand nombre d'autres opposants du régime de Pinochet.

de développer des « activités anti-chiliennes ». Leighton poussa au rapprochement de la Démocratie Chrétienne avec les groupes politiques de gauche, afin de travailler ensemble au retour d'un système démocratique au Chili⁵⁰⁵.

En novembre 1974, dans d'étranges circonstances, survient la mort du général Augusto Lutz, qui se trouvait en secret dans un hôpital militaire. Deux mois plus tard, meurt le général Oscar Bonilla, lequel avait participé au coup d'État mais s'était opposé à ce que le pouvoir se concentre sur Pinochet. Sa mort se produisit étrangement dans un hélicoptère d'origine française. Plus tard, une commission de cette entreprise vint pour vérifier les causes de la mort. L'hélicoptère dans lequel cette commission travaillait eut également un étrange accident causant la mort de toute la commission⁵⁰⁶.

En 1975, des agents de la DINA se déplacent en France pour localiser et suivre les mouvements d'exilés chiliens, entre autres le sénateur Carlos Altamirano, et réaliser des actions conjointes avec des organisations délictueuses agissant en France (la Fraternité Corsa). En novembre de la même année, Augusto Pinochet se réunit à Madrid avec Stefano delle Chiaie, un mois après que celui-ci ait commis son attentat contre Leighton à Rome⁵⁰⁷.

Le 6 octobre 1975, Pier Luigi Concutelli et Salvatore Falabella, néofascistes italiens, alliés de Stefano delle Chiaie et appartenant au groupe terroriste italien AVANGUARDA NAZIONALE qui se trouvaient au service de la DINA, commirent un attentat contre Bernardo Leighton et son épouse; tous deux survécurent et purent ensuite identifier leurs agresseurs. Dans cet attentat ont aussi participé Michael Townley qui en avait coordonné en Europe les détails, et également contribué la police secrète du régime franquiste espagnol, selon ce que révéla le fasciste italien Aldo Tisei à la Cour de Boulogne⁵⁰⁸.

De même, on a le cas de Jorge Isaac Fuentes Alarcón, militant du MIR, mentionné précédemment. Un autre cas fut celui de Jean Yves Claudet Fernandez, de nationalité franco-chilienne, également militant du MIR qui fut arrêté le 1 novembre 1975 à l'hôtel Liberty de Buenos Aires puis exécuté par les agents de la DINA dans cette ville. C'est un autre cas de

⁵⁰⁵Patricia VERDUGO "Los Zarpazos del Puma". Editorial CESOC, Santiago de Chile, Septiembre de 1989, p. 63

⁵⁰⁶Paz ROJAS B., Victor ESPINOZA C. « Pinochet face à la justice espagnole », op, cit., p. 76

⁵⁰⁷Los documentos del juez Garzón y la Audiencia Nacional, Procedimiento: Sumario 19/97-J,auto del 3 de noviembre de 1998, op, cit., 238

⁵⁰⁸Ibidem

collaboration entre la police argentine avec les agents chiliens de la DINA afin d'exterminer le mouvement MIRA⁵⁰⁹.

Le 21 septembre 1976, se produit l'assassinat à Washington D.C de Orlando Letelier del Solar, et de sa collaboratrice nord-américaine Ronni Karpen Moffit.

Letelier del Solar fut ministre d'État dans le gouvernement de Salvador Allende et personnage de l'opposition chilienne. Peu de jours avant, Pinochet lui avait retiré la nationalité chilienne pour « avoir à l'étranger réalisé une campagne publicitaire tendant à l'isolement politique, économique et culturel du Chili » et « pour influencer sur la politique étrangère nord-américaine en demandant la suspension totale de son aide militaire au Chili ». Une semaine avant, les agents secrets chiliens avaient obtenu à Asunción des passeports paraguayens et des visas pour entrer aux États-Unis. La chancellerie chilienne fournit à des agents de la DINA des passeports avec de faux noms. Plus tard, avec la découverte des « *archives de la terreur* » au Paraguay, il se confirma que l'assassinat de Letelier fut conçu par Manuel Contreras dans le cadre de « *l'opération Condor* »⁵¹⁰

En fonction de ce qui précède, nous poursuivrons en analysant l'opération Condor et les poursuites internationales (a), ainsi que les relations des États-Unis avec l'opération Condor (b) puis nous verrons le rôle du Paraguay dans la répression chilienne (c).

a. L'opération ou le plan Condor et les poursuites internationales

Conformément à ce qui précède, nous voyons que le Chili eut une grande incidence dans le champ international par l'exécution de ses plans dans l'Opération Condor. C'est ainsi qu'entre les années 1970 et 1980, les États Unis interférèrent dans la marine chilienne⁵¹¹. Dans le même temps, une étroite relation se développa entre les pays du « Cône Sud » de l'Amérique Latine (Brésil, Paraguay, Uruguay, Argentine, Chili et Bolivie). Elle devient officielle à partir de 1975 lorsque le général Manuel Contreras devenu le directeur de la police secrète

⁵⁰⁹Ibidem, p. 239

⁵¹⁰« Coloquio sobre Uruguay y Paraguay, la transición del Estado de Excepción a la Democracia », Secretaría Internacional de Juristas por Amnistía en Uruguay, Montevideo, marzo de 1985, p. 148

⁵¹¹Christopher HITCHENS, « Les Crimes de monsieur Kissinger », Paris, Saint-Simon, avril 2001, p. 76-79

chilienne, la DINA, en prend le contrôle direct⁵¹²; mais toutes ces révélations se font à partir de la découverte des « archives de la terreur »⁵¹³. Ces archives servirent également de base pour que le juge Garzón ait plus d'éléments pour demander l'arrestation du général Pinochet à Londres en octobre 1998. Sur ce point, Christine Legrand écrivait au sujet de la documentation rassemblée dans le palais de justice du Paraguay⁵¹⁴ : «Elles comportent quelque 10.000 fiches de détenus, 2000 photos et de nombreux dossiers concernant le contrôle des partis politiques d'opposition et des enregistrements téléphoniques. Avocats, juges et organisations de défense des droits de l'homme analysent minutieusement ces archives afin de reconstituer l'histoire de milliers de disparitions. Le juge espagnol, B. Garzón, y a puisé beaucoup d'éléments lui ayant permis d'étayer son dossier demandant l'arrestation à Londres, en octobre 1998, du général Pinochet”.

b. Les États-Unis et leurs relations avec l'opération Condor

Il existait à Washington l'Institut 'for policy studies'. De gauche modérée, il joua un grand rôle dans la lutte contre Pinochet. Orlando Letelier réfractaire au régime de Pinochet devint membre de cet Institut en 1974. C'est alors qu'il s'y trouvait que se produisit son assassinat. Lorsque l'avocat Garcés arriva à Washington il se trouva en présence d'une des enquêtes les plus complètes concernant le plan Condor⁵¹⁵.

Dans l'enquête du Département de la Justice des États-Unis, les crimes de la dictature chilienne étaient réprochés, mais l'unique condamné était l'agent de la DINA Michael Vernon Townley, citoyen nord-américain qui résidait au Chili, principal auteur matériel de l'assassinat de Carlos Prats et de son épouse. Ce citoyen nord-américain confessa être l'auteur de ces assassinats, commis le 30 septembre 1974 et avoir agi sous la direction de Manuel Contreras, chef de la DINA. En 1978 Townley fut extradé aux États-Unis et condamné pour l'attentat

⁵¹²Pierre ABRAMOVICI, “Retour sur un terrorisme d'État béni par les États Unis. “Opération Condor”, cauchemar de l'Amérique latine”, *Le monde diplomatique*, mai 2001, pages 24 et 25

⁵¹³Ibidem, “C'est la découverte, par hasard, fin décembre 1992, de deux tonnes d'archives de la dictature Stroessner dans un commissariat de Lambaré, dans la banlieue d'Asunción (Paraguay), qui a permis de reconstituer les activités criminelles de ce réseau international. Le déclassement de documents de la CIA concernant le Chili, le 13 novembre 2000, a confirmé et précisé la teneur de ces “archives de la terreur”.

⁵¹⁴Christine LEGRAND, *Le Monde*, 12 juillet 2001.

⁵¹⁵John DIGES, *Les années Condor. “Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents”*. op, cit.,p. 40

contre Orlando Letelier et aussi pour la mort de la citoyenne nord-américaine Ronnie Moffit lors de celui-ci⁵¹⁶.

Tandis que Manuel Contreras et d'autres agents de la DIN A avaient été inculpés, le Chili avait refusé leur extradition aux États-Unis. En 1990, après 17 ans de dictature, Pinochet se retire de la vie politique, conservant son titre de chef des armées. En 1998, il est retraité. Pour la première fois, le Chili ouvre une enquête sur l'assassinat de Letelier. En 1995, le chef de la DIN A Manuel Contreras et son chef adjoint le général de brigade Pedro Espinoza furent condamnés.

En 2000, le général Pedro Espinoza était toujours en prison sur ordre du juge Juan Guzmán pour sa participation à la caravane de la mort⁵¹⁷.

Le général Manuel Contreras, ancien chef de la DIN A, est condamné le 30 mai 1995 à 7 ans de prison pour sa participation à l'attentat contre Letelier. Il fut libéré le 23 janvier 2000. Quelques jours auparavant, le 15 janvier, la Cour Suprême de Santiago avait rejeté une demande d'extradition venant d'Italie. Il fut accusé dans ce pays d'avoir planifié une tentative d'assassinat en 1975 contre le vice-président chilien Bernardo Leighton. Il fut ensuite détenu de manière préventive sur ordre du juge Juan Guzmán pour sa participation aux opérations de la DIN A.

Il est actuellement détenu dans le cadre d'autres condamnations prononcées à son encontre.

Dans les archives de la CIA, déclassifiées depuis l'an 2000, il est démontré l'implication directe de Pinochet dans l'attentat contre Letelier à Washington et le rôle joué par l'administration de Nixon, principalement de Henry KISSINGER, dans le gouvernement du Chili. Cette ingérence des États-Unis dans le gouvernement du Chili par l'intermédiaire de la CIA et du secrétaire d'État Henry Kissinger, remonte aux élections du 4 septembre 1970⁵¹⁸. Dans une réunion, Henry Kissinger exprime sa solidarité avec le général Pinochet en ces termes:⁵¹⁹

⁵¹⁶Michel PINÇON, Monique PINÇON-Charlot, "Justice et politique, le cas Pinochet", Editions, Syllepse, Paris, 2003, p. 95

⁵¹⁷Ibidem

⁵¹⁸John DIGES, Les années Condor. "Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents", op, cit., p. 167

⁵¹⁹Ibidem, p.165

“Aux États-Unis, comme vous le savez, nous sommes favorables à ce que vous vous efforcez de faire ici. (...) Ce que je pense, c’est que vous êtes victime de tous les groupes de gauche du monde, et que votre plus grand péché a été de renverser un gouvernement qui évoluait vers le communisme.”

Ce à quoi Pinochet répond dans la même réunion:

“Nous sommes derrière vous, Vous êtes le leader.”

Dans la logique américaine, ce qui était recherché était de ne rencontrer aucun obstacle dans la mise en place du libéralisme économique qui était en train de s’imposer dans les pays d’Amérique du Sud, Christopher Hitchens le confirme lorsqu’il dit ⁵²⁰

“L’obstacle à long terme tenait à la tradition qui démarquait le Chili de ses voisins. Une telle culture militaire ne pouvait se dégrader d’un jour à l’autre. En revanche, l’obstacle à court terme se ramenait à une seule personne : le général René Schneider. En tant que chef de l’armée chilienne, il était formellement opposé à toute ingérence militaire dans le processus électoral. C’est pourquoi, le 18 septembre 1970 (.....) il fut décidé que le général Schneider devait être écarté” .

Le 22 octobre 1970, Schneider résiste à ses agresseurs politiques et est exécuté. Le 24 octobre Salvadore Allende est proclamé, pour six ans, président de la république par le congrès par 153 votes favorables, contre 35 et 7 abstentions. En septembre 2001, la famille de René Schneider poursuit en justice l’ancien secrétaire d’État devant un tribunal fédéral de Washington⁵²¹ .

En août 2001, la Cour Suprême du Chili autorisa l’interrogatoire de Henry Kissinger concernant l’assassinat du journaliste américain Charles Horman mort immédiatement après le coup d’État. Le juge Guzmán avait remis à la Cour Suprême un questionnaire adressé à Kissinger pour que celui-ci soit transmis à Washington. Selon les archives de la CIA, Horman, proche de l’Unidad Popular, aurait été assassiné au Stade National de Santiago. Son histoire fut à l’origine du film “Missing” de Costa-Gavras. Le 28 mai 2001, Henry Kissinger, de passage à Paris, reçut une invitation du juge Roger Le Loire qui avait décidé de l’interroger, mais l’ancien Secrétaire d’État abandonna immédiatement la France. La justice

⁵²⁰Christopher HITCHENS, « Les Crimes de monsieur Kissinger », op, cit., p. 81

⁵²¹Michel PINÇON, Monique PINÇON-Charlot, “Justice et politique, le cas Pinochet”, Editions Syllepse, Paris, 2003, p. 97

française intervient également le jeudi 25 octobre 2001, lorsque ce même juge prononça 15 ordres internationaux de capture, pour torture et séquestration contre d'anciens militaires chiliens suspects d'avoir contribué à la disparition de quatre Français pendant les années de dictature⁵²², des cas sur lesquels nous reviendrons.

Ainsi, le principe de toutes ces enquêtes se base sur le fait que les crimes commis au nom des États “ne constituent pas un argument de défense (...)” comme l'indique Christopher HITCHENS dans son ouvrage déjà cité “Les crimes de Monsieur Kissinger”⁵²³.

c. Le rôle du Paraguay dans la répression Chilienne

On ne peut parler du cas Pinochet sans que ressorte le rôle important que joua le Paraguay dans l'exécution des crimes contre l'humanité qui se produisit en Amérique Latine sous la bannière de l'antisocialisme et de l'anticommunisme. Le Paraguay se distingua dans le cadre de l'opération Condor pendant la période de dictature du général Alfredo Stroessner, de 1954 à 1980⁵²⁴.

Le Paraguay attirait toutes sortes de « personnages » qui avaient eu des activités hors la loi : « Fascistes italiens, nazis allemands, terroristes croates et cubains, anticommunistes argentins, brésiliens et espagnols, spadassins boliviens, génocidaires chiliens, et toutes sortes de militaires ou de civils compromis dans les violations des droits de l'Homme, le trafic d'armes, l'espionnage, les opérations criminelles choisirent le Paraguay comme lieu de refuge, et furent accueillis par les plus hautes autorités du pays comme des "combattants de la liberté" et des "héros internationaux" »⁵²⁵.

Mais la dictature protégea des militaires et des entrepreneurs conservateurs, tout comme elle assura l'impunité à des criminels tels que le médecin nazi Josef Mengele, le chef de la loge maçonnique P2 Licio Gelli, le franquiste espagnol Juan León Cerdón, entre autres

⁵²²Ibidem, p. 98

⁵²³Christopher HITCHENS, “Les crimes de Monsieur Kissinger”, op. cit., p. 17. La raison d'État “ ne constitue plus un argument décisive de défense. L'offensive des magistrats espagnols et le verdict de Londres dans l'affaire Pinochet, comme les verdicts du Tribunal pénal international de la Haye, le TPI, ont détruit le bouclier qui pouvait, autrefois, protéger des crimes commis au nom de la raison d'État. Il n'y a plus désormais aucun obstacle juridique qui puisse empêcher qu'un mandat d'arrêt soit lancé contre Kissinger”.

⁵²⁴Esteban CUYAS, “La Operación Condor: El terrorismo de Estado de Alcance Transnacional”, op. cit., p. 1.

⁵²⁵Ibidem

personnages anticomunistes qui s'établirent au Paraguay. Beaucoup d'agents secrets chiliens responsables de violations graves des droits de l'Homme, détentions et disparitions comme Miguel Estay, Reyno, « El Fanta » continuèrent jusqu'en 1992 à résider sous de faux *noms au Paraguay*⁵²⁶. Depuis la fin du dix-neuvième siècle, le Paraguay avait exercé une forte attraction sur les racistes allemands comme le docteur Bernhard Förster, qui y fonda la colonie « Nueva Germania », avec l'objectif d'appliquer son programme de pureté raciale⁵²⁷.

Les relations entre officiers des forces armées d'Amérique du Sud commencèrent à naître vers les années 1960 lorsqu'ils reçurent dans leur majorité une formation contre-révolutionnaire dans les académies militaires nord-américaines. Ces liens de militaires argentins avec leurs équivalents uruguayens, brésiliens, chiliens, boliviens et péruviens devaient porter leurs fruits dans les années des dictatures, c'est ainsi que commencèrent à apparaître des faits criminels en relation avec le plan Condor dans lequel les policiers et militaires chiliens agirent avec une totale liberté dans d'autres pays, comme l'Argentine, contre des citoyens qui fuyaient le régime de Pinochet⁵²⁸.

Manuel Contreras, chef de la DINA et promoteur de « l'Opération Condor » se trouve également impliqué, selon la documentation trouvée dans les archives secrètes du Paraguay, dans les assassinats de l'ex-ministre chilien Orlando Letelier, de l'ex-président de Bolivie le général Juan José Torres assassiné en Argentine, et de centaines d'activistes politiques chiliens, argentins, paraguayens et brésiliens. Ces archives prouvent à l'évidence que tant Pinochet que Strösner ont consacré une attention spéciale au renforcement et à la coordination de leurs services de sécurité, raison pour laquelle ils se rencontrèrent à plusieurs occasions⁵²⁹.

⁵²⁶SALES. F. "El Paraíso Azul". en: Diario "El País". Madrid 15 de febrero de 1988.

⁵²⁷ Periódico « PAGINA 12 ». Buenos Aires, Argentina 7 de febrero de 1993, p. 4

⁵²⁸Ibidem

⁵²⁹Carlos AMORI, Samuel BLIXEN, "Se destapa la multinacional del terror", Revista Cambio 16 No. 1114, Madrid 29.3 1993, pp. 10-15

§2. LES FONDEMENTS JURIDIQUES MIS EN CAUSE PAR LE MANDAT D'ARRET INTERNATIONAL AUX FINS D'EXTRADITION CONTRE PINOCHET.

Dans cette sous-section nous expliquerons les fondements juridiques établis par *l'Audiencia Nacional* dans son arrêt du 3 novembre 1998, qui fait partie du dossier d'instruction « *Procédure : Instruction 19/97-J* » (*Procedimiento Sumario 19/97-J, Juzgado Central de Instrucción Número cinco de Madrid*). C'est sur ces fondements que se base la résolution que *l'Audiencia* proposa au gouvernement espagnol pour qu'il sollicite l'extradition d'Augusto Pinochet Ugarte, contre qui existaient des mandats d'arrêt pour les délits de génocide, terrorisme et torture, incluant les disparitions, séquestrations, morts et autres actes contre la vie et la dignité des victimes, relevant des articles 607, 571 et suivants et 173 et suivants du code pénal⁵³⁰ en lien avec les articles 139, 140, 163 et 164. Des délits qu'Augusto Pinochet était suspecté avoir perpétrés - et pour lesquels il était poursuivi - contre ses

⁵³⁰ BOE-Code Pénal-Loi Organique 10/1995 du 23 novembre. Texte officiel consolidé. En vigueur depuis le 24 mai 1996. Révision en vigueur depuis le 17 janvier 2013. "Titre XXIV. Délits contre la Communauté Internationale, Chapitre I, Délits de Génocide, Article 607 : 1. Ceux qui, dans l'intention de détruire en totalité ou en partie un groupe national, ethnique, religieux ou défini par le handicap de ses membres, viendraient à perpétrer l'un des actes suivants, seront punis : (paragraphe introductif au 1 de l'article 607 rédigé pour le 155ème alinéa de l'article unique de la Loi Organique 5/2010, du 22 juin, par laquelle fut modifiée la L.O. 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal ("B.O.E." du 23 juin) entré en vigueur le 23 décembre 2010) 1.º d'une peine d'emprisonnement de quinze à vingt ans s'ils ont tué l'un de leur membres. 2.º d'une peine d'emprisonnement de quinze à vingt ans s'ils ont agressé sexuellement l'un de leurs membres ou leur ont provoqué l'une des lésions prévues à l'article 149. 3.º d'une peine d'emprisonnement de huit à quinze ans s'ils ont soumis le groupe ou l'un de ses membres à des conditions d'existence mettant en péril sa vie ou perturbant gravement sa santé, ou s'ils leur ont provoqué l'une des lésions prévues à l'article 150. 4.º De la même peine s'ils ont effectué des déplacements forcés du groupe ou de ses membres, adopté quelque mesure que ce soit tendant à empêcher leur genre de vie ou leur reproduction, ou bien transféré par la force des individus d'un groupe à l'autre. 5.º D'une peine d'emprisonnement de quatre à huit ans, s'ils ont provoqué quelque autre lésion que celles signalées aux numéros 2.º y 3.º de cet alinéa. Chapitre VII. Des organisations et groupes terroristes et du délit de terrorisme. Section I. Des organisations et groupes terroristes (Section 1.ª du Chapitre VII du Titre XXII du Livre II introduite par le 147ème alinéa de l'article unique de la L.O 5/2010, du 22 juin par laquelle fut modifiée la L.O 10/1995, du 23 novembre du Code Pénal («B.O.E.» 23 juin)). Article 571: 1. Ceux qui promouvraient, constitueraient, organiseraient ou dirigeraient une organisation ou un groupe terroriste seront punis de peines d'emprisonnement de huit à quatorze ans et d'incapacité à occuper un emploi ou une charge publique de huit à quinze ans. 2. Ceux qui participeraient activement à l'organisation ou au groupe, ou en feraient partie, seront punis de peines d'emprisonnement de six à douze ans et d'incapacité à occuper un emploi ou une charge publique de six à quatorze ans. Aux effets de ce Code, seront considérés organisations ou groupes terroristes les regroupements qui réunissant les caractéristiques établies respectivement dans le second paragraphe du premier alinéa de l'article 570 bis et dans le second paragraphe du premier alinéa de l'article 570 ter, auraient pour finalité ou pour objet de subvertir l'ordre public ou perturber gravement la paix publique par la perpétration de l'un quelconque des délits prévus dans la section suivante. (Chapitre VII du Titre XXII du Livre II, constitué des articles 571 à 580, introduit par les alinéas 146 et suivants de l'article unique et la première disposition additionnelle de la L.O. 5/2010, du 22 juin, par laquelle fut modifiée la L.O. 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal («B.O.E.» 23 juin). Entrée en vigueur le 23 décembre 2010. Article 571 rédigé selon l'alinéa 148 de l'article unique de la L.O. de la L.O. 5/2010, du 22 juin, par laquelle fut modifiée la L.O. 10/1995 du 23 novembre, du Code Pénal («B.O.E.» 23 juin)). Titre VII Des tortures et autres délits contre l'intégrité morale. Article 173 : 1. Celui qui infligerait à autrui un traitement dégradant, diminuant gravement son intégrité morale, sera puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans .

adversaires politiques, groupes ethniques ou religieux supposés répandre des idées politiques socialistes ou communistes, aussi bien que contre les simples opposants⁵³¹

C'est ainsi que le 16 octobre 1998 à 23 heures 30, fut réalisée l'arrestation d'Augusto Pinochet, laquelle initiait la période permettant de demander l'extradition, soit 40 jours. Le 18 octobre 1998 les parties en furent avisées afin qu'elles fassent savoir ce qui conviendrait à leurs intérêts eu égard à une éventuelle proposition d'extradition.⁵³²

Le procureur général de l'*Audiencia Nacional* demanda que soit arrêtée une résolution indiquant au gouvernement espagnol de ne pas demander l'extradition d'Augusto Pinochet aux autorités britanniques, estimant que les motifs pour le faire n'existaient pas,⁵³³ les raisonnements juridiques qui nous occupent ayant vidé cette position de toute substance.

L'extradition d'Augusto Pinochet, se basa sur le contenu des articles 824 et 825 de la loi de procédure criminelle⁵³⁴ (Ley de enjuiciamiento criminal), sans que cela ait empêché les

⁵³¹Procedimiento: Sumario 19/97-J, « Juzgado Central de Instrucción, Número Central de Instrucción Número Cinco », *Audiencia Nacional* de Madrid. Acte daté du 3 novembre 1998. (Document extrait directement des originaux déposés dans ce cabinet judiciaire). « Raisons juridiques ». Premier raisonnement juridique.

⁵³²Ibidem., premier antécédent

⁵³³Ibidem., Ces motifs sont exposés dans le second antécédent, contenant l'arrêt du 3 novembre 1998, de la façon suivante : « 1- Parce que les renvois en procès et mandats d'arrêt ne sont pas définitifs (susceptibles de recours). 2- En raison du statut immunitaire de l'accusé Monsieur Pinochet Ugarte. 3- Parce que, selon le procureur, la Convention Européenne d'Extradition ne pouvait s'appliquer rétroactivement à la relation d'extradition entre l'Espagne et le Royaume-Uni à cause des dates de ratification de cette convention par les deux pays le 21 avril 1982 et le 13 février 1991 respectivement. 4 - La personne réclamée, Monsieur Pinochet n'est pas de nationalité espagnole, n'a pas commis de délit en Espagne et s'est réfugié en pays étranger. 5 - Les faits ne sont pas constitutifs d'un délit de génocide. 6 - Les autres délits ne peuvent être objet d'extradition (assassinats, séquestrations...). 7 - La juridiction espagnole n'est pas compétente. 8 - Parce que ces faits étaient en jugement au Chili. 9 - Il n'est pas possible non plus de solliciter pour terrorisme puisque le concept n'est pas intégré et ne peut être objet de poursuite en Espagne, sinon à partir de la Loi 1.7.85 (Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire). 10 Hypothétiquement, le Royaume Uni devrait être compétent pour juger le délit de terrorisme en application des articles 6 et 7 de la Convention Européenne sur la répression du terrorisme. 11 - Le critère d'universalité de l'article 23.4 b) de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire s'efface devant le critère de territorialité prévalent. 12 - Il n'existe pas de juridiction en Espagne pour poursuivre les délits de torture, commis hors d'Espagne par des citoyens étrangers. La compétence reviendrait au Royaume Uni en accord avec les articles 6 et 7 de la Convention Européenne d'Extradition. 13 - Au sens de l'article 6.1 de la Convention Européenne d'Extradition, Augusto Pinochet Ugarte, n'est pas citoyen espagnol. 14 - La clause d'imprescriptibilité du délit de génocide a été introduite dans le Code Pénal espagnol le 23 novembre 1995 sans effet rétroactif. ».

⁵³⁴Loi de Procédure Criminelle, promulgué par décret royal du 14 septembre 1882. Titre VI, De la procédure d'extradition, pages 147 et 148. « Art. 824 : Le procureurs des Audiencias et du Tribunal Suprême, chacun en ce qui le concerne, demanderont que le Juge ou le Tribunal propose au Gouvernement qu'il sollicite l'extradition des accusés ou condamnés par jugement définitif, lorsqu'il y a lieu en accord avec le Droit. Art. 825 : Pour que puisse être demandée ou proposée une extradition, il sera nécessairement requis qu'un mandat d'arrêt motivé ait été émis ou qu'une condamnation définitive ait été prononcée contre les accusés en question. Art. 826 L'extradition pourra être demandée ou proposée uniquement : 1°) pour les Espagnols qui ayant commis un délit en Espagne se seraient réfugiés à l'étranger. 2°) Pour les Espagnols qui ayant attenté à l'étranger à la sécurité extérieure de l'État, se seraient réfugiés dans un pays distinct de celui où ils ont commis le délit. 3°) Pour des étrangers qui devant être jugés en Espagne se seraient réfugiés dans un pays qui n'est pas le leur. Art. 827 : On

accusations populaires et particulières⁵³⁵, afin de garantir le droit au recours effectif et de ne pas générer d'impossibilité de se défendre⁵³⁶. C'est ainsi qu'a été pris en compte l'article 829 de la loi de procédure criminelle, qui dit « Le juge ou le tribunal qui viendrait à connaître la cause, accordera d'office ou à la demande d'une partie, la possibilité de demander l'extradition, par décision fondée dès l'instant où, compte tenu de l'état du procès et de son résultat, elle serait recevable conformément à l'un des articles 826 et 827 de la loi de procédure criminelle »⁵³⁷.

C'est sur cette base que nous expliquerons les raisonnements juridiques en question, ils sont 17 en tout, regroupés dans cette thèse en cinq points pour en faciliter l'étude⁵³⁸.

Quant aux raisonnements juridiques liés aux délits de génocide, torture et terrorisme, ils ont été développés dans cette thèse sous des titres séparés, et donc l'explication de ceux-ci se limitera à apporter quelques précisions juridiques.

Conformément à ce qui précède, parmi ces raisonnements juridiques nous analyserons en premier lieu le statut de Pinochet comme sénateur à vie (A), l'extradition (B), le délit de génocide et la compétence de la juridiction espagnole (C), les délits de torture et de terrorisme (D), puis le déroulement de la procédure et la décision finale (E).

A. LE STATUT DE SENATEUR A VIE

Dans le premier raisonnement juridique il fut exposé que la notion de Sénateur à vie n'était pas recevable. En effet le contenu de l'article 606 du code pénal qui traite de délits contre les

procédera à la demande d'extradition : 1°) Dans les cas prévus par les traités s'appliquant à la sentence dans le territoire où se trouverait l'individu réclamé 2°) A défaut de traité, dans les cas où l'extradition s'applique selon le droit écrit ou coutumier en vigueur dans le territoire de la nation à laquelle est demandée l'extradition. 3°) A défaut des deux cas précédents, lorsque l'extradition s'applique selon le principe de réciprocité. Art. 828 : Le juge ou le tribunal en charge de l'affaire dans laquelle serait jugé l'accusé absent en territoire étranger sera compétent pour demander son extradition ».

⁵³⁵Ibidem

⁵³⁶L' *Audiencia Nacional*, fonde cette position sur l'article 24 de la Constitution espagnole, qui dit : "1. Toute personne a le droit d'obtenir la tutelle effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes, sans que, dans aucun cas, une limitation ou privation de défense puisse se produire (indefensión). 2..."

⁵³⁷Raisonnements juridiques, Procédure : Instruction 19/97-J,op. cit., premier raisonnement juridique.

⁵³⁸Il faut noter que le raisonnement juridique traitant de l'immunité souveraine ne sera pas étudié dans cette sous-section, cette question étant développée dans la Section sur l'immunité : "L'absence d'immunité dans le cas Pinochet, une condition pour la justice internationale". De même nous n'aborderons pas les raisonnements juridiques basés sur les questions de différence entre groupe national, politique et religieux, vu qu'ils sont développés dans la première partie de cette thèse, lorsqu'est traité le délit de génocide

personnes protégées ne pouvait être pris en compte, à savoir la violation de l'immunité personnelle du Sénateur, selon la « Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques⁵³⁹. En effet cette Convention s'applique lorsque l'intéressé est sujet passif du délit, mais pas lorsqu'il est sujet actif. Est protégée la victime en raison de sa fonction particulière, et non le délinquant⁵⁴⁰. Sur ce point il convient de rappeler la résolution B4-0194,0235 et 0246/1998 du Parlement Européen⁵⁴¹, dans laquelle ce dernier contestait

⁵³⁹ La convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, fut adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies à New York le 14 décembre 1973.

⁵⁴⁰ Raisonnements juridiques, Procédure : Instruction 19/97-J,op. cit., premier raisonnement juridique.

⁵⁴¹ Résolution du Parlement Européen: B4-0194,0235 et 0246/98: "C 80/250 FR Journal officiel des Communautés européennes 16. 3. 98 c) B4-0194, 0235 et 0246/98. Résolution sur la nomination du général Pinochet comme sénateur à vie au Chili. Le Parlement européen, -vu ses résolutions précédentes sur la défense de la démocratie et des droits de l'homme au Chili, adoptées à l'époque de la dictature du général Pinochet, -vu ses résolutions du 18 novembre 1993

(1) sur le procès faisant suite à l'assassinat du citoyen européen Carmelo Soria Espinosa au Chili, du 20 juin 1996

(2) sur l'amnistie en faveur des ravisseurs présumés de Carmelo Soria assassiné par des agents des services nationaux de renseignement (DINA), qui ont été identifiés mais dont le crime demeure impuni à ce jour, et du 18 septembre 1997 (3) sur le procès relatif aux disparus et aux victimes espagnoles sous la dictature du général Augusto Pinochet,

A. considérant que les droits de l'homme, les libertés fondamentales, les principes démocratiques et le pluralisme politique constituent les valeurs de base de la collaboration entre l'Union européenne et l'Amérique latine,

B. considérant que le général Pinochet a l'intention d'accepter la charge de sénateur à vie,

C. considérant l'initiative d'un groupe de parlementaires chiliens qui envisagent de présenter une «accusation constitutionnelle» contre Pinochet et considérant que la Chambre des députés chilienne «récuse énergiquement Pinochet pour sa trahison du serment de subordination au pouvoir civil» en ayant fomenté le coup d'État de 1973,

D. ayant appris que la justice chilienne instruisait la plainte introduite au pénal contre Pinochet pour les délits de génocide, séquestrations suivies de disparitions, association illicite et inhumation illégale de cadavres;

1. condamne l'intention du général Pinochet d'accepter la charge de sénateur à vie;

2. appuie à cet égard les initiatives des partis politiques et des organisations de la société civile visant à éviter que Pinochet accepte la charge de sénateur à vie et la conserve;

3. félicite le président de la République, la coalition de partis pour la démocratie et toutes les forces démocratiques ainsi que l'ensemble de la population chilienne pour les efforts qu'ils déploient en vue de consolider la démocratie;

4. charge son Président de transmettre la présente résolution au Conseil, à la Commission, aux gouvernements des États membres, à la Chambre des députés, au Sénat et au gouvernement de la République du Chili.

(1) JO C 329 du 6.12.1993, p. 278.(2) JO C 198 du 8.7.1996, p. 209.(3) JO C 304 du 6.10.1997, p. 143 ».

l'intention du Général Pinochet de devenir Sénateur à vie, puisque c'est finalement ce qui fut fait⁵⁴²

B. LE FONDEMENT DE L'EXTRADITION.

Dans le cinquième raisonnement juridique, *l'Audiencia Nacional* analysa les relations entre l'Espagne et la Grande Bretagne en matière d'extraditions, lesquelles sont régies par la Convention Européenne d'extradition du 13 décembre 1957⁵⁴³ et subsidiairement par le traité bilatéral en matière d'extradition entre l'Espagne et le Royaume Uni⁵⁴⁴, ainsi que par la loi d'extradition britannique. Dès l'instant où les faits étant l'objet de poursuite sont commis, s'appliquent les lois procédurales en vertu du principe « *tempus regis actum* » institué par l'article 2.3 du Code Civil espagnol⁵⁴⁵. Une convention d'extradition contient ces règles procédurales puisqu'elle établit les normes qui doivent régler la remise des personnes concernées, les formalités de procédure⁵⁴⁶, remises de documents⁵⁴⁷, etc.

De la même manière, par ce raisonnement juridique, fut analysée la question de savoir si le fait à partir duquel était réclamée l'extradition était antérieurement inclus dans la législation pénale britannique. Dans ce cas l'extradition serait exécutée. En tout état de cause il appartenait à l'autorité judiciaire britannique d'analyser ce point. La loi britannique exclut expressément de désigner le génocide comme un délit de nature politique. Elle élimine donc

⁵⁴²Raisonnements juridiques, Procédure : Instruction 19/97-J,op. cit., premier raisonnement juridique.

⁵⁴³Convention Européenne d'Extradition du 13 décembre 1957. Ratifiée par l'Espagne, par les textes du 21 avril 1982 (jefatura del Estado) BOE 8 juin 1982, No 136/1982 (page. 15454). Art. 9 « "Non bis in idem" L'extradition ne sera pas accordée lorsque l'individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la Partie requise, pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée. L'extradition pourra être refusée si les autorités compétentes de la Partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées pour le ou les mêmes faits.».

⁵⁴⁴Traité bilatéral entre l'Espagne et le Royaume Uni et l'Irlande du Nord en matière d'extradition, du 22 juillet 1985. Entré en vigueur le 01 juillet 1986, BOE d'avril 1986, n° 10/1986.

⁵⁴⁵Code Civil Espagnol. Titre préliminaire. Des Normes juridiques, leur application et efficacité. Chapitre premier.

Sources du Droit. Art. 2.3 "Les lois n'auront pas d'effet rétroactif sauf si des dispositions contraires venaient à être prises". "(introduit par le D. 1.836/1974, du 31 mai (B.O.E, du 9 juillet), qui donne force de loi au texte de la série d'articles du titre préliminaire du Code Civil. Cf, au sujet de l'alinéa 3, l'article. 9.3 de la Constitution espagnole, sur la non-rétroactivité des dispositions sanctions défavorables ou restrictives de droits individuels)".

⁵⁴⁶L'extradition peut être active ou passive: l'extradition active est celle qu'effectue le pays qui requiert ou réclame la personne concernée, l'extradition passive est celle exécutée par le pays sollicité ou qui remet la personne.

⁵⁴⁷Procédure: Instruction 19/97-J,op, cit., raisonnement juridique cinquième

la possibilité de considérer les conduites contenues dans le traité pour la répression du terrorisme de 1978⁵⁴⁸ comme étant de nature politique.

Fut étudiée aussi l'exception de la chose jugée, telle qu'établie par l'article 9 de la Convention Européenne d'Extradition⁵⁴⁹, puisqu'il est nécessaire qu'un jugement définitif existe, ce qui n'était pas le cas, car au moment où fut prononcé cet arrêt, aucune procédure n'était en cours au Chili contre le général Pinochet pour les agissements recouvrant les délits de génocide, terrorisme et torture, lesquels étaient confortés par des témoignages de poids et des documents qui garantissaient l'inculpation⁵⁵⁰.

C. LE DELIT DE GENOCIDE ET LA COMPETENCE DE LA JURIDICTION ESPAGNOLE

Sous ce titre sont réunis les sixième et onzième raisonnements juridiques en tenant compte de la relation directe entre le délit de génocide et la compétence de la juridiction espagnole.

Dans le sixième raisonnement, *l'Audiencia Nacional* traita du délit de génocide, alléguant que les faits décrits dans l'arrêt en date du 15 septembre 1998 du Tribunal Central d'Instruction numéro six du dossier d'instruction 1/98 relatif au Chili et qui entraîna la détention de Monsieur Pinochet étaient des indices constitutifs d'un délit de génocide. Il fut également noté que « Le génocide constitue le crime ultime, la violation la plus grave des droits de l'homme qu'il est possible de commettre », empruntant ce concept au dénommé « Rapport M.B. Whitaker », dans lequel est abordée l'étude des questions de la Prévention et de la Répression du Crime de Génocide⁵⁵¹. Il est ajouté que l'obligation de la communauté internationale est de le découvrir, le poursuivre et le sanctionner de manière adaptée, « sans que les pressions politiques d'aucun groupe ou gouvernement puissent ouvrir la porte à l'impunité, parce qu'ainsi on encouragerait l'exécution de nouveaux actes criminels que l'humanité repousse et

⁵⁴⁸Ibid.

⁵⁴⁹Voir note (15)

⁵⁵⁰ Ibid.

⁵⁵¹Résolution 1983/83 du Conseil Economique et Social des Nations Unies, du 27 mai 1983, édition révisée du 2 juillet 1985, E/CN. 4/ Sub. 2/1985/6

rejette ». Cette étude a été prise en compte au moment d'apprécier les faits constitutifs de l'affaire⁵⁵².

Il a été précisé, dans le même sens, que le droit à la vie est le premier des droits de l'homme, et que les autres en dépendent, en conséquence les difficultés éventuelles pour jouir de ce droit deviennent d'autant plus grandes lorsque l'organe qui menace de mort est l'Etat⁵⁵³.

Dans ce raisonnement *l'Audiencia Nacional* fit savoir que le fait que, dans cette affaire, les actes sur lesquels portait l'enquête n'aient pas encore été qualifiés dans une instance judiciaire comme délits présumés de génocide retenait l'attention, bien qu'en sachant que l'ONU, consciente de ce qui se passait, avait reçu et accueilli tous ceux qui parvinrent à se sauver et à fuir d'Argentine ou du Chili comme victimes d'un véritable génocide⁵⁵⁴.

L'Audiencia Nacional ayant tenu compte de l'analyse antérieure sur le délit de génocide et conclu que la conduite adoptée par l'accusé incluait ce délit, il lui est apparu ensuite de défendre de façon argumentée la compétence de la juridiction espagnole⁵⁵⁵ pour enquêter sur les éléments qui le comportaient et qui servirent à donner forme à cette conduite délictueuse, constituée d'assassinats, détentions illégales, séquestrations, tortures, soustractions de mineurs, lésions, menaces, pressions, violations, etc.

Ainsi le onzième fondement juridique indiqua que la compétence se présentait sous la forme établie dans les arrêts du 25 mars et du 11 mai 1998 du Tribunal central d'Instruction numéro cinq, et dans l'arrêt du 15 septembre 1998 du Tribunal central d'Instruction numéro six, confirmés par la chambre pénale de *l'Audiencia Nacional* au complet, qui établit la compétence espagnole pour instruire et juger le délit de génocide auquel se réfère le dossier en question. Dans tous les cas l'article 336 de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire de 1870 en vigueur au moment des faits, accordait expressément compétence aux tribunaux espagnols pour mettre en jugement les délits contre la sécurité extérieure de l'État hors d'Espagne. Entre autres avait été inclu en 1971, par la loi 47/71 du 15 novembre qui ajouta l'article 137bis, le délit de génocide comme délit contre le Droit des Gens. C'est ainsi que dans

⁵⁵² Procédure: Instruction 19/97-J, op, cit., raisonnement juridique sixième

⁵⁵³ Ibidem

⁵⁵⁴ Ibidem

⁵⁵⁵ La compétence de la juridiction espagnole est étudiée dans la première partie de cette thèse

ce raisonnement juridique il faut argumenter que ce délit n'avait pas disparu, mais se trouvait dans l'article 607 du Code Pénal parmi les délits contre la Communauté Internationale⁵⁵⁶.

En conséquence *l'Audiencia Nacional* alléguait l'invalidité de l'affirmation du ministère public selon laquelle le délit de génocide n'était pas mentionné expressément puisque ce délit ne pouvait pas y être cité pour la simple raison qu'il n'existait pas en 1970. En réalité il existait bien et était expressément prévu dans la catégorie des délits contre la sécurité extérieure de l'État⁵⁵⁷.

Dans le douzième raisonnement juridique, *l'Audiencia Nacional* déclara que bien qu'ait été expliquée antérieurement la loi sur le Pouvoir Judiciaire de 1870, ce que l'on voulait réellement appliquer était la Loi Organique 6/1985 du 1 juillet 1985 sur le Pouvoir Judiciaire, celle que le Ministère Public avait refusée.

Elle argumenta également que les lois de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur indépendamment de l'exécution des faits objet du procès, en vertu du principe « *tempus regit actum* » inscrit dans l'article 2.3 du code civil déjà mentionné. Il fut aussi avancé que le Tribunal Constitutionnel avait redit que « en matière de droits fondamentaux, la légalité ordinaire doit s'interpréter de la façon la plus favorable pour que ces droits soient effectifs »⁵⁵⁸. Eu égard à ceci il fut conclu que les règles sur la prison préventive, dans la mesure où elles affectent le droit à la liberté, ou sur la prescription, devaient s'appliquer conformément au principe de la loi la plus favorable à l'inculpé⁵⁵⁹. Cependant dans le cas présent, cette situation ne se produisit pas. En effet aussi bien la loi de 1870, que l'introduction du génocide dans le Code Pénal espagnol en 1971, et la loi de 1985, prévoyaient toutes la compétence espagnole pour le jugement des délits de génocide. Donc en présence de désaccord sur cette affaire, le principe « *tempus regit actum* » restait en vigueur. Par conséquent la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire applicable dans cette affaire, était sans aucun doute celle en vigueur⁵⁶⁰, c'est à dire la LOPJ du 1er juillet 1985 »⁵⁶¹.

L'Audiencia Nacional soutint également dans ce raisonnement que la compétence d'un tribunal international ressort de l'article 6 de la Convention sur le génocide de 1948. Cette

⁵⁵⁶ Procédure: Instruction 19/97-J,op, cit., onzième raisonnement juridique.

⁵⁵⁷ Ibidem

⁵⁵⁸ Arrêt du Tribunal Constitutionnel espagnol, STC 32/1987 du 12 mars.

⁵⁵⁹ Raisonnement juridique douzième

⁵⁶⁰ Ibidem

⁵⁶¹ Il faut rappeler que la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire du 1 juillet 1985, a été modifiée postérieurement par la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire No 1 du 3 novembre 2009.

dernière, en raison de son existence dans la législation interne espagnole, est ce qui a maintenu la compétence espagnole sur ce type de délits, surtout si on tient compte qu'au moment où furent prononcés ces raisonnements juridiques la Cour Pénale Internationale n'avait pas encore commencé à fonctionner⁵⁶². De plus les tribunaux chiliens garantissaient l'absence de poursuite à l'encontre de ces faits, raison pour laquelle il n'y eut aucun conflit de compétence.

Par ailleurs, absolument tous « les auteurs de traités » (tratadistas) reconnaissaient l'application du principe international de protection universelle en matière de juridiction sur les délits de génocide, conformément à l'article 6 de la Convention de 1948 sur le génocide. Il est certain qu'il y a de nombreux précédents de cette règle en droit international tels que le traitement des « ennemis communs de l'humanité » (hostes humanigenis) ou dans les principes internationaux dans le cadre de la « compétence universelle »⁵⁶³. La conclusion de ce raisonnement est que la compétence universelle n'est pas discutable comme unique moyen d'éviter les graves difficultés que suppose l'extradition dans ces affaires. S'il en est ainsi en fonction du droit international, à plus forte raison cela doit l'être dans le cas de l'Espagne, dont le droit interne reconnaît sa compétence universelle pour les délits de génocide en 1971⁵⁶⁴.

De la même façon, *l'Audiencia Nacional* ajouta qu'on ne pouvait défendre l'argument selon lequel l'article 6 de la Convention sur le génocide de 1948 excluait la poursuite et le jugement de celui-ci par un tribunal international en dehors du pays où il est commis, ce qui était contraire à la norme internationale⁵⁶⁵.

Et enfin, il fut mentionné dans ce raisonnement que le Tribunal International de Justice de la Haye établit que les principes sur lesquels se base la Convention pour la prévention et la répression du Génocide, sont des principes reconnus par les nations civilisées comme étant obligatoires pour les États, quand bien même il n'existerait pas de relation conventionnelle. De sorte que la décision du législateur espagnol d'instaurer le principe de poursuite universelle ne peut être contraire à la convention, parce qu'avec cette décision il respecte fidèlement

⁵⁶² Le Statut de Rome comme instrument constitutif de la Cour Pénale Internationale, fut adopté à Rome, Italie, le 17 juillet 1998. Le Statut entra en vigueur le 1er juillet 2002.

⁵⁶³ M. Cherif Bassiouni. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, the Netherlands, 1992, p. 148.

⁵⁶⁴ Procédure: Instruction 19/97-J, op, cit., raisonnement juridique douzième

⁵⁶⁵ Ibidem

l'ensemble des principes qui émanent de cette Convention et qu'il prend part ainsi au droit international coutumier⁵⁶⁶.

D. LES DELITS DE TORTURE ET DE TERRORISME

L'Audiencia Nacional rappelle dans le treizième raisonnement juridique que le fait que la torture soit un délit réprimé universellement a pour base

- l'article 7 du Pacte International Relatif aux Droits Civiques et Politiques du 16 décembre 1966, ratifié par l'Espagne le 27 avril 1977,
- la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984 à New-York et ratifiée par l'Espagne le 21 octobre 1987, laquelle établit dans son article 5.1.c) que *“Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 [...] Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié.”* ;
- l'article 3, commun aux quatre Conventions de Genève du 12 juillet 1949, ratifiées par l'Espagne se référant aux règles de base applicables à tout conflit armé, y compris ceux sans caractère international ou internes, qui interdisent en tout temps et en tout lieu les tortures et les traitements inhumains.

L'article 6.c du Statut du Tribunal de Nuremberg, et l'article 5.e du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie créé en 1993 se prononcent dans le même sens. Pour sa part, l'article 23.4 de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire du 1er juillet 1985⁵⁶⁷, disposait que la juridiction espagnole était compétente pour connaître des faits commis par des Espagnols ou

⁵⁶⁶ Ibidem

⁵⁶⁷ Le contenu de l'article 23.4 de la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire espagnole est étudié dans la première partie de cette thèse.

des étrangers hors du territoire national susceptibles d'être qualifiés de délits et qui selon les traités et conventions internationaux devaient être poursuivis par l'Espagne⁵⁶⁸.

Dans ce raisonnement est également cité l'article 15 du Pacte International Relatif aux Droits Civiques et Politiques du 19 décembre 1966 qui affirme au sujet du principe de légalité "Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations"⁵⁶⁹.

Finalement dans le même raisonnement il est conclu que ce mandat de poursuite universelle est contenu dans la législation internationale, la qualification dans le Code Pénal depuis 1978 et la règle de procédure dans la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire, et est applicable sur la base de ces conventions internationales et selon le principe procédural "*tempus regit actum*"⁵⁷⁰.

Dans le quatorzième raisonnement juridique, *l'Audiencia Nacional* expose les motifs pour lesquels ne furent pas prises en compte des considérations du Ministère Public concernant le délit de terrorisme.

Du point de vue substantif, on analysa trois éléments 1- l'élément de la finalité (téléologique), 2- l'élément matériel du délit (*concreción delictiva*), 3- l'élément objectif de l'existence d'une organisation terroriste ou d'une bande armée⁵⁷¹.

1- Le Code Pénal espagnol exige un élément de finalité, consistant à subvertir l'ordre constitutionnel ou troubler gravement la paix publique, des termes ne sont pas à comprendre comme ordre constitutionnel ou paix publique espagnole car cela empêcherait la poursuite de tout acte de terrorisme commis hors d'Espagne en ouverte contradiction avec la vocation universelle proclamée par l'article 23.4 de la L.O.P.J⁵⁷². Au contraire cela doit faire référence à un ordre constitutionnel équivalent à l'ordre espagnol, c'est à dire dans lequel "l'état soit social et démocratique, de droit, qui défend comme valeurs supérieures de son

⁵⁶⁸Procédure: Instruction 19/97-J,op, cit., raisonnement juridique treizième

⁵⁶⁹Pacte international relatif aux droits civils et politiques Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion

par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966

⁵⁷⁰Procédure: Instruction 19/97-J,op, cit., raisonnement juridique treizième

⁵⁷¹Ibidem., raisonnement quatorzième

⁵⁷²On doit rappeler que l'article 23.4 a été modifié par la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire (L.O.P.J) No 1 de 2009, dans laquelle cette "vocation universelle" est retrainte, comme il est expliqué dans la première partie de cette thèse.

ordonnancement juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique”, comme le proclame l'article 1 de la Constitution espagnole. C'est à dire précisément celui qu'avait revendiqué de façon illégale et illégitime la junta des chefs des forces armées, plus tard junta de gouvernement, dirigée par Monsieur Pinochet Ugarte, lors du coup d'État au Chili le 11 septembre 1973. Par conséquent on peut affirmer qu'un tel comportement délictueux constitue le premier attentat à la paix publique et à l'ordre constitutionnel, et que l'élément téléologique est largement présent.⁵⁷³

2- Concernant l'élément matériel du délit (*concreción delictiva*)⁵⁷⁴, l'*Audiencia Nacional* mentionna que cet élément existait dans l'affaire étudiée, puisque s'étaient déroulés les délits auxquels se réfère le Code Pénal incluant les délits de terrorisme tels qu'incendies, assassinats, lésions, tortures, détentions illégales, disparitions, etc.⁵⁷⁵

3- Finalement sur l'élément objectif de l'existence d'une organisation terroriste ou une bande armée, l'*Audiencia Nacional* répondit aux arguments du Ministère Public en affirmant qu'en tout état de cause on pouvait en appeler à l'article 577 du Code Pénal (ancien article 174 bis b) du Code pénal abrogé) qui ne présupposait pas l'existence d'organisation terroriste ou de bande armée. Toutefois, eu égard à l'affirmation du Ministère Public selon laquelle on ne pouvait pas considérer qu'une quelconque organisation terroriste ait existé, l'*Audiencia Nacional* alléguait l'existence avérée d'un plan de la junta de gouvernement du Chili pour conspirer et développer ensuite, au travers d'organisations spécialement créées à cet effet – la DINA, la CNI et d'autres⁵⁷⁶ - toute une série d'attentats à motivation nettement politique. Elle était guidée par la même finalité d'attaquer le groupe idéologiquement contraire, non seulement à l'intérieur du Chili, mais aussi à l'extérieur, en utilisant pour ce faire des explosifs, des armes de guerre et en se servant d'organisations terroristes italiennes ou de

⁵⁷³Procédure: Instruction 19/97-J,op, cit., quatorzième raisonnement juridique

⁵⁷⁴Le professeur de droit pénal international, Manuel Ollé Sesé, (auteur du livre « Justicia universal para crímenes internacionales », avocat, professeur et docteur en droit pénal de l'Université Complutense de Madrid), il a expliqué que : «La délimitation concrète du fait délictuel » (*concreción delictiva*), est un terme qu'utilisait beaucoup le juge Baltazar Garzón pour indiquer que les faits se concrétisent d'un point de vue factuel. Par exemple si une personne entre dans un magasin et subtilise un bien, alors les faits se concrétisent d'un point de vue factuel dans cette action (subtilisation) à laquelle correspond une qualification délictuelle (larcin ou vol). Cet exemple très simple sert à ce que dans les "méga-cas" (Pinochet, par exemple), où sont décrits de nombreux éléments factuels, contextes, etc. soit concrétisé et délimité le fait concret véritablement constitutif de délit, et qui en conséquence a une signification pénale. Par exemple, dans une plainte ou une décision judiciaire, on parle du contexte historique, comment Pinochet arrive au coup d'État, de politiques, etc., mais la « délimitation concrète du fait délictuel » (*concreción delictiva*), sera d'ordonner la disparition respective de Pierre, Jean, et cela se qualifie de lèse humanité, génocide, terrorisme etc."

⁵⁷⁵Ibidem

⁵⁷⁶ Les organisations criminelles de la DINA et de la CNI sont étudiées dans le chapitre I de la seconde partie de cette thèse

services secrets d'autres pays comme l'Argentine, le Paraguay ou l'Uruguay⁵⁷⁷ qui faisaient partie du « Plan ou opération condor » avec le Chili⁵⁷⁸.

E. L'ORDRE PROCEDURAL (ORDEN PROCESAL) ET LA DECISION FINALE

Dans le quinzième raisonnement, il est mentionné qu'en matière de procédure la juridiction retenue fut celle des Tribunaux Centraux et de la Chambre Pénale de *l'Audiencia Nacional*.

L'Audiencia Nacional argua dans le cadre de ce raisonnement que s'il est vrai que la Loi Organique relative au Pouvoir Judiciaire de 1870, en vigueur jusqu'à 1985, n'incluait pas le terrorisme hors d'Espagne comme délit faisant objet de la juridiction espagnole, il est certain qu'à partir de 1973 et jusqu'à la réforme du Code Pénal de 1988, avec quelques intervalles - 1980- les délits ayant trait à l'activité terroriste sont restés en dehors du Code Pénal⁵⁷⁹.

C'est pour cela que le Code de Justice Militaire espagnol, lors de sa modification par la loi 42/1971 du 15 novembre, introduisit les articles 294 bis a), b), c), d) et e) et fit relever de sa compétence toutes les comportements d'activisme terroriste exécutés par des groupes ou organisations de manière permanente, particulièrement en tenant compte de l'article 17 du Code de Justice Militaire avec application du principe de poursuite universelle qui dit : « Seront jugés en Espagne par les tribunaux militaires les Espagnols ou les étrangers qui commettraient en pays étranger un délit inclus dans ce Code ou d'autres lois pénales militaires⁵⁸⁰ ».

En tout état de cause, puisque les délits de terrorisme n'étaient pas prévus dans la loi provisoire relative au Pouvoir Judiciaire, vu qu'à ce moment-là le concept juridique de terrorisme n'avait toujours pas été introduit, il fallut recourir à l'unique norme contenant de réelles dispositions en matière procédurale pour établir le prédécesseur immédiat de l'article 23.4 de la L.O.P.J de 1985, qui dans ce cas n'était pas l'article 336 de la loi de 1970, mais le Code de Justice Militaire modifié par la loi de 1971, qui en matière procédurale n'avait pas été abrogé.

⁵⁷⁷ Procédure: Instruction 19/97-J, op, cit., quatorzième raisonnement juridique

⁵⁷⁸ L'organisation et le fonctionnement du "Plan ou Opération Condor" sont étudiés dans le Chapitre I de la seconde partie de cette thèse.

⁵⁷⁹ Procédure: Instruction 19/97-J, op, cit., quinzième raisonnement juridique

⁵⁸⁰ Ibidem.

L'article 23.4 de la L.O.P.J.⁵⁸¹ contenait une norme de caractère strictement procédural et, par conséquent soumise au principe "tempus regis actum". Il fallut donc analyser si cet article restreignait ou non un quelconque droit individuel⁵⁸², cela du fait de ce qu'établit l'article 9.3 de la Constitution qui interdit l'application rétroactive de quelque disposition restrictive de droits individuels que ce soit. Et analyser aussi, si la disposition qui attribuait une nouvelle compétence inexistante au moment de la commission des faits était restrictive de ces droits et ne pouvait pas s'appliquer rétroactivement⁵⁸³.

À ce sujet, *l'Audiencia Nacional* conclut que ce n'était pas le cas dans la situation présente, où il existait une loi, c'est à dire le Code de Justice Militaire, qui prévoyait la poursuite universelle des délits de terrorisme, ce qui satisfaisait la requête et l'absence du précepte constitutionnel cité – art. 9.3 de la constitution espagnole - et par conséquent l'article 23.4 de la Loi Organique Relative au Pouvoir Judiciaire s'avérait applicable⁵⁸⁴.

Dans le seizième raisonnement, *l'Audiencia Nacional* réfuta les allégations de prescription, en invoquant que le caractère d'imprescriptibilité donné à ces délits s'appuie sur la législation internationale, il fut ainsi fait mention de la résolution 47/133 de l'Assemblée Générale des Nations Unies qui traite de la "Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées", laquelle dispose dans son article 17 que : "Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés »⁵⁸⁵.

En ce sens, *l'Audiencia Nacional* cita l'arrêt énoncé par la Troisième Section de la Chambre Pénale en date du 12 juin 1988, confirmé intégralement par l'arrêt en plénière du 25 septembre 1998, considérant l'association illicite – c'est le cas d'une organisation terroriste- comme un délit permanent⁵⁸⁶.

Dans le dix-septième raisonnement il fut indiqué qu'une fois menés à bien l'analyse des faits et les fondements juridiques, et tenant compte des articles 824 et suivants de la loi de

⁵⁸¹Ibidem

⁵⁸²Constitution espagnole.1978.Titre préliminaire.« Article 9 :1 (...), 2 (...), 3. La Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie normative, la publicité des normes, la non rétroactivité des dispositions de sanctions non favorables ou restrictives de droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité et l'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics »

⁵⁸³Ibidem.

⁵⁸⁴Ibidem

⁵⁸⁵Procédure: Instruction 19/97-J, op, cit., seizième raisonnement juridique .

⁵⁸⁶Ibidem.

Procédure Criminelle, *l'Audiencia Nacional* « procéda à la recommandation au gouvernement de solliciter l'extradition du défendeur – accusé - contre lequel avaient été édictés divers mandats d'arrêt en date des 16 et 18 octobre 1998 – qui se trouvait en ce moment détenu – en vue d'extradition – au Royaume Uni, et au sujet duquel devait être étudié la demande de conformité⁵⁸⁷ avec l'article 827 de la loi de Procédure Criminelle relativement à l'article 12 de la Convention Européenne d'Extradition du 13 décembre 195 »⁵⁸⁸.

Il est ajouté à ce fondement, que s'agissant du dossier et des documents annexes cités dans l'article 12 de la Convention Européenne d'Extradition, tous les requis avaient été respectés⁵⁸⁹.

Pour ces raisons il fut décidé de :

- 1) *« proposer au gouvernement d'Espagne qu'il sollicite des autorités britanniques compétentes ("Home Secretary") l'extradition de Augusto Pinochet Ugarte (...) accusé dans cette affaire pour les faits décrits dans cette résolution et qui ressortent des délits présumés de génocide, de terrorisme et de torture.*
- 2) *Adresser une respectueuse requête à Madame la Ministre de la Justice par l'intermédiaire de Monsieur le Président de l'Audiencia Nacional, accompagnant la demande pour que suite lui soit donnée par voie diplomatique (...).*
- 3) *Joindre à cette demande a) l'attestation des mandats d'arrêt en date des 16 et 18 octobre 1998 et les ordres d'arrestation internationaux... b) l'attestation de l'ordre d'extradition, (...) dans lequel sont détaillés les faits et les raisonnements juridiques ».*⁵⁹⁰

⁵⁸⁷Procédure: Instruction 19/97-J, op, cit., dix-septième raisonnement juridique. Dans ce raisonnement a été expliqué entre autres, que pour mener à bien la demande il était nécessaire de tenir compte de l'article 831 du Code de Procédure Pénale, qui exige que la requête adressée au Ministre de la Justice, accompagnée de l'acte d'extradition dans lequel ont été insérés les arguments et les rapports des parties - article 832 du Code de Procédure Pénale - et tout ceci se fit par l'intermédiaire du Président de *La Audiencia Nacional*.

⁵⁸⁸Ibidem

⁵⁸⁹Ibidem « demande formelle au "Home Secretary", description du sujet et photographie ; description des délits de génocide, terrorisme et tortures contenus dans l'arrêt d'accompagnement et attestation des mandats d'arrêt des 16 et 18 octobre 1998, qui développe ce qui précède, et copie des dispositions légales applicables, attestant expressément que la totalité de la Chambre Pénale avait décidé à l'unanimité la compétence et juridiction des tribunaux espagnols »

⁵⁹⁰Ibidem.

Section 2

L'ABSENCE D'IMMUNITÉ DANS L'AFFAIRE PINOCHET : UNE CONDITION POUR LA JUSTICE INTERNATIONALE.

En droit international les responsables d'actes de torture, de génocides et d'autres crimes contre l'humanité ne peuvent invoquer l'immunité ou certains privilèges pour échapper à leur responsabilité pénale ou civile. C'est pourquoi le cas Pinochet a représenté l'un des plus emblématiques dans le droit international en raison du refus d'accorder l'immunité à un ex-chef d'État pour un crime de torture.

Ce principe en vertu duquel les chefs d'État doivent répondre de leurs crimes contre l'humanité ne fait qu'illustrer le principe général de droit international reconnu par le Traité de Versailles du 28 juin 1919 selon lequel l'immunité des chefs d'État connaît des limites, tout particulièrement pour ce qui a trait aux crimes répertoriés en droit international⁵⁹¹.

Les violations des droits de l'homme commises au Chili sous le gouvernement militaire de septembre 1973 à mars 1990, représentent au regard du droit international des crimes contre l'humanité. Parmi les crimes contre l'humanité reconnus par le droit international se trouvent la mise en oeuvre systématique ou généralisée d'actes d'assassinat, de torture, de disparition forcée, de déportation ou de déplacement forcé, de détention arbitraire ou de persécution pour des motifs politiques ou de toute autre nature. La demande d'extradition fut motivée par tous ces crimes imputés par l'*Audiencia Nacional* à Augusto Pinochet.

Compte tenu de ce qui a été dit antérieurement, l'*Audiencia Nacional* d'Espagne procède à un examen de l'immunité souveraine de Pinochet, ce qui est considéré comme le fondement juridique faisant partie du mandat d'arrêt aux fins de l'extradition (§.1). De fait les tribunaux anglais travaillèrent à un essor manifeste de la jurisprudence à seule fin de résoudre le problème de l'immunité de Pinochet liée à son statut d'ancien chef d'État (§.2).

⁵⁹¹ Amnesty international « ROYAUME UNI. Le cas Pinochet : La juridiction universelle et l'absence d'immunité pour crimes de lèse humanité ». Indice AI : EUR 45/01/99/s, Distr : SC/CO/PG/PO, p. 23. Voir aussi la sous-section « L'Audiencia Nacional et l'immunité souveraine de Pinochet »

§1. L'AUDIENCIA NACIONAL ET L'IMMUNITÉ SOUVERAINE DE PINOCHET

L'immunité du Souverain constitue un principe datant du XVII^e siècle, lequel principe accorda initialement au Souverain le privilège de n'avoir à répondre d'aucun acte, y compris de crimes, tant qu'il se trouvait dans l'exercice de ses fonctions.

Cette doctrine ne peut pas être acceptée de nos jours car les États se sont engagés internationalement au respect et à la défense des droits de l'homme et que pour cela doivent être poursuivies les conduites constitutives de délits⁵⁹². Cela se produit grâce au développement des "lois de l'humanité", qui par la suite permettent d'établir La Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du délit de génocide, puis la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres traitements et peines cruels, inhumains ou dégradants. En utilisant ces arguments, *l'Audiencia Nacional* expose en premier lieu que la Grande Bretagne a mis en question l'immunité souveraine tout au long de l'histoire (A). Cette constatation lui permet ensuite d'analyser l'immunité souveraine de Pinochet (B). Elle finit par établir certains critères pour décider du droit ou non à l'immunité de l'accusé (C).

A. L'IMMUNITÉ SOUVERAINE DANS L'HISTOIRE.

Concernant l'immunité Souveraine, *l'Audiencia Nacional* dans ses fondements juridiques montre que la Grande Bretagne a manifestement remis en cause cette immunité. A cet effet elle expose certains faits significatifs⁵⁹³, qui impliquent l'évolution du droit international sur la question du refus de l'immunité pour les crimes contre l'humanité, du XVII^e siècle (1) aux "lois de l'humanité" (2), qui trouvèrent leur concrétisation dans le Traité de Versailles de 1919 (3) jusqu'au Tribunal International Militaire de Nuremberg (4) qui se fonde sur le droit international coutumier.

⁵⁹²Hernán HOMA ZÁBAL MALARÉE, "La inmunidad del Jefe de Estado", en M. García Arán, D. López Garrido, "Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: El caso Pinochet", Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p.165

⁵⁹³Procedure: Résumé 19/97-J, op. cit., second raisonnement juridique.

1-Durant la seconde moitié du XVII^e siècle, la Reine d’Ecosse Marie Stuart fut arrêtée à Londres. Aux fins de contester cette détention, elle invoqua l’immunité souveraine que la chambre des Lords lui refusa. Après une détention de 14 ans, elle fut décapitée.

2-Parmi les progrès accomplis en faveur du droit international des droits de l’homme, se trouvent les dites “lois de l’humanité”, puis “Crimes contre l’Humanité” et enfin, “d’holocauste et génocide”. On trouve le premier précédent important dans ce qui est appelé la « Clause Martens » inscrite dans la Convention de la Haye de 1907⁵⁹⁴.

Par rapport à cette évolution, la Commission sur la Responsabilité des Auteurs de Guerre et pour l’application des Peines, réunie à Paris le 29 mars 1919, composée de juristes appartenant aux pays vainqueurs de la Première Guerre mondiale rappelle que “la position hiérarchique de personnes dans des postes d’autorité ne peut pas les protéger vis-à-vis d’aucune responsabilité quand celle-ci aura été établie devant un Tribunal dûment constitué. Ceci s’étend y compris au cas des Chefs d’État, pour faire face à ladite immunité ou inviolabilité d’un souverain d’État“. La Commission se réfère aussi à la création d’un Haut Tribunal composé de juges de différents pays, en incluant la possibilité qu’un jugement ait lieu contre un ex-chef d’État en cas d’imputations d’atrocités contre les Lois et Coutumes de la guerre et Lois de l’Humanité, puisque si on ne l’acceptait pas, seraient jugés ceux ayant suivi les ordres et non pas celui qui les donna”.⁵⁹⁵

Ce rapport fut accepté par l’Angleterre, qui participa à son élaboration et ne souleva pas d’objection sur le principe établi d’exiger la responsabilité et de juger les Chefs d’État. Cependant les États Unis et le Japon ne l’acceptèrent pas⁵⁹⁶.

3-Dans l’article 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919, les alliés et les puissances associées accusèrent formellement “Guillaume II de Hohenzollern, ex-Empereur allemand, d’offense majeure à la moralité internationale et à l’inviolabilité des Traités”.⁵⁹⁷ Dans cet objectif, un Tribunal spécial dont faisait partie la Grande-Bretagne fut constitué. Les alliés et “l’Association des puissances” (la Asociación de poderes) demandèrent au gouvernement des

⁵⁹⁴Voir page 73, second chapitre de la première partie.

⁵⁹⁵Commission sur la Responsabilité des Auteurs de Guerre et pour l’Application des Peines, 29 mars 1919, Fondation Carnegie pour la Paix Internationale, Division de Droit International, folleto num. 32, réimprimé en Am. J. Int’Ll., 14, 1920, p. 95

⁵⁹⁶Ibidem., p. 136

⁵⁹⁷Amnisty international « Royaume Uni. Le cas Pinochet : La juridiction universelle et l’absence d’immunité pour crimes de lèse humanité » op, cit., p. 23

Pays-Bas de livrer l'ex - Empereur pour le traduire devant la justice. En dépit de la réticence de quelques pays mais avec le vote favorable de la Grande-Bretagne l'immunité fut levée.

4- La nature juridique de l'immunité se fonde sur le droit coutumier international.⁵⁹⁸ Ce droit comporte en effet le Règlement du tribunal international Militaire de Nuremberg, signé à Londres en 1945⁵⁹⁹. Cette initiative supposait un certain nombre de renonciations de la part des puissances alliées, parmi lesquelles la Grande-Bretagne, car il aurait fallu redéfinir dans cette période les préceptes légaux concernés, et tout particulièrement le concept de l'immunité souveraine comme ce fut le cas pour le Traité de Versailles de 1919. Le Juge qui présida la majorité des sessions du tribunal fut Sir Geoffrey Lawrence, de nationalité britannique; accompagné de l'ex-procureur général anglais Hartley Shawcross, a dit dans son intervention à l'ouverture des sessions, le 4 décembre 1945 à Nuremberg : "La Grande Bretagne accepte totalement que la souveraineté absolue et la totale liberté d'action n'appartiennent qu'aux États non engagés à des obligations internationales. Dès qu'un État accepte les obligations internationales, il limite sa souveraineté."⁶⁰⁰

La Grande Bretagne, la France, les États-Unis et l'Union Soviétique commencèrent à rédiger l'article 7 du Statut de Nuremberg au second trimestre 1945, alors qu'on ne savait pas encore avec certitude si Adolf Hitler était toujours vivant. Ainsi la liste des inculpés potentiels agréée le 23 juin 1945 dans une réunion présidée par Geoffrey Dorling Roberts, de la Commission Exécutive sur les Crimes de Guerre de Grande Bretagne, incluait Adolf Hitler⁶⁰¹. Dans la liste définitive d'accusés reprise dans l'acte d'accusation, figurait cette fois Karl Dönitz, successeur d'Adolf Hitler comme chef d'État d'Allemagne depuis le 1er mai 1945 jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale.

En conséquence l'article 7 du Statut de Nuremberg s'applique, celui-ci établit "que le niveau officiel des accusés, que ce soit comme Chef d'État ou responsable officiel de Services gouvernementaux, ne devrait pas être considéré comme un élément qui exempte de responsabilité ou qui soit le motif d'un châtement moindre".⁶⁰² Cet article avait pour objet d'éliminer tout obstacle, au sens qu'aucun des accusés ne puisse se baser sur sa position hiérarchique pour éluder l'action de la justice. Ceci est notable dans le cas du déjà mentionné

⁵⁹⁸Voir à ce propos Ingrid WUERH, "Pinochet's Legacy Reassessed" en American Journal of International Law, Published By The American Society of International Law, Volume 106, Number 4, octobre 2012, pp. 743-750

⁵⁹⁹Voir section première, chapitre 2, troisième partie.

⁶⁰⁰Procédure: Sumario 19/97-J, op, cit., second raisonnement juridique.

⁶⁰¹Telford Taylor, The Anatomy of the Nuremberg Trials, New York, Alfred A.Knopf, 1992, p.86

⁶⁰²Voir sur cet article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg, le chapitre 2 de la troisième partie

Amiral Karl Dönitz, Chef de l'État-major Allemand, qui fut jugé et condamné sans pouvoir bénéficier du principe de l'immunité souveraine. La même chose arriva à Rudolf Hess en 1944. Le Royaume Uni l'arrêta sur le sol britannique et, bien qu'il fut ministre allemand et en eut l'immunité, il le livra au Tribunal de Nuremberg, où il fut condamné à la détention perpétuelle.

En définitive, il convient de souligner que le Tribunal de Nuremberg, ajouta que l'immunité souveraine de l'État ne s'appliquait pas dans les cas où l'État autorisait la commission d'actes tels que les crimes contre l'humanité qui n'étaient pas de son domaine de compétence conformément au droit international. Il conclut ainsi: "(...) L'essence même du Statut tient à ce que les individus ont des devoirs internationaux qui vont au-delà des obligations nationales d'obéissance imposée par un État. Celui qui viole les lois de la guerre ne pourra bénéficier de l'immunité pour avoir agi par obéissance à l'autorité de l'État si ce dernier, en autorisant le crime, sort de la compétence que lui confère le droit international"⁶⁰³.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit il ressort que ces précédents historiques démontrent le rejet de la doctrine de l'immunité souveraine non seulement par la Grande-Bretagne mais également par la communauté internationale engagée à respecter les obligations imposées par ce même droit international.

B. LES ARGUMENTS A L'ENCONTRE DE L'IMMUNITÉ SOUVERAINE

L'Audiencia Nacional en prenant en considération la date à laquelle Pinochet fut élu Président de la République(1) ainsi que ce qui fut établi par la Convention de Vienne sur les Relations Diplomatiques de 1961 (2) et par la Convention sur le Génocide de 1948 (3) réfute l'immunité souveraine dont jouissait Pinochet au moment où fut demandée son extradition.

1-Pinochet n'est nommé Président de la République du Chili que le 17 décembre 1974, en vertu du Décret-Loi 806 de 1974 cependant, il s'était préalablement institué chef de gouvernement la nuit du 11 septembre 1973 en raison du décret-loi 1/1973, de la Junte de Gouvernement. Par conséquent pendant ces deux périodes il n'était pas couvert par cette immunité. Il s'avérait également que cette immunité n'existait pas dans le système juridique

⁶⁰³Rapport de la Commission de Droit International, Document des Nations Unies A/51/10, supplément N10, p.43

espagnol, qu'elle ne pouvait s'appuyer sur la législation internationale applicable et qu'elle liait autant l'Espagne que le Royaume Uni⁶⁰⁴.

2-Il fut aussi remarqué que Monsieur Pinochet Ugarte, ne jouissait pas de l'immunité souveraine en accord avec la Convention de Vienne sur les Relations diplomatiques du 18 avril 1961, à laquelle adhéra l'Espagne le 21 novembre 1967 (BOE 24 janvier 1968), qui dans son article 14 définit les personnes qui comptent au nombre des agents diplomatiques, or Monsieur Pinochet n'appartenait à aucune catégorie d'ambassadeurs, de nonces, de chefs de mission, de ministres, et de chargé d'affaires, car il n'était en charge d'aucune mission diplomatique, comme le donne à penser l'information fournie par les autorités anglaises. Ne put également être prise en considération l'idée que Monsieur Pinochet soit entré au Royaume-Uni en tant que chargé de mission –ou tout au moins ce fait n'a pas été porté à connaissance. Cette analyse se basait sur ce qu'établit l'art. 1^o de la Convention approuvée par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 8 décembre 1969⁶⁰⁵, vu qu'était exigé un caractère de représentation d'un État et que l'État d'accueil devait avoir consenti à ladite visite.⁶⁰⁶

3- L'institution de l'immunité souveraine ne pouvait protéger quiconque serait accusé du crime de génocide, puisque dans le cas contraire elle irait à l'encontre de la Convention sur le Génocide de 1948 dont fait partie le Royaume Uni⁶⁰⁷. L'article 4 de la Convention « exclut l'immunité ».⁶⁰⁸ Ce qui a été indiqué précédemment le fut au motif que le Juge Central d'Instruction n^o 5 de l'*Audiencia Nacional*, délivra des mandats d'arrêt en date des 16 et 18 octobre 1998, à l'encontre de Monsieur Pinochet Ugarte, aux fins de son extradition pour les délits présumés de génocide, terrorisme et tortures.

⁶⁰⁴ Procédure: Sumario 19/97-J, op, cit., raisonnement juridique second

⁶⁰⁵ Convention sur les Missions Spéciales et Protocole Facultatif sur la Solution obligatoire des faits à New York, le 8 de décembre 1969. Instrument d'adhésion de l'Espagne : BOE núm. 159/2001, du 4 juillet 2001

⁶⁰⁶ Procédure: Sumario 19/97-J, op, cit., raisonnement juridique second

⁶⁰⁷ Ibidem, troisième raisonnement juridique.

⁶⁰⁸ Convention pour la Prévention et la Sanction du Délit de Génocide, op, cit., articles 3 et 4. Art. III. Seront punis les actes suivants : a) Le génocide; b) L'association pour commettre le génocide; c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide; d) La tentative de génocide; e) La complicité du génocide. **Article IV.** Les personnes qui auraient commis un génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III, seront punis, qu'il s'agisse de gouvernants, fonctionnaires ou particuliers.

C. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'EXTRADITION.

Au sein de raisonnements juridiques allant dans un sens identique furent pris en compte certains critères pour répondre à la question de savoir si l'accusé Monsieur Pinochet Ugarte devait bénéficier ou non de l'immunité en tant que Chef d'État, ce qui, dans ce cas, ferait obstacle à son extradition du Royaume-Uni vers l'Espagne(1). Il fut également soumis à interprétation parmi ces critères, la "loi sur l'Immunité de l'État" (State immunity Act) de 1978, qui s'applique au Royaume-Uni aux immunités et privilèges accordés aux chefs d'État (2)

1. Critères requis pour la demande d'extradition contre Pinochet

Parmi ces critères⁶⁰⁹ il fut retenu son statut de chef d'État (a), les crimes qui lui étaient imputés(b) et le lieu de ces crimes et la loi d'amnistie(c).

a. Le fait que Monsieur Pinochet devint chef d'État en renversant par la force un gouvernement démocratiquement élu⁶¹⁰.

b. Le fait que les crimes qui lui sont imputés sont des crimes de droit international⁶¹¹.

c. Le fait que quand ils furent commis, ces crimes, bien que postérieurement amnistiés, violèrent également les législations criminelles chiliennes. Bien qu'un État ait le pouvoir de concéder des amnisties pour des crimes commis sur son territoire ou sujets à sa juridiction, ces amnisties ne s'appliquent pas en Droit International à qui a commis les actes amnistiés de responsabilité pénale si ces actes constituent des crimes selon le Droit International.

2. La "loi sur l'Immunité de l'État" (State immunity Act) de 1978, applicable au Royaume Uni

⁶⁰⁹Procédure: Sumario 19/97-J, op, cit., quatrième raisonnement juridique.

⁶¹⁰Voir, supra, premier section, premier chapitre de la deuxième partie. Dans le même sens voir, supra, « Les arguments contre l'immunité souveraine ».

⁶¹¹Pour faire l'analyse de ces crimes se reporter au deuxième chapitre de la première partie

Il fut également donné dans ces raisonnements une interprétation du State Immunity Act de 1978 -applicable au Royaume-Uni et qui concerne les immunités et privilèges accordés aux chefs d'État,⁶¹² en leur qualité de fonctionnaires publics. Elle a trait aux critères pris en considération pour justifier la prescription de telles amnisties(a), la tradition des tribunaux britanniques(b) et l'application de la doctrine de l'immunité s'étendant du Chef d'État aux ex-chefs d'État (c).

a. La justification des immunités

Il ne faudrait pas dans l'interprétation de cette loi (Act) d'Immunité perdre de vue les critères justifiant l'octroi de ces immunités. L'acte parle en effet conjointement de l'immunité diplomatique (1°), de l'immunité souveraine (2°) complétée par la doctrine d'Acte d'État (3°), et de l'immunité du chef de l'État en lien avec l'immunité souveraine (4°), des critères juridiques qui diffèrent pour chacune de ces immunités.

1°. Les immunités diplomatiques sont considérées nécessaires pour permettre des relations diplomatiques sans difficultés entre États et doivent être respectées comme un aspect habituel et traditionnel du Droit International.

2°. L'immunité souveraine, qui n'est pas obligatoire en Droit International mais qui se concède comme un signe de courtoisie internationale réciproque, a été établie pour empêcher que les gouvernements étrangers et leurs propriétés soient sujets à la juridiction de tribunaux d'autres pays. Cette immunité s'est vue chaque fois davantage restreinte dans la majeure partie des Nations.

3°. L'immunité souveraine est complétée par la doctrine de l'Acte d'État, laquelle n'est pas non plus considérée obligatoire par le Droit International, mais reconnue comme un acte de courtoisie. Elle soutient que les tribunaux d'un pays ne jugeraient pas les actes d'un État étranger qui auraient été complètement réalisés dans ledit État. Il faut noter que de nombreuses autorités de tribunaux locaux de divers pays considèrent de nos jours que les actes d'États étrangers qui constituent une claire violation du Droit International n'ont pas droit à la protection de la doctrine de l'Acte d'État, cela entre autres motifs parce que la

⁶¹²Procédure: Sumario 19/97-J, op, cit., quatrième raisonnement juridique.

communauté internationale n'a aucun intérêt à protéger des Actes d'État étrangers qui violent clairement les lois internationales.

4°. L'immunité de chef d'État, qui dans le passé était très liée à l'immunité souveraine, actuellement est seulement partiellement reliée à celle-ci dans son sens strictement technique. Mais cela est très distinct de la référence aux ex-chefs d'État. Le Droit International n'oblige pas à sa protection, pour les mêmes principes applicables à la doctrine de l'Acte d'État, qui ne s'étend pas aux crimes relevant du droit international.

b. La tradition des tribunaux britanniques

Les Tribunaux britanniques ont une longue tradition d'interpréter que le droit interne est compatible avec les règles applicables du Droit International. Pour cela il est possible qu'ils interprètent que la loi (Act) d'Immunité d'État est compatible avec le droit pénal international contemporain tant celui qui est traditionnel que celui qui est conventionnel. Cela joue sur la conclusion qui détermine quel acte ne protège pas les ex-chefs d'État accusés de crimes contre l'humanité et de crimes tout aussi graves selon le droit international.

c. L'application de la doctrine de l'immunité.

Egalement il ressort qu'en appliquant la doctrine de l'immunité de Chef d'État à d'ex-chefs d'état, une distinction peut devoir être faite entre juger en Grande Bretagne un ex-chef de État et l'extrader vers un pays ayant apparemment la juridiction pour le juger, comme dans le cas de l'Espagne concernant M. Pinochet.

Dans ce cas, en ne l'extradant pas, "La Grande Bretagne frustrerait les intérêts légitimes de politiques gouvernementales de l'Espagne à juger M. Pinochet, dû à ce que la politique publique du Royaume Uni s'oppose à ce que soit jugé chez lui des ex-chefs d'État, y compris ceux accusés de graves crimes selon le Droit International. En opérant ainsi, les tribunaux du Royaume Uni imposeraient leurs propres politiques à l'Espagne dans un cas où les intérêts de celle-ci sont majeurs et ont été énoncés avec la plus grande clarté et, de ce fait, ont le droit de prévaloir.

La situation serait distincte si les tribunaux britanniques maintenaient simplement que, en l'absence de législation locale spécifique, les ex-chefs d'État ne peuvent pas être jugés au Royaume Uni pour des actes criminels, ayant violé ou non le droit international. Ce critère n'entrerait pas en conflit avec les politiques gouvernementales d'aucun État étranger. Qui plus est, en décidant s'il extradait ou non un ex-chef d'État vers son propre pays ou un troisième, le Royaume Uni conserverait clairement le droit de déterminer si l'État demandeur présentait un cas *prima facie* qui justifie l'extradition pour les crimes imputés et si ce pays protégerait complètement les droits fondamentaux de la personne. La détention, nécessaire seulement dans le but d'effectuer l'extradition, ne devrait pas alors être considérée comme une violation de la loi (Act) d'Immunité Souveraine »⁶¹³.

Ces divers raisonnements juridiques sur l'immunité de Pinochet apportèrent, à titre de justificatifs par rapport au droit international, des conditions pour solliciter la détention aux fins d'extradition. Pour lors, un précédent historique se trouvait créé au sein de la justice internationale.

§2. L'IMMUNITÉ DE PINOCHET EN TANT QU'ANCIEN CHEF D'ÉTAT

La pratique du droit international, dans sa conception générale, prévoit deux catégories particulières d'immunité : l'immunité *ratione personae* (immunité personnelle) et l'immunité *ratione materiae* (immunité fonctionnelle)

La première immunité *ratione personae* (immunité personnelle), serait absolue pour le Chef d'État en exercice (elle inclut aussi le chef de gouvernement, les ministres des affaires étrangères, les agents diplomatiques au service de l'État).

Cette immunité personnelle est une forme de protection supplémentaire concédée par le droit international à certains organes de l'État de telle sorte que la personne qui fait valoir l'une des

⁶¹³Ibidem, quatrième. raisonnement juridique.

charges mentionnées ci-dessus,⁶¹⁴ ne puisse pas faire l'objet de mesures judiciaires pendant toute la durée de son mandat.

Cette immunité sert également à protéger certains organes de l'exercice de la juridiction d'autres États pour leur permettre de remplir leurs fonctions de manière efficace sans aucune interférence⁶¹⁵. Cependant, comme la Cour Internationale de Justice l'a elle-même reconnu dans l'affaire Yerodia Ndobasi,⁶¹⁶ le maintien de l'immunité personnelle ne signifie pas impunité⁶¹⁷. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de progresser dans une justice internationale pénale dont la juridiction, comme le reconnaît l'art. 27 du Statut de Rome⁶¹⁸, ne peut se voir limitée par aucune sorte d'immunité⁶¹⁹. Les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex - Yougoslavie et pour le Rwanda se sont prononcés également en ce sens.⁶²⁰

⁶¹⁴ « La pleine garantie de l'intégrité des fonctions de représentation de telles charges paraît consister en un intérêt digne de protection spéciale dans une Société Internationale, qui par son caractère interdépendant, nécessite de préserver les canaux par lesquels s'écoule le courant interétatique ». Angel Sánchez Legido, "La Práctica Española en Materia de Jurisdicción universal" p. 24. Document disponible sur le site : <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03materiales/articulospubli>. Consulté pour la dernière fois le 21 avril 2012.

⁶¹⁵ Salvatore Zappalà, "La justice pénale internationale", Montchrestien, Paris, 2007, E.J.A., 2007 pp. 94-95

⁶¹⁶ Il faut noter que dans l'affaire Yerodia "La Cour International de Justice a donné raison à la thèse soutenue par le Congo en concluant à l'existence d'une immunité de juridiction pénale sur la base du droit international coutumier, dans les termes suivants: "les fonctions d'un ministre des Affaires étrangères sont telles que pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions". C.I.J., arrêt du 14 février 2002. Document consulté en http://www.icjciij.org/cijwww/cdoCKET/cCOBE/ccobejudgment/ccobe_cjudgment_20020214.PDF., par. 54. Dernière recherche: 14 novembre 2012. C.P.I.J., arrêt du 14 février 2002.

⁶¹⁷ « La Cour internationale précise que l'immunité de juridiction dont bénéficient les ministres des Affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'ils bénéficient d'une impunité au titre des crimes qu'ils auraient pu commettre. Elle ne fait pas obstacle à ce que leur responsabilité soit recherchée dans certaines circonstances. Ils ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international, d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays et peuvent être traduits devant les juridictions de ce pays conformément aux règles fixées en droit interne. En deuxième lieu, ils ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité. En troisième lieu, dès qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des Affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle elle a occupé cette fonction, ainsi que pour les actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. En quatrième lieu, un ministre des Affaires étrangères ou un ancien ministre des Affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales, dès lors que celles-ci sont compétentes ». H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, "Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice" op, cit., pp. 206-207

⁶¹⁸ L'article 27 du Statut de Rome stipule: "1. Le présent Statut sera applicable à tous sans aucune distinction basée sur la charge officielle. En particulier, la charge officielle d'une personne, soit Chef d'État ou de gouvernement, membre d'un gouvernement ou parlement, représentant élu ou fonctionnaire de gouvernement, ne l'exemptera en aucun cas de responsabilité pénale ni ne constituera per se un motif pour réduire la peine. 2. Les immunités et les normes de procédure spéciales que comporte la charge officielle d'une personne, conformément au droit interne ou au droit international, ne feront pas obstacle à ce que la Cour exerce sa compétence sur elle".

⁶¹⁹ Angel Sanchez Legido, "La Práctica Española en Materia de Jurisdicción universal" op, cit., p. 24.

⁶²⁰ Une chambre de procès du Tribunal Pénal International pour l'ex - Yougoslavie a fait ressortir eu égard à une accusation de torture: "Ceux qui participent à des tortures sont responsables personnellement de tels actes dans le domaine pénal [...] Les individus sont responsables personnellement, quelle que soit leur charge officielle, et

La seconde immunité, l'immunité *ratione materiae* (immunité fonctionnelle), est une immunité relative accordée aux ex-chefs d'État et seulement eu égard aux actes officiels, à savoir ceux qui ne violent pas les droits fondamentaux.⁶²¹ Par conséquent un "organe d'État ne répond pas personnellement devant les tribunaux d'autres États des actes commis au nom et pour le compte de l'État pour lequel il a agi. Il en résulte qu'en règle générale l'État en répond et non pas concrètement l'individu qui a commis matériellement les actes"⁶²²

C'est dire que l'immunité *ratione materiae* est celle qui se trouve liée aux actes officiels que l'ex-chef d'État a accompli dans l'exercice de ses fonctions, Mais elle permet en outre que ce dernier puisse être poursuivi devant les tribunaux étrangers pour les actes qu'il aurait commis à titre privé lorsqu'il occupait ses fonctions de chef d'État. C'est la raison pour laquelle l'affaire Pinochet renvoya à cette question de première importance, celle de savoir si ses agissements considérés comme des crimes internationaux tels la torture, les séquestrations, le génocide, entre autres, dont fut victime le peuple chilien au sein duquel se dénombrèrent aussi des citoyens étrangers, correspondaient à des actes qu'il aurait commis dans l'exercice de ses fonctions présidentielles⁶²³

De fait, les tribunaux de Grande-Bretagne se firent l'écho des réponses à cette interrogation. En première instance la High Court se prononce en faveur d'un recours d'Habeas Corpus au bénéfice de Pinochet. Dans ce recours Pinochet porte plainte contre la légalité du mandat d'arrêt aux fins d'extradition prononcé par l'*Audiencia Nacional* d'Espagne, invoquant son immunité en tant qu'ancien chef d'État et sénateur à vie⁶²⁴. La High Court va lui donner raison et annulera le mandat d'arrêt⁶²⁵ (A). Par la suite, ce recours fit l'objet d'un appel devant la Chambre des Lords, la plus haute instance britannique, qui va casser cette décision au motif qu'un ancien chef d'État ne pouvait bénéficier de l'immunité lorsqu'il avait commis des crimes de torture⁶²⁶(B).

compris s'ils sont chefs d'État ou ministres: l'article 7.2 du Statut et l'article 6.2 du Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda [...] sont des déclarations indiscutables du droit coutumier international". Arrêt sur l'affaire Le Procureur contre Furundzija, affaire n° IT-95-17/1-T, par. 140.

⁶²¹Hernán HOMA ZÁBAL MALARÉE, "La inmunidad del Jefe de Estado", p.183

⁶²²Salvatore Zappalà, "La justice pénale internationale", op. cit, p. 94

⁶²³Anne Muxart, "Immunité de l'ex-chef d'État et Compétence Universelle: Quelques réflexions à propos de l'Affaire Pinochet", Actualité et droit international, Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale, p. 4. Document disponible à: <http://www.ridi.org/adi/199812a4.html>. Dernière recherche le 12 janvier 2008

⁶²⁴Annyssa Bellal, "Immunités et violations graves des droits humains", Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.191

⁶²⁵In Re Ugarte, 38 I.L.M. 68 (U.K. High Ct., Q.B., 1999).

⁶²⁶Regina v. Bartle and Regina v. Evans, Eng. H.L. 1988, 3 W.L.R. 1486, 37 I.L.M. 1302, 1998.

A. L'ARRÊT DU 28 OCTOBRE 1998 DE LA HIGH COURT DE LONDRES

L'arrêt du 28 octobre 1998 de la High Court of Justice de Londres, en se prononçant sur le recours d'*Habeas Corpus* interjeté par Augusto Pinochet invalidait le Mandat d'arrêt délivré par les autorités espagnoles, estimant que Pinochet, en tant qu'ancien chef d'État, bénéficiait de l'immunité⁶²⁷. Cette immunité était alors reconnue comme absolue⁶²⁸.

Cette décision s'appuyait sur une disposition de la Section 1 du State Immunity Act de 1978, à savoir que "un Tribunal du Royaume-Uni n'a pas juridiction sur un Chef d'État d'un pays étranger pour quelque acte que ce soit dans l'exercice de son pouvoir souverain". Ainsi dans les fondements de son arrêt elle mentionna que le Paragraphe I de l'Immunity Act de 1978 reconnaissait l'immunité de juridiction d'un État étranger relativement à tout Tribunal du Royaume-Uni. Celle-ci devrait être reconnue y compris lorsque cet État n'est pas partie dans la procédure et il est à noter que la Section 14 de ce paragraphe établit que quand il est fait référence à un État cela concerne "le souverain de cet autre État dans l'exercice de sa fonction publique".⁶²⁹

L'Immunity Act établi également dans la Section 20.1 du Paragraphe III, que l'art. 39 du Diplomatic Privileges Act de 1964 (correspondant à la Convention de Vienne sur les Relations Diplomatiques)⁶³⁰ s'applique "au souverain ou à un Chef d'État". Il déclare ainsi : "Lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant de privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin, mais ils subsistent jusqu'à ce moment, même en cas de conflit armé. Toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de mission."⁶³¹

En conséquence, la High Court conclut que la section 20.1 de l'Immunity Act conformément à l'art. 39 du Diplomatic Act déjà cité "permet d'affirmer qu'un Chef d'État en fonction et un

⁶²⁷Alvaro BORGHI, "L'immunité des dirigeants politiques en droit international", Helbing & Lichtenhahn. Bruylant . LGDJ, Genève . Bâle. Munich, Bruxelles, Paris, 2003, p. 139.

⁶²⁸Voir paragraphes 45-74 de l'arrêt du 28 octobre 1998

⁶²⁹M. García Arán, D. LópezGarrido, "Crimen International y Jurisdicción Universal: El caso Pinochet", Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p.169

⁶³⁰La Convention de Vienne sur les Relations Diplomatiques, fut adoptée le 18 avril 1961 et entra en vigueur le 24 avril 1964. L'Espagne y adhère le 21 novembre 1967.

⁶³¹Ce texte correspond à l'article n°2 de l'article 39 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961.

ex-Chef d'État bénéficiant de la même immunité qu'un chef de mission diplomatique et qu'un ex-chef de mission diplomatique. Cela permet d'affirmer dès qu'un Chef de État cesse d'occuper sa charge, il cesse de jouir de l'immunité pour ce qui a trait à ses comportements privés ou personnels, Il continue cependant à bénéficier de l'immunité pour ce qui touche aux actions publiques qu'il mène en tant que Chef d'État, ceci fait partie de sa compétence liée à l'exercice de son pouvoir souverain”.

Il ressort de ce qui précède qu'est maintenue l'immunité de l'ex-chef d'État pour ce qui concerne ses actes accomplis dans ses fonctions. Cette règle serait l'expression en Grande-Bretagne du Droit international coutumier en vigueur⁶³². De fait les juges et avocats en arrivèrent à la conclusion que les faits attribués à Pinochet Ugarte se rapportaient non pas à sa conduite personnelle ou privée, mais à l'exercice du pouvoir souverain en tant que chef d'État.

Quant aux mandats d'arrêt internationaux émis par les juges espagnols, la High Court constata que Pinochet Ugarte n'était pas accusé d'avoir torturé, donné la mort ou causé la disparition de personnes, mais d'avoir utilisé à de telles fins le pouvoir de l'État dont il était le chef⁶³³

Par conséquent la High Court de Londres concluait que Pinochet Ugarte bénéficiait de l'immunité eu égard aux agissements qui lui étaient imputés, puisqu'ils s'étaient produit dans l'exercice de ses fonctions quand il était chef d'État⁶³⁴.

Ce qui précède ne peut qu'amener à partager l'avis d' Homazábal Malarée qui observe qu'on “(...) reconnaît pour les chefs d'État l'immunité absolue qui était concédée au Moyen Age au souverain, ce qui devient inadmissible dans la communauté juridique internationale démocratique.”⁶³⁵

⁶³²Antonio Remiro BROTÓNS, « El caso Pinochet. Los límites de la Impunidad », Biblioteca Nueva S.L., Madrid, 1999, p.124

⁶³³Voir paragraphes 46-58 de l'arrêt du 28 octobre 1998.

⁶³⁴Ibidem, paragraphes 59-63

⁶³⁵Hernán HOMA ZÁBAL MALARÉE, “La inmunidad del Jefe de Estado”, op, cit., p.169

B. LA DECISION DE LA CHAMBRE DES LORDS DANS L'AFFAIRE PINOCHET.

La décision de la High Court de Londres, qui approuva l'Habeas corpus interjeté par Pinochet, fait l'objet d'un appel devant le Tribunal de seconde instance, la Chambre des Lords, qui à deux occasions le rejeta. La première décision fut prononcée le 25 novembre 1998 (1). Cet arrêt fut annulée par la Chambre elle-même en raison d'un éventuel manque d'impartialité de l'un des juges⁶³⁶ ce qui entraîna une seconde arrêt prononcée le 24 mars 1999 (2) dans laquelle il fut décidé une nouvelle fois qu'un ancien chef d'État ne pouvait pas jouir de l'immunité lorsqu'il avait commis des crimes de torture⁶³⁷

1. L'arrêt de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998.

L'arrêt de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 rendue par trois votes contre deux⁶³⁸, conclut que le dictateur Chilien ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione materiae* protégeant les anciens chefs d'État pour des actes de fonction concernant ceux accomplis durant son mandat.

⁶³⁶ « [I]a Chambre des Lords a cassé son jugement du 25 novembre 1998, donnant ainsi gain de cause aux avocats de Pinochet qui contestaient l'impartialité du Lord Hoffman, lié à Amnesty International (...) [u]n nouveau panel de cinq juges va être constitué pour statuer à nouveau en dernier appel contre le jugement de la Haute Cour (...). [s]i cette dernière décision, jugée "consternante" par Jack Lang, Président de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale française, semble constituer un revers pour la justice espagnole, elle ne remet pas en cause directement le jugement de la Chambre des Lords. Le jugement à venir des cinq nouveaux Lords peut tout aussi bien confirmer le jugement qui vient d'être cassé. Et si cela est le cas, ce sera alors une victoire d'autant plus écrasante pour tous ceux qui estiment que certains crimes ne peuvent être justifiés, même au nom de la stabilité politique d'un État", Isabelle FICHET et David BOYLE, "Le jugement de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet" en "Actualité et Droit International, Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale", 19 décembre 1998, p. 3. Document disponible à www.ridi.org/adi/199812a1.html. Dernière recherche le 13 de janvier 2013.

⁶³⁷ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Other and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (n°3.), House of Lords, Judgment of 24 March, 24 1999, ILM, vol.38-1999-, p. 581

⁶³⁸ Arrêt: La Reine contre Bartle et le Chef de la Police de Londres et autres. Pour partie, Pinochet (recours du Tribunal Suprême de la Division des Tribunaux de la Reine) La Reine contre Evans et autre et le Chef de la Police de Londres et autres. Chambre des Lords. 25 novembre 1998. www.derechos.net/doc/pino/lorestl.html. Consulté la dernière fois le 13 septembre 2013. (le document original se trouve à [http p://www.parliament.the-stationery-](http://www.parliament.the-stationery-)(R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and others intervening), [1998] 4 All ER 897.)

Au nombre de ceux qui refusèrent ainsi l'immunité se trouvent : Lord Nicholls of Birkenhead (a), lord Steyn (b) et Lord Hoffmann (c). Cet arrêt fut annulé par la suite.⁶³⁹

a. Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD, considéra en premier lieu que “la torture n’est pas considérée en droit international comme la fonction d’un chef de État”.

Lord Nicholls, ne retient que deux des cinq délits invoqués par le juge Baltazar Garzón dans son Mandat d’arrêt, à savoir la torture et la séquestration, en mettant en avant que celles-ci étaient passibles d’une peine de prison à perpétuité et que toutes deux appartenaient à la catégorie des “délits extradables”.

Par rapport à la décision de la High Court de Londres du 28 octobre 1998, qui se prononce en faveur du recours d’Habeas corpus interposé par Pinochet, et confirme l’immunité dont bénéficie Pinochet, Lord Nicholls déclare: “Selon mon opinion, la Convention de Vienne [sur les relations diplomatiques] (...) confère l’immunité relative aux actes commis dans l’exercice de celles des fonctions que le Droit International reconnaît comme étant celles d’un chef d’État, aux termes de sa constitution nationale (...) Et il ne faut pas dire que la torture de ses propres ressortissants, ou d’étrangers, serait considérée par le Droit International comme la fonction d’un chef d’État. Tous les États réprouvent l’emploi de la torture comme quelque chose de répugnant, même si de temps en temps ils continuent d’y recourir. De manière similaire, la séquestration, tout autant que la torture, a été proscrite par la communauté internationale”.

Cela veut dire que pour Lord Nicholls, le droit international considère clairement que certains types de comportement, y compris la torture et la séquestration, ne sont acceptés par personne. Ceci s’applique tant aux chefs de État –et plus encore à eux - qu’à toute autre personne et ces actes qui sont rejetés par le droit international ne peuvent pas être attribués à l’État en raison du refus d’assumer sa responsabilité personnelle ; aussi, en ce qui concerne ces délits, les ex-fonctionnaires, même s’ils’agit des plus hauts fonctionnaires, ne se trouvent pas à l’abrid’une procédure en dehors de leurs propres juridictions.

Il rappelle un passage de l’Arrêt de Nuremberg “Le principe du Droit International qui, dans certaines circonstances protège les représentants d’un État, ne peut pas s’appliquer à des actes

⁶³⁹Voir Supra Note 47

que le Droit International condamne pour criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent pas se retrancher derrière leur charge officielle pour se voir exemptés de châtement”.⁶⁴⁰

Dans sa conclusion, il accepta le recours d’appel et déclara qu’il ne fait aucun doute que les actes de torture et séquestration dont était accusé le sénateur Pinochet constituent des délits punissables dans la législation du Royaume-Uni, laquelle dispose en même temps d’une législation extraterritoriale pour les délits mentionnés. Et il termine en disant: “La seule question dont doivent débattre Vos Seigneuries est celle de la possibilité que le sénateur Pinochet, en sa qualité d’ancien chef d’État, aurait une immunité relative à une poursuite pénale dans ce pays, dont ferait partie l’extradition. Les argumentations sur l’effet qu’aurait la concession de l’extradition dans les relations diplomatiques entre le Chili et le Royaume -Uni, ou entre l’Espagne et le Royaume-Uni si elle était rejetée, n’ont pas leur place dans cette salle. Ces argumentations sont, par excellence, des questions politiques que le Secrétaire d’État aura à considérer dans l’exercice de son libre arbitre, conformément à la Section 12 de la Loi d’Extradition”.

b. Lord STEYN, se montre particulièrement ferme pour ce qui touche aux affirmations selon lesquelles les sanglants délits imputés à l’ex-dictateur pourraient être tant soit peu considérés comme faisant partie de ses “fonctions officielles”.

Ainsi, Steyn se focalise sur la question de déterminer si, en tant qu’ex-chef d’État, Pinochet peut bénéficier réellement de l’immunité. Et il critique ouvertement la High Court de Londres qui la lui a concédée. De ce fait il dit qu’il faut poser une limite à l’exercice des fonctions d’un chef d’État, limite qui n’est pas fixée par les diverses législations nationales mais par “le développement du Droit International depuis la IIe Guerre Mondiale. Ainsi, le droit international a été amené à condamner le génocide, la torture, la séquestration et les crimes

⁶⁴⁰La position de Lord NICHOLS, se réfère à l’arrêt du Tribunal International de Nuremberg qui déclara : «Les crimes contre le droit international sont commis par des hommes, non pas des entités abstraites, et seulement en châtant les personnes qui commettent de tels crimes peuvent être observées les dispositions du droit international ». Arrêt de Nuremberg, dans Amnesty International. Royaume-Uni, le cas Pinochet, op, cit., p. 25. Ainsi le Tribunal conclut que l’immunité de l’État n’est pas applicable au cas des crimes inclus dans le droit international: “Il est revendiqué que, quand l’acte en question est un acte d’État, ceux qui l’exécutent ne sont pas responsables personnellement, mais qu’ils sont protégés par la doctrine de la souveraineté de l’État. L’opinion de ce Tribunal est que [cette revendication] doit être rejetée. [...]. Le principe du droit international qui dans des circonstances déterminées protège le représentant d’un État ne peut pas s’appliquer à des actes considérés criminels par le droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent pas se retrancher derrière leur position officielle à fin de rester libres de châtement dans la procédure correspondante” Rapport de la Commission de Droit International, Document des Nations Unies A/51/10, op, cit., p. 43.

contre l'humanité –durant un conflit armé ou en temps de paix- comme des délits internationaux qui méritent le châtement.

En analysant les agissements de Pinochet en tant qu'ex-chef d'État, il déclare: “Au nom du général Pinochet il nous a été dit que les actes de la police, du contre-espionnage et des officiels militaires sont des paradigmes d'actes officiels. Dite de façon aussi catégorique, je n'accepte pas cette proposition. Par exemple : pourquoi faudrait-il considérer comme des actes officiels ce qui aurait été pratiqué en secret dans les salles de torture de Santiago sur ordre du général Pinochet ?”

Lord Steyn conclut que les accusations de Garzón contre Pinochet concernent en effet, mise à part toute autre considération, des actes officiels, et que lui aussi accepte le recours d'appel, rejetant ainsi son immunité.

c.Lord HOFFMANN. Le vote radical de Lord Hoffmann fut exprimé dans cette phrase lapidaire : “Mes lords : j'ai eu l'avantage de lire sous forme de brouillon le discours de mon noble et docte ami Lord Nicholls de Birkenhead, et en raison des motifs qu'il expose, moi aussi j'accepterai l'appel”.

2. L'arrêt de la Chambre des Lords du 24 de mars 1999.

Après que l'arrêt du 25 novembre 1998 ait été déclaré nul, la Chambre prononce celui du 24 mars 1999. Cet arrêt confirme l'absence d'immunité de Pinochet et réduit les délits extraditables uniquement à ceux de torture commis à partir du 29 septembre 1988,⁶⁴¹ date à laquelle fut mise en vigueur la Loi de Justice Criminelle de 1988 qui incorpora la Convention internationale contre la torture.

Le Tribunal était composé de sept juges, l'un vota en faveur de l'immunité (a) et les six autres votèrent pour son rejet (b). Dans le même temps fut pris en compte le principe de la double incrimination, exigence “sine qua non” pour procéder à l'extradition (c). En définitive, Pinochet ne bénéficiant plus d'aucune immunité prévue en droit international, pouvait être extradé vers l'Espagne pour y être jugé, Mais la décision de l'extrader ou non était du seul ressort du Secrétaire d'État (d)

⁶⁴¹Voir, infra ; Note n°: 77

a. Les arguments en faveur de l'immunité

Lord Goff de Chievelle déclara qu'il y avait lieu de discuter pour déterminer si les actes qui étaient imputés à Pinochet avaient été accomplis dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État. Il bénéficiait de fait, tant qu'il avait exercé le pouvoir, d'une immunité *ratione personae* et, quand il avait cessé de l'exercer, d'une immunité *ratione materiae*. Il ajouta qu'y compris pour le délit de la torture Pinochet bénéficiait également d'une immunité étatique, tant qu'il n'avait pas renoncé expressément à sa charge. Et il conclut que toutes les fonctions d'un Chef d'État sont des fonctions de gouvernement, même s'il s'agit d'un acte délictuel.⁶⁴²

b. Les arguments rejetant l'immunité

Parmi les Lords qui rejettent l'immunité figurent : Lord Brown – Wilkinson (1), Lord Hope de Craighead (2), Lord Hutton (3), Lord Saville de Newdigat (4), Lord Phillips de Worth Matravers (5) et Lord MILLETT (6). Les arguments en ce sens reposent essentiellement sur la Convention contre la torture de 1984. Cette Convention entra en vigueur en Grande-Bretagne le 8 décembre 1988⁶⁴³, date de sa ratification, aussi les faits survenus au Chili et concernant Pinochet en tant qu'ex-Chef d'État entrent-ils dans ce cadre temporel.

1. Lord Brown–Wilkinson: En premier lieu il déclare que la torture était reconnue comme un crime avant l'existence de la Convention, pourtant le caractère impératif de sa prohibition avant 1984 ne suffisait pas à la faire rejeter.⁶⁴⁴ En second lieu il fait une analyse de l'immunité *ratione materiae* relative aux actes officiels accomplis alors que Pinochet était Chef d'État.

⁶⁴²Hernan Homazábal MALARÉE “La inmunidad del Jefe de Estado”, op, cit., p.174

⁶⁴³La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, a été adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984. Entrée en vigueur : le 26 juin 1987. Le Royaume- Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, l'a signée le 15 mars 1985 et l'a ratifiée le 8 décembre 1988. Information disponible à https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-9&chapter=4&lang=fr.

Consulté la dernière fois: 18 septembre 2014.

⁶⁴⁴Santiago Villalpando, “L'affaire Pinochet: Beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la chambre des Lords du 24 mars 1999”, en “Revue Générale de Droit International Public”, Tome CIV-2000, A. Pedone, Paris, p. 414.

Suite à ce qui précède il déclare que la torture ne peut pas être considérée comme une fonction propre à un Chef d'État, puisqu'il s'agit d'un crime de droit international, qui a un caractère *jus cogens*.

Il fait de même allusion à l'art. 5 (1) de la Convention contre la torture qui instaure le principe de la compétence universelle pour le crime de la torture (principe *aut dedere aut judicare*). De fait, ce principe n'est pas compatible avec celui de l'immunité *ratione materiae* et la responsabilité pour ces conduites peut être poursuivie quand le Chef d'État cesse d'exercer ses fonctions⁶⁴⁵.

2. Pour Lord Hope de Craighead, la Convention internationale sur la torture, même quand elle ne dit rien au sujet de l'immunité⁶⁴⁶, mentionne qu'elle s'applique aux actes de torture "réalisés, incités avec le consentement ou l'acquiescement d'agents de l'État ou toute autre personne possédant un statut officiel". Cela empêcherait que l'on puisse parler à son sujet d'immunité étatique et invoquer une immunité *ratione materiae* pour actes de torture commis de manière systématique⁶⁴⁷ ou généralisée depuis 1988. Il importe de prendre pour fondement le fait que la torture systématique est qualifiée de crime international et une fois le mécanisme de répression universelle est mis en place par la Convention contre la torture, aucun État partie ne peut invoquer l'immunité pour de tels crimes⁶⁴⁸.

3. Lord Hutton, souligne tout d'abord que les crimes dont était accusé Augusto Pinochet furent commis à partir de sa prise de fonction officielle et non pas à titre privé.⁶⁴⁹ De ce fait il

⁶⁴⁵ « Under the Convention the international crime of torture can only be committed by an official or someone in an official capacity. They would be entitled to immunity. [...] Therefore the whole elaborate structure of universal jurisdiction over torture committed by officials is rendered abortive and one of the main objectives of the Torture Convention – to provide a system which there is no safe haven for torturers – will have been frustrated. In my judgment all these factors demonstrate that the notion of continued immunity for ex-heads of state is inconsistent with the provisions of the Torture Convention. ». Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent), Judgment of 24 March, 24 1999, ILM, vol.38-1999-, op, cit., pp 594- 595.

⁶⁴⁶ « Lord Hope of Craighead se fonde sur l'interprétation de la Convention livrée par son rapporteur, qui interprète la convention comme étant sujette à certaines limitations, comme les immunités, si "such immunities [...] are not unduly extensive". À son avis, les négociateurs n'ont pas voulu aborder la question des immunités, Lord Saville of Newdigate ajoutant: "If there were states that wished to preserve such immunity in the face of universal condemnation of official torture, it is perhaps not surprising that they kept quiet about it". Michel COSNARD "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999", en Revue Générale de Droit International Public, n°2 - 1999, A. Pedone, Paris, p. 320

⁶⁴⁷ « Lord Hope of Craighead est le seul juge qui limite l'exception de l'immunité aux cas de torture systématique ou à large échelle". Santiago VILLALPANDO, op, cit., p. 416

⁶⁴⁸ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet – March, 24, 1999-, ILM, vol.38-1999-, op, cit., pp. 625 - 627.

⁶⁴⁹ Ibidem, p. 629. A cet égard Michel COSNARD déclara: "Seuls Lord Hutton et Lord Phillips de Worth Matravers élaborent un système, à notre avis, parfaitement cohérent. D'une part, ils prennent en considération les exigences nouvelles du droit international pénal, qui stipule que toute personne ayant commis des crimes d'une gravité exceptionnelle, énumérés par les Conventions internationales, doivent être jugés. L'effectivité de ces

réfute l'immunité de Pinochet, considérant que les actes de torture réalisés ne peuvent pas être assimilés à des fonctions propres à un chef d'État selon le droit international et qu'en conséquence ils se devaient d'être poursuivis⁶⁵⁰.

4. Lord Saville de Newdigate déclara que Pinochet bénéficierait de l'immunité *ratione materiae* au titre des actes officiels liés à son statut de Chef d'État, toutefois les actes de torture n'en font pas partie car ils constituent une exception à la règle générale.⁶⁵¹ Ces actes ne peuvent pas coexister avec le système mis en place par la Convention de 1984.⁶⁵²

5. Pour Lord Phillips de Worth Matravers, l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs d'État ne peut pas prévaloir sur la compétence universelle reconnue pour les crimes de droit international⁶⁵³. La Convention contre la torture établit précisément une compétence universelle⁶⁵⁴ pour le crime de torture et l'immunité doit donc en être exclue dès la date d'exécution de la Convention en droit britannique⁶⁵⁵

normes passe par la condamnation des responsables, pas seulement celle des exécutants. D'autre part, leur postulat de départ est l'absence de règle coutumière concernant l'immunité de juridiction pénale des anciens chefs d'État." Michel COSNARD, "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999, op, cit., p. 322.

⁶⁵⁰Ibidem., pp. 638-639 "The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime".

⁶⁵¹Voir en ce sens "El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores", en Centro de Documentación Judicial, Escuela judicial Consejo General del Poder Judicial, "el derecho penal internacional", LerkoPrint, S.A., Madrid, 2002, p. 57

⁶⁵²Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet – March, 24, 1999-, ILM, vol.38-1999-, op, cit., p. 643 "Each state party has agreed that the other state parties can exercise jurisdiction over alleged official torturers found within their territories, by extraditing them or referring them to their own appropriate authorities for prosecution; and thus to my mind can hardly simultaneously claim an immunity from extradition or prosecution that is necessarily based on the official nature of the alleged torture"

⁶⁵³Voir Supra Note n° 30

⁶⁵⁴Michel COSNARD, commenta: "[L]ord Phillips of Worth Matravers passe en revue tous les précédents cités par la défense et n'y voit que des actions en responsabilité civile, visant à obtenir réparation d'un fait dommageable, par ailleurs constitutif d'un crime. Il convient dès lors, selon eux, de distinguer les procédures civiles et criminelles; pour ces dernières, la règle relative aux immunités n'a pu se constituer que parallèlement à l'institution d'une compétence universelle. Cette distinction paraît tout à fait opportune et fondée : avant l'apparition de la compétence pénale universelle, aucun tribunal ne disposait du pouvoir de juger un crime extraterritorial. Il ne saurait dès lors y avoir immunité, puisque celle-ci consiste en un non exercice d'une juridiction préexistante". Michel COSNARD "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999, op, cit., p. 322.

⁶⁵⁵Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet – March, 24, 1999-, ILM, vol.38-1999-, op, cit., pp. 660-661 "The exercise of extra-territorial jurisdiction overrides the principle that one state will not intervene in the internal affairs of another. It does so because where international crime is concerned, that principle cannot prevail. An international crime is as offensive, if not more offensive to the international community when committed under color office. Once extra-territorial jurisdiction is established, it makes no sense to exclude from it acts done in an official capacity"

6. Lord MILLETT, admet que la torture était déjà interdite par le droit international en 1973 en vertu de son caractère *de jus cogens* et de l'obligation *erga omnes*⁶⁵⁶. De même, il traite d'un aspect important, celui de la compétence universelle, en déclarant que la coutume internationale fait partie de la Common law, en effet les tribunaux anglais ont toujours possédé une compétence criminelle extraterritoriale pour les crimes que cette coutume internationale qualifie de crimes de compétence universelle⁶⁵⁷. Il fait référence également à l'extradition en remarquant que l'État dans lequel l'ancien dirigeant fait l'objet d'une enquête dispose d'une compétence prioritaire ce qui signifie que si cet État désire le juger il doit solliciter son extradition auprès de l'État qui entend exercer sa compétence pénale ou sur le territoire duquel il se trouve⁶⁵⁸.

c. La double incrimination

-Le recours d'Habeas corpus qu'interjeta Pinochet permit que les tribunaux respectifs se mettent d'accord pour estimer que seuls ces délits qui auraient fait l'objet d'une Convention internationale quant à leur poursuite pouvaient justifier d'une extradition vers un pays qui exercerait en ce cas la compétence universelle. De telle sorte que pourrait être remplie l'exigence de la double incrimination.⁶⁵⁹

Dans le dernier arrêt, celui de la Chambre des Lords du 24 mars 1999, l'exposé de Lord Brown-Wilkinson fixera ce principe doctrinal, qui fut accepté par la majorité des membres du Tribunal, dans les termes suivants: "(...) Si on soutient qu'une personne a commis un délit en Espagne mais qu'elle se trouve sur le territoire du Royaume-Uni, l'Espagne peut en solliciter l'extradition auprès du Royaume-Uni. Le pouvoir d'extrader depuis le Royaume-Uni pour un "délict extradable" figure dans la loi d'Extradition de 1989. Cette loi définit le caractère d'un "délict extradable". Eu égard aux objectifs du cas présent, l'exigence la plus importante est que

⁶⁵⁶*Ibidem*, p. 651 "[i]nternational law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* norm and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose".

⁶⁵⁷Il se prononça sur l'existence de la compétence universelle avant celle de la Convention contre la torture quand il déclara que "le Chili devrait accepter l'obligation qu'ont les tribunaux étrangers de se saisir du crime de torture commis sur son territoire et qu'ainsi soit exclue l'immunité *ratione materiae*. De ce fait il ne s'agit pas de la question de la levée de l'immunité par le Chili, mais de sa prise en compte de la compétence universelle pour la torture généralisée ou systématique qui précédait la Convention". (traduction libre) VILLALPANDO, "L'affaire Pinochet", op, cit., pp. 415-416

⁶⁵⁸Michel COSNARD "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999, op, cit., p. 323.

⁶⁵⁹Hernan Homazábal MALARÉE "La inmunidad del Jefe de Estado", op, cit., p.176

la conduite en cause constitue un délit tant en Espagne qu'au Royaume-Uni. Ceci est connu comme la règle de la double incrimination.

Lord Brown-Wilkinson en vint ensuite à définir sur quels types de délits se fonde la double incrimination, en reconnaissant que la torture qui fut réglementée par la Convention Internationale contre la Torture de 1984 représente dans le cas présent le crime majeur de ces crimes internationaux. “Les obligations qu’imposa cette Convention furent incorporés au droit du Royaume-Uni par la Section 134 de la Loi de Justice Criminelle de 1988 qui entra en vigueur le 29 septembre de la même année. Cependant il n’y a pas de rétroactivité de ladite Section qui ferait qu’une torture commise hors du Royaume Uni avant le 29 septembre 1988 devienne un crime britannique (...). Le principe de double incrimination qui exige que le comportement soit considéré comme un délit en Espagne et au Royaume-Uni, ne peut pas s’appliquer à des conduites antérieures à cette date si nous estimons que ce principe exige que la conduite soit punissable conformément à la loi britannique à la date où le délit fut commis. Si cette règle exige uniquement que la conduite soit punissable à la date de l’extradition, on doit estimer que les exigences sont remplies concernant toutes les tortures attribuées au Sénateur Pinochet qu’elles aient été infligées avant ou après 1988 (...)”.⁶⁶⁰

Compte tenu de ce qui précède, la torture pouvait être considérée comme un délit extradable, uniquement dès lors que ce délit commis à l’extérieur du Royaume-Uni, était punissable par les tribunaux de ce pays⁶⁶¹. Aussi Lord Brown-Wilkinson, dont l’opinion se trouvait partagée par la majorité des Lords, ne considéra pas “que la torture commise hors du Royaume Uni avant le 29 septembre constituait un délit conformément à ses lois”.

Il en est ressorti que la Chambre des Lords, en ne désignant pas comme délits extradables tous les autres délits qui justifiaient la demande, dont ceux de génocide, de terrorisme, de séquestration, d’assassinats, mais en se limitant exclusivement à ceux de torture commis à partir du 29 septembre 1998, allait dans une certaine mesure dans le sens de l’impunité de l’ex-dictateur chilien.

⁶⁶⁰Ibidem, 177

⁶⁶¹Alvaro BORGHI, “L’immunité des dirigeants politiques en droit international”, op, cit., p. 148

d. L'autorisation vers une extradition

Conformément aux raisonnements exposés par le second Comité d'Appel de la Chambre des Lords dans son arrêt du 24 mars 1999, il fut conclu que ceux-ci aboutissaient à l'extradition de Pinochet. Seuls seraient pris en compte les actes de torture et de conspiration en vue de commettre des actes de torture perpétrés après le 8 décembre 1988⁶⁶², date à compter de laquelle est ratifiée la Convention contre la torture par le Royaume-Uni⁶⁶³. Par conséquent le Secrétaire d'État au Département de l'Intérieur, est invité ainsi à reconsidérer son autorisation préalable.

En suivant les recommandations faites conjointement par les Lords au Secrétaire d'État au Département de l'Intérieur Jack Straw, ce dernier signa le 14 avril 1999 une seconde⁶⁶⁴ autorisation pour procéder à l'extradition de Pinochet⁶⁶⁵, la quelle se trouva limitée aux délits de torture et conspiration pour torturer, commis à partir de la date déjà mentionnée du 8 décembre 1988.⁶⁶⁶

Concernant les délits pour lesquels il autorisa le début de la procédure d'extradition, le Secrétaire d'État au département de l'intérieur donna trois précisions intéressantes :

1-Il prit en compte les faits allégués antérieurs au 8 décembre de 1988⁶⁶⁷, c'est-à-dire les actes de torture et la conspiration pour torturer.

2-Il n'accepta pas l'argument de la défense du sénateur Pinochet selon lequel son immunité se devait d'être maintenue tant qu'il n'était pas prouvé qu'il ait réellement commis les délits dont on l'accusait.

⁶⁶²Santiago Villalpando, "L'affaire Pinochet: Beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la chambre des Lords du 24 mars 1999", op, cit., p. 412.

⁶⁶³Voir Supra Note n° 41. Cette Convention contre la torture s'est vue ratifiée non seulement par le Royaume-Uni mais aussi par l'Espagne et le Chili au moment des faits. C'est pour cela que Xiaodong Yang affirma que « Dans l'affaire Pinochet la décision des Lords repose sur le fait que l'Espagne, le Chili et la Grande-Bretagne sont cosignataires du Traité sur la torture (...) » Xiaodong Yang « State Immunity in International Law » Cambridge University Press, 2012, p. 438

⁶⁶⁴La première autorisation pour procéder à l'extradition fut prise dans l'arrêt du 25 novembre 1988, laquelle fut ultérieurement annulée et remplacée par l'arrêt du 24 mars 1999.

⁶⁶⁵Il y avait aussi des demandes d'extradition contre Pinochet venant d'autres pays tels la Belgique, la France et la Suisse.

⁶⁶⁶Voir, infra ; Note 77.

⁶⁶⁷Il importe de préciser que la loi du 8 décembre 1988, à partir de laquelle fut ratifiée en Grande-Bretagne la Convention contre la torture de 1984, est prise en considération par certains Lords à compter du 29 septembre 1988, date à laquelle les obligations qu'imposait la Convention de 1984, furent incorporées au droit du Royaume-Uni avec la section 134 de la loi de justice criminelle de cette même année. Voir Supra : Introduction "L'arrêt de la chambre des Lords du 24 mars 1999".

3-II n'a pas interprété la décision de la majorité du Comité (comme le proposait la défense de Pinochet) selon laquelle l'immunité par rapport à la torture et à la conspiration pour torturer ne se perd que quand la torture est généralisée ou systématique⁶⁶⁸

Le Secrétaire d'État au Département de l'Intérieur rejeta également l'idée que les délits imputés à Pinochet étaient de nature politique et sa demande d'extradition une manière de le poursuivre pour ses opinions. De plus il fut observé que les délits pour lesquels était sollicitée l'extradition ne faisaient pas l'objet de prescription. Il fut observé en outre que la santé et l'âge de Pinochet ne représentaient pas un obstacle à l'exécution de ladite autorisation.

En dépit de ce qui précède, la décision finale du Secrétaire d'État envers la demande d'extradition fut négative, au motif de l'état de santé et également de l'âge du réclamé⁶⁶⁹

C'est ainsi que le 11 janvier 2000, le Secrétaire d'État britannique annonce que l'examen médical a révélé que Pinochet "n'est pas en conditions" pour être jugé⁶⁷⁰ et, le 2 mars 2000 le Secrétaire d'État Jack Straw rejette une fois pour toutes les demandes d'extradition.⁶⁷¹

Il est à noter que cette décision, plutôt que d'être juridique⁶⁷², comporte une composante politique⁶⁷³ qui finalement l'a emporté⁶⁷⁴.

⁶⁶⁸Voir paragraphe 19-20 de l'Autorisation du 14 avril 1999

⁶⁶⁹En tout état de cause, le fait que l'extradition de Pinochet vers le Chili ne se soit pas effectuée créa un précédent majeur pour ce qui touche à la responsabilité pénale individuelle comme l'a exprimé MUÑOZ CONDE: "L'extradition de l'Angleterre vers l'Espagne du général chilien Augusto Pinochet, bien que, finalement, elle n'ait pas eu lieu, a ouvert la porte pour demander la responsabilité pénale individuelle des dirigeants étatiques qui ont profité de leur pouvoir pour commettre de graves délits contre leurs adversaires politiques" (traduction libre). Francisco MUÑOZ CONDE "Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi? », dans *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, RSC, Janvier/Mars/2009, p. 27

⁶⁷⁰Voir le communiqué de presse du Secrétaire d'État au département de l'Intérieur (Ministre de l'Intérieur) in: BRODY R. / RATNER M. "The Pinochet Papers – The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain, La Haye / Londres / Boston 2000, p. 411 ss.

⁶⁷¹Ibidem, p. 465. Le Secrétaire d'État au département de l'Intérieur envoie des lettres aux ambassadeurs espagnol, belge, suisse et français, dans lesquelles il annonce la fin de la procédure d'extradition.

⁶⁷²Rappelons que l'extradition (en ce cas l'extradition passive) est une décision, non seulement du pouvoir judiciaire mais aussi du pouvoir exécutif qui décide finalement s'il approuve ou non la recommandation émanant du pouvoir judiciaire d'extrader la personne réclamée.

⁶⁷³« Dans le cas Pinochet la Chambre des Lords appliqua finalement un critère politique. Vu que l'extradition est tout à la fois une formalité judiciaire et exécutive -et c'est l'exécutif qui s'oppose à son extradition-, ce qui signifie que le politique pèse d'un poids conséquent dans la décision finale: Non à l'extradition. Cette décision fut très politique. Un accord eut lieu par la suite qui consistait à suspendre l'extradition en Grande-Bretagne pour ouvrir l'enquête au Chili et c'est à ce moment que le juge Chilien Juan Guzmán ouvre son instruction". Entrevue réalisée le 14 novembre 2014 avec Maître Sophie Thonon, qui représentait les victimes dans "L'Affaire Pinochet devant la Cour d'Assises de Paris", décembre 2010. Voir, infra, deuxième section, deuxième chapitre, second partie.

⁶⁷⁴"Les raisons d'humanité présentent l'avantage de camoufler commodément les autres raisons plus ou moins élégantes, utilisés dans le débat et qui vont de la reconnaissance de l'aide efficace du général à la Grande Bretagne dans la guerre des Malouines, aux contrats d'armement avec le Chili canalisés par un Pinochet touchant

Chapitre 2.

LES CONSEQUENCES DE L'AFFAIRE PINOCHET ET LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE

Une des conséquences importantes de l'affaire Pinochet est la prise de conscience en matière de lutte contre l'impunité, et cette conscience commence à se faire jour au moment de l'arrestation de Pinochet, tant au Chili (Section 1) que dans d'autres instances judiciaires nationales telles que la Cour d'Assises de Paris (Section 2).

commission, aux frais pour le contribuable britannique du procès actuel, et ainsi de suite. Lady Thatcher, son bras droit lord Lamont, ont donné du corps et de la visibilité à la faction « pinochiste » du Parti Conservateur, qui fait du lobbying à l'intérieur et à l'extérieur des Chambres, avec la collaboration de la presse amie et des aides multiples (...)" - Antonio Remiro Brotóns, « El caso Pinochet : Los límites de la Impunidad » op, cit., p. 182

Section 1.

L'ARRESTATION DE PINOCHET ET SES CONSÉQUENCES AU CHILI.

L'arrestation de Pinochet entraîne des conséquences au Chili tant dans le domaine politique (§1) que dans le domaine judiciaire (§2), que nous allons maintenant évoquer.

§1. LES CONSEQUENCES SUR LE PLAN POLITIQUE

Lorsque Pinochet fut arrêté à Londres, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, représentant un gouvernement de coalition de gauche et du centre, était président du Chili. Le gouvernement protesta. Il considérait que le droit à l'immunité diplomatique avait été ignoré, étant donné que les autorités britanniques indiquèrent que “l'immunité diplomatique était un privilège réservé aux diplomates accrédités et aux membres du gouvernement en visite, et non à un simple particulier qui se trouvait en possession d'un passeport diplomatique”. Le Chili indique aussi que le principe de territorialité n'a pas été respecté puisque les faits furent commis en territoire chilien. Pour cette raison, Pinochet devrait être jugé dans son pays comme État souverain⁶⁷⁵.

Ce procès fait que d'autres pays comme la France, la Belgique, la Suisse conduiront leurs propres investigations contre Pinochet pour des crimes commis contre leurs nationaux à l'époque de son régime militaire.

En 1986, les partis politiques négocièrent une transition⁶⁷⁶ par une transaction ou transition sous tutelle⁶⁷⁷ c'est à dire une forme pacifique de transition politique sans sortir de la légitimité de l'héritage dictatorial.

⁶⁷⁵John DINGES, Les années Condor. “Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents”, op, cit., p. 49

⁶⁷⁶S. Schultze, Mémoire et transition politique au Chili (1970-2000), sous la direction de D. Maliesky, Rennes, IEP, 2005, p. 98

Il faut rappeler que jusqu'au 23 août 1989, le général Pinochet établit les règles de la transition qui devait commencer six mois plus tard. De ce fait, le gouvernement à venir devait respecter les limites qu'il avait établies.⁶⁷⁸

Pinochet eut l'intention de faire une seconde loi d'amnistie destinée à couvrir la période de 1978 à 1990 avant de laisser le commandement à son successeur Patricio Aylwin le 11 mars 1990, suite au référendum perdu de novembre 1988, où les citoyens chiliens se prononcèrent pour un NON catégorique à Pinochet, et aux élections présidentielles de décembre 1989. Finalement cette loi ne se fit pas.⁶⁷⁹

Ainsi la transition entre le régime militaire et la démocratie s'opéra avec certaines frictions notamment entre le centre droit et les forces armées. Malgré ces divergences, il y eut un consensus entre le gouvernement et l'opposition de droite prôchée de Pinochet.⁶⁸⁰

La grande fracture entre ces deux factions était le respect des droits de l'Homme. Comme dit Genaro Arriagada «La reconstruction de la relation entre civils et militaires, comme cela s'est avéré évident dès le premier jour (de la transition), était en contradiction avec les revendications de vérité et de justice en matière de droits de l'homme»⁶⁸¹

La question des droits de l'Homme était un thème important pour tous ceux qui avaient lutté contre la dictature. Cette problématique s'était convertie en pierre angulaire de la lutte

⁶⁷⁷ A. Soto Carmona, «La transición tutelada», *L'Ordinaire latino-américain*, No. 193, Toulouse, IPEALT, UTM, juillet-septembre 2003, p. 63-73.

⁶⁷⁸ Paz ROJAS B., Víctor ESPINOZA C. «Pinochet face à la justice espagnole», op. cit., p. 23 «Le gouvernement à venir, déclara-t-il, devrait respecter des limites bien définies, qu'il énuméra ainsi : «Accomplissement des fonctions réservées aux Forces armées, de l'ordre et de la sécurité publique, conformément au chapitre 10 de la Constitution, dans l'esprit et la lettre; 2-Inamovibilité, conformément à la Constitution, des actuels commandants en chef des Forces armées et du général directeur des Carabiniers; 3- Préserver le prestige des Forces armées, de l'ordre et de la sécurité publique, et empêcher que des représailles contre leurs membres puissent avoir lieu pour des raisons politiques; 4- Favoriser les actions jugées nécessaires pour éviter la propagation de la lutte des classes; 5- Appliquer les normes légales afin d'empêcher le développement de conduites terroristes et de sanctionner leur réalisation; 6- Respecter les opinions et les demandes d'information émanant du Conseil de sécurité nationale (Cosená, organe supérieur formé d'autorités civiles et militaires); 7-Maintenir la pleine vigueur de la Loi d'amnistie; 8- Que le pouvoir politique s'abstienne d'intervenir à mauvais escient en matière de définition et d'application de la politique de défense, en particulier pour tout ce qui touche aux domaines de compétence exclusive des Forces armées; 9-Respect de la juridiction militaire, conformément à ce qu'établissent les normes en vigueur»

⁶⁷⁹ A. Soto Carmona, «La transición tutelada», op. cit., p. 68

⁶⁸⁰ «Depuis 1990, la pratique du système électoral binominal majoritaire oblige les partis politiques à former des alliances électorales afin d'obtenir suffisamment de voix pour l'élection de représentants au Parlement et au Sénat. Deux alliances se forment, celle de la droite, l'ALIANZA por Chile, et celle des partis de centre et de centre gauche, la Concertación, la coalition gouvernementale depuis 1990.» (D. Cuadros Garland, «La démocratie chilienne (1990-2005) face à la cause des droits de l'homme et au désengagement politique des militaires», *Problèmes d'Amérique latine*, Paris, Choiseul, No. 56, 2005, p. 40-42)

⁶⁸¹ Genaro ARRIAGADA, «Por la razón o la fuerza», *Editorial Sudamericana*, 1998, p. 252

électorale de 1989 existant entre Patricio Aylwin et Hernan Büchi, le candidat de Pinochet et ses adeptes.

Une fois Patricio Aylwin arrivé à la présidence en 1990 s'installe la Comisión Nacional de la verdad y reconciliación – Commission Nationale de Vérité et Réconciliation (CVR), pour élucider les violations des droits de l'Homme arrivées durant le régime de Pinochet. Cette commission se trouvait être présidée par Raúl Rettig d'où le nom du rapport Rettig⁶⁸², dans lequel on identifiait les circonstances de la mort violente ou la disparition de près de 3000 personnes et qui fut refusé par les forces armées, vu qu'elles n'étaient pas disposées à demander pardon ou à donner des explications puisqu'elles n'avaient fait que leur devoir.⁶⁸³

Ces personnes accusées dans leur majorité sont restées jusque là sans être aucunement mises en jugement, du fait que Pinochet instaura une loi d'amnistie dans le décret-loi 2191, publié au journal officiel du 19 avril 1978, dans lequel il s'exonérait lui-même et tous les membres de l'armée pouvant être impliqués dans ces crimes contre l'humanité⁶⁸⁴.

A partir du rapport Rettig, la population se mit à s'inquiéter car on commença à découvrir des fosses communes, des cimetières clandestins, faisant apparaître un total de 3197 morts, sans qu'à l'époque on arrive à inculper qui que ce soit⁶⁸⁵. Pourtant, en 1976 à Washington avait débuté l'affaire Orlando Letelier qui avait été le ministre de la défense de l'Unité Populaire lorsque se produisit le coup d'État.

Le président Aylwin voulut établir un projet de loi de "point final" durant la dernière phase de son gouvernement. Ceci provoqua une grande manifestation d'opposition de la part des

⁶⁸²"Le Rapport Rettig. La Commission Nationale de Vérité et Réconciliation fut créée en 1990 (par le Décret Suprême 355 du Ministère de l'Intérieur) dans l'objectif de contribuer à l'élucidation des principales violations des droits de l'Homme commises entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990. Dans le Rapport de la Commission Nationale de Vérité et Réconciliation, remis à l'ex-président du Chili Patricio Aylwin le 8 février 1991, figurent 3550 plaintes, dont 2.296 sont considérées comme des faits qualifiés" FAPDH –Fundación Acción Pro Derechos Humanos. www.derechoshumanos.net (consulté le 08/09/2012).

⁶⁸³Paz ROJAS B., Victor ESPINOZA C., Julia URQUIETA O., Hernán SOTO H., « Pinochet face à la justice espagnole » Op, Cit., p. 78 : "A la différence de ce qui se passa en Argentine en septembre 1984 lors du rapport de la commission nationale sur la disparition de personnes où se poursuit le procès contre les inculpés, au Chili, il existait une certaine intimidation de la part des personnes accusées puisque les membres des juntas militaires exerçaient une autorité absolue sur leurs subordonnés. Ces personnes subordonnées reçurent les ordres pendant 17 ans de commettre des crimes tant à l'intérieur du pays qu'à l'extérieur du territoire national. Selon ce rapport les personnes séquestrées étaient conduites aux centres de détention clandestins et ensuite torturées jusqu'à entraîner leur mort, brûlant les corps en masse ou les enterrant dans des fosses communes sans identification d'aucune sorte".

⁶⁸⁴Nous reparlerons de cette loi d'amnistie dans le titre II de la deuxième partie.

⁶⁸⁵D.CUADROS GARLAND, « La commission Rettig : innovations, silences et contestations d'une mise en récit « consensuelle » des violations des droits de l'homme au Chili » (en ligne) 2006, p. 208-228, disponible sur « http://cuadros.free.fr/militantisme_fichiers/cuadrosrettig2006.pdf »

proches des personnes mortes et disparues. En conséquence, le projet de loi dut être retiré. Peu après la publication du rapport Rettig, la Cour Suprême avait considéré que l'amnistie pouvait être appliquée seulement après les enquêtes et l'identification des coupables. Quatre ans plus tard, la même autorité judiciaire admis qu'elle a commis une erreur, déclarant que l'amnistie aurait due être appliquée dès lors que les faits retombaient sur les personnes inculpées⁶⁸⁶.

Après celui de Patricio Aylwin vient le gouvernement d'Eduardo Frei. Il avait dans ses projets d'améliorer les relations avec les forces armées. C'est ainsi que le journal *Le Mercure* dans son éditorial du 9 février 1996 déclara: "Les Forces armées et les services de sécurité sont évidemment un pouvoir (...) Les pouvoirs appelés de facto, compris comme l'influence des diverses composantes de la communauté, sont souhaitables, respectables et adaptés à la marche saine d'une nation".

Ainsi le président Eduardo Frei se montre ouvert aux relations avec les forces armées et par là montre sa reconnaissance du pouvoir de facto. Cependant en décembre 1994 la Fondation d'aide sociale des églises chrétiennes (FASIC) l'accusa de contribuer à l'impunité⁶⁸⁷.

En 1995, le président Frei fit face aux différentes manifestations qui eurent lieu pour demander l'arrestation et la condamnation du général Manuel Contreras, ex-chef de la DINA, et du général de brigade Pedro Espinoza en tant qu'auteurs intellectuels ou moraux de l'assassinat d'Eduardo Letelier. C'est ainsi que le gouvernement soumet au congrès un projet de loi qui fut qualifié par les organisations des droits de l'homme de tentative de "point final"⁶⁸⁸. Une fois de plus le projet doit être retiré. Le fait de mettre en prison les officiers supérieurs Contreras et Espinoza devient un exemple symbolique, dans lequel les deux chefs de la DINA sont pris par leurs supérieurs comme "victimes expiatoires"⁶⁸⁹.

En 1998, la Cour Suprême du Chili considère que la "disparition" est un crime qui perdure jusqu'à l'apparition des corps, et qui donne alors lieu à d'autres investigations judiciaires. Dans le même temps, survient la détention à Londres d'Augusto Pinochet en vue de son extradition, sur ordre du juge Baltazar Garzón.

⁶⁸⁶Ibidem

⁶⁸⁷Revue "Alternativa" d'oct-nov-déc. 1996, "En busca del consenso perdido" (A la recherche du consensus perdu), p. 8, cité en "Pinochet face à la justice espagnole", op. cit., p. 28

⁶⁸⁸Les lois d'amnistie en Argentine, sont les lois du "point final" et d' "obéissance due", votées respectivement en 1986 et 1987.

⁶⁸⁹Paz ROJAS B., Victor ESPINOZA C. (...) « Pinochet face à la justice espagnole », op. cit., p. 29

Lors du retour de Pinochet au Chili en mars 2000, le Congrès adopte une réforme constitutionnelle et au mois de juin est supprimée l'immunité parlementaire à vie qui protégeait Pinochet, décision confirmée le 9 août par la Cour Suprême de Justice chilienne. Plus tard se met en place le dialogue pour les droits de l'homme convoqué par le Ministre de la Défense du président Eduardo Frei, avec l'aval du Sénat et de la Présidence de la République⁶⁹⁰. Son objectif était de parvenir à la réconciliation politique de la société chilienne. En fait, les partis politiques ne furent pas invités. Il n'y avait que des représentants de la hiérarchie militaire et des avocats des droits de l'homme⁶⁹¹.

Avec la présidence de Ricardo Lagos en mars 2000, adversaire du dictateur Augusto Pinochet, et qui s'opposa toujours à une "loi de point final", se produit le 11 septembre 2001 l'interjection d'une accusation contre Pinochet et Kissinger pour leurs rôles dans le cadre du Plan Condor⁶⁹². Au début de l'année 2002 des membres du Congrès américain demandent que Augusto Pinochet soit jugé pour terrorisme dans l'attentat contre Orlando Letelier, ministre des affaires étrangères du gouvernement de Salvador Allende et de citoyens américains à Washington en 1976.

En 2003, « la force politique suffisante pour que le Congrès puisse abroger la loi d'amnistie de 1978 n'existait pas encore⁶⁹³»,

En juillet 2004, une commission du Sénat des États-Unis révéla que Pinochet avait entretenu des comptes secrets d'un montant atteignant 8 millions de dollars à la banque Riggs de Washington, dépôts réalisés entre 1994 et 2004. Un deuxième rapport, divulgué le 15 mars 2005, compléta cette information : « les comptes de Pinochet seraient au nombre de 125, dans au moins 8 institutions bancaires des États-Unis et d'autres pays. Le montant total des dépôts

⁶⁹⁰«Acuerdo de la Mesa de diálogo sobre derechos humanos». (en ligne), publié dans la revue Estudios Públicos, No. 79, hiver 2000, disponible sur www.cep.cl (consulté le 20 mai 2012). On pourra aussi lire le commentaire de José Zalaquett, un des acteurs de la "Table de dialogue" publié dans le même numéro de la revue, "La Mesa de diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile".

⁶⁹¹« Cependant, les avocats qui sont chargés de la défense de la grande majorité des cas de disparus n'acceptent pas de participer à la « Table pour le dialogue », étant donné le refus de l'Association des familles des disparus d'y prendre part, en considérant qu'il s'agit là d'une nouvelle tentative de mettre « un point final » aux procédures judiciaires. » (D. CUADROS GARLAND, op, cit., p. 48)

⁶⁹²Entre 1975 et 1990, certaines dictatures latino-américaines décident de conduire des opérations illégales et violentes contre leurs opposants sur plusieurs continents dans le cadre de la guerre contre le marxisme; voir J. Dinges, Les années Condor: comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents, Paris, Op, cit., p. 298

⁶⁹³G. Villaroel, "Militares procesados: casos pendientes" (en ligne), 5 septembre 2003, disponible sur http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_3192000/3192021.stm (consulté le 20 juillet 2012).

sur ces comptes n'était pas connu, mais on estima que la somme avait pu atteindre les 25 millions de dollars »⁶⁹⁴.

L'année 2005 fut importante pour la réforme de la Constitution. Cette réforme aida à ce que la transition puisse arriver à son terme. Dans la nuit du 13 juillet 2005, le Sénat vote à la majorité les modifications de la constitution de 1980, réduisant de six à quatre ans le mandat du président de la République et supprimant de fait le statut de sénateur désigné et de sénateur à vie. En même temps, il restitue au pouvoir civil la faculté de changer les commandants des forces armées et de la gendarmerie. Ces dispositions entrent en vigueur le 11 mars 2006.

Avec l'arrivée à la présidence de Michelle Bachelet, la démocratie s'affermir. Son père, le général de l'Armée de l'air Alberto Bachelet, fut nommé par Salvador Allende responsable du bureau de distribution des produits alimentaires. Après le coup d'État, il est accusé de trahison, détenu et torturé, décédant en 1974. Michelle Bachelet fut emprisonnée et torturée avec sa mère dans un autre centre de détention de Santiago. Lorsqu'elle réussit à être libérée, elle se réfugie en Allemagne où elle poursuit ses études de médecine à l'université Humboldt de Berlin. En 1979, elle rentre au Chili. Au cours des années 80, elle commence à faire de la politique parvenant le 15 janvier 2006 à être élue présidente de la République. Le 10 décembre 2006, Augusto Pinochet meurt d'un infarctus à l'âge de 91 ans, recevant les seuls honneurs militaires, Michelle Bachelet s'opposant à ce qu'il reçoive un hommage funèbre national. Cet événement confirme la fin définitive de la transition. L'institution militaire entreprend un nouveau parcours, puisqu'elle se trouve soumise au pouvoir politique⁶⁹⁵.

Michelle Bachelet s'est toujours préoccupée des droits de l'homme. Ainsi pendant sa présidence, la Cour Suprême ne tint pas compte de la loi d'amnistie de 1978 et s'appuyant sur une décision de la Cour inter-américaine, condamne les carabiniers pour l'homicide de deux militants du MIR, mouvement de la gauche révolutionnaire. Un autre fait important en matière de droits de l'homme est l'établissement de la date du 30 août comme jour de commémoration des disparitions pendant la dictature. Ce même jour, Hugo Salas, ancien chef des services secrets a été condamné par la Cour Suprême à la prison à vie pour la mort en 1987 à Santiago de douze militants communistes⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ « EL TIEMPO », Periódico Colombiano, Sábado 16 de abril de 2005, p. 1-17.

⁶⁹⁵ N. YAÑEZ, "Bachelet dice que tomó decisión pensando en el país y que "Chile no puede olvidar" (en ligne), 12 décembre 2006, disponible sur "<http://diario.elmercurio.com/2006/12/12/nacional/especial/noticias/>"

⁶⁹⁶ ILCEA, Revue de l'Institut des langues et cultures d'Europe et d'Amérique, op. cit., p. 10

En janvier 2010, Sebastián Piñera fut élu comme président de la République du Chili. C'est le premier président chilien, qui appartient à un parti politique de droite depuis l'époque de la dictature.⁶⁹⁷

Lors de sa campagne électorale, Piñera s'engagea à n'avoir aucun lien avec le régime dictatorial de Pinochet. Cet engagement n'a pas été tenu puisque dans son gouvernement il nomma José Miguel Steigmer gouverneur de la région de Bio Bio (dans le sud) ; finalement Steigmer ne put accepter le poste étant donné que ses liens avec « la colonia dignidad » furent révélés. Il nomma également Iván Andrusco directeur général de la gendarmerie, qui démissionna au bout d'un mois dans le poste, puisqu'il avait travaillé à la Dirección de Comunicación de Carabineros – Dicomar – unité de renseignements de la police lors de l'enlèvement et de l'égorgeage de José Manuel Parada, Santiago Nattino et Manuel Guerrero en 1985⁶⁹⁸.

Concernant le programme de défense des droits de l'homme initié par Sebastian Piñera (loi 19.123), il commença par une série de difficultés au cours de l'année 2010, entre autres. Quant au programme des droits de l'homme (loi 19.123) au cours de l'année 2010 commencèrent à survenir une série de difficultés, entre autres des licenciements et démissions d'avocats en charge des affaires en relation avec la répression durant la dictature de Pinochet⁶⁹⁹.

À la fin du premier mandat du gouvernement Bachelet eurent lieu quelques avancées qui devaient être complétées par le gouvernement de Piñera. C'est ainsi que début septembre 2009 le Congrès National du Chili approuva l'institution de l'Institut National des Droits de l'Homme⁷⁰⁰.

En janvier 2010 fut inauguré le Musée de la Mémoire, « qui a comme objectif de faire connaître les violations systématiques des droits de l'homme par l'Etat chilien entre les années

⁶⁹⁷FIDH, Chile “avances y obstáculos en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet”. No. 577e, octobre 2011, p.28

⁶⁹⁸Ibidem

⁶⁹⁹A ce propos, l'observatoire des droits de l'homme de l'institut de recherches en sciences sociales de l'Université Diego Portales fit remarquer dans son bulletin de décembre 2010-janvier 2011, suite à la soudaine mutation du Sr. Gaete, chef de la brigade ddhh de la police d'enquête, que "ajouté au remplacement et aux démissions respectivement, de la directrice, chef juridique et d'un avocat clé du programme des ddhh du ministère de l'intérieur au début de 2010 à l'occasion du changement de gouvernement, le licenciement récent de deux avocats de la même institution et le remplacement du très respecté ministre Sergio Muñoz coordonnateur des causes de ddhh pour le pouvoir judiciaire, la mutation de Gaete sans aucun doute affaiblit encore plus la poursuite des violations des ddhh au Chili". (en ligne). disponible à l'adresse www.icso.cl/images/paperss/boletin_11.pdf (Consulté le 18 août 2012)

⁷⁰⁰Loi 20.405 « del Instituto Nacional de Derechos Humanos » promulguée par la Présidente Bachelet le 24 novembre 2009. Disponible en: <http://www.leychile.cl>

1973 et 1990, afin que par une réflexion éthique sur la mémoire, la solidarité et l'importance de ces droits, se fortifie la volonté nationale de ce que jamais plus ne se répètent des faits qui affectent la dignité de l'être humain »⁷⁰¹.

En mars 2014, avec l'arrivée au pouvoir pour la deuxième fois de la Présidente Bachelet, l'abrogation de la loi d'amnistie approuvée par la dictature de Pinochet avait été annoncée. Le texte est toujours en cours d'examen au Parlement chilien.

§2. LES CONSEQUENCES SUR LE PLAN JUDICIAIRE

Lorsque Augusto Pinochet revient au Chili en provenance de Londres, il est l'objet de recherches judiciaires en lien avec l'assassinat de milliers de personnes qui furent exécutées entre 1973 et 1978. En 2001, le juge Juan Guzmán le met en cause pour les 75 crimes de la Caravane de la Mort, mais en raison de son âge il est placé en arrêt domiciliaire. Ce procès a pu être mené à bien grâce à l'arrêt de la Cour d'Appel de Santiago retirant l'immunité parlementaire dont jouissait Pinochet comme sénateur à vie.⁷⁰² Finalement, le premier juillet 2002, il fut exempté de ce procès, ses avocats alléguant que Pinochet souffrait de "démence vasculaire irréversible"⁷⁰³.

⁷⁰¹FIDH, Chile, op, cit., p. 30

⁷⁰²Leonardo Cáceres « Pinochet bajo arresto en Chile » Journal « EL TIEMPO », op, cit., samedi 2 décembre 2000, p. 1 - 17. Dans le même sens Amnesty Internationale, Communiqué de presse, Section Espagnole, 08 août 2000. (indice AL): AMR 22/16/00/S. (www.es.amnesty.org) (visité le 22/08/2012). "...Après le retour de Pinochet au Chili le 3 mars 2000, sept avocats des droits humains ont présenté une pétition de "desafuero" (levée de l'immunité parlementaire) en relation avec les cas de 19 personnes qui "disparurent" au Chili, en octobre 1973 durant l'opération militaire connue comme "Caravane de la Mort". L'audience auprès de la Cour d'Appel de Santiago s'est déroulée du 26 au 28 avril de cette année. Le 5 juin, la Cour d'Appel de Santiago décida par une majorité de 13 votes contre 9 de lever l'immunité parlementaire d'Augusto Pinochet afin qu'il puisse être interrogé relativement aux faits de la "Caravane de la Mort". Cette décision judiciaire mit Augusto Pinochet au même niveau devant la loi que n'importe quel autre citoyen chilien. Le 9 juin fut interjeté un appel de cette décision devant la Cour Suprême. Ce tribunal a tenu audiences sur le recours - auxquelles assista le Dr. Alejandro Artucio, observateur d'Amnesty International - du 19 au 21 juillet. L'immunité parlementaire d'Augusto Pinochet découle de sa condition de sénateur à vie, acquise le 11 mars 1998 lors de son départ à la retraite comme commandant en chef de l'armée. La constitution chilienne adoptée durant la période de son gouvernement militaire lui accordait la condition de sénateur à vie comme ex président de la République. Actuellement, le nom d'Augusto Pinochet est mentionné dans plus de 150 procès en cours devant les tribunaux chiliens, toutes en relation avec des violations des droits humains commis à la période de son gouvernement militaire."

⁷⁰³Santiago(EFE AFP),«Pinochet de nuevo atrapado » journal : «EL TIEMPO», mercredi 5 janvier 2005, p. 1- 5

La Caravane de la mort fut un groupe d'extermination des opposants au régime militaire chilien (1973-1990) qui agit sur les ordres directs de Augusto Pinochet. Il assassina 75 personnes. Le dispositif d'extermination avait deux objectifs: 1 – terroriser la population civile. 2 – Envoyer un message clair au cœur de l'armée, spécialement à ceux qui s'opposaient à accomplir les ordres de tortures et de passage par les armes. Cette caravane était commandée par le général Arellano Stark, à la tête de 15 officiers qui arrivaient dans les agglomérations dans un déploiement militaire et montraient un document attestant que Arellano Stark arrivait comme “envoyé spécial” de Pinochet; ensuite ils commençaient les exécutions à la baïonnette ou au fusil. Le 4 octobre 1973, 24 jours après le coup d'État qui renversa Salvadore Allende, quatre membres des jeunesses du Parti Socialiste détenus à Cauquenes (au sud de Santiago) furent les premières victimes. De la même manière, le 16 octobre, 15 personnes furent exécutées à La Serena et 13 à Copiapó. Le 18, ce fut le tour d'Antofagasta où il y eut 14 victimes et, finalement, le lendemain à Calama où 26 personnes de plus perdirent la vie. C'étaient des étudiants, journalistes, leaders syndicaux, des dirigeants politiques ou de simples paysans qui s'identifiaient comme militants de gauche⁷⁰⁴.

Le 5 décembre 2005, Augusto Pinochet fut de nouveau jugé pour dix crimes de « l'opération Condor » afin de couvrir la disparition de 119 opposants à la dictature, un document de la DINA apportant la preuve de la participation du dictateur à cette opération⁷⁰⁵. Celui-ci restait en arrêt domiciliaire à la suite du rejet définitif par la Cour Suprême d'un recours « d'amparo » en sa faveur. Dans un jugement définitif, par trois voix contre deux, la section pénale de ce tribunal décida que Pinochet était dans un état de santé lui permettant de supporter un procès. C'est à dire que pour la troisième fois Pinochet ferait face à un procès, après celui intervenu en Espagne et à Londres, suivi de celui de la « Caravane de la Mort »⁷⁰⁶.

Un des arguments soutenus par Pinochet dans les enquêtes qui courraient contre lui au sujet des personnes torturées, mortes et disparues pendant son régime s'appuyait sur l'affirmation

⁷⁰⁴Leonardo Cáceres, « Pinochet bajo arresto en Chile » journal : « EL TIEMPO », samedi 2 décembre 2000, p. 1- 17

⁷⁰⁵Manuel Delano, "Les analyses médicales montrent que Pinochet ne souffre pas de démence sénile et peut être jugé", journal "El País", jeudi 17 novembre 2005, p. 6 : " La DINA voulut couvrir les 119 crimes avec un montage simulant que les victimes s'étaient entre-tuées dans un règlement de comptes, alors qu'elles étaient torturées et assassinées dans les quartiers secrets de cette organisation".

⁷⁰⁶« La policía chilena ficha por primera vez a Pinochet y toma sus huellas dactilares » journal « EL PAIS », jeudi 29 décembre 2005, p. 8

suivante : « *Les excès qu'on m'attribue ont été commis par mes subordonnés, agissant en dehors de ma connaissance et de mon contrôle* »⁷⁰⁷. »

Quoi qu'il en soit, ses avocats le défendirent toujours en invoquant son état de santé. Pourtant deux faits jouaient en sa défaveur : en premier lieu la révélation de l'existence de nombreux millions gardés par Pinochet à la banque Riggs de Washington, démontrant qu'il avait les facultés pour gérer un compte de cette importance et en second lieu la diffusion d'une entrevue que le dictateur accepta de donner quelques mois avant à une chaîne de télévision de Miami « *dans laquelle il répondit aux questions avec une totale lucidité* »⁷⁰⁸.

Mais après la mort de Pinochet, la justice poursuit son travail. Ainsi le 2 juin 2010, la Cour d'Appel de Santiago ratifia des sentences de seconde instance dans deux procès pour des violations des droits de l'homme commises entre 1973 et 1990. Ainsi furent confirmées les peines de 15 ans de prison⁷⁰⁹ contre l'ex-chef de la DINA Manuel Contreras.

Le 17 décembre 2010, la Cour d'Assises de Paris condamna à la prison à perpétuité Manuel Contreras pour l'assassinat de quatre citoyens franco-chiliens durant la dictature.

Le 17 juillet 2012 le Ministre chilien Mario Carroza promulgua un arrêt d'inculpation contre les colonels des forces aériennes du Chili (FACH) en retraite Ramón Cáseres, Jorquera et Edgar Cevallos Jones identifiés comme les auteurs des tortures ayant provoqué la mort du général Alberto Bachelet, père de l'ex-présidente, le 12 mars 1974⁷¹⁰.

Le 1er août 2012, la Cour d'Appel de Santiago prononça un jugement en première instance dans l'enquête pour séquestration qualifiée de Claudio Contreras Hernández, advenue à partir du 7 janvier 1975 dans la région "Metropolitana" (provinces autour de Santiago). On rendit responsables du crime cinq agents de la Dirección de Inteligencia Nacional (la DINA) parmi lesquels Manuel Contreras Sepulveda, qui fut condamné à 15 ans de prison sans aménagements de peine. "Au cours de l'enquête il a été établi que le 7 janvier 1975 Claudio Enrique Contreras Hernández, militant du "Movimiento de Izquierda Revolucionario" -MIR- nom de militant "OMAR", 27 ans, fut arrêté sur la voie publique par des agents de la DINA. Il a été ensuite transféré à la "Villa Grimaldi", lieu où Contreras le tortura quotidiennement et

⁷⁰⁷Prudencio García en : « *Courrier International* ». No. 741 du 13 au 19 janvier 2005, p. 24

⁷⁰⁸« *Courrier International* », op. cit., p. 23

⁷⁰⁹Voir "Corte de Apelaciones ratifica condenas contra Manuel Contreras por secuestro" emol. Chile – informations en ligne du Chili, mercredi 2 juin 2010. <http://www.emol.com> (Visité le 22 octobre 2012)

⁷¹⁰"Primeros procesamientos por muerte del general Bachelet". 17 juillet 2012. www.24horas.cl (Visité le 30 septembre 2012)

le soumis à de nombreuses confrontations. Là-bas, de nombreux témoins déclarèrent l'avoir vu présentant des signes de torture. Le 25 janvier 1975, il est sorti de cet endroit sans qu'on ait jamais su où le retrouver par la suite⁷¹¹.

La dernière condamnation de Manuel Contreras intervient le 5 septembre 2012, quinze ans de prison, pour l'homicide qualifié du militant du MIR Ramón Martínez González âgé de 23 ans, nom de militant "Claudio", qui fut assassiné le 13 janvier 1975 à Santiago, après avoir subi toutes sortes de sévices et de tortures, après avoir été blessé par balles, puisqu'il avait résisté lors de son arrestation le 6 janvier. Ainsi, en juillet dernier, l'ex-général Contreras totalisait 278 années de prison pour 34 condamnations fermes, c'est à dire ratifiées par la Cour Suprême. Avec cette nouvelle peine s'y ajoutent 12 ans en première instance et 3 en seconde. Il se trouve actuellement incarcéré au pénitencier de Peñalolén⁷¹² en attendant d'accomplir la condamnation à perpétuité infligée par la cour d'assises de Paris mentionnée précédemment.

La fin décembre 2012, presque quarante ans après l'assassinat du chanteur chilien Victor Jara, la justice entama un procès contre un groupe d'ex-officiers de l'armée chilienne qu'elle déclara auteurs et complices présumés de ce crime. Un juge spécial qui conduisit l'affaire accusa les ex-lieutenants Pedro Barrientos et Hugo Sánchez Marmonti d'être les auteurs de l'homicide du chanteur, survenu le 16 septembre 1973, cinq jours après le coup d'état contre le président Salvador Allende. Un ordre de détention internationale fut émis à l'encontre de l'ex-lieutenant Pedro Barrientos, en raison de sa résidence à l'étranger⁷¹³.

Dans le cadre des détentions massives réalisées après le coup d'État, Jara étant comme un symbole artistique du gouvernement d'Unité Populaire que dirigeait Allende, fut détenu avec des milliers de personnes et conduit au Stade du Chili (estadio de Chile) de Santiago, où il fut torturé et assassiné. Furent inculpés comme complices du crime Roberto Souper Onfray, Raúl Jofré Gonzalez, Edwin Hasse Mazzei, Luis Bethke Wulf et Jorge Smith Gumucio, tous officiers présents dans le stade, et qui se trouvent en détention préventive dans un bataillon de la police militaire. Le juge de l'affaire expliqua que la lenteur du système judiciaire chilien pour parvenir à cette étape d'accusation a été dû en partie au manque de collaboration pour identifier les responsables présumés des faits. "Nous avons toujours voulu connaître la liste

⁷¹¹Voir "Nueva condena contra Manuel Contreras por caso de DD.HH". 1er août 2012. www.24horas.cl (Visité le 24 octobre 2012).

⁷¹²Voir "Nueva Condena en Primera Instancia contra general (r) Contreras". nacion.cl –Noticias de Chile y el mundo, 05/09/2012. www.lanacion.cl (visité le 23 octobre 2012).

⁷¹³Revista Semana, Colombie, 29 de diciembre de 2012. Page Web: www.semana.com/.... muerte victor-jara/326895.(dernière consultation le 13- I- 2013).

des noms des officiers responsables de la conduite des arrestations du Stade du Chili, mais cela a été impossible, aussi adressez vous directement aux ministres de la défense". Déclaration faite à la veuve du chanteur Jara⁷¹⁴.

⁷¹⁴Ibidem. Il faut noter que "en febrere 2015, la justice americaine a appelé dans un procès civil au citoyen chilien Pedro Pablo Barrientos Nuñez, qui réside dans ce pays, par une plainte déposée contre lui en 2013 comme autor de l'assassine de Victor Jara ". Journal "emol el mercurio" sábado 4 de julio 2015. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2015/01/16/699451/en-febrero-parte-juicio-civil-en-eeuu-última-busqueda>: 13 de abril 2015.

Section 2.

PINOCHET DEVANT LA COUR D'ASSISES DE PARIS

Lors de l'arrestation d'Augusto Pinochet à Londres le 16 octobre 1998, la communauté internationale prend conscience de la lutte contre l'impunité qu'il lui faudra engager concernant les faits survenus en Chili durant le régime militaire.

Aussi les jours suivant cette arrestation, les proches de neuf citoyens français disparus au Chili entre le 11 septembre 1973 et le 9 février 1977⁷¹⁵, présentent-ils une requête en France pour que justice leur soit rendue alors même que ces faits favorisaient d'une totale impunité au Chili. Toutefois, seules les plaintes avec constitution de parties civiles⁷¹⁶ des familles d'Alfonso CHANFREAU, de Jean-Yves CLAUDET, de Georges KLEIN et d'Etienne PESLE furent déclarées recevables par la justice française.⁷¹⁷

Le juge Le Loire ouvre sur cette base, une instruction dès le 30 octobre 1998⁷¹⁸. La juge Sophie Clément la conclura le 21 février 2007 par une ordonnance de mise en accusation devant la Cour d'assises. En mai 2008, le procès fut reporté une première fois et se tint en fin de compte en décembre 2010 devant la Cour d'Assises de Paris –la plus haute juridiction criminelle française-. Pour pouvoir instruire ce procès deux éléments juridiques sont pris en considération :

⁷¹⁵« En 1977 quand il s'est s'agi de mener la première enquête sur les faits survenus au Chili, il n'y avait pas d'éléments suffisants pour ouvrir une enquête ». Entretien réalisée avec Maître Sophie THONON, le 14 novembre 2014 à Paris.

⁷¹⁶Les avocats des familles qui se constituaient partie civile s'appelaient William BOURDON y Sophie THONON, étaient présents également les avocats des associations Claude KATZ y Benjamin SARFATI. Dès juillet 1999, la FIDH et son organisation membre en France, la Ligue française des droits de l'homme et du citoyen (LDH), se constituent parties civiles. Le CODEPU (la Corporation pour la défense et la promotion des droits du peuple), organisation membre de la FIDH au Chili, ainsi que l'association des ex-prisonniers politiques chiliens en France et France Amérique-Latine sont également parties civiles aux côtés des familles des victimes.

⁷¹⁷La première plainte est déposée par Isabelle Ropert au nom de son frère, Enrique Ropert, arrêté le 11 septembre 1973 devant le Palais Présidentiel de la « Moneda », ensuite retrouvé mort le 20 octobre 1973 à la morgue de Santiago.

⁷¹⁸« Dans cette instruction se dressèrent de nombreux obstacles à la coopération judiciaire internationale. De nombreuses commissions rogatoires furent adressées aux autorités judiciaires à Santiago, mais la Cour Suprême de Chili prenait encore en compte la loi d'amnistie de 1978, de ce fait il était difficile d'obtenir des preuves qui pourraient permettre d'ouvrir une enquête » Entretien réalisée avec Maîtres William BOURDON, le 13 novembre 2014, à Paris. « L'Argentine elle non plus ne répondit pas à ces commissions. Par chance, le juge chilien Juan Guzman, qui a inculpé le général Pinochet dans son propre pays, a tout fait pour faciliter l'enquête française ». Entretien réalisée avec Maître Sophie THONON. Voir, supra, Note 1.

1. la qualification des crimes commis (règles de fond) (§1.)
2. les conditions sur lesquelles se base la justice française (règles de procédure) pour avoir la compétence de se saisir de l'affaire et conduire ledit procès (§ 2.).

§ 1. LES REGLES DE FOND

Les faits délictueux commis par la dictature de Pinochet furent qualifiés de “arrestations et séquestrations⁷¹⁹ aggravées, actes de torture⁷²⁰ et actes de barbarie”⁷²¹. Mais en réalité étaient en cause des qualifications juridiques “omniprésentes absentes du verdict”⁷²² telles que la disparition forcée (A) et le crime contre l’humanité (B), objet d’analyse de cette sous-section.

A. LA DISPARITION FORCEE.

Les faits délictueux ne furent pas initialement qualifiés de “disparition forcée” en raison du fait que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées n’entrera en vigueur que le 23 décembre 2010⁷²³. Cette situation engendra

⁷¹⁹La notion de la séquestration s’entend comme une qualification continue. Voir Supra Note 12.

⁷²⁰La torture est considérée comme une circonstance aggravante.

⁷²¹“Les faits (...) déclarés constants par la Cour rentrent dans le cadre des crimes prévus et réprimés par les articles 59, 60, 341 – 1°, 344 du code pénal en vigueur au moment des faits, 121-6, 121-7, 224-1, 224-2 alinéa 2, 132-23 alinéas 1 y 2 du code pénal (...)”. Cour D’Assises de Paris, 3ème Section, statuant dans le cadre de la procédure du défaut criminel, N°07/0027. Arrêt Criminel, du 17 décembre 2010, qui condamne AHUMADA VALDERRAMA Rafael et autres, p. 15

⁷²²Intervention de Maître Benjamin BECTARTE avocat pour la FIDH et la LDH. Audience du Jeudi 16 décembre 2010, Cour d’Assises de Paris. http://jac.forton.free.fr/blog_fr/index.php?m=12&entry=entry101221-122316. Visitée la dernière fois: 13 octobre 2013

⁷²³Il convient de souligner que le jugement contre la dictature de Pinochet se tint du 10 au 17 décembre 2010 alors même que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées n’entra en vigueur que le 23 décembre 2010. Information disponible sur

<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?stc=TREATYS>. Visitée la dernière fois le 15 novembre de 2014. La France prend part à cette Convention.”[e]n septembre 2008, Mme Rama Yade, secrétaire d’État chargée des Affaires étrangères et des droits de l’homme, déposa les instruments de ratification par la France de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. La France devint ainsi le cinquième État au monde et le 1er État membre de l’Union Européenne à ratifier cette Convention” (Ratification: 23/sep/2008). Information disponible à <http://www.franceonu.org/la-france-a-l-onu/dossiers-thematiques/droits-de-l-homme-État-de-droit/disparitions-forcees/>. Visitée la dernière fois le 15 novembre 2014...

certaines difficultés⁷²⁴ au début de l'enquête dans la mesure où la justice prenait en compte le caractère permanent du crime de disparition forcée, alors même que les corps des victimes n'ont jamais été retrouvés. Finalement William Bourdon, avocat de trois des familles parvint à démontrer que la qualification retenue d'arrestations et de séquestrations, aggravées d'actes de torture et de barbarie, en droit français soit convertie ultérieurement en crime de disparition forcée⁷²⁵.

Il y a lieu de remarquer que le délit de disparition forcée⁷²⁶ est nécessairement commis par les Agents de l'État ou sous l'autorité de l'État⁷²⁷, éléments qui font partie constituante du cas Pinochet. Une autre de ses caractéristiques tient à ce que ce délit, en devenant un crime contre l'humanité⁷²⁸, est imprescriptible.

Maître Bourdon a qualifié les disparitions d'«arme de destruction psychologique massive», dont l'effet à retardement ne cesse de se répandre dans le corps social. Le caractère systématique, massif, se trouve au cœur de la notion de disparition forcée, par opposition à un cas isolé (...). C'est un « crime continu », qui se prolonge dans le temps par la soustraction des restes des disparus et la négation du « droit de savoir » des familles. Les proches sont eux-mêmes des victimes de cette forme perverse de répression, qui les prive de funérailles, d'acte de décès et de la possibilité d'effectuer le deuil »⁷²⁹.

⁷²⁴Lors de l'entrevue avec Maître William Bourdon, le 13 novembre 2014, ce dernier mentionna les difficultés rencontrées au début du procès liées à la non-qualification du fait délictueux en "disparition forcée", puisque que la "Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées", ne devait entrer en vigueur que le 23 décembre 2010.

⁷²⁵Ibidem, Maître Bourdon a souligné qu'au début on ne parle pas en termes de disparition forcée, mais de séquestration et la torture, ce qui veut dire que tout le droit interne pénal français s'applique. La disparition forcée n'était pas considérée comme un délit commun. Le droit français ne reconnaissait pas alors la disparition forcée, elle n'existait que dans les conventions.

⁷²⁶« Le crime de disparition forcée, était qualifié par la France au moment de l'enquête de séquestration, puisque qu'il est considéré comme un crime continu". Entrevue par la signataire avec Maître Sophie Thonon, 14 novembre 2014.

⁷²⁷Ce délit se trouve qualifié dans le code pénal français art. 221-12, qui dit:- "[c]onstitue une disparition forcée l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté d'une personne, dans des conditions la soustrayant à la protection de la loi, par un ou plusieurs agents de l'État ou par une personne ou un groupe de personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement des autorités de l'État, lorsque ces agissements sont suivis de sa disparition et accompagnés soit du déni de la reconnaissance de la privation de liberté soit de la dissimulation du sort qui lui a été réservé ou de l'endroit où elle se trouve». Information disponible à www.Legisfrance.gouv.fr. Dernière recherche le 19 novembre 2014.

⁷²⁸Ibidem, Art. 212-1 du C.P No. 9. (Modifié par LOI No. 2013.711 du 5 août 2013. art. 15) : « [c]onstitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'un attaque généralisée ou systématique : (...) 9.La disparition forcée. »

⁷²⁹Paulo A. Paranagua, « Le Monde », France, 18.12.10

Le délit de disparition forcée instaure une nouvelle compétence universelle en France⁷³⁰, car ce dernier est assimilé à un crime contre l'humanité, puisque commis « en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique ». Ainsi la compétence française peut s'exercer à partir du moment où l'inculpé se trouve sur le territoire français. Mais « habituellement la seule présence sur le territoire français d'une personne qui s'est rendue coupable à l'étranger d'un crime contre l'humanité n'est actuellement pas suffisante pour donner compétence aux juridictions françaises⁷³¹ ».

Comme la majeure partie des autres compétences universelles formulées aux articles 689-2 et suivants du code de procédure pénale, celle-ci y est incorporée à partir de la Convention internationale à laquelle adhère la France, en l'occurrence conformément à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006.

Cette convention conduit par conséquent le législateur à incriminer spécifiquement le crime de disparition forcée à l'article 221-12 du Code pénal et à modifier l'article 212-1, 9° de ce code. De plus cette Convention, en application de l'article 9 § 2, requiert de chaque État-partie de prendre « les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit État l'extrade, ou le remet à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence ». C'est d'ailleurs aussi pour se conformer à d'autres dispositions de cette convention que la loi du 5 août 2013 a étendu le domaine d'application des dispositions de l'article 113-8-1 du Code pénal français.⁷³²

Pour conclure, mentionnons la déclaration faite au procès par Maître BECTARTE⁷³³, en référence à la disparition forcée: « A l'ingéniosité des bourreaux, il faut répondre par l'ingéniosité du droit. Le bon nouvel est que tous les pays du « Cône sud » ont signé la

⁷³⁰En effet la loi du 5 août 2013 crée l'article 689-13 dans le Code de procédure pénale. Laurent DESESSARD, « Application du droit pénal français dans l'espace à propos de quelques dispositions issues de la loi du 5 août ». En « Revue pénitentiaire et de droit pénal ». N° 2, avril-juin 2014, p. 435

⁷³¹Art. 689-11 C. de P. P. Voir aussi dans cette section le titre « L'utilisation de la compétence universelle ».

⁷³²Laurent DESESSARD, « Application du droit pénal français dans l'espace à propos de quelques dispositions issues de la loi du 5 août », in « Revue pénitentiaire et de droit pénal ». N° 2, avril-juin 2014, pp. 429-436

⁷³³Intervention de Maître Benjamin BECTARTE, constitution de partie civile pour la Fédération Internationale des droits de l'homme –FIDH- et la Ligue des Droits de l'homme –LDH-. Audience du Jeudi 16 décembre 2010, verdict de la Cour d'Assises de Paris, p. 13.

Document disponible à: http://jac.forton.free.fr/blog_fr/index.php?m=12&entry=entry101221-122316. Visité la dernière fois: 13 octobre 2013.

Convention contre les disparitions, qui oblige les États à poursuivre les auteurs car il s'agit d'un crime continu face au doute continu. Par contre, des juristes ont aussi inventé la prescription et la demi-prescription. Rappelons qu'il n'y eut aucun recours effectif à la justice jusqu'en 1990. On peut même se demander s'il y a aujourd'hui, reconnaissance de la victime directe, de la personne comme victime directe. Il faut lui donner le moyen juridique conduisant vers la vérité et contre l'oubli (...)"

B. LES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

Dans le jugement rendu à Paris contre la dictature de Pinochet les crimes contre l'humanité ne furent pas comptabilisés au nombre des délits puisqu'au moment du procès, ces derniers n'avaient pas fait l'objet d'une qualification dans le code français.

De 1945 à 1994, les juridictions françaises pouvaient se saisir des crimes contre l'humanité qui recouvraient dans cette période ceux "commis par des agents des puissances de l'Axe durant la Seconde Guerre mondiale".

En France, quand se présentèrent les cas Barbie, Touvier et Papon, la Chambre criminelle de la cour de cassation en précisa les conditions d'application. Elle détermina que les crimes contre l'humanité "sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit"⁷³⁴. Ces motifs sont d'ordre "politiques, raciaux ou religieux" commis "individuellement ou à titre de membres d'organisation".

Ce qui précède fut confirmé par la loi du 26 de décembre 1964 rendant imprescriptibles les crimes contre l'humanité commis "par les grands criminels des puissances de l'Axe". Par conséquent les faits dénoncés postérieurement à la seconde guerre mondiale n'étaient pas susceptibles d'obtenir la qualification de crime contre l'humanité⁷³⁵. Cette position fut confirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt Barbie du 29 janvier 1984.⁷³⁶

⁷³⁴Affaire Touvier, Crim. 6 février 1975, Bull. crim. No. 42

⁷³⁵Groupe d'action judiciaire de la FIDH. "France, Compétence universelle. État des lieux de la mise en oeuvre du principe de compétence universelle". Octobre 2005- n° 431, p. 8

⁷³⁶Voir page web www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/...../barbie_1985.pdf. Consultée la dernière fois le 11 novembre 2014

Los crimes contre l'humanité sont prévus dans les articles 211-1 et suivants du code pénal français de 1994, hors du concept restrictif des actes perpétrés par les puissances de l'Axe: "la déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité".⁷³⁷

L'origine internationale des crimes contre l'humanité fut consolidée par la loi du 9 août 2010 qui adapta le droit pénal français à l'Institution de la Cour Pénale Internationale⁷³⁸.

Les incriminations pour crimes contre l'humanité ne s'appliquent dans le code pénal qu'aux actes commis après son entrée en vigueur, autrement dit après le 1er mars 1994. Cette limitation se fonde sur les principes de la légalité et de la non-rétroactivité de la loi pénale.⁷³⁹ Aussi les faits antérieurs au premier mars 1994, tels que ceux survenus au Chili entre 1973 et 1990, ne peuvent être considérés comme des crimes contre l'humanité.

Au sujet de la non-qualification de crime contre l'humanité lors de ce procès, Maître BECTARTE⁷⁴⁰, déclara: "Bien sûr, il y a la non rétroactivité du droit. Mais le droit international pose des exceptions. Par exemple lorsque les actes sont tenus comme criminels par toutes les Nations. La disparition forcée est considérée aujourd'hui comme un crime contre l'humanité. La loi française de 1994 a codifié cette norme qui existait au niveau international. Le juge d'instruction a souligné le caractère international des crimes: -Ils ont été considérés comme tels par la Cour suprême; -Ils sont imprescriptibles, voir les décisions de la Cour suprême argentine; -Ils correspondent aux crimes décrits. Ceci est un procès historique. Les accusés ont montré une absence totale de regret et un mépris de la justice par leur absence. Il s'agit d'un crime massif et systématique confirmé par les avocats, les experts, les ONG, et accompli dans le cadre d'un projet concerté pour des raisons politiques".

⁷³⁷ Groupe d'action judiciaire de la FIDH. "France, Compétence universelle, op, cit., p.8

⁷³⁸ Voir supra Note 47 ? Chapitre 2, troisième partie. "[I]es incriminations des crimes contre l'humanité sont prévues aux articles 211-1 et suivants du Code Pénal. Cette définition nationale du génocide et des crimes contre l'humanité n'a pas marqué l'abandon de leur fondement international (...).[c]ette origine internationale des qualifications de crimes contre l'humanité s'est même renforcée avec la loi du 9 août 2010, qui a modifié la définition et la répression de ces crimes pour mieux la rapprocher du droit international.(L. n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, JO d'août) ». Didier REBUT, « Droit pénal International »,op, cit., pp.615 et 616.

⁷³⁹ Didier REBUT, "Droit Pénal International", Dalloz, Paris, 2012, p. 616.

⁷⁴⁰ Intervention du Maître Benjamin BECTARTE, verdict de la Cour d'Assises de Paris, op, cit., p. 12.

Et il conclut : “M. le Président, mesdames, ce que vous allez juger, ce sont des crimes contre l’humanité et des cas de disparitions forcées.”

§2. LES REGLES DE PROCEDURE.

En France l’étude de l’affaire Pinochet commença par une plainte. Cela signifie qu’aucune convention internationale n’intervint pour se saisir de l’affaire. Seul le droit interne s’applique alors avec pour résultat la compétence personnelle passive, autrement dit en relation avec la nationalité des victimes⁷⁴¹. Le cas diffère de ce qui s’est passé en Espagne où l’enquête contre Pinochet assoit sa base juridique sur la “Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide” qui permet aux autorités judiciaires espagnoles l’application de la compétence universelle.

Par conséquent, compte tenu de la nationalité franco-chilienne des victimes et de la non-présence sur le sol français des auteurs du fait criminel, deux règles de procédure sont appliquées dans ce procès:

1. La compétence extraterritoriale des tribunaux français (A)
2. Le procès par défaut ou in absentia (B).

A. LA COMPETENCE EXTRATERRITORIALE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS.

Il convient préalablement de préciser que la compétence des juridictions françaises se fonde sur deux critères quand il s’agit de juger des étrangers. Le premier se réfère à la compétence territoriale qui dépend du lieu de l’infraction : un juge français est compétent pour toutes les infractions commises sur le territoire français, que la victime soit française ou étrangère. Cette

⁷⁴¹Entrevue réalisée à Maître Sophie THONON à Paris, le 14 novembre 2014.

compétence se trouve consacrée par les articles 113-2 à 113-5 du Code pénal⁷⁴². Le second critère concerne la compétence personnelle liée à la nationalité de l'auteur ou de la victime.

De ce fait la justice française se considère compétente si un crime est commis à l'étranger par un citoyen français (compétence personnelle active) ou si la victime est française (compétence personnelle passive), sans toutefois ignorer que les tribunaux français peuvent également appliquer le principe de la compétence universelle.

En raison de ce qui a été mentionné précédemment, le fait que les quatre victimes possédaient la nationalité franco-chilienne (1) permit d'exercer la compétence extraterritoriale des tribunaux français⁷⁴³ pour mener l'enquête à son terme. La « compétence personnelle passive du fait de la nationalité des victimes (2) fut appliquée et non pas une compétence universelle puisque les auteurs du fait délictueux ne se trouvaient pas sur le territoire français, condition *sui generis* pour que cette compétence universelle puisse s'exercer (3).

C'est donc en application de la compétence personnelle passive et non de la compétence universelle que la justice française peut juger « le gouvernement militaire de Pinochet » (La cúpula militar de Pinochet).

On notera qu'en termes de compétence extraterritoriale il existe également la compétence réelle⁷⁴⁴ concernant des infractions commises à l'étranger qui portent atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou se rapportent à ses ressortissants.

1. Les victimes franco-chiliennes au centre de ce procès

Quatre citoyens franco-chiliens⁷⁴⁵ représentaient les victimes, raison de ce procès. D'autres victimes françaises se présentèrent également, dont les demandes ne furent pas acceptées

⁷⁴²Aux termes de l'article 113-2 du Code pénal, l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire.

⁷⁴³La compétence extraterritoriale du droit français comprend : Le principe de compétence réelle, le principe de personnalité active, le principe de personnalité passive et la compétence universelle. Cette compétence extraterritoriale se trouve établie d'une part aux articles 113-6 à 113-13 du Code pénal y d'autre part, aux articles 689 à 689-11 du Code de procédure pénale.

⁷⁴⁴Le principe de la compétence réelle, se trouve établi à l'article 113-10 du code pénal. « Ce principe permet que les juridictions françaises compétentes puissent se saisir des atteintes aux intérêts de la Nation, telles que la trahison, l'espionnage, complot et insurrection, atteintes à la défense nationale etc., elles pourront aussi se saisir de la falsification et de la contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies ou d'effets publics et de tout crime ou délit contre les agents ou locaux diplomatiques ou consulaires français, commis en dehors du territoire de la République. »H.-D. Bosly et D. Vandermeersch "Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux". Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 179.

⁷⁴⁵Les victimes reconnues étaient les suivantes: Jean-Yves Claudet, membre du MIR, en charge des relations internationales, capturé en Argentine dans le cadre du Plan Condor, puis transféré au Chili où il disparut.

2. La compétence personnelle passive

En vertu de l'article 113-7 du code pénal⁷⁴⁶, le juge français est compétent pour instruire des crimes et des délits commis par un citoyen français ou un ressortissant étranger hors du territoire de la république quand, au moment où se commet l'infraction, la victime possède la nationalité française. Ainsi la justice française punit-elle les actes commis en appliquant le principe de la personnalité passive⁷⁴⁷.

3. La compétence universelle en France

Ainsi la compétence universelle ne se serait pas exercée dans ce cas précis, car l'auteur de l'infraction ne se trouvait pas sur le territoire français et l'extradition se révélait une procédure complexe à engager⁷⁴⁸. Il n'en reste pas moins important d'analyser : la configuration d'une telle compétence en droit français, en tant que mécanisme de lutte contre l'impunité (a), quels furent les cas où s'est appliquée la compétence universelle (b) et, pourquoi cette dernière n'a-t-elle pas été appliquée dans l'affaire Pinochet (c).

Georges KLEIN, conseiller du Président Allende, capturé au palais de La Moneda le jour du coup d'État et qui disparut. Alfonso CHANFREAU, membre du MIR, responsable de la ville de Santiago. Il fut capturé chez lui par la DINA et disparut et, Etienne PESLE, en charge de la réforme agraire à l'institut du développement de l'agriculture et de la pêche (INDAP) à Temuco. Il fut arrêté par une patrouille militaire et disparut. FIDH, "Le jugement de la Dictature de Pinochet", op, cit., pp. 4-5

⁷⁴⁶ "[L]es premières conditions qui doivent être vérifiées pour retenir la compétence personnelle passive de la loi pénale française sont précisées dans l'article 113-7 du Code pénal. L'infraction commise à l'étranger devient ainsi un crime ou un délit puni d'emprisonnement en application de la loi française, aucune compétence personnelle passive n'étant concevable pour les délits punis uniquement d'une peine d'amende et pour les contraventions. Il importe également que la victime de l'infraction soit de nationalité française au moment des faits (...)" Rodolphe MÉSA "Retour sur les compétences territoriale et personnelle de la loi pénale française". En Gazette du Palais – Editions Professionnelle-, vendredi 17, samedi 18 janvier 2014 – No. 17 a 18.

⁷⁴⁷ La justice française s'était déjà prononcée dans un cas pour compétence personnelle passive, celui d'Alfredo Stiz, "l'Ange de la mort". Voir, infra ; p. 19

⁷⁴⁸ L'extradition de Pinochet, ne fut pas seulement par l'Espagne, elle le fut également par la France d'une façon ininterrompue, la Belgique (voir, infra, p. 15) et la Suisse, pour ces mêmes faits que L'Espagne avait pris en considération et qui firent des victimes dans chacun de ces pays. C'est la raison pour laquelle on attendit dans un premier temps le verdict de la Chambre de Lords concernant la demande de L'Espagne (Voir, supra ; section 2, chapitre 2, deuxième parti). Il s'avéra qu'ensuite le 21 février 2007 (Voir, supra ; p. 1), date à laquelle fut rendue l'ordonnance de mise en accusation devant la Cour d'assises de Paris, une partie des accusés se trouvait détenue au Chili et que Pinochet était déjà décédé depuis le 10 décembre 2006, jour où, ironie du sort, est célébrée la journée du droit de l'homme.

a. *La mise en œuvre de la compétence universelle*

La compétence internationale pénale d'une juridiction pénale appelée « universelle », permet à la juridiction d'un État de se saisir de faits commis par des étrangers, à l'étranger⁷⁴⁹, et qui affectent des étrangers, sans qu'existent de critères tels la nationalité de la victime ou de l'auteur présumé, ou un élément constitutif d'infraction ou d'atteinte contre les intérêts fondamentaux de l'État qui exerce ladite compétence.

Cette compétence peut dériver du droit conventionnel ou du droit coutumier.⁷⁵⁰ En droit conventionnel elle est prévue par certains instruments internationaux à l'instar de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984, des Conventions de Genève de 1949, de la Convention Internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

La compétence universelle est prévue en France pour le crime de torture, quand le suspect se trouve sur le territoire français et sous des conditions plus restrictives, pour le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

Cette compétence universelle se trouve réglementée aux articles 689-1 al 689-11 du Code de procédure pénale.

Dans le cas présent, nous nous en tiendrons à l'analyse de ce qui est établi aux articles 689-1, 689-2 et 689-11 du C. de P.P. puisque ceux-ci traitent de la présence de l'auteur du crime sur le sol français.

En premier lieu, l'article 689-1⁷⁵¹ met en évidence deux exigences : La première inclut de démontrer la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire français⁷⁵², condition *sui*

⁷⁴⁹« (...) la compétence universelle ne peut pas être justifiée par une souveraineté propre de l'État qui l'exerce, puisque celui-ci ne peut pas faire valoir de droit personnel à réprimer l'infraction concernée. » Didier Rebut "Droit pénal international", Dalloz, 2012, p. 91

⁷⁵⁰Voir, Supra ; section 2, chapitre 1, première partie, p. 23

⁷⁵¹Art. 689-1 "En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable.- ". Entrée en vigueur le 1er mars 1994. (les caractères gras sont de la signataire). Voir supra Note 242 (p. 69 Guatemala).

⁷⁵²Voir Supra Nota 242, p. 69 (Guatemala)

generis pour pouvoir appliquer la compétence universelle, et la seconde consiste à choisir correctement l'incrimination, objet de la compétence universelle.⁷⁵³

En second lieu, l'art. 689-2 indique que les juridictions françaises sont compétentes pour juger toute personne coupable de tortures, ces dernières étant précisées à l'art. 1 de la Convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Par conséquent l'application de la compétence universelle, en vertu des articles 689-1 et 689-2 du Code de procédure pénale, est basée sur la présence en France de l'auteur ou des auteurs présumés des actes de torture au moment de l'ouverture de l'enquête⁷⁵⁴.

En troisième lieu, l'art. 689-11 fut modifié par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010, art. 8, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, publiée au JO du 10 août 2010. Ainsi cet article précise les conditions d'application de la compétence universelle:

- Il est apporté une restriction au concept de la présence du présumé responsable en territoire français, car il est exigé actuellement que l'auteur présumé des faits réside habituellement sur le territoire français.
- Il est également exigé que les crimes soient punissables à la fois par le droit français et par la législation de l'État où ils ont été commis⁷⁵⁵.
- Les juridictions françaises ne peuvent être saisies que si la Cour Pénale Internationale décline expressément sa compétence.⁷⁵⁶
- Figurent enfin deux conditions supplémentaires : le monopole du Ministère public pour initier les poursuites et l'absence de demande de remise ou d'extradition de la personne en cause⁷⁵⁷

⁷⁵³Delphine Brach-Thiel "Les "Disparus du Beach" Regard sur une affaire toujours en cours". AJ Pénal, novembre 2013, pp 599-600.

⁷⁵⁴« Cass.crim., 21 janv. 2009, n° 07-88.330: JurisData n°2009-046741; Bull.crim. 2009, n°22.-V.O.Beauvallet, L'univers intérieur, A propos de Cass. Crim., 21 janv. 2009: Dr.pén 2009, étude 7".

<http://www.lexisnexis.com.scd-rproxy.u-strasbg.fr/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?jobH>. Dernière recherche le 12 avril 2014.

⁷⁵⁶Élise Le Gall, "De la Cour D'assises de Paris à L'Assemblée Nationale: Retour sur la compétence Universelle comme instrument de Répression des Crimes Internationaux". En AJ Pénal, avril 2014, pp. 148 - 149

⁷⁵⁷M. DANTI-JUAN et M. MASSÉ, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », in Liber amicorum Henri-D, Bosly, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 119-121. Voir en ce même sens FIDH (Fédération International des Droits de l'homme) 20 ans après le génocide au Rwanda. Le premier procès en France d'un accusé de complicité de Génocide. Procès de Pascal Simbikangwa devant La Cour d'assises de Paris 4 février – 28 mars

Ces conditions firent l'objet de critiques car devenant très restrictives pour la mise en œuvre de la compétence universelle dans les cas de poursuites envers les crimes relevant du Statut de la Cour pénale internationale (génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre)⁷⁵⁸.

b. Les cas de compétence universelle en France.

Les conditions établies à l'art. 689-11 C.de P.P.⁷⁵⁹ furent prises en compte pour arriver le 17 mars 2014 à la condamnation du citoyen rwandais Pascal Simbikangwa, accusé de complicité et de génocide de crimes contre l'humanité dans le contexte du génocide perpétré au Rwanda en 1994 qui vit le massacre de nombreux tutsis⁷⁶⁰. L'affaire Simbikangwa est « le premier procès en compétence extraterritoriale organisé en France pour des actes commis lors du génocide au Rwanda ».⁷⁶¹

2014. Page web.// www.FIDH.org/...14931-pascal-simbikangwa-condamne-pourgenocide-et-complicité-de-crimes-contre-1. Visitée pour dernière fois: 30/03/2014.

⁷⁵⁸Ibidem. Sur ces conditions restrictives « saisie d'une proposition de loi du sénateur Jean-Pierre Sueur, déjà adoptée le 26 février 2013 au Sénat. Cette proposition de loi vise à réformer l'article 689-11 du code de procédure pénale. Ainsi donc, l'Assemblée nationale va prochainement se prononcer à nouveau sur le principe de compétence universelle des tribunaux français pour reconnaître les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre».

⁷⁵⁹Voir, supra ; p. 12

⁷⁶⁰Voir, infra ; Note 242 ? « (...) [d]e telle façon qu'en accord à la compétence des juridictions français, ces procès eut lieu en France en prenant en compte la compétence des tribunaux nationaux habituellement définie par un critère territorial (les infractions commises sur le territoire français) ou personnel (les infractions commises par ou sur une personne ayant la nationalité français)». FIDH, « 20 ans après le génocide au Rwanda », op, cit., p. 1

⁷⁶¹ FIDH: 20 après le génocide au Rwanda. Le premier procès en France d'un accusé de complicité de Génocide. Procès de Pascal Simbikangwa devant La Cour d'assises de Paris du 4 février au 28 mars 2014. Page web. // www.FIDH.org/...14931-pascal-simbikangwa-condamne-pourgenocide-et-complicité-de-crimes-contre-1. Visitée la dernière fois: 30/03/2014. FIDH (Fédération Internationale des Droits de l'homme) 20 ans après le génocide au Rwanda, op, cit., p. 1. Egalement dans ce cas il est fait référence au principe de la complémentarité avec la TPIR.

Egalement, il y a lieu de souligner dans ce cas le principe de complémentarité avec le TPIR. Rappelons que "[l]e Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a été mis en place par l'adoption d'une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies, le 8 novembre 1994. Il a pour mandat de juger les présumés responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1er janvier 1994 et le 31 décembre 1994. Dans le cadre de la réalisation de sa stratégie d'achèvement, le TPIR, qui a un mandat limité, juge en priorité les plus hauts responsables tout en invitant les tribunaux nationaux à poursuivre les autres responsables présumés se trouvant dans leur ressort. Pour ce faire, le Procureur du TPIR peut décider de ne pas exercer sa compétence en cas d'enquêtes menées parallèlement au niveau national, si le Procureur estime qu'un procès au niveau national est plus approprié. C'est dans ce contexte que le TPIR s'est officiellement dessaisi du cas de Pascal Simbikangwa, le 28 novembre 2005, au profit des juridictions rwandaises. C'est sur ce fondement que le Rwanda a demandé l'extradition de Pascal Simbikangwa à la France, ce que celle-ci a refusé en novembre 2008". FIDH: 20 après le génocide au Rwanda. Le premier procès en France d'un accusé de complicité de Génocide. Procès de Pascal Simbikangwa devant La Cour d'assises de Paris 4 février – 28 mars 2014. Pagina web.// www.FIDH.org/...14931-pascal-simbikangwa-condamne-pour-genocide-et-complicité-de-crimes-contre-1. Visitée la dernière fois le 30/03/2014.

En France, en dehors du cas du Rwanda, la compétence universelle avait été appliquée en deux occasions :

La première fois le 1er juillet 2005 quand Ely Ould Dah⁷⁶², capitaine de l'armée mauritanienne fut condamné par la Cour d'assises de Nîmes à 10 années de réclusion criminelle pour actes de torture commis en Mauritanie entre 1990 et 1991.

La seconde fois le 24 septembre 2010 quand Khaled Ben Saïd⁷⁶³ commissaire de police tunisien, fut condamné par la Cour d'assises de Meurthe et Moselle à 12 années de réclusion pour actes de torture commis en Tunisie.

Les deux condamnations furent prononcées par défaut ou in absenti (dénommée antérieurement “par contumace”)

c. L'absence de compétence universelle dans l'affaire Pinochet

Suite à l'analyse précédente il ressort que le principe de la compétence universelle ne pouvait pas être utilisé dans le cas Pinochet devant la Cour d'assises de Paris car les inculpés ne se trouvaient pas sur le territoire français, exigence essentielle de la loi pénale française pour appliquer ledit principe. (arts. 689-1 et 689-2).

Le principe de la compétence universelle inclut le principe “aut dedere aut judicare”⁷⁶⁴ d'après lequel il est possible de juger la personne présente sur le territoire ou, si tel n'est pas le cas de l'extrader⁷⁶⁵.

Cependant il peut également arriver que l'auteur de l'infraction, après avoir été présent sur le territoire français au moment de la mise en œuvre de la compétence universelle, soit ultérieurement soumis à un procès sans pouvoir être présent lors de celui-ci. Il peut alors se tenir par défaut ou in absenti⁷⁶⁶, ce que permet le droit français⁷⁶⁷.

⁷⁶²Cass.crim., 23 2002, bull.crim. 2002, n°195; JCPG 2003, II, 10078

⁷⁶³«Khaled Ben Saïd, le premier procès en France d'un fonctionnaire tunisien accusé de torture». www.fidh.org/IMG/pdf/Bensaid512fr2008_FINAL.pdf. Consulté la dernière fois le 14 novembre 2014. Voir dans le même sens Dossier de presse FIDH LDH CODEPU – Le procès de la dictature de Pinochet, p.4

⁷⁶⁴Voir Supra section 2, chapitre 1, première partie,

⁷⁶⁵ Voir, supra, Note 34

⁷⁶⁶Voir Supra “le jugement par défaut”

L'affaire Ely Ould Dali,⁷⁶⁸ illustre cet état de fait ; en effet ce dernier se trouvait sur le territoire français, plus précisément à Montpellier, ce qui permit d'appliquer la compétence universelle conformément aux arts. 689-1 et 689-2 du C. de P.P., mais, après avoir été arrêté en France, il retourna dans son pays, et fut donc finalement jugé en France par défaut ou in absentia.

Dans le domaine du droit comparé, il faut signaler qu'en Belgique, avec la loi de 1993⁷⁶⁹ et avant la réforme de 2003 fut introduite la compétence universelle in absentia qui n'imposait pas la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire belge, aussi un jugement en son absence pouvait-il avoir lieu. Cela en vertu d'une compétence universelle absolue dans les conditions prévues tant par le D.I.H. que par le droit international coutumier. C'est au nom de ce droit coutumier qu'en 1998 le juge d'instruction Vandermeersch affirma sa compétence pour se saisir des crimes contre l'humanité à l'encontre de Pinochet⁷⁷⁰, conformément à la loi belge prévalant à cette époque. L'Espagne ne disposait pas alors de la compétence universelle in absentia et elle ne l'a toujours pas. Elle ne peut pas juger par défaut, cela n'existe pas dans son Code pénal. C'est la raison pour laquelle, dans le cas Pinochet, l'Espagne demanda à la Grande Bretagne son extradition afin qu'il comparaisse en jugement.

⁷⁶⁷Dans le cas Yerodia, examinée devant la Cour Internationale de Justice, en vint à affirmer que "le jugement par défaut dans la compétence universelle était un fait non reconnu en droit international". Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique). Opinion individuelle de M. Guillaume, Président. « Compétence pénale des juridictions nationales – Lieu de commission de l'infraction- Autres critères de rattachement – Compétence universelle – Absence », pp. 40-43. www.icj-cij.org/docket/files/121/8125.pdf. Consulté la dernière fois le 24 novembre 2014.

⁷⁶⁸Voir Supra "Cas de compétence universelle en France".

⁷⁶⁹Article 7 de la loi du 16 juin 1993. Dans Eric DAVID "Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003?", p. 1. <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/40n1/David.html>/(Jura Falconis, 40, n°1, pp. 55-72, 2003-2004). Consulté la dernière fois le 12 août 2014

⁷⁷⁰Ibidem, p. 8

B. LE PROCES PAR DEFAUT : PRINCIPE, DEROULEMENT, VERDICT.

Le 25 octobre 2001, le juge Le Loire délivre dix-neuf mandats d'arrêt internationaux pour "séquestration et tortures" ou "complicité de séquestration et tortures à l'encontre du général Pinochet, de quatorze militaires et de trois civils chiliens et un argentin, tous soupçonnés de la disparition des quatre franco-chiliens. Pinochet est accusé de l'élimination systématique de ses opposants politiques, en tant que "responsable intellectuel" et les autres inculpés en tant que "responsables matériels". Cette situation montra la possibilité d'instruire un procès par contumace⁷⁷¹, en l'absence de Pinochet et de ses subordonnés puisqu'une extradition se révélait peu probable⁷⁷². Nombre de ces militaires se trouvaient déjà incarcérés pour d'autres crimes contre l'humanité commis pendant la dictature militaire.⁷⁷³

En 2002 l'instruction est menée par la juge Sophie-Hélène Château, qui par la suite transmet le dossier à la juge Sophie Clément. Début février 2004, le ministre des Affaires étrangères français, Dominique de Villepin, "confirme la possibilité d'une condamnation par contumace du général Pinochet en France pour les violations aux droits de l'homme commises sur des Français durant le gouvernement militaire"⁷⁷⁴. Le 5 décembre 2005, le Parquet de Paris requiert le renvoi du général Pinochet et de 15 autres personnes devant la Cour d'Assises. Toutefois deux mois plus tard l'ordonnance de renvoi n'était pas signée, car des "instructions complémentaires" s'avéraient nécessaires. Le 21 février 2007, la juge Sophie Clément clôt l'instruction par une ordonnance de renvoi devant la Cour d'assises. Le procès, annoncé pour le 19 mai 2008, fut différé dans un premier temps⁷⁷⁵. Il eut finalement lieu devant la Cour d'Assises de Paris en décembre 2010.

⁷⁷¹ Depuis la loi du 9 mars 2004 le procès "par contumace" est dénommé procès "par défaut". Voir le titre "La loi du 9 mars 2004"

⁷⁷² Voir, Supra; Note 34

⁷⁷³ L'avocate Sophie Thonon déclare que "Pinochet est parfaitement accessible à une condamnation pénale" en France. Maître William Bourdon signale que "la loi française permet aux inculpés absents à leur procès d'être représentés et défendus par leurs avocats. S'ils ne sont pas défendus, c'est parce qu'ils ne veulent pas l'être..." Jac FORTON, «Pinochet, le procès de la dictature en France», Toute Latitudes, Espagne, 2009, pp. 139-140.

⁷⁷⁴ Entretien réalisée par la journaliste Andrea Desormeaux, "El Mercurio" du 2 février 2004.

⁷⁷⁵ Le 7 mai, le parquet de Paris émettait un communiqué: "La cour d'assises de Paris, saisie des poursuites contre dix-sept chiliens accusés d'arrestation et de séquestration avec actes de tortures et de barbarie sur les personnes de quatre ressortissants français entre 1973 et 1975, au Chili et en Argentine, devait siéger du 19 au 23 mai prochains. Compte tenu des difficultés et afin de permettre aux débats de se dérouler dans les meilleures conditions, le parquet général, après en avoir informé les parties civiles, a demandé au président de la cour d'assises d'ordonner le renvoi du procès à une date ultérieure (...)" Jac FORTON, «Pinochet, le procès de la dictature en France», op. cit., p. 171.

Ce procès par défaut se déroula en application de la loi du 9 mars 2004 (1) ainsi mise en pratique pour le cas Pinochet (2)

1. La loi du 9 mars 2004.

Le procès par défaut, qui permet que l'accusé soit jugé en son absence, se substitua à la procédure de jugement "par contumace" en 2004, pour remplir les exigences d'un jugement équitable.⁷⁷⁶

La loi du 9 mars 2004 qui témoigne de l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a modifié la procédure dite "de contumace". La nouvelle procédure prend le nom de "défaut en matière criminelle". Cette loi satisfait aux exigences de la Cour Européenne de Droits de l'Homme (CEDH).

Pour tenir compte de ces exigences, l'accusé, bien qu'absent, peut être défendu par un avocat. A la seule condition que l'accusé persiste dans son refus de comparaître devant le tribunal et de désigner un représentant légal, il aura la possibilité d'être jugé ainsi⁷⁷⁷.

La procédure prévoit que la décision est prise par la Cour seule, sans jury. Ainsi donc le jury est absent du jugement par défaut, seuls y assistent les trois juges professionnels. Si un avocat est présent, il assure la défense du prévenu et le procès se déroule normalement. La personne ainsi condamnée ne peut pas faire appel.

Si le condamné est arrêté ultérieurement, la personne doit être extradée et jugée de nouveau devant le tribunal pénal avec présence du jury.⁷⁷⁸

Ce procès par défaut en matière criminelle est réglementé par les articles 379-2 à 379-5 du Code de procédure pénale. Cela correspond au Chapitre VIII: Du défaut en matière criminelle (inséré par la loi n° 2004-204 du 9 mars art. 156 III JO mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)⁷⁷⁹

⁷⁷⁶«Le jugement de la Dictature de Pinochet». Dossier de Presse FIDH-LDH-CODEPU, p.10. www.fidh.org. Consulté la dernière fois le 12 septembre 2014.

⁷⁷⁷Ibidem.

⁷⁷⁸Rapport FIDH (Fédération internationale de la ligue des droits de l'homme). Novembre 2005. Groupe d'action judiciaire de la FIDH. Mauritanie. Affaire ELY OULD DAH, p. 12

⁷⁷⁹Code de procédure pénal. www.legifrance.gouv.fr. Visitée la dernière fois le 13 décembre 2014.

2. La mise en application de la procédure par défaut

Durant les années 1973-1990, la justice connut une interruption au Chili⁷⁸⁰. Les familles ne cherchèrent à obtenir justice mais ne trouvèrent aucune réponse. Il n'était pas tenu compte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁷⁸¹. Les Nations Unies pour leur part reconnaissaient la nécessité de juger les auteurs des disparitions forcées⁷⁸². Pour ce faire, afin d'instaurer une justice internationale, il s'avérait nécessaire de mener un procès contre le gouvernement militaire de Pinochet, lequel eut lieu finalement devant la Cour d'Assises de Paris du 8 au 17 décembre 2010 (a). Elle condamna 13 des accusés (b).

a. Le déroulement de la procédure par défaut

La procédure par défaut se déroule de manière ordinaire⁷⁸³, en incluant l'examen des preuves, l'audition des plaignants, témoins et experts. Dans cette procédure il fut tenu compte des recommandations de la CEDH qui a statué que celles-ci étaient conformes à la Convention.

Dans ce procès, le Procureur Général de Paris, François FALLETI déclara dans les propositions liminaires au nom du Ministère public: "Il faut respecter le droit des accusés, mais il faut aussi respecter le droit des victimes. Il est inconcevable de laisser les tortionnaires choisir de venir ou de ne pas venir selon leur bon vouloir. Ou être maîtres des horaires de la Cour. La recherche des preuves a été très complète. Il y a beaucoup d'éléments à examiner par votre Cour. Outre les témoignages, il y a des éléments substantiels. La procédure par défaut a obligé de notifier aux familles et aux accusés, les charges, les témoignages, les dates du procès. Les accusés ont eu la possibilité de se faire représenter. Ils ne l'ont pas fait, c'est leur choix. Mais pour les victimes, on ne peut plus attendre. Il fallait ce procès pour les familles et bien au-delà."⁷⁸⁴

⁷⁸⁰Voir Supra première chapitre, troisième partie. "La loi d'amnistie (décret ...) face à l'impunité.

⁷⁸¹ Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: "Droit à un procès équitable"

⁷⁸² Plaidoirie de M. L'avocat Général près le Parquet Pierre KRAMER, verdict de la Cour d'Assises, 17 décembre 2010; p. 6. http://jac.forton.free.fr/blog_fr/index.php?m=12&entry=entry101221-122316. Visitée la dernière fois le 13 octobre 2013.

⁷⁸³ Il s'agit d'une procédure de droit commun, selon l'article 113-7 du Code Pénal français. Ce procès a lieu devant la Cour d'Assises de Paris parce que c'est la juridiction compétente selon l'article 693 du Code Pénal.

⁷⁸⁴ Déclaration du Procureur Général de Paris François Falleti. Verdict de la Cour d'Assises, vendredi 17 décembre 2010. FIDH. "Le Jugement de la Dictature de Pinochet", p. 10.

Cette intervention met en lumière l'importance de l'affaire, ainsi que la volonté manifeste pour que les familles de ces quatre victimes franco-chiliennes puissent obtenir justice avec "sérénité et professionnalisme, comme dans tous les procès en France"⁷⁸⁵.

Ce procès tenu en France s'adossa sur deux exemples antérieurs de procès par défaut:

- Le premier quand la justice française se prononça sur le cas d'Alfredo ASTIZ⁷⁸⁶, surnommé "l'ange de la mort" de l'Ecole Supérieure de Mécanique de la Marine argentine, qui fut condamné à la réclusion à perpétuité par défaut en mars 1990 pour la disparition des deux religieuses françaises durant la dictature, après avoir échappé à la justice argentine en vertu de la "loi de point final" (ley de punto final) de 1986. Ultérieurement Alfredo ASTIZ dut comparaître en justice à Buenos Aires le 11 décembre 2009 pour crimes commis durant la dictature.⁷⁸⁷
- Le second dans la même affaire Pinochet où la DINA organisa un attentat contre l'ancien vice-président du Chili, Bernardo Leighton, réfugié à Rome avec son épouse, la justice italienne jugea en son absence le directeur de la DINA, le général Contreras et son subalterne le colonel Espinoza. Ces deux personnes furent condamnées à respectivement 20 et 18 ans de prison⁷⁸⁸.

Ce procès, l'avocat Général auprès du Parquet, Pierre Kramer, le justifie également qui dans les réquisitions finales déclare que: "Si la procédure par défaut n'existe pas, c'est la porte ouverte à l'impunité. Il ne faut pas devenir otage des accusés, il ne faut pas qu'ils soient maîtres du temps. La procédure par défaut a reçu l'acceptation de la CEDH. Elle est parfaitement équitable. Nous avons appliqué le droit commun, pas une procédure d'exception. De plus, la Convention contre les disparitions dit clairement que l'amnistie ne doit pas être un obstacle à la justice. Le droit à la justice est dans toutes les Conventions, etc. La défense des droits fondamentaux est essentielle. L'autorité judiciaire doit contrôler toute privation de liberté et faire respecter *l'Habeas Corpus*". Et il termine en disant: "La complicité de Contreras, Espinoza et Ribeiro est clairement établie. Je demande une peine de 20 ans pour ces trois accusés. Pour tous les autres, je demande 15 ans. Il faut confirmer les mandats d'arrêt internationaux"⁷⁸⁹

⁷⁸⁵Ibidem

⁷⁸⁶Cas dans lequel est aussi appliquée la compétence personnelle passive. Voir Supra Note 9

⁷⁸⁷Plaidoirie de Maître Thonon pour la Famille Claudet. Verdict de la Cour d'Assises. Audience du 16 décembre 2010, http://jac.forton.free.fr/blog_fr/index.php?m=12&entry=entry101221-122316. Visitée la dernière fois le 13 octobre 2013

⁷⁸⁸Jac FORTON, «Pinochet, le procès de la dictature en France»,...op, cit ; p. 131

⁷⁸⁹Plaidoirie de M. L'avocat Général près Le Parquet Pierre KRAMER, verdict de la Cour d'Assises, 17 décembre 2010. FIDH. "Le Jugement de la Dictature de Pinochet", op, cit., p. 10.

Dans ce procès par défaut qui se tint du 8 au 17 décembre 2010, il y a lieu de distinguer plusieurs faits marquants, à savoir:

- Le 8 décembre: M. Le Président de la Cour, Hervé STEPHAN président de la Cour, appela les témoins et plaignants. La participation du jury fut annulée en raison de l'absence des accusés. Il fut procédé à la constitution des parties civiles, et à la lecture de l'ordonnance de renvoi.
- Le 9 décembre: Déclarations des "Témoins de conscience" ou "Grands Témoins". Suite et fin de la lecture de l'ordonnance de renvoi. Témoignages de: M. Louis JOINET,⁷⁹⁰ M. Stéphane HESSEL⁷⁹¹, M. le juge Roger LE LOIRE,⁷⁹² Mme Magdalena GARCES,⁷⁹³ Mme Paz ROJAS⁷⁹⁴. D'autres témoins experts comparurent aussi durant le jugement.
- Les 10, 13, et 14 décembre: Examen des dossiers respectifs de: Georges KLEIN, Etienne PESLE, Alphonse CHANFREAU.
- Le 15 décembre: Examen du dossier de Jean-Yves CLAUDET. On note l'intervention de l'écrivain nord-américain John DINGUES, qui fit une déclaration à propos de l'Opération Condor, ainsi que celle de Martín ALMADA, qui découvrit les archives du Plan Condor au Paraguay.
- Le 16 décembre: Du fait de l'absence des accusés, M. Le Président STEPHAN a lu les déclarations écrites des accusés et la déclaration écrite de M. CONTRERAS. Il convient de noter également les plaidoiries des avocats: Me Claude Katz pour la FIDH et la LDH, Me Clémence BECTARTE pour la FIDH, Me Sophie Thonon pour France-Amérique latine et le Groupement des ex-prisonniers politiques Chiliens en France et aussi pour la famille Claudet, Benjamin SARFATI pour CODEPU, Me William Bourdon pour les familles Klein, Pesle et Chanfreau.

⁷⁹⁰Louis Joinet, ex Rapporteur Spécial de l'ONU, co-auteur des Principes pour la promotion et protection des droits de l'homme dans la lutte contre l'impunité, un des rédacteurs de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

⁷⁹¹Stéphane Hessel, l'un des corédacteurs de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme.

⁷⁹²Roger Le Loire, premier magistrat d'instruction dans cette affaire, qui lança aussi les premiers mandats d'arrêts contra Pinochet et autres, présenta les enjeux et les principales conclusions de son enquête. Le Loire fit référence, à l'évolution de la coopération des autorités chiliennes à l'enquête, qui furent très hostiles en 1998 quand fut exécutée la commission rogatoire au Chili avec l'appui du juge Guzmán, et aux interrogatoires des principaux accusés, qu'il réalisa au Chili. Il parla aussi du rôle des États-Unis dans le coup d'État et de son appui à l'Opération Condor, rappelant la citation à comparaître d'Henry Kissinger lors de sa visite en France.

⁷⁹³Magdalena Garcés, avocate Chilienne présenta l'évolution de la jurisprudence de la Cour Suprême, qui écarta le décret d'amnistie et introduisit des normes de droit international. Mais en même temps elle a décrit la formule de la semi-prescription, qui comporte une nouvelle forme d'impunité. Voir Chapitre premier de la deuxième partie.

⁷⁹⁴Mme Paz Rojas, ancienne présidente de CODEPU et neuropsychiatre. Elle fit état de son expérience des victimes et des effets trans-générationnels des disparitions forcées. Elle fit aussi une déclaration au sujet de Jorge Klein et des autres médecins de « La Moneda » avec qui elle travaillait.

- Le 17 décembre: Sont présentées les propositions liminaires de M. Le Procureur Général de Paris, François FALLETI, qui intervint la première fois pour mentionner l'importance de ce jugement⁷⁹⁵. Fut présentée aussi la plaidoirie de M. l'Avocat Général Près le Parquet, Pierre KRAMER,⁷⁹⁶ et le verdict de la Cour d'Assises de Paris, lu par M. Président de la Cour, Hervé STEPHAN, assisté par deux conseils, Mmes HILPERT et DEBOUE, magistrats au Tribunal de Grande Instance de Paris.

b. Le verdict de la Cour d'Assises de Paris

Le 17 décembre 2010, la Cour d'Assises de Paris condamne par défaut 13 des 14 accusés à des peines de 15, 20, 25, 30 ans et à la réclusion à perpétuité⁷⁹⁷. Ces personnes étaient accusées d'arrestation, enlèvement, séquestration ou détention arbitraire avec torture ou acte de barbarie⁷⁹⁸, dont furent victimes les citoyens franco-Chiliens Jean-Yves Claude, Georges KLEIN, Alfonso CHANFREAU et Etienne PESLE, en relation avec les crimes perpétrés durant les premières années de la dictature militaire en Chili.⁷⁹⁹

Augusto Pinochet figurait parmi les accusés dans cette affaire. Un mandat d'arrêt international avait été lancé à son encontre pour "sa responsabilité pénale personnelle et directe dans la disparition et la torture des quatre victimes, en tant que Commandant en Chef de l'Armée de Terre du Chili et Chef de la junte militaire. Les poursuites ont pris fin avec son décès, survenu le 10 décembre 2006, soit quelques semaines seulement avant que ne soit rendue l'ordonnance de mise en accusation de la Juge d'instruction Sophie Clément"⁸⁰⁰.

Quatre autres accusés moururent avant l'ouverture de ce procès : Javier Secundo Emilio PALACIOS RUHMANN (ancien Général de l'Armée de Terre du Chili, chargé de mener l'attaque du Palais présidentiel de la Moneda), Osvaldo ROMO MENA (ancien Commandant de l'Armée de Terre affecté à la DINA), Andres Rigoberto PACHECO CARDENAS (ancien Colonel de l'Armée de l'Air et Commandant de la Base de Maquehua) et Paul SCHAEFFER SCHNEIDER (ancien Chef de la "Colonia Dignidad" et ancien nazi).

Un seul des accusés fut acquitté et les 13 condamnations suivantes furent prononcées:

⁷⁹⁵Voir Supra Note 66

⁷⁹⁶Voir Supra Note 71

⁷⁹⁷Cour D'Assises de Paris. 3^{ème} Section. Statuant dans le cadre de la procédure du défaut criminel. N° 07/0027. Arrêt Criminel du 17 décembre 2010, qui condamne (.....), pp. 1-17.

⁷⁹⁸Voir, Supra ; pp. 2-7. Egalement, voir, supra ; « Fondements juridiques ». Section 1, chapitre 1, deuxième partie.

⁷⁹⁹FIDH, Le jugement de la Dictature de Pinochet", op, cit., p. 6

⁸⁰⁰FIDH « Le Procès de la Dictature de Pinochet », op, cit., p. 8

-Manuel CONTRERAS SEPULVEDA⁸⁰¹ et Pedro Octavio ESPINOZA BRAVO, à la réclusion criminelle à perpétuité.⁸⁰²

-Marcelo Luis MOREN BRITO⁸⁰³, Hermán Julio BRADY ROCHE⁸⁰⁴, Miguel KRASSNOFF MARTCHENKO,⁸⁰⁵ à trente (30) ans de réclusion

-José Osvaldo RIVEIRO⁸⁰⁶, Enrique ARANCIBIA CLAVEL⁸⁰⁷, Raul ITURRIAGA NEUMAN⁸⁰⁸, Gerardo GODOY GARCIA⁸⁰⁹, Joaquin RAMIREZ PINEDA⁸¹⁰, Basclay ZAPATA REYES⁸¹¹ à vingt-cinq (25) ans de réclusion

-Rafael AHUMADA VALDERRAMA, à vingt (20) ans de réclusion⁸¹²

-Emilio SANDOVAL POO, à quinze (15) ans de réclusion⁸¹³.

Après le jugement, les condamnés eurent communication de leurs peines prononcées par la Cour d'Assises de Paris⁸¹⁴. Au cas où ces personnes feraient acte de présence en France, elles

⁸⁰¹ Ancien chef de la DINA et ancien Général de l'Armée de Terre chilienne. Actuellement en prison pour plusieurs dizaines d'années pour divers crimes contre l'humanité. Il a provoqué l'arrestation d'Alphonse CHANFREAU et de Jean Yves CLAUDET. Les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures et il a donné des instructions en vue de commettre cette infraction.

⁸⁰² Ancien Colonel de l'Armée de Terre, Directeur des opérations et Chef de la Brigade d'Intervention Métropolitaine (BIM) de la DINA. Membre de la Caravane de la mort. Il a provoqué l'arrestation, sans l'ordre des autorités constituées et en dehors des cas prévus par la loi, d'Alphonse CHANFREAU et Jean Yves CLAUDET, avec cette circonstance que les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures, et qu'il a donné des instructions en vue de commettre cette infraction.

⁸⁰³ Colonel de l'armée de terre. Membre de la Caravane de la mort, chef de la Villa Grimaldi, tortionnaire bien connu pour sa cruauté. Il a détenu et séquestré sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi Alphonse CHANFREAU avec cette circonstance que les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures.

⁸⁰⁴ Commandant de la II Division de l'armée de terre à Santiago au moment du coup d'État. Chef de l'état d'exception et juge militaire de Santiago. Inculpé le 8 août 2008 pour la disparition de huit détenus de la Moneda. Il a provoqué l'arrestation de Georges KLEIN. Les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures.

⁸⁰⁵ Général de Brigade, tortionnaire dans divers centres de tortures (Villa Grimaldi, Londres 38). Chef de la Brigada de Halcon de la DINA. Il a détenu sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi Alphonse CHANFREAU avec cette circonstance que les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures.

⁸⁰⁶ Colonel argentin, membre des services secrets argentins accusé de la capture et disparition de Jean-Yves Claudet à Buenos Aires. Il a détenu sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi Jean Yves CLAUDET, avec cette circonstance que les faits ont été précédés ou accompagnés de torture.

⁸⁰⁷ Membre du bureau extérieur de la DINA en Argentine. Condamné à la prison à perpétuité en Argentine pour le meurtre du général Prats et de sa femme à Buenos Aires en 1974. Il a provoqué l'arrestation de Jean – Yves CLAUDET. L'arrestation a été précédée ou accompagnée de tortures.

⁸⁰⁸ Major d'armée, il était responsable du Département extérieur de la DINA. Il a provoqué la séquestration sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi de Jean Yves CLAUDET. Les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures.

⁸⁰⁹ Colonel de Carabiniers (police en uniforme). Chef de la Brigade Tucapel de la DINA. Il a arrêté sans l'ordre des autorités constituées et hors des cas prévus par la loi Alphonse CHANFREAU avec cette circonstance que les faits ont été précédés ou accompagnés de tortures.

⁸¹⁰ Général du régiment Tacna basé à Santiago d'où ont disparu les prisonniers du palais présidentiel de « La Moneda ». Il a été responsable de la disparition de George KLEIN.

⁸¹¹ Général de Brigade. Tortionnaire connu, accusé de la mort d'Alfonso CHANFREAU.

⁸¹² Capitaine du régiment Tacna. Il a détenu sans l'ordre des autorités constituées et hors des cas prévus par la loi, et séquestré Georges KLEIN, avec cette circonstance que la détention ou la séquestration a été précédée ou accompagnée d'actes de tortures.

⁸¹³ Capitaine réserviste de la Force aérienne basé à Maquehua, près de Temuco, dans le sud du pays. Devenu homme d'affaires, il circule librement au Chili. Il a arrêté sans l'ordre des autorités constituées et hors des cas prévus par la loi Etienne PESLE. Les faits ont précédés ou accompagnés de tortures.

devraient être de nouveau jugées conformément à la disposition de l'art. 379-4 du Code de procédure pénale⁸¹⁵.

⁸¹⁴Voir annexes

⁸¹⁵Voir Supra Notes 60 et 61

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

La mise en oeuvre de la compétence internationale pénale dans le cas Pinochet a constitué un important précédent juridique international en tant que mécanisme de lutte contre l'impunité au sein de la communauté mondiale.

Ainsi, grâce à l'exécution du mandat d'arrêt international aux fins d'extradition, décerné par l'Audience nationale espagnole, l'arrestation de Pinochet à Londres en 1998 a donné à la communauté mondiale l'espoir que l'impunité pouvait être vaincue au-delà des frontières, et qu'à partir de cette affaire, la protection des droits de l'homme pourrait compter sur un principe juridique au niveau international comme la compétence internationale pénale.

D'une part, l'arrestation de Pinochet, conséquence de l'application de la compétence internationale pénale par les autorités judiciaires espagnoles, donna lieu par la suite à de nombreuses enquêtes à son encontre.

En 1990, à la fin de la dictature, peu de plaintes avaient été déposées. De plus, elles avaient été classées pour ainsi dire automatiquement du fait de l'application du décret-loi d'amnistie. Lorsqu'Augusto Pinochet est revenu à Santiago du Chili, on peut dire que l'impunité qui régnait au Chili à cette époque-là, commença à s'effondrer, les victimes de la dictature ayant déposé 60 plaintes contre lui. Douze mois plus tard, ce nombre était passé à 100. À la mort de Pinochet, le 26 décembre 2006, il dépassait les 400, concernant en particulier des disparitions forcées, des tortures, des enlèvements d'enfants et des homicides aggravés.

D'autre part, la détention d'Augusto Pinochet à Londres en 1998 permit de réactiver les affaires en attente initiées par les victimes de la dictature chilienne, au Chili et à l'étranger, et dans ce cas précis en France.

Le procès de la dictature de Pinochet devant la Cour d'Assises de Paris, représente un procès historique sans précédent de par la nature imprescriptible des délits qui firent l'objet d'enquêtes et dont la portée dépasse les frontières, contribuant ainsi à lutter contre le fléau de l'impunité.

Aucune enquête n'avait été réalisée auparavant devant d'autres tribunaux étrangers sur la disparition des 4 citoyens franco-chiliens George KLEIN, Etienne PESLE, Alphonse CHANFREAU, et Jean- Yves CLAUDET.

Il y est démontré une fois de plus que le procès par défaut s'avère équitable et porteur de garanties pour l'inculpé, et que son application permet de rendre une véritable justice internationale.

Par ailleurs, le rejet de l'immunité dans l'affaire Pinochet a constitué un précédent important dans le domaine du droit international, pour les raisons suivantes :

- Il se base sur le droit international coutumier, partant de l'évolution du concept de l'immunité souveraine pour aboutir à ce que les actes criminels reconnus par le droit international ne bénéficient d'aucune sorte de protection qui pourrait être accordée au représentant d'un État ou à une personne qui a cessé de l'être.

- C'est la première fois qu'un tribunal national se prononce sur l'immunité *ratione materiae* d'un ancien chef d'État coupable d'avoir commis le crime de torture qualifié de crime de droit international, ayant un caractère de *jus cogens*. Il s'appuie en cela sur la mise en pratique de la Convention contre la torture et autres traitements ou peines cruelles, inhumaines ou dégradantes de 1984.

- La décision de la chambre des Lords ouvre une voie nouvelle afin que ne restent pas impunis les agissements des dirigeants d'un État qui, sous couvert de leur autorité dans l'exercice de leurs fonctions, commettent des crimes internationaux à l'encontre de leurs adversaires politiques.

Il n'en reste pas moins des lacunes qui interrogent le monde juridique, tel que:

- Le fait de ne prendre en compte que la date de ratification par la Grande Bretagne de la Convention contre la torture, pour pouvoir se saisir du crime de torture commis par Pinochet, alors que ce crime existait déjà en droit international avant même l'établissement de la Convention.

- La décision des Lords de ne considérer que le crime de torture, établi dans la Convention de 1984, négligeant d'autres crimes commis par Pinochet comme ceux de génocide, terrorisme, disparition forcée, entre autres.

- L'extradition de Pinochet ne fut pas concrétisée en raison de la décision négative du Secrétaire d'État. Ce fait invite les États faisant partie d'un traité d'extradition, à s'engager véritablement dans l'accomplissement de leurs obligations pour que l'extradition en tant que mécanisme de coopération judiciaire internationale puisse aboutir, sans frein d'aucune sorte, quand il s'agit de "crimes contre l'humanité". Dans le cas contraire, la justice internationale pourrait être soumise à des « manœuvres » politiques auxquelles les États pourraient l'exposer.

Au regard de ce qui précède il est important de citer le mandat d'arrêt européen entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, qui supprime la phase administrative et par conséquent la phase politique de la procédure d'extradition. Aussi facilite-t-il et accélère-t-il les procédures de remise⁸¹⁶.

À ce sujet, il convient de signaler que si le cas Pinochet s'était produit après le 1^{er} janvier 2004, on peut penser que le résultat de la demande d'extradition eût été différent au vu de l'ensemble des éléments étudiés par la Chambre des Lords qui laissèrent la voie libre à l'extradition. Il fut tenu compte, entre autres éléments, que le principe non bis in idem n'était pas violé et que les crimes contre l'humanité étaient imprescriptibles et non amnistiables.⁸¹⁷

Dans tous les cas, il est important de noter que l'immunité accordée à Pinochet par le droit international limita, dans une certaine mesure, les actions des autorités judiciaires espagnoles, française, suisses et belges, dont les pays avaient sollicité son extradition. Ce n'est que lorsque la Chambre des Lords se prononça sur l'absence d'immunité de Pinochet concernant le crime de torture que le procès d'extradition reçut le feu vert.

Autrement dit, les règles du droit international public interfèrent d'une certaine manière dans l'exercice de la compétence internationale pénale - dans ce cas précis, l'immunité, qu'elle soit personnelle ou fonctionnelle. C'est pourquoi il est nécessaire de trouver un équilibre entre l'immunité et les relations internationales, ce privilège accordé par le droit international lui-même, ne pouvant pas être ignoré.

⁸¹⁶ "Le mandat d'arrêt européen: un outil de coopération judiciaire au sein de l'Union européenne", L'Actu JUSTICE. La lettre du Porte-parole du ministère de la Justice et des Libertés. WWW.justice.gouv.fr,

⁸¹⁷ Ibidem.

TROISIEME PARTIE

« L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE À L'AFFAIRE PINOCHET »

La jurisprudence qui se développe à partir de l'affaire Pinochet marque un héritage juridique important dans le cadre du droit international pénal.

C'est ainsi que cette étude se centre sur les apports en provenance de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme d'une part et des décisions judiciaires des tribunaux espagnols de l'autre.

En ce qui concerne la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, elle fait une analyse de la loi d'amnistie du Chili – décret-loi 2191 de 1978 – déclarant entre autres que cette loi est une véritable contradiction par rapport au droit international, puisqu'il est notoire que les crimes contre l'humanité ne sont ni amnistiables ni prescriptibles. Cette Cour insiste également sur l'interdiction de commettre ces crimes puisqu'il s'agit d'une norme de *jus cogens*, et qu'en conséquence sa pénalisation est obligatoire conformément au droit international (Chapitre 1).

Par rapport aux tribunaux espagnols tels que *l'Audiencia Nacional* et le Tribunal Suprême d'Espagne, ils ont rendu une décision contre la dictature en Argentine⁸¹⁸ dans les affaires Scilingo et Cavallo, en matière de punition des crimes contre l'humanité et sur le modèle de l'extradition comme mécanisme de coopération judiciaire entre États, entre autres. Par la suite, le Tribunal Constitutionnel confirma la compétence internationale pénale exercée par l'Espagne pour juger les délits de génocide, terrorisme et tortures commis au Guatemala, sur la base de la plainte déposée par Rigoberta MENCHU (Chapitre 2).

⁸¹⁸«En Amérique Latine durant l'époque des dictatures installées dans le "Cône sud" la violation des droits de l'homme fut de grande ampleur. Ainsi pendant la dernière dictature militaire argentine (1976-1983) les forces de sécurité ont fait entre 10.000 et 30.000 morts, dont des femmes et des enfants". Rapport de la Commission Nationale sur les Disparitions de Personnes (CONADEP), Nunca Más, Buenos Aires, 1985. La commission fut dirigée par l'écrivain Ernesto SABATO, rendant compte de la disparition de 8.960 personnes selon les plaintes dûment prouvées et documentées. Il est noté dans le rapport qu'il existait en Argentine 340 centres clandestins de détention, dirigés par des officiers de haut rang des forces armées. La CONADEP découvrit qu'entre les officiers des forces armées et ceux de la police s'installa un "pacte de sang" qui impliquait la participation de tous aux violations des droits de l'homme.

Chapitre 1.

LA LOI D'AMNISTIE DU CHILI (DECRET-LOI 2191- DE 1978) FACE A L'IMPUNITÉ

Lorsque s'est produit le coup d'État le 11 septembre 1973, le Chili entra dans une période de répression commandée par la dictature militaire qui dura jusqu'au 10 mars 1990. Durant cette période, on s'attaqua systématiquement à la population civile, donnant lieu à de graves violations des droits de l'homme et du droit international, qui eurent pour résultat au moins 3.197 victimes d'exécutions sommaires et de disparitions forcées, dont la pratique se convertit en politique d'Etat⁸¹⁹, et 33.221 détenus dont l'immense majorité fut victime de torture⁸²⁰.

Dans les premiers mois de la dictature, eurent lieu approximativement 57% de l'ensemble des morts et disparitions, et 61% des détentions⁸²¹.

Dans le cadre de cette répression "les garanties constitutionnelles furent annihilées puisqu'ont été promulgués plus de 3.500 décrets-lois rédigés au fil des ans ainsi que quatre "actes constitutionnels"; le congrès fut dissout, et le pays demeura en état de siège"⁸²².

Cette situation entraîna une véritable impunité au Chili, impunité comprise comme: "L'inexistence, en fait ou en droit, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations, ainsi que de leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes"⁸²³

⁸¹⁹Rapport d'Amnesty International. Distribution Externe index : AMR 03/01/98, mai 1998, p. 1, disponible sur le site www.amnesty.org. Consulté le 18 novembre 2012.

⁸²⁰Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Almonacid Arellano et autres contre Chili. Arrêt du 26 septembre 2006, paragraphe 103

⁸²¹Ibidem

⁸²²Rapport d'Amnesty International « La Responsabilidad de la Comunidad Internacional ante los Crímenes contra la humanidad », op. cit., p. 1. ⁵

⁸²³«Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité" Document des Nations Unies. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005,

Egalement, l'impunité est définie par la Cour IDH comme “généralement l'absence d'investigation, de poursuite, d'appréhension, de jugement et de condamnation des responsables des violations des droits protégés⁸²⁴ par la Convention Américaine⁸²⁵

De la même façon la Cour Interaméricaine, dans des décisions de fond a déclaré que: “l'État a l'obligation de combattre une telle situation par tous les moyens possibles, car l'impunité favorise la répétition chronique des violations des droits de l'homme comme le manque de protection totale des victimes et de leurs proches”⁸²⁶

Sur la base de ce qui précède apparaît la grande question de savoir si la culture de l'impunité peut être prise comme une caractéristique des États d'Amérique Latine de l'hémisphère sud, dans les termes où la pose le professeur Laurence BURGORGUE LARSEN.⁸²⁷

L'impunité que la politique du Chili adopta comme pavillon, se trouva soutenue lorsque le gouvernement militaire sous les ordres d'Augusto Pinochet édicta une loi d'amnistie au moyen du décret N° 2191 de 1978 afin de laisser impunies les violations des droits de l'homme

⁸²⁴“Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme”, (Pacte de San José), Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme. Ces droits protégés sont reconnus au “Chapitre II Droits Civils et Politiques” et au “Chapitre III Droits Economiques, Sociaux et Culturels” Entre autres le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, le droit aux garanties judiciaires, le droit à la protection de l'honneur et la dignité, la liberté de conscience et d'expression, la liberté d'association, les droits politiques, l'égalité devant la loi et la protection judiciaire.

⁸²⁵Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Almonacid Arellano et autres contre Chili.....op, cit., paragraphe 111. Voir également affaire « Masacre de Mapiripán – Colombia- », arrêt du 15 septembre 2005. Serie C.. No. 134, paragraphe.237

⁸²⁶Cour IDH, 5 juillet 2004, Fond et réparations, Dix-neuf commerçants c. Colombie, § 175 ; Cour IDH, 18 septembre 2003, Fond et réparations, Bulacio c. Argentine, Série C n° 100, §120

⁸²⁷Laurence BURGORGUE-LARSEN, “Le Bannissement de L'impunité: Décryptage de la Politique Jurisprudentielle de la Cour Interméricaine des droits de l'homme”, en Revue Trimestral des Droits de l'Homme, No. 89, Bruylant, Bruxelles, 1° Janvier 2012, p. 3 – 4. “ (...) La culture d'impunité serait-elle co substantielle à l'histoire des États latino-américains de

l'hémisphère sud? Prima facie, on pourrait le croire si on a égard aux trois types de stratagèmes mis en place afin d'échapper au couperet du ius puniendi en matière de graves violations des droits de l'homme (...). Le premier – sans doute le plus simple mais d'une efficacité redoutable – concerne la passivité des tribunaux pour examiner une affaire de violation présumée du droit à la vie (...). Le second – le plus flagrant et dépourvu de toute ambiguïté – est la promulgation de lois d'amnistie qui absolvent ouvertement les auteurs de violations graves des droits de l'homme de tout type de poursuite. Le troisième – qui est en quelque sorte une manifestation particulière du second – consiste à établir des règles de prescription et d'exonération de responsabilité afin d'empêcher les enquêtes et les sanctions au sujet des “très graves violations des droits de l'homme au sens du droit international” (...) A cette classification ternaire, on se permet d'ajouter un quatrième stratagème, qui a également

vu le jour au sein du sous-continent et qui perpétue l'impunité. Il s'agit pour un gouvernement de ne pas demander l'extradition de l'auteur de très graves violations des droits de l'homme, à l'instar de la torture et/ou des disparitions forcées dont on sait que l'interdiction a été érigée au rang de normes de jus cogens par la Cour interaméricaine (...).”

commises entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978. Cette loi fut déclarée constitutionnelle par la Cour suprême de justice, et reste en vigueur aujourd'hui⁸²⁸.

Pendant des années, l'impunité des graves violations des droits de l'homme s'avéra inévitable afin d'assurer la transition vers la démocratie⁸²⁹.

Ainsi, cette impunité fut dans un premier temps confortée par la politique internationale puisque l'Assemblée générale des Nations Unies adopta de nombreuses résolutions sur la situation des droits de l'homme au Chili, sans aller jusqu'à faire une quelconque référence à la loi d'amnistie de 1978⁸³⁰.

Dans ce contexte, les commissions sur la vérité jouent un rôle important. Au début de la transition démocratique au Chili⁸³¹, se constitue la Commission Nationale Vérité et Réconciliation (Commission Rettig)⁸³², qui fut ensuite remplacée par la Commission Nationale de Réparation et Réconciliation. Cette commission, s'en tenir à l'objectif de faire connaître les violations des droits de l'homme commises durant le régime d'Augusto Pinochet.

Finalement, les victimes des crimes perpétrés ne bénéficièrent pas des lois de réparation adoptées en application du rapport Rettig⁸³³, puisque cette commission ne remplit que *partiellement l'obligation de découvrir la vérité, sans imposer aucun type de sanction, puisqu'il ne s'agissait pas d'un organe judiciaire. En conséquence on ne pouvait la considérer*

⁸²⁸Rapport No. 577e. Federación Internacional de los Derechos del Hombre –FIDH- “Avances y Obstáculos en la lucha contra la Impunidad de los crímenes de lesa Humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet”, octobre, 2011, p. 27

⁸²⁹Federico Andreu, “Impunidad y derecho internacional: algunas consideraciones histórico jurídicas sobre la lucha contra la impunidad”, p. 1. Page web: <http://lipietz.net>. Consultée pour la dernière fois le 21 octobre 2012.

⁸³⁰Voir entre autres Résolution des Nations Unies : AIRES/37/182 du 17 décembre 1982, sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales au Chili.

⁸³¹Voir cita 109

⁸³²“Définitions .D. Commissions de vérité : Au sens des présents principes, l’expression «commissions de vérité» désigne des organes officiels, temporaires et non judiciaires chargés d’établir les faits, qui enquêtent sur un ensemble d’atteintes aux droits de l’homme ou au droit humanitaire généralement commis au cours d’un certain nombre d’années.[...] II. LE DROIT DE SAVOIR, B. Commissions d’enquête PRINCIPE 6. ÉTABLISSEMENT ET RÔLE DES COMMISSIONS DE VÉRITÉ. Dans toute la mesure possible, les décisions visant à l’établissement d’une commission de vérité définissent son mandat et énoncent que sa composition devrait faire l’objet de larges consultations publiques pour chercher tout spécialement à connaître l’opinion des victimes et des rescapés. Il conviendrait de veiller tout particulièrement à ce que les hommes et les femmes participent à ces délibérations sur un pied d’égalité. Afin de respecter la dignité des victimes et de leur famille, la commission de vérité devrait mener ses enquêtes en s’attachant notamment à faire prendre conscience de pans de la vérité qui étaient niés auparavant”-“Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l’homme par la lutte contre l’impunité”. Commission des Droits de l’Homme - 61ème session Point 17 de l’ordre du jour provisoire, Nations Unies Distr. Générale E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005.

⁸³³Report of the Truth and Reconciliation Commission, Notre Dame University, 1991, p. 875. www.usip.org/files/.../truth. Visité pour la dernière fois le 4 avril 2013.

comme un substitut de procès judiciaire. C'est ainsi que l'exprimèrent la Commission⁸³⁴ et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme⁸³⁵.

L'événement international que constitua l'arrestation à Londres d'Augusto Pinochet effectuée en 1998, et la demande de son extradition pour délit de torture émanant de l'Espagne, fit que les victimes commencèrent à réagir et à exiger une réparation complète. C'est ainsi que Paz Rojas déclara : *“les survivants de la torture ne parlèrent pas d'eux, mais témoignèrent sur les disparitions (...) Face à la disparition d'un proche, la torture personnelle reste au second plan, c'est-à-dire qu'ils se sentent coupables d'avoir survécu, mais la détention de Pinochet leur a permis de se réapproprier leur histoire et d'exiger justice”*⁸³⁶.

En raison de ce qui précède, à partir de 1998, les survivants commencèrent à déposer différents pourvois devant les tribunaux civils et pénaux. En janvier 1999, une association d'anciens prisonniers politiques se forma, et le 10 mars se créa la Commission éthique contre la torture (CECT), qui avait comme objectif la création d'une commission nationale de vérité, justice et réparation, ainsi que l'adoption d'un programme de réparation intégrale pour les victimes de la torture. Finalement le 12 juillet 2002, le président Ricardo Lagos reconnut « la dette de l'Etat en matière de réparation des victimes de la torture », et s'engagea à réaliser l'étude et l'instauration d'une commission d'enquête non judiciaire⁸³⁷.

⁸³⁴Rapport No. 133/1999. Affaire 11.725. Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 novembre 1999. Paragraphe 103: “La commission Interaméricaine des Droits de l'Homme a maintenu que sans diminuer l'importance des commissions pour établir la réalité des faits relatifs aux graves violations des droits de l'homme et favoriser la réconciliation nationale, les fonctions assurées par ces commissions ne constituent pas un succédané adapté aux procès judiciaires, ni aux obligations des États d'investiguer, d'identifier les responsables, de leur appliquer des sanctions et d'assurer aux victimes une juste réparation”. Ainsi, Cette Commission Nationale de vérité et Réconciliation, a conclu dans son rapport que: “ Du strict point de vue de la prévention, la Commission estime qu'un élément indispensable pour obtenir la réconciliation nationale et éviter ainsi la répétition des faits qui se sont produits, consisterait en ce que l'État exerce complètement ses facultés punitives. Une protection intégrale des droits del'homme ne peut se concevoir que dans un véritable état de droit. Et un État de droit suppose que tous les citoyens sont soumis à la loi et aux tribunaux de justice, ce qui entraîne l'application des sanctions prévues par la législation pénale, sur un plan d'égalité pour tous, aux transgresseurs des normes qui préservent le respect des droits de l'homme”. (Rapport Rettig. Février 1991. Tome 2 page 868).

⁸³⁵Voir Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Affaire Almonacid Arellano et autres contre Chili.....op, cit., paragraphe 150: “(...) la Cour estime pertinent de préciser que la « vérité historique » contenue dans les rapports desdites commissions ne peut se substituer à l'obligation de l'État de rechercher la vérité par des procédures judiciaires”.

⁸³⁶Anuncio Dra. Paz Rojas: “víctimas se organizan para acciones legales”, El Mercurio, 15/02/2001, Rapport Federación Internacional de los Derechos del Hombre-FIDH- No. 444/3, Chile, “La transición a la democracia: avances y déficit en la lucha contra la impunidad”, avril 2006, P. 20

⁸³⁷Ibidem

C'est ainsi que, par le décret présidentiel 1.040 du 26 septembre 2003, le président Lagos créa la Commission Nationale sur la Prison Politique et la Torture (CNPPT) également connue comme la Commission Valech⁸³⁸.

Cette commission avait comme but l'identification des victimes de privation de liberté pour raisons politiques et de torture, du fait d'agents de l'Etat ou de personnes à son service, pendant la période comprise entre le 11 septembre 1973 et le 11 mars 1990. La commission fonctionna à partir de novembre 2003, elle était présidée par Monseigneur Valech et se composait de professionnels, entre autres avocats et psychologues, qui accueillaient les victimes et les aidaient à remplir les formulaires d'identification⁸³⁹. Cette commission reçut également l'appui des missions diplomatiques chiliennes pour contacter les victimes résidant à l'étranger⁸⁴⁰. La commission disposa d'un délai de six mois pour l'élaboration de son rapport.

Pendant la période où la CNPPT exerça ses fonctions, le Comité contre la torture des Nations Unies (CAT) examina le rapport du Chili tenant compte de l'application de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, manifestant ainsi ses préoccupations sur « les attributions limitées de la Commission Nationale sur la Prison Politique et la Torture, dont le but était d'identifier les victimes de torture durant le régime militaire et les conditions pour obtenir réparation. De ces observations ressortait cette conclusion :

- 1) Le court délai dont disposaient les victimes présumées pour s'inscrire au registre de la commission, ce qui entraîna un nombre d'inscrits inférieur à celui prévu ;
- 2) Que selon l'information reçue, ne furent pas admises les plaintes qui n'avaient pas été déposées en personne, y compris dans les cas d'incapacité pour cause de maladie de la ou des personnes intéressées ;
- 3) L'impossibilité d'inscription des personnes qui auraient reçu réparation comme victimes d'autres violations des droits de l'homme (par exemple, disparition forcée ou exil).

⁸³⁸ www.comisiontortura.cl

⁸³⁹ « Toutes les victimes ne répondirent pas à l'appel de la Commission, que ce soit en raison du temps écoulé, ou bien à cause d'un certain mécontentement citoyen surgi face à la façon dont le pouvoir politique traitait la question des droits de l'homme, minimisant à ce point la question de la torture ou parce qu'ils craignaient de perdre leur emploi ». Rapport de la Federación Internacional de los Derechos del Hombre -FIDH- No. 444/3. avril 2006, p.23

⁸⁴⁰ Ibidem p. 22

4) Qu'une indemnisation « *austère et symbolique* » n'était pas une indemnisation « *juste et adaptée* » telle que la prévoyait l'article 14 de la convention.

5) Que la commission n'ait pas eu d'attributions pour enquêter sur les dénonciations de torture pour identifier les auteurs en vue de les juger⁸⁴¹

Le 10 novembre 2004, la Commission remit son premier rapport au Président de la République Ricardo Lagos, avec un total de 35.868 personnes signalées, qu'elles soient victimes directes ou parentes directes de personnes décédées⁸⁴². Ce rapport, où est reconnue officiellement la pratique institutionnalisée par l'Etat de la torture⁸⁴³, fut publié le 28 novembre. Par la suite fut adoptée la loi de réparation N°. 19.992 en date du 14 décembre 2004, qui instituait une aide économique aux victimes en fonction de leur âge.

Malgré ce qui précède, la loi n'a pas suivi les recommandations du CAT et ne prévoyait pas de période supplémentaire pour recevoir de nouveaux témoignages, empêchant ainsi que l'on reconnaisse officiellement un nombre très significatif de victimes. On ne voulut pas non plus soumettre les conclusions de la commission aux tribunaux, interdisant l'identification des responsables durant le régime militaire. Par ailleurs, le secret pour 50 ans⁸⁴⁴ s'impose, rendant

⁸⁴¹Comité contre la Torture des Nations Unies. CAT/C/CR/32/5/, 14/06/2004

⁸⁴²“La Commission a d'abord analysé les facteurs ou processus et les conditions historiques qui ont rendu possible la prison politique et la torture comme pratique systématique du régime militaire, et en particulier : la concentration des divers pouvoirs entre les mains de la Junte Militaire, l'abdication du Pouvoir Judiciaire – avec une référence particulière à la Cour Suprême, le développement de l'appareil répressif de la dictature, en s'attardant spécialement sur la DINA et la Centrale Nationale d'Information (CNI), l'analyse des moyens de communication durant le régime militaire, afin d'illustrer comment l'absence- forcée – par la censure et la persécution, ou volontaire, du fait de l'appui fourni aux autorités- d'organes d'opinion publique capables de surveiller les actions commises par des agents de l'État ou des personnes à son service, favorisa le libre cours de la politique répressive (...) Tout ceci permet de conclure que la prison politique et la torture constituèrent une politique d'État du régime militaire, définie et impulsée par les autorités politiques de l'époque, qui pour sa conception et exécution mobilisa personnel et ressources de divers organismes publics, et dicta des décrets lois puis des lois qui protégèrent de telles conduites répressives. Et en cela il compta avec l'appui, explicite parfois, et presque toujours implicite de l'unique Pouvoir de l'État qui ne fit pas partie intégrante de ce régime : la magistrature”. Commission Nationale sur la Prison Politique et la Torture (Commission Valech) - Fundación Acción Pro Derechos Humanos- www.derechoshumanos.net/paises/América/derechos-humanos-Chile/ Visité pour la dernière fois le 13 décembre 2012

⁸⁴³“On a torturé de manière systématique pour obtenir de l'information, punir et gouverner par la peur, qu'on insufflait profondément et durablement aux victimes immédiates et, à travers elles, à tous ceux qui apprenaient directement ou indirectement l'usage de la torture, comprise et vécue comme la preuve la plus évidente et immuable du caractère arbitraire du pouvoir répressif et la vulnérabilité extrême des victimes en découlant : frappes répétées, lésions corporelles délibérées, suspensions, positions forcées, applications d'électricité, menaces, simulacres d'exécutions, humiliations et vexations, mises à nu, agressions et violences sexuelles (...)” Ibidem.

⁸⁴⁴Article 15 de la loi 19.992 du 14 décembre 2004. “Titre IV : Du secret – Article 15 – Sont secrets les documents, témoignages et les antécédents fournis par les victimes à la Commission sur la Prison Politique et la Torture, créée par le décret suprême N°1.040, de 2003, du ministre de l'Interieur, au cours de son fonctionnement. Dans tous les cas, ce secret ne s'étend pas au rapport élaboré par la commission sur la base des dits antécédents.

cette information inaccessible aux tribunaux enquêtant sur les crimes contre l'humanité. Ce fait fut une contribution de plus à l'impunité couvrant les actions des auteurs de violation des droits de l'homme.

Ainsi, le gouvernement ne divulgua qu'une partie de l'information, violant par là le droit à la vérité, des victimes et de la société, ce qui enfreint les obligations établies par le droit international⁸⁴⁵.

Postérieurement, par la loi N°. 20.405 publiée le 10 décembre 2009 et créée par la Présidente Michelle Bachelet au travers du Décret Suprême N°. 43 publié le 5 février 2010, est formée la seconde commission Valech nommée officiellement « Commission conseil pour la qualification des détenus, disparus, exécutés politiques et victimes d'emprisonnement politique et de torture », qui avait pour finalité d'offrir un nouveau délai permettant la reconnaissance des victimes qui ne s'étaient pas présentées ou n'avaient pas été reconnues par la “Commission Rettig”, “la Corporation Nationale de réparation et Réconciliation” ou “la Commission Valech”⁸⁴⁶.

Cette seconde commission Valech clôt ses travaux le 17 août 2011, remettant son rapport au président de la république Sebastian Piñera le 18 août de la même année⁸⁴⁷.

Dans ce rapport, la commission confirme avoir étudié 622 cas de détenus disparus et exécutés politiques et 31.831 cas de torturés parmi lesquels elle considère que 30 personnes

Le secret prévu à l'alinéa précédent sera maintenu pendant une durée de 50 ans, période pendant laquelle les antécédents sur lesquels il porte resteront sous la garde du Ministre de l'Intérieur. Aussi longtemps que le secret prévu par cet article reste en vigueur, aucune personne, autorité ou magistrature n'aura accès à ce qui est indiqué dans le premier alinéa de cet article, sans préjudice du droit personnel que possèdent les titulaires des documents, rapports, déclarations et témoignages de les communiquer ou de les fournir à des tiers volontairement. Les membres de la Commission sur la Prison Politique et la Torture, ainsi que les autres personnes qui ont participé à quelque titre que ce soit aux travaux dont ils ont été chargés, seront soumis à l'obligation de réserve au sujet des antécédents et données qui conformément à l'alinéa premier de cet article sont secrets durant toute la durée prévue par celui-ci. Ces personnes sont considérées visées par l'article 201 (2) du Code de Procédure pénale ou l'article 303 du Code de Procédure. La communication, divulgation ou révélation des antécédents et données couverts par le secret prévu au premier alinéa, sera puni des peines prévues à l'article 247 du Code pénal.

⁸⁴⁵“Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité” Document des Nations Unies. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005, principes 2, 4 y 5

⁸⁴⁶La Commission-conseil pour la qualification des détenus, disparus, exécutés politiques et victimes d'emprisonnement politique et de torture commença le processus de qualification des victimes en janvier 2010. Ceci intervient après la publication – le 10 décembre 2010 – de la loi 20.405 qui crée l'Institut des Droits de L'homme, qui à son tour crée cette Commission Conseil dans son article 3 transitoire. Voir loi 20.405 du 05-02-2011 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. www.leychile.cl. Visité pour la dernière fois le 13 avril 2013.

⁸⁴⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Información Comisión : [http:// www.indh.cl](http://www.indh.cl) información-comisión Valech. Visitée pour la dernière fois le 13 avril 2013

remplissent les conditions d'exécuté ou disparu et 9.795 celles de torturé⁸⁴⁸ sur un total approximatif de 42.000 victimes, qui recevront une pension mensuelle de réparation.

Une fois la communauté internationale rendue attentive face à ces faits horribles ayant eu lieu au Chili, grâce à l'application de la compétence internationale pénale par l'Audience Nationale d'Espagne, l'impunité dans ce pays commence à être mise en question tant par l'ordonnancement interne que par l'ordonnancement international.

En raison de ce qui précède, on fera d'abord une étude de la mise en œuvre de la loi d'amnistie du Chili (section 1), et on analysera ensuite la contradiction existante entre cette loi d'amnistie et le droit international (section 2).

⁸⁴⁸Rapport –FIDH- No. 577e, op, cit., p. 26

Section 1-

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI D'AMNISTIE DU CHILI

En 1978, le général Augusto Pinochet, à la tête de son gouvernement, promulgue une loi d'amnistie au moyen du Décret-Loi N°. 2191⁸⁴⁹, laquelle est “un acte de pouvoir émanant du régime militaire qui a renversé le gouvernement constitutionnel du Dr. Salvador Allende. Il s'agit donc d'autorités qui n'ont aucun titre ou droit puisqu'elles n'ont pas été investies d'une façon quelconque, sinon qu'elles se sont installées au pouvoir par la force, après avoir déposé le gouvernement légitime, en violation de la Constitution.”⁸⁵⁰

Cette loi d'amnistie interdisait d'enquêter sur quiconque serait inculpé après le coup d'État, c'est à dire entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978, période pendant laquelle le Chili fut maintenu en état de siège. Elle permettait de retirer tout effet juridique à l'ensemble des plaintes en cours contre les militaires que l'on inculpait pour ces délits. Elle avait

⁸⁴⁹Décret par lequel est déclaré la loi d'amnistie de 1978 dans la République du Chili: "Loi d'amnistie - Décret-Loi 2191 Adoptée par la Junte Militaire présidée par Pinochet Elle accorde l'amnistie aux personnes indiquées pour les délits énoncés. Numéro 2191. Santiago, le 18 avril 1978. Vues : les dispositions des décrets-lois Nos 1 et 128, de 1973, et 527, de 1974, et considérant :

1° la tranquillité générale, la paix et l'ordre dont jouit actuellement tout le pays, dans des conditions telles que les perturbations internes ont été surmontées, autorisant la fin de l'état de siège et du couvre-feu sur tout le territoire national;

2° l'impératif moral qui commande de mener à bien tous les efforts conduisant à renforcer les liens qui unissent la nation chilienne, laissant derrière nous des rancoeurs aujourd'hui dépourvues de sens, et encourageant toutes les initiatives susceptibles de consolider la réunification des chiliens;

3° la nécessité d'une unité nationale inébranlable qui conforte l'avance vers les nouvelles institutions qui doivent guider le destin du Chili.

La Junte de Gouvernement a décidé de promulguer le Décret-Loi suivant :

Article 1 - Qu'il soit accordé une amnistie aux personnes qui en qualité d'auteurs, de complices ou recéleurs auraient commis des faits délictueux, pendant la période où l'État de Siège était en vigueur, comprise entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978, dès lors qu'elles ne sont pas actuellement en jugement ou condamnées.

Article 2 - Que soient amnistiées, de la même façon, les personnes qui à la date d'entrée en vigueur du présent Décret-Loi se trouveraient condamnées par les tribunaux militaires postérieurement au 11 septembre 1973.

Article 3 - Ne seront pas incluses dans l'amnistie de l'article premier, les personnes au sujet desquelles il y aurait en cours une action pénale pour les délits de parricide, infanticide, vol avec effraction, ou avec violence ou intimidation, élaboration ou trafic de stupéfiants, vol de mineurs, corruption de mineurs, incendies et autres dommages, abus malhonnêtes, délits visés par le Décret-Loi numéro 280 de 1974, et ses modifications ultérieures; corruption, fraude et contrebande douanière et délits prévus dans le code des impôts.

Article 4 - Ne bénéficieront pas non plus de l'application de l'article premier, les personnes qui seraient responsables en tant qu'auteurs, complices ou recéleurs, des faits poursuivis dans le procès inscrit au rôle sous le No 192-78 du Tribunal Militaire de Santiago, Procureur Ad Hoc." John DIGES, Les années Condor. "Comment Pinochet et ses Alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents", op, cit., p. 44

⁸⁵⁰Rapport No. 36/96. Affaire 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. paragraphe 26. Disponible sur le site <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/Chili10843.htm> visité le 14 novembre 2012.

également pour effet d'amnistier les militants de gauche qui avaient été condamnés par les tribunaux militaires, qui dès leur libération furent envoyés en exil⁸⁵¹.

Il s'agit donc d'une loi émanant d'un gouvernement chilien de fait, produit de la force et non du consentement populaire⁸⁵².

La nature et la gravité des délits, que le décret-loi affectait, a produit une politique systématique de répression qui aboutit à faire des milliers de victimes, ce gouvernement ayant utilisé pratiquement la totalité des moyens connus pour l'élimination physique des dissidents, entre autres : disparitions, exécutions sommaires d'individus et de groupes, exécutions décrétées lors de procès sans garanties, et tortures⁸⁵³.

C'est pourquoi ces délits, considérés comme crimes contre l'humanité conformément à leur nature et à leur gravité, ont donné lieu à divers instruments juridiques internationaux pour éviter leur impunité, dont la compétence internationale pénale et l'imprescriptibilité des délits⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ « Selon l'ambassade chilienne à Paris, entre 10 à 15000 Chiliens auraient résidé en France entre 1973 et 1989. Les réfugiés latino-américains ont bénéficié massivement du Dispositif National d'Accueil (DNA), initié au moment du "Plan d'Urgence" lancé par le gouvernement français, entre novembre 1973 et novembre 1974, pour organiser l'accueil des quelques 1075 exilés politiques latino-américains, dont plus de 700 chiliens ayant fui massivement leur pays à la suite du coup d'État de Pinochet, le 11 septembre 1973. Un Comité de coordination pour l'accueil des réfugiés est créé dès novembre 1973, regroupant d'une part des organismes publics et des associations laïques." Alice MEDIGUE "Mémoires Latino-américaines contre l'oppression". Témoignages d'exilés du Cône sud (1960-2000), INDIGO & côte-femmes éditions, Paris, 2008, p. 109

⁸⁵² Ibidem, dans l'affaire Garay Hermosilla, la Commission Interaméricaine des droits de l'homme, parle de la "qualité des autorités qui promulguèrent l'amnistie", déclarant également que : " Même afin de préserver la sécurité juridique, la Commission ne peut pas mettre sur le même pied d'égalité la juridicité d'un gouvernement de « jure » et le caractère arbitraire et contraire au droit d'un gouvernement usurpateur, dont la possibilité d'exister prend son origine, par définition, dans un manque de sécurité juridique. Ces gouvernements méritent une répudiation permanente en faveur de l'État constitutionnel de droit et du respect de la vie démocratique et du principe de la souveraineté populaire fondée sur la pleine observation des droits de l'homme..... Dans l'affaire actuelle, les bénéficiaires de l'amnistie n'ont pas été des tiers étrangers, mais ceux qui ont profité des prestations du régime militaire. C'est une chose que de soutenir le besoin de légitimer les mesures prises par une société dans son ensemble [pour ne pas sombrer dans le chaos] ou les mesures qui relèvent de responsabilités internationales, parce qu'on ne peut pas éviter les obligations assumées dans ces domaines, et une autre, tout à fait différente, que d'accorder un traitement égal à ceux qui se sont rangés aux côtés du gouvernement illégitime, en violation de la Constitution et des lois chiliennes (...). La Commission estime qu'il serait absurde de prétendre que l'usurpateur et ses alliés puissent invoquer les principes du droit constitutionnel, qu'ils ont violé, afin d'obtenir les bénéfices de la sécurité qui ne sont justifiables et mérités que par ceux qui s'accommodent rigoureusement de cet ordre. Ce qu'a fait l'usurpateur ne peut pas être valable et n'est pas non plus légitime en soi ni au bénéfice des fonctionnaires illégaux de facto. En effet, si ceux qui ont collaboré avec ces gouvernements sont assurés de l'impunité pour leur conduite, impunité obtenue sous un régime usurpateur et illégitime, il n'y aurait alors aucune différence entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est constitutionnel et ce qui ne l'est pas, et entre ce qui est démocratique et ce qui est autoritaire ».

⁸⁵³ Inter-American Yearbook on Human Rights, 1985, Martinus Nijhoff Pub. 1987, page 1063.

⁸⁵⁴ Aussi bien la Convention américaine pour empêcher et punir la torture que la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes établissent une juridiction universelle pour les délits en question (article 1 et articles V et VI, respectivement). La Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes stipule

Par ailleurs, les règles du droit international des droits de l'homme furent affectées par l'existence du Décret-Loi No 2191 de 1978, et a donc aussi été affecté en conséquence le devoir international de l'Etat chilien de juger et punir les auteurs de violations graves des droits de l'homme. C'est ainsi que la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme signala que la loi d'amnistie de 1978 « était incompatible avec l'obligation internationale de l'Etat chilien de rechercher les violations des droits de l'homme commises pendant le gouvernement militaire, mettre les responsables présumés à disposition de la justice et punir les auteurs de ces crimes »⁸⁵⁵.

Dans cette section, on fera donc en premier lieu l'étude de l'application de la loi d'amnistie de 1978 par les tribunaux chiliens (§-1), pour ensuite analyser le résultat de cette application, dont l'impunité permanente au Chili (§-2)

§1. L'APPLICATION DE LA LOI D'AMNISTIE DE 1978 PAR LES TRIBUNAUX CHILIENS.

De la promulgation de la loi d'amnistie de 1978 (décret-loi 2.191 du 18 avril 1978) tirèrent bénéfice « toutes les personnes qui en qualité d'auteur, complice ou receleur auraient commis des faits délictueux pendant la période où l'état de siège était en vigueur, comprise entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 ».

L'application de cette loi d'amnistie va à l'encontre de l'article 2 de la Convention Américaine⁸⁵⁶. C'est pourquoi la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a déclaré « Ladite obligation législative de l'article 2 de la Convention vise également à faciliter la fonction du Pouvoir judiciaire de manière à ce que celui qui applique la loi ait un choix clair

aussi, dans son Article VII, la non -application des prescriptions ou, si cela est impossible, l'application de limites à propos des délits les plus graves

⁸⁵⁵Informe en derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley No. 2191 de 1978 de Chile con el derecho internacional. Indice AI: AMR 22/002/2001/s. DISTR.:SC/CO/GR. Janvier 2001, p.1, Information disponible sur le site ARCHIVO CHILE, Web del Centro Estudios "Miguel Enriquez", CEME: <http://www.archivochile.com>, voir également www.amnistiainternacional.org. (consulté pour la dernière fois le 12 septembre 2012).

⁸⁵⁶Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme (Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme), Article 2. Obligation d'adopter des mesures de droit interne - "Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés."

sur la façon de résoudre une affaire particulière. Toutefois, lorsque le Pouvoir législatif faillit à sa tâche qui est de supprimer et/ou de ne pas adopter des lois contraires à la Convention américaine, le Pouvoir judiciaire reste lié au devoir de garantie établi par l'article 1.1⁸⁵⁷ de cette Convention et, en conséquence, il doit s'abstenir d'appliquer n'importe quelle norme contraire à celle –ci⁸⁵⁸.

Et la cour ajoute « *Dans l'affaire en cause, le Pouvoir judiciaire a appliqué le Décret Loi N° 2.191 (...), ce qui a eu pour effet immédiat l'arrêt des poursuites judiciaires et le classement du dossier, laissant impunis les responsables de la mort de M. Almonacid Arellano. En accord avec ce qui précède, on a empêché les membres de la famille d'exercer le droit de se faire entendre par un tribunal compétent, indépendant et impartial, au moyen d'un recours effectif et adéquat qui répare les violations commises au préjudice de leur être cher et leur permette de connaître la vérité.*⁸⁵⁹ »

D'autre part, dans l'arrêt Almonacid Arellano contre Chili, la Cour a déclaré la nécessité de l'existence d'un « *contrôle de conformité à la convention* ». Ce contrôle consiste en ce que « *le juge interne ait le pouvoir de résoudre les conflits qui se présenteraient entre une loi interne et une disposition de la convention* » et il doit pour cela prendre en compte non seulement la convention ou le traité, selon le cas, mais aussi l'interprétation que la Cour aurait faite de l'instrument international⁸⁶⁰.

La cour l'exprima ainsi : « La Cour est consciente du fait que les juges et tribunaux internes sont soumis à l'empire de la loi et sont obligés, pour ce faire, d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordre juridique interne. Toutefois, quand un État a ratifié un traité international comme la Convention américaine, ses juges, en tant que partie intégrante de l'appareil d'État, lui sont également soumis, ce qui les contraint à veiller à ce que les dispositions conventionnelles ne soient pas malmenées par l'application de lois contraires à son objet et son but et qui, depuis le début, sont dépourvues d'effets juridiques. En d'autres termes, le

⁸⁵⁷Ibidem, article 1. Obligation de respecter les droits - "Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale".

⁸⁵⁸Cour IDH, Affaire Almonacid Arellano, op, cit., paragraphe 123, disponible en ligne à l'adresse www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154fr.pdf.

⁸⁵⁹Ibidem, paragraphe. 126

⁸⁶⁰Laurence BURGORGUE-LARSEN, "Le Bannissement de l'impunité: Décryptage de la Politique Jurisprudentielle de la Cour Interamericaine des droits de l'homme", op, cit., p. 12

pouvoir judiciaire doit exercer une sorte de contrôle de conventionalité entre les normes juridiques internes qui sont appliquées dans des affaires concrètes et la Convention américaine des droits de l'homme. Dans le cadre de cette fonction, le pouvoir judiciaire doit prendre en compte non seulement le traité, mais également l'interprétation que la Cour interaméricaine en a faite, celle-ci étant l'interprète ultime de la Convention américaine”⁸⁶¹

Il est donc important pour approfondir l'application de la loi d'amnistie, de connaître son entrée en vigueur (A), tout comme la relation entre amnistie et impunité (B).

⁸⁶¹ Cour IDH. Affaire Almonacid Arellano, op, cit., paragraphe 124.

A. L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI D'AMNISTIE

Une fois la loi d'amnistie entrée en vigueur, les enquêtes judiciaires en cours concernant les violations des droits de l'homme advenues durant les cinq premières années du gouvernement de Pinochet, furent classées. En tout cas, la Cour Suprême de Justice du Chili prononça en 1979 un arrêt déclarant qu'en dépit de l'existence de la loi d'amnistie de 1978, les enquêtes sur les cas de « disparitions » devaient être poursuivies, mais peu de juges en ont tenu compte⁸⁶².

A partir de 1985, la Cour suprême commença à confirmer les jugements des tribunaux de rang inférieur dans lesquels ceux-ci se prononçaient pour l'application de la loi d'amnistie de 1978. En octobre 1986, une de ces décisions fut adoptée dans une enquête, conduite par le juge Carlos Cerda de la cour d'appel de Santiago, sur le cas de dix opposants au gouvernement, qui « disparurent » à la suite de leur détention en 1976. Cette enquête s'acheva par la formulation de charges contre 38 membres des forces armées et deux collaborateurs civils. La Cour suprême mit fin au procès et en 1986 et 1991 sanctionna le juge Cerda de deux mois de suspension pour avoir contesté le non-lieu et l'application de la loi d'amnistie de 1978 par un tribunal de rang inférieur⁸⁶³.

Le 27 mars 1991 fut présentée devant la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme une plainte contre l'Etat du Chili pour violation du droit à la justice ainsi que la situation d'impunité dans laquelle étaient restées la détention et la disparition du citoyen chilien Garay Hermosilla et 69 autres personnes.

Le Second Tribunal Militaire de Santiago, sur demande du Procureur Militaire Général – institution créée par le régime militaire pour représenter les intérêts de l'armée dans les procès – décréta en décembre 1989 le non-lieu définitif de l'affaire, en application du Décret-Loi (D.L) 2191 d'auto- amnistie de 1978. La Cour Suprême du Chili au complet et à l'unanimité, le 24 décembre 1990, décida de rejeter le recours mentionné et confirma la constitutionnalité du Décret-Loi d'autoamnistie de 1978. C'est pourquoi cette cour, en relation avec la possibilité d'enquêter judiciairement sur les disparitions intervenues durant la période couverte par le D.L. d'autoamnistie, déclara que si à partir des éléments rencontrés à l'intérieur du procès lui-

⁸⁶²Amnistía Internacional. Índice AI: AMR 22/002/2001/s. Amnistía Internacional, enero de 2001. CEME – Centro de Estudios Miguel Enríquez –Archivo Chile- “La incompatibilidad del Decreto Ley No. 2191 de Chile con el derecho internacional”, p. 2

⁸⁶³Ibidem

même avait été démontré l'extinction de la responsabilité de l'inculpé dans la procédure, il serait possible d'interrompre le cours du procès, et de prononcer un non-lieu définitif de l'affaire⁸⁶⁴.

Ce sur quoi la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme déclara : “...du fait que la Cour suprême a refusé à 70 citoyens chiliens l'accès à la justice en violation des dispositions de la Convention américaine actuellement en vigueur au Chili, et étant donné qu'il est parfaitement prévisible que l'actuelle Cour suprême ne changera pas d'avis au sujet des limitations du D.L. d'autoamnistie de 1978, les institutions requérantes demandent à la Commission de déclarer que l'État du Chili a violé l'article 25, en relation avec l'article 1.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et, vu les dispositions des articles 1.2 et 43 du même instrument, déclare également que le D.L. 2.191 est incompatible avec les obligations du Chili à la lumière de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.”⁸⁶⁵

A propos de l'application de la loi d'amnistie, il est important de souligner les cas de Carmelo Soria et de Almonacid Aralleno (1), ainsi que de remarquer la relation entre cette application et la disparition forcée en tant que crime permanent, en prenant l'exemple du cas de Sandoval Rodriguez (2).

1. Les cas de Carmelo Soria et de Almonacid Arellano

Le cas de Carmelo Soria fut affecté par l'application de la loi d'amnistie. Carmelo Soria avait la double nationalité, chilienne et espagnole, et était fonctionnaire du Centre Latino-américain et Caribéen de Démographie des Nations Unies ; il fut séquestré et retrouvé mort le 16 juillet

⁸⁶⁴Rapport No. 36/96. affaire 10.843. Commission interaméricaine des Droits de l'Homme..... op, cit., paragraphe 7.consultable à l'adresse :<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/Chili10843.htm> “l'amnistie est un acte du Pouvoir législatif qui suspend de façon objective la déclaration de criminalité prononcée par une autre loi, et a pour conséquence de rendre impossible de punir le délit en éliminant la peine et tous ses effets dans les faits illicites qu'elle comprend, et empêche ou paralyse définitivement ou pour toujours l'exercice de toute action judiciaire qui vise à les punir.... Ce qui précède signifie, une fois vérifié le bien-fondé de la loi d'amnistie, que les juges doivent la déclarer conforme à ce que prévoient les articles 107 et 408 N°. 5 du Code de procédure pénale, sans que devienne obligatoire pour autant l'application des dispositions de l'article 413 du même Code, qui exige pour prononcer un non-lieu définitif qu'on ait terminé l'enquête par laquelle on avait essayé de prouver le corps du délit et de déterminer la personne du délinquant.

⁸⁶⁵Ibidem. Paragraphe 10

1976 dans un canal de Santiago du Chili⁸⁶⁶. La Commission Nationale de Vérité et Réconciliation conclut en 1991 qu'il avait été « exécuté par des agents de l'État ». En mai 1996, un juge de la Cour Suprême détermina que la qualification du délit était celle « d'homicide »⁸⁶⁷ mais classa l'affaire en application de la loi d'amnistie⁸⁶⁸. En août, la Cour Suprême confirma le jugement et déclara l'affaire classée. En novembre 1999, la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme conclut que « le Chili avait violé le droit à la liberté, à l'intégrité personnelle et à la vie de Carmelo Soria »⁸⁶⁹. en se basant sur la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme article I qui dit que : « Tout être

⁸⁶⁶Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme Rapport No 133-99... op. Cit., Affaire 11.725 ... paragraphe 110 : « Maintenant, dans le cas présent, selon ce qui ressort du dossier établi par la Commission, la résolution arrêtée par le Ministre Libedinsky de la Cour Suprême de Justice du Chili en date du 30 décembre 1993, les investigations du procès parvinrent à accréditer que Monsieur Carmelo Soria Espinoza a été détenu par un groupe de militaires appartenant à la Direction d'Intelligence Nationale (DINA) qui faisaient partie d'une brigade du dit organisme dénommée Mulchén, transporté dans sa propre automobile à un immeuble situé rue Naranja 4925 du secteur de Lo Curro, où il fut soumis à des interrogatoires, des contraintes physiques et finalement tué par ses ravisseurs qui, semble-t-il, étaient préalablement à ces faits en train d'enquêter sur de présumées activités de nature politique développées par le dénommé Soria Espinoza » La Cour Suprême du Chili conclut « Ces faits sont constitutifs d'homicide de Carmelo Soria Espinoza, délit que ses auteurs immédiatement après l'avoir commis tentèrent de dissimuler en simulant une chute dans un précipice de l'automobile Volkswagen propriété de la victime occasionnée par un état d'ébriété du conducteur lui-même contrefait ».

⁸⁶⁷Ibidem. Paragraphe 111 et 112 : « La résolution de la Cour Suprême de Justice du 24 mai 1996 conclut de la même manière, qui établit : Que les faits décrits sont constitutifs du délit d'homicide prévu à l'article 391 No 1, modalité 1° et 5° du Code Pénal et que des mêmes antécédents découlent des présomptions permettant d'estimer que Guillermo Salinas Torres (ex-Colonel de l'armée) s'est trouvé participer en tant qu'auteur et en tant que complice le second d'entre eux José Rios San Martín (ex Sergent de l'armée) » (...) « Ces conclusions sont également ratifiées par la résolution du Ministre Eleodoro Ortiz de la Cour Suprême du 4 juin 1996, qui se référant à la responsabilité des personnes nommées au paragraphe précédent, conclut : En accord avec les arrêts accumulés durant l'enquête, la mort de Monsieur Soria s'est produite le 14 ou 15 juillet 1976 et il semble hors de doute qu'elle a été causée par l'action dolosive de tiers ».

⁸⁶⁸Il faut remarquer que déjà « en 1996 et à nouveau en 1998, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, conclut que le Décret-Loi d'Amnistie de 1978 violait la Convention Américaine sur le Droits de l'Homme et que l'application de l'amnistie aux cas de disparition constituait une violation des obligations assumées par le Chili, en vertu de la Convention, d'offrir des recours judiciaires effectifs aux victimes de violations des droits de l'homme. De plus, la Commission reprocha au Chili de ne pas avoir éliminé le Décret-Loi de sa législation (Rapports No 36/96 du 15 octobre et 25/98 du 2 mars 1998). « L'État du Chili, pourtant, n'a pas adopté les mesures pertinentes en application de ces décisions. Et lorsque le Pouvoir Exécutif remit une copie de 1996 à la Cour Suprême, celle-ci s'en tint à l'archiver sans plus de commentaires ». Informe FIDH, No. 280/ 3, juillet 1999, p. 22

⁸⁶⁹Commission Interaméricaine des droits de l'homme. Rapport No 133/1999 ... op. cit., Affaire 11.725 paragraphe 114 : « Lorsque ces violations se produisirent la situation de la République du Chili était décrite par la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme dans son Quatrième Rapport sur la Situation des Droits de l'Homme au Chili, de la manière suivante (...) : « En matière de droit à la vie, la Commission considère qu'il a été gravement atteint au Chili durant toute la période couverte par ce rapport. L'envergure de ces violations a été caractérisée par une claire orientation politique, puisque ses victimes ont été, en forte proportion, des personnes qui soutenaient des positions politiques opposées au gouvernement ou qui avaient manifesté dans des réunions publiques leur désaccord avec lui. L'importance des violations du droit à la vie intervenues s'explique par le fait que ce gouvernement a employé pratiquement la totalité des méthodes connues d'élimination physique de dissidents sans autres : disparitions, exécutions sommaires d'individus et de groupes, exécutions décidées dans des procès sans garanties légales et torture (...) La solide évidence recueillie par la CIDH et exposée dans le chapitre sur le sujet de ce rapport lui permet d'affirmer que la torture a été une pratique continue, délibérée et systématique durant la période qui débute en 1973. Cette affirmation est confirmée par le fait que la Commission n'a pas connaissance qu'il existe un seul fonctionnaire qui ait été puni pour sa participation à la torture ce à quoi il faut ajouter l'affectation des moyens matériels et humains exigés par une telle pratique(...) »

humain a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne". Il convient de noter qu'au moment de la séquestration et de l'exécution de Carmelo Soria la Convention Américaine n'était pas en vigueur⁸⁷⁰. Cependant, la Commission n'avait pas d'empêchement à connaître du cas, en prenant en compte la teneur de cette Déclaration, laquelle avait été approuvée à la neuvième Conférence Internationale Américaine, tenue à Bogota en 1948.

Dans ce cas, s'agissant de détention arbitraire et de privation illégitime de liberté, la commission en accord avec ce qui est indiqué dans la Déclaration Américaine exposa : "Etant donné que la détention prive la personne de liberté, il est d'une importance cruciale que les citoyens sachent que de telles peines ne peuvent pas être imposées arbitrairement à discrétion ou selon le bon plaisir du pouvoir exécutif".⁸⁷¹

Quant au droit à l'intégrité personnelle, la Commission déclara que "la torture ne se justifie d'aucune manière, car elle est attentatoire à la dignité humaine et viole l'intégrité de la personne, dont la défense est également garantie par l'article I de la Déclaration Américaine".⁸⁷²

Pour ce qui concerne le droit à la vie inscrit dans la Déclaration Américaine et la sanction des responsables d'atteinte à ce droit, la commission alléguait : "Le droit à la vie mérite une considération spéciale, parce que celle-ci constitue, sans aucun doute, le fondement et le support de tous les autres droits".⁸⁷³

Dans ces conditions, la Commission tenant compte de ce que la Cour Suprême de Justice du Chili avait décidé dans sa résolution du 30 décembre 1993, conclut que Carmelo Soria "fut objet de privation arbitraire de liberté"⁸⁷⁴, fut soumis à des contraintes physiques lors de son interrogation par des agents de l'Etat⁸⁷⁵, et fut finalement assassiné par ceux qui l'avaient séquestré⁸⁷⁶". Par conséquent dans ce cas "l'Etat du Chili est responsable de la violation du droit à la vie, à la liberté et à l'intégrité personnelle de monsieur Carmelo Soria

⁸⁷⁰La Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme, entra en vigueur le 18 juillet 1978.

⁸⁷¹Commission Interaméricaine des droits de l'homme. Rapport No 133/1999, op. cit., Affaire 11.725 paragraphe 116

⁸⁷²Rapport annuel de la CIDH, année 1972, page 26

⁸⁷³Rapport annuel de la CIDH, année 1978, page 24; Rapport annuel de la CIDH, année 1976, page 20

⁸⁷⁴Commission Interaméricaine des droits de l'homme. Rapport No 133/1999, op. cit., Affaire 11.725 paragraphe 117

⁸⁷⁵Ibidem.Paragraphe. 119

⁸⁷⁶Ibidem, Paragraphe 122

Espinoza exposé à l'article I de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme⁸⁷⁷.

La Commission confirma également que “le Chili avait violé ses obligations internationales en appliquant la loi d'amnistie à ce cas”.⁸⁷⁸

Dans le cas du citoyen chilien Almonacid Arellano, la Cour déclara dans l'arrêt de septembre 2006, que s'agissant d'un crime contre l'humanité, celui-ci ne pouvait être amnistié et qu'en conséquence l'Etat, en maintenant en vigueur le Décret Loi N° 2.191, méconnaissait l'article 2 de la Convention Américaine⁸⁷⁹ qui déclare : “Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés.”⁸⁸⁰

Dans le même arrêt, la Cour fait allusion au fait que l'article 1 de la loi d'amnistie profite à tous ceux qui auraient commis des “faits délictueux” entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978. Elle souligne également que, dans son article 3, la loi d'amnistie exclut une série de délits, remarquant que les crimes contre l'humanité tels que la disparition forcée, la torture ou le génocide n'en sont pas exclus⁸⁸¹.

2. La “disparition forcée”, un crime permanent: cas Sandoval Rodríguez

Pour sa part, l'Assemblée Générale de l'Organisation des États Américains déclara que « la disparition forcée en Amérique est un affront à la conscience de l'hémisphère et constitue un crime contre l'humanité »⁸⁸². Dans sa décision de 1998 sur le cas Velásquez Rodríguez, la Cour Interaméricaine souligna que « la doctrine et la pratique internationales ont souvent qualifié les disparitions comme un délit contre l'humanité »⁸⁸³. Il était également affirmé dans cette décision historique que le crime de disparition forcée a pour conséquence “

⁸⁷⁷Ibidem, Paragraphe 123

⁸⁷⁸Amnistía Internacional. Informe en Derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley No. 2191 de 1978 de Chile con el Derecho Internacional. Índice AI: AMR 22/002/2001/s., enero de 2001, op, cit., p. 3.

⁸⁷⁹Cour IDH, Affaire Almonacid Arellano, contre Chili, op, cit., paragraphe 115.

⁸⁸⁰Article 2 de la Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme.

⁸⁸¹Cour IDH, Affaire Almonacid Arellano, contre Chili, op, cit., paragraphe 116

⁸⁸²Res. AG/RES.666 (XII-0/83) Resúmenes de las Jurisprudencias del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos. La desaparición forzada.

⁸⁸³Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez, Arrêt du 29 juillet 1988, Serie C, No. 4, Paragraphe 153.

non seulement de produire la disparition en tant que telle de personnes déterminées, de façon temporaire ou permanente, mais également de produire un état général d'angoisse, d'insécurité et de terreur»⁸⁸⁴.

La Convention Interaméricaine sur la Disparition Forcée de Personnes réaffirma dans son préambule que «la pratique systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité»⁸⁸⁵. Le besoin social d'élucidation et d'investigation de ces délits ne peut être comparé «à celui d'un banal délit commun»⁸⁸⁶.

La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans l'affaire Carmelo Soria, déclara à ce sujet : «Les disparitions forcées et les crimes connexes, comme les tortures et exécutions sommaires, sont d'une telle gravité que divers instruments internationaux ont établi des règles spéciales, telles que la compétence universelle et l'imprescriptibilité pour leur jugement afin d'éviter l'impunité»⁸⁸⁷.

À titre de comparaison avec la loi dite «d'obéissance due», fut instaurée en Argentine en 1987 une loi d'amnistie qui interdisait de mettre en cause, juger et sanctionner les responsables dans les délits de disparitions forcées. C'est ainsi qu'eut lieu à Buenos Aires en 1988 un colloque, constitué par 16 organisations de droits de l'homme. Le projet de convention adopté lors de ce rassemblement comportait un article (17) qui prévoyait d'éliminer les lois d'amnistie puisqu'elles conduisaient à laisser impunis les crimes de disparition forcée⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴Ibidem, paragraphe 149

⁸⁸⁵Convention Interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (Adoptée à Belém do Pará, Brésil, le 9 juin 1994, lors de la vingt-quatrième session ordinaire de l'Assemblée Générale) OEA/Ser. PAG/doc.3114/94 disponible en ligne à l'adresse. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/k.disparition.htm>. Visitada por última vez: 10/01/2013

⁸⁸⁶Voir : AG/RES.443 (IX-0/84);950 (XVIII-0/88);1022 (XIX-0/89);1044 (XX-0/90) y CIDH, Rapports annuels 1978; 1980/81; 1981-82; 1985/86;1986/87 et spéciaux, tels que Argentina (1980), Chili (1985) et Guatemala (1985), tous approuvés par l'Assemblée Générale.

⁸⁸⁷«Tant la Convention Interaméricaine pour la Prévention et la Répression de la Torture que la Convention Interaméricaine sur la Disparition Forcée de Personnes établissent la compétence universelle (comprendre ce terme comme compétence internationale pénale, en accord avec la présente thèse) pour les délits en question (article II et articles V et VI respectivement). La convention sur la Disparition Forcée de Personnes établit également dans son article VII la non-application de prescriptions ou, si cela est impossible, l'application de limites correspondant aux délits les plus graves». Dans «Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme» Rapport No 133/99 Affaire 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Chili, 19 novembre 1999, paragraphe 54.

⁸⁸⁸«La disparition forcée comme crime contre l'humanité», Instruments juridiques internationaux pour la prévention et contre l'impunité, Colloque de Buenos Aires, 10 -13 octobre 1988, article (17): «Les États parties dans la présente Convention s'engagent à adopter, conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives, les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour que toute norme juridique ou tout acte politique ou administratif – comme les mesures de remise de peine, de grâce, d'oubli de pacification, amnistie ou «loi plus favorable» – qui pourraient empêcher les investigations sur les faits, la protection des victimes, la réparation des crimes et la sanction des coupables, ne s'appliquent pas aux crimes mentionnés dans l'article III

Dans le cas du Chili, de nombreux avocats défenseurs des droits de l'homme et quelques juges ont argumenté leurs plaidoiries sur le fait que la « disparition » était un délit permanent et, en conséquence n'était pas affectée par la loi d'amnistie de 1978. En juillet 1999, la Cour Suprême du Chili réinterpréta cette loi en décidant qu'elle ne pouvait s'appliquer aux cas de 19 personnes « disparues » durant l'opération connue comme « la caravane de la mort ». Le jugement déclarait en effet que la mort des 19 victimes ne pouvait être certifiée de manière officielle du fait qu'on n'avait jamais retrouvé leurs cadavres⁸⁸⁹. Dans la législation chilienne, la séquestration constitue un délit permanent tant que la victime n'a pas été retrouvée ; par conséquent la Cour Suprême décida qu'aucun des accusés ne pouvait bénéficier de la loi d'amnistie. Cinq officiers de l'armée furent arrêtés et accusés de séquestration qualifiée. Parmi les accusés se trouvait Augusto Pinochet⁸⁹⁰.

Dans l'affaire Sandoval Rodriguez, arrêt rendu le 17 novembre 2004⁸⁹¹, la Cour Suprême du Chili fit une avancée importante par rapport à *“l'impunité régnante”* concernant les violations des droits de l'homme sans qu'à ce moment la disparition forcée ait été reconnue comme crime contre l'humanité.

Dans la sentence était déclaré qu'il s'agissait d'une séquestration qualifiée puisqu'il y avait privation de liberté illégitime commise avec grave abus de pouvoir par des fonctionnaires, sans mise à disposition des tribunaux et de la justice du prévenu et sans preuve de la détention. La Cour suprême rejette également l'application de la juridiction militaire, car pour cela il ne suffit pas que le sujet actif soit militaire, encore faut-il qu'il agisse en accomplissant un ordre supérieur, dans le cadre de ses fonctions militaires dans le respect de la loi et des règlements, sans se conduire arbitrairement.

de cette Convention et, dans le cas où ils existent, soient abolis, déclarés nuls et tenus pour inexistantes” (page 211). L'article III de ce projet de Convention se réfère au crime de disparition forcée des personnes. Cité dans “La Convention et la lutte contre l'impunité des auteurs de disparitions forcées” par Rodolfo Matarollo, en “La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées”, Emmanuel Decaux, Olivier de Frouville (éd.), Droit et Justice 87, Collection créée par Pierre Lambert et dirigée par Daniel Plas et Michel Puéchavy, Bruylant, 2009, p. 119.

⁸⁸⁹Jugement “Caravana de la Muerte” (caravane de la mort) du 8 août 2000, Corte Suprema de Justicia de Chile, rol n° 1920-2000, L'affaire de la “Caravana de la Muerte”, est en rapport avec la détention, suivie de disparition de 75 personnes entre les années 1974 et 1976, résultat d'une opération militaire conduite en octobre 1973 dans le nord du pays. Voir citation (131).

⁸⁹⁰La incompatibilidad del Decreto Ley No. 2191 de 1978 de Chile con el derecho internacional...op, cit., p.3

⁸⁹¹Les faits portent sur la disparition forcée de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, âgé de 26 ans, militant du MIR (Movimiento de la Izquierda Revolucionaria) qui disparut le 7 janvier 1975 selon un plan systématique de disparition de personnes coordonné par la DINA (service du renseignement de la dictature). Sandoval a été vu en vie pendant le mois de janvier au centre clandestin de détention dénommé “Villa Grimaldi”, où il fut soumis à la torture et où on perd sa trace.

Dans ce cas, on ne tint pas compte de la loi d'amnistie de 1978 parce qu'il s'agissait d'un délit permanent (la séquestration)⁸⁹², la date de fin du délit n'étant pas déterminée.

D'autre part, la Cour suprême reconnaît dans cette sentence que l'article 141 du Code Pénal chilien⁸⁹³, qui qualifie et sanctionne le délit de séquestration, coïncide avec ce qui est décrit à l'article 2 de la Convention Américaine sur la disparition forcée de personnes, du 9 juin 1994⁸⁹⁴. Ainsi, le fondement numéro 32 de l'arrêt affirme que "La séquestration qualifiée est le type de la disparition forcée de personnes décrite à l'article 2 de ladite convention, même lorsqu'on arrive à conclure à la condamnation par application du droit interne chilien"⁸⁹⁵.

B. LA RELATION ENTRE LA LOI D'AMNISTIE ET LA VIOLATION DE DROITS FONDAMENTAUX.

Beaucoup d'États ayant appliqué des lois d'amnistie ont été poursuivis devant les différents tribunaux internationaux pour avoir violé les droits fondamentaux des victimes auxquelles il n'a pas été véritablement fait justice de leurs réclamations face aux actes de cruauté commis à leur encontre. Mais cette méconnaissance est le produit des amnisties qui, en cherchant un

⁸⁹²Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992. Nations Unies, Assemblée Générale. Distr.GENERALE A/RES/47/133 18 décembre 1992. Cette déclaration considère la disparition forcée comme un délit permanent. Dans son article 17 elle déclare : "Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés" et en relation avec l'amnistie elle établit dans son article 18 que : "1-Les auteurs et les auteurs présumés d'actes visés au paragraphe 1 de l'article 4 ci-dessus ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale.2-Dans l'exercice du droit de grâce, l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées doit être prise en considération."

⁸⁹³Art. 141 du Code Pénal de la République du Chili. 3 Crimes et simples délits contre la liberté et la sécurité, commis par des particuliers « Celui qui sans droit enfermerait ou détiendrait un autre en le privant de liberté, commet le délit de séquestration et sera puni de peine d'emprisonnement (presidio) ou de réclusion (reclusión menor) au degré le plus élevé »

note de traduction libre; « presidio » désigne un type de peine châtiant les crimes, « reclusión menor » s'appliquant aux simples délits (art.21), à leur degré maximal : de quinze ans et un jour à vingt ans d'enfermement (art.56)

⁸⁹⁴Convention Interaméricaine sur la Disparition Forcée des Personnes (Adoptée à Belém do Pará, Brésil, le 9 juin 1994, lors de la vingt-quatrième session ordinaire de l'Assemblée Générale) disponible en ligne à l'adresse <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/k.disparition.htm> - Article II : " Aux effets de la présente Convention, on entend par disparition forcée des personnes la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière."

⁸⁹⁵Informe Federación Internacional de los Derechos del Hombre –FIDH-, n° 444/3, avril 2006, p. 12

mécanisme de pacification et de réconciliation nationales, en réalité méconnaissent la dite justice⁸⁹⁶. Cette relation entre amnistie et impunité sera exposée à partir de l'explication des circonstances de l'amnistie au Chili (1), puis de l'explication du déni de justice (2).

1. L'amnistie au Chili: une circonstance d'impunité

Nous traiterons l'analyse des circonstances des amnisties à partir du cas du Chili, qui vint devant la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme à propos de la détention et disparition de 70 personnes (affaire Garay Hermosilla et autres)⁸⁹⁷, dans laquelle la plainte posait deux problèmes : 1) La non-abrogation du Décret-Loi 2191 d'amnistie crée par le gouvernement militaire, et qui restait en vigueur y compris après que le Chili ait ratifié la Convention Américaine⁸⁹⁸ et 2) L'absence de jugement, d'identification des responsables, et de sanction des auteurs de ces faits qui commence avec le gouvernement militaire et continue avec le gouvernement démocratique et constitutionnel⁸⁹⁹.

Ainsi, le décret d'autoamnistie appliqué par les tribunaux chiliens empêcha de sanctionner ceux qui commirent ces violations des droits de l'homme et contribua à ce qu'aucune accusation ne se fasse, bien que soient connus les noms des responsables, qui demeurèrent exonérés de tout ennui judiciaire⁹⁰⁰.

C'est ainsi que le gouvernement démocratique du Chili reconnut l'étroite relation qui existe entre amnistie et impunité, raison pour laquelle il édicta la loi N° 19.123 qui indemnise les familles et les victimes⁹⁰¹. Cependant ces mesures ne furent pas suffisantes pour remplir les

⁸⁹⁶Voir Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, p. 204

⁸⁹⁷Voir citations (41) y (131)

⁸⁹⁸La Convention Américaine sur les Droits de l'Homme fut ratifiée par le Chili le 21 août 1990.

⁸⁹⁹Rapport No. 36/96. Cas No 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. op. cit., paragraphe 51

⁹⁰⁰Ibidem, paragraphe 71

⁹⁰¹Ibidem, paragraphes 52 et 58 "...adopta la loi No 19.123, qui indemnise les familles des victimes de violations des droits de l'homme, et considère comme une unité l'acte qui viole les droits des victimes, depuis le moment de son appréhension jusqu'au déni de justice ... Cependant de telles mesures sont insuffisantes pour garantir le respect des droits de l'homme des pétitionnaires, conformément aux prescriptions des articles 1.1 et 2 de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, tant que le droit à l'assistance de la justice ne sera pas satisfait". (traduction libre)

obligations établies par les articles 1.1 et 2 de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme⁹⁰².

2. Le déni de justice

Comme il a été dit précédemment, dans le cas des 70 disparus au Chili, le gouvernement démocratique reconnu qu'il y avait une complète relation entre la loi d'amnistie et l'impunité puisqu'était apparu un total déni de justice.

Lorsque ce déni apparaît, apparaît par là même une impunité qui prend forme à partir du moment où le gouvernement militaire du Chili libelle en sa faveur et celle des agents de l'Etat qui ont violé les droits de l'homme, des règles internes qui constituent un cadre juridique à l'impunité, dont le début formel est 1978 lorsque le gouvernement militaire promulgue le Décret-Loi N° 2191 d'auto amnistie. Ainsi l'Etat chilien, par l'intermédiaire de son pouvoir législatif, est responsable de la non-adéquation ou abrogation du Décret-Loi N° 2191 du 14avril 1978, ce qui a pour conséquence d'enfreindre les obligations assumées par cet Etat d'adapter ses normes aux préceptes de la Convention, violant ainsi les articles 1.1 et 2⁹⁰³.

La cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans le cas d'Almonacid Arellano dit au sujet du déni de justice : « Ces autoamnisties bien que fondées sur des instruments « légaux », lois, décrets-lois ou autres sont proprement la négation du droit et une véritable aberration juridique... Un tel déni de justice prend forme entouré de circonstances aggravantes, avec toutes ses conséquences juridiques, conduisant de fait à la dissimulation délibérée de violations des droits fondamentaux, par exemple au moyen de la pratique systématique de

⁹⁰²«Convention Americaine Relative aux Droits de l'Homme. (Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre de 1969, à la Conférence spécialisée interamericaine, sur le Droits de l'Homme). "Première partie Des obligations des États et des droits protégéschapitre I. Enumération des obligations. Article 1. Obligation de respecter les droits.1. Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.2. Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne.Article 2. Obligation d'adopter des mesures de droit interne. Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés. » <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>. Visité le 31 janvier 2013.

⁹⁰³Rapport No. 36/96. Cas No 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme C.H.R., OEA, op, cit., paragraphe 61.

détentions illégales ou arbitraires, séquestrations, torture et disparitions forcées de personnes, dont l'interdiction absolue tombe dans le domaine du *jus cogens*. De plus, le déni de justice en question constitue une violation grave des articles 1(1), 2, 25 et 8 de la Convention Américaine. L'Etat qui la commet en imposant une autoamnistie cesse de respecter et « faire respecter » les droits consacrés par la Convention Américaine (...) et empêche ainsi l'accès à la justice non seulement formellement, mais également matériellement(...)»⁹⁰⁴.

En accord avec ce qui précède, le déni de justice est basé fondamentalement sur la violation du droit aux garanties judiciaires (art. 8 de la Convention Américaine) (a) et la violation de la protection judiciaire (art. 25 de la Convention Américaine) (b).

a. La violation du droit aux garanties judiciaires : (art. 8)

L'article 8 de la Convention Américaine déclare : “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine”.⁹⁰⁵

Il est important de remarquer que dans de nombreux systèmes de droit pénal d'Amérique latine, la victime a le droit de présenter des charges dans une action pénale. De même dans le système chilien, la victime a le droit fondamental de faire appel aux tribunaux⁹⁰⁶. Ainsi, le décret d'amnistie amoindrit ce droit de la victime en vigueur dans la loi chilienne de pouvoir intenter une action pénale devant les tribunaux contre les responsables de violations des droits de l'homme⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Arrêt Almonacid Arellano et autres contre Chili. Vote rationnel, paragraphes 17, 18 y 20.

⁹⁰⁵Convention Américaine des Droits de l'Homme, op, cit., article 8.

⁹⁰⁶Code de Procédure Pénale du Chili, Titre II, “De la acción Penal y de la Acción Civil en el Proceso Penal”, articles 10/41.

⁹⁰⁷Rapport No. 34/96. Affaires 11.228, 11.229, 11.231 y 11282, Chili. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, 15 octobre 1996, paragraphe 62.

De plus, ces violations des droits fondamentaux peuvent être poursuivies d'office, c'est-à-dire que l'Etat a l'obligation de les poursuivre. L'Etat chilien était donc le titulaire de l'action punitive et avait l'obligation de garantir le droit à la justice de la victime et de sa famille⁹⁰⁸.

Ainsi, les conséquences juridiques de l'autoamnistie ont été incompatibles avec la Convention Américaine des Droits de l'Homme car en de nombreuses occasions on a interdit la possibilité pour les familles de victimes d'obtenir une réparation devant les tribunaux civils⁹⁰⁹.

Par ailleurs, il est important de signaler qu'une autre violation des garanties judiciaires fut produite par l'instauration de la juridiction militaire appliquée aux enquêtes menées sur les faits intervenus pendant la dictature au Chili, car cette juridiction n'était pas compétente pour en connaître,⁹¹⁰ puisque n'existait pas la garantie d'un tribunal « compétent, indépendant et impartial ». Tout comme l'indique Javier Done Matute « lorsque ceux qui jugent sympathisent avec l'accusé, se déchaîne une totale impunité »⁹¹¹.

Or, la Cour Interaméricaine à diverses occasions a dit que « lorsque la justice militaire assume la compétence sur une affaire que doit connaître la justice ordinaire, le droit au juge naturel est affecté et, a fortiori, le procès dû »⁹¹².

Dans le cas d'Almonacid Arellano, la Cour put prouver que « le 27 septembre 1996 le deuxième tribunal militaire de Santiago du Chili, demanda au premier tribunal du Crime de Rancagua de se dessaisir de l'affaire parce que les personnes poursuivies étaient soumises à la juridiction militaire au moment des faits (...) comme résultat de ce qui précède, la Cour Suprême Chilienne (...) résolut le conflit de compétence en faveur de la juridiction militaire

⁹⁰⁸Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Affaire Velasquez Rodríguez, Arrêt du 29 juillet 1988, paragraphe 176

⁹⁰⁹Rapport No. 36/96. Affaire 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. op, cit., paragraphe 66. Dans cette affaire la Commission a déclaré : « Au Chili, la possibilité d'entreprendre une action civile n'est pas nécessairement liée au résultat d'une procédure criminelle. Malgré cela, la demande civile doit être interjetée contre une personne déterminée pour qu'on puisse établir la responsabilité des faits allégués et fixer le paiement des indemnités. L'absence d'enquête par l'État a rendu pratiquement impossible d'établir la responsabilité devant les tribunaux civils. Bien que la Cour suprême ait souligné le fait que les procédures civiles et pénales sont indépendantes -Corte Suprema de Chile. Decisión sobre recurso de inaplicabilidad del Decreto-Ley 2191, 24 de agosto de 1990, párrafo 15-, la façon dont l'amnistie a été appliquée par les tribunaux affecte clairement le droit d'obtenir réparation devant les tribunaux civils, vu l'impossibilité d'individualiser ou d'identifier les responsables. Pour voir plus d'information: -Corte Suprema de Chile. Decisión sobre recurso de aclaración del 28 de septiembre de 1990, párrafo 4-

⁹¹⁰Article 8.1 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme.

⁹¹¹Javier Dondé Matute, « El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de derechos humanos » p. 291, en « Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional », Kai AMBOS, vol. 1, Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

⁹¹²Cour IDH, Affaire 19 Commerçants contre Colombie, Arrêt du 5 juillet de 2004. Serie C No. 109, paragraphe 167 et Affaire Las Palmeras contre Colombie, Arrêt du 6 décembre 2001. Serie C No. 90, paragraphe 52.

(...), laquelle finalement conclut les investigations sur le cas présent en appliquant le Décret-Loi d'autoamnistie (...) ».⁹¹³

b. La violation du droit à la protection judiciaire (article 25)

L'article 25 de la Convention Américaine déclare : “1 - Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2- Les États parties s'engagent : a)- à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours ; b)- à accroître les possibilités de recours judiciaire ; c)- à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours.”⁹¹⁴

Avec l'application de la loi d'amnistie, Décret-Loi 2191, il y eut une totale méconnaissance du droit à la protection judiciaire institué par l'article 25 de la Convention, privant de cette façon les victimes d'entreprendre un recours effectif pour faire valoir leurs droits violés.⁹¹⁵

La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans l'affaire Garay Hermosilla, soutint à ce sujet : “Le Décret-Loi d'amnistie donna lieu à une inutilité juridique des délits, et laissa les victimes et leurs familles sans aucun recours judiciaire par lequel on puisse identifier les responsables de violations des droits de l'homme commis durant la dictature militaire, et leur appliquer les sanctions correspondantes”⁹¹⁶

C'est dire que les faits dénoncés, dans ce cas à l'encontre du gouvernement démocratique, ont généré

⁹¹³Cour IDH, Affaire Almonacid Arellano et autres contre Chili, op, cit., paragraphe, 132.

⁹¹⁴Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, op, cit., article 25

⁹¹⁵La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a affirmé que les États ont l'obligation légale de fournir des recours judiciaires internes, dans les termes suivants : “Selon la Convention, les États parties s'obligent à fournir des recours judiciaires effectifs aux victimes des Droits de l'Homme (article 25), recours qui doivent être jugés en conformité avec les règles de procédure légale adaptées (article 8.1), l'ensemble dans le cadre de l'obligation générale à la charge de ces États, de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention à toute personne se trouvant sous sa juridiction (article 1)” (traduction libre). Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Affaire Velásquez Rodríguez, Eceptions Préliminaires, paragraphe 91.

⁹¹⁶Rapport No. 36/96. Cas 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. C.H.R., OEA, op, cit., paragraphe 71.

- d'une part, le manquement aux obligations acceptées par l'Etat du Chili d'adapter les règles de son droit interne aux préceptes de la Convention Américaine, ce qui contrevient aux articles 1.1 et 2,

- et d'autre part, son application qui entraîne la négation du droit à la justice au préjudice des 70 personnes disparues répertoriées dans la plainte, ce qui viole les articles 8 et 25 en relation avec l'article 1.1⁹¹⁷.

Dans l'affaire Soria, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme confirma que “(...) le Décret-Loi d'autoamnistie et son application par la Cour Suprême du Chili a eu pour effet d'empêcher les proches de la victime d'avoir accès au recours effectif pour la protection de leurs droits que prévoit l'article 25 de la convention américaine (...). De plus, par la manière dont fut appliqué le décret par les tribunaux chiliens, non seulement il empêcha de sanctionner les auteurs de violations des droits de l'homme, mais il assura également *qu'aucune accusation ne soit dirigée contre les responsables de sorte que, légalement, ceux-ci ont été juridiquement considérés comme innocents*”.⁹¹⁸(Traduction libre)

§2. L'IMPUNITE PERMANENTE AU CHILI

Pourquoi disons-nous que l'impunité est conçue en forme permanente pendant de nombreuses années au Chili et dans le reste du monde jusqu'à ce que l'enquête des autorités judiciaires espagnoles sur le cas Pinochet se fasse ?

A l'époque du régime dictatorial du Chili, quel que soit le crime contre l'humanité commis, on savait qu'il était dirigé par Pinochet⁹¹⁹, bien qu'il soit exécuté par la DINA, dirigée par Manuel Contreras. Mais on affirme ce qui précède en tenant compte des accusations portées par le général Manuel Contreras contre Pinochet à l'occasion de sa condamnation.

⁹¹⁷Ibidem, paragraphe 53

⁹¹⁸Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme Rapport No. 133/99. Cas 11.725. Carmelo Soria Espinoza. Chile. 19 novembre 1999, paragraphe 89

⁹¹⁹Paz Rojas B., Victor Espinoza C.,...”Pinochet face à la justice espagnole”, op, cit., p. 2

¹⁰²Recours en révision concernant la condamnation de Manuel Contreras Sepulveda, présenté à la justice chilienne en décembre 1997. (P. 53,59,60,70,148,259,260,261,263,264 et 265). Poder Judicial de la República de Chile. (www.poderjudicial.cl)

Ceci fut corroboré par le recours en révision réalisé auprès de la Cour Suprême du Chili en décembre 1997, sur la condamnation de Manuel Contreras manifestant qu'il tenait Pinochet informé de toutes les actions effectuées dans le cadre de la DINA. Dans son témoignage devant la Cour suprême du Chili, Manuel Contreras affirma que :⁹²⁰

“La DINA était un organisme militaire (...) dépendant tout d’abord directement du président de l’honorable Junte gouvernementale (Pinochet) et par la suite du président de la République (Pinochet). En outre, il ne s’agissait pas d’un organisme autonome qui eût pu prendre des décisions de son propre chef (...)”

Il se trouve ainsi confirmé que tous les faits criminels perpétrés par la DINA sous le commandement de Manuel Contreras étaient directement ordonnés par Augusto Pinochet.

Dans ces conditions, l'impunité qui régnait au Chili, particulièrement avec la loi d'amnistie de 1978, où les autorités étaient tenues de se soumettre précisément à la dictature, put être freinée grâce à l'application par l'Espagne de la compétence internationale pénale.

En tout cas, cette impunité continue puisque la loi d'amnistie reste en vigueur au Chili. C'est pourquoi face aux crimes contre l'humanité on doit faire en sorte qu'existe l'impossibilité de les amnistier (A), de déclarer leur prescription (B) et de ne pas permettre qu'existent d'autres limites au progrès de la justice au Chili, génératrices d'impunité (C).

A. L'IMPOSSIBILITE D'AMNISTIER LES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a indiqué que dans le “corpus juris du droit international les crimes contre l'humanité sont une grave violation des droits de l'homme et affecte toute l'humanité”⁹²¹, fondant cette position sur ce qu'avait dit le Tribunal International pour l'ex Yougoslavie, lorsqu'il déclara :

“Les crimes contre l'humanité sont des actes de violence sérieux qui lèsent les êtres humains en frappant le plus essentiel pour eux : leur vie, leur liberté, leur bien-être physique et/ou leur dignité. Ce sont des actes inhumains qui par leur étendue et leur gravité vont au-delà des

⁹²¹Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Affaire Almonacid Arellano, op, cit., paragraphe 105.

limites tolérables par la communauté internationale, qui doit nécessairement exiger leur punition”.⁹²²

Par conséquent, ne pas laisser impunis les crimes contre l'humanité implique l'obligation de poursuivre sous toutes ses formes et l'obligation de sanctionner les responsables. C'est pourquoi l'adoption de lois d'amnistie empêche le respect de ces obligations. C'est ainsi que le Secrétaire Général des Nations Unies, dans son rapport sur l'établissement d'un Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, affirma que : “Tout en reconnaissant que l’amnistie est une notion juridique acceptée et représente un geste de paix et de réconciliation à la fin d’une guerre civile ou d’un conflit armé interne, l’Organisation des Nations Unies a toujours affirmé qu’elle ne pouvait être accordée en ce qui concerne les crimes internationaux, comme le génocide, les crimes contre l’humanité ou autres violations graves du droit international humanitaire”⁹²³.

De la même façon, la cour IDH déclara à ce sujet : “Les lois d'autoamnistie impliquent, pour les victimes, un déni de justice et la perpétuation de l’impunité ; elles sont donc manifestement incompatibles avec l'esprit et la lettre de la Convention américaine. Ce type de lois empêche toute identification des individus responsables de violations des droits de l’homme, car elles entravent l’enquête, l'accès à la justice et elles empêchent les victimes et leurs familles de connaître la vérité et d'obtenir la réparation correspondante”.⁹²⁴

A ce propos, il est important de tenir compte les déclarations de la Commission IDH lorsqu'elle dit : “*Que les droits et libertés fondamentaux ne prennent pas fin avec un gouvernement de fait, parce qu'ils sont antérieurs à l'Etat et à la constitution qui les reconnaît et les garantit, mais qui ne les crée pas*”. Elle ajoute : “ *Il est donc erroné d'affirmer qu'un régime de fait n'a aucune limite à sa puissance anormale ou anticonstitutionnelle*”. Ainsi, si on a accusé le Chili de violer systématiquement les droits fondamentaux de ses ressortissants, c'est qu'en créant une loi d'amnistie pour s'exonérer de toute sorte de responsabilité, il commettait “un énorme abus de pouvoir.”⁹²⁵

⁹²²Voir Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie, Procureur contre Erdemovic, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at paragraph 28

⁹²³Voir O.N.U., Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, S/2000/915 du 4 octobre 2000, paragraphe 22.

⁹²⁴Affaire Barrios Altos contre Perou, Arrêt du 14 mars 2001 (fond), § 2.a).

⁹²⁵Ibidem

En raison de ce qui précède, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans l'affaire Almonacid Arellano, ordonna à l'Etat chilien d'abroger la loi d'amnistie (1) sans que cela ait été réalisé ; cependant son application a cessé (2), ce qui a eu une signification importante dans l'espace judiciaire.

1. La non-abrogation du Décret-Loi d'amnistie de 1978

L'État du Chili depuis qu'il a ratifié la Convention Américaine le 21 août 1990, a maintenu en vigueur le Décret-Loi N° 2.191, ignorant les obligations que consacrait cette convention. Il faut reconnaître que cela a été une avancée que dans certains cas le pouvoir judiciaire ait cessé d'appliquer la loi d'amnistie. Pourtant l'article 2⁹²⁶ de la Convention Américaine continue d'être violé, puisque cet article *“impose une obligation législative de supprimer toute norme qui violerait la Convention et en deuxième lieu, parce que les tribunaux nationaux peuvent modifier leurs normes et décider d'appliquer à nouveau une disposition qui, au plan interne, reste applicable. (...) C'est pourquoi la Cour estime que l'État n'a pas rempli les obligations imposées par l'article 2 de la Convention américaine car il a maintenu dans son ordonnancement juridique un Décret loi contraire à la lettre et à l'esprit de celle-ci.”*⁹²⁷

La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'arrêt Almonacid Arellano contre l'État du Chili de septembre 2006, ordonna à l'État du Chili d'abroger le Décret Loi d'amnistie de 1978, sans que cela ait été réalisé puisqu'il reste en vigueur, faisant peu de cas de l'obligation imposée par la cour, et donnant lieu simultanément à un manquement au droit international même.

Durant le premier gouvernement de la présidente Bachelet⁹²⁸ trois projets de loi virent le jour, mais aucun n'aboutit. Aujourd'hui le Décret-Loi d'amnistie a cessé de s'appliquer en raison de

⁹²⁶ Article 2 de la Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme : "Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés"

⁹²⁷ Cour IDH, Affaire Almonacid Arellano, arrêt du 26 septembre 2006, op, cit., paragraphes 121 et 122

⁹²⁸ (...). En raison de tout ce qui précède, il n'est pas étonnant que les gouvernements de la Concertation aient trompé non seulement leurs bases et les organisations nationales des droits de l'homme, mais aussi la Commission et la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme en répondant à ces organes – au sujet des plaintes contre l'État du Chili pour ses applications judiciaires du Décret Loi d'Amnistie – que le gouvernement était d'accord avec les plaignants sur l'illégitimité de ce décret-loi, mais qu'il n'avait pas les majorités parlementaires pour l'abroger. Et plus encore, que les dites tromperies se soient vues aggravées lorsqu'obtenant ces majorités

la position juridique des différents juges qui connaissent des affaires de violations des droits de l'homme survenues durant la dictature.⁹²⁹

2. L'arrêt de l'application du Décret-Loi d'amnistie

En 1998 le Décret Loi d'amnistie du Chili cesse d'être appliqué lorsque la seconde chambre pénale de la Cour Suprême se modifie⁹³⁰. Ainsi en septembre 1998, la Cour Suprême, dans la procédure pour la séquestration de Pedro Poblete Córdova, annula les jugements de première instance et de la cour d'appel, qui avaient appliqué la loi d'amnistie et en conséquence « ordonna de rouvrir l'instruction close par la justice militaire en application du Décret Loi d'amnistie »⁹³¹.

Dans ce cas, la Cour suprême déclara que « pour classer définitivement une affaire eu égard à la loi d'amnistie », il fallait en premier lieu établir « les circonstances de disparition de la victime » et en second lieu « déterminer l'identité des auteurs présumés ». Il a également été dit qu'à l'époque où le délit a été commis, le Chili se trouvait « en état de guerre » (...) et l'entrée en vigueur des conventions de Genève, interdisait à l'Etat du Chili de prendre des mesures tendant à protéger les préjudices commis à l'encontre de personnes déterminées ou obtenir l'impunité de leurs auteurs. Et elle ajouta que ces conventions ont une application conforme au contenu de l'article 5 de la constitution, « de sorte qu'omettre son application

(sous Lagos entre août 2000 et mars 2002, et sous Bachelet, au début de son gouvernement et durant plus de deux ans) ces gouvernements n'aient rien fait pour être conséquents avec ce qu'ils affirmaient à ces entités internationales. (...) Pire encore, après que la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme ait statué contre l'État du Chili dans l'affaire Almonacid Arellano (...) et l'ait obligé à rendre sans effet le décret-loi d'amnistie, (le gouvernement Bachelet – ayant la majorité parlementaire pour le faire ne l'a tout simplement pas fait). C'est dire que le manque de volonté des gouvernements adeptes de la concertation pour tenir leurs engagements de rechercher la justice en matière de graves violations des droits de l'Homme est devenu tel, qu'il ne leur a même pas importé que l'État chilien reste gravement irrespectueux des traités face à lacommunauté internationale; et dans une affaire d'une aussi grande importance éthique, historique et humanitaire comme celle -là.” (traduction libre). Felipe IOP VFBRT OIOOO, “La concertación debe explicaciones”. Publié dans le journal el Clarín de Chile, 5 juin 2012, [htt: www.elclarin.cl](http://www.elclarin.cl), consulté la dernière fois le 20 août 2012.

⁹²⁹Ibidem

⁹³⁰Fédération Internationale des Droits de l'Homme – FIDH, “Avances y obstáculos en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa Humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet”, Rapport No 577e, octobre 2011, P 8 “ à titre d'exemple, au mois de mars, le non-lieu définitif du procès pour la disparition de 24 paysans à Paine, qui avait été décrété par la cour martiale en juin 1996 a été déclaré sans effet, ordonnant la suspension temporaire et partielle de la cause. Au mois de mai, à nouveau la Seconde Chambre Pénale de la Cour Suprême a admis la cassation de l'application de l'amnistie dans l'affaire connue comme “Les huit de Valparaiso”, dont l'amnistie avait été prononcée par la Cour Martiale” (...)

⁹³¹S.C.S., 09.09.1998, Rol No. 469-98, concernant la disparition de Pedro Poblete Córdova.....op, cit., voir citation (186)

causerait une erreur de Droit, un devoir constitutif du droit interne étant de s'adapter à la réglementation internationale qui cherche à garantir les droits essentiels émanant de la nature humaine »⁹³².

B. L'IMPRESCRIPTIBILITE DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

La prescription est avant tout une forme générale d'impunité, et pour cette raison, face à de graves violations des droits de l'homme, doit être rejetée.

La Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme établit la portée de la prescription dans les termes suivants : « La prescription en matière pénale fixe l'extinction de l'aspiration à punir du fait du temps écoulé, et généralement, limite le pouvoir de l'Etat à poursuivre la conduite illicite et sanctionner ses auteurs. C'est là une garantie qui doit être dûment respectée par le juge de tout accusé d'un délit. Sans préjudice de ce qui précède, la prescription de l'action pénale est inadmissible et inapplicable lorsqu'il s'agit de très graves violations des droits de l'homme tels que l'entend le droit international »⁹³³.

Dans l'arrêt Almonacid Arellano contre Chili du 26 septembre 2006, la Cour indiqua que « En effet, dans la mesure où il s'agit d'un crime contre l'humanité, le crime commis à l'encontre de M. Almonacid Arellano est non seulement « inadmissible »⁹³⁴ mais il est imprescriptible.(...) » les crimes contre l'humanité sont intolérables pour la communauté internationale et offensent l'humanité tout entière. Les dommages causés par ces crimes ne s'effacent pas pour la société nationale et la communauté internationale, qui exigent une investigation et le châtement des responsables. »⁹³⁵.

Et la cour ajouta « Même si le Chili « n'avait pas ratifié »⁹³⁶ cette Convention, la Cour estime que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité se présente comme une norme du droit international général (jus cogens), qui ne découle pas de cette Convention mais qui est

⁹³²FIDH Rapport n°. 577e, octobre 2011, p. 9

⁹³³Affaire Albán Cornejo et autres contre Ecuador, paragraphe 111

⁹³⁴Lire « non amnistiable » conformément aux versions espagnole et anglaise du document N.d.

⁹³⁵Cour IDH Affaire Almonacid Arellano contre Chili, op, cit., paragraphe 152

⁹³⁶Lire « Bien que le Chili n'ait pas ratifié » conformément aux versions espagnole et anglaise du texte: N.d.

reconnue par celle-ci. En conséquence, le Chili ne peut pas manquer d'appliquer cette norme impérative.⁹³⁷

Il faut rappeler que la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité⁹³⁸, affirme que les délits internationaux tels que les crimes contre l'humanité « sont imprescriptibles quelle que soit la date où ils ont été commis ».

En conséquence, la Cour Suprême de Justice du Chili en décembre 2006⁹³⁹, prenant en compte les rapports de la Commission et la jurisprudence de la Cour IDH, déclara imprescriptibles les exécutions sommaires des membres du MIR intervenues en 1973. La Cour Suprême qualifia les homicides comme délits contre l'humanité et ajouta que l'interdiction de commettre ces crimes est une norme du *jus cogens*, dont la sanction est obligatoire conformément au droit international⁹⁴⁰.

De telle sorte que la prescription de l'action pénale va à l'encontre du principe d'imprescriptibilité qui est une norme en vigueur du droit coutumier pour tous les Etats, ce qui est prévu par l'article I de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre⁹⁴¹. On doit, de plus, tenir compte des Conventions de Genève et de l'article I de la Convention Américaine des Droits de l'Homme. Avec ces arguments juridiques la Cour Suprême de Justice condamne les inculpés dans l'affaire en question⁹⁴².

Dans les jugements suivants tel que celui prononcé en janvier 2007, dans l'affaire en cours pour l'homicide qualifié de José Matías Ñanco, il a été allégué qu'à l'époque des faits il y avait un état de guerre interne, qu'en conséquence on pouvait appliquer les conventions de

⁹³⁷ Ibidem, paragraphe 153

⁹³⁸ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968. Entrée en vigueur le 11 novembre 1970.

¹²¹ Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 13.12.2006, Rol No. 559-04, pour les homicides de Hugo Vásquez Martínez et Mario Superby Jeldres, rendu par la Seconde Chambre.

⁹⁴⁰ Ibidem, considérant 26. Ce postulat se base sur les paragraphes 96 et 99 du jugement Almonacid Arellano contre Chili, qui a été prononcé par la cour Interaméricaine des Droits de l'Homme Le 26 septembre 2006, et qui dit à la lettre Art. 96 "...la Cour reconnaît que les crimes contre l'humanité incluent l'accomplissement d'actes inhumains, comme l'assassinat, commis dans un contexte d'attaque généralisée ou systématique contre une population civile. Il suffit qu'un seul acte illicite comme ceux mentionnés précédemment soit commis dans le contexte décrit pour qu'existe un crime contre l'humanité..." Art 99 En se basant sur les paragraphes précédents, la Cour trouve qu'il existe une large évidence pour conclure qu'en 1973, année de la mort de Monsieur Almonacid Arellano, la l'accomplissement de crimes contre l'humanité, y compris l'assassinat exécuté dans un contexte d'attaque généralisée ou systématique à l'encontre de secteurs de la population civile, violait une norme impérative du droit international. Cette interdiction de commettre des crimes contre l'humanité est une norme du *jus cogens* et la pénalisation de ces crimes est obligatoire conformément au droit international général".(Traduction libre)

⁹⁴¹ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ... op. Cit., Article I

⁹⁴² Arrêt Cour Suprême du Chili du 13.12.2006, op, cit., considérant 28

Genève, que ces faits poursuivis étaient catégorisés comme crimes contre l'humanité, et par là même avaient un caractère imprescriptible.⁹⁴³

En 2010 un autre verdict est rendu, où il est démontré comment les règles du droit international sont appliquées par la Cour Suprême, transformant en imprescriptibles les délits d'homicides commis pendant la dictature militaire. Il en fut ainsi dans la procédure au sujet des homicides qualifiés du général Carlos Prats et de son épouse Sofia Cuthbert, perpétrés le 30 septembre 1974 dans la capitale argentine⁹⁴⁴.

En dépit de ce qui précède, il existe au Chili de nouvelles modalités d'impunité comme la prescription graduelle ou la demi-prescription (1) et l'atténuation pour bonne conduite antérieure (2).

1. La prescription graduelle ou la demi-prescription

Tout en reconnaissant que la Cour Suprême de Justice du Chili a dans beaucoup d'affaires tenu compte des déclarations de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme sur les délits correspondant aux crimes contre l'humanité, tous ceux commis durant le régime militaire comme la torture, la séquestration qualifiée, les homicides, etc. qui ne sont par conséquent ni amnistiables ni prescriptibles, ont bénéficié ces dernières années du “modèle”⁹⁴⁵ de la prescription graduelle de délits imprescriptibles qui a été introduit pour prendre en compte le peu de dangerosité d'inculpé et de son âge avancé.

Nous citerons comme exemple le cas de la séquestration de Juan Luis Rivera Matus, lorsque la seconde chambre de la Cour suprême de Justice en 2007 déclara l'imprescriptibilité

⁹⁴³ Arrêt Cour Suprême du Chili du 18.01.2007, Rol No. 2.666-04, concernant l'homicide qualifié de José Matias Ñanco, rendu par la Seconde Chambre qui affirma que “les deux faits illicites furent le produit d'actes constitutifs de “délits contre l'humanité” et qu'au sujet de tels crimes “chaque État membre de la communauté internationale contracte l'obligation de juger et punir les responsables, entre-temps agresseurs de valeurs morales que l'humanité n'hésite pas à qualifier d'essentielles et constitutives de la personne. En conséquence, par son incompatibilité avec les instruments internationaux qui s'opposent à la promulgation d'une norme qui prétende empêcher l'investigation des violations des droits de l'homme fondamentaux et la sanction des responsables de tels délits, les textes légaux comme le Décret-loi 2.191 sont dépourvus d'effets juridiques (...)”, ajoutant que “le même raisonnement rend impossible l'application de la prescription de l'action pénale aux délits contre l'humanité (...)”. Considérants 15 et 16. (traducción libre)

⁹⁴⁴ Arrêt Cour Suprême du Chili du 08.07.2010, Rol No. 2596-09, concernant l'homicide qualifié de Carlos Prats, et Sofia Cuthbert, rendu par la Seconde Chambre.

⁹⁴⁵ C'est un « modelo » appliqué par exception à ces situations

s'agissant d'un crime contre l'humanité, mais déclare dans la même sentence le délit partiellement prescrit. La Cour suprême indique à ce sujet : “(...) en application de divers traités internationaux sur les Droits de l'Homme, il a été souligné que la séquestration doit être tenue pour un des délits considérés de ceux “contre l'humanité”, donc imprescriptible. Toutefois, ces traités admettent les raisons qui permettent de sanctionner de façon plus bénigne et équilibrée, c'est à dire, qui incitent les victimes à accepter qu'il leur est réellement rendu justice du fait que l'inculpé reçoive une sanction humanisée après de longues années sans décision finale. C'est pourquoi est admise comme pleinement applicable à la situation de ce procès la règle de l'article 103 du code pénal”⁹⁴⁶. (traduction Libre)

“(...).trouve Précisément dans cette affaire, on prend en compte, pour atténuer la peine, le contenu de l'article 103 du Code Pénal Chilien⁹⁴⁷, ce sur quoi la Cour Suprême de Justice déclare son fondement dans le caractère ridicule d'une peine aussi lourde pour des faits arrivés depuis si longtemps, mais qui doivent être réprimés, avec pour résultat de leur reconnaissance une peine mineure”⁹⁴⁸.

Il ressort de ce qui précède que tout va à contresens du droit international étant donné que la “demi-prescription” n'est pas envisagée dans l'ordonnement juridique international, puisqu'il n'existe pas de limite de temps pour enquêter sur les crimes contre l'humanité⁹⁴⁹. Si les investigations ont été entreprises avec retard, cela est dû au manque de diligence de la part des autorités judiciaires. La prémisse concernant le temps écoulé depuis l'exécution des faits ne saurait donc être prise en compte comme justification d'une demi-prescription.⁹⁵⁰

Il faut signaler que le droit international autorise la diminution de la peine dans le cas d'officiers inférieurs qui agissent en raison de l'obéissance due et également lorsqu'existe une collaboration efficace, par exemple lorsqu'apparaît l'information pertinente qui permet de

¹²⁸ Arrêt Cour Suprême du Chili du 30.07.2007, Rol No. 3808-06, concernant la séquestration de Juan Luis Rivera Matus, rendu par la Seconde Chambre.

⁹⁴⁷ Art. 103 du Code Pénal du Chili “Si le responsable venait à se présenter ou à être appréhendé avant la fin du temps de prescription de l'action pénale ou de la peine, mais après que se soit écoulé la moitié du temps exigé, dans chacun des cas respectifs, pour de telles prescriptions, le tribunal devra considérer le fait comme présentant deux ou plus circonstances atténuantes qualifiées et aucune aggravante et appliquer les règles des articles 65, 66, 67, 68 soit dans l'attribution de la peine, soit pour diminuer celle déjà attribuée. Cette règle ne s'applique pas aux prescriptions des fautes et peines de courte durée”.

⁹⁴⁸ Arrêt de la Cour Suprême de Justice du 30.07.2007, op, cit., Considérant 18.

⁹⁴⁹ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, op, cit., cité dans la note (3)

⁹⁵⁰ Rapport –FIDH- No. 577e, op, cit., p.22

retrouver l'endroit où se trouve un séquestré ou un disparu⁹⁵¹. Mais ces atténuations ne sont pas appliquées pour la demi-prescription au Chili, puisqu'elles s'appliquent de façon indistincte aux colonels et aux sous officiers, à des jeunes à des personnes plus âgées ou ayant collaboré aux enquêtes aussi bien qu'à celles qui n'ont fourni aucun type de collaboration⁹⁵².

Par conséquent, ces sentences dans lesquelles la demi-prescription a été appliquée semblent enfreindre les articles 8.1 et 25 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme. Ainsi la Cour Interaméricaine a reconnu que “la réponse que l'Etat attribue à la conduite illicite de l'auteur de la transgression doit être proportionnelle au bien juridique affecté et à la culpabilité avec laquelle l'auteur a agi”. Ce prononcé a été fait par la Cour Interaméricaine dans l'affaire du Massacre de la Rochela contre la Colombie⁹⁵³. Cette proportionnalité de la peine est aussi exprimée dans le droit international conventionnel. C'est ainsi qu'il est dit que les délits internationaux, lorsqu'il s'agit de crimes tels que disparitions forcées et autres crimes contre l'humanité, doivent être punis d'une peine proportionnelle⁹⁵⁴. Pour établir la gravité du délit dans ces cas, il est nécessaire de faire référence à ce qui est indiqué dans les statuts de la Cour Pénale Internationale, et des Tribunaux Pénaux Internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda⁹⁵⁵.

L'utilisation de la demi-prescription au Chili fut dénoncée devant la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, en novembre 2009, durant une audience sollicitée par la Fédération Internationale des Ligues des droits de l'Homme –FIDH-, à laquelle participait un délégué du Chili qui manifesta sa profonde préoccupation à ce sujet.

Lors de la clôture de la session la CIDH émit un prononcé dans lequel elle manifestait l'inadmissibilité de la prescription pour des crimes de cette nature :

⁹⁵¹À ce sujet la convention des Nations Unies sur les disparitions forcées, déclare dans son article 7 (2) : “Tout État partie peut prévoir: a) Des circonstances atténuantes, notamment en faveur de ceux qui, impliqués dans la commission d'une disparition forcée, auront contribué efficacement à la récupération en vie de la personne disparue ou auront permis d'élucider des cas de disparition forcée ou d'identifier les auteurs d'une disparition forcée ;”. L'article 3 (2) de la Convention Interaméricaine sur les Disparitions Forcées va dans le même sens, de même que les Règles de Procédure du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie ICTY r. 101 (B) (i), 101 (B) (ii).

⁹⁵²Rapport FIDH No. 577e, op, cit., 23

⁹⁵³Affaire du Massacre de la Rochela contre Colombie, 11 mai 2007, paragraphe 196 « En ce qui concerne le principe de proportionnalité de la peine en question, la Cour estime opportun de souligner que la réponse que l'État attribue à la conduite illicite de l'auteur de la transgression doit être proportionnelle au bien juridique affecté et à la culpabilité avec laquelle l'auteur a agi, raison pour laquelle elle doit être établie en fonction de la nature et de la gravité des faits... »

⁹⁵⁴Voir par exemple la Convention des Nations Unies sur les disparitions forcées de personnes art. 7 (1), Convention Interaméricaine sur les Disparitions Forcées de Personnes, art. 3 (1) et Convention contre la Torture, art. 4 (2)

⁹⁵⁵Statut de Rome, art. 78 (1), Statut du ICTY, art. 24 (2); Statut du ICTR, art. 23 (2).

*“Durant ces sessions ont également eurent lieu des audiences sur les procès judiciaires concernant de graves violations des droits de l'homme perpétrés dans le passé. À ce sujet, la CIDH souligne que les organes du système interaméricain se sont prononcés sur l'inadmissibilité de la prescription en matière pénale dans les cas de graves violations des droits de l'homme. En particulier, la Commission réaffirme la jurisprudence de la Cour IDH, selon laquelle sont considérées inadmissibles les dispositions d'amnistie, de prescription et d'exclusion de responsabilité qui prétendent empêcher la recherche et la sanction des responsables de violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extra-légales ou arbitraires et les disparitions forcées, toutes interdites parce que contrevenant à des droits auxquels il ne peut être dérogé, reconnus par le droit international des Droits de l'Homme”.*⁹⁵⁶(traduction libre)

On note ainsi une tendance à l'impunité de la part de la chambre pénale de la Cour suprême qui rend des sentences qui ne reflètent ni la gravité des crimes ni leur caractère imprescriptible.

2. La bonne conduite antérieure, circonstance atténuante

Il a été tenu compte comme élément d'atténuation de la peine, pour appliquer la prescription graduelle ou la demi-prescription, de la bonne conduite préalable de l'inculpé, à savoir qu'il n'ait été condamné par aucun autre tribunal avant de commettre les crimes contre l'humanité, et non au moment d'édicter la sentence. C'est-à-dire que la négligence même commise par les tribunaux durant le régime militaire du Chili a servi de justification pour accorder des circonstances atténuantes, fait qui a été dénoncé par les familles des victimes. À ce sujet, on mentionnera le cas de Manuel Contreras, ex-directeur de la DINA, condamné pour homicide qualifié et association illicite.⁹⁵⁷

⁹⁵⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos, culmina su 137º período de sesiones, 13 de noviembre de 2009. Disponible en :<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2009/78-09sp.htm>, visitada por última vez el 10 febrero 2013.

⁹⁵⁷Rapport FIDH No. 577e, op, cit., 23

C. LES AUTRES LIMITES AU PROGRES DE LA JUSTICE AU CHILI, GENERATRICES D'IMPUNITE

Il existe d'autres limites au progrès de la justice au Chili, qui après le coup d'Etat militaire ont généré de l'injustice, comme le pacte de silence et la destruction de preuves (1), le manque d'enquête ou de poursuite concernant beaucoup de civils et d'intellectuels responsables de crimes contre l'humanité perpétrés durant cette période (2), ainsi que le déni du droit des victimes de tortures à accéder à la justice (3).

1. Le pacte de silence et la destruction de preuves

C'est un fait connu qu'au Chili s'est instauré un pacte de silence entre les dirigeants militaires qui furent accusés, ce qui a aussi généré de l'impunité, puisqu'ils se sont refusés à donner quelque type d'information que ce soit sur les crimes contre l'humanité qui eurent lieu durant le régime militaire. Les forces armées déclarent à propos des preuves qu'elles ont été en majorité brûlées. Il faut se rappeler qu'en 1978, Pinochet ordonna qu'on exhume et brûle tous les cadavres qui existaient après les exécutions extrajudiciaires commises au début de la dictature durant l'opération dite "retiro de televisores" (enlèvement des téléviseurs).⁹⁵⁸

2. Les civils et les intellectuels responsables de crimes contre l'humanité.

Par ailleurs, les civils et idéologues responsables des crimes contre l'humanité au Chili, demeurent en totale « impunité politique »⁹⁵⁹, si l'on tient compte qu'avec la transition on n'a pas pu arriver à juger ces acteurs qui ont joué un rôle actif dans la dictature de Pinochet.⁹⁶⁰

⁹⁵⁸Ibidem, p. 25

⁹⁵⁹“L'impunité” c'est à dire “l'absence de sanctions politiques, comme l'inaptitude de plein droit d'exercer des fonctions publiques pour ceux qui exercèrent des fonctions publiques dans un régime de fait et répressif” quelque chose “qui persiste dans l'arrogante présence de ceux qui font ostentation de ce qu'ils ont fait”. Roberto GARRETON, en el caso Pinochet: Londres 1998: Hitos, causas, consecuencias. Una aproximación personal. Conferencia Internacional “El caso Pinochet y su legado – A 10 años de Londres 1998”, FIDH, Rapport n° 577e, 2011, p. 27

⁹⁶⁰Ibidem

Bien que plusieurs chefs militaires de la dictature aient été condamnés, cette action de la justice n'a pu être étendue jusqu'à la direction civile qui fut derrière les crimes contre l'humanité perpétrés durant ce régime, peut-être en raison même du pacte de silence. À ce sujet il est important de signaler qu'en décembre 2012, près de 40 ans après le coup d'État militaire au Chili, une plainte a été déposée contre les responsables civils et militaires des crimes du coup d'Etat de 1973, par l'association des familles de détenus disparus (AFDD) et l'association des familles d'exécutés politiques (AFEP)⁹⁶¹ qui fut reçue par le juge Mario Carroza de la Cour d'Appel de Santiago, le 20 janvier 2013.⁹⁶²

Avec cette plainte, il sera possible de juger les représentants politiques de la Droite et de la Démocratie Chrétienne qui ont été compromis avec les militaires putschistes et beaucoup de personnages politiques, aujourd'hui en vie qui n'ont même pas eu à déposer pour leur propre responsabilité dans ces faits. Cette plainte se fonde sur les causes à l'origine des crimes contre l'humanité, et non sur les conséquences en tant que telles, c'est-à-dire sur cette conspiration préalable entre politiciens chiliens, membres des forces armées et le patronage de l'Agence Centrale du Renseignement nord-américain, la CIA.⁹⁶³

Les faits montrent entre autres que la finalité « *était d'empêcher que se produise au Chili tout changement social, économique ou politique qui puisse affecter les intérêts nord-américains au Chili* ». ⁹⁶⁴

C'est ainsi que dans la plainte on lit « Le 15 septembre 1970, après qu'Allende ait terminé en tête des élections, mais avant que le congrès chilien ait choisi entre lui et le candidat Alessandri, (...) le président Nixon a réuni Richard Helms, le directeur de la CIA, l'assistant du président pour les affaires de Sécurité Nationale Henry Kissinger et le procureur général John Mitchell. Helms fut mandaté pour prévenir la prise de pouvoir d'Allende... ».

⁹⁶¹ Periódico Chileno El Clarin, lunes 17 de diciembre de 2012.

http://www.elclarin.cl/web/index.php?option=com_content&view=article&id=6765 visité pour la dernière fois le 30 décembre 2012.

⁹⁶² Semanario El Siglo, edición No. 1642. <http://www.diarioreddigital.cl> Consulté pour la dernière fois le 25 avril 2013.

⁹⁶³ Ibidem, "En plus, tout a été expressément recherché en premier lieu par les propres organismes de l'État nord-américain. Il suffit de mentionner ce qu'on appelle le RAPPORT CHURCH du Sénat nord-américain, ainsi que les nombreux documents déclassifiés de la CIA et d'ajouter le dénommé RAPPORT HINCHEY".

⁹⁶⁴ Monica González, « La conjura, los mil y un día del golpe » editorial Catalonia, octobre 2012., en Periódico Chileno "El Clarin", lunes 17 de diciembre de 2012.....op, cit. "La première année du gouvernement Allende, les apports nord-américains pour la déstabilisation et le coup d'État au Chili dépassèrent 2,5 millions de dollars. C'est ainsi

« Rapidement il apparut évident, tant pour la Maison Blanche que pour les membres de la CIA, qu'un coup d'Etat militaire était l'unique solution pour éviter l'ascension d'Allende au pouvoir... ».

Parmi les personnes compromises dans cette plainte du 20 janvier 2013 figurent entre autres :
« ...les responsables de l'Ambassade des U.S.A au Chili, mais tout spécialement les dirigeants politiques de l'opposition au gouvernement constitutionnel du président Salvador Allende. L'immense majorité de ceux-ci continuent de vivre à cette date dans la plus grande impunité et occupant même des postes à responsabilité dans l'appareil de l'Etat. De la même manière, il doit être enquêté sur la responsabilité des propriétaires de moyens de communication golpistes et de certains journalistes en collusion avec le coup d'état (...) ».

L'ex-président Patricio Aylwin est également signalé comme responsable dans ces termes :

« Patricio Aylwin, éminent dirigeant politique qui a occupé les plus hautes charges constitutionnelles du pays, déclara le 26 août 1973 au journal nord-américain « The Washington Post » que si quelqu'un lui donnait à choisir « entre une dictature marxiste et une dictature de nos militaires moi je choisirais la seconde » (...). Le même personnage, alors en vie, peu de jours après le coup d'Etat, déclara à la presse le 17 septembre 1973 que « le gouvernement d'Allende avait épuisé, dans un total échec, la « voie chilienne vers le socialisme » et s'apprêtait à réaliser un auto-putsch afin d'instaurer par la force la dictature communiste ».

Et le texte de la plainte ajoute : *« Ce coup d'Etat criminel ne fut certainement pas une folie matinale du dictateur. Ce crime de lèse patrie et de lèse humanité a été tramé dans le temps et à cette sordide conspiration de politiques, dirigeants des forces armées, patrons de médias, puissants entrepreneurs et organismes de renseignement étrangers, participèrent beaucoup d'individus qui n'ont jamais été mis en accusation et qui continuent de jouir d'une imméritée impunité et liberté ».*

3. Le déni du droit des victimes de tortures à accéder à la justice

Le système judiciaire chilien a fait une distinction marquée entre les instructions concernant les crimes de disparitions forcées et exécutions sommaires, et celles concernant le crime de

torture laissé au second plan⁹⁶⁵. C'est ainsi que les résultats de la Commission Valech⁹⁶⁶ sont affectés par le secret de 50 ans imposé par la loi du Chili,⁹⁶⁷ qui conduit à une impunité significative.

En dépit de ce qui précède, la Cour Suprême de Justice a reconnu en septembre 2009 la torture comme violation grave des droits fondamentaux tout comme “les exécutions sommaires extra légales ou arbitraires et les disparitions forcées, toutes interdites par le droit international des droits de l'homme” et que ces délits “ne peuvent être déclarés ni prescrits, ni amnistiés et à leur sujet il n'est pas possible d'entériner des exclusions de responsabilité qui visent à empêcher la recherche et la sanction des responsables”. Lorsque la Cour suprême fit ce prononcé, elle traitait d'une affaire où malheureusement elle appliqua la demi-prescription comme instrument d'impunité, condamnant à trois ans de prison seulement les ex-officiers de l'armée de l'air du Chili (FACH) Edgar Ceballos Jones et Ramón Cáceres Jorquera, pour avoir pratiqué la torture contre 17 ex-militaires et civils à l'académie de guerre aérienne (AGA) entre le 11 septembre 1973 et janvier 1975.⁹⁶⁸

Il faut remarquer que lors de la mise en place de la “Commission-conseil pour la qualification des détenus, disparus, exécutés politiques et victimes d'emprisonnement politique et de torture”⁹⁶⁹, on n'est pas allé jusqu'à mentionner que celle-ci devrait remettre les rapports sur les personnes torturées directement à la justice pour mener les investigations les concernant, pas plus qu'il n'a été fait référence à la possibilité d'un appel de la part des personnes qui n'ont pas été admises comme victimes par cette Commission conseil⁹⁷⁰.

que le consigne le rapport officiel du Sénat des États-Unis”. Dans le même sens, on lit dans le rapport de plainte: “La seule Agence Centrale d'Intelligence des États-Unis, la CIA, a dépensé secrètement huit millions de dollars entre 1970 et le coup d'État militaire en septembre 1973, dont plus de trois millions de dollars dépensés pendant l'année fiscale de 1972. Le rapport consigne en détail les sommes en dollars investies pour financer l'offensive des quotidiens de l'entreprise “El Mercurio” propriété de Agustín Edwards(...)”. De même la CIA aurait remis des fonds tels que les sommes pour l'infiltration dans le mouvement étudiant et la centrale des travailleurs. Comme il a déjà été indiqué, il y a là l'évidence de la participation directe nord-américaine à l'assassinat du général constitutionnaliste René Schneider(...)”

⁹⁶⁵“Une autre raison pour laquelle il y a peu de cas judiciaires de torture est qu'il existe des difficultés de preuve pour accréditer les tortures, de par l'ancienneté des faits ou le fait qu'il ne reste pas de séquelles physiques, que lorsqu'elles existent il est difficile d'en déterminer la cause ou encore que toutes les victimes ne souffrent pas d'un stress post-traumatique (...). Ce à quoi il faut ajouter que la charge de la preuve repose sur le demandeur” Rapport-FIDH- No. 577e, op. cit., p.26

⁹⁶⁶Voir l'introduction de cette thèse chapitre 1.titre II de la seconde partie (La loi d'amnistie du Chili face à l'impunité), pp. 2-6

⁹⁶⁷Voir Article 15 de la loi 19.992 du 14 décembre 2004. note de pied de page (121)

⁹⁶⁸Arrêt de la Cour Suprême de Justice du Chili, 29 septembre 2009.

⁹⁶⁹Voir note (25)

⁹⁷⁰Rapport-FIIDH- No. 577e.,op, cit., p.26

Section 2.

LA LOI D'AMNISTIE AU CHILI COMME SOURCE D'IMPUNITÉ : UNE CONTRADICTION JURIDIQUE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

L'impunité au Chili coïncide avec le développement du droit international des droits de l'homme, basé sur des instruments internationaux relevés entre autres dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration Universelle des droits de l'homme, tout comme au niveau régional la Convention Américaine des droits de l'homme, lesquels assurent le respect des droits fondamentaux et qui en même temps apportent des mécanismes de garantie et de protection pour l'exercice de ces droits.

C'est pourquoi on pourrait aller jusqu'à affirmer qu'il existe actuellement "le devoir d'ingérence de la communauté internationale en ce qui concerne la situation des violations graves des droits de l'Homme"⁹⁷¹.

La Loi d'amnistie du Chili n'a aucune validité juridique face au droit international. En effet, "la date d'adoption et l'illégitimité du pouvoir qui l'a promulguée, de ce fait il existe une totale contradiction avec la jurisprudence internationale applicable"⁹⁷².

Ce principe est également établi dans le rapport sur l'impunité des Nations Unies, dans lequel il est affirmé que : "L'amnistie ne peut être accordée aux auteurs de violations tant que les victimes n'ont pas obtenu justice par une voie de recours efficace"⁹⁷³.

En prenant en compte ce qui précède, dans cette section, nous analyserons les obligations internationales de l'État du Chili en matière de droits de l'homme §(1), ainsi que l'application des traités internationaux des droits de l'homme dans l'ordonnement interne du Chili §(2).

t-

⁹⁷¹Rapport de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme -FIDH- No. 444/3, op, cit., p. 6

⁹⁷²Ibidem, p. 7

⁹⁷³Rapport final Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)établi par M. L. Joinet, en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission-E/CN.4/Sub.2/1997/20-26 juin 1997, paragraphe 32.

§1. LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT DU CHILI EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME

En général la jurisprudence internationale a défini l'impunité des graves violations des droits de l'homme, comme la violation des obligations de l'État selon le droit international de :

- *“rechercher les violations graves des droits de l'homme*
- *mener devant la justice et punir les responsables de ces violations de peines appropriées à la gravité des faits*
- *offrir un recours efficace aux victimes de violations graves des droits de l'homme*
- *accorder une réparation juste et appropriée aux victimes et à leurs familles et*
- *établir la vérité des faits”*⁹⁷⁴.

En conséquence, dans cet ensemble d'obligations internationales en matière de droits de l'homme qui concernent le Chili, nous analyserons dans ce qui suit l'obligation de juger et de punir les auteurs de violations des droits de l'homme (A), ainsi que l'incompatibilité de la loi d'amnistie avec l'obligation de juger et de punir (B).

A. L'OBLIGATION DE JUGER ET DE PUNIR LES AUTEURS DE VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME

Les États sont soumis à deux obligations principales qu'impose le droit international des droits de l'homme : Un devoir de ne pas violer ces droits humains et un devoir de les garantir.

Le premier fait référence à l'ensemble d'obligations qui implique d'assurer la jouissance et le profit de ces droits, et en conséquence le devoir pour l'État de s'abstenir de violer – par action ou par omission – les droits de l'homme, et en second lieu le devoir de garantir les droits de l'homme ; on les garantit d'abord en prévenant les conduites antijuridiques et, si elles se

⁹⁷⁴Federico Andreu, “Impunidad y derecho internacional: algunas consideraciones histórico jurídicas sobre la lucha contra la impunidad”, p. 8. Site en ligne <http://lipietz.net>. Dernière consultation le 3 janvier 2013

produisent, on doit les poursuivre, juger et sanctionner les responsables qui violeraient ces droits puis indemniser la victime et établir la vérité des faits.⁹⁷⁵

Les obligations qui comportent le devoir de garantie sont de nature complémentaire et ne sont ni des alternatives ni des substitutions⁹⁷⁶. Cette complémentarité ne signifie pas que “l'État choisisse laquelle de ces obligations il devra remplir”⁹⁷⁷. Chacune de ces obligations peut être remplie séparément sans que pour autant l'État puisse s'exonérer de les remplir dans leur totalité⁹⁷⁸. Le caractère indépendant de chacune de ces obligations a été mentionné à diverses occasions tant par la Cour⁹⁷⁹, que par la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme⁹⁸⁰.

Ces obligations internationales ont la caractéristique d'être exigibles par l'ensemble des États. Cela a été exposé par la Cour Internationale de Justice dans le jugement de l'affaire Barcelona

⁹⁷⁵Le Rapporteur Spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires des Nations Unies, l'a expliqué dans le rapport à la Commission des Droits de l'Homme, doc. E/CN.4/1994/35, paragraphes 688 et 711. “En vertu du droit international, les gouvernements sont tenus d'effectuer des enquêtes complètes et impartiales en cas d'allégations de violations du droit à la vie, de découvrir les coupables, de les traduire en justice et de les punir, de dédommager les victimes ou leurs familles et de prendre des mesures qui empêchent que se commettent à l'avenir de telles violations. Les deux premiers éléments de cette quadruple obligation constituent à eux seuls le moyen le plus dissuasif de prévention des violations des droits de l'homme. [...] ...reconnaître le droit des victimes, ou des familles, à recevoir une indemnisation adéquate revient à reconnaître qu'un État est responsable des actes accomplis par ses agents et c'est une manière d'exprimer le respect dû à l'être humain. Accorder une indemnisation suppose que l'obligation d'enquêter sur les allégations de violations des droits de l'homme en vue d'identifier et de poursuivre les coupables a été respectée. Accorder une réparation, financière ou autre, aux victimes ou aux familles, sans qu'une enquête ait été ouverte et menée à bien ne décharge pas les gouvernements de cette obligation.”

⁹⁷⁶Ibidem

⁹⁷⁷Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en Abregó, Martín; y otros, editores, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales”, ed, CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) Buenos Aires, 1997, p. 526

⁹⁷⁸La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme a rappelé à diverses occasions que les indemnisations faites aux victimes ou à leurs familles, ainsi que la constitution de “commissions de vérité”, n'implique pas de cesser de rechercher et de sanctionner les auteurs des crimes contre l'humanité : 51 “ la question de compensation pécuniaire, à laquelle ont droit les réclamants, porte sur la réparation même au motif des violations initiales ou de fond qui ont eu lieu, pour la plupart, durant les années soixante-dix, avant la ratification par l'Argentine de la Convention et avant la promulgation des lois et du Décret dénoncés. Il s'agit du droit à une indemnité par l'État du fait de son manquement à garantir le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté des victimes, et non au déni de justice au motif des effets des lois et du Décret.” 52 “Si les deux questions (déni de justice au moyen de l'annulation des procédures pénales et compensation à titre d'indemnisation pour violation du droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté) sont étroitement liées, il importe de ne pas les confondre, car elles constituent des plaintes matériellement distinctes. Chacune des questions dénonce des faits différents qui se sont produits à des périodes différentes et affectent des droits ou des dispositions elles aussi distinctes de la Convention.”. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport N° 28/92, cas 10.147, 10.181, 10.240, 10.309 et 10.311 (Argentine), 2 octobre 1992, paragraphes 51 et 52.

⁹⁷⁹Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Arrêt du 27 août 1998, affaire Garrido et Baigorria (indemnisations), paragraphe 72

⁹⁸⁰Rapport No. 36/96, Cas 10.843 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 77 ; Rapport No. 34/96, Cas 11.228, 11.229, 11.231 et 11.282 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 76 ; et Rapport No. 25/98, Cas 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chili), 7 avril 1998, paragraphe 50. Rapport No. 28/92, Cas 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentine).

Traction, considérant qu'en matière de droits fondamentaux de la personne humaine «il existe un intérêt de tous les États à ce que ces Droits soient protégés : les obligations dont il est question sont des obligations erga omnes»⁹⁸¹.

En tenant compte des éléments constitutifs du devoir de garantie, la jurisprudence et la doctrine internationale ont considéré ce concept comme une relation juridique entre l'individu et l'État. En conséquence, cette relation remplit une fonction de garant dans le cadre du droit international des droits de l'homme⁹⁸², dans lequel l'État est titulaire des obligations et l'individu titulaire du droit⁹⁸³.

Ce devoir de garantie, qui implique l'obligation de juger et punir les auteurs de violations des droits de l'homme, trouve sa base juridique aussi bien dans le droit international conventionnel que dans le droit coutumier. En matière de droit conventionnel, il est fixé par plusieurs traités sur les droits de l'homme tels que :

- La Convention Américaine sur les Droits de L'homme (art. 1.1)⁹⁸⁴, la Convention Interaméricaine Sur les Disparitions Forcées de Personnes (art. 1)⁹⁸⁵, la Convention

⁹⁸¹Cour Internationale de Justice, jugement du 5 février 1970, affaire Barcelona Traction Light and power company, paragraphe 32, Recueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice – 1970.

⁹⁸²Mission d'Observateurs des Nations Unies au Salvador, ONUSAL, Rapport du 19 février 1992, document des Nations Unies A/46/876 S/23580, paragraphe 28.

⁹⁸³Mémoire de droit amicus curiae, présenté par Amnesty International devant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Benavides Cevallos – Ecuador. Equipo Nizkor, 18 décembre 1997, pag. 1. Disponible sur <http://www.derechos.org/nizkor/Ecuador/doc/aiamicus.html>. Dernière visite le 27 juillet 2012.

⁹⁸⁴Convention Américaine Relative aux Droits de L'homme, (Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur le Droits de l'Homme). « Première Partie – Des Obligations des États et des Droits Protégés. Chapitre I. Enumérations des Obligations. Article 1. Obligation de respecter les droits. 1. Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ».

⁹⁸⁵Convention Interaméricaine sur la Disparition forcée des Personnes. (Adoptée à Belém do Pará, Brésil, le 9 juin 1994, lors de la vingt-quatrième session ordinaire de l'Assemblée Générale). « Les États Membres de l'Organisation des États Américains, Préoccupés par la persistance de la disparition forcée des personnes ; REAFFIRMANT que le véritable sens de la solidarité et du bon voisinage Américains ne peut se concevoir qu'en consolidant dans le continent et dans le cadre des institutions démocratiques un régime de liberté individuelle et de justice sociale reposant sur le respect des droits fondamentaux de l'homme ; CONSIDÉRANT que la disparition forcée des personnes constitue un affront à la conscience du continent et une offense grave et odieuse à la dignité intrinsèque de la personne humaine, et qu'elle contredit les principes et buts consacrés dans la Charte de l'Organisation des États Américains ; CONSIDÉRANT que la disparition forcée des personnes constitue un affront à la conscience du continent et une offense grave et odieuse à la dignité intrinsèque de la personne humaine, et qu'elle contredit les principes et buts consacrés dans la Charte de l'Organisation des États Américains. CONSIDÉRANT que la disparition forcée des personnes viole de nombreux droits essentiels de la personne humaine qui ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure dérogatoire et sont énoncés dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme, dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ; RAPPELANT que la protection internationale des droits de l'homme est de nature conventionnelle, secondant ou complétant celle que procure le droit interne, car elle se

Interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture (art. 1), le Pacte International des Droits Civils et Politiques (art. 2) et, la Convention contre la torture et autres traitements ou peines inhumaines ou dégradantes, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁹⁸⁶ et les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires⁹⁸⁷.

La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme sur la base de l'article 1 (1) de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, duquel ressort l'obligation de garantie, a déclaré que les États membres ont “L’obligation, conforme au droit international, de juger les auteurs de certains crimes internationaux parmi lesquels les crimes contre l’humanité”⁹⁸⁸.

Ce qui précède revient à dire que les États s'obligent à protéger, respecter et garantir chacun des droits établis dans le Pacte⁹⁸⁹.

La Cour suivant cette même interprétation parle d'une seconde obligation qu'ont les États membres qui est “ *de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus dans la Convention à toute personne soumise à sa juridiction. Comme conséquence de cette obligation, les États doivent prévenir, rechercher et sanctionner toute violation des droits reconnus par la Convention...*”,⁹⁹⁰ et dans le cas du Chili la cour ajoute :“(…) *et d'assurer le*

fonde sur les attributs de la personne humaine ; REAFFIRMANT que la pratique systématique de la disparition forcée des personnes constitue un crime de lèse humanité ; ESPÉRANT que la présente Convention contribuera à prévenir, à punir et éliminer la disparition forcée des personnes dans le continent et constituera un apport décisif à la protection des droits de l’homme et à l’État de droit ; DECIDENT d’adopter la présente Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes : Article I. Les États parties à la présente Convention s’engagent : a. A ne pas pratiquer, à ne pas permettre et à ne pas tolérer la disparition forcée des personnes, même pendant les états d’urgence, d’exception ou de suspension des garanties individuelles ; b. A sanctionner, dans le cadre de leur juridiction, ceux qui ont participé au délit de disparition forcée des personnes, ou ont tenté de le commettre à titre d’auteurs, de complices et de receleurs. c. A coopérer entre eux pour contribuer par tous les moyens à prévenir, à sanctionner et à éradiquer la disparition forcée des personnes ; d. A prendre les mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres, nécessaires à l’exécution des engagements qu’elles ont contractés dans le cadre de la présente Convention. »

⁹⁸⁶Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 47/133 du 18 décembre 1992

⁹⁸⁷Ibidem, Résolution 44/162 du 15 décembre 1989

⁹⁸⁸Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Arrêt du 26 septembre 2006. Affaire Almonacid Arellano et autres contre Chili, paragraphe 110.

⁹⁸⁹Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 2, op, cit., ver note (21)

⁹⁹⁰Cour Interaméricaine des Droits de l’homme. Cas Velásquez Rodríguez. Arrêt du 29 juillet 1988, en Serie C: Résolutions et Arrêts, N° 4, paragraphes 166. La Cour poursuit l'analyse de ce concept dans plusieurs paragraphes: “Ce qui est décisif, c'est de voir si une violation particulière des droits de l'homme reconnus par la Convention a eu lieu avec l'appui ou la tolérance du pouvoir public ou si celui-ci a agi de telle façon que la transgression ait lieu faute de toute prévention ou impunément. »(paragraphe 173)/ L'État a le devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations des droits de l'homme, d'effectuer sérieusement des enquêtes avec les moyens dont il dispose au sujet des violations qui ont été commises dans le cadre de sa juridiction, afin d'identifier les responsables, de les frapper des sanctions appropriées, et d'assurer à la victime une réparation satisfaisante »(paragraphe 174)/ Si l'appareil de l'État agit de telle façon que la violation reste impunie et qu'on ne redonne pas à la victime, dans toute la mesure du possible, la plénitude de ses droits, on dira alors qu'il n'a pas

rétablissement du droit bafoué et, le cas échéant, la réparation des dommages causés par la violation des droits de l'homme"⁹⁹¹.

Ainsi l'obligation de juger et punir les auteurs de violations des droits de l'homme trouve sa base juridique comme expression du devoir de garantie dans l'article 2 du Pacte International des Droits Civils et Politiques comme dans l'article 1 de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme.

Ce qui précède est aussi affirmé par l'Assemblée Générale des Nations Unies lorsque, dans sa résolution 3074 (XXVIII) de 1973, elle déclare que : « *Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés* »⁹⁹².

Pour le Chili, cette obligation d'enquêter, juger et sanctionner les coupables de ces violations des droits de l'homme découle non seulement du droit international sur les droits de l'homme, mais également de son propre droit interne. Ainsi l'article 5 de sa Constitution Nationale établit que :

*“(...) L'exercice de la souveraineté reconnaît comme limite le respect des droits essentiels qui émanent de la nature humaine. Il est du devoir des organes de l'État de respecter et de soutenir ces droits, garantis par cette Constitution, ainsi que par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui sont en vigueur”*⁹⁹³.

rempli le devoir de garantir son libre et plein exercice aux personnes relevant de sa juridiction » (paragraphe 176). Quant à l'obligation de procéder à une enquête, la Cour déclare que l'enquête « ... doit avoir un sens et être assumée par l'État en tant que devoir juridique propre et non pas comme un simple acte d'intérêts particuliers, qui dépend de l'initiative judiciaire de la victime ou de sa famille, ou de l'apport privé d'éléments de preuve, sans que l'autorité publique recherche effectivement la vérité ».(paragraphe 177)/ voir dans le même sens Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme/Affaire Velásquez Rodríguez, Indemnisation Compensatoire, Arrêt du 21 juillet 1989, (Art. 63.1 Convention Américaine sur les Droits e l'Homme), Serie C No. 7, paragraphes. 32 et 34; Affaire Suárez Rosero, Arrêt du 12 novembre 1997, Serie C No. 35, paragraphe.107 et point de résolution 6.

⁹⁹¹Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Arrêt du 26 septembre 2006. ...op cit, paragraphe 110

⁹⁹²Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité – adoptés par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 3074 (XXVIII) le 3 décembre 1973 – principe No 1.

⁹⁹³Biblioteca del Congreso Nacional de Chile – BCN.Constitution Politique de la République du Chili de 1980, comprenant les réformes réalisées en 2005, sous le gouvernement du président en exercice Ricardo Lagos. Disponible sur le site html : www.bcn.cl/lc/cpolítica/index , visité le 17 décembre 2012.

Il faut signaler que la constitution promulguée par décret-loi du régime militaire déclarait sur ce point : *"Aucune magistrature, aucune personne ou groupe de personnes ne peut s'attribuer, même sous prétexte de circonstances extraordinaires, d'autres autorités ou droits que ceux qui lui sont expressément conférés en vertu de la constitution ou des lois. Tout acte qui contrevient au présent article est nul et entraîne les responsabilités et sanctions prévues par la loi"* (article 7, deuxième paragraphe)⁹⁹⁴ .

*C'est pour cette raison que Amnesty International déclara : "Un tribunal de la République du Chili ne peut appliquer la loi d'amnistie N° 2191 de 1978, contraire aux droits de l'homme internationalement protégés sans violer les obligations internationales de l'État chilien et sa propre Constitution"*⁹⁹⁵ .

Il faut d'ailleurs noter que l'article 5.2 de la Constitution chilienne indique que l'harmonisation entre les normes internationales et nationales est obligatoire pour les tribunaux chiliens.

C'est à dire que la propre Constitution du Chili habilite le gouvernement afin qu'existe une protection des droits fondamentaux. Ainsi la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme a affirmé : *"L'ordre constitutionnel chilien doit nécessairement donner au gouvernement les moyens d'atteindre ses objectifs fondamentaux, en le détachant des limitations contraires au droit et illégitimes que lui impose le régime militaire usurpateur, puisqu'il n'est pas juridiquement acceptable que celui-ci puisse limiter le gouvernement constitutionnel qui lui succède lorsqu'il veut consolider le système démocratique, ni non plus que les actes du pouvoir de facto jouissent de tous les attributs qui ne peuvent être reconnus, qu'à des actes légitimes du "pouvoir de jure" (poder de jure). Le gouvernement de jure trouve sa légitimité non pas dans les normes constitutionnelles de l'usurpateur, mais dans la volonté du peuple qui l'élit, unique titulaire de la souveraineté. »*⁹⁹⁶

⁹⁹⁴ Constitution Politique de la République du Chili, entrée en vigueur par Décret-Loi No 3.464, du 11 Août 1980.

⁹⁹⁵ Amnesty International. référence AI: AMR 22/002/2001/s., op, cit., p. 18

⁹⁹⁶ Rapport No. 36/96. Affaire 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. C.H.R., OEA, op, cit., p. 7. "...En effet, la Constitution du Chili de 1833 stipule, dans son article 158, que "toute décision dont conviendrait le Président de la République, le Sénat ou la Chambre des députés, à la demande ou sur la requête de l'armée, d'un général à la tête des forces armées ou de toute réunion de la population qui, avec des armes ou sans armes, désobéit aux autorités, est nulle en droit et ne peut produire aucun effet". Pour sa part, la Constitution de 1925 déclarait: "Aucune magistrature, aucune personne ou réunion de personnes, ne peut s'attribuer, même sous prétexte de circonstances extraordinaires, d'autres autorités ou droits que ceux qui lui sont expressément conférés par les lois. Tout acte qui contrevient au présent article est nul". (article 4).

En raison de ce qui précède, nous allons examiner le manquement à l'obligation de juger et de punir (1), puis l'application de la compétence internationale pénale dans la doctrine de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme (2).

1. Le manquement à l'obligation de juger et de punir

Lorsque l'obligation d'enquêter et de sanctionner qui revient à l'État n'est pas respectée, cela génère l'impunité⁹⁹⁷. Ainsi l'expert des Nations Unies sur cette question a déclaré : « *L'impunité est en conflit avec le devoir de juger et châtier les auteurs de violations graves des droits de l'homme, qui est un devoir inhérent au crédit qu'ont les victimes vis à-vis de l'État, non seulement pour obtenir une réparation matérielle, mais aussi en vertu du Droit à savoir ou plus précisément au droit à la Vérité* »⁹⁹⁸ (traduction libre).

D'autre part la Cour IDH a souligné que les crimes contre l'humanité engendrent la violation d'une série de droits auxquels il ne peut être dérogé, reconnus par la Convention américaine et qui ne peuvent rester impunis⁹⁹⁹. C'est pourquoi l'État a le devoir de combattre cette impunité par tous les moyens légaux, puisque dans le cas contraire de nouveaux faits peuvent se produire, causant la répétition chronique des violations des droits de l'homme, laissant les victimes et leurs familles¹⁰⁰⁰ abandonnées. On doit donc rechercher la vérité, en enquêtant, capturant et jugeant les auteurs aussi bien intellectuels que matériels des faits, surtout dans le cas où des agents de l'État pourraient être impliqués¹⁰⁰¹.

L'expert des Nations Unies a aussi déclaré que : « *La lutte contre l'impunité tire son origine de la nécessité que justice se fasse, mais ne peut se centrer uniquement sur l'objectif de châtier les coupables. Elle doit répondre à trois impératifs : sanctionner les responsables, mais aussi satisfaire au droit des victimes de savoir et d'obtenir réparation, et, de plus,*

⁹⁹⁷Rapport en droit sur l'incompatibilité du Décret-Loi No. 2191 de 1978 du Chili avec le Droit International, ...op, cit., p. 7

⁹⁹⁸Rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (civils et politiques) des Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, paragraphe 13.

⁹⁹⁹Arrêt contre le Chili, affaire Almonacid Arellano, op, cit., paragraphe. 111

¹⁰⁰⁰Affaire Paniagua Morales et autres, Arrêt du 8 mars 1998, paragraphe 173. Serie C. Décisions et Arrêts (Resoluciones y Sentencias), No. 37, paragraphe 173. Affaire de la Comunidad Maiwana, supra nota 5, párr.203

¹⁰⁰¹Affaire du « Massacre de Pueblo Bello, Arrêt du 31 janvier 2006, Serie C. No. 140, paragraphe 143. Affaire du Massacre de Mapiripán, supra note 1, paragraphe 237 ; Affaire de la Communauté Moiwana, supra nota 1, paragraphe 203, et Affaire Sœurs Serrano Cruz, supra note 28, paragraphe. 170

permettre que les autorités exercent leur mandat comme pouvoir public qui garantit l'ordre public »¹⁰⁰².

Cette obligation de juger et punir les responsables de violations des droits de l'homme, comme il a déjà été dit, est reconnue dans le Pacte International des Droits Civils et Politiques (art. 2) et pour cette raison le Comité des Droits de l'Homme a déclaré que : « ...*l'État membre a le devoir d'enquêter en profondeur sur les violations des droits de l'homme présumées, en particulier les disparitions forcées de personnes et les violations du droit à la vie, et de mettre en accusation pénalement, juger et châtier ceux qui seraient considérés responsables de ces violations. Ce devoir est a fortiori applicable dans les cas où les auteurs de ces violations ont été identifiés »¹⁰⁰³.*

Cette obligation est aussi reconnue dans d'autres instruments internationaux comme la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (art. 7 et 8) ; la convention des Nations Unies contre la Torture et autres traitements ou peines cruelles inhumaine ou dégradante (art. 4 et 5) ; la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions¹⁰⁰⁴. Par ailleurs au niveau régional nous trouvons la convention Interaméricaine pour la Prévention et la Répression de la Torture et la Convention Interaméricaine sur la Disparition Forcée de Personnes.

Le comité contre la torture, a pour sa part déclaré que l'obligation de punir les responsables d'actes de torture ne comporte pas de caractère conventionnel, puisqu' « *il existait une norme générale de droit international qui oblige les États à prendre des mesures efficaces (...) pour en châtier la pratique* »¹⁰⁰⁵. Pour formuler cette affirmation, le Comité contre la Torture s'est basé sur « les principes de l'arrêt du Tribunal de Nuremberg »¹⁰⁰⁶ et le droit à ne pas être torturé

¹⁰⁰²Expert sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (civils et politiques) des Nations Unies, op, cit., doc. E/CN.4/SUB.2/1993/6, paragraphe 16.

¹⁰⁰³Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, décision du 13 novembre 1995, Communication No. 563/1993, Affaire Nydia Erika Bautista, (Colombie), document des Nations Unies CCPR/C/55D/563/1993, paragraphe 8.6.

¹⁰⁰⁴Expert sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (civils et politiques) des Nations Unies, op, cit., doc. E/CN.4/SUB.2/1993/6, paragraphe 46 et suiv.

¹⁰⁰⁵Comité contre la torture des Nations Unies, Décision relative aux communications 1/1988, 2/1988 y 3/1988, du 23 novembre 1989, paragraphe 7.2.

¹⁰⁰⁶Voir O.N.U. Formulation des principes reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour adopté par l'assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 177 (II), session plénière du 21 novembre 1947

contenu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques¹⁰⁰⁷,

Par ailleurs, comme il a été analysé, existe la règle *aut dedere aut judicare*¹⁰⁰⁸, de certains traités internationaux en matière de droits de l'homme comme la convention contre la torture, laquelle oblige les États à juger ou à extraditer¹⁰⁰⁹.

Sur cette base, dans l'affaire Carmelo Soria, la Commission IDH déclara que « *la disparition suivie d'assassinat, s'agissant d'un crime contre l'humanité, son statut de fonctionnaire des Nations Unies et par conséquent protégé par la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, auraient dû empêcher l'application de l'amnistie, et d'après le principe aut dedere aut judicare, l'État du Chili était obligé de rechercher et juger ses auteurs* »¹⁰¹⁰ (traduction libre).

La Commission et la Cour IDH peuvent appliquer d'autres normes internationales comme la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale¹⁰¹¹, selon ce qui est établi par la convention comme dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour IDH¹⁰¹².

¹⁰⁰⁷Rapport en droit sur l'incompatibilité du Décret-Loi No. 2191 de 1978 du Chili avec le Droit International, op. cit., p.9

¹⁰⁰⁸La Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies dans les résolutions 1994/39, paragraphe 15 et 1995/38, paragraphe 13, s'est prononcée sur l'existence de cette obligation au sujet des disparitions forcées

¹⁰⁰⁹H.-D.Bosly et D.Vandermeersch. "Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice", op. cit., pp. 36-37

¹⁰¹⁰Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport numéro 133/1999 Affaire 11.725, Carmelo Soria Espinoza, Chili, du 19 novembre 1999, paragraphe 126. De plus, le paragraphe 127 ajoute : "En effet, l'article 2(1) de la Convention à laquelle il a été fait référence, établit que dans les cas d'homicides, séquestration et autres attentats contre l'intégrité physique ou contre la liberté du fonctionnaire international "chaque État membre fera en sorte que ces délits soient punis de peines appropriées qui tiennent compte de leur gravité" (c'est la Commission qui le souligne). Au paragraphe 128 il est confirmé que : "La violation de cette obligation internationale par l'État chilien se vérifie dans le propre arrêt de la Cour Suprême que les pétitionnaires ont apporté. Celle-ci met en évidence que ledit Tribunal Suprême a ignoré la qualité de fonctionnaire international sujet à protection de M. Soria, bien qu'ayant eu connaissance de la preuve fournie par le Ministère des Relations Extérieures du Chili sur la base d'un rapport de la CEPAL du 8 septembre 1994, qui reconnaît expressément que M. Soria avait la "qualité de fonctionnaire international permanent des Nations Unies".

¹⁰¹¹Voir Commission IDH. Rapport numéro 133/199, op. cit., paragraphe 131. Mais la Commission ajoute également que : "133. Il faut souligner que la Cour Interaméricaine a avalisé la pratique de la Commission d'appliquer des sources de droit international contenues dans d'autres traités comportant des normes sur les droits de l'homme distinctes de la Convention Américaine. Dans l'Avis consultatif N° 1(57) qui interprète le terme "autres traités" dans l'article 64 de la Convention Américaine, la Cour a soutenu ce qui suit : Le projet d'intégration du système régional au système universel se note également dans la pratique de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, parfaitement ajusté à l'objet et au but de la Convention, de la Déclaration Américaine et du Statut de la Commission. En diverses occasions, dans ses rapports et ses résolutions, la Commission a correctement invoqué "d'autres traités concernant la protection des droits de l'Homme dans les États américains", en omettant leur caractère bilatéral ou multilatéral, ou qu'ils aient ou non été adoptés dans le cadre ou sous les auspices du système interaméricain. Cela est arrivé, dernièrement, ...dans des

En accord avec ce qui précède, la Commission IDH a conclu dans ce cas que l'État Chilien "cessa de remplir son obligation de sanctionner les délits touchant des fonctionnaires internationaux en considération de ce qui est stipulé dans la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, en appliquant le Décret-Loi 2.191 de 1978 sur l'amnistie au Chili, en n'ayant pas adapté sa législation aux dispositions de ladite Convention et parce que ses organes administratifs et judiciaires compétents n'ont pas donné de sanction aux délits de disparition forcée, torture et exécution extrajudiciaire commis contre Carmelo Soria, personne internationalement protégée"¹⁰¹³.

La Commission recommanda donc de faire appel au concept de la compétence internationale pénale¹⁰¹⁴, comme instrument juridique international de lutte contre l'impunité, dans l'éventualité où le Chili ne se trouverait pas en condition de remplir l'obligation de sanctionner les responsables. C'est ainsi que la Commission déclara : "En conséquence, dans le cas présent l'État chilien a violé ses obligations internationales selon les articles 1, 2 et 3 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes *jouissant d'une protection internationale*¹⁰¹⁵, par laquelle l'État chilien est obligé dans le cas présent, selon cette Convention, d'accepter la compétence universelle afin d'aboutir à l'objectif de

cas tels que les rapports sur la situation des droits de l'homme en Argentine (OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 avril 1980), pages 24 et 25; ...sur la situation des droits de l'homme en Colombie (OEA/Ser L/V/II.53, doc. 22, 30 juin 1981) pages 56 et 57."

¹⁰¹²Voir Commission I.D.H., Rapport No. 26/97 (Colombie), 30 septembre 1997; Commission I.D.H. Informe No. 55/97 (Argentine), 18 novembre 1997.

¹⁰¹³Voir Commission IDH. Rapport numéro 133/1999, op. cit., paragraphe 135

¹⁰¹⁴Dans le cadre de cette thèse, le concept de "La compétence universelle" s'entend comme "La compétence internationale pénale"

¹⁰¹⁵Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques. Annexée à la résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1973. Entrée en vigueur le 20 février 1977. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1035, p. 167. : "Article premier. Aux fins de la présente Convention : 1. L'expression « personne jouissant d'une protection internationale » s'entend :[...] b) De tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État et de tout fonctionnaire, personnalité officielle ou autre agent d'une organisation intergouvernementale, qui, à la date et au lieu où une infraction est commise contre sa personne [...] a droit, conformément au droit international, à une protection spéciale contre toute atteinte à sa personne, sa liberté ou sa dignité [...] 2. L'expression « auteur présumé de l'infraction » s'entend de toute personne contre qui il y a des éléments de preuve suffisants pour établir de prime abord qu'elle a commis une ou plusieurs des infractions prévues à l'article 2. Article 2 -1. Le fait intentionnel : a) De commettre un meurtre, un enlèvement ou une autre attaque contre la personne ou la liberté d'une personne jouissant d'une protection internationale;[...]est considéré par tout État partie comme constituant une infraction au regard de sa législation interne. Article 3 [...] 2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de ces infractions dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et où il ne l'extrade pas [...] 3. La présente Convention n'exclut pas une compétence pénale exercée en vertu de la législation interne.

rechercher et sanctionner les agents de l'État responsables de la détention illégale, la torture et l'exécution sommaire de Carmelo Soria"¹⁰¹⁶.

Il est réaffirmé qu'au cas où ne pourrait être obtenue la considération due à la requête d'investigation et de sanction exposée à l'alinéa 3 de l'article 3 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, alors "*aucune juridiction pénale*" en sera exclue, quel que soit le lieu où se trouvent les responsables, dès lors qu'elle est "*exercée conformément à la législation nationale*".

Il a également été allégué qu'il aurait fallu laisser sans effet juridique le Décret-Loi No 2191 adopté en 1978 pour que les violations des droits de l'homme perpétrées par le régime de Pinochet contre Carmelo Soria puissent être recherchées.

Par conséquent, l'État impliqué dans les violations des droits de l'homme a toujours le devoir d'administrer la justice, puisque ces faits, incorporés à un ordonnancement juridique, sont susceptibles de jugement¹⁰¹⁷.

Ceci étant, dans l'affaire Carmelo Soria que nous avons analysée, lorsque la Cour Suprême du Chili choisit de ne pas administrer la justice et d'appliquer la loi d'amnistie, ce qu'elle fit fut "*d'impliquer la responsabilité internationale de l'État en laissant le crime impuni*", ce sur quoi la Commission considéra "*qu'en ce qui concerne la responsabilité pénale individuelle des accusés pour l'exécution sommaire du fonctionnaire de la CEPAL, la compétence internationale pénale dans les termes de sa Recommandation du 8 décembre 1998 s'avère pleinement applicable*".¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁶Commission IDH. Rapport numéro 133/1999, op, cit., paragraphe 150.

¹⁰¹⁷C'est ainsi que l'a rappelé l'Expert des Nations Unies concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation lorsqu'il déclara "Il est difficile de concevoir un système judiciaire qui se soucie des droits des victimes, mais reste en même temps indifférent et passif devant des agissements gravement répréhensibles". Rapport final concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation de Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/8, paragraphe 130

¹⁰¹⁸Commission IDH. Rapport numéro 133/1999, op, cit., paragraphe 141.

2. La compétence internationale pénale dans la doctrine de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme

Le 8 décembre 1998, alors qu'elle commémorait le cinquantième de la promulgation de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme de l'OEA et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Commission IDH publia une Recommandation destinée aux États du système interaméricain, approuvée au cours de sa 101^e période ordinaire de sessions.

Dans cette Recommandation deux aspects fondamentaux ont été analysés :

En premier lieu *"la nécessité de recourir à une instance internationale lorsque les droits de l'homme ont été violés par des agents de l'État et qu'il a été impossible d'obtenir l'investigation correspondante et la sanction dans le droit interne"*,

En second lieu fut confirmé *"l'établissement du principe de responsabilité pénale de l'individu dans l'ordre international"*. La responsabilité pénale¹⁰¹⁹ retombe sur les personnes qui ont commis une infraction de droit international telle que génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité (tels que disparition forcée de personnes, la torture et les violations graves ou systématiques des droits de l'homme)..."¹⁰²⁰.

Pour l'étude du principe de la responsabilité pénale de l'individu dans l'ordre international, la Commission a pris en compte comme règle les principes de Nuremberg et les résolutions que prennent les Tribunaux Pénaux Internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, publiées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies en 1993 et 1994, ainsi que le Statut de Rome qui a créé le 17 juillet 1998 la Cour Pénale Internationale Permanente¹⁰²¹. Cette réglementation *« a permis que la compétence internationale pénale se consolide encore plus, en vertu de quoi tout État a autorité pour poursuivre, juger et sanctionner ceux qui seraient responsables de ces crimes internationaux¹⁰²², y compris ceux commis en dehors de sa compétence territoriale*

¹⁰¹⁹La commission IDH pour sa Recommandation a pris en compte comme délits contre le droit international, le contenu des articles 1 et 25 du Statut de la Cour Pénale Internationale.

¹⁰²⁰Commission IDH Rapport No. 133/99. Affaire 11.725, op, cit., paragraphe 136.

¹⁰²¹Ibidem, paragraphe 137.

¹⁰²²Voir Cherif BASSIOUNI, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*. Transnational Publishers, Inc. New York. 1997, pages. 34 et suivantes. « En effet, ces crimes internationaux ou crimes contre le droit international, ressortent en majorité du jus cogens, et ont été codifiés ou reconnus dans les instruments conventionnels. Ces crimes sont caractérisés par le fait qu'ils ne peuvent être commis sans l'intervention, l'action, la tolérance ou l'assentiment de l'État. »

ou qui n'auraient pas de relation avec la nationalité de l'accusé ou des victimes, étant admis que de tels crimes affectent l'humanité entière et ruinent l'ordre public ou de la communauté mondiale(...) ¹⁰²³».

Enfin, la Recommandation conclut que la Commission “*En tant qu'organe principal du système interaméricain, a la mission de promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme dans l'hémisphère par rapport aux pays membres de l'OEA*”, et donc considère que “*la consécration définitive du principe de responsabilité individuel dans l'ordre international et son complément, le principe de compétence universelle, contribuent de façon notable au renforcement des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme et, plus significatif encore, à la consolidation du règne du droit et des libertés fondamentales de la personne dans la communauté mondiale* ».

En conséquence, exerçant les facultés prévues à l'article 41 (b) de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, à l'article 18 (b) de son Statut et à l'article 63 (f) de son Règlement, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme décida :

- “*Recommander aux États membres de l'Organisation des États Américains d'adopter les mesures législatives et d'autre nature nécessaires pour pouvoir invoquer la compétence universelle face aux individus en matière de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre (...)*”

- “*Recommander aux États membres de l'Organisation des États Américains qui en l'ont pas encore fait qu'ils approuvent et ratifient le Statut de la Cour Pénale Internationale (...)*”¹⁰²⁴.

B. L'INCOMPATIBILITE DE LA LOI D'AMNISTIE AVEC L'OBLIGATION D'ENQUETER, JUGER ET PUNIR

Dans le développement du droit international, il a été soutenu que les amnisties vont à l'encontre de l'obligation concernant les États d'enquêter, juger et punir. Ceci a été confirmé

¹⁰²³Commission IDH Rapport N°. 133/99. Affaire 11.725, op, cit., paragraphe 148

¹⁰²⁴Ibidem, paragraphe 140

dans les “Principes de Princeton sur la compétence universelle”¹⁰²⁵, puisque dans son article 7 sur les lois d'amnistie il est dit au premier alinea que : « D'une manière générale, les amnisties sont incompatibles avec l'obligation des États de réprimer les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2 »¹⁰²⁶; le deuxième alinéa ajoute que *“L'exercice de la compétence universelle en ce qui concerne les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2, ne peut être exclu par des amnisties incompatibles avec les obligations juridiques internationales »*.

Les obligations des États lorsque des crimes contre l'humanité se sont produits d'enquêter, juger, punir, faire la vérité et réparer, s'opposent totalement aux amnisties qui empêchent que les responsables de ces crimes soient traduits devant des tribunaux pour être jugés et sanctionnés. La jurisprudence internationale a fait différentes déclarations dans ce sens, ainsi le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies a affirmé :

“Les amnisties sont généralement incompatibles avec l'obligation qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes, de garantir que de tels actes ne se produiront pas dans le futur. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à une réparation effective, y compris l'indemnisation et la réadaptation la plus complète possible” ¹⁰²⁷

Ce même comité déclara en 1999 dans le cas du Chili :

“Le décret-loi d'amnistie, en vertu duquel les personnes qui ont commis des infractions entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 sont amnistiées, empêche l'État partie de respecter son obligation au titre du paragraphe 3 de l'article 2 en vue de garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le Pacte ont été violés dispose d'un recours utile. Le Comité réitère l'opinion exprimée dans son Observation générale No 20, selon laquelle les lois d'amnistie qui s'étendent aux violations des droits de l'homme sont généralement incompatibles avec le devoir de l'État partie d'enquêter sur les violations des droits de

¹⁰²⁵Les principes de Princeton sur la compétence universelle. Nations Unies A/56/677. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. Distr. générale, 4 décembre 2001, Français. Original: anglais.

¹⁰²⁶Le Principe 2 des principes de Princeton sur la compétence universelle, traite de « Crimes graves au regard du droit international : 1. Aux fins des présents principes, les crimes graves au regard du droit international comprennent : 1) la piraterie ; 2) l'esclavage ; 3) les crimes de guerre ; 4) les crimes contre la paix ; 5) les crimes contre l'humanité ; 6) le génocide ; et 7) la torture. 2. L'application de la compétence universelle aux crimes énumérés au paragraphe 1 est sans préjudice de son application à d'autres crimes au regard du droit international. »

¹⁰²⁷Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies. Observation générale No. 20 (44) sur l'article 7, 44ème période de sessions du Comité des Droits de l'Homme (1992), Documents Officiels de l'Assemblée Générale, quarante-septième période de sessions, Supplément N° 40 (A/47/40) annexe VI.A

l'homme, de garantir le droit d'être à l'abri de telles violations dans les limites de sa juridiction et d'assurer que des violations similaires ne se produiront pas à l'avenir"¹⁰²⁸

*Citons le cas de l'Argentine. En 1995, le Comité des Droits de l'Homme alléguait que la loi 23521 (loi sur l'obéissance) et la loi N° 23492 (loi de "Punto Final") violaient les paragraphes 2 et 3 de l'article 2, et le paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte International des droits Civils et Politiques. Elles limitaient en effet l'accès des victimes à un recours judiciaire en just offert à toute personne qui avait été victime de violations des droits de l'homme durant la période d'instauration d'un gouvernement militaire*¹⁰²⁹, *ce qui constituait un "climat d'impunité"*¹⁰³⁰. Il a également été dit que les violations graves des droits civils et politiques qui se seraient produites sous ce gouvernement *"doivent être punissables aussi longtemps que nécessaire, aussi loin dans le passé qu'elles aient été commises, pour que leurs auteurs soient traduits en justice."*¹⁰³¹ De la même manière, le Comité contre la torture des Nations Unies alléguait que les lois de "Punto Final" et "sur l'obéissance", prononcées par un gouvernement "démocratiquement élu" concernant les faits commis par un régime de fait, *"est incompatible avec l'esprit et les objectifs de la Convention contre la Torture et Autres Traitements ou Peines cruels, inhumains ou dégradants"*¹⁰³².

La France en montre un autre exemple. En mai 1997, le Comité des Droits de l'Homme conclut que les lois d'amnistie de novembre 1988 et janvier 1990 pour la Nouvelle-Calédonie étaient incompatibles avec les obligations de la France de rechercher les infractions présumées¹⁰³³.

De même concernant l'Espagne, dans un rapport d'octobre 2008, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, demanda à ce pays l'abrogation de la Loi d'Amnistie de 1977, la

¹⁰²⁸Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.104, paragraphe 7.

¹⁰²⁹« Les compromis consentis par l'État partie touchant son passé autoritaire, en particulier la "loi sur l'obéissance" et la loi du "Punto Final", ainsi que les grâces présidentielles accordées aux plus hautes autorités militaires, ne sont pas compatibles avec les dispositions du Pacte.». Observations du Comité des droits de l'homme : Argentine. 05/04/95. CCPR/C/79/Add.46;A/50/40, paragraphe 146.

¹⁰³⁰Ibidem, paragraphe 158.

¹⁰³¹Observations finales du Comité des droits de l'homme : Argentine. 11/03/2000.CCPR/CO/70/ARG, Paragraphe.9

¹⁰³²Comité Contre la Torture, Communications No. 1/1988, 2/1988 y 3/1988, Argentine, décision du 23 novembre 1989, paragraphe 9.

¹⁰³³Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.80, paragraphe 13. Voir dans le même sens Isidoro BLANCO CORDERO, "Section IV – Droit pénal international, Compétence universelle" in Revue Internationale de Droit Pénal, Colloque Préparatoire, Xi'an (Chine), 12-15 octobre 2007, (Vol. 79) 1° et 2° trimestres, p. 48. "Les tribunaux français ont établi que la compétence universelle pouvait être exercée, sans qu'importe le fait que les crimes aient été amnistiés"

considérant contraire aux obligations contenues dans le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, dont l'Espagne est membre signataire¹⁰³⁴.

La commission Interaméricaine des droits de l'Homme, sur cette question, a affirmé que l'application des amnisties laissait sans effet les obligations internationales des États membres figurant à l'article 1.1 de la convention et qu'en conséquence cet article est violé "éliminant la mesure la plus efficace pour l'entrée en vigueur de ces droits, qui est la mise en procès et le châtement des responsables"¹⁰³⁵.

La Commission IDH ajouta que le Décret-Loi d'autoamnistie est incompatible avec les dispositions de la Convention Américaine ratifiée par le Chili le 21 août 1990¹⁰³⁶.

Dans l'affaire Almonacid Arellano contre le Chili, la Cour IDH confirma par l'arrêt du 26 septembre 2006 que¹⁰³⁷:

« les États ne peuvent se soustraire au devoir d'investigation, de recherche et de sanction des responsables des crimes contre l'humanité en appliquant des lois d'amnistie ou d'autres lois internes. En conséquence, les crimes contre l'humanité sont des délits pour lesquels on ne peut accorder d'amnistie. »

¹⁰³⁴Le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies s'est adressé de la façon suivante à l'Espagne, dans un rapport d'octobre 2008: "9.(...) En même temps que nous prenons note de la décision récente de l'*Audiencia Nacional* d'envisager la question des disparus, le Comité est préoccupé par l'application possible de la loi d'Amnistie de 1977. Il est rappelé que les crimes contre l'humanité ne sont pas sujet à limitations, et l'attention de l'État membre est attirée sur le commentaire général numéro 20 (1992), article 7, selon lequel les amnisties pour violations graves des droits de l'homme sont incompatibles avec la Convention, et sur son commentaire général numéro 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États membres de la Convention. Au moment où il voit avec satisfaction la garantie de l'État membre et que la Loi de Mémoire Historique fait la lumière sur le destin des disparus, le Comité note avec préoccupation dans les rapports les obstacles rencontrés par les familles dans les formalités judiciaires et administratives qu'elles ont à accomplir pour obtenir l'exhumation des restes et l'identification des personnes disparues. L'État membre devrait : (a) envisager d'annuler la Loi d'Amnistie de 1977; (b) prendre les mesures législatives nécessaires pour garantir la reconnaissance par les tribunaux nationaux de l'inapplicabilité de limites aux crimes contre l'humanité; (c) envisager d'établir une commission d'experts indépendants pour établir la vérité historique au sujet des violations des droits de l'homme commises durant la guerre civile et la dictature; et (d) permettre aux familles d'exhumer et d'identifier les cadavres des victimes et les indemniser si nécessaire". Comité des Droits de l'Homme (sigle en anglais CCPR United Nations Human Rights Committee, International covenant on civil and political rights. 49ème période de sessions, Genève (13 au 31 octobre 2008), (CCPR/C/ESP/CO/55. Janvier 2009, p. 9)

¹⁰³⁵Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport N° 136/99, Cas 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. Et autres (Salvador), 22 décembre 1999, paragraphe 200.

¹⁰³⁶Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport No. 36/96, Affaire 10.843 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 105 ; Rapport No. 34/96, Affaires 11.228, 11229, 11.231 et 11282 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 104 ; Rapport N°. 25/98, Affaires 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 et 11.705 (Chili), 7 avril 1998, paragraphe 101.

¹⁰³⁷Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Almonacid Arellano et autres contre. Chili, Arrêt du 26 septembre 2006, op. cit., paragraphe 114.

Il faut noter que dans le cas mentionné, l'État du Chili a fini par reconnaître que les amnisties étaient contradictoires avec le droit international des droits de l'homme¹⁰³⁸.

Toujours dans l'affaire Almonacid Arellano, il a été tenu compte de l'affirmation faite par cette même Cour dans l'affaire Barrios Altos : "Cette Cour considère inadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent à des droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains."¹⁰³⁹

En raison des faits survenus au Chili¹⁰⁴⁰, dans le cadre du vote rationnel de ce même arrêt il est argumenté que : "Pendant la « guerre totale » commencée le 11 septembre 1973, des personnes suspectes et des prisonniers politiques « ont été entassés dans des camps de concentration improvisés, comme le Stade national de Santiago. Plus de mille personnes ont été exécutées sommairement (...). Les militaires chiliens ont inauguré une nouvelle tactique en Amérique latine : ils enterraient les corps des prisonniers exécutés dans des charniers secrets ou « fosses communes » tout en niant aux proches des prisonniers que ces derniers n'aient jamais été détenus.(...)"

Pour cette raison "Prétendre vouloir amnistier les responsables de tels crimes d'État est une offense à l'État de droit dans une société démocratique"¹⁰⁴¹.

*La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a également souligné qu'une loi d'amnistie ne pourra "faire obstacle ni à l'investigation ni à l'accès à la justice".*¹⁰⁴²

¹⁰³⁸Plaidoyer écrite finale de l'État (dossier de fond, Tome III, folio 723).

¹⁰³⁹Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Affaire Barrios Altos. Arrêt du 14 mars 2001. Série C No.75. Paragraphe 41.

¹⁰⁴⁰Voir supra, section 1, chapitre 2, deuxième partie

¹⁰⁴¹Vote raisonné du Juge A.A. Cançado Trindade, Arrêt de la Cour IDH, Almonacid Arellano et autres contre Chili, paragraphe 15

¹⁰⁴²Affaire Loayza Tamayo, Réparations, Arrêt du 27 novembre 1998, paragraphe 168, cité dans Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport No 37/00, Affaire 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador), 13 avril 2000. "Les États ne peuvent, afin de ne pas remplir leurs obligations internationales, invoquer des dispositions existantes de leur droit interne, comme c'est le cas de la Loi d'amnistie (...) dans cette affaire, qui de l'avis de cette cour, fait obstacle à l'investigation et à l'accès à la justice. Pour ces raisons l'argument du Pérou, dans le sens où il est dans l'impossibilité d'enquêter sur les faits à l'origine de cette affaire doit être rejeté."

Dans le cadre des Nations Unies, on remarque la Résolution No 3074 de 1973 de l'Assemblée générale qui déclare : *“Les États n'adopteront pas de mesures législatives et ne prendront pas de mesures d'autre nature qui puissent diminuer les obligations internationales qu'ils auraient contractées au sujet de l'identification, la détention, l'extradition et le châtement des coupables de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité”*¹⁰⁴³.

De la même manière, à la Conférence Mondiale des Droits de l'Homme qui s'est tenue à Vienne en juin 1993 sous les auspices des Nations Unies, fut reconnue l'incompatibilité des lois d'amnistie avec le droit international même¹⁰⁴⁴. La déclaration et le programme d'action de Vienne, adoptés par cette conférence contiennent une clause qui dit : *“Les États devraient abroger les lois qui assurent, en fait, l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme telles que les actes de torture, et ils devraient poursuivre les auteurs de ces violations, asseyant ainsi la légalité sur des bases solides.”*¹⁰⁴⁵.

Cette même conférence ajouta que les États ont le devoir, en toutes circonstances, de faire procéder à des enquêtes dès qu'il y a des raisons de penser qu'une disparition forcée s'est produite dans un territoire placé sous leur juridiction. Si les faits sont vérifiés, les auteurs doivent être poursuivis.¹⁰⁴⁶

Dans le même sens, le Secrétaire Général des Nations Unies, déclara qu'en raison des principes des Nations Unies, les accords de paix approuvés par cette organisation ne pouvaient jamais promettre des amnisties pour des crimes contre l'humanité ou des génocides¹⁰⁴⁷.

Ce qui précède fut soutenu à l'occasion de l'établissement de la Cour Spéciale pour la Sierra Leone: *“Tout en reconnaissant que l'amnistie est une notion juridique acceptée et représente un geste de paix et de réconciliation à la fin d'une guerre civile ou d'un conflit armé interne, l'Organisation des Nations Unies a toujours affirmé qu'elle ne pouvait pas être accordée en*

¹⁰⁴³Voir O.N.U Principes de la Coopération Internationale dans l'identification, la détention, l'extradition des coupables de crimes de guerre, ou de crimes contre l'humanité, op, cit., principe No. 8

¹⁰⁴⁴Damien VANDERMEERSCH, juriste belge, considère que “les crimes internationaux ne peuvent être amnistiés du fait que ce sont des délits imprescriptibles”. De la même façon, la doctrine allemande représentée, entre autres, par Florian JESSBERGER, déclare que “la promulgation d'une amnistie générale pour les crimes contre l'humanité est considéré comme une violation du droit international”. Dans Revue Internationale de Droit Pénal, Colloque Préparatoire Xi'an (Chine)...op, cit., p. 47

¹⁰⁴⁵Document des Nations Unies, A/CONF.157/23 12 juillet 1993. Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme, paragraphe 60.

¹⁰⁴⁶Ibidem, paragraphe 62

¹⁰⁴⁷Voir Rapport du Secrétaire Général sur l'État de droit et la justice de transition dans les sociétés qui souffrent ou ont souffert de conflits, S/2004/616, du 3 août 2004, paragraphe 10.

*ce qui concerne les crimes internationaux, comme le génocide, les crimes contre l'humanité ou autres violations graves du droit humanitaire”.*¹⁰⁴⁸

La déclaration des Nations Unies¹⁰⁴⁹ sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, déclare dans son article 18 alinéa 1 que : *“Les auteurs et les auteurs présumés d'actes visés au paragraphe 1 de l'article 4 ci-dessus [de disparitions forcées] ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale”.*

En somme, la loi d'amnistie qui a permis l'impunité des responsables de crimes contre l'humanité perpétrés au Chili durant la dictature ne peut rester en vigueur puisque “on a dénié le droit à un recours judiciaire et à savoir la vérité qui vienne en aide aux victimes”¹⁰⁵⁰.

Du fait de ce qui vient d'être exposé, le Décret-Loi 2.191 de 1978, qui proclame la loi d'amnistie au Chili, est totalement incompatible avec les obligations établies dans le droit international argument soutenu au plan mondial par l'Organisation des Nations Unies, tout comme au plan régional par le système interaméricain des droits de l'homme par l'intermédiaire de sa Commission et de sa Cour.

§2. L'APPLICATION DES TRAITES INTERNATIONAUX DES DROITS DE L'HOMME DANS LE DROIT INTERNE DU CHILI.

Les droits de l'homme dans la doctrine internationale, réunissent un bloc de droits essentiels et imprescriptibles, prenant comme support juridique l'article 3 des conventions de Genève de 1949¹⁰⁵¹, l'article 15 de la Convention Européenne relative aux Droits de l'Homme¹⁰⁵², l'article

¹⁰⁴⁸Rapport du Secrétaire Général sur la mise en place d'une Cour Spéciale pour la Sierra Leone, 4 octobre 2000, S/2000/915, paragraphe 22.

¹⁰⁴⁹La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées des Nations Unies fut approuvée par l'Assemblée Générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

¹⁰⁵⁰Rapport d'Amnesty International, Distribution Externe AI Indice: AMR 03/01/98, op. cit., p.10

¹⁰⁵¹« Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949. Conflits de caractère non international ARTICLE 3 - En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou pour toute autre cause, seront,

4 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques¹⁰⁵³ et l'article 27 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme¹⁰⁵⁴.

En matière de Droits de l'Homme, la République du Chili a ratifié les traités internationaux suivants : en 1972 le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques¹⁰⁵⁵, en 1990 la

en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune ou tout autre critère analogue. A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés. 2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ». www.icrc.org/dih. Visitada por última vez, enero 25 de 2013. » www.icrc.org/dih. Visitée pour la dernière fois le 25 janvier 2013.

¹⁰⁵² « Article 15 Dérogation en cas d'état d'urgence. 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe I) et 7. 3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ». www.coe.int. Visitée pour la dernière fois le 25 février 2013

¹⁰⁵³ Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur le 23 mars 1976. « Article 4 : 1) Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. 2) La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. 3) Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations ». Disponible en ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>

¹⁰⁵⁴ Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme, ...op. cit. « Chapitre IV Suspension des garanties, interprétation et application - Article 27. Suspension des garanties 1) En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale. 2) La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques).

¹⁰⁵⁵ Le Pacte entra en vigueur pour le Chili le 23 mars 1976. Voir Document des Nations Unies E/CN. 4/2000/89.

Convention Américaine des Droits de l'Homme¹⁰⁵⁶, en 1988 la Convention contre la Torture et Autres Peines ou Traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁰⁵⁷, ainsi que la Convention Inter-américaine pour prévenir et sanctionner la torture¹⁰⁵⁸. Depuis 1950, le Chili est également partie prenante des Conventions de Genève de 1949¹⁰⁵⁹. Pourtant, certains traités internationaux de première importance n'ont toujours pas été ratifiés par le Chili comme

- la Convention Américaine et celle des Nations Unies relative aux disparitions forcées de Personnes, la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité

- et le Protocole Facultatif de la Convention Interaméricaine sur la Torture et Autres Peines et Traitements Cruels Inhumains et Dégradants.

Il faut préciser qu'en mai 2009 la ratification du Statut de la Cour Pénale Internationale et l'adoption de la loi qui incrimine les crimes contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre, ont été un apport important au cadre réglementaire du Chili¹⁰⁶⁰.

Les violations des droits fondamentaux trouvent leur source dans les règles du “*Jus Cogens*” et en cela sont inaliénables, imprescriptibles et ne peuvent être objet d'amnistie ou de remise de peine¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶Voir Documents de Base concernant les Droits de l'Homme dans le Système Interaméricain. Organisation des États Américains, San José, Costa Rica, 1997, pp 49 et suivantes.

¹⁰⁵⁷Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984. Entrée en vigueur internationale pour le Chili le 30 octobre 1988. Décret de promulgation No 809 du 7 octobre 1988. Site web :<http://www.derechoschile.com/areastematicas/legal/tratados>. Dernière consultation 10 février 2013

¹⁰⁵⁸Le Chili ratifie la Convention Interaméricaine pour la Prévention et la Répression de la Torture le 30 septembre 1988. Initialement, quelques réserves ont été émises : a) Au sujet de l'article 4, en ce qu'il modifie le principe "d'obéissance réflexive" consacré par la législation chilienne interne, dans le sens où le Gouvernement du Chili appliquera les dispositions de cette norme internationale au personnel soumis au Code de Justice Militaire, s'agissant des subalternes, chaque fois que l'ordre visant à la perpétration des actes indiqués à l'article 2, n'aura pas été maintenu par le supérieur face à l'observation du subalterne. b) Sur le paragraphe final de l'article 13, en raison du caractère discrétionnaire et subjectif de la rédaction de la règle. c) Le gouvernement du Chili déclare que dans ses relations avec les pays américains membres de la présente Convention, il appliquera la Convention dans les cas où existeraient des incompatibilités entre ses dispositions et celles de la Convention contre la torture et autres peines cruelles, inhumaines ou dégradantes, adoptée par les Nations Unies en 1984. d) Sur le troisième paragraphe de l'article 8, en ce qu'une affaire ne pourra être soumise qu'aux seules instances internationales expressément acceptées par l'État du Chili. Le 21 août 1990 avec le dépôt au Secrétariat Général d'un instrument daté du 18 mai 1990, les réserves formulées par le Gouvernement du Chili sur l'article 4 et sur le paragraphe final de l'article 13 de la Convention sont retirées. Disponible sur <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/j.torture.rat.htm>

¹⁰⁵⁹Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Almonacid Arellano et autres contre. Chili, Arrêt du 26 septembre 2006, paragraphe 98

¹⁰⁶⁰Loi No. 20.357, laquelle qualifie les “Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y delitos de guerra”. Publiée au Journal Officiel du 18 juillet 2009. Disponible sur www.leychile.cl/Navegar?idLey=20357. Visité le 11 novembre 2012.

L'inclusion de ces principes dans les traités internationaux entraîne que les États membres s'engagent à les respecter, générant des obligations de caractère international, parmi lesquelles rechercher et sanctionner les responsables de ces faits, "le sujet passif de ces délits se trouvant être la communauté internationale qui se trouve au-dessus de la personne physique, concrétisée par la victime"¹⁰⁶².

Ces règles impératives, du fait de leur caractère non dérogoire, sont des règles d'accomplissement obligé pour les États, qui s'engagent ainsi sur les obligations suivantes :

1. Le devoir de juger ou d'extrader, règle "aut dedere aut judicare",
2. L'imprescriptibilité du délit et l'exclusion de toute immunité,
3. L'absence de fondement de l'argument d'obéissance due,
4. L'application universelle et sans dérogation des droits fondamentaux dans les états d'exception,
5. La compétence internationale pénale lorsque les États n'administrent pas la justice.

De même, les États ne pourront invoquer leur droit interne pour ne pas respecter ces normes contenues dans les traités internationaux, en contrevenant à l'article 29 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme¹⁰⁶³. Il en découle que les lois d'amnistie, d'obéissance due, les prescriptions de l'action pénale ne sont pas compatibles avec les obligations internationales des États, qui sont au dessus du droit interne des États¹⁰⁶⁴.

Il convient de remarquer que dans le cas de la disparition de Pedro Poblete Córdova, victime du régime dictatorial du Chili, la Cour Suprême de ce pays changea sa jurisprudence, en déclarant la suprématie des Traités Internationaux relatifs aux Droits de l'Homme sur la loi interne.

Dans ce jugement, ladite Cour reconnut qu'en conformité avec les principes de droit international les accords internationaux "doivent s'interpréter et s'exécuter de bonne foi entre

¹⁰⁶¹Rapport –FIDH- No. 444/3, avril 2006, op. cit., p.6

¹⁰⁶²Ibidem

¹⁰⁶³La Convention Américaine dans son article 29 sur les règles d'interprétation établit que : "Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme: (...) b) restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie".

¹⁰⁶⁴Informe –FIDH- No. 444/3, avril 2006, op. cit., p.7

les États, en sorte que le droit interne doit s'y adapter et le législateur [doit] accorder les nouvelles règles qu'il édicte à ces instruments internationaux, évitant de transgresser les principes, sans dénonciation préalable des conventions concernées”¹⁰⁶⁵.

Avec cette décision les jugements de première instance et de la Cour d'appel, qui avaient appliqué la Loi d'Amnistie, furent cassés¹⁰⁶⁶.

Sur le point précédent, nous allons analyser le principe Pacta Sunt Servanda, comme primauté du droit international sur le droit interne chilien (A), et également la responsabilité de l'État du Chili face au droit international (B).

A. LE PRINCIPE PACTA SUNT SERVANDA, COMME PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL SUR LE DROIT INTERNE CHILIEN

Ce principe du droit international établi dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969¹⁰⁶⁷, qui implique que tout État s'engage de bonne foi¹⁰⁶⁸ à remplir les obligations

¹⁰⁶⁵Arrêt Cour Suprême du 9 septembre 1998, Rol No 496-98, au sujet de la disparition de Pedro Poblete Córdova, prononcé par la Seconde Salle de la Cour Suprême. Dans Rapport FIDH No 280/3, juillet 1999, op. cit., p. 18. Voir supra, "L'arrêt de l'application du Décret-Loi d'amnistie". Dans cette affaire la Cour Suprême du Chili argumenta : "Il faut garder à l'esprit qu'après le 11 septembre 1973, lorsque les Forces Armées ont destitué le Gouvernement et ont assumé le pouvoir, ce qu'ils mirent en place comprenant l'exercice des Pouvoirs Constituant Législatif et Exécutif, il a ainsi été promulgué à ce moment-là par la Junte de Gouvernement, le 12 septembre 1973, le décret numéro 5 qui dans son article premier déclara interprété l'article 418 du Code de Justice Militaire et établit que l'état de siège décrété en raison du bouleversement interne (situation en vigueur le 19 juillet 1974) devait se comprendre comme état ou temps de guerre concernant les effets d'application de la loi pénale e contenue dans le Code en question et autres lois pénales et tous effets de ladite législation. Et dans cette dernière étaient sans l'ombre d'un doute en vigueur, comme aujourd'hui, les conventions de Genève de 1949" (...). "L'État du Chili s'est imposé dans les conventions citées l'obligation de garantir la sécurité des personnes qui auraient pu prendre part à des conflits armés sur son territoire, spécialement en cas de détention, demeurant interdite la prise de mesures tendant à protéger les préjudices commis contre des personnes déterminées ou d'obtenir l'impunité de leurs auteurs, ayant spécialement présent à l'esprit que les accords internationaux doivent s'accomplir de bonne foi et, tant que le Pacte persiste, garantir les droits essentiels émanant de la nature humaine, est d'application prééminente, vu que cette Cour Suprême, a dans des arrêts répétés reconnu que l'histoire fiable de l'établissement de la norme constitutionnelle contenue dans l'article 5 de la charte fondamentale (constitutionnelle), il est clairement établi que la souveraineté interne de l'État du Chili reconnaît sa limite dans les droits émanant de la nature humaine; valeurs qui sont supérieures à toute règle que puisse établir les autorités de l'État, y compris le Pouvoir Constituant, ce qui interdit qu'elles soient ignorées (...). Dans de telles circonstances, omettre d'appliquer ces dispositions comporte une erreur de droit qui doit être corrigée par la voie de ce recours, particulièrement si on prend en compte qu'en accord avec les principes du Droit International elles doivent s'interpréter et s'exécuter de bonne foi entre les États, en sorte que le droit interne doit s'y adapter et le législateur [doit] accorder les nouvelles règles qu'il édicte à ces instruments internationaux, évitant de transgresser les principes, sans dénonciation préalable des conventions concernées”".

¹⁰⁶⁶FIDH, Rapport 280/3, Juillet 1999, p. 18.

acquises par la signature et la ratification d'un traité international, trouve son appui juridique dans la jurisprudence internationale.

Ainsi, confrontant le principe *pacta sunt servanda* avec le droit interne d'un État, la jurisprudence a soutenu que :“l'existence de normes constitutionnelles, législatives ou réglementaires ne peut être invoquée afin de ne pas remplir les obligations internationales ou d'en modifier l'exécution”¹⁰⁶⁹.

De la même manière, cette jurisprudence a reconnu que compte tenu de ce principe “les décisions des tribunaux nationaux ne peuvent être invoquées pour ne pas exécuter des obligations internationales”¹⁰⁷⁰.

Ce principe rencontre sa base juridique internationale dans les articles (26)¹⁰⁷¹et (27)¹⁰⁷² de la Convention de Vienne de 1969, laquelle a été signée par la République du Chili le 23 mai 1969 et ratifiée le 9 avril 1981. C'est pourquoi la Cour Suprême de Justice du Chili dans ses jugements a reconnu le caractère absolu qu'implique le principe *pacta sunt servanda* “(...) *c'est un principe universellement reconnu que les nations civilisées ne peuvent invoquer leur Droit interne pour éluder des obligations et des engagements internationalement consentis du*

¹⁰⁶⁷Convention de Vienne sur le droit des traités 1969. Fait à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1155, p.331. Copyright a. Nations Unies, 2005, p. 132. Artículo 26. “Pacta sunt Servanda. Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi”.

¹⁰⁶⁸Les parties sont tenues d'exécuter un traité de “bonne foi et raisonnablement”. Cour Internationale de Justice, année 1952, 27 août 1952. Affaire Relative aux Droits Des Ressortissants Des États-Unis d'Amérique au Maroc. (France c. États-Unis d'Amérique). www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.

¹⁰⁶⁹Le principe *pacta sunt servanda* est soutenu par la jurisprudence internationale : Cour Permanente de Justice Internationale, Avis consultatif du 4 février 1932. Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Série A/B, n° 44; Avis Consultatif du 31 juillet 1930, Question des communautés gréco-bulgares, Serie n° 17. Cour Internationale de Justice, Avis consultatif du 26 avril 1988, Obligation d'arbitrage; Arrêt du 28 novembre 1958, Application de la Convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède); Arrêt du 6 avril de 1955, Notteböhme (2e. Phase) (Lichtenstein/Guatemala). Décision arbitrale S.A. Bunch, Montijo (Colombie/États Unis d'Amérique), 26 juillet 1875

¹⁰⁷⁰Cour Permanente de Justice Internationale, Arrêt No 7, du 25 mai 1923 Haute Silésie polonaise, dans Recueil des arrêts et ordonnances, série A. No. 7; et Arrêt No 13, Usine de Chorzow (Allemagne/Pologne), du 13 septembre 1928, dans Recueil des arrêts et ordonnances, série A, No. 17

¹⁰⁷¹Article 26. “Pacta sunt servanda”. Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi”.

¹⁰⁷²Article 27 “Droit Interne et Respect des traités. Une partie ne peut invoquer les disposition de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46”. Article 46 “Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités”. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. 2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi”. Convention de Vienne sur le droit des traités 1969. Fait à Vienne le 23 mai 1969, op, cit., pp. 132 et 139.

fait desdits traités, ce qui assurément, si cela venait à se produire, affaiblirait l'état de droit."¹⁰⁷³

En ce qui concerne le Décret-Loi No 2191 par lequel s'instaure l'amnistie au Chili, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme a déclaré que cette amnistie est incompatible avec les obligations contractées par ce pays au regard de la Convention Américaine sur les Droits Humains. La Commission affirme à ce sujet : *“L'État chilien ne peut justifier, dans l'optique du Droit International, l'inexécution de la Convention, alléguant que l'autoamnistie a été décrétée par le gouvernement précédent ou que l'abstention ou l'omission du Pouvoir Judiciaire que confirment son application (...) puisque la Convention de Vienne sur le Droit des Traités établit dans son article 27 qu'un État membre ne pourra invoquer les dispositions du droit interne comme justification d'inexécution d'un traité”*¹⁰⁷⁴.

Le même précepte fut soutenu par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies dans ses observations finales dans le cas Pérou en 1996, mettant en avant que : *“la législation nationale ne peut modifier les obligations internationales contractées par un État en vertu du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques”*¹⁰⁷⁵.

D'autre part, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans son avis consultatif sur la “Responsabilité internationale pour l'adoption et l'application de lois qui violent la Convention”, a déclaré : “Selon le droit international, les obligations que celle-ci impose doivent être accomplies de bonne foi et le droit interne ne peut être invoqué pour y manquer. Ces règles peuvent être considérées comme des principes généraux du droit et ont été appliquées, y compris s'agissant de dispositions à caractère constitutionnel, par la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice”¹⁰⁷⁶.

Dans l'arrêt de la Cour IDH dans l'affaire Almonacid Arellano contre Chili il est dit que “le *jus cogens* transcende le droit des traités et englobe le Droit international général”, en tenant

¹⁰⁷³Cour Suprême du Chili, Arrêt du 26 octobre 1995, Affaire Bárbara Uribe et Edwin van Yurick. Cela même a été initialement affirmé par la Cour Permanente de Justice Internationale, Arrêt No 7, du 25 mai 1923.

¹⁰⁷⁴Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport No. 34/96, Affaires 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 84.

¹⁰⁷⁵Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.67, paragraphe 10

¹⁰⁷⁶Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Responsabilité internationale pour l'adoption et l'application de lois qui violent la Convention (Arts 1 et 2 Convention Américaine sur les Droits de l'Homme), Avis Consultatif OC-14/94 du 9 décembre 1994, Série A No 14, paragraphe 35. L'Avis Consultatif OC-14/94, doc.cit, paragraphe 50 va dans le même sens “La promulgation d'une loi manifestement contraire aux obligations assumées par un État en ratifiant ou en adhérant à la Convention constitue une violation de celle-ci et (...) dans le cas où cette violation affecte les droits et libertés protégés relativement à des individus déterminés, génère une responsabilité internationale pour l'État”.

compte du fait qu'il s'agit d'un “droit impératif”. Elle ajoute : “L’État ne pourra se prévaloir d’aucune loi ou disposition de droit interne pour être exempté de l’ordre de la Cour d’instruire et de poursuivre au pénal les responsables de la mort de M. Almonacid Arellano. Le Chili ne pourra recommencer à appliquer le Décret loi n. 2.191, pour les raisons exposées dans le présent Arrêt, car l’État doit laisser ledit Décret loi sans effet (...). Par ailleurs, l’État ne pourra alléguer la prescription, la non-rétroactivité de la loi pénale, ni le principe non bis in idem, ou tout autre exclusion de responsabilité similaire, pour ne pas accomplir son devoir d’investigation et de sanction des responsables”¹⁰⁷⁷.

Le Chili doit donc ajuster ses normes internes, le respect et la garantie des droits protégés (art.1.1 de la CA), à l'ordonnement juridique international comme mécanisme de protection (art.2 de la CA)¹⁰⁷⁸ et, en faisant cette adéquation, l'État doit remplir les obligations internationales acquises, conformément au principe pacta sunt servanda.

C'est pourquoi dans l'arrêt Almonacid Arellano contre le Chili, les affirmations du Représentant disent que l'État peut orienter son droit interne mais ne peut pas “*modifier unilatéralement les situations dont la qualification juridique est donnée par le droit international. Si le droit international qualifie un fait de criminel et oblige l’État à le sanctionner, l’État ne peut pas modifier cette situation en vertu de sa convenance interne*”¹⁰⁷⁹.

La Cour IDH a déclaré à plusieurs occasions que : Dans le droit des gens, une règle coutumière impose qu'un État qui a conclu une convention internationale doit introduire dans son droit interne les modifications nécessaires pour garantir l'exécution des obligations assumées. Cette règle apparaît comme universellement valide et a été qualifié par la jurisprudence de principe évident (“*principe allant de soi*”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). Dans cet ordre d'idées, la Convention Américaine établit l'obligation de chaque État membre d'ajuster son droit interne¹⁰⁸⁰ aux dispositions de ladite Convention, pour garantir les droits consacrés dans son contenu”¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Arrêt Almonacid Arellano et autres contre Chili, vote raisonné, op. cit., paragraphe 22. Voir paragraphe 151 du même arrêt.

¹⁰⁷⁸ Ibidem, paragraphe 25

¹⁰⁷⁹ Ibidem, propos du représentant, paragraphe 84, alinéa d.

¹⁰⁸⁰ S'agissant de l'adaptation de ce droit interne, il doit se faire "A la lumière de l'article 2 de la Convention, cette harmonisation implique l'adoption de deux sortes de mesures, à savoir : i) la suppression de toutes les normes et pratiques entraînant la violation des garanties prévues dans la Convention, et ii) l'adoption rapide de normes et le développement de pratiques favorisant l'observation effective desdites garanties. Il est nécessaire

L'adéquation de ce droit interne doit se faire à la lumière de l'article 2 de la Convention, lequel implique "l'adoption de deux sortes de mesures, à savoir : i) la suppression de toutes les normes et pratiques entraînant la violation des garanties prévues dans la Convention, et ii) l'adoption rapide de normes et le développement de pratiques favorisant l'observation effective desdites garanties"¹⁰⁸².

B. LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU CHILI FACE AU DROIT INTERNATIONAL

En droit international coutumier "la responsabilité de l'État se voit engagée lorsque l'un quelconque de ses organes ne satisfait pas à une obligation internationale, que ce soit par action ou omission"¹⁰⁸³

Ceci se trouve également confirmé par l'argument de la Mission d'Observateurs des Nations Unies au Salvador lorsqu'elle déclare "la responsabilité de l'État peut résulter non seulement d'un manque de vigilance dans la prévention des actes nuisibles, mais aussi d'un manque de diligence dans la poursuite des responsables et l'application des sanctions requises"¹⁰⁸⁴.

Ce principe est exposé dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites¹⁰⁸⁵, compris dans la forme où il a été initialement établi dans le rapport de la Commission de Droit International lors de la 48ème période de sessions

de réaffirmer que l'obligation liée aux premières mesures n'est satisfaite que lorsque la réforme est effectivement mise en place". Arrêt *Almonacid Arellano et autres contre Chili*, op, cit., paragraphe 118

¹⁰⁸¹Voir *Affaire Garrido et Baigorria. Réparations* (art. 63.1 Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme). Arrêt du 27 août 1998. Série C No. 39, paragraphe. 68 ; *Affaire Baena Ricardo et autres* Arrêt du 2 février 2001. Série CN 72, paragraphe. 179.

¹⁰⁸²Arrêt *Almonacid Arellano et autres contre Chili*, op, cit., paragraphe 118.

¹⁰⁸³Roberto Ago, *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, Dans *Annuaire de la Commission Internationale*, 1971, Vol. II, 1ère partie, pages 253-254. "Rapport juridique sur l'incompatibilité du Décret Loi No. 2191 de 1978 Chili et Droit international". Janvier 2001. Indice A I: AMR 20/002/2001/S. DIS TR: SC/CO/GR.

¹⁰⁸⁴Mission d'Observateurs des Nations Unies au Salvador, ONUSAL, Rapport du 19 février 1992, doc. A/46/876S/23580, paragraphe 29.

¹⁰⁸⁵Projets d'Articles sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement Illicite, adopté par la CDI lors de sa 53ème session (A/56/10/) et annexé par l'AG à sa résolution 56/83, du 12 décembre 2001. "Première Partie. Le fait Internationalement Illicite de l'État. Chapitre I. Principes Généraux Article 1 - Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. Article 2 - Éléments du fait internationalement illicite de l'État. Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission: a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État. Article 3 - Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite. La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

(chapitre 3 “Responsabilité des États”), article 6 : “Le comportement d'un organe de l'État sera considéré comme un acte de l'État selon le droit international, qu'il appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne quelle que soit sa position hiérarchique dans l'organisation de l'État”¹⁰⁸⁶

C'est dire que l'État qui contrevient à ses obligations internationales engage sa responsabilité internationale s'il protège les violations des droits de l'homme.

Ce principe est également exprimé dans le droit international des droits de l'Homme dans les divers organes régionaux comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁰⁸⁷, la Commission Européenne des Droits de l'Homme¹⁰⁸⁸ ou encore la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme¹⁰⁸⁹.

Dans le cas du Chili, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme s'est exprimée, en mettant l'accent sur l'incompatibilité du Décret 2191 de 1978 avec la Convention américaine sur les Droits de l'Homme, alléguant que : “S'il est vrai que, sur le plan interne, les pouvoirs Exécutif, Législatif et Judiciaire sont séparés et indépendants, les trois pouvoirs de l'État forment néanmoins une seule unité indivisible de l'État du Chili qui, sur le plan international, n'admet pas des traitements séparés; par conséquent, le Chili assume la responsabilité internationale pour les actes de ses organes du pouvoir public qui transgressent les engagements internationaux dérivés des traités internationaux”¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶Rapport de la Commission de droit international, sur le travail effectué lors de sa 48ème session – du 6 mai au 26 juillet 1996. “Texte du projets d'articles”, (Chapitre III, Responsabilité des États, art. 6.), Document des Nations Unies, Supplément No 10 (A/51/10).

¹⁰⁸⁷Voir entre autres les arrêts : Tomasi contre France, du 27 août 1992, et Fr. Lombardo contre Italie, du 26 novembre 1992.

¹⁰⁸⁸Voir entre autres la Commission Européenne des Droits de l'Homme, affaire Irlande contre Royaume Uni, Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Vol. II, Première partie, page 11

¹⁰⁸⁹Voir entre autres, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Arrêt du 29 juillet 1988, Affaire Velásquez Rodríguez, dans Serie C: Résolutions et Arrêts, N°4, paragraphe 151.

¹⁰⁹⁰Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport N° 36/96, Affaire 10.843 (Chili, affaire des 70 disparus), 15 octobre 1996, paragraphe 84. Voir dans le même sens: Laurence BURGORGUE-LARSEN et Amaya UBEDA DE TORRES, « Les Grandes Décisions de la Cour Interaméricaine Des Droits de L'homme », Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 365. “(...) Afin d'établir l'existence d'une violation des droits consacrés dans la Convention, il n'est pas nécessaire de déterminer, comme dans le cadre du droit pénal interne, la culpabilité de ses auteurs ou leur intention délictuelle, comme il est également inutile d'identifier individuellement les agents qui auraient commis les faits illicites... Il suffit de démontrer le soutien ou la tolérance des pouvoirs publics dans l'infraction des droits garantis par la Convention (...) ou des omissions qui aient permis la perpétration de ces violations... »

Cela signifie aussi administrer la justice de manière impartiale et indépendante en respectant les garanties judiciaires, enquêter, traduire en justice et sanctionner les auteurs de violations des droits de l'homme, garantir un recours effectif aux victimes de ces violations et à leurs familles. Le non-respect de ces obligations par l'État entraînerait une responsabilité internationale de celui-ci, de telle sorte que la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans le cas du Décret-Loi No 2191, déclara que "L'arrêt de la Cour suprême du Chili, en date du 28 août 1990 et confirmé le 28 septembre de la même année, selon lequel ledit "décret-loi" No. 2191 est constitutionnel et d'application obligatoire par le pouvoir judiciaire alors qu'était entrée en vigueur pour le Chili la Convention américaine relative aux droits de l'homme, viole les dispositions des articles 1.1 et 2 de celle-ci."¹⁰⁹¹

Elle ajoute également que les décisions judiciaires de non-lieu définitif, prises à propos des affaires criminelles ouvertes concernant la détention et la disparition des 70 personnes "non seulement aggravent la situation d'impunité mais, en définitive, viole le droit à la justice dont jouissent les familles des victimes, pour identifier leurs auteurs et établir leurs responsabilités et sanctions correspondantes, et obtenir réparation judiciaire de leur part"¹⁰⁹².

A ce sujet, dans le cas du Chili, la Cour Interaméricaine déclara que: "*L'application, par des agents ou des fonctionnaires de l'État, d'une loi violant la Convention engage la responsabilité internationale de l'État et constitue un principe de base du droit de la responsabilité internationale de l'État figurant dans le Droit international des droits de l'homme, dans le sens où tout État est internationalement responsable des actes ou omissions de n'importe lequel de ses pouvoirs ou organes qui violeraient les principes du droit international consacrés par l'article 1.1 de la Convention Américaine*"¹⁰⁹³.

D'ailleurs, le gouvernement chilien lui-même, en reconnaissant l'étroite relation existant entre amnistie et impunité, reconnaît la responsabilité internationale de l'État¹⁰⁹⁴. Ce qui fut établi sous la forme suivante : "*Le Gouvernement convient que le décret 2191 est contraire au droit; il reconnaît l'étroite relation qui existe entre amnistie et impunité; il admet la commission*

¹⁰⁹¹ Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport N° 36/96, Affaire 10.843 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 106; Rapport N° 34/96, Affaires 11.228, 11.229, 11.231 et 11.282 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 105; et Rapport N° 25/98, Affaires 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 et 11.705 (Chili), 7 avril 1998, paragraphe 102.

¹⁰⁹² Ibidem, Rapport No. 36/96. Affaire 10.843, op. cit., paragraphe 107.

¹⁰⁹³ Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Affaire Almonacid Arellano et autres contre Chili, op. cit., paragraphe 123

¹⁰⁹⁴ Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Organisation des États Américains. Rapport No. 34/96. Affaires 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, Chili, 15 octobre 1996, paragraphe 80. Disponible à l'adresse : <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/Chili11228.htm>

successive de ces faits, qui violent le droit à la justice en tant qu'unité de l'acte violateur des droits des victimes, depuis leur arrestation jusqu'au déni de justice, et déclare que le décret-loi d'amnistie "réunit en un seul ensemble une politique de violations massives et systématiques des droits de l'homme qui, dans le cas des disparitions forcées, commence par l'arrestation de la victime, suivie par sa dissimulation, puis par sa mort, se poursuit avec la négation du fait et se termine par l'amnistie des agents publics"¹⁰⁹⁵.

Enfin, une autre raison pour laquelle la responsabilité internationale chilienne est engagée repose sur les faits qui, s'ils se sont bien produits pendant le gouvernement militaire, n'ont toujours pas pu être éclaircis et sanctionnés. Conformément au principe de continuité de l'État, la responsabilité internationale existe indépendamment des changements de gouvernements¹⁰⁹⁶. Ainsi la Cour Interaméricaine des droits de l'homme déclara :

“Selon le principe du droit international d'unicité ou continuité de l'État, la responsabilité subsiste indépendamment des changements de gouvernements au cours du temps, et concrètement, entre le moment où se produit le fait illicite qui génère la responsabilité et celui où elle est mise en cause. Ceci est également valable dans le cas des droits de l'homme, bien que d'un point de vue éthique ou politique, l'attitude du nouveau gouvernement soit bien plus respectueuse de ces droits que celle qu'avait le gouvernement à l'époque où les violations se produisirent”¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁵ Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Organisation des États Américains. Rapport No. 34/96. Affaires 11.228, 11.229, 11.231 et 11282, Chili, 15 octobre 1996, paragraphe 80.

¹⁰⁹⁶ Rapport No. 36/96. Affaire 10.843. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. C.H.R., OEA, op, cit., p 15

¹⁰⁹⁷ Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Affaire Velásquez Rodríguez, Arrêt du 29 juillet 1988, paragraphe 184.

Chapitre 2.

L'APPORT DU PRECEDENT PINOCHET

Dans ce chapitre on analysera la jurisprudence qui se dégage des tribunaux espagnols, à partir des faits survenus en Argentine et au Guatemala à l'époque des dictatures militaires en Amérique Latine et qui ont un rapport direct avec le cas Pinochet, notamment en ce qui concerne le fondement juridique international du principe de la compétence internationale pénale.

Les cas Pinochet, Scilingo y Cavallo ont permis la première application en Espagne de ce principe, intégré dans sa législation depuis 1985, et plus précisément fondé sur l'article 23.4 – réformé- de la loi organique sur le pouvoir judiciaire. La jurisprudence développée sur la base de ce principe autour des faits survenus en Argentine pendant la dictature militaire, avec les cas Scilingo y Cavallo, dans lesquels des responsables de graves violations des droits de l'homme, auteurs de véritables atrocités sont confrontés à la justice, constitue le dernier bastion contre l'impunité et la possibilité de justice internationale (Section I).

Dans ce même sens, l'arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005, confirma ensuite toute l'extension de ce principe de la compétence internationale pénale des tribunaux espagnols en reconnaissant celui-ci pour enquêter sur le génocide de l'ethnie maya en Guatemala (Section 2), et en l'étendant au bénéfice des victimes auxquelles elle conféra un caractère universel.

On ne peut manquer de mentionner qu'ultérieurement, les organes judiciaires espagnols firent un usage majeur de l'ancien article 23.4 de la LOPJ pour ouvrir d'autres procédures sur des faits survenus dans divers pays. Ces actions confèrent à l'Espagne un rôle particulier, au sein de la communauté internationale, au niveau de l'application du principe de la compétence internationale pénale. Ce fut précisément le cas Pinochet qui ouvrit les portes à cet espoir dans la lutte contre l'impunité.

Parmi les procédures ainsi lancées, on trouve: Tibet¹⁰⁹⁸ et Falung Gong¹⁰⁹⁹, génocide au Ruanda¹¹⁰⁰, délits graves perpétrés par les autorités marocaines au Sahara Occidental¹¹⁰¹, mort

¹⁰⁹⁸La Décision judiciaire du 10 janvier 2006, prononcée par l'*Audiencia Nacional*, détermina la compétence des tribunaux espagnols sur le génocide perpétré contre la population tibétaine. Furent accusés l'ex-président du parti

en Irak du journaliste espagnol José Couso¹¹⁰², vols de la CIA¹¹⁰³, Guantanamo¹¹⁰⁴, cas du massacre des jésuites¹¹⁰⁵, victimes espagnoles de l'Holocauste nazi¹¹⁰⁶, bombardement à Gaza¹¹⁰⁷

communiste chinois, Jiang Zemin, ainsi que Li Peng ancien premier ministre durant la répression tibétaine et cinq autres personnes. Document disponible à <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/tibet.html>. Consulté la dernière fois le 12 octobre 2013.

¹⁰⁹⁹Cette procédure se trouve ouverte contre des dirigeants chinois pour le génocide du mouvement spirituel Falung Gong. Sur ce cas est prononcé l'arrêt du Tribunal Constitutionnel 227/ du 22 octobre 2007. Il contribua à confirmer le principe de compétence universelle, déclaré par ce même tribunal dans l'Arrêt du 26 septembre 2005 dans le cas Guatemala. Voir Section 2.

¹¹⁰⁰La mort de neuf espagnols, six religieux et trois coopérants, assassinés entre 1994 y 2000 au Ruanda est à la base de ce cas. Le juge instructeur a prononcé une décision judiciaire de procès contre 40 hauts responsables du Front Patriotique Ruandais (FPR) pour la commission de délits de génocide et lèse humanité. Information disponible à www.amnesty.org/es/library/asset/...eur410172008spa.htm. Consulté la dernière fois le 25 octobre 2013.

¹¹⁰¹En 2006 fut déposée une plainte contre 13 gouvernants et militaires marocains pour un délit de génocide contre des citoyens sahraouis entre 1976 y 1988, plainte admise en octobre 2007. Fut introduite une commission rogatoire auprès des autorités judiciaires du Royaume du Maroc pour savoir si les faits qui étaient rassemblés dans la plainte ont fait ou font l'objet d'enquêtes et en connaître le résultat. Depuis lors, furent obtenues diverses dépositions de témoignage de victimes dénonçant des délits, principalement par des victimes de torture. Information disponible à www.amnesty.org/es/library/asset/...eur410172008spa.htm

¹¹⁰²En juillet 2003 la famille du journaliste José Couso, mort dans l'attaque de forces américaines à l'hôtel Palestina en Irak, présenta une plainte sous couvert de la Convention de Genève. Comme conséquence une Décision judiciaire de l'*Audiencia Nacional* du 19 octobre 2005 émis un mandat d'arrêt à but d'extradition contre les trois militaires américains présumés responsables. José Manuel Sánchez Patrón « La Compétence Extraterritoriale de la Juridiction Espagnole pour enquêter sur et juger des crimes de guerre : Le cas « couso ». Revista electrónica de Estudios internacionales, numéro 14,2007, page, 1. Voir le texte de la plainte à la page web : <http://www.josecouso.inf/>. Consulté la dernière fois le 23 août 2013.

¹¹⁰³L'enquête se centra sur les vols que l'agence américaine réalisa entre 2002 y 2005 avec des détenus pour terrorisme et qui survolèrent et firent escale en territoire espagnol, plus précisément à Palma de Majorque, quand ils étaient en route vers la prison située sur la base navale américaine de Guantánamo. Ultérieurement le Parlement Européen a reconnu l'implication des USA dans ces vols, en argumentant que ce pays était responsables politiquement, moralement et légalement dans le transport et la détention des prisonniers en route vers Guantánamo. Information disponible à <http://www.europal.europa.eu/sides/getDoc.do?language=ES&type=IMPRESS&reference=20090218IPR49768>, consulté la dernière fois le 13 mars 2013

¹¹⁰⁴L'*Audiencia Nacional* en 2009 lança une enquête, sur les présumées tortures de l'espagnol Hamed Abderrahman et du marocain résident en Espagne Lahcen Ikaarien au centre de Guantánamo. Document disponible à www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm://GarzóninvestigaautoreseinductoresdetorturasaprososdeGuantánamoenelmandatoBush-RTVE_es.mht. Consulté la dernière fois le 23 mars 2013.

¹¹⁰⁵Le 13 novembre 2008 fut déposée une plainte contre celui qui fut président de la République d'El Salvador, Alfredo Cristiani, et 14 anciens officiers et soldats de l'armée salvadorienne pour crimes contre l'humanité et terrorisme commis par des agents de l'État dans ce qui est connu comme «la Masacre de los Jesuitas» du 16 novembre 1989. Dans ce massacre furent assassinés des prêtres jésuites d'origine espagnole et nationalisés salvadoriens, parmi lesquels se trouvait Ignacio Ellacuría. Document disponible à: www.amnesty.org/es/library/asset/.../eur410172008spa.htm. Consulté la dernière fois le 23 mars 2013.

¹¹⁰⁶Décision judiciaire du 17 juillet 2008, par laquelle un juge d'instruction de l'*Audiencia Nacional*, a admis à procédure la plainte déposée par diverses victimes espagnoles de l'holocauste nazi. En conséquence les organes judiciaires espagnols commencèrent à enquêter sur quatre responsables nazis -Johan Lepricch, Anton Tittjung, Josias Kumpf et John Demjanjuk- qui exerçaient le travail de gardiens et appartenaient au bien connu Bataillon de la Tête de mort de las SS (SS Tonlenkopf-Sturmband) pour avoir commis des délits de génocide et de lèse humanité, entre 1942 y 1945, dans les camps de concentration de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg. Dans ces camps plus de sept mille espagnols furent confinés, desquels quatre mille trois cent moururent. Document disponible à: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm10.html>. Consulté la dernière fois le 14 août 2013.

Il y a lieu de signaler que ces affaires se trouvent en danger d'être classées, du fait des nouvelles conditions qui sont imposées dans la Loi organique 01 de 2014 du 13 mars, qui modifie la Loi Organique 6/1985 du 1er juillet du pouvoir judiciaire relative à la justice universelle. Cette réforme est contraire au droit international.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁷Décision judiciaire du 29 de janvier de 2009. Le juge de l'*Audiencia Nacional*, Fernando Andreu, a admis la plainte présentée par le Centre Palestinien pour les Droits De l'homme relative au lancement, le 22 juillet 2002, d'une bombe d'une tonne sur un quartier densément peuplé avec pour conséquence non seulement la mort du leader du Hamas, Salah Shehadeh, mais aussi celle de quatorze civils (dont divers mineurs). De plus, cette attaque provoqua de graves lésions sur environ cent cinquante personnes. La procédure du juge espagnol impliqua le ministre de la défense Benjamin Ben-Eliezer et six autres personnalités de haut rang israéliennes. Ultérieurement la session plénière de la Chambre de l'*Audiencia Nacional* accorda le classement de l'affaire en interprétant que la juridiction de l'État d'Israël avait préférence sur celle d'Espagne (devant l'opinion publique on ne laissa pas ignorer qu'intervinrent de fortes pressions diplomatiques par Israël). Information disponible à: www.publico.es/espana/235700/audiencia/nacional/archiva/investigación/ataque/israel/gaza. Consulté la dernière fois le 24 octobre 2013.

¹¹⁰⁸Voir supra, section 2, chapitre 2, première partie.

Section 1.

L'AUDIENCIA NACIONAL DE L'ESPAGNE ET LES CRIMES INTERNATIONAUX DE LA DICTATURE EN ARGENTINE.

L'application de la compétence internationale pénale par les tribunaux espagnols remonte aux années 1990 quand commencèrent à être émis divers mandats d'arrestation et d'extradition de militaires d'Amérique Latine qui perpétrèrent des violations de droits de l'homme dans les années 70 et 80. S'en détachent en particulier les faits survenus durant la dictature en Argentine, en tant que crimes contre l'humanité.

Le cas Argentine constitua une véritable réussite du principe de la compétence internationale pénale dans la lutte contre l'impunité en menant à une condamnation et à une peine effectivement appliquée.¹¹⁰⁹ Le 1er octobre 2007, le Tribunal Suprême espagnol condamnait Adolfo Scilingo pour crimes contre l'humanité à 1.084 années de prison. Il a considéré pour cela que le droit international pénal coutumier permet d'appliquer le modèle caractéristique les crimes de lèse humanité au moment des faits, bien que la législation interne espagnole ne le prévoyait pas. Il justifie ainsi la qualification de crimes de lèse humanité et en dérive l'extension extraterritoriale de la juridiction espagnole pour les instruire¹¹¹⁰. (§1-).

Dans ce même contexte, est intervenu un autre événement marquant dont la portée se révélera fondamentale: l'arrestation et l'extradition depuis le Mexique, sur l'instance du Juge Central d'Instruction 5 de *l'Audiencia Nacional*, d'un acteur de la répression, l'ancien militaire argentin Ricardo Miguel Cavallo qui, après l'abrogation des lois d'Obéissance due et Point final fut ré-extradé à l'Argentine où il fut condamné à la réclusion à perpétuité¹¹¹¹ (§2-)

¹¹⁰⁹Baltazar GARZON « La consolidation du principe de compétence universelle: les cas Argentine et Chili en Espagne », en temps de Paix. No. 112. Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Primavera 2014, Madrid, Editor. p. 42

¹¹¹⁰Tribunal Suprême – Chambre criminelle. Arrêt No. 798/2007. Fondements de droit septième et huitième.

¹¹¹¹Arrêt affaire “ESMA” (Escuela Mecánica de la Armada – GT 3.3.2). Buenos Aires, 28 décembre 2011.

§1. L'AFFAIRE SCILINGO.

En 1996, le juge Central d'Instruction N° 5 de l'*Audiencia Nacional* décida d'ouvrir une procédure¹¹¹² sur l'affaire des espagnols et personnes d'origine espagnole assassinés ou disparus en Argentine entre les années 1976 à 1983¹¹¹³. Ultérieurement, l'*Audiencia Nacional* prononça la Décision judiciaire du 4 novembre 1998, qui considère la justice espagnole compétente pour poursuivre des délits de génocide, tortures et terrorisme commis en Argentine (A).

Le 19 avril 2005, l'*Audiencia Nacional* a émis un arrêt condamnant l'argentin Adolfo Scilingo a 640 années de prison pour délits de lèse humanité¹¹¹⁴ (B). Ce fut le premier arrêt de condamnation dans le dossier 19/1997 qui groupe les procès contre les dictatures Chili et Argentine.

Cet Arrêt eut un impact important dans le contexte du droit international en visant à ajuster le droit interne au droit international pénal en vigueur dans le domaine de la répression des

¹¹¹²« L'affaire chilienne a été portée devant l'*Audiencia Nacional* parallèlement à l'affaire argentine, plus précisément, l'Union Progressiste de Fiscales (Union progressiste des accusateurs publics), avec d'autres associations et organisations de la société civile, avait porté plainte en mars 1996 auprès de l'*Audiencia Nacional* contre les dirigeants de la Junte militaire argentine de la dictature (1976-1983). Quelques mois après, en juillet 1996, ces mêmes associations et organisations avaient exercé l'*actio popularis* contre les membres de la Junte militaire chilienne pour des faits semblables commis pendant la dictature au Chili (1973-1990)». Luis Jimena Quesada, "Compétence universelle et crimes internationaux: l'illustration par l'Espagne, dans *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Editions Dalloz, Janvier/Mars 2009, p. 222. Voir *Supra* Chapitre 1, Section 1, de la deuxième partie.

¹¹¹³Arrêt *Audiencia Nacional* No. 16/2005. (Chambre criminelle, Section troisième. Dossier 19/1997. Rôle 139/1997. Juge C. Instruction No. 5. Cas Scilingo). Précédents, p. 25-26 « En République Argentine, tout au long de l'année 1975, mais aussi antérieurement, les responsables militaires de chacune des armes de l'Armée, avec l'aide des Forces de Police et des Services de renseignement, et l'appui de groupes civils, décidèrent non seulement de renverser la Présidente constitutionnelle, María Estela Martínez de Perón, par un coup d'État, qui se concrétisa le 24 mars 1976, mais aussi de concevoir, développer et exécuter un plan criminel systématique de séquestration, torture, disparition et, finalement, élimination physique de toute la catégorie des citoyens auxquels ils attribuaient le soupçon d'être "subversive", comprenant par là que par son mode de pensée, ses activités, relations ou adhésions politiques elle semblait se révéler incompatible avec leur projet politique et social. La sélection de ceux considérés subversifs se fera en fonction de leur engagement dans certaines activités et secteurs, fondamentalement pour des motifs politiques et idéologiques, bien que joueraient aussi des critères ethniques et religieux ».

¹¹¹⁴*Ibidem.*, Arrêt de la *Audiencia Nacional* (Chambre criminelle, Section Troisième, cas Scilingo), *op. cit.*, p. 38-45. Sur les faits exposés dans cet Arrêt est analysée la répression qui fut opérée dans la salle de Mécanique de l'École de la Marine (ESMA) et, à ce niveau, les agissements de l'inculpé Scilingo. Nommé chef du domaine électrique et des moyens de transport, il travaillait dans une activité la logistique qui jouait un rôle nécessaire à l'exécution du plan criminel. L'arrêt déclarait que Scilingo avait pleine connaissance de tout ce qui se passait à l'ESMA. Etant chargé de l'atelier automobile il fournissait des camions transportant du bois de chauffage pour ce qui était appelé des rôtis (crémations de cadavres). De même, il assista à l'interrogatoire et à la torture d'une détenue et participa à la séquestration d'une personne en tant que conducteur du véhicule. Comme chef des moyens de transport il procurait des véhicules aux chargés d'opérations. Egalement il participa à deux vols de la mort au cours desquels furent jetés à la mer, vivantes et sous sédatifs, un total de 30 personnes.

crimes de droit international, particulièrement les crimes contre l'humanité.¹¹¹⁵ Cela a conduit à affirmer que cette décision judiciaire cassait la tradition concernant l'interprétation du principe de légalité pénale¹¹¹⁶

Cet arrêt fit ensuite l'objet d'un recours en cassation, devant la Deuxième Chambre du Tribunal Suprême, tant pour Scilingo que pour la totalité des accusations. C'est ainsi qu'ultérieurement la session plénière juridictionnelle de cette chambre a émis un second arrêt sous le n° 789/2007, du 1er octobre, par lequel il accepta partiellement ce recours. Ce second arrêt condamna l'accusé, Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, comme auteur de délits d'assassinats et de détentions illégales, lesquels constituent des crimes contre l'humanité selon le droit international (C).

En somme, ce procès fut de très longue durée, car ce n'est qu'en 2005 que fut émis un arrêt de condamnation contre Scilingo pour délits de lèse humanité et seulement deux ans plus tard que le Tribunal Suprême le ratifiera.

A. L'AUDIENCIA NACIONAL ET LA DECISION JUDICIAIRE DU 4 NOVEMBRE 1998

Le 4 novembre 1998 la Chambre criminelle de *l'Audiencia Nacional*, a émis une Décision judiciaire (Auto) par laquelle elle confirmait la compétence de la juridiction espagnole sur les faits survenus en Argentine et refusait la demande de clôture et classement formulée par les avocats défendant l'accusé.

Cette décision judiciaire apporte ainsi les premiers indices de l'exercice du principe de compétence internationale pénale, par le biais de l'article 23.4 –réformé– de la L.O.P.J. Cet article s'applique à la lumière de la Convention du 9 décembre 1948 pour la Prévention et la Répression du crime du Génocide (1). De plus dans le contexte de ce même instrument juridique international est développé le principe de subsidiarité (2).

¹¹¹⁵On remarquera que dans ce chapitre nous utiliserons indistinctement deux expressions: crimes contre l'humanité et crimes de lèse humanité. Cette dernière expression, tout en ayant la même signification que crime contre l'humanité, est reprise du Statut de Rome signé le 18 juillet 1998 qui créa la Cour Pénale Internationale. Pour cela les pays qui participent à ce Statut et l'ont ratifié utilisent, en l'adaptant à leur propre législation l'expression "crime de lèse humanité" dans le même sens que crime contre l'humanité". Voir Supra: Chapitre 2, Section 1, de la première partie.

¹¹¹⁶Margalida Capella i Roig "Les crimes contre l'humanité dans le cas Scilingo » Revista electrónica de estudios internacionales (2005), p. 2. Document disponible à: [http:// www.reei.org/index](http://www.reei.org/index) consulté la dernière fois le 25 août 2013.

1. L'application de l'art. 23.4 de la L.O.P.J. et le délit de Génocide.

La position prise par *l'Audiencia Nacional* dans cette Décision judiciaire (Auto) eut donc pour base l'application de l'art. 23.4 de la LOPJ, à la lumière de l'article VI de la Convention du 9 décembre 1948 pour la Prévention et la Répression du crime du Génocide dont l'Espagne était partie prenante depuis le 13 septembre 1968¹¹¹⁷. Celui-ci établit que : “Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés à l'article III, seront jugées par un tribunal compétent de l'État sur le territoire duquel l'acte fut commis, ou devant la cour pénale internationale qui serait compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui auraient reconnu sa juridiction”.

A cet sujet, *l'Audiencia Nacional* invoque que l'article VI “annonce un tribunal pénal international et impose aux États parties l'obligation que les génocides soient jugés par les organes judiciaires de l'État sur le territoire duquel les délits furent commis. [L'article en référence] (...) cherche un compromis des Parties contractantes (...) pour la poursuite du génocide comme délit de droit international et éviter l'impunité d'un crime aussi grave (...)”¹¹¹⁸. De façon générale *l'Audiencia Nacional* insista que cet énoncé ne doit pas être interprété comme une limitation à l'exercice d'une juridiction différente de celles qu'il mentionne expressément. Pour cette raison elle considéra qu'on ne pouvait interdire aux tribunaux espagnols l'exercice extraterritorial d'user de leurs compétences relatives au délit de génocide expressément prévu à l'art. 23.4 de la LOPJ¹¹¹⁹

2. Le principe de subsidiarité

A partir de ce même précepte de la Convention sur le Génocide, *l'Audiencia Nacional* concluait que l'article 23.4 de la LOPJ devait s'appliquer sous forme subsidiaire, et déclara ainsi : “de façon que la juridiction d'un État devrait s'abstenir d'exercer la juridiction sur des

¹¹¹⁷L'adhésion de l'Espagne incluait la réserve à la totalité de l'article 9 qui indique: “Les controverses entre parties contractantes relatives à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention(...)seront soumises à la Cour Internationale de Justice à la demande d'une des parties à la controverse”.

¹¹¹⁸Fondement de Droit deuxième de la Décision judiciaire de *l'Audiencia Nacional* du 4 novembre 1998.

¹¹¹⁹Le fondement de Droit deuxième de la décision judiciaire de *l'Audiencia Nacional* du 4 novembre 1998 établit que : «(...) les termes de l'article 6 de la Convention de 1948 n'autorisent pas non plus à exclure la juridiction d'un État-partie pour la sanction du génocide, comme l'Espagne, dont le système normatif inclut l'extraterritorialité dans l'ordre du jugement d'un tel délit dans l'alinéa 4 de l'article 23 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, chose d'aucune façon incompatible avec la Convention ».

faits, constitutifs de génocide, ayant été jugés par les tribunaux de pays dans lesquels ils eurent lieu ou par un tribunal pénal international”¹¹²⁰.

C’est sur cette base que *l’Audiencia Nacional* analysa que, bien que la juridiction territoriale Argentine devait primer face à celle d’Espagne, il était constaté que l’Argentine ne pouvait pas mener à bien une enquête sur les faits survenus puisqu’elle avait approuvé des lois particulières, comme celle d’Obéissance due et de Point Final, qui empêchaient que les responsables fussent un jour jugés; de ce fait la procédure des instances judiciaires espagnols était valide¹¹²¹.

Cette argumentation, non seulement est reprise dans la Décision judiciaire (Auto) du 5 novembre 1998 relative au cas Pinochet,¹¹²² mais aussi dans la Décision judiciaire (Auto) du 13 décembre 2000 relative au cas Guatemala.¹¹²³

Ainsi même, la chambre de *l’Audiencia Nacional* considéra que les faits survenus en Argentine pouvaient être qualifiés aussi comme délits de terrorisme¹¹²⁴ et de torture¹¹²⁵, de même que dans le cas Pinochet.

B. L’AUDIENCIA NACIONAL ET L’ARRET NO. 16 DU 19 AVRIL 2005.

L’Audiencia Nacional dans l’arrêt No. 16 du 19 avril 2005, fit une analyse de la qualification des conduits (1), et des éléments et la nature des crimes contre l’humanité (2).

¹¹²⁰Fondement de Droit deuxième de la Décision judiciaire de l’Audiencia Nacional du 4 novembre 1998.

¹¹²¹Jacqueline HELLMAN“Jurisdiction Universelle sur crimes internationaux, son application en Espagne” Thèse, Madrid, Université Autonome de Madrid, op.cit., p. 197

¹¹²²Voir Supra Chapitre 1, Section 1 de la deuxième partie,

¹¹²³Voir Supra chapitre 2, Section 2 de la troisième partie.

¹¹²⁴A cet égard, FERRER LLORET affirma qu’il n’est pas possible de qualifier les faits jugés comme actes de terrorisme, puisqu’existe, au sein de la communauté internationale, un “manque de consensus observé entre les États concernant leur définition générale des effets de la responsabilité pénale de l’individu” Jaume FERER LLORET, J., “Le principe de compétence universelle: son application en Espagne”, SOROETA LICERAS, J. (Editeur), Cours de Droits de L’homme à Donostia-San Sebastian, Ed. Université du Pays Basque, Vol. V, Bilbao, 2004, p. 124

¹¹²⁵Ibidem., Selon FERRER LLORET, le délit de torture ne devrait pas être applicable aux faits survenus en Argentine, puisque l’entrée en vigueur de la qualification pénale sous commentaire dans l’ordre juridique espagnol eut lieu ultérieurement.

1. La qualification des conduites

Dans cette section nous traiterons de la qualification des délits qui furent pris en compte en résultat des faits dans le cas Scilingo. On analysera ainsi la qualification initiale de génocide (a), suivie de celle de crime de Lèse Humanité (b) pour terminer en allant de la qualification initiale de terrorisme vers celle de crime de lèse humanité de terrorisme (c)

a. La qualification initiale de génocide:

Sur la qualification du délit de génocide, la Chambre de *l'Audiencia Nacional* produit ultérieurement une objection en considérant que l'inclusion des crimes contre l'humanité en 2004¹¹²⁶ remédie à l'incompatibilité du droit espagnol avec le droit international en matière de répression des crimes contre l'humanité¹¹²⁷.

Jusqu'à ce moment « l'infraction » (tipificación) existante de délit contre l'humanité aurait pu être seulement celle du génocide (arts. 137 bis 1° du code pénal espagnol de 1973 y 607 du CP de 1995) et il manquait une réglementation concrète "d'autres types de crimes contre l'humanité existant en droit international coutumier et dans le droit conventionnel lui-même."¹¹²⁸

De cette façon, le délit de génocide subsiste sous forme intégrée dans les crimes de lèse humanité établis dans le code pénal (art. 607 bis)¹¹²⁹, ainsi que l'ont fait d'autres pays tels que la Slovénie, L'Ethiopie, La Pologne¹¹³⁰ et la France¹¹³¹.

¹¹²⁶ Les crimes contre l'humanité dénommés dans le code pénal espagnol crimes de lèse humanité, furent incorporés par la loi organique 15/2003 du 25 novembre et entrèrent en vigueur le 24 mai 2004. Voir Supra Note No. 27. Voir dans le même sens M. Capella "Le projet de réforme du Code Pénal propose l'incorporation pour la première fois des crimes de lèse humanité dans l'ordre juridique espagnol" REDI (Revista Española de Derecho Internacional), vol. LV n°1, 2002, pp.540-544.

¹¹²⁷ Arrêt de l'Audiencia Nacional 16/2005, folio 75. Voir Supra première partie de cette thèse p. 77

¹¹²⁸ Décision judiciaire de la Session plénière de la Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional du 4 novembre 1998.

¹¹²⁹ L'Espagne ratifia le Statut de la Cour Pénale Internationale¹¹²⁹ en 2002 dans la réforme du Code pénal approuvée en novembre 2003 (loi organique 15/2003) et introduisit les crimes contre l'humanité, en ajoutant le Chapitre II bis au Titre XXIV du Livre II du Code, sous le titre "Des délits de lèse humanité", qui contient l'article 607 bis.

¹¹³⁰ Margalida Capella i Roig, "La qualification internationale des crimes contre l'humanité, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 316-321.

b. La qualification du crime de lèse humanité.

Pour l'application du crime de lèse humanité fut prise en compte comme base juridique la qualification pour crimes de lèse humanité/terrorisme qui était présente dans la législation de ce moment, article 607 bis du code pénal¹¹³², et dans le droit international en vigueur comme l'ont énoncé l'article 15.2 du Pacte international de droits civils et politiques du 16 décembre 1966¹¹³³, la Résolution 3 (I) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 13 février 1946,¹¹³⁴ la Résolution 95 (I) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 11 décembre de 1946, la Résolution 177 (II) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 21 novembre 1947¹¹³⁵, conformément aussi aux articles 10 y 96 de la Constitution Espagnole, et à

¹¹³¹«(...) le droit pénal français intègre le génocide dans les crimes contre l'humanité, si bien que ceux-ci comprennent les deux qualifications de génocide et de crimes contre l'humanité, ce qui est une singularité du droit français (...)». Didier REBUT, « Droit pénal International », Paris, Éditions DALLOZ, 2012, p. 612. Voir Supra Note, 35

¹¹³² Article 607 bis. (Article ajouté par la Loi Organique 15/2003, du 25 novembre) « 1. Sont inculpés de délits de lèse humanité ceux qui commettent les faits prévus dans l'alinéa suivant qui partent d'une attaque généralisée ou systématique contre la population civile ou contre une partie de celle-ci. En tout cas, sera considéré délit de lèse humanité la commission de tels faits: 1.º Pour raison d'appartenance de la victime à un groupe ou ensemble poursuivi pour motifs politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels, religieux, de genre, d'handicap et autres motifs universellement reconnus inacceptables en accord au droit international. 2.º Dans le contexte d'un régime institutionnalisé d'oppression et domination systématiques d'un groupe racial sur un ou plusieurs groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime.(...) ». Loi Organique 10/1995, du 23 novembre, Code Pénal publié au « BOE » nº 281, du 24/11/1995. Entrée en vigueur: 24/05/1996. Département : Jefatura de l'État Référence : BOE-A-1995-25444-. Titre XXIV. Délits contre la Communauté Internationale. Chapitre II bis. Des Délits de Lèse Humanité (Chapitre et Rubrique ajoutés par la Loi Organique 15/2003, du 25 novembre. Texte en vigueur à compter du 01/10/2004). Document trouvé à www.boe.es/buscar/oct.php?id=BOE-A-1995-25444. Consulté la dernière fois le 10 octobre 2013.

¹¹³³ Incorporée à la législation espagnole au moyen du B.O.E. du 30 avril 1977.

¹¹³⁴«Les principes de Nuremberg»: «Le 13 février 1946 l'Assemblée Générale de l'ONU adopta la Résolution 3 (I), dans laquelle elle "pris en considération la définition des crimes de guerre, contre la paix et contre l'Humanité tels qu'ils figurent dans le Statut du Tribunal Militaire de Nuremberg du 8 août 1945 (...)". Universitat de les Illes Balears: Càtedra Iberoamericana 4: en <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/4.-Los-principes-de-Nuremberg.-cid210834#top>. Consulté la dernière fois le 13 septembre 2013.

¹¹³⁵ « Par la résolution 95 (I), unanimement adoptée le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale a confirmé les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement prononcé par ce Tribunal et a invité un comité de juristes "à considérer comme une question d'importance capitale les projets tendant à formuler, dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité ou dans le cadre d'un code de droit criminel international, les principes reconnus dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal". Une année plus tard, par sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, l'Assemblée générale a chargé la C.D.I. de: "a) formuler les principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour; et de b) préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (...)" Anne-Marie LA ROSA "Dictionnaire de droit international pénal" (Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales –Genève) Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p.68. La tâche confiée à la CDI consistait à n'exprimer aucun jugement de valeur sur ces principes, en tant que principes du Droit international, mais simplement à les formuler. La

l'encontre effective de 30 délits d'assassinat selon l'article 406 du Code Pénal de 1973 et de 93 délits de lésions selon l'article 420 du Code Pénal de 1973¹¹³⁶.

L'introduction des crimes de lèse humanité dans le code pénal espagnol en 2004¹¹³⁷ et l'application de ce modèle au cas Scilingo, souleva une discussion selon laquelle aurait été violé le principe de légalité par rétroactivité du délit à des faits antérieurs. A ce titre l'*Audiencia Nacional* considéra que la violation du principe de légalité pouvait avoir sa justification juridique en droit international coutumier¹¹³⁸.

Ainsi, l'*Audiencia Nacional* pris en compte comme argument que ce crime de lèse humanité existait déjà avant les faits dans la communauté internationale et était reconnu comme un *juscogens*¹¹³⁹. A cet effet, nous serions d'accord avec Capella i Roig¹¹⁴⁰ quand il dit que "cela ne conduisit pas à violer le principe de légalité puisque le droit interne se limita à tenir compte d'une norme internationale qui existait déjà".

En définitif, dans l'Arrêt de l'*Audiencia Nacional* les faits furent qualifiés comme constitutifs d'un délit de lèse humanité ayant résulté en 30 assassinats, un délit de détention illégale, dans lequel intervint personnellement l'inculpé, et un délit de tortures, celui-ci justifié par la présence prouvée de l'accusé durant les sessions de torture en la ESMA sans rien faire pour les empêcher ou les éviter. Elle applique de cette façon l'article 607 bis du Code pénal espagnol en conformité avec la jurisprudence du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et des Eléments des crimes du Statut de la Cour Pénale Internationale, en exigeant par exemple l'élément subjectif de "connaissance de l'attaque", non inclus dans l'art. 607 CP mais par contre dans l'art. 7 du Statut de la Cour Pénale Internationale, en concluant que Scilingo connaissait les activités illicites se déroulant à l'ESMA¹¹⁴¹.

Commission complète, lors de sa seconde période de sessions ayant lieu en 1950, la formulation des sept principes de Droit international. Ils furent ensuite approuvés par l'Assemblée Générale dans sa Résolution 488 (V) de 12/12/1950. Ces principes ont été condensés en sept points par la C.D.I. en 1950 (Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol.II. United Nations, New York, 1957, pp. 374-378). Voir Supra Note 41.

¹¹³⁶ Arrêt Audiencia Nacional 16/2005, p. 12

¹¹³⁷ L'article 607 bis du Code Pénal (délits de lèse humanité) entra en vigueur le 1er octobre 2004.

¹¹³⁸ Cristina FÉRNANDEZ-PACHECO ESTRADA, "La jurisprudence espagnole en application du principe de compétence universelle, le cas de la répression en Argentine". Revue Dialnet, juges pour la Démocratie, ISSN 1133-0627, No. 61, Madrid, 2008, pp 114.

¹¹³⁹ Arrêt Audiencia Nacional 16/2005, fondement de D. premier B).

¹¹⁴⁰ Margalida Capella i Roig "Les crimes contre l'humanité dans le cas Scilingo » op, cit., page. 5.

¹¹⁴¹ Ibidem

c. *De la qualification initiale de terrorisme vers la qualification de “crime de lèse humanité de terrorisme”*

Par la suite l'*Audiencia Nacional* dans son Arrêt du 19 avril 2005, a déclaré que les faits dans le cas Scilingo étaient constitutifs d'un délit de terrorisme, mais a considéré que ce délit était inclus dans celui de lèse humanité.

Le délit de terrorisme faisant partie du délit de “crime de lèse humanité”, autrement dit de la catégorie des crimes contre l'humanité, on peut parler de crime contre l'humanité de terrorisme auquel s'appliquerait aussi les principes de droit international pénal, tels que la responsabilité individuelle, le rejet de l'exception fondée sur la position officielle de l'accusé, l'autonomie de la qualification au plan international, et l'imprescriptibilité, entre autres¹¹⁴².

Il faut noter qu'une telle prise en compte aurait résolu des procès complexes d'extradition antérieurs comme dans le cas Pinochet puisque l'imputation générale de crimes contre l'humanité, pour avoir des effets internes, devait se traduire en délits conventionnels comme le génocide, la torture et le terrorisme.¹¹⁴³

Les crimes contre l'humanité, avaient jusqu'alors été incorporés seulement par les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, et aussi par un petit nombre de législations nationales comme celles du Canada, d'Israël, de France¹¹⁴⁴ qui avaient appliqué cette catégorie de crimes en lien à des crimes commis durant la Deuxième Guerre Mondiale.

¹¹⁴²L'endroit où furent formulés pour la première fois ces corolaires fut le Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, dans son arrêt, ainsi que dans la résolution 95 (I). Voir Supra No. 28

¹¹⁴³Margalida Capella i Roig “Les crimes contre l'humanité dans le cas Scilingo » op, cit., page. 5.

¹¹⁴⁴En ce qui concerne la France, REBUT note : «Champ d'application limité aux crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale. [L]a répression des crimes contre l'humanité fondée sur la loi du 26 décembre 1964 et sur le statut du Tribunal de Nuremberg était limitée aux crimes contre l'humanité commis par les pays européens de l'Axe pendant la Seconde Guerre mondiale. Elle ne s'appliquait ni aux crimes contre l'humanité commis par les forces japonaises, puisque la France n'avait pas ratifié le statut du Tribunal de Tokyo, ni aux crimes commis en dehors de la Seconde Guerre mondiale, puisque le droit français ne prévoyait pas d'incrimination générale de crimes contre l'humanité (...) [L]e Code pénal de 1992 a mis un terme à cette situation en créant des incriminations générales de crimes contre l'humanité qui intègrent le génocide (...) [L]es incriminations des crimes contre l'humanité sont prévues aux articles 211-1 et suivants du Code Pénal. Cette définition nationale du génocide et des crimes contre l'humanité n'a pas marqué l'abandon de leur fondement international (...)[c]ette origine internationale des qualifications de crimes contre l'humanité s'est même renforcée avec la loi du 9 août 2010, laquelle a modifié la définition et la répression de ces crimes pour mieux la rapprocher du droit international.(L. n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, JO d'août) ». Didier REBUT, « Droit pénal International »,op, cit. , pp.615 et 616

2. Les éléments et la nature des crimes contre l'humanité.

La Chambre de *l'Audiencia Nacional* fit une analyse des éléments et de la nature des crimes contre l'humanité en partant tout d'abord de l'application de cette notion dans le cas Scilingo (a), sans manquer d'énoncer les mandats ou prohibitions existants en droit international public et qui assurent que ces crimes ne restent pas impunis.

Elle exclut notamment des exonérations de responsabilité (b), cela en n'acceptant pas que soit invoquée la charge officielle des auteurs de crimes, et pas non plus le principe d'obéissance due.

Cette analyse a pris en compte des éléments comme l'opinio juris cogentis, qui se déduit de l'origine propre des crimes contre l'humanité (c), ainsi que l'existence de normes coutumières internationales en incluant la "norme de fermeture" (norma decierre) déduite de l'article 6 c. du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg de 1945 (d).

a. L'application de la notion de crimes contre l'humanité dans l'affaire Scilingo

Dans l'affaire Scilingo est appliqué pour la première fois dans l'ordre juridique espagnol l'infraction pénale de crimes contre l'humanité, laquelle est présentée comme en contradiction avec le principe de légalité établi selon la maxime: "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE", en tenant compte que ce crime n'était pas encore considéré comme une infraction spécifique dans le code pénal espagnol.

C'est ainsi que dans l'affaire Scilingo le droit international prédomina par rapport au droit interne, cela en tenant compte que les Statuts des tribunaux pénaux internationaux ainsi que la doctrine ont déclaré que les crimes contre l'humanité sont une catégorie de crimes de Droit international de nature coutumière¹¹⁴⁵. L'article 7 de la Cour Pénale Internationale caractérise ces crimes¹¹⁴⁶

Le fondement juridique principal dans l'affaire Scilingo consiste en ce que la Chambre de *l'Audiencia Nacional* applique une norme internationale, en plus d'être interne, norme par

¹¹⁴⁵A ce sujet voir "La Nature des crimes internationaux" en M. Cherif BASSIOUNI, "Introduction au droit pénal international", Bruxelles, Bruylant, 2002 p. 88-89

¹¹⁴⁶Voir Supra. Première partie, Note 144.

laquelle devra être pris en compte tant la nature de la norme internationale qui interdit et criminalise certaines conduites spécifiques comme crimes contre l'humanité (*de jus cogens* et avec caractère *erga omnes*)¹¹⁴⁷, que le caractère général de ces crimes qui permet leur poursuite universelle¹¹⁴⁸, en dépassant le principe de territorialité¹¹⁴⁹.

A cet égard, la chambre de l'*Audiencia Nacional* observa que, bien que l'art. 607 bis CP était une norme pénale de droit interne, celle-ci incorporerait des mandats ou prohibitions qui existent dans le droit international public.¹¹⁵⁰ Cela signifie que la Chambre est d'accord que dans ledit article soit incorporée une norme de droit interne mais que sur le fond elle se base sur un ensemble de normes issues du droit international de ce fait il ne s'agit pas d'une norme totalement autonome¹¹⁵¹.

Cette incorporation représente ainsi "la positivisation en droit interne de normes internationales préexistantes de caractère pénal qui intègrent, par leurs caractéristiques et leur objet, (...) du *jus cogens* international avec, pour cela, une validité obligatoire *erga omnes*, tant en ce qui se réfère aux conduites délictuelles qu'à l'application des conséquences."¹¹⁵²

En conséquence, la norme de l'art. 607 bis CP, est une norme internationale recueillie dans le droit interne, et cette norme internationale est déjà une obligation "per se" qui a une validité

¹¹⁴⁷Le droit impératif *jus cogens* génère des obligations *erga omnes*. Bassiouni explique ainsi sa signification: "dans les crimes internationaux de *jus cogens*, le caractère de *jus cogens* se réfère au statut juridique de certaines infractions, et les obligations *erga omnes* renvoient aux conséquences juridiques qui dérivent plus de la qualification d'un crime particulier que du *jus cogens*" Bassiouni, M. CH: "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical, Perspectives and Contemporary Practice", *Virginal Journal of International Law Association*, Automne 2001, 42 Va. J.Int'l. L.81. Version traduite en espagnol par le centre de Droits De l'homme, de la Faculté de Droit, de l'Université du Chili, "Jurisdiction Universelle pour Crimes Internationaux: Perspectives Historiques et Pratique Contemporaine", pp.21-23. Pierre Marie DUPUY déclara qu'existent certaines règles générales du droit international pénal qui peuvent avoir un rang supérieur à d'autres normes et pour cela ont un caractère impératif, ce qui signifie non dérogeable, considérés en droit positif comme un *jus cogens*" "Normes Internationales Pénales et Droit Impératif (*Jus Cogens*)" en Hervé Ascensio, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET "Droit International Pénal", Paris, Editions A. Pedona, 2012, p. 79-90

¹¹⁴⁸Le principe n° 3 des Princeton Principles, *Universal Jurisdiction*, Princeton University, Princeton, New Jersey, 2001, p. 23 à 39, soutient qu'en ce qui concerne des délits graves en vertu du droit international les organes judiciaires nationaux pourront se baser pour leur poursuite sur la compétence universelle y compris si leurs législations nationales ne les envisage pas de manière spécifique. Dans le même sens nous trouvons la récente Proposition de Madrid pour la Discussion des Principes sur la Compétence Universelle, qui déclare dans son Principe 5 : «Principe de légalité pénale internationale». Les actions et omissions constitutives des délits indiqués dans le principe 2 (V. supra. Note 8) seront jugées sous la protection du principe de compétence universelle chaque fois que, au moment où ils sont commis, ils constituent des délits conformes au Droit International, même si, dans les législations pénales internes tant de l'État où ils furent commis que de l'État qui exerce la Compétence Universelle, ces actions ou omissions ne seraient caractérisées que comme délits ou crimes ». "Proposition de Madrid pour la Discussion des Principes sur la Compétence Universelle", op. cit., p. 4.

¹¹⁴⁹Arrêt *Audiencia Nacional*, No. 16, du 19 avril 2005, op. cit., 91

¹¹⁵⁰Silvia MENDOZA CALDERON "Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international" dans Ana Isabel PEREZ CEPEDA "Le principe de Justice Universelle: Fondements et limites", Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 p. 286

¹¹⁵¹Arrêt *Audiencia Nacional*, No. 16, du 19 avril 2005, op. cit., p. 86.

¹¹⁵²*Ibidem*

erga omnes et une vocation d'application universelle, laquelle ne peut se voir empêchée par des limites temporelles ni territoriales"¹¹⁵³. C'est ainsi que la chambre de l'*Audiencia Nacional* indique:

“ (...) La conduite jugée est aussi insérée dans les normes de droit pénal international; concrètement elle constitue, (...) un crime contre l'humanité (lèse humanité)”¹¹⁵⁴

b. L'Obéissance due et la Responsabilité pénale individuelle.

L'*Audiencia Nacional* ne tient pas compte de “l'obéissance due” comme exonération de la responsabilité qu'encourrait Adolfo Scilingo pour la conduite illicite qu'était l'ordre de commettre des assassinats, des détentions illégales et des tortures.

L'*Audiencia Nacional* déclara à cet égard: “celui qui agit sous les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne se voit pas exonéré de responsabilité pénale dans la commission de crimes contre l'humanité”. Cette affirmation trouve son fondement dans le Statut du TMI de Nuremberg (art.8)¹¹⁵⁵, dans les Principes I et IV des principes de Nuremberg¹¹⁵⁶, dans le Projet de code¹¹⁵⁷ des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (art. 5)¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ Margalida Capella i Roig “Les crimes contre la humanité dans le cas Scilingo”, op, cit; p. 6

¹¹⁵⁴ Arrêt *Audiencia Nacional*, No. 16, du 19 avril 2005, op, cit., 85

¹¹⁵⁵ Charter of the Nürnberg International Military Tribunal 8 août 1945. I. Constitution of the International Military Tribunal. Art.8: “The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires». Document disponible en : <http://www.Droits.org/nizkor/nuremberg/m charter.htm>. Consulté la dernière fois le 6 octobre 6 2013.

¹¹⁵⁶ Comité International de la Croix Rouge –CICR- «Principes de Droit International reconnus par le Statut et les Arrêts du Tribunal de Nuremberg ». Repris du projet de Code des Délits contre la paix et la Sécurité de l'Humanité – compendium des instruments internationaux pertinents, ONU, A/CN.4/368, 13 avril 1983 : Principes I. et IV. « Principe I- Principe de la responsabilité pénale individuelle. Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement » « Principe IV- Principe du rejet de la justification fondée sur l'ordre reçu d'un supérieur. Le fait d'avoir agi sur l'ordre d'un gouvernement, ou celui d'un supérieur hiérarchique, ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international s'il a eu moralement la faculté de choisir » <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-Stdmh.htm>. Consulté la dernière fois le 12 octobre 2013. Voir dans le même sens : « Yearbook of the International Law Commission 1950 »,op, cit. , pp. 374-375 «

¹¹⁵⁷ « (...) [a]près avoir formulé les principes de Nuremberg, la C.D.I. a présenté en 1954 un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Par sa résolution 897 (IX) du 4 décembre 1954, l'Assemblée générale décida de différer l'examen du code jusqu'à ce que le comité spécial chargé de préparer un rapport sur un projet de définition de l'agression remplisse son mandat. Ce n'est qu'en 1981 que l'Assemblée générale se prononça sur le projet de code et, par sa résolution 36/106, invita la C.D.I. à reprendre ses travaux à

Le même principe figure dans le Statut le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (art. 7.4) et celui du Tribunal Pénal International pour le Ruanda (art. 6.4) et se trouve également établi dans l'article 33 du Statut de la Cour pénale Internationale qui dit à la lettre:

« Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour ait été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que : a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question. b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal. 2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal »¹¹⁵⁹.

Seulement l'une des conditions établies dans le présent article du Statut de la CPI est à considérer dans le cas Scilingo, puisque, comme indiqué plus haut, "ne pouvait être admis l'absence de conscience de l'illicéité des actes de causation d' assassinats (.....) en temps de paix"¹¹⁶⁰

L'Audiencia Nacional ajoute que de ce fait la "pierre angulaire" du droit pénal international est constituée du principe général de responsabilité individuelle, applicable seulement aux personnes physiques, puisque n'est pas présumée la responsabilité de l'État, qui n'est pas pénale mais "internationale" stricto sensu.¹¹⁶¹

cet égard. Ils ont abouti à l'adoption par la C.D.I., en 1994, d'un projet de statut d'une cour criminelle internationale (rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa quarante-sixième session (2 mai-22 juillet 1994), AG, 49e session, Doc. Off. Supp. No. 10 (A/49/10), pp. 25-179) et, en 1996, à un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), AG, 51 session, Doc. Off. Supp. No. 10 (A/51/10), pp. 25-144)" dans Anne-Marie LA ROSA "Dictionnaire de droit international pénal", op. cit., p.68.

¹¹⁵⁸Article 5: "Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique. Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ait agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si cela est conforme à la justice". Projet de Code des Crimes Contre la paix et la sécurité de l'humanité 1996. Texte adopté, et soumis à L'Assemblée générale dans le Cadre de son rapport sur ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur les projets d'articles, est reproduit dans l'annuaire de la commission du droit international, 1996, vol. II (deuxième partie). Document disponible à : legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/7_4_1996_francais.pdf

¹¹⁵⁹Cour Pénale Internationale. ICC-« textes et outils juridiques. Journal officiel »Statut de Rome. 01/07/2002. A/Conf. 183/9. Entrée en vigueur : 01.07.2002. Source : UNDCPEICC. Adoption : 17.07.1998. document disponible à http://www.iccpi.int/fr_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/rome%20statute.aspx. Consulté la dernière fois : le 13 octobre 203

¹¹⁶⁰Arrêt *Audiencia Nacional*, cas Scilingo, op. cit., 83

¹¹⁶¹Ibidem, 94.

Cependant, le caractère international de la responsabilité pénale et de la norme qui la contient est souvent entré en conflit avec le manque de juridiction matérielle de ceux des tribunaux d'État qui n'ont pas compétence sur des conduites qui, bien qu'étant des crimes de droit international, ne sont pas des délits en droit interne. Ou n'étaient pas des délits internes au moment d'être commis, comme dans le cas Scilingo¹¹⁶².

Enfin, il est important de mentionner la déclaration faite dans la "Proposition de Madrid"¹¹⁶³ pour la discussion des principes sur la Compétence Universelle, principe 4 –Responsabilité pénale- qui énonce: "1. *Toute personne physique ou juridique pourra être responsable pénale et/ou civile des délits énoncés dans le principe 2 en particulier*¹¹⁶⁴. *Les supérieurs hiérarchiques dans des structures organisées de pouvoir, ainsi que leurs subordonnés ne pourront pas alléguer l'obéissance due. 2. La responsabilité pénale des personnes juridiques devra être reconnue dans la législation interne ou conventionnelle pour son application et sera indépendante de l'individualisation, du jugement et de la condamnation des personnes physiques qui auraient commis matériellement le délit*".

c. *L'opinio Juris cogentis.*

Concernant l'opinio juris cogentis, l'*Audiencia Nacional* déclare que celle-ci se trouve incorporée dans le caractère impératif de la norme qui prohibe le génocide, la traite d'esclaves ou, en général les crimes contre l'humanité. Cette opinio iuris se déduit de la propre origine de ces crimes, par exemple du droit humanitaire de guerre, de la clause Martens¹¹⁶⁵, jusqu'à ce que se produise sa première incrimination en droit international avec le Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg et sa confirmation ultérieure dans la Résolution 95 (I) du

¹¹⁶²Cristina Fernández-Pacheco Estrada, "La jurisprudence espagnole en application du principe de compétence universelle, le cas de la répression en Argentine", op. cit., p. 114.

¹¹⁶³«Proposition de Madrid pour la Discussion de los Principes sur la Juridiction Universal". Cette proposition fut présentée en clôture du Congrès International: "Compétence Universelle au XXIe siècle", appuyé par La Fondation International Baltazar Garzón -FIBGAR- Pro Droits De l'homme et Compétence Universelle-, qui se déroula à Madrid les 20-23 mai 2014, p. 4.

¹¹⁶⁴Ibidem, p. 3«Principe 2. "Délits de poursuite universelle". Le Principe de Compétence Universelle sera applicable aux délits suivants: 1. Délits graves de Droit International: génocide, lèse humanité, crimes commis dans le contexte d'un conflit armé, piraterie, esclavage, disparition forcée, torture, exécutions extralégales, arbitraires ou sommaires et autres actes inhumains tels que l'usage illégal de la force qui constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. 2. Graves délits contre la nature et le milieu ambiant et crimes économiques qui affectent de manière grave et généralisée les droits fondamentaux des personnes et de la communauté (.....)".

¹¹⁶⁵Voir Supra, Chapitre 2, Section 2, première partie. p. 73

11 décembre 1946 de l'Assemblée Générale des Nations Unies¹¹⁶⁶, qui a confié sa formulation à la Commission du droit International en 1950 "dans le cadre d'une codification générale des *crimes* commis contre la paix et la sécurité de l'humanité."¹¹⁶⁷

A ce propos, il est bon de noter que le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (CDI, 1996)¹¹⁶⁸, sert de base à l'*Audiencia Nacional* pour affirmer que sont en vigueur, en particulier, 1-des principes de responsabilité individuelle pénale, 2- l'autonomie du Droit International dans la qualification juridique pénale des crimes contre l'humanité, 3-la suprématie du Droit pénal international sur le droit national dans le contexte des obligations internationales des individus".¹¹⁶⁹

De la même façon la Chambre de l'*Audiencia Nacional*, déclara que le caractère coutumier des Principes de Nuremberg est réaffirmé avec la Résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973 sur les principes de coopération internationale pour la détention, l'arrestation, l'extradition et la punition des individus coupables de crimes de guerre et crimes contre l'humanité,¹¹⁷⁰ et la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux spéciaux, qui a affirmé et accepté la thèse du caractère coutumier de la prohibition des crimes contre l'humanité.¹¹⁷¹

De cette façon s'est construit un important développement, dans lequel a été déterminé que "le crime contre l'humanité est en réalité, un crime de nature mixte, conventionnelle (Statut de la Cour Pénale International, Traités de Droits De l'homme, Traité d'imprescriptibilité des crimes de lèse humanité, jurisprudence internationale, etc.) et coutumière (pratique interne et *opinio iuris* des États), ce qui implique l'interaction de deux sortes de normes, et a donc d'importants effets en matière de légalité pénale"¹¹⁷²

La Chambre a complété cette *opinio iuris*, en référence à la pratique de tribunaux d'État dans les cas où furent imputés des crimes contre l'humanité: en Israël (cas Eichmann, 1961)¹¹⁷³, Bangladesh (1971), Pays-bas (affaire Menten, 1981), France (cas Barbie, 1983) et Canada (cas Regina v. Finta 1989)¹¹⁷⁴

¹¹⁶⁶Voir Supra, p. 10

¹¹⁶⁷Voir Supra, Chapitre 2, Section 2, première partie. "La poursuite des crimes contre l'humanité ». p. 97 et ss

¹¹⁶⁸Voir Supra Notes 1133 et 1155

¹¹⁶⁹Arrêt *Audiencia Nacional*, cas Scilingo, pp. 324 et 326

¹¹⁷⁰Voir Supra, Chapitre 2, Section 2, première partie, p. 74

¹¹⁷¹Arrêt *Audiencia Nacional*, cas Scilingo, folio 90

¹¹⁷²*Ibidem*.

¹¹⁷³Voir Supra Note 1308

¹¹⁷⁴Ces cas sont traités au Chapitre 2 de la première partie de cette thèse. Voir pp, 92 et ss.

Tous ces éléments confirment, selon la Chambre que: “(...)il ne fait aucun doute que cette catégorie criminelle internationale qui génère la responsabilité pénale individuelle est en vigueur en Droit international depuis des décennies¹¹⁷⁵, et en tout cas serait applicable à l’ensemble de la répression en Argentine, en conformité avec le principe de droit “inter temporal tempus regit actum”, vu selon l’optique du Droit international”¹¹⁷⁶.

L’Audiencia Nacional termine en affirmant que “le principe général d’applicabilité directe du Droit international” concernant la responsabilité individuelle pénale internationale pour crimes contre l’humanité, est introduit pour le cas en cours.¹¹⁷⁷

A cet égard, on peut attirer l’attention sur le rapport du Secrétariat Général des Nations Unies, en conformité avec le paragraphe 2 de la résolution du Conseil de Sécurité 808 (1993), du 3 mai 1993, UN Doc.S/25704, dans lequel il reconnaît l’applicabilité directe du droit international humanitaire conventionnel et coutumier. Ce rapport, après avoir reconnu le caractère de droit coutumier des Conventions de Genève de 1949, de la IVe Convention de la Haye de 1907 et du Statut de Londres (Para.35), mentionne avoir suggéré que le TPIY devrait appliquer le droit interne quand celui-ci incorpore le droit coutumier international. C’est pourquoi il indique que le Droit International a une base suffisante pour la juridiction mise en oeuvre (TPIY) et que les peines doivent être liées à la pratique nationale (parag. 36). Le rapport établit ainsi que les infractions pénales doivent être configurées en conformité avec le Droit International et les peines avec le Droit interne¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵«Avec l’instauration des Tribunaux Militaires Internationaux de Nuremberg et de Tokyo, les accusés pour crimes contre l’humanité n’avaient pas le droit d’invoquer pour leur défense les dispositions de leur propre ordre juridique national. Cela veut dire que la responsabilité criminelle de ces personnes n’est pas régie par un droit national mais par des normes de droit international”. Christian TOMUSCHAT “La cristallisation coutumière” dans Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET “Droit International Pénal”, op, cit., p. 38.

¹¹⁷⁶Arrêt Audiencia Nacional, No. 16, du 19 avril 2005, p. 326. Voir supra, première partie. P. 77

¹¹⁷⁷Ibidem, p. 93

¹¹⁷⁸Document disponible à: <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>. Consulté la dernière fois le 27 septembre 2012. Dans ce même sens, la doctrine a affirmé que: “Par sa nature même le droit coutumier international est, en principe, d’application directe”, sans auparavant manquer de mentionner que “Depuis la seconde guerre mondiale, le droit international s’est enrichi d’un nombre impressionnant de conventions à caractère pénal ou contenant des dispositions ayant une incidence en droit pénal et en procédure pénale. Le juge pénal est appelé à appliquer ces dispositions mais une distinction doit être établie ici selon que les dispositions conventionnelles internationales sont ou non d’application directe (self executing) (.....)”H-D Bosly et D. Vandermeersch “Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux”, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 199

d. *L'existence de normes coutumières internationales et la « norme de fermeture » (norma de cierre)*

L'Audiencia Nacional ajoute dans cet Arrêt que, dès le moment où se sont produits les faits, des normes coutumières d'application générale existaient déjà. Bien que l'incrimination de ces conduites basées sur l'article 6 du Statut de Nuremberg, et sur la Convention contre le Génocide de 1948 ne leur fusse pas absolument applicable, il y avait des éléments suffisants dans le domaine juridique international pour avoir une idée certaine que de telles conduites étaient des crimes contre l'humanité,¹¹⁷⁹ et allaient non seulement contre le droit interne mais aussi contre le droit international, permettant donc d'exiger la responsabilité pénale individuelle des auteurs de tels crimes. De là il se dégage que le Tribunal de Nuremberg avait confirmé, dans son jugement, l'applicabilité directe du droit international aux individus responsables de crimes contre l'humanité.¹¹⁸⁰

Est aussi mentionné dans l'arrêt le concept de « norme de fermeture » (norma de cierre)¹¹⁸¹ qui l'on trouve dans l'article 6c du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg de 1945, relatif aux crimes contre l'humanité. Celui-ci dit mot pour mot « Article 6 (...) c) Les crimes contre l'Humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre (..), ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté

¹¹⁷⁹ Manuel Ollé Sesé, "Justice Universelle pour Crimes Internationaux"...op, cit., p.68

¹¹⁸⁰ « Premier alinéa de l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg (...) [l]e Tribunal de Nuremberg a confirmé dans son jugement l'applicabilité directe du droit international à des individus en ces termes: " [o]n fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels (...) [l]e Tribunal ne peut accepter [cette thèse]. Il est admis, depuis longtemps, que le Droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques [...] Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international". (Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg, 14 novembre 1945, 1er octobre 1946 (...)). (caractères mis en gras par l'auteur de la thèse). En Anne-Marie LA ROSA, "Dictionnaire de Droit International Pénal", op, cit., p.69

¹¹⁸¹ Arrêt Audiencia Nacional No. 16,op, cit., p. 97

ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toute personne, en exécution de ce plan ».¹¹⁸²

Le tribunal indique que cet article agissait comme « norme de fermeture » (norma de cierre), puisqu'il se proposait de fermer ou éviter toute sorte d'obstacles qui se présenteraient face aux punitions contre ces personnes auteurs de crimes contre l'humanité. A cet égard, Mendoza Calderón ajoute qu'en conséquence « les délits contre l'humanité ont une nature mixte d'ordre conventionnelle et coutumière, ce qui, en les définissant en normes écrites ajouterait un plus de limitation et de prévisibilité de la conduite qui est prohibée ou ordonnée par la norme pénale internationale »¹¹⁸³.

Cette norme qui, du point de vue pénal classique, enfreint le principe de légalité et le principe de non rétroactivité¹¹⁸⁴ des normes pénales, fut cependant qualifiée de « monument de la civilisation juridique moderne », un « point de référence contre la barbarie ».¹¹⁸⁵

3. Le principe de légalité en Droit International Pénal: Nullum Crimen Sine Jure: Application dans le cas Scilingo.

En droit international, la formulation classique du principe de légalité pénale « nullum crimen sine lege » s'articule en nullum crimen sine jure¹¹⁸⁶. Cela permet une interprétation bien plus large des exigences qui dérivent de ce principe, en comprenant ainsi que la spécificité des

¹¹⁸²Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg 1945. « II. Juridiction et principes généraux. Article 6 ». Disponible à www.derechos.org/nizkor/nuremberg/statutfr.html, consulté la dernière fois le 15 janvier 2012.

¹¹⁸³Silvia MENDOZA CALDERON « Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international », op. cit., p. 285

¹¹⁸⁴Quant à la non rétroactivité des normes pénales, BROTONS déclare que: « (...) est très répandue la croyance que le juge ne peut poursuivre que les actes postérieurs à leur qualification criminelle par le droit interne ou au moins à la date à laquelle l'État manifeste son consentement à s'obliger par traité ». Il souligne qu'il ne faut cependant pas laisser aux criminels le bénéfice de l'attentisme des législateurs des États, en proposant que, sauf si la loi ou les traités en disposent autrement, la date décisive pour procéder à la poursuite et au châtement d'un crime international ne soit pas être celle de son incorporation aux normes internes ni celle de son consentement à s'obliger par traités qualifiant des crimes internationaux, mais celle de sa cristallisation en normes générales de Droit international ». Remiro BROTONS « Les crimes de Droit international et leur poursuite judiciaire », en Droit Pénal International, dans Cahiers de Droit Judiciaire, No. 7, Madrid, Edition Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, 2001, p. 93.

¹¹⁸⁵Derrière l'art. 6 c. Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg 19 du 1945, se situent Auschwitz, Mauthausen, Ravensbrück, Treblinka, (...). Arrêt de l'Audiencia Nacional, No. 16, p. 97

¹¹⁸⁶Il faut noter que ce thème est traité dans la première partie de la thèse, sous le titre « La non-rétroactivité de la norme pénale applicable ». C'est pour cela que dans le présent titre nous traiterons de thèmes plus précis avec l'Arrêt de l'Audiencia Nacional, cas Scilingo, quant au principe nullum crimen sine jure, en droit international. Voir supra pp. 75 et ss.

crimes de droit international n'est pas déterminée nécessairement dans l'ordre international par son incorporation dans des textes écrits.¹¹⁸⁷

De cette interprétation peut être déduit que le droit international pénal est un droit coutumier et non pas un droit codifié. Ce point reçoit l'appui de Stefan Glaser qui déclare: « (...) [e]n effet, on sait que le droit international pénal, de même que le droit international public en général, n'est pas jusqu'à présent un droit écrit, c'est-à-dire codifié (...) Il en résulte que le droit international pénal, contrairement au droit pénal interne, n'est pas un « Tatbestandsrecht », c'est-à-dire un droit des « états de fait » précis et codifiés. Provenant de la coutume –qui constitue aussi sa source principale- il n'est pas une œuvre ou création juridico-technique. Il en est aussi ainsi dans le cas où ses règles ou ses notions se trouvent incorporées dans le droit conventionnel (conventions, traités), donc où elles sont formulées par écrit. Le droit conventionnel a donc, dans une certaine mesure, un caractère dérivé : son bien-fondé et sa force obligatoire dépendent de sa conformité avec la coutume. Or, il résulte forcément de ce fait, à savoir que le droit international pénal est un droit coutumier et non pas un droit codifié, qu'en matière d'infractions internationales on ne peut pas exiger que ces infractions soient incriminées au moment de leur accomplissement par une loi (...) ».¹¹⁸⁸

L'Audiencia Nacional continua en analysant le principe de légalité, prenant comme précédent l'argument utilisé dans les jugements de Nuremberg “que devait s'effacer le principe de *nullum crimen sine lege*, quand cela représenterait une immoralité majeure de laisser sans punition déterminée de conduites spécialement atroces”.¹¹⁸⁹ Dans cette analyse, *L'Audiencia Nacional* considéra aussi que le principe de légalité contient avant tout un principe de justice puisque “on ne peut pas commettre une plus grande injustice que d'aboutir à des interprétations strictes conduisant à l'impunité du sujet”¹¹⁹⁰

Ainsi, *L'Audiencia Nacional* considéra que depuis la focalisation internationale, les crimes contre l'humanité se conformaient à l'enquête contre Scilingo puisqu'au moment où furent exécutés les faits il existait des “normes internationales coutumières d'applicabilité générale qui prohibaient clairement les conduites menées durant la dictature militaire Argentine par des

¹¹⁸⁷ Arrêt Audiencia Nacional, cas Scilingo, p. 96.

¹¹⁸⁸ Stefan GLASER, “Le Principe de la Légalité en Matière Pénale, Notamment en Droit Codifié et en Droit Coutumier”, 46 Revue de Droit Pénal et de Criminologie 889 (1966), in M. Cherif BASSIOUNI. “Introduction au Droit Pénal International”, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 28.

¹¹⁸⁹ Arrêt Audiencia Nacional No. 16 du 19 avril 2005, op. cit. , p. 97

¹¹⁹⁰ Ibidem, p. 99

militaires, forces de sécurité de l'État et civils dans la soi-disant lutte contre la subversion".¹¹⁹¹

Il est important de souligner en ce sens le rapport du Secrétariat Général des Nations Unies sur l'établissement d'un tribunal spécial pour la Sierra Léone, du 4 octobre 2001, lorsqu'il déclara que : "en reconnaissance du principe de légalité, en particulier du *nullum crimen sine lege* et de la prohibition que les lois pénales aient un caractère rétroactif, les crimes internationaux énumérés (crimes de lèse humanité) sont des crimes dont on considère qu'ils avaient un tel caractère en accord au droit international coutumier à l'époque où ils furent présumés commis "¹¹⁹²(traduction libre).

Le même raisonnement est appliqué au cas Kordic et Cerkez, dans lequel la Chambre (Appeals Chamber) du Tribunal Pénal International pour l'ancienne Yougoslavie a indiqué que "la compétence *rationae materiae* de la juridiction du Tribunal pourrait être dérivée tant de son Statut que du Droit international coutumier".¹¹⁹³

L'*Audiencia Nacional* exprime également que si l'incrimination de ces conduites qui font partie de l'article 6 du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg¹¹⁹⁴, n'étaient pas très claires, ultérieurement elles furent concrétisées dans des traités internationaux, tels que le Pacte International des Droits Civils et Politiques dans son article 15, ainsi que dans la Convention Européenne des Droits et Libertés Fondamentales dans son article 7, lequel énonce:

Article 7- « Pas de Peine sans loi, I. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. « 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». (caractères mis en gras par l'auteur).

¹¹⁹¹ Arrêt *Audiencia Nacional* No. 16 du 19 avril 2005, op. cit., p. 99

¹¹⁹² Conseil de Sécurité ONU Doc. S/2000/915, du 4 octobre 2000, p.

3. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDC/GEN/N00/661/80/PDF/N0066180.pdf?OpenElement>. Consulté la dernière fois le 23 décembre 2013.

¹¹⁹³ Cas N°. IT-95-14/2^a, du 17 décembre 2004, Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, p. 21ss.

¹¹⁹⁴ Voir supra, première partie, p. 78

L'Audiencia Nacional constate que ledit article affirme le respect du principe de légalité et aussi sa relation avec “le droit international comme source de droit pénal au-delà du droit pénal interne (.....)”¹¹⁹⁵.

Concernant le point 2, il signifie que les principes généraux du droit comme source du droit international public, reconnus par les nations civilisées, ne laissent pas sans jugement ou impunis les coupables des crimes les plus graves contre l'humanité, ni laissent que les États s'abritent derrière cet article pour s'abstenir de remplir leurs obligations de protection des droits de l'homme fondamentaux reconnus par la Convention Européenne des droits de l'Homme –CEDH-¹¹⁹⁶

Ce qui précède est corroboré par ce qu'établit le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte International des Nations Unies relatif aux Droits Civils et Politiques¹¹⁹⁷ après avoir énoncé dans le 1^{er} paragraphe le principe de légalité et de non rétroactivité :

Art. 15. 1. “Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier”.**2.** *« Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».*(Caractères mis en gras par l'auteur)

A partir des éléments ci-dessus nous pouvons dire qu'à la reconnaissance de certaines conduites pénales individuelles s'ajoute l'application des règles du droit international sur la protection et la défense des droits fondamentaux, tel que le droit à la vie. Il y a donc une responsabilité pénale individuelle pour ceux ayant enfreint les obligations internationales auxquelles les États se soumettent.

¹¹⁹⁵ Arrêt Audiencia Nacional, No. 16, du 19 avril 2005, op. cit. , page 100

¹¹⁹⁶ Ibidem

¹¹⁹⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Adopté et ouvert à signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur: le 23 mars 1976.

Autrement dit, les normes internationales obligent au respect des Droits de l'Homme et à leur tour ces normes obligent les États, leurs institutions et leurs citoyens, à s'y conformer, sans exception. Donc il n'est pas de norme légale qui puisse porter atteinte à ces droits¹¹⁹⁸

Ainsi, on peut affirmer que L'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7 de la de la Convention EDH « **retiennent une vision moins formaliste de la légalité criminelle**. Dans leur premier paragraphe, ces deux dispositions reconnaissent que le comportement pénalement prohibé doit être incriminé en droit national ou en droit international »¹¹⁹⁹(la mise en gras est personnelle).

Il faut noter que l'Argentine formula une réserve sur la seconde partie de l'article 15. Elle fut présentée en août 1986 dans la période de transition, quand fut adoptée la "Loi de Point Final". L'Argentine conçoit que ladite disposition soit contraire au principe de légalité au sens strict, selon la façon dont il est établi à l'article 18 de la Constitution Nationale Argentine¹²⁰⁰. L'*Audiencia Nacional* ne pris pas en compte cette réserve.

A cet égard, nous partageons l'opinion du professeur Ollé SESE quand il affirme que l'art. 15.2 du PIDCP, en ayant un caractère d'application universelle, porte avec lui le principe de légalité pénale internationale. Pour cela il prend comme *lex praevia*¹²⁰¹ les principes généraux du droit reconnus par la communauté internationale. Il ajoute aussi que la CEDH, dans un sens moins large, se réfère aux principes reconnus par les nations civilisées¹²⁰².

Dans le même sens, on attirera l'attention sur le cas *Touvier c. France*, décision de la Commission du TEDH du 13 janvier 1997, laquelle déclara que "l'art. 7.2 CEDH a pour objet de préciser que la garantie qu'il n'y ait pas de peine sans loi n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances exceptionnelles présentes à la fin de la Seconde Guerre Mondiale, furent adaptées pour réprimer les crimes de guerre, ainsi que la trahison et la collaboration avec l'ennemi, argument ou raisonnement qui est valide pour les crimes contre l'humanité".

¹¹⁹⁸ Arrêt *Audiencia Nacional*, No. 16, du 19 avril 2005, op.cit, p. 102

¹¹⁹⁹ Thomas HERRAN, « La répression du génocide rwandais : une histoire sans fin » Cass. crim., 26 févr. 2014, n°13-87.888, FS P+B+R+I : JurisData n°2014 – 003302 ; Cass. crim., 26 févr. 2014, n°13-86.631, FS P+B+R+I : Juris Data n°2014 – 003290 La Semaine Juridique –Edition Générale – N° 18 – 5 MAI 2014 p. 905

¹²⁰⁰ Margalida Capella i Roig "Les crimes contre l'humanité dans le cas Scilingo », op, cit. , p. 9.

¹²⁰¹ Voir Supra, Chapitre 2, Section 2, de la première partie,

¹²⁰² Manuel OLLÉ SESE, "Justice Universelle pour Crimes Internationaux", op, cit. , p. 177.

Ultérieurement, cette même Cour, a admis dans l'arrêt Korbely contre la Hongrie¹²⁰³, et les deux arrêts Kononov contre la Lettonie,¹²⁰⁴ «*qu'une condamnation pouvait se justifier, alors même que les normes de comportement et de pénalité ont été érigées en droit interne après la commission des faits, dans la mesure où une norme internationale de comportement existait à l'époque des faits*»¹²⁰⁵ (la mise en gras est personnelle). Sur la base de la jurisprudence de Strasbourg, et en prenant en compte le génocide des Tutsis du Rwanda, «un auteur a avancé l'idée selon laquelle le fait qu'aucune loi d'incrimination rwandaise n'existait au moment des exactions ne fait pas obstacle à ce que la condition de réciprocité d'incrimination soit satisfaite car des normes internationales incriminaient le génocide à l'époque des faits». Pour parvenir à une telle conclusion, il reprend le raisonnement de la Cour EDH qui, pour vérifier la conformité au principe de légalité, répond à trois questions : «Les faits étaient-ils incriminés par une norme internationale à l'époque de leur commission ? Le mis en cause pouvait-il prévoir que son comportement était répréhensible ? Les faits sont-ils prescrits ?»¹²⁰⁶.

L'Arrêt du Tribunal Suprême, Cas Scilingo, 798/2007, qu'on analysera plus loin, indique que l'article 7.2 CEDH établit un minimum de caractère général, «mais il n'empêche pas que chaque État formule le principe de légalité de façon plus exigeante en lien avec l'application de ses propres normes pénales par ses propres Tribunaux nationaux»,¹²⁰⁷

Toujours sur la question des principes généraux du droit, ceux-ci ne doivent pas tenir compte de la forme où ils sont établis dans l'article 38 du Statut de la CIJ, mais doivent être compris comme principes émanant directement des règles du droit coutumier international développées sur la base du droit de Nuremberg, en les prenant comme règles qui servent à appliquer la coutume internationale.¹²⁰⁸

¹²⁰³ CEDH, 19 sept. 2008, n°9174/02 : JurisData n° 2008-010452 ; Dr. pén. 2009, chron. 4, n° 30, obs. E. Dreyer ; Rev. Sc. Crim. 2009, p. 193, obs. D. Roets et J.-P. Marguénaud.

¹²⁰⁴ CEDH, 24 juill. 2008, n° 36376/04 : Dr. pén. 2009, chron. 4, n°30, obs. E. Dreyer ; Rev. Sc. Crim. 2009, p. 185, obs. D. Roets et J. – P. Marguénaud. – CEDH, gr. Ch., 17 mai 2010, n°36376/04 : JurisData n° 2010 – 024569 ; JCP G 2010, act. 637, obs. B. Belda ; Dr. pén. 2011, chron. 28, obs. E. Dreyer ; Rev. Sc. Crim. 2010, p. 696, obs. D. Roets ; RTDH 2011, p. 343, note A. Décaux ; RID pén. 2010, p. 634, obs. F. Fourment.

¹²⁰⁵ V. obs. préc. D. Roets ss les arrêts Korbely et Kononov, en Thomas HERRAN, « La répression du génocide rwandais : une histoire sans fin » (...). La Semaine Juridique – Edition Générale – N° 18 – 5 mai 2014, op. cit., p. 905-906

¹²⁰⁶ Ibidem.

¹²⁰⁷ Arrêt Tribunal Suprême, Cas Scilingo, 798/2007, fondement de droit 6, 4.

¹²⁰⁸ Kai AMBOS « La partie générale du Droit Pénal International », Montevideo, Fondation Konrad Adenauer, 2005, p. 36

Autrement dit en matière de droit international pénal, le concept “principes de droit” doit être compris comme droit coutumier international, sans que ce soit au détriment de ce qui était perçu comme source du DI, selon ce qu’indique l’art. 38 du Statut de la CIJ.¹²⁰⁹

L’Audiencia Nacional, en poursuivant l’analyse de l’application au principe de légalité, prend l’exemple de l’Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l’homme de 22 mars 2001 dans le cas *Streletz, Kessler et Krenz* contre l’Allemagne (cas des tirs du mur de Berlin). Y est analysée l’adéquation du droit finalement applicable au principe de légalité,¹²¹⁰ en faisant référence à la sanction de conduites particulières définies et à la prévisibilité de sanctions pénales pour celles-ci en fonction de normes internes, comme les mandats constitutionnels internes, et de normes internationales comme les instruments internationaux de protection de droits de l’homme¹²¹¹.

Dans la conclusion de l’arrêt est apportée une reconnaissance du droit international. On y trouve en effet la confirmation que la conduite des requérants pouvait être constitutive, selon le droit International, de délits de lèse humanité, une qualification également donnée par le vote concordant du Juge Loucaides qui conclut qu’il était prouvé de façon indiscutable qu’à

¹²⁰⁹Manuel Ollé SESE, “Justice Universal pour Crimes Internationales”,...droit international pénal, car celui-ci en tant que droit coutumier, est dépourvu de “lois” (...). Comme le droit international, de même le droit international pénal trouve son origine la conscience universelle du droit et de la justice. Il est fondé sur la conviction que ses règles sont conformes à l’idée de justice et de morale et qu’elles s’imposent pour la sauvegarde de l’ordre social international, en d’autres termes. Des intérêts fondamentaux de la communauté internationale (*opinio juris vel necessitatis*). C’est ainsi qu’on dit parfois que le droit international en général n’est qu’une expression graduelle, cas après cas des jugements moraux du monde civilisé”. M. Cherif BASSIOUNI. “Introduction au Droit Pénal International”, op. cit. , p. 28

¹²¹⁰La requête se basait sur l’ignorance du principe de la non-rétroactivité des lois pénales et l’article 103 & 2 de la Loi fondamentale. Conseil de L’Europe. Cour Européenne des droits de L’Homme. Affaire *Streletz, Kessler et Krenz* c. Allemagne (Requêtes n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98), ARRÊT, STRASBOURG, 22 mars 2001, p. 8 et ss. Lesdits recours étaient interposés par les citoyens allemands *Streletz, Kessler y Krenz* anciens dirigeants de la RDA, contre la République Fédérale d’Allemagne, et furent présentés dans les journées du 20 novembre 1996, 28 janvier 1997 et 4 novembre 1998. Les requérants ont été condamnés pour incitation à l’assassinat. La requête argumentait que les actions qui leur étaient imputées, et pour lesquelles ils furent condamnés, ne constituaient pas, au moment où elles étaient commises, des délits selon la législation de la République Démocratique d’Allemagne ou le DI. du TEDH ; sur la prévisibilité dans le DI il fut soutenu que les délits pour lesquels ils furent objet de condamnation étaient définis avec une suffisante accessibilité et prévisibilité par les normes de Droit International, concrètement par celles sur la protection des droits de l’homme (droit à la vie: art. 3 Déclaration Universelle des Droits de l’Homme, art.6 PIDCP y art. 2.1 CEDH; et droit à la libre circulation: art. 2.2 Protocole 4 du CEDH, art. 12.1 PIDCP), sans que puisse être alléguée aucune cause pouvant justifier les homicides commis ou pour restreindre la circulation en maintenant le régime de surveillance à l’égard de leurs victimes.

¹²¹¹Arrêt *Audiencia Nacional*, No. 16 du 19 avril 2005. Cas *Scilingo* p. 101

l'époque de la commission des faits imputés aux requérants, les "crimes contre l'humanité" constituaient des délits de droit international coutumier.¹²¹²

L'Audiencia Nacional, prend le précédent cité plus haut et arrive à la conclusion que, tant les normes internationales que les normes internes (la propre constitution Argentine), obligeaient au respect des droits de l'homme et permettaient de considérer illégales les normes ou ordres qui transgressaient ces droits. Elle ajoute "(...) il ne peut être légitimement allégué par l'accusé ni par aucune autre personne l'ignorance que des conduites propres à causer des assassinats, lésions, séquestrations, détentions illégales, tortures, harcèlements, viols, enlèvements de mineurs (...), dans le contexte d'une activité organisée d'intervention généralisée contre des personnes déterminées auxquelles étaient attribuées le soupçon d'être subversives, constituait une attaque massive et systématique aux droits de l'homme les plus élémentaires, absolument illégitime et injustifiable en n'importe quelle circonstance de temps de guerre ou de paix ou du fait de l'action de la frange intermédiaire d'une dictature militaire instaurée après usurpation du pouvoir légitimement constitué. Aucune sorte de norme ou d'ordre pourrait justifier ladite situation."¹²¹³

D'autres tribunaux nationaux se sont prononcés à partir des articles 15, N° 2 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques et 7, N° 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. C'est le cas de la cour de Cassation de Paris qui, si on prend en compte deux arrêts rendus le 26 février 2014 en matière d'extradition (première affaire n°13-87.888 et seconde n°13-86.631) sur des faits de génocide et de crimes contre l'humanité commis sur le

¹²¹² Ibidem, p. 40-43. L'opinion concordante de M. Le Juge Loucaides qui face à la "question de savoir si le comportement des requérants constituait, à l'époque pertinente, une infraction d'après le droit international, au sens de l'article 7 § 1 de la Convention", estima que: "La majorité a considéré que les intéressés ont été condamnés pour des actes qui, à l'époque pertinente, constituaient des infractions définies avec une accessibilité et une prévisibilité suffisantes par les règles internationales relatives à la protection des droits de l'homme. A cet égard, la majorité s'est fondée sur les règles du droit international relatives à la protection du droit à la vie et de la liberté de circulation (.....). L'article 7 parle d'une "action (...) qui (...) constituait (...) une infraction d'après le droit (...) international " il vise manifestement une infraction réprimée directement par le droit international, tant du point de vue du comportement prohibé que de celui de la responsabilité pénale individuelle pour ce comportement. [e]n conséquence, il s'agit de rechercher si, du point de vue des règles du droit international, distinguées des règles du droit interne, le comportement des requérants constituait une infraction.(.....) La question appelle une réponse affirmative. (...) le comportement pour lequel les requérants ont été condamnés (.....) s'analysait, du point de vue du droit international, en un "crime contre l'humanité", notion qui, à l'époque des faits, formait déjà partie intégrante des principes généraux du droit international coutumier". (Le soulignement est de l'auteur).

¹²¹³ Arrêt Audiencia Nacional. Cas Scilingo p.103. Il y a lieu d'indiquer que cette position est confirmée par l'Audiencia Nacional de par la jurisprudence Argentine elle-même du fait de la clause 13/84, qui identifie les détentions illégales, les tortures et vexations des captifs, les homicides et les vols, l'extorsion et la falsification de documents publiques avec les délits correspondants du Code pénal argentin et ses peines. De cette façon les déclarés coupables furent condamnés aux peines prévues dans ladite législation.

territoire du Rwanda en 1994, a déterminé sa position face à l'essence même du principe de légalité¹²¹⁴.

Il ressort que, dans la première affaire (n°13-87.888), la chambre d'instruction donna un avis favorable, en indiquant que "si de tels actes n'étaient pas incriminés en droit rwandais, à l'époque de leur commission, la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide du 9 décembre 1948 et celle sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité du 26 novembre 1968, ratifiées par le Rwanda en 1975, conduisent à donner la qualification de crimes contre l'humanité à des infractions de droit commun incriminées par cet État ». De surcroît, les juges relèvent que notamment l'article 15 N° 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment, autorise une dérogation, s'agissant des crimes internationaux, au principe de légalité des délits et des peines, affirmé par le premier paragraphe du texte".¹²¹⁵

4. L'exercice de la compétence internationale pénale dans le cas Scilingo.

Toujours dans l'analyse de la Chambre de *l'Audiencia Nacional* faite du point de vue du droit international, il apparait que les crimes contre l'humanité peuvent être objet de compétence internationale pénale de la part de tribunaux d'État distincts de ceux du lieu de commission de

¹²¹⁴Jean-Yves Maréchal, "Extradition 339. Principe de légalité, crimes contre l'humanité et droit de l'extradition". Cass.crim., 26 févr.2014, n°13-87.888, FS.P+B+R+I:JurisData n° 2014-003302. Cass.crim., 26 févr.2014,n°13-86.631,FS. P+B+I: JurisData n°2014-003290., en "LA SEMAINE JURIDIQUE". Edition Générale (Lexis Nexis), No. 12, 24 mars 2014,p. 527

¹²¹⁵Ibidem, Ce raisonnement fut censuré par la chambre criminelle qui énonce qu'est illégal l'avis favorable de la chambre d'instruction, apportant ainsi son appui à la conception stricte du principe de légalité. « (...) Elle poursuit en affirmant que le génocide et les crimes contre l'humanité, même s'ils étaient visés par les deux conventions internationales citées par la chambre d'instruction, ne faisaient pas, à la date des faits, l'objet, en droit ruandais, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs ni d'une peine correspondante. Elle en déduit que le principe de légalité criminelle, de valeur constitutionnelle et consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention EDH, fait obstacle à ce que de tels faits soient considérés comme punis par la loi de l'État requérant ». Dans la seconde affaire (n°13-86.631), l'arrêt de la chambre de l'instruction a émis un avis défavorable à l'extradition, lequel fut approuvé par la Cour de cassation pour les mêmes motifs. Cette Cour "condamne implicitement le raisonnement de la chambre d'instruction fondé sur l'article 7,2 de la Convention EDH, confirmant ainsi la position retenue dans un arrêt du 17 juin 2003 (Cass crim, 17 juin 2003, n° 02-80.719: Juris Data n°2003-019616: Bull. Crim. 2003, n° 122), selon laquelle la coutume internationale ne peut suffire pour considérer que les crimes contre l'humanité sont incriminés".

ces crimes¹²¹⁶. En donnant cette légitimation de l'exercice de la compétence internationale pénale espagnole dans le cas Scilingo, elle prit pour fondement : le côté international du délit et le fait qu'il doive être poursuivi (a), l'absence de poursuite des faits en Argentine (b), l'existence de victimes espagnoles (c) et la présence de l'inculpé en territoire espagnol, ainsi que la coopération judiciaire internationale apportée à la même affaire, le tout rassemblé dans le même exercice de la compétence internationale pénale (d).

a. La qualification internationale du délit et l'intérêt de la communauté internationale qu'il soit poursuivi.

L'Audiencia Nacional à cet égard déclare que ce qui est déterminant pour exercer la compétence universelle est "la qualification internationale du délit et la nécessité assumée à partir de la communauté internationale de ce qu'il soit poursuivi. Si la communauté internationale ne met pas directement les moyens, et ne protège pas ces principes de base de vie en commun, on peut dire que non seulement elle consent de facto, sinon de jure, à cette intervention de juridictions nationales, au moins dans cet aspect de défense et de protection des droits de l'homme contre les attaques les plus barbares dont ils peuvent être l'objet. Cette intervention étant dans l'intérêt des exigences de bonnes relations internationales entre les États sans qu'à aucun moment elle puisse être considérée comme l'ingérence de certains États dans les affaires de certains autres, mais comme l'activation de la procédure de la communauté internationale elle-même, qui de plus se préoccupe d'établir de pures et simples responsabilités individuelles des sujets".¹²¹⁷

b. . La non poursuite pénale des faits en Argentine.

Malgré l'annulation des « lois de point final » (leyes de punto final 1986) et « d'obéissance due » (leyes de obediencia debida (1987) » en Argentine¹²¹⁸, la chambre de *l'Audiencia*

¹²¹⁶Ceci basé sur les postulats formulés pour la première fois dans le Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, ainsi que dans la Résolution 95 (I). Voir Supra Notes 15 et 32

¹²¹⁷Arrêt Audiencia Nacional, No. 16, du 19 de avril de 2005, op. cit. , p.117 .

¹²¹⁸Les lois de Point final et Obéissance due dérogées par la loi 24.952 et déclarées nulles par la loi 25.779, approuvée le 21 août 2003 et officialisée réglementairement le 2 septembre de la même année. Postérieurement la Cour Suprême d'Argentine, déclara la non constitutionnalité de ces lois dans la résolution de 14 juin 2005, pour

Nacional considéra que l'impunité des personnes pénalement responsables des faits est irréversible dans ce pays, spécialement par la concession de grâces en 1989¹²¹⁹.

C'est ainsi que *l'Audiencia Nacional* aborde le thème de la validité des lois d'amnistie et de grâces et conclut que, bien qu'elles soient légales¹²²⁰, "cela n'implique pas qu'elles constituent le droit juste", selon la théorie connue de Radbruch sur la non validité du droit injuste. Et ce Tribunal ajoute: "En supposant que n'existeraient pas des normes légitimement promulguées qui permettraient cette situation, qui bien entendu n'auraient pas constitué un droit valide au sens exprimé par Radbruch¹²²¹ (droit injuste, droit nul) si elles avaient été promulguées. Mais l'existence du principe général d'obéissance du subordonné au supérieur ne pourrait pas non plus, en aucune façon, justifier l'accomplissement d'ordres essentiellement injustes".¹²²²

Dans l'opinion de *l'Audiencia* apparaît une situation de "séquestre de la justice"¹²²³ qui justifie la procédure du droit pénal international pour la poursuite pénale de faits très graves quand celle-ci n'est pas possible dans le cadre interne¹²²⁴.

être contraires à la Constitution Nationale et aux Traités Internationaux sur les Droits De l'homme. En ce sens voir

David Baigún, "Les Lois de Point Final et Obéissance Due: Lois d'impunité, jumelles de la Loi d'Autoamnistie (22.924)", dans *Nueva Doctrina Penal* 2000/B, p. 479,

Ricardo Luis Lorenzetti et Alfredo Jorge Kraut "Droits de l'homme justice et reparation", Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, 2011, p. 147.

La documentation sur les deux lois se trouve sur : <http://www.droits.org/nizkor/arg/loi/main.html>.

¹²¹⁹Ibidem, p. 127 «En établissant la loi 25.779 qui déclara la nullité des lois d'Obéissance due et de Point final, ce qui a habilité le système judiciaire à mettre fin à l'arbitraire qui régna durant si longtemps. Cela impulsa l'instruction et la continuation des procès contre des personnes incriminées pour ces crimes dans tout le pays. En suivant ce texte légal, divers juges déclarèrent l'inconstitutionnalité des grâces en faveur d'acteurs de la répression, en autres cas, ils établirent l'inexistence de la chose jugée". Rappelons que par ces lois avait été protégée l'impunité de nombreux auteurs de répression contre les droits de l'homme en Argentine dont Scilingo.

¹²²⁰A ce sujet, le rapport 28/92 de la Commission Interaméricaine des Droits De l'homme établit l'incompatibilité des lois d'Obéissance due et de Point final et des grâces présidentielles avec les obligations internationales assumées par l'Argentine en vertu de la Convention Américaine sur les droits De l'homme et de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme. OEA/Ser.L/V/II.83/doc.14,12 mars 1993.

¹²²¹Gustav RADBRUCH (1878-1949): "Professeur allemand de droit qui a notablement influencé la philosophie du droit. Suite aux crimes nazis, il a consacré le principe, aussi dénommé "formule de Radbruch" (Radbruch'sche Formel), d'après lequel le droit positif doit être considéré comme contraire à la justice lorsque la contradiction entre la loi et la justice est tellement insupportable que la loi doit céder le pas à la justice". Dans Conseil de L'Europe. Cour Européenne des droits de L'Homme. Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, Arrêt, Strasbourg, op, cit; p. 11

¹²²²Arrêt Audiencia Nacional. Cas Scilingo, p. 103

¹²²³Ibidem, p. 126

¹²²⁴Margalida Capella i Roig "Les crimes contre l'humanité dans le cas Scilingo » op, cit., p. 12

c. *L'existence de victimes espagnoles.*

Dans les faits, il n'est pas prouvé que l'accusé ait eu une relation directe avec les victimes espagnoles¹²²⁵, cependant l'*Audiencia Nacional* considère que celles-ci furent affectées directement par ses actes « imbriqués dans le contexte de guerre sale organisée contre la subversion »¹²²⁶.

Cette position est confortée par les déclarations du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Kunarac, Kovac et Vukovic relativement au concept « d'attaque contre la population civile » qui considère : « que les actes aient été dirigés directement contre toute la population civile ou simplement contre certaines personnes déterminées ne fait pas de différence, ce qui est important c'est l'attaque et non les actes concrets »¹²²⁷.

¹²²⁵ Arrêt de l'*Audiencia Nacional*, No 16 du 19 avril 2005, op. cit., pp 46-48 « Dans cette cause figurent, parfaitement identifiées, 610 victimes de nationalité espagnole et enfants et petits enfants espagnols. L'ambassade d'Espagne en Argentine identifia, au moins, vingt-sept citoyens de nationalité exclusivement espagnole. De plus se trouvaient identifiés dans cette cause 12 enfants séquestrés d'origine espagnole, 52 enfants nés en captivité dont le père et/ou la mère étaient espagnols, qui demeurent toujours disparus, et 16 enfants nés en captivité, actuellement localisés et/ou restitués, d'origine espagnole ».

¹²²⁶ Ibidem, p. 126, « (...)L'existence de ces victimes est constaté dans le récit de faits prouvés, s'agissant de personnes dont il est avéré qu'elles furent détenues à l'E.S.M.A. à l'époque où l'accusé y exerça »

¹²²⁷ IT-96-23, IT-9623/1 Kunarac, Kovac et Vukovic (Foca). Jugement, 22 février 2001, paragraphes 13, 421-425. (Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Chambre d'Appel, Arrêt, 12 Juin 2002).

htm// www.un.org.icty/foca/appeal/jugement/index.htm (pressreal/ p.679-f.htm).

Sur ce même cas, MOULIER fait une analyse soulignant l'attaque généralisée de la population civile et non les actes concrets qui en droit international coutumier relèvent des crimes contre l'humanité : « **I. - Crimes contre l'humanité en droit international coutumier.** Après avoir réitéré une argumentation constante concernant les conditions générales applicables à tous les crimes contre l'humanité en droit international coutumier [Article 5 du Statut] (Qu'il s'agisse du lien avec le conflit armé au sens de l'Article 5 du Statut, de l'exigence juridique d'une « attaque » entendue lato sensu, d'une attaque dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, de caractère généralisé ou systématique) la Chambre d'appel relativise quelque peu la condition ayant trait à l'existence d'une politique ou d'un plan (...) [l]a nuance ainsi apportée n'est pas dépourvue d'ambiguïté en ce qu'elle pourrait être interprétée comme remettant en cause le caractère organisé de la commission des crimes contre l'humanité, ce qui pourrait, à terme et en cas de confirmation ultérieure, étendre le cadre de la répression des crimes contre l'humanité à des actes plus isolés, estompant au final leur spécificité. » Isabelle MOULIER. « Actualité et Droit International, Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale. Jurisprudence Internationale. Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie ». Information trouvée sur [htm// www.ridi.org/adi/home.html](http://www.ridi.org/adi/home.html). Dernière consultation 23 décembre 2013.

d. *La présence de l'inculpé en territoire espagnol et la coopération judiciaire internationale.*

Les autres éléments qui justifiaient la compétence de la juridiction espagnole furent celui que l'inculpé fut à sa disposition, puisqu'il se trouvait en territoire espagnol, et aussi la prise en compte de la coopération judiciaire qui dans ce cas concret suivit son cours sans obstacle grâce à l'administration publique argentine.¹²²⁸

C. ARRET DU TRIBUNAL SUPREME DU 1ER OCTOBRE 2007, N°798/2007.

L'arrêt n° 16/2005 du 19 avril 2005, rendu par la chambre criminelle (Section III) de l'*Audiencia Nacional* d'Espagne, enregistré par le Juge Central d'instruction n° 5 sous Dossier (instruction préparatoire) 19/1997, contre Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, a été révisé en cassation par la chambre criminelle de la Cour de cassation espagnole (Tribunal Suprême) dans son arrêt n°798 du 1^{er} octobre 2007, lequel a aggravé les peines imposées à M. Scilingo.

Ce tribunal a soutenu qu'une application indue de l'article 607 bis¹²²⁹ (1) s'est produite. Il argumenta à ce sujet que le crime de lèse humanité ne pourrait pas s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur en droit interne espagnol. L'introduire à partir de la coutume internationale supposerait de transgresser le principe de légalité (2).

Pour produire cet arrêt du 1er octobre 2007 le Tribunal Suprême a pris comme angle d'analyse à la base de déterminer si s'était produite ou non une transgression du principe de légalité dans la décision attaquée¹²³⁰. A cet égard, il a conclu que les crimes de lèse humanité, introduits dans le Code Pénal en vertu de la Loi Organique 15/2003, ne pouvaient pas s'appliquer aux faits survenus antérieurement à son entrée en vigueur¹²³¹. C'est ce qui fait que l'analyse de ce Tribunal, tout en partant des crimes de lèse humanité, aboutit en fait aux délits

¹²²⁸ Arrêt Audiencia Nacional, No. 16 du 19 avril 2005, op. cit., 126 et 127

¹²²⁹ En relation avec les articles 1 y 2 du Code Pénal y 9, 3, 17.1 y 25.2 de la Constitution Espagnole

¹²³⁰ Document disponible en: <http://www.droits.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentenciats.html>

¹²³¹ Jacqueline HELLMAN, "Jurisdiction Universelle sur les crimes internationaux, son application en Espagne", op.cit., p. 260

d'assassinat et détention illégale (3), tout cela entrant dans le cadre de la compétence universelle (4).

En conséquence, pour le Tribunal Suprême, l'article 607 bis du Code Pénal ne s'avérait pas applicable, d'où l'absolution du délit de torture. Mais par ce biais le requérant est considéré comme auteur de 30 délits d'assassinat et d'un délit de détention illégale. Face à cette décision, divers votes dissidents intervinrent toutefois, dont l'un montre qu'on ne peut ignorer que le crime de lèse humanité n'est pas un crime exempt de poursuite (5).

1. L'article 607 bis du Code Pénal Espagnol

En premier lieu, le Tribunal Suprême signala que l'article 607 bis du Code Pénal Espagnol est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004¹²³², date postérieure aux faits jugés, donc son application n'était possible que si avait pu être démontré qu'il s'agissait d'une norme plus favorable, ce qui aurait exigé que fût établie la norme en vigueur au moment des faits¹²³³.

Concernant la possibilité d'application directe des normes de Droit International Pénal, le Tribunal fit état que ces normes fondamentalement coutumières, qui se réfèrent aux délits contre le noyau central des Droits de l'homme essentiels, naissent principalement: -en cas de comportements pratiqués en temps de guerre, -aussi en cas de nécessité de protection et de réaction envers les actes commis contre les citoyens de son propre pays de la part du pouvoir de l'État, ou de la part d'une structure similaire,

Cela par conséquent crée de sérieuses difficultés pour effectuer des poursuites à partir de ces normes.

Le Tribunal Suprême, à partir de ce qui précède, argumenta que depuis leur première apparition écrite, en 1907 (Clause de Martens), et en suivant leur évolution normative avec l'Accord de Londres et le Statut du Tribunal de Nuremberg, ces délits se caractérisaient à une époque selon un nexo de guerra (lien de guerre).¹²³⁴ Mais cette notion fut ensuite écartée. Déjà, en effet, dans la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et

¹²³²Voir Supra Note 13 (Audiencia Nacional Scilingo) ;?

¹²³³Arrêt Tribunal Suprême 798/2007, fondement de droit sixième 2. Voir dans le même sens Silvia MENDOZA CALDERON "Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international" dans Ana Isabel PEREZ CEPEDA, op. cit. , p. 289

¹²³⁴Voir supra, Note 15.

crimes de lèse humanité, il était fait référence (Article 1.b) aux crimes de lèse humanité « commis tant en temps de guerre qu'en temps de paix », selon la définition donnée dans le Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, du 8 août 1945, et confirmée par les Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies 3 (I) du 13 février 1946 et 95 (I) du 11 décembre 1946¹²³⁵.

Cependant, bien que ces réflexions forment les bases normatives pour la protection des Droits de l'homme, le Tribunal Suprême affirma que cela ne conduirait pas directement à appliquer le Droit International Pénal, car était nécessaire à cet effet une transposition préalable en droit interne ; de plus ce droit ne contiendrait pas une description des qualifications pénales permettant son application directe¹²³⁶.

Toutefois, le Tribunal Suprême expose que les normes de droit international pénal sont à prendre en considération et à interpréter conformément au mandat expresse de protéger avec efficacité contre toute atteinte que puissent subir les droits de l'homme.

2. La coutume Internationale:

Le Tribunal Suprême d'Espagne n'a pas admis la validité de la coutume internationale comme source de l'ordre juridique interne. Il a invoqué que cette branche du droit ne peut pas créer des infractions pénales complètes qui le rendraient directement applicables par les tribunaux espagnols¹²³⁷. A partir de cela le Tribunal déclara que "En repoussant la coutume

¹²³⁵Ibidem, La notion de la "non exigence d'un lien de guerre" "fut remplacée, dès après la Seconde Guerre Mondiale dans quelques arrêts de tribunaux allemands qui appliquèrent la loi du Conseil de Contrôle n°10, à partir de l'évaluation d'un élément de pouvoir ou de suprématie chez l'auteur, lié au pouvoir de l'État ou d'une organisation similaire, lui permettant d'agir à grande échelle. Bien que cette adaptation apparaisse postérieurement dans le Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, le tribunal l'a interprété comme une exigence de sa propre juridiction et non comme un élément du crime contre l'humanité, tel qu'il dérivait de la Convention sur l'imprescriptibilité de 1968. Cette même ligne interprétative fut suivie ensuite par des tribunaux nationaux tels que la Cour de Cassation française en 1985, dans le Cas Barbie; la Cour Suprême hollandaise en 1981, dans cas Menten; ou la Cour Suprême du Canada en 1994, dans le cas Finta. Une telle exigence ne figure pas non plus dans le Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda. Plus récemment, l'article 7 du Statut de la Cour Pénale Internationale, n'exige pas non plus un « nexo de guerra » dans la définition des crimes contre l'Humanité". Arrêt Tribunal Suprême 798/2007, fondement de droit sixième 3.

¹²³⁶Arrêt Tribunal Suprême 798/2007, fondement de droit sixième 4.

¹²³⁷Santos Vara à cet égard déclare que le problème qui en découle est que le "droit coutumier n'apporte pas le niveau de précision dans la définition des conduites délictuelles requis par l'ordre juridique espagnol. Juan Santos Vara, "Chronique sur l'application judiciaire du Droit International Public en Espagne", REEI, n°17,2009, p.8. Document disponible à <http://www.droits.org/reei17/doc/cronica/cronica SANTOS Juan.pdf>

internationale comme source¹²³⁸, la seule option pour pouvoir appliquer cette qualification serait de considérer qu'il s'agit de la norme la plus favorable par rapport à celle applicable au moment des faits, chose impossible puisque n'existait alors rien d'équivalent"¹²³⁹

Pour le Tribunal Suprême, bien que la qualification qu'il fit sur les crimes de lèse humanité était correcte, elle violait malgré tout le principe de légalité tel qu'il était prévu dans l'ordre juridique interne.¹²⁴⁰

C'est alors que ce tribunal fournit une autre option face à la position selon laquelle qualifier le délit en crime de lèse humanité contribuerait à entraîner une violation du principe de légalité. Pour y parer, il le qualifia en délits de détentions illégales et assassinats et déclara "qu'une condamnation pour ces délits n'enfreindrait pas le principe de légalité et serait, en conséquence, conforme au Droit"¹²⁴¹

Le résultat est que cet arrêt du Tribunal Suprême absout Scilingo du crime de lèse humanité mais le condamne pour les délits d'assassinat et de détention illégale, ce qui est à considérer, "comme une nouveauté en matière de construction technico-juridique", selon ce qu'a exprimé le professeur Ollé Sesé¹²⁴². Ces délits font partie des crimes contre l'humanité, conformément à ce qui est établi en droit international pénal coutumier tel qu'il se présentait au moment des faits et en concordance avec ce qui est mentionné dans l'article 607 du CP en vigueur.¹²⁴³

Cette même ligne jurisprudentielle fut suivie en Argentine, après la déclaration de nullité des Lois de Point final et Obéissance due¹²⁴⁴, quand commencèrent à être jugés les responsables des crimes contre l'humanité survenus durant la dictature militaire¹²⁴⁵.

¹²³⁸Rappelons que l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, déclare que la coutume Internationale "est une pratique utilisée pour traiter les sujets internationaux et généralement acceptée comme étant le droit pour ceux-ci". (Art. 38.b). A ce propos, DIEZ DE VELAZCO, M., Institutions de Droit International Public, Madrid, 12e édition, 1999, page. 117.

Cela est également corroboré par la doctrine internationale, voir Robert KOLB, « Droit international pénal », Précis, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 57

¹²³⁹Arrêt Tribunal Suprême 798/2007, fondement de droit sixième.

¹²⁴⁰Ibidem

¹²⁴¹Arrêt Tribunal Suprême 798/2007, F. de D. sixième, 6

¹²⁴²Manuel Ollé Sesé, "Justice Universelle pour Crimes Internationaux", op. cit., page 67

¹²⁴³STS 798/2007, fondement de droit septième, parag. 4. Il est nécessaire aussi de noter ce qui est dit dans le fondement de droit sixième parag. 2.: « L'article 607 bis du Code Pénal entra en vigueur le 1er octobre 2004, à une date très postérieure aux faits jugés. De ce fait, son application serait seulement possible dans le cas où il pourrait être établi qu'il s'agit d'une norme plus favorable, ce qui exige de déterminer la norme en vigueur au moment des faits. Dans le Code espagnol n'existait à ce moment aucune norme qui établirait une sanction pour des faits décrits sous la même forme que ce qui apparait dans l'article 607 bis en référence».

¹²⁴⁴Voir Note Supra No. 116

Dans le code pénal de l'Argentine, ne sont pas formalisés les crimes de génocide¹²⁴⁶ et de lèse humanité, mais il ressort que l'ordre juridique argentin reconnaît et applique les traités et conventions internationaux ratifiés,¹²⁴⁷ auxquels est donné un rang constitutionnel¹²⁴⁸.

En synthèse, les arrêts qui furent prononcés contre les responsables des faits survenus durant la dictature militaire en Argentine, soutinrent que “tous les faits en référence sont des crimes de lèse humanité commis dans le cadre du génocide qui eut lieu dans la République Argentine entre les années 1976 et 1983”¹²⁴⁹.

Le Tribunal Suprême reconnaît que les normes de droit international coutumier relatives aux délits contre le noyau dur des droits de l'homme fondamentaux découlant de conduites délictuelles, tels que les crimes de guerre, ceux contre la paix (délit d'agression), les crimes essentiels contre l'humanité et le génocide, ne peuvent être ignorés dans l'interprétation et l'application des lois internes. En effet l'article 10.2 de la Constitution impose d'interpréter les normes relatives aux droits fondamentaux en se conformant à la déclaration universelle de droits de l'homme et aux traités et accords internationaux.¹²⁵⁰

¹²⁴⁵ En ce sens on peut voir l'arrêt *Simón Julio Héctor et autres sur la privation illégitime de la liberté*. Sur cette décision, voir BAKKER, C.A.E., “A full stop to amnesty in Argentina”, *Journal of international criminal justice* 3, 2005, pp. 1106 à 1120.

¹²⁴⁶ (...) Tous ceux qui commirent les délits dont on les accuse ici savaient, ou devaient savoir, qu'étaient en vigueur les lois que les qualifiaient et sanctionnaient. De même ils savaient ou devaient savoir que le délit de génocide faisait partie du droit interne argentin. Dans ce sens il est nécessaire de rappeler que la République Argentine adhéra à la Convention pour la sanction et la répression du crime du Génocide au moyen du Décret 6286/56, du 9 avril (B.O. 25/4/56) et présenta l'instrument d'adhésion devant le Secrétariat des Nations Unies le 5 juin de la même année. L'article 31 de la Constitution Argentine, dès sa rédaction d'origine, établit que font partie de la loi suprême de la Nation les traités conclus avec des puissances étrangères. La Convention contre le génocide est en conséquence une loi de la Nation et fait partie de son droit interne depuis 1956, autrement dit deux décennies avant l'instauration du gouvernement militaire (...) Juger le génocide commis sur le territoire argentin est pour les tribunaux du pays une obligation qui procède, ainsi, de deux sources: le droit international et l'incorporation expresse d'une norme de celui-ci en droit interne (...) En synthèse, il existait des lois écrites, préalables, certaines et strictes au moment où furent commis les délits qui sont jugés ici (...) Ces conduites sont constitutives du délit de génocide qui, avant que soient commis les faits, était inclus comme délit et qualifié dans notre loi interne. Ce délit était donc déjà imprescriptible (...)” Carlos Slopey Prada “Qualification des crimes”. (Document inédit), Madrid, 2008, pp.13,15 ¿?

¹²⁴⁷ Article 118 de la Constitution Nationale Argentine. Voir aussi dans le même sens MALARINO, E., “Rapports nationaux. Argentine”, dans Kai AMBOS, *Poursuite pénale nationale de crimes internationaux en Amérique Latine et en Espagne*, Montevideo, fondation KONRAD-ADENAUER, 2003, pages. 39 à 63.

¹²⁴⁸ Article 75.22 de la Constitution Nationale Argentine, qui assigne un rang supérieur à certains traités internationaux, parmi lesquels est incluse la Convention contre le génocide. Sur cette hiérarchie on peut aussi citer MALARINO, E., “Rapports nationaux. Argentine”, op. cit; pages. 51 à 61.

¹²⁴⁹ Arrêt *Etchecolatz*, pag. 277; arrêt *Von Wernich*, page 372, dans Cristina Fernández-Pacheco Estrada, “La jurisprudence espagnole en application du principe de compétence universelle, le cas de la répression en Argentine”. *Juges pour la Démocratie*, n° 61, Espagne, 2008, pp. 101-117.

¹²⁵⁰ STS 798/2007, fondement de droit sixième, parag. 5

Ce qui précède fait que, pour la raison que ces principes du droit international ont la nature de *jus cogens*, ils doivent être pris en compte au moment de faire une interprétation et application du droit interne.¹²⁵¹

De cette manière le Tribunal Suprême reconnaît d'un côté que, "le principe de légalité en vigueur empêcherait l'application directe du droit international pénal coutumier comme unique norme applicable au cas, de même qu'il empêcherait l'application de l'article 607 bis comme norme pénale substantielle interne du fait qu'elle soit postérieure aux faits et ne soit pas plus favorable", mais admet d'un autre côté que "il n'en découle pas qu'une condamnation pour ces faits suppose dans tous les cas une transgression du principe de légalité".¹²⁵²

3. Des crimes de lèse humanité aux délits d'assassinats et de détentions illégales.

Le Tribunal Suprême analysa que la difficulté pour qualifier ce délit comme crime de lèse humanité était dans le fait que son comportement n'aie pas été incriminé dans le code pénal espagnol au moment où furent commis les faits. Pour cela il fit valoir qu'il y eut une violation du principe de légalité puisque cette qualification est appliquée rétroactivement à ce crime¹²⁵³ Mais en même temps il rejeta le droit international coutumier comme source du droit interne.

¹²⁵¹ Silvia MENDOZA CALDERON "Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international" en Ana Isabel PEREZ CEPEDA, op. cit., p. 292

¹²⁵² STS 798/2007, fondement de Droit sixième, parag. 6

¹²⁵³ Concernant le domaine de la rétroactivité de la loi pénale espagnole en relation avec les crimes contre l'humanité figure l'exemple de la décision judiciaire du 16 octobre 2008 en vertu de laquelle le juge Garzón, qui cherchait à enquêter sur la disparition de milliers d'espagnols durant la longue dictature franquiste, se prononça sur la possible rétroactivité de la Loi pénale espagnole en liaison avec les crimes contre l'humanité (document disponible à <http://www.droits.org/nizkor/espana/doc/compet.html>). Ladite décision judiciaire (Auto) attira l'attention sur deux aspects fondamentaux établis dans l'arrêt du Tribunal Suprême du 1er octobre 2007: l'impossibilité d'appliquer la qualification pénale des crimes contre l'humanité à des conduites antérieures à sa qualification et, au cas où une telle qualification aurait eu lieu, il doit exister une transposition expresse dans l'ordre juridique espagnol pour que les tribunaux puissent l'appliquer. De cette façon dans la décision judiciaire il fut conclu qu'avant la qualification produite par la Loi Organique 15/2003 de telles conduites n'étaient pas punissables. Cette décision judiciaire mentionna que le Tribunal Suprême dans le cas Scilingo reconnaît la compétence des tribunaux espagnols au moyen du principe de la compétence universelle face à un contexte concret comme l'est l'attaque généralisée et systématique contre une partie de la population civile. Du fait de cette situation, comme l'expose le juge instructeur, il est possible d'encadrer la procédure des tribunaux espagnols sous la qualification pénale de crimes contre l'humanité, "bien que ceux-ci ne fussent pas qualifiés comme tels au moment où les faits ont été commis". Fondement de Droit neuvième, de la décision judiciaire de l'Audiencia Nacional du 16 octobre 2008. "Ce qui précède implique que tant dans l'affaire Scilingo, que dans celle des victimes du franquisme, il ne s'est pas produit une violation du principe de non rétroactivité des normes pénales". Jacqueline HELLMAN-MORENO, "Jurisdicción Universal sobre crímenes internacionales, su aplicación en España", op.cit., p. 268. Santos Vara est d'accord avec cette même affirmation quand il conclut

A cet égard, nous rejoignons Fernández-Pacheco Estrada quand il déclare : “si on regarde la nature juridique des délits internationaux sur lesquels existe une compétence universelle et qui sont imprescriptibles, parmi lesquels figurent les crimes de lèse humanité, le principe de légalité ne paraît pas avoir de sens”.¹²⁵⁴

A partir du raisonnement antérieur ce n'est pas la notion de crimes de lèse humanité qui s'applique mais celle de délits communs, comme les détentions illégales et l'assassinat, lesquels eux-aussi permettent d'utiliser la notion d'imprescriptibilité,¹²⁵⁵ le Tribunal Suprême faisant ressortir que devrait être appliqué le Code Pénal en vigueur, en comprenant que celui-ci était plus favorable pour les normes applicables au moment où sont commis les faits¹²⁵⁶.

En Argentine comme en Espagne, les actes faisant motifs d'enquête étaient délictueux lors de leur exécution, s'agissant d'assassinats ou détentions illégales. En conséquence dans les deux pays les peines correspondantes se trouvaient instituées. Ainsi donc le principe de légalité ne serait pas mis en défaut quand il exige la prévisibilité de la sanction pénale comme conséquence de l'exécution d'une conduite déterminée. On ne peut donc pas accepter que l'accusé n'ait pas pu prévoir le caractère délictueux de ses actes au moment de les commettre et la possibilité qu'une peine lui soit appliquée¹²⁵⁷.

Ces délits d'assassinat et de détention illégale peuvent être pris en considération comme délits de crime contre l'humanité. Les dispositions du droit international pénal coutumier, les normes de la déclaration universelle des droits de l'homme et les traités et conventions signés par l'Espagne, et spécialement le CEDH y le PIDCP, doivent être pris en compte pour interpréter et appliquer les normes de droit interne, sous une forme aboutissant à la protection effective des droits de l'homme fondamentaux. Rien n'empêche, conformément au jugement du Tribunal Suprême, la poursuite pour des faits qui, bien que qualifiés conformément au

que dans des circonstances déterminées, certains faits peuvent adopter la forme de crimes contre l'humanité bien qu'ils se soient passés antérieurement à leur qualification normative correspondante et sans que cela implique une transgression du principe de non rétroactivité des normes pénales. Juan Santos Vara, « Chronique sur l'application judiciaire du Droit International public en Espagne REEI », op, cit., p. 9. Voir dans le même sens : Luis Jimena QUESADA, « Compétence universelle et crimes internationaux: l'illustration par l'Espagne »,op, cit., p. 217(pas trouvé le titre en français)

¹²⁵⁴Cristina Fernández-Pacheco Estrada, “La jurisprudence espagnole en application du principe de compétence universelle, le cas de la répression en Argentine”. Revista electrónica, op, cit; Pag. 19.

¹²⁵⁵STS 798/2007, f. de D. sexto, 9

¹²⁵⁶STS 798/2007, f. de D. neuvième.

¹²⁵⁷Silvia MENDOZA CALDERON “Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international” en Ana Isabel PEREZ CEPEDA ,op, cit.,p. 293

droit interne comme délits ordinaires d'assassinat et détentions illégales, doivent être considérés comme crimes contre l'humanité conformément au droit international pénal.¹²⁵⁸

En conséquence le Tribunal Suprême admet de prononcer un second arrêt dans lequel, tout en l'absolvant pour le délit de torture, il condamnera le requérant comme auteur de 30 délits d'assassinat et d'un délit de détention illégale.¹²⁵⁹

4. La Compétence universelle:

Concernant le principe de la compétence universelle, le Tribunal Suprême le prit en compte en ce qui concerne la possibilité de poursuivre¹²⁶⁰. Aussi la première question que se posa ce tribunal fut de déterminer si ce principe de compétence universelle dérivé de l'article 23.4 de la LOPJ, permettrait à la juridiction espagnole de se saisir de faits pouvant être internationalement considérés comme crimes contre l'humanité.¹²⁶¹

Le Tribunal Suprême déclara qu'il ne peut être fait objection à une compétence universelle sans condition quand son origine est dans une Convention Internationale ou une décision des organes de Nations Unies. Si elle n'est pas reconnue sous cette forme absolue, il est nécessaire qu'existe un élément de lien avec les intérêts nationaux pour justifier internationalement l'intervention des organes du Pouvoir Judiciaire d'un État pour des faits ayant eu lieu sur le territoire soumis à la souveraineté d'un autre État¹²⁶². En tout cas ce

¹²⁵⁸ STS 798/2007, f. de D. huitième..

¹²⁵⁹ Dans le deuxième Arrêt est condamné le militaire Scilingo comme auteur de trente délits d'assassinat prévus et sanctionnés dans l'article 139.1, comme auteur d'un délit de détention illégale prévu et sanctionné dans l'article 163, et comme complice de 255 délits de détention illégale prévus et sanctionnés dans l'art. 163, tirés du Code Pénal en vigueur, délits qui constituent des crimes contre l'Humanité selon le droit international, aux peines de 19 ans de prison pour chaque délit d'assassinat; quatre ans de prison pour le délit de détention illégale dont il fut condamné comme auteur, et deux ans de prison pour chacun des délits de détention illégale dont il est considéré complice, soit un cumul théorique de 1084 années de prison.

¹²⁶⁰ A cet égard le Tribunal Suprême se basa sur l'argument introduit par l'Audiencia Nacional dans le cas Scilingo en déclarant que "une des caractéristiques essentielles des délits contre l'humanité, est sa possibilité de poursuite internationale bien au-delà du principe de territorialité. Le plus neutre et le moins compliqué du point de vue des relations entre États, est que ce soit un Tribunal International général ou "ad hoc" qui poursuive, mais si pour une raison quelconque, la possibilité de poursuite internationale de ces délits reste inopérante, il en découle dans ces cas qu'une juridiction nationale s'en charge en substitution de l'internationale, faisant fonction de celle-ci.

¹²⁶¹ Silvia MENDOZA CALDERON "Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international" en Ana Isabel PEREZ CEPEDA ,op, cit.,p. 297

¹²⁶² STS 798/2007, f. de D. Septième.1 " C'est ainsi que cela fut soutenu dans la STS 327/2003 au moyen d'une interprétation systématique de l'article 23.4 de la LOPJ, laquelle fut postérieurement annulée par le Tribunal Constitutionnel dans la STC 237/2005 dans laquelle a été compris que l'art. 23 de la LOPJ instaurait un principe de compétence universelle absolu, autrement dit sans être soumis à des critères restrictifs de correction ou de

Tribunal reconnaît que dans le cas Scilingo un tel lien est présent de façon indiscutable, puisqu'il existe des victimes espagnoles dans le cadre de l'attaque généralisée et de la poursuite, et que l'accusé se trouve en Espagne.

L'extension extraterritoriale de la compétence des tribunaux espagnols se justifierait en prenant en compte que les délits d'assassinat et de détention illégale, constituent internationalement, ou constitueraient selon le droit interne au moment de la poursuite, des crimes contre l'humanité. Cela veut dire qu'en accord avec le droit international pénal ces délits d'assassinat et de détention illégale font partie des crimes contre l'humanité,¹²⁶³ ce qui coïncide avec ce qui est stipulé dans l'article 607 bis du code pénal en vigueur¹²⁶⁴.

La doctrine a considéré, en relation avec cet Arrêt du Tribunal Suprême, que les conceptions restreintes du principe de légalité semblent dépourvues de sens dans le domaine des délits internationaux sur lesquels existe la compétence universelle et qui sont imprescriptibles. Non pas que la lutte contre l'impunité justifie tout, mais du fait de la propre nature des délits internationaux et de la compétence universelle. De ce point de vue, il ne serait pas logique de déterminer si le sujet qui a commis des actes constitutifs de génocide en Argentine dans les années 70 connaissait ou pouvait connaître la réglementation espagnole du moment. Il serait plus sensé de voir si au moment de la commission des faits il existait une interdiction claire de ce type d'actes dans le domaine international, que ce soit par voie conventionnelle ou coutumière¹²⁶⁵.

tenue de procès, et sans aucun ordre hiérarchique par rapport au reste des règles d'attribution de compétence, puisque, à la différence du reste des critères, celui de justice universelle se configure à partir de la nature particulière des délits faisant l'objet de poursuite (...)" Cela est analysé dans le cas Guatemala, qui est étudié dans la section suivante. Voir Supra. Chapitre 2, Section 2, de la troisième partie.

¹²⁶³ Parce que l'article 23.4 de la LOPJ, avant la réforme de 2009, ne se réfère pas expressément aux crimes contre l'Humanité, mais par le biais de l'alinéa h) il serait possible de comprendre qu'il s'appliquerait aux crimes de guerre évoqués dans les Conventions de Genève.

¹²⁶⁴ Silvia MENDOZA CALDERON "Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international" en Ana Isabel PEREZ CEPEDA, op. cit. , p. 297

¹²⁶⁵ Cristina Fernández-Pacheco Estrada, "La jurisprudence espagnole en application du principe de compétence universelle, le cas de la répression en Argentine", op. cit; p. 20

Il faut noter qu'à travers la condamnation du Tribunal Suprême et une fois non admis le recours correspondant devant le Tribunal Constitutionnel, Scilingo a requis le 2 juin 2009 contre l'Espagne, devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la mise en cause des organes judiciaires espagnols. Dans cette même optique, la défense de Scilingo présenta devant le Tribunal Suprême espagnol un recours de révision.

5. Les opinions dissidentes:

En considération de ce qui précède, intervinrent différents votes dissidents, parmi lesquels on peut faire ressortir:

-Le vote particulier du Magistrat Jiménez García. Il expose l'intérêt d'appliquer le crime de génocide aux persécutions politiques, une qualification qui ne générerait aucun problème avec le droit international. En effet ce délit de génocide a le caractère de délit international ayant son origine dans la Convention pour la Prévention et la Répression du crime du Génocide du 9 décembre 1948, et introduit en Espagne par la Loi 44/71 du 15 novembre - art. 173 bis-. Il s'applique ainsi aux faits jugés ayant eu lieu selon les éléments connus à partir de l'année 1975¹²⁶⁶. Par conséquent il estime dans ce vote qu'il aurait fallu effectuer une interprétation du crime de Génocide qui inclurait dans le terme "groupe national", l'extermination des groupes politiques de la même nationalité.¹²⁶⁷

-Le vote du Magistrat Marchena Gómez. Il souligne que le crime de lèse humanité n'apporterait pas un « plus » eu égard aux délits d'homicide, détention illégale et assassinat, mais au contraire serait un « aliud ». Cet aspect ne doit pas être écarté quand la discussion porte sur la légitimité d'une condamnation ayant qualifié les faits comme pouvant s'adapter à l'article 607 bis du C.P.¹²⁶⁸ De même il indique que le crime de lèse humanité analysé en fonction de l'art. 23 de la LOPJ, n'est pas un délit exempt de toute possibilité de poursuite.

-Le vote du Magistrat Varela Castro. Il soutient qu'il existe une extension sans justification de la juridiction espagnole dans le fait que le Tribunal Suprême ait proclamé sa compétence dans l'affaire Scilingo, puisqu'il n'existe pas de titre conventionnel de nature internationale valide

¹²⁶⁶ Alicia GIL GIL « Principe de légalité et crimes internationaux. Lumières et ombres dans l'Arrêt du Tribunal Suprême dans le cas Scilingo », en CUERDA RIEZU, JIMÉNEZ GARCÍA (Directores), « Nouveaux défis du Droit pénal international. Terrorisme, crimes internationaux et droits fondamentaux, Madrid, 2009, pages. 397 et ss. En ce sens fut exposé le rejet de l'application, par analogie, du délit de génocide, en faisant ressortir que les crimes de lèse humanité et le délit de génocide auraient des qualifications distinctes avec des éléments distincts.

¹²⁶⁷ LAMARCA PEREZ, "Internationalisation du Droit pénal et principe de légalité: le cas Scilingo", dans La Loi Pénale, n° 34, janvier 2007, pages. 69-77, soutient que "pour appliquer le délit de génocide de l'art. 607 CP, il est indifférent que l'extermination se fasse pour des motifs politiques, de vengeance, raciaux ou religieux, ce qui par contre doit être confirmé est l'intentionnalité de destruction partielle ou totale d'un ensemble de personnes susceptible d'être qualifié comme groupe national, ethnique ou religieux. Les victimes pourraient effectivement être qualifiées de groupe national puisque dans les faits on pourrait dire qu'existèrent en Argentine à cette période deux groupes nationaux différents, et les victimes en majorité faisaient partie du même groupe national argentin qui ne se fondait pas dans ce nouveau groupe de nationalité argentine que prétendaient construire les juntas militaires. De même si l'évaluation des faits comme génocide s'avérait discutable, il restait patent qu'a été reconnue la qualification de délits de terrorisme, au sens d'un terrorisme d'État comme celui exercé sur la base du pouvoir de l'État mais accompli en marge de la légalité".

¹²⁶⁸ Silvia Mendoza Calderón, dans "le principe de justice universelle, fondements et limites", op. cit., p. 304.

permettant une semblable extension, comme n'existe pas non plus le fondement nécessaire dans l'article 23 de la LOPJ.¹²⁶⁹

§2. L'AFFAIRE RICARDO CAVALLO

Comme cela a été analysé dans cette section, les faits survenus en Argentine ouvrirent la voie à la jurisprudence qui se développa à son tour dans le cas Pinochet lui-même, en prenant en compte l'application de la compétence universelle en Espagne. A la fin des années 90, l'Espagne a émis de nombreux mandats d'arrêt internationaux contre des titulaires de hautes charges dans l'armée et la police des deux pays, Argentine et Chili. L'un d'eux fut la célèbre demande au Mexique d'extradition pour les crimes de génocide et terrorisme présumés commis par Ricardo Cavallo en tant qu'ancien officier de l'armée argentine (A).

Cavallo qui a participé aux "vols de la mort", vivait clandestinement au Mexique et fut détenu par ce pays en l'an 2000 où il est resté emprisonné jusqu'à ce que des années plus tard il soit extradé en Espagne. Puis au final la primauté est donnée à la juridiction territoriale, autrement dit à l'Argentine, où il est ré-extradé, pour y être jugé pour une autre catégorie de délits, différents de ceux commis contre des citoyens espagnols lesquels étaient des crimes de lèse humanité (B).

Ce cas est significatif en ce sens qu'il renforce ce qui s'est produit dans le cas Pinochet, sur deux aspects fondamentaux :

-d'un côté le principe d'universalité pouvant s'appliquer par contumace à l'inculpé, vu qu'en Espagne peuvent se dérouler les procès par contumace dans l'étape de l'instruction, mais

¹²⁶⁹Il faut rappeler que toute cette analyse jurisprudentielle fut réalisée avant la réforme de l'article 23.4 LOPJ, effectuée dans l'année 2009, dans laquelle est inclus le délit de lèse humanité, comme délit devant faire l'objet d'enquêtes en application du principe de la compétence universelle. En tout cas il faut faire ressortir que si ce délit avait été inclus dès le début dans l'article 23.4 réformé, cela aurait évité toutes les vicissitudes et interrogations qui émergèrent à partir du cas Scilingo, pour que soit appliqué sur celui-ci le principe de compétence universelle.

ensuite dans l'étape du jugement la présence de l'inculpé est requise, ce pourquoi, tant dans le cas Pinochet que dans le cas Cavallo, est utilisée la forme juridique de l'extradition.¹²⁷⁰

-d'un autre côté l'importance de la coopération judiciaire, eu égard à l'extradition¹²⁷¹, comme outil juridique valide permettant la détention internationale.

A. L'AFFAIRE CAVALLO FACE A L'AUDIENCIA NACIONAL :

Ricardo Miguel Cavallo, ex-capitaine de la marine Argentine, fut accusé sous le même dossier (instruction préparatoire) n°19/1997 que celui du cas Scilingo, et son cas fut mis en instruction devant l'*Audiencia Nacional* espagnole.

Par la suite, l'*Audiencia Nacional* ordonna à Interpol au Mexique l'arrestation immédiate de Cavallo dans le but de l'extrader à l'Espagne. Cette arrestation eut lieu le 24 août 2000 à Cancún, Quintana Roo, alors qu'il tentait de prendre un vol vers son pays d'origine. Il resta détenu au Mexique avant d'être extradé en Espagne le 28 juin 2003, pour y être jugé.

Cavallo, ancien directeur du Registre National de véhicules (Renave) fut, comme Scilingo accusé de participation à de graves délits de tortures, assassinats et séquestrations, organisés par l'Ecole de Mécanique de l'Armée (ESMA) à Buenos Aires durant la dictature Argentine qui gouverna cette Nation de 1976 à 1983.

¹²⁷⁰Rappelons que dans le cas Pinochet, la présence de celui-ci en Espagne n'a pas été requise pour faire application du principe de la compétence universelle, plus tard son extradition fut demandée au gouvernement de Grande Bretagne pour poursuivre le jugement. Voir Supra. Chapitre 1, Section 1 de la première partie. C'est pour cela que Scilingo fut le seul argentin condamné en Espagne puisqu'il se présenta volontairement devant les autorités espagnoles, "En revanche, les autres militaires argentins ayant fait l'objet de cette enquête n'ont pas pu être jugés, étant donné qu'ils ne se trouvaient pas sur le territoire espagnol et que la législation nationale empêche de juger les inculpés par contumace. Il s'agit là d'un obstacle pour statuer sur le fond de l'affaire, mais cette exigence de présence ne s'applique pas à la phase initiale de l'enquête judiciaire. Cette possibilité de déclencher l'enquête en l'absence de l'accusé est illustrée par l'ouverture – encore auprès de l'*Audiencia Nacional* – de l'affaire relative aux crimes contre l'humanité commis pendant la dictature chilienne (1973-1990)" Luis Jimena Quesada, "Compétence universelle et crimes internationaux: l'illustration par l'Espagne", en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", Institut de Criminologie de Paris. Institut de droit comparé de Paris. Centre français de droit comparé Paris. Edit. Dalloz janvier/mars 2009 (RSC 2009. 217 – 16 mars 2009) p. 217

¹²⁷¹FERRER LLORET, déclare que lesdits mécanismes de coopération peuvent être, dans beaucoup de cas, soumis à la discrétion des gouvernements affectés "(...) malgré les efforts qu'on constate dans les conventions en cette matière visant à réduire la marge discrétionnaire". Jaume FERER LLORET, J., "Le principe de compétence universelle: son application en Espagne", en SOROETA LICERAS, J. (Editor), Cours de Droits De l'homme en Donostia-San Sebastian, Ed. Université du Pays Basque, Vol. V, Bilbao, 2004, pp, 159 y 160.

Lesdites accusations étaient solidement étayées par les déclarations que Scilingo fit devant le juge espagnol, quand il se rendit volontairement à Madrid pour fournir des informations contre les dirigeants militaires Argentins. Ainsi non seulement il déclara sa repentance, mais aussi sa participation à au moins un des “vols de la mort” dans lesquels furent jetés à la mer des corps de personnes séquestrées. Un autre argument important pris en compte pour l’ouverture du procès en Espagne fut l’absence de condamnation de Cavallo en Argentine pour les délits qu’il était présumé avoir commis, cela en raison de l’existence des Lois d’amnistie de Point Final et d’Obéissance Due¹²⁷²

L’Audiencia Nacional prononça le 20 décembre 2006 une décision judiciaire (Auto) basée sur l’application de la compétence universelle et ouvrant la faculté aux autorités judiciaires espagnoles de se saisir du cas. Pour arriver à cette décision elle procéda en plusieurs étapes :

-Elle analysa la compétence des autorités argentines pour les délits qui étaient imputés à Ricardo Miguel Cavallo.¹²⁷³

-puis elle basa son argumentation sur le locus delicti, sur lequel elle déclara que “il fallait donner et reconnaître une absolue priorité à la juridiction Argentine, pour autant qu’elle s’exerce de manière efficace”, sans rejeter d’autres critères comme la nationalité espagnole des victimes et le principe aut dedere aut judicare (...).”

-Elle analysa enfin que dans des cas semblables, les juges espagnols avaient assumé leur compétence en prenant en compte le contenu et l’existence de certaines lois en vigueur¹²⁷⁴, dont la loi de Point final et d’Obéissance due, qui plaçaient la victime dans une situation claire d’incapacité de défense¹²⁷⁵.

Après cette décision, et pour activer sa propre enquête, *l’Audiencia Nacional*, émit diverses commissions rogatoires, pour connaître l’état des enquêtes qui se déroulaient en Argentine. Elle en a conclu : “que de manière effective la juridiction pénale compétente Argentine poursuit jusqu’à trois procès pour les mêmes faits et imputations que ceux dont Cavallo se trouve accusé dans le Dossier 19/97 du Juge Central n° 5. Il y a (...) litis pendencia ou

¹²⁷²Ces lois de Point Final et d’Obéissance Due, évitaient que se soient appliquées quelques procédures judiciaire que ce soit aux responsables militaires de haut niveau durant la répression argentine. Ces lois furent annulées alors que Ricardo Cavallo attendait que se réalise son jugement en Espagne. Voir Supra Note 121

¹²⁷³Ce document est disponible à :

<http://w.w.w.droits.org/nizkor/espana/juiciooral/doc/cavallo5.html>. Consulté la dernière fois le 25 janvier 2014.

¹²⁷⁴Rappelons que dans le cas Pinochet, cela servit de précédent pour instruire à son encontre, vu l’impunité qui régnait au Chili, sous la protection, de la Loi d’amnistie Décret-Loi 2191 d’amnistie de 1978. Voir Supra chapitre 1 de la troisième partie.

¹²⁷⁵Décision judiciaire (Auto) de l’Audiencia Nacional du 20 décembre 2006. Fondement de Droit Troisième.

concurrence de juridictions pénales (celle d'Argentine sur la base du *locus delicti* et celle d'Espagne pour le principe de compétence universelle). Cela, comme argumenté auparavant, doit être résolu en donnant préférence à la juridiction du lieu où furent commis les faits quand il s'avère que celle-ci, c'est le cas ici, procède de façon effective. Cela sans qu'une telle priorité soit remise en cause du fait de l'état différent où se trouvent les affaires argentine et espagnole, ni non plus de la "rationalité" ou principe d'opportunité (...). On ne peut douter que la juridiction Argentine, activée par le Ministère public, une fois disparu l'obstacle que formaient les Lois de Point final et Obéissance due, dont la nullité¹²⁷⁶ fut déclarée par la résolution de 14 juin 2005 de la Cour Suprême de Justice Argentine, pouvait procéder effectivement dans le jugement des faits survenus à l'E.S.M.A., et a ainsi satisfait l'intérêt de la Communauté Internationale et le concret des victimes de l'époque et sont également protégés tous les droits des mis en cause parmi lesquels se trouve le Ricardo Miguel Cavallo jugé ici (...))¹²⁷⁷ .

En conséquence, *l'Audiencia Nacional*, prenant en compte l'abrogation des lois de Point final et Obéissance due, et également les divers procès mis en oeuvre en Argentine, renonça à sa compétence afin de reconnaître l'autorité juridictionnelle argentine¹²⁷⁸; sans manquer de mentionner que le Ministère Public avait déjà accusé formellement Cavallo de génocide, terrorisme organisé, crimes de lèse humanité et homicide. Le début du jugement en Espagne était prévu pour l'année 2007. En pratique, l'Argentine sollicita sa ré-extradition, laquelle fut concédée par le Mexique¹²⁷⁹ .

Beaucoup d'organisations non gouvernementales, comme Amnesty international, argumenteront leur désaccord envers ladite décision judiciaire (Auto) en rappelant que : « il n'existe aucun principe de droit international qui consente une quelconque préférence aux tribunaux de l'État du territoire où furent commis les crimes contre le droit international. Les délits que Ricardo Cavallo était présumé avoir commis sont des crimes de droit international, qui affectent la communauté internationale dans son ensemble et non un État en particulier. Cela signifie qu'en accord aux normes internationales, l'exercice de la juridiction de la part de

¹²⁷⁶Voir Note Supra No. 116

¹²⁷⁷Ibidem, Fondement de Droit Quatrième.

¹²⁷⁸Jacqueline HELLMAN, "Compétence Universelle sur les crimes internationaux son application en Espagne, op.cit., p. 245

¹²⁷⁹Ricardo Luis LORENZETTI y Alfredo Jorge KRAUT, "Droits de l'homme: justice et réparation" ...op, cit., p. 122

la justice espagnole est un devoir, et non un simple droit que les juges peuvent exercer selon leur propre arbitre»¹²⁸⁰

B. LE TRIBUNAL SUPREME ET LA RE-EXTRADITION DE RICARDO CAVALLO.

Le Tribunal Suprême au moyen de l'arrêt n°. 705/2005 du 18 juillet 2007, annula la décision judiciaire (Auto) de l'*Audiencia Nacional* du 20 décembre 2006, en déclarant ce qui suit : «(.....) [la] décision judiciaire de l'*Audiencia Nacional*] faisant l'objet du recours aboutit à mettre en place matériellement l'extradition d'un accusé dont le jugement avait déjà été accepté, avec antériorité, comme relevant des Tribunaux espagnols. D'autre part n'existait aucune demande préalable d'extradition, ni de vérification de la concurrence des conditions légalement prévus pour celle-ci. Est retiré à l'Exécutif sa capacité de décision en la matière et est contrevenu, de plus, au contenu des Traités signés par notre pays, tant avec la République Argentine qu'avec les États Unis Mexicains, raisons pour lesquelles une telle décision doit être annulée, à partir de la précédente évaluation des recours interposés contre elle»¹²⁸¹.

Quoi qu'il en soit, le Conseil de Ministres du 25 mai 2007, donna son accord pour solliciter une autorisation du Mexique pour concéder la ré-extradition de Ricardo Miguel Cavallo de l'Espagne à l'Argentine.¹²⁸² Cet accord fut dénoncé par l'Association Argentine Pro Droits de l'Homme, en déclarant que, entre autres points : «il était de notoriété publique que [la présence de Cavallo] n'est pas réclamée par les autorités argentines pour le même type de délits que ceux dont il est accusé en Espagne»¹²⁸³, que de plus ce dont on l'accuse en Espagne est d'avoir commis un crime de lèse humanité et existent dans ce pays les documents probants nécessaires et suffisants concernant le groupe de mise en oeuvre des actions criminelles pratiquées dans le camp d'extermination ESMA, groupe dont on cherche à démontrer que Cavallo appartenait»¹²⁸⁴.

¹²⁸⁰ « Espagne ne remplit pas ses obligations internationales dans le cas Ricardo Cavallo » Amnistía Internacional, 2 février 2007. Disponible à

<http://www.droits.org/nizkor/espana/juicioral/doc/aisp1.html>, dernière consultation 23 janvier 2014.

¹²⁸¹ Arrêt du Tribunal Suprême du 18 juillet 2007. Fondement de Droit deuxième

¹²⁸² Document disponible en: <http://www.droits.org/nizkor/espana/juicioral/doc/cavallo21.html>

¹²⁸³ « La décision du Conseil de Ministres d'extrader Cavallo est déplorable », document publié par l'Association Argentine Pro Droits de l'Homme le 1er mars 2008. Disponible à:

<http://www.droits.org/nizkor/espana/juicioral/doc/zpcavallo.html>

¹²⁸⁴ Ibidem

Toujours est-il que *l'Audiencia Nacional* émit une décision judiciaire (Auto) le 14 mars 2008, en vertu de laquelle elle autorisa la remise à l'Argentine de Cavallo alors en jugement¹²⁸⁵, en prononçant le non-lieu et en décidant le classement ultérieur des procédures propres à ce cas en Espagne.

En conséquence, Cavallo fut extradé en Argentine en mars 2008, pour être jugé par ses tribunaux dans l'affaire connue comme « ESMA ».¹²⁸⁶

Dans cette affaire où intervinrent deux extraditions, le principe d'universalité a trouvé des limites puisqu'a été donnée qu'une primauté au principe de territorialité¹²⁸⁷. S'est produite ainsi une certaine impunité des crimes contre l'humanité qui furent jugés en Espagne mais pour lesquels finalement de véritables sanctions ne purent pas être obtenues.¹²⁸⁸ Cela s'est fait au détriment des victimes elles-mêmes de la répression argentine.

Cependant, comme les choses se passèrent du fait du cas Pinochet, le cas Cavallo démontra la légitimité des tribunaux étrangers pour juger des crimes commis hors de leurs propres territoires.¹²⁸⁹

¹²⁸⁵Le jugement n'a pas encore été prononcé

¹²⁸⁶Ricardo Luis LORENZETTI y Alfredo Jorge KRAUT, "Droits de l'homme: justice et réparation", op. cit., p. 122

¹²⁸⁷Jacqueline HELLMAN, "Compétence Universelle sur les crimes internationaux, son application en Espagne", op.cit., p. 247

¹²⁸⁸Angel Sánchez Legido, "La pratique espagnole en matière de compétence universelle"....op. cit., p. 26

¹²⁸⁹A ce moment fut pris en compte que le cas Cavallo se présentait comme "(...) une réponse juridique aux sanglantes dictatures de la fin du XXe siècle sur le continent américain et comme une tentative pour obtenir que les crimes commis par les militaires qui prirent le pouvoir par la violence ne restent pas dans l'impunité". M. Becerra Ramírez, M., "El caso Cavallo", AMDI, Vol.IV, 2004, p. 586. en Jacqueline HELLMAN, "Compétence Universelle sur les crimes internationaux, son application en Espagne" op.cit., p. 242

Section 2.

LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL DE L'ESPAGNE ET LES CRIMES INTERNATIONAUX AU GUATEMALA.

Dans ce qui touche à la reconnaissance du principe de la compétence internationale pénale, et qui se base sur les cas Argentine et Chili, le cas du Guatemala revêt une importance majeure. Il porte sur des actes de violations des droits de l'homme ayant eu lieu dans ce pays pendant les années 1978 à 1986¹²⁹⁰. L'ONU dans son rapport "mémoire du silence, Guatemala: jamais plus" qualifia de génocide la répression perpétrée par l'armée du Guatemala contre les communautés mayas durant cette période. En comptant les morts et les disparus la répression fit de l'ordre de 200.000 victimes dont, selon ce rapport, 93% furent causées par les forces de sécurité de l'État et appartenaient en grande majorité à la population maya¹²⁹¹.

La justice du Guatemala n'avait pas enquêté sur ces faits. Par ailleurs, une ouverture de procédure par la Cour Pénale Internationale ne pouvait être envisagée car il était impossible à cette dernière d'instruire de façon rétroactive les délits commis avant juillet 2002, date de son entrée en vigueur. Dans ce contexte, l'application de la compétence internationale pénale prend une importance majeure.

¹²⁹⁰La décision judiciaire (Auto) d'instruction n° 1, du 27 mars 2000, soutient que les faits faisant l'objet de la plainte sont "soumis aux Accords de Paix d'Oslo de 1994, par lesquels fut créée la Commission pour l'Eclaircissement Historique (CEH), pour délimiter les responsabilités sur la violence institutionnelle ayant provoquée dans les trois dernières décennies plus de cent mille morts et une cinquantaine de milliers de disparus. Fut aussi approuvée par le Congrès de la République la Loi de Réconciliation Nationale, Décret n° 1451/1996. D'autre part, le conflit guatémaltèque fut un conflit armé interne, puisque la faction révolutionnaire détenait une partie du territoire libéré, (...). Autrement dit, ce conflit est régi par le principe *ius in bello*, en vertu des termes de l'article 1.1 du Protocole Additionnel 11 du 8 juin 1977 des Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes de conflits armés sans caractère international (BOE n1 177 de 26 juillet 1989). De ce fait, en République du Guatemala, ce qui eut lieu fut un authentique conflit armé, qui dura trente ans, pendant lesquels il y eut plus de cent mille morts, pour aboutir à la paix en décembre 1996, entre l'Unité Révolutionnaire Nationale Guatémaltèque (URNG) et le Président du Guatemala, Excmo. Sr. D. Alvaro Arzu. En vertu de ces accords l'URNG renonça à la lutte armée. Comme résultat de ces accords de paix fut proclamée la Loi de Réconciliation Nationale (mentionnée plus haut), légitimement établie en conformité aux principes propres à la communauté internationale, avec sa protection légale dans l'article 6.5 du déjà mentionné Protocole 11. » Document disponible à: <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/autojuz1.html>. Consulté la dernière fois le 1er avril 2013.

¹²⁹¹Voir le rapport REMHI (Guatemala : Jamais Plus). Pag. Web: http://www.derechos.org/humanos.net/lesahumanidad/informes/Guatemala/informe_REMHI.htm. Visité la dernière fois le 25 novembre 2013.

Ainsi, le 2 décembre 1999, les actes mentionnés sont dénoncés en tant que délits de torture, génocide, terrorisme, assassinat et détention illégale par Madame Rigoberta Menchú Tum, prix Nobel de la Paix, devant l'*Audiencia Nacional* d'Espagne¹²⁹². Parmi les personnes mises en cause figurent l'ex-général participant au coup d'État, Ríos Montt, chef de gouvernement en 1982 et 1983, les ex-présidents guatémaltèques Oscar Humberto Mejías Vítores, devenu après le coup d'État chef de gouvernement entre 1983 et 1986, et Fernando Romeo Lucas García, dictateur entre 1978 et 1982.

En fonction de ce qui précède, une série de procédures judiciaires a débuté dans le cas Guatemala. Ces procédures viennent en première instance de l'*Audiencia Nacional* par sa décision judiciaire (Auto) du 13 décembre 2000. Elles furent l'objet d'un recours en cassation devant le Tribunal Suprême, lequel a émis l'arrêt 327 du 25 février 2003 (§ 1-). Intervient ensuite – et c'est sur cela qu'est axé principalement cette Section- le Tribunal Constitutionnel qui se prononce sur le recours constitutionnel d'amparo (protection) par l'arrêt 237 du 26 septembre 2005, sauvegardant ainsi le principe de la compétence internationale pénale. (§ 2-)

§1. LES PROCEDURES JUDICIAIRES DANS L'AFFAIRE GUATEMALA

L'*Audiencia Nacional* par une décision judiciaire (Auto) prononcée le 13 décembre 2000, rejette cette plainte sur les graves évènements survenus dans ce pays. Elle fait valoir un manque de preuve de l'inaction des autorités judiciaires du Guatemala, pour pouvoir instruire le cas en application du principe de subsidiarité. Pourtant, jusque-là, dans l'ancien art. 23.4 de

¹²⁹² « L'Audiencia Nacional » est un Tribunal de première instance espagnol qui a son siège dans la ville de Madrid et a compétence juridique sur tout le territoire de l'Espagne. C'est un tribunal tant d'appel que d'instance dans les domaines qu'indique la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, mais en aucun cas il ne s'agit d'un tribunal de cassation. Son règlement figure au chapitre II, du titre IV du livre I de la Loi Organique du pouvoir judiciaire, 6/1985 du 1er juillet. (Art. 63.1): "L'Audiencia Nationale se composera de son Président, des Présidents de Chambre et des magistrats qui détermineront la règle pour chacune de ses Chambres et Sections". (Art. 65): "La Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional se chargera: 1° du jugement, sauf s'il revient en première instance aux Juges Centraux du Pénal, des affaires portant sur les délits suivants: a).....b).....c).....d)...e) Délits commis hors du territoire national, si, conformément aux lois ou traités, leur jugement incombe aux tribunaux espagnols".

"Dans la ville de Madrid il pourra y avoir un ou plusieurs Juges Centraux d'Instruction, ayant compétence juridictionnelle dans toute l'Espagne qui instruiront les affaires dont le jugement incombe à la Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional ou, le cas échéant, aux Juges Centraux du pénal et qui formaliseront les dossiers d'exécution des mandats européens de détention et de remise à la justice, ainsi que les dossiers d'extradition passive, dans les termes prévus par la loi". (art. 88 de la L.O.P.J.). (la partie soulignée l'est à titre personnel). La présente thèse fait référence à ces juges dans les cas Chili, Argentine et Guatemala.

la L.O.P.J., cette condition n'était pas exigée pour l'application de la compétence universelle en Espagne. Cette loi fut réformée par la suite par celle du 01 novembre 2009¹²⁹³ (A).

Ultérieurement le Tribunal Suprême par l'arrêt 327 du 25 février 2003, refuse d'appliquer le principe d'universalité à ce cas, en posant comme exigence principale que les victimes fussent de nationalité espagnole, exigence également absente de l'ancien article 23.4 de la L.O.P.J (qui ne sera réformé, comme déjà indiqué, qu'en 2009)¹²⁹⁴ (B). En dernier lieu intervint le Tribunal Constitutionnel, Par son arrêt 237 du 26 septembre 2005 il déclara que ce qu'avaient soutenu *l'Audiencia Nacional* et le Tribunal Suprême "violait l'art. 24 de la Constitution espagnole étant donné que la poursuite transnationale de délits d'une extrême gravité constitue l'essence primordiale du principe de justice universelle, ce qui nécessite de supprimer certaines conditions telles que la nationalité des victimes et/ou le lieu où se sont exercés les délits de violations des droits de l'homme, dans le but de protéger les droits et valeurs de la communauté internationale".

A. DECISION JUDICIAIRE (AUTO) DE L'AUDIENCIA NACIONAL DU 13 DECEMBRE 2000

Una fois reçue la plainte de Madame Rigoberta Menchú Tum, le 2 décembre 1999, le Ministère public d'Espagne le 13 janvier 2000, ordonne de classer sans suite la demande d'instruction, n'estimant pas compétente la juridiction espagnole.

L'Audiencia Nacional par décision judiciaire (Auto) du 27 mars 2000, prise en session plénière, rejette la déclaration du Ministère public. Elle donne au contraire compétence¹²⁹⁵ au Juge Central d'Instruction N° 1, sur les faits graves qui se sont produits au Guatemala pour la raison qu'ils "(...) montrent en toute clarté une apparence de génocides (...)"¹²⁹⁶ et qui sont par conséquent catalogués en tant que génocides. Elle donne ainsi son accord à la compétence

¹²⁹³Cette réforme de l'article 23.4 de la L.O.P.J., réalisée par la loi organique 01 de 2009/3 de novembre, a restreint l'application de la compétence universelle en Espagne, en incluant parmi ses conditions le principe de subsidiarité, ainsi que l'existence d'un "lien" 1- Que les présumés responsables du délit se trouvent en Espagne, ou 2- Qu'il y ait des victimes de nationalité espagnole, ou 3- La constatation de l'existence d'un lien significatif avec l'Espagne. Voir : Première partie, titre 1. Chapitre 2, section 2.

¹²⁹⁴Voir Note 3.

¹²⁹⁵En premier lieu il faut rappeler que le Juge Central d'Instruction N° 1 avait déclaré avoir compétence et juridiction pour instruire sur le délit de génocide, en faisant le lien avec le délit de torture et de terrorisme. Fondement juridique n°1 de la Décision judiciaire (Auto) de l'Audiencia Nacional du 13 décembre 2000.

¹²⁹⁶Fondement de Droit n°1 de la Décision judiciaire (Auto) de l'Audiencia Nacional du 27 mars 2000.

pour instruire le cas en déclarant que “(.....) ici a été invoqué -et comme tel doit être accepté-- le principe de poursuite universelle¹²⁹⁷, que le droit espagnol intègre sur la base de ce que les internationalistes dénomment «permissivité compensatrice des normes du Droit International commun », de façon qu’un tel principe non seulement autorise, mais pousse les États à soutenir leur juridiction à l’égard de certains délits internationaux, indépendamment du lieu de réalisation et de la nationalité du coupable ou de la victime. Et il paraît incontestable que depuis les premières mises en oeuvre en 1950 de la Commission du Droit International des Nations Unies, le génocide a figuré sans controverse aucune dans les catalogues de crimes contre la paix et la sécurité de l’Humanité ». ¹²⁹⁸

Par la décision judiciaire (Auto) du 27 avril 2000 le Juge Central d’Instruction N°1 dans sa procédure préliminaire 331/99, confirme et officialise l’application de la décision de l’*Audiencia Nacional* du 27 mars 2000¹²⁹⁹.

Ultérieurement un recours est déposé devant la Chambre en session plénière de l’*Audiencia Nacional* qui révoque la décision judiciaire du 27 mars 2000 pour la remplacer par celle du 13 décembre de la même année, considérant que la juridiction pénale espagnole ne pouvait pas, du moins pour le moment, exercer la juridiction pénale espagnole dans la poursuite des faits graves survenus au Guatemala. La Chambre indiqua que la conclusion

¹²⁹⁷ Dans cette Décision judiciaire (Auto) attaquée, du 27 mars 2000, est appliqué le principe de poursuite universelle, prévu pour le délit de génocide dans l’article 23.4 a) de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire et comme autre critère l’art. 6 de la Convention contre le génocide, ce à partir de quoi il « juge qu’est bien applicable ledit principe puisque les organes judiciaires de l’État sur le territoire duquel a été commis le présent délit de génocide n’ont pas agi, et que ce celui-ci n’a pas non plus donné lieu à un Tribunal Pénal International¹²⁹⁷ prévu à l’article 6 de la Convention contre le Génocide ». Fondement juridique n°1 de la Décision judiciaire (Auto) de l’*Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000.

¹²⁹⁸ Ibidem, Fondement de Droit n°3, décision judiciaire (Auto) de l’*Audiencia Nacional* du 27 mars 2000.

¹²⁹⁹ L’instruteur basa sa décision sur ce que, les faits présentant “l’apparence claire de génocides”, puisqu’il s’agit de l’extermination du peuple maya “sous le prétexte d’une qualification de facilitateur ou protecteur –et même déclencheur- de l’insurrection ou révolution”, conforme au paragraphe 4 a) en relation avec le 2 c) de l’art. 23, et aux arts. 65.1 et 88 de la LOPJ, le Juge était compétent pour instruire sur ce délit, dans lequel d’autres faisant l’objet de plainte s’intégraient. Il ajoutait que la Loi de Réconciliation Nationale du Guatemala seulement accorde l’amnistie aux participants au “conflit armé”, dont l’existence (alléguée par le procureur) est “l’élément factuel en attente de preuve”, que l’article 23 LOPJ est une norme de procédure, pour laquelle n’est pas applicable la doctrine de non-rétroactivité de la norme pénale défavorable, et que n’existe pas la chose jugée. Il constate que ne se déroulaient pas d’autres procès en Guatemala au sujet des mêmes faits, et qu’en plus les États où ont lieu ce type de faits ne peuvent pas faire valoir l’ingérence dans leur souveraineté, les magistrats de l’État qui assume la compétence répressive font valoir la leur propre, en fonction de la préservation d’intérêts communs de l’Humanité civilisée. Il ne s’agit pas pour autant d’éviter l’exercice de la juridiction territoriale du Guatemala, qui “n’est pas exclusive des autres, puisqu’en l’absence de son exercice honorable et efficace celui-ci doit être apporté par des tribunaux qui – comme les espagnols - basent l’extraterritorialité de leur juridiction sur le principe légal – interne et international - de poursuite universelle (...) sans oublier que l’art. 6 de la Convention de 1948 impose la subsidiarité de la juridiction espagnole par rapport à celle de l’État où eurent lieu les faits répétitifs”. Arrêt du Tribunal Constitutionnel, (357/2005) du 26 septembre 2005, éléments de jurisprudence 2, alinéa b.

erronée à laquelle était parvenu le juge instructeur se produisit “en considérant que l’inaction de la juridiction Guatémaltèque se traduisait par une légitimation valide de la juridiction pénale espagnole”.¹³⁰⁰

Malgré cela, il faut signaler que dans la décision judiciaire (Auto) du 27 avril 2000 rendu par le Juge Central n° 1, le juge instructeur fit mention du fondement des décisions judiciaires du 4 et 5 novembre 1998 sur les cas de l’Argentine et du Chili, considérant que la juridiction espagnole procédait ainsi en raison de l’inaction de la juridiction Guatémaltèque. Pourtant cette décision judiciaire (Auto) du 13 décembre 2000, déclara qu’il s’agissait là une interprétation erronée.¹³⁰¹

Par ailleurs, l’Audiencia Nacional en session plénière, déclara que l’article VI de la Convention contre le génocide “impose la subsidiarité de l’ouverture de procédure de juridictions distinctes de celles que le précepte évoque; de cette façon un État devrait s’abstenir d’exercer une juridiction sur des faits, constitutifs de génocide, qui auraient été jugés par les tribunaux du pays où ils eurent lieu ou par un tribunal pénal international”.¹³⁰² Cela signifie que pour l’Audiencia Nacional, ce principe de subsidiarité dérivait de l’article VI de la Convention contre le Génocide et de l’article 17 du Statut du Tribunal Pénal International¹³⁰³, où est évoqué le principe de complémentarité, en déclarant en même temps que le critère de subsidiarité faisait partie du “*jus cogens*” international.¹³⁰⁴

¹³⁰⁰Fondement Juridique n°2 de la Décision judiciaire (Auto) de l’Audiencia Nacional du 13 décembre 2000.

¹³⁰¹Fondement Juridique n°1 de la Décision judiciaire (Auto) de l’Audiencia Nacional du 13 décembre 2000.

Paragraphe premier.

¹³⁰²Ibidem, paragraphe troisième

¹³⁰³Selon l’opinion de Christian TOMUSCHAT, est adéquate la mention de l’article 17 du Statut de Rome (Rapport présenté devant l’Institut de Droit International sur “La compétence universelle en matière pénale à l’égard du crime de génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre”, Annuaire de l’Institut de Droit International, session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p.235). Par contre J.M. SIMON, se montra très critique sur le raisonnement de l’Audiencia Nacional en considérant qu’il ne peut pas être déduit d’une relation verticale de Droit international des principes généraux pour une relation horizontale de sujets “(...) parce que *ratione personae*, et par conséquent *ratione materiae*, elles sont distinctes et pour autant non généralisables” (“Justice Universelle et Génocide au Guatemala” Institut Max Planck (www.iuscrim.mpg.de), 2001, pp. 3 et ss. Dans JuanSantos VARA, “La Juridiction des tribunaux espagnols pour juger les crimes commis au Guatemala”, Revue électronique d’études Internationales, N°11, Madrid, juin 2006, p.4, site web: www.reei.org, dernière recherche, mars 2008.

¹³⁰⁴Fondement Juridique N° 2 de la Décision judiciaire (Auto) de l’Audiencia Nacional du 13 décembre 2000. Paragraphe premier.

Dans la position antérieure, n'était pas pris en compte le principe de concurrence de juridictions, lequel forme bien une norme de "*jus cogens*", qui permet la poursuite universelle des crimes contre l'humanité.¹³⁰⁵

Par conséquent le principe de concurrence des compétences¹³⁰⁶ serait davantage intégré dans le principe de justice universelle¹³⁰⁷ que le principe de subsidiarité, en se fondant sur ce qu'indique le Tribunal Constitutionnel par rapport à l'ancien article 23.4 de la L.O.P.J.¹³⁰⁸.

Pour autant, universalité et subsidiarité sont des concepts antagonistes¹³⁰⁹, car les biens juridiques protégés par le principe d'universalité ne sont le patrimoine d'aucun État, puisqu'ils appartiennent à la communauté internationale¹³¹⁰, ce qui place de fait tous les États

¹³⁰⁵Recours de Protection Constitutionnelle, (Cas Guatemala) Exigences de conformité et d'admissibilité du Recours, Madrid, mars 26 de 2003, p. 42

¹³⁰⁶A cet égard, Ollé Sesé admet que l'application concurrente produirait un double effet: d'éviter d'une part des fraudes ayant pour objectif l'impunité, comme l'ouverture de procédures judiciaires dans les États où aurait été commis le délit visant à donner l'apparence de l'exercice d'une authentique activité juridictionnelle, et d'autre part, la tenue de jugements qui ne seraient qu'en apparence impartiaux et indépendants. Par exemple : retards démesurés et injustifiés pouvant se prolonger sur des années à produire des preuves, ou ingérences dans l'indépendance judiciaire. Manuel OLLÉ SESÉ, op, cit., P. 388 (Voir dans le même sens Carlos SLEPOY PRADA "Le principe de justice universelle et sa réglementation en Espagne: ¿subsidiarité ou concurrence ?", Madrid, Colex, 2001. P.135 à 142.

¹³⁰⁷Pour certains auteurs, le principe de juridiction universelle ne pouvait être dérivé de l'interprétation de l'art. VI de la Convention contre le génocide. C'est ce que déclare Ana PEYRÓ LLOPIS, en disant: [s] il est impossible de déduire une compétence universelle de l'interprétation de l'article VI de la Convention contre le génocide, il faut alors rechercher son fondement dans une norme coutumière (....)". "La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité", Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 20

¹³⁰⁸Le Tribunal Constitutionnel a déclaré, au sujet de l'ancien article 23.4 LOPJ, que " (.....) le fondement ultime de cette norme attributive de compétence trouvait sa racine dans l'universalisation de la compétence juridictionnelle des États et de leurs organes pour poursuivre sur certains faits, dont tous les États ont intérêt à ce qu'ils soient poursuivis et jugés, de sorte que sa conséquence logique est la concurrence de compétences ou, dit autrement, la concurrence des États compétents" (F.J. 4° de l'Arrêt 87/2000, du 27 de mars et 102/2000).

¹³⁰⁹Recours de Protection Constitutionnelle, (Cas Guatemala), op, cit., p.43

¹³¹⁰Dans ce sens se situe l'Arrêt Eichmann dans lequel le Tribunal de District d'Israël déclara qu'il avait la compétence de juger Eichmann, et pouvait ainsi exercer sa compétence universelle : "The State of Israël "ought to punish" the accused derives (...) from two cumulative sources: a universal source (pertaining to the whole of mankind) which vests the right to prosecute and punish crimes of this order in every State within the family of nations; and a specific or national source, which gives the victim nation the right to try any who assault their existence. (...)The jurisdiction to try crimes under international law is universal. (...) The abhorrent crimes defined in this law are crimes not under Israel law alone. These crimes which affected the whole of mankind and shocked the conscience of nations are grave offences against the law of nations itself ("delicta juris gentium). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, in the absence of an International Court, the international law is in need of the judicial and legislative authorities of every country, to give effect to its penal injunctions and to bring criminals to trials" "Affaire Procureur Général d'Israël c/Eichmann, District Court", Jérusalem, 12 décembre 1961, in International Law Reports –ILR-, Cambridge University Press, Editeur. E. Lauterpacht, vol.36, janvier 1968, pp. 50ss. La Cour Suprême israélienne confirma le jugement du Tribunal de district dans les termes suivants : "[t]here is full justification for applying here the principle of universal jurisdiction since the international character of "crimes against humanity" (....) dealt within this case is no longer in doubt (...) [t]he basic reason for which international law recognizes the right of each State to exercise such jurisdiction in piracy offences – notwithstanding the fact that its own sovereignty does not extend to the scene of the commission of the offence (...) and the offender is a national of another State or is stateless – applies with even greater force to the above mentioned crimes". "Affaire Eichmann c/ Procureur Général d'Israël, Cour Suprême d'Israël, 29 mai 1962, in

sur un plan d'égalité¹³¹¹. L'établissement de critères de priorité pour des tribunaux nationaux par rapport à d'autres tribunaux nationaux dans l'attribution de juridiction concernant la protection de biens juridiques dont aucun d'eux n'est titulaire contreviendrait au principe même d'universalité¹³¹².

En définitive, la juridiction universelle se fonde sur l'existence de biens juridiques supranationaux. Tous les États ont ainsi le droit et en même temps le devoir de protéger ces biens juridiques de droit international et de poursuivre ceux qui les lèsent¹³¹³.

Sánchez Legido estime que quand *l'Audiencia Nacional* traite de la subsidiarité de la juridiction universelle établie dans l'article 23.4 de la LOPJ, elle en parle comme "(....) non seulement le résultat de l' (....) (article VI) de la Convention contre le Génocide, mais une règle opérante de caractère général –et impératif- en vertu du Droit national"¹³¹⁴.

La Chambre déclara également que l'*Audiencia Nacional* devait s'abstenir d'instruire le cas puisque si on le compare à ceux de l'Argentine et du Chili, au Guatemala il n'existait pas de loi d'amnistie comme celle du Chili¹³¹⁵. N'étaient pas non plus en vigueur au Guatemala des normes pouvant limiter les enquêtes, à la différence de ce qui s'est passé en Argentine avec les lois de point final et obéissance due¹³¹⁶.

International Law Reports, op, cit. p. 299. Dans le même sens on trouve l'Arrêt du Tribunal d'Appel de la Chambre des Lords de Grande Bretagne du 24 mars 1999: "(.....) Le Droit International stipule que les crimes de *ius cogens*, et parmi eux de génocide peuvent être punis par quelque État que ce soit, puisque les criminels sont des ennemis communs de toute l'humanité et toutes les nations ont le même intérêt à leur arrestation et poursuite".

¹³¹¹Article 2 de la Charte des Nations Unies, qui fut signée à San Francisco le 26 juin 1945 et entra en vigueur le 24 octobre de la même année: « 1. L'Organisation est basée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres ».

¹³¹² « Pour le droit international tous les tribunaux nationaux sont égaux, le contraire se produit quand est attribuée la primauté aux tribunaux internationaux par rapport aux nationaux ». Recours de Protection Constitutionnelle, (cas Guatemala). Exigences de conformité et admissibilité du Recours, p.4.

¹³¹³C'est ce qu'a affirmé le Tribunal Constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne, Chambre II, cas Bosnie-Herzégovine: "Le crime du Génocide est, en tant que violation la plus grave des Droits de l'homme, le cas classique pour appliquer le principe d'universalité, dont la fonction est de rendre possible la poursuite judiciaire pour éviter des lacunes dans la poursuite de crimes contre les biens juridiques les plus importants de la communauté internationale". Tribunal Constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne, Arrêt "BVerfG,2BvR1290/99" du 12 décembre 2000." www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/justiciauniversal-ejemplos.htm. Consulté pour la dernière fois le 12 avril 2012.

¹³¹⁴A. SÁNCHEZ LEGIDO., "Juridiction Universelle Pénale et Droit International", Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 324. (Total de pages 421). Cette idée, selon l'auteur, fut intégrée, sous forme partielle, par l'Arrêt du Tribunal Suprême de 25 février 2003.

¹³¹⁵Le Chili établi sa loi d'amnistie de 1978, (Décret-Loi 2191) qui jusqu'à aujourd'hui est en vigueur.

¹³¹⁶Fondement de Droit n°2 de la Décision judiciaire (Auto) de l'Audiencia Nacional du 13 décembre 2000 « (...) La juridiction d'un État devrait s'abstenir de s'exercer sur des actes, constitutifs de génocide, qui seraient jugés par les tribunaux du pays où ils s'étaient produits ou par un tribunal international ». A cet égard, l'Audiencia Nacional se limite à reprendre la doctrine établie dans les Décisions judiciaires (Auto)s des 4 et 5 de novembre 1998. Dans la Décision judiciaire (Auto) relative aux délits commis durant la

En ce sens le principe d'universalité ne serait limité que si on prenait en compte les dispositions de l'article 23.2 c) de la LOPJ, selon lesquelles la juridiction espagnole s'interdirait seulement d'agir en relation avec les délits indiqués dans son paragraphe 4 – et aussi dans son paragraphe 3-, “à condition que le délinquant n'ait pas été absout, gracié ou puni à l'étranger ou, en ce dernier cas, n'a pas purgé la condamnation. S'il ne l'a purgée qu'en partie, il en sera tenu compte pour la réduire en proportion.”¹³¹⁷

Ainsi *l'Audiencia Nacional*, par cette décision judiciaire (Auto) du 13 décembre de 2000, indiqua que les organes judiciaires espagnols n'avaient pas compétence pour instruire sur ce cas, en invoquant pour argument principal que la compétence internationale pénale avait un critère de subsidiarité face à la compétence territoriale, en accord à ce que statue l'article 6 de la Convention sur la Prévention et la Répression du Crime du Génocide¹³¹⁸. Elle a dit également que les juges du Guatemala avaient la possibilité d'agir, puisqu'ils ne se trouvaient soumis à aucun type d'empêchement législatif,¹³¹⁹ pour faire que la Justice Guatémaltèque poursuive le délit de génocide présumé commis sur le territoire de ce pays.¹³²⁰

En relation avec ce qui précède, *l'Audiencia Nacional* présenta une restriction dans l'application de la compétence internationale pénale, en ce cas précis, consistant à démontrer que les autorités judiciaires de Guatemala ne pouvaient pas exercer leur compétence pour mener à bien l'enquête concernée, en exigeant des plaignants qu'ils joignent à leurs

dictature Argentine il est affirmé que, bien que les lois de Point final et d'Obéissance due aient été dérogées, ces lois restent appliquées et déterminent l'exemption de responsabilité. Ces normes ont le potentiel de dépenaliser des conduites dans le pays où elles se produisent, en jouant sur le fait qu'elles ne pourraient pas être assimilées à celles pour lesquelles un inculpé est absout ou gracié.

¹³¹⁷Art. 23.2 c). « Loi Organique du Pouvoir Judiciaire ». 1e édition, septembre 2005, Madrid, Editions COLEX, 2005.

¹³¹⁸Fondement juridique n° 5. Décision judiciaire (Auto) de *l'Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000

¹³¹⁹Cela veut dire que n'existait aucune loi d'amnistie ni d'oubli. On doit préciser qu'au Guatemala intervint le Rapport de la Commission pour l'Eclaircissement Historique. “-De l'information dérive qu'une fois signé le dernier des Accords de Paix, el de Paix Ferme et Durable du 21.12.96, avec lequel a été mis un terme final à un conflit armé qui dura de 1962 à 1996 par affrontement direct des forces de l'État, avec le rôle actif de l'armée, à la subversion représentée par quatre différentes factions de la gauche, unifiées ultérieurement en une organisation dénommée “Unité Révolutionnaire Nationale Guatémaltèque”, entra en fonction la CEH, appuyée par le Secrétariat Général de l'ONU, dont le rapport fut donné à instruire publiquement fut remis aux parties et au représentant du Secrétaire Général de l'ONU el 25.02.99. Se détacha que ce rapport n'a pas d'effets judiciaires (limitation imposée par l'accord d'Oslo) “ (...) rienn'interdit que les institutions de l'État, et particulièrement les entités du système d'administration de la justice, puissent se baser sur des éléments contenus dans le rapport de la CEH. Ce même raisonnement est applicable aux citoyens qui gardent le plein droit d'exercer des actions qui, en liaison avec les cas décrits dans ce rapport, peuvent les concerner en qualité de victimes”. (Cela veut dire que les citoyens peuvent faire leurs requêtes en qualité de victimes). Fondement de Droit troisième de la Décision judiciaire (Auto) de *l'Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000.

¹³²⁰Fondements de Droit n° 3 de la Décision judiciaire (Auto) de *l'Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000

manifestes une résolution juridique ayant l'effet de rejeter cette compétence¹³²¹. Ils devaient aussi indiquer que ces faits ne pourraient pas faire l'objet d'enquêtes postérieures. En ce sens nous partageons ce que dit Jacqueline HELLMAN MORENO,¹³²² en considérant que *l'Audiencia Nacional* subordonne la compétence des tribunaux espagnols en fonction d'une future ouverture de procédure des tribunaux du lieu où se déroulèrent les faits.

Dans ce cadre, le principe de juridiction universelle ne serait pas absolu, mais conditionné à des facteurs déterminés, "à savoir l'inaction effective des tribunaux internes du pays dans lequel se produisent les faits graves".¹³²³

Attribuer aux plaignants la charge de la preuve restreindrait dans une certaine mesure le plein exercice de la compétence internationale pénale, avec pour conséquence de ces limitations beaucoup de délits restés impunis et l'impossibilité d'une véritable application de ladite compétence.

B. ARRET DU TRIBUNAL SUPREME 327 DU 25 FEVRIER 2003

Les plaignants firent recours de la décision de *l'Audiencia Nacional* du 13 décembre de 2000, en faisant valoir que le droit à « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*) avait été transgressé¹³²⁴. Pour cela, contre la Décision judiciaire (Auto) de cette date est déposé un recours devant le Tribunal Suprême. Celui-ci, dans l'arrêt du 25 février 2003, révoqua en partie la décision judiciaire (Auto) en session plénière de la Chambre criminelle de *l'Audiencia Nacional*, puisque d'un côté elle rejette la subsidiarité dans l'exercice de la juridiction espagnole, subsidiarité qui est qualifiée par *l'Audiencia Nacional* comme un

¹³²¹Fondement juridique n° 4. Décision judiciaire (Auto) de l'Audiencia Nacional du 13 décembre 2000

¹³²²Jacqueline HELLMAN MORENO, "Juridiction Universelle sur crimes internationales, son application en Espagne" Thèse, Madrid, Université autonome de Madrid, 2011, p. 222

¹³²³Ibidem

¹³²⁴Élément de juridiction n° 4, arrêt du Tribunal suprême d'Espagne –STS 327/2003, (sur le manque de compétence de la juridiction espagnole pour juger les délits de génocide, tortures, terrorisme commis au Guatemala). Cinquième: "le recours interposés par les représentants de la requérante Association Argentine Pro-Droits De l'homme-Madrid se base sur le motif suivant de cassation: Unique.- Est conçue la protection de l'article 849.1 de la Loi de Jugement Criminel en se fondant sur une violation par non-application de l'article 23.4 a) et b) de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire en relation avec ce qui est disposé dans les articles 23.5 et 23.2.c) du même texte légal, et à la protection de l'article 5.4 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire dufait que ladite violation produit celle du droitàla tutelle judiciaire effective « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*) consacrée dans l'article 24.1 de la Constitution".

*jus Cogens*¹³²⁵, et d'un autre côté déclare que les autorités espagnoles n'ont pas compétence pour instruire sur le cas en prenant en compte qu'il doit y avoir un lien avec l'Espagne, soit que les victimes fussent espagnoles soit que l'inculpé soit présent en Espagne ou un autre lien d'intérêt national.

Cet arrêt a assis la jurisprudence sur le principe de juridiction universelle. Il prend comme base tout d'abord le principe de subsidiarité relatif aux délits de torture et de génocide, en faisant l'analyse de l'article 6 de la Convention contre le Génocide de 1948 (1). Egalement est pris en compte l'article 23.4 de la L.O.P.J., en faisant valoir que pour son application il est indispensable de remplir des conditions, concernant en particulier le lieu du délit et la nationalité de son auteur ou de sa victime (2). Sont étudiés aussi les traités internationaux qui visent à prévenir et sanctionner lesdits délits (3). Mais outre ces analyses antérieures est examiné le principe de non-intervention dans le cadre de la sauvegarde de la communauté internationale (4) et aussi la limitation de la compétence universelle par le concept de chose jugée (5).

S'ajoutent enfin les opinions dissidentes formulées envers l'arrêt, dans lesquelles est mis en exergue le concept « *contra legem* » ainsi que le « *reformatio in pejus* ». Ces concepts sont approfondis également dans l'analyse présentée dans l'arrêt du Tribunal Constitutionnel puisque ce haut Tribunal coïncide avec les arguments figurant dans l'opinion dissidente (6).

1. L'article 6 du Convention contre le Génocide de 1948

En premier lieu, le Tribunal Suprême déclara que déterminer s'il y a action ou inaction de l'administration de la justice au Guatemala n'incombe pas aux juges et magistrats espagnols, mais au gouvernement de l'Espagne en conformité avec l'article 97 de la Constitution espagnole.¹³²⁶

¹³²⁵Recours de Protection Constitutionnelle, (cas Guatemala) Exigences de source et d'admissibilité du Recours, op. cit., p.19.

¹³²⁶Fondement de Droit n° 6 de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003 « (...) En premier lieu, il s'agit du cas d'un État souverain avec lequel l'Espagne maintient des relations diplomatiques normalisées. Une déclaration de ce type, qui peut avoir une extraordinaire importance dans le cadre des relations internationales, n'incombe pas aux Tribunaux de l'État. L'article 97 de la Constitution espagnole déclare que: « Le Gouvernement dirige la politique intérieure et extérieure, l'Administration civile et militaire et la défense de l'État. Il exerce la fonction exécutive et le pouvoir réglementaire en accord avec la constitution et les lois ».

Cela le conduit à l'analyse des dispositions de l'art. 6 de la Convention contre le génocide. Dans cette analyse, le Tribunal Suprême dit ne pas être d'accord avec la position des requérants selon laquelle se trouverait déduit de cet article le principe de justice universelle¹³²⁷, sans non plus être d'accord avec celle de *l'Audiencia Nacional*, en concluant que cette Convention n'inclut pas la juridiction universelle mais ne l'exclut pas non plus.¹³²⁸

De ce fait, pour le Tribunal Suprême, déduire de l'art. 6 de cette Convention le principe d'universalité est inapproprié, car contraire à son esprit dans la mesure où celle-ci déclare compétentes pour le jugement d'actes de génocide soit la juridiction du territoire où les faits ont été commis, soit une cour pénale internationale.¹³²⁹

Dans son rejet des motifs exposés par *l'Audiencia Nacional*, le Tribunal Suprême déclare la non-légalité de l'application du principe de subsidiarité, en arguant qu'il y eut une "interprétation indue de l'article 6 de la Convention pour la répression du Génocide en

¹³²⁷Jacqueline HELLMAN MORENO, "Juridiction Universelle sur crimes internationaux, son application en Espagne", op. cit., p. 225

¹³²⁸Exposé ainsi dans le Fondement de droit n° 6 de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003. **Sexto:** "(...) [e]lla Convention n'establit pas la juridiction universelle, mais ne l'exclut pas non plus. Elle n'exclut pas non plus d'autres critères. Si on reconnaît la possibilité qu'intervienne plus d'une juridiction nationale, vu la diversité des critères d'attribution juridictionnelle, on doit accepter un certain critère de priorité, visant à résoudre les hypothèses de concurrence effective de juridictions actives, de façon à considérer naturel que l'ouverture d'une procédure des tribunaux du lieu du délit exclut, en principe, celui des Tribunaux d'un autre État".

¹³²⁹Fondement de droit n° 7 de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003. « Les requérants soutiennent que les faits dénoncés sont constitutifs d'un délit de génocide. Seulement aux effets de cette résolution il est admis à titre provisoire, sans que cela implique aucun préjugé sur le fond, que les faits dénoncés peuvent être constitutifs d'un délit de génocide en tant qu'ils affectent le peuple maya comme groupe ethnique. La Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide, du 9 décembre 1948, à laquelle l'Espagne adhéra le 13 septembre 1968, fut publié dans le BOE du 8 de février 1969. Dans cette Convention, les parties contractantes confirment que le génocide est un délit de droit international qu'elles s'engagent à prévenir et à sanctionner. Cette disposition, bien qu'elle suppose la concrétisation normative du sentiment international au sujet du délit de génocide, ne peut pas s'interpréter dans le sens avancé par les requérants, selon lesquels il signifierait la consécration de la juridiction universelle. Cette façon de voir contredirait ce qui fut établi postérieurement dans l'article 6, qui dispose que sera compétente pour le jugement la juridiction du territoire ou une cour pénal internationale. (Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés dans l'article III, seront jugées par un tribunal compétent de l'État sur le territoire duquel l'acte fut commis, ou devant la cour pénale internationale que sera compétente eu égard à celles des Parties contractantes qui auraient reconnu sa juridiction). Cette détermination de la juridiction n'aurait pas de sens si on interprétait que l'article I avait déjà consacré l'engagement des parties contractantes de procéder à sa poursuite et sanction quelque fusse le lieu où l'acte fut commis. De plus, l'article VIII de la Convention, transcrit auparavant, n'autorise pas chaque État à instituer sa juridiction sous ce principe de juridiction universelle, mais que celui-ci doit envisager une forme différente de réagir face au délit commis hors de son territoire, en établissant expressément le recours aux organes compétents de l'ONU dans le but qu'ils adoptent les mesures pertinentes à chaque cas. En exécution de la Convention, l'Espagne intégra le délit de génocide à sa législation pénale, par la Loi 44/1971, du 15 novembre, qui l'inclut dans le Code Pénal alors en vigueur, parmi les délits contre le droit des gens. Mais il ne modifia pas les normes qui réglementaient les hypothèses d'extraterritorialité pour y inclure de façon expresse le principe de juridiction universelle au regard du délit de génocide ».

permettant le principe de subsidiarité de juridictions distinctes de celle du lieu de survenance des faits ou de celle d'un Tribunal Pénal International.

En second lieu, il affirme que *l'Audiencia Nacional* a fait une interprétation induite de l'article 17 du Statut du Tribunal Pénal International, ce qui l'a conduit à une solution similaire. Et en troisième lieu il soutient qu'au cas où le principe de subsidiarité serait fondé, il existe un empêchement de la législation guatémaltèque qui ne permettrait pas à la justice de ce pays de lancer une procédure à la mesure des faits dénoncés, qui justifie l'ouverture d'une instruction par la justice espagnole¹³³⁰.

En définitive, il soutient que la Convention pour la répression et la sanction du génocide n'établit pas un principe de subsidiarité, mais le principe de juridiction universelle, ce qui, en accord avec ce qu'établit l'article 23.4 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, désigne la juridiction des Tribunaux espagnols pour instruire sur les faits dénoncés en tant que constituant un délit de génocide.

2. L'art. 23.4 de la LOPJ.

Un autre point traité par le Tribunal Suprême se réfère à l'application de l'article 23.4 de la LOPJ,¹³³¹ en prenant en compte le lieu du délit et la nationalité de son auteur ou de sa victime. Ainsi cet arrêt, tout en invoquant le principe de justice universelle reconnu à l'art. 23.4 de la LOPJ, déclare que pour l'application de la compétence universelle il faut remplir des conditions¹³³². Il analyse par exemple le cas Tadic, car dans celui-ci la législation interne allemande qui faisait référence à la juridiction universelle, exigea l'existence d'un lien spécial¹³³³. Il faut mettre en exergue que des développements ultérieurs dans ce sens

¹³³⁰Fondement de droit N°5 de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003.

¹³³¹Cet article fut modifié par la loi 001 de novembre 2009. Voir: Titre II, Chapitre 1, Section 3 de la première partie.

¹³³²Fondement de droit N°8 de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003.

¹³³³Dans le cas Tadic, la décision judiciaire du Juge instructeur du Tribunal Suprême Fédéral allemand du 13 février 1994, interpréta l'article 6.1 du Code Pénal allemand (StGB) en en déduisant que la juridiction universelle prévue dans celui-ci exigeait pour son exercice l'existence d'un lien additionnel avec l'Allemagne (doctrine du lien de légitimation), en considérant comme valide à cet égard la résidence passée du suspect en territoire germanique ainsi que son arrestation sur celui-ci. Base de données du CICR sur l'application nationale du Droit international humanitaire disponible sur <http://www.cicr.org/ihl-nat.nsf/WebLAW?OpenView>. , Visité la dernière fois le 24 novembre 2012.

intervinrent dans la législation allemande comme l'illustrent le cas Sokolovic¹³³⁴, ainsi que la loi relative au Code des Crimes contre le droit international de 26 juin 2002, adoptée dans le but d'ajuster le droit pénal allemand au Statut de la CPI.¹³³⁵

De même, le Tribunal Suprême mentionne le cas Sharon¹³³⁶ devant la Cour de Cassation belge qui se termina le 12 février 2003, et où ce Tribunal fait référence à l'immunité des représentants de l'État en exercice et non à la reconnaissance que font les autorités belges de l'existence de la juridiction universelle dans leur propre législation interne¹³³⁷.

Malgré cela on notera que, d'une analyse de la pratique interne des États, la conclusion qu'on peut déduire est que la majorité des réglementations internes conditionnent l'exercice de la

¹³³⁴Dans ledit arrêt, le Tribunal Suprême Allemand a soutenu que "The Court inclines, in any case under article 6 parag. 9 of the German Criminal Code, not to hold as necessary these additional factual links that would warrant the exercise of jurisdiction. Indeed, when, by virtue of an obligation laid down in an international treaty, Germany prosecutes and punishes under German law an offence committed by a foreigner abroad, it is difficult to speak of an infringement of the principle of non-intervention" (judgment of 21 february 2001, 3 StR 327/2000). En Antonio CASSESE, "International Criminal Law", Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 289. Ce point sera à nouveau étudié dans la sous-section sur l'analyse de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005.

¹³³⁵Dans son article 1, elle reconnaît la juridiction universelle dans le sens que: "une affaire non seulement doit faire l'objet d'enquête si le suspect se trouve en territoire allemand, mais aussi si sa présence est prévisible. Raisonnablement, cela signifie qu'une affaire sera prise en considération s'il existe une possibilité réelle que la personne en question soit extradée en Allemagne à la requête de ce pays". Kaul, H. P., Mlitzke, A., et Wirth, S., International Criminal Law in Germany. The Drafts of the International Crimes Code and the Rome Statute Implementation Act. Rapport présenté par la Délégation allemande à la Commission Préparatoire de la Cour Pénale Internationale dans sa 9e session tenue le 18 avril 2002. Disponible à : <http://www.iccnw.org/ressourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/analysis/Comments%20on%20ICCCode%20and%20E41.pdf>.

Cette loi s'applique aux crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, évoqués dans le Statut de la CPI "y compris quand le délit est commis à l'étranger et qu'aucune relation n'est en cause avec l'Allemagne" (italiques ajoutées). La loi traduite en anglais, est disponible à: www.iccnw.org/ressourcestools/ratimptoolkit/regionaltools/legislationdebates/GermanCodeOfInternational4CI.pdf. Dans Carmen MARQUEZ CARRASCO y Magdalena MARTIN MARTINEZ, « El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico interno de España », p. 259. Anuario Mexicano de derecho internacional, vol. XI, 2011, p. 271 (cette oeuvre fait partie des fonds de la Bibliothèque juridique virtuelle de l'Institut de recherches juridiques de l'UNAM. P. Web: www.juridicas.unam.mx. Visitée pour dernière fois 11 de mars de 2013.

¹³³⁶Dans la décision citée, le tribunal suprême belge déclara non recevables les actions exercées contre A. Sharon en considérant applicable de préférence au droit interne belge le droit international coutumier en matière d'immunité des hauts représentants de l'État en exercice, tel que l'avait interprété la CIJ dans le domaine du mandat d'arrêt international. Au contraire, il déclara admissibles les actions engagées contre le commandant A. Yaron en considérant que l'art. 7 de la loi belge de 1993 (modifiée en 1999 et par la suite le 23 avril 2003) sur la répression des infractions graves du Droit International Humanitaire ne conditionne pas l'exercice qu'il envisage de la juridiction universelle à la présence du suspect en territoire belge. Cour de Cassation, Section Française. 2e Chambre, arrêt du 12 février 2003, Ass. Hijazi S. et crts. C/ Sharon A. et Yaron A., n°. JC032CI_1. Le texte de l'arrêt, à côté aux conclusions du procureur général Du Jardin, est disponible dans la page web de la Cour de Cassation en: <http://www.cass.be/juris>. Consultée pour la dernière fois le 20 mars de 2012. Ce point sera à nouveau étudié dans la sous-section correspondant à l'analyse de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005.

¹³³⁷Sánchez Legido, A., "La pratique espagnole en matière de juridiction universelle"; article englobé dans le projet d'enquête titré: Droits de l'homme responsabilité internationale et sécurité collective, 2002. Disponible à : <http://www.uma.es/investigadores/grupos/incodeum/Archivos/COOP/LA>

juridiction universelle à la présence du suspect sur leur propre territoire¹³³⁸. Pour cette raison le Tribunal Suprême continue à argumenter que l'extension extraterritoriale de la compétence internationale pénale espagnole doit se faire chaque fois qu'un intérêt déterminé y conduit.¹³³⁹

Cet arrêt déroge donc de fait à l'ancien art. 23.4 et introduit le principe de personnalité passive, inexistant à l'époque dans la législation espagnole,¹³⁴⁰ Ainsi donc la position du Tribunal Suprême a pour base que l'Espagne est compétente seulement pour instruire sur les faits ayant affecté des citoyens espagnols.

¹³³⁸La France, par exemple, où l'exigence de la présence du présumé responsable sur le territoire, est prévue tant par le Code de Procédure Pénal (article 689.1) que dans les lois d'adaptation de la réglementation française aux résolutions de création des tribunaux pénaux internationaux ad hoc, (art. 2), fut interprétée dans l'affaire Javor de façon très rigide de la part de la Cour de Cassation, en liant toute ouverture de procédure judiciaire en France sur la base du principe d'universalité à l'existence d'indices clairs qui prouvent que le suspect se trouve en territoire français. Voir à ce sujet, Stern, B, "La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex Yougoslavie et au Rwanda", GYBIL, vol. 40 (1997), pp.292.

Il faut observer qu'ultérieurement selon la loi entrée en vigueur en août 2010, le concept de présence du présumé responsable sur le territoire français a été restreint, au sens qu'est actuellement exigée la résidence habituelle de l'auteur présumé des faits sur le territoire français, comme sont requis aussi l'incrimination des faits par la législation de l'État où ils ont été commis, le monopole des poursuites par le ministère public et la renonciation de la compétence par la Cour pénale internationale. Voir supra p. 12 (Paris) ? Aussi voir, supra, Note, 45 (Paris) ? Egalement en Hollande dans le cas concernant l'ancien président du Surinam D.D. Bouterse, le Tribunal Suprême hollandais soutint que, bien que la législation hollandaise n'exige pas la présence du suspect sur le territoire hollandais, ne rentre dans ce cadre le jugement d'un individu pour actes de torture commis à l'étranger sauf « si existe l'une des dispositions prévues par la convention établissant la compétence juridictionnelle, par exemple que l'accusé ou la victime soient hollandais ou doivent être considérés comme tels ou que l'accusé se trouve sur le territoire hollandais au moment de son arrestation ». Voir. Kleffner, J.K., "Jurisdiction over génocide, crimes against humanity, war crimes, torture and terrorism in the Netherlands" dans A. Cassese & M. Delmas-Marty (eds.), "Juridictions Nationales et Crimes internationaux" Etude comparée, Paris, Presses Universitaires de France, pp. 217-257.

Outre ces cas, l'exigence de présence de l'inculpé existe aussi dans d'autres législations comme "dans le code pénal autrichien (art. 64), le code pénal danois (art. 8.6), le code pénal nicaraguayen de 1974 (article 16) le code pénal polonais de 1997 (articles 110 et 113), le code pénal portugais de 1995 (article 5.1), les lois britanniques et écossaises relatives à la Cour Pénale Internationale, qui exigent non seulement la présence mais la résidence (sect. 68 et 6.2 respectivement), le code pénal suédois (sect. 2, cap. 2), le code pénal suisse (art. 6bis), le code pénal vénézuélien (article 4.9)". Dans Carmen MARQUEZ CARRASCO et Magdalena MARTIN MARTINEZ "Le principe de juridiction universelle dans l'ordre juridique espagnol: passé, présent et futur, op, cit., p. 272.

¹³³⁹Fondement de Droit n°9 de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003.-« (...) de nos jours la doctrine soutient largement l'idée qu'il n'incombe à aucun État en particulier de s'occuper unilatéralement de stabiliser l'ordre, en recourant au Droit Pénal, contre tous et dans tout le monde, et que de plus il peut manquer un lien qui légitime l'extension extraterritoriale de sa juridiction. Sans doute il existe un consensus international sur la nécessité de poursuivre sur cette classe de faits, mais les accords entre États n'ont pas établi la juridiction illimitée de l'un quelconque d'entre eux sur des faits survenus sur le territoire d'un autre État, en ayant recouru, au contraire, à d'autres solutions ».

¹³⁴⁰Rappelons que dans la réforme de l'art. 23.4 de la L.O.P.J., établi par la loi 01 de 2009 du 3 novembre, est incorporé le principe de personnalité passive, ce qui veut dire qu'il existe un lien avec des victimes espagnoles.

3. L'arrêt du Tribunal Suprême relatif aux normes et traités internationaux et la doctrine du tribunal constitutionnel.

Le tribunal suprême argumente que pour pouvoir faire application de l'ancien art. 23.4 de la L.O.P.J., dans ce qu'il se réfère aux délits de génocide ou terrorisme, il est nécessaire que celui-ci dérive du droit international public, donc soit issu d'un traité international.¹³⁴¹

En ce sens l'Arrêt du Tribunal Suprême dans son fondement de Droit n°11, déclare: "(...) eu égard au délit de Génocide, la juridiction universelle ne peut pas être déduite des dispositions de la Convention pour la Prévention et la Répression du crime du génocide, ni de celles d'aucun Traité ou Convention souscrit par l'Espagne".¹³⁴²

Le Tribunal Suprême en résumé a considéré que pour l'application de l'ancien art. 23.4 de la L.O.P.J., l'extension extraterritoriale qu'elle prévoit ne pourra se faire que si une Convention internationale l'établit¹³⁴³. Ce n'est qu'alors que pourrait avoir lieu la poursuite universelle du délit de génocide, ou de celui de terrorisme ou de quelque autre délit prévu dans ledit article. Sinon le législateur national serait amené, en donnant ce mandat, à le transgresser, donc légiférer à l'encontre du Droit International, ce qu'il aurait fait dans les paragraphes a) et b) de l'article 23.4.¹³⁴⁴

C'est pour cette raison que le T.S. utilise la Convention Internationale contre la torture et analyse les éléments de la compétence établis dans son art. 5. Ceux-ci peuvent être appliqués

¹³⁴¹Manifeste au moyen duquel est déposé le Recours de "Protection Constitutionnelle", contre l'Arrêt prononcé par la Chambre criminelle du Tribunal Suprême d'Espagne le 25 février 2003 (Recours de Cassation No. 803/2001 déposé par les représentés par les soins de l'expert juridique Don Carlos Slepoy Prada, contre la Décision judiciaire (Auto) de la Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional du 13 décembre 2000, prise en Recours de l'Appel déposé par le Ministère public contre la Décision judiciaire (Auto) du 27 avril 2000 du Juge Central d'Instruction n°1 émis dans sa procédure préliminaire 331/99. Ainsi donc le recours de protection est déposé contre la - déjà mentionnée - Décision judiciaire (Auto) de la Chambre criminelle de l'Audiencia Nacional du 13 décembre 2000), p. 25

¹³⁴²Fondement de droit N° 11, Arrêt du Tribunal Suprême No. 327 du 25 février 2003

¹³⁴³Antécédent n°5 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel No. 237 du 26 septembre 2005. Dans cet antécédent, le Tribunal Constitutionnel réfute la position du Tribunal Suprême concernant une application de l'article 23.4 de la L.O.P.J., dérivée seulement des conventions internationales qui l'établissent, en déclarant que: "(...)[E]n ces Conventions reflètent des critères de juridiction basés généralement sur le territoire ou sur la personnalité active ou passive, outre la formule classique de collaboration « aut dedere aut punire », mais aucune de ces conventions n'incorpore la possibilité d'établir la juridiction universelle dans la législation interne sans aucune limitation".

¹³⁴⁴Manifeste avec lequel est déposé le recours de "Protection Constitutionnelle", op, cit., p. 25

par les Tribunaux espagnols et, par conséquent, seuls les citoyens espagnols victimes des crimes commis au Guatemala peuvent être protégés par la justice espagnole.¹³⁴⁵

De ce fait, le Tribunal Suprême admet la plainte seulement en référence au délit de tortures, en faisant ressortir celles subies par les citoyens espagnols dans les actes intervenus dans l’ambassade d’Espagne au Guatemala le 30 novembre 1980. Mais aussi ce Tribunal exige la présence des inculpés en Espagne pour pouvoir ré-instruire totalement cette juridiction. A partir de cela la décision judiciaire (Auto) de l’*Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000, fut partiellement révoquée.¹³⁴⁶

En synthèse sur cet arrêt, pour le Tribunal Suprême, le principe de justice universelle n’est pas concrétisé de manière expresse dans les Traités Internationaux, “en s’interprétant comme une formule de collaboration de chacun des États pour la poursuite des délits”.¹³⁴⁷

4. Le Principe de non-intervention

Cet Arrêt statue aussi que le principe de non-intervention dans les affaires d’autres États, reconnu dans l’article 27 de la Charte des Nations Unies, permettrait des restrictions sur des affaires affectant les droits de l’homme, mais que ces restrictions seraient contestables si cette

¹³⁴⁵Ibidem. “A résultat pour cela d’une absolue inconsistance que la Chambre Pénale du T.S. décide que les tribunaux espagnols soient supposés n’avoir compétence que selon les facteurs attributifs de juridiction établis dans la Convention internationale contre la Torture et autres traitements cruels inhumains et dégradants. Cette Convention (...) oblige seulement à exercer les compétences juridictionnelles qu’établit son article 5 dans ses paragraphes 1 et 2. Les États parties ont la faculté, que la Convention leur offre dans son art. 5. 3., d’étendre davantage ladite compétence. Mais le législateur espagnol n’a pas fait usage de ce pouvoir. La juridiction universelle, conformément à laquelle des délits précis soient poursuivis sans prise en compte de nationalités, d’intérêts propres ou de lieux de détention, a été établie par le législateur seulement par rapport aux délits évoqués aux alinéas a) à f) de l’article 23.4 de la L.O.P.J. Dans le cas du premier alinéa, en application d’un engagement contracté universellement, et pour les alinéas suivants en utilisant une des possibilités que les Conventions internationales lui offraient. Dans les deux cas, en mettant les Tribunaux de Justice espagnols au service de la prévention et répression de crimes internationaux.” p.30

¹³⁴⁶MARQUEZ CARRASCO/MARTIN MARTINEZ. “Le Principe de Juridiction Universelle”, op. cit., p. 289 . “L’Arrêt signale pour cela que la Convention contre le génocide n’établit pas le principe de juridiction universelle; par contre, il ajoute que la Convention contre la torture le permet effectivement (en se basant sur le principe de la nationalité passive), pour le jugement par les tribunaux espagnols des cas non jugés dans le pays où survinrent les faits, quand des nationaux sont affectés. En ce sens, le TS déclare la compétence de la juridiction espagnole pour instruire sur les faits dénoncés, qui eurent lieu au Guatemala, en limitant l’instruction à ceux où est admis un lien avec un intérêt national (attaque de l’ambassade espagnole le 30 janvier 1980 et assassinat de prêtres catholiques espagnols), et en révoquant pour cela partiellement la Décision judiciaire (Auto) de l’*Audiencia Nacional* qui avait déclaré l’incompétence absolue de la juridiction espagnole.”

¹³⁴⁷David Lorenzo MORILLAS FERNÁNDEZ, “Le principe de justice universelle dans l’appareil juridictionnel espagnol”, en Ana Isabel PEREZ CEPEDA, Directrice, “Le principe de justice universelle: Fondements et limites”, p. 601.

possibilité d'intervention se voyait acceptée par des accords internationaux ou décidée par la communauté internationale.¹³⁴⁸

Toutefois cette position contredit le vrai sens de la compétence universelle, comme l'a bien dit Manuel Ollé Sesse, "la juridiction universelle se traduit non pas par l'ingérence dans les affaires internes d'un État ou la lésion de sa souveraineté mais par l'implication dans la poursuite de crimes de Droit International. Pour cela n'existe ni exclusivité ni subsidiarité, sinon la concurrence et l'universalité"¹³⁴⁹

5. La limitation par le concept de la chose jugée.

Le principe de justice universelle reste limité par le concept de chose jugée, donc il ne s'applique que si existe un jugement définitif, qui absout ou condamne le même fait que celui qu'on tente de juger. Dans le cas contraire s'appliquera le principe de non bis in idem¹³⁵⁰.

6. Les opinions dissidentes exposées dans l'Arrêt du Tribunal Suprême.

Dans cet arrêt sont présentées diverses opinions dissidentes, d'où ressortent les suivantes :

Il a d'abord été déclaré que cet arrêt faisait une interprétation *contra legem* de l'art. 23.4.¹³⁵¹, en n'ayant pas respecté son véritable sens.¹³⁵²

¹³⁴⁸Silvia MENDOZA CALDERON, « Quelques observations sur l'application du principe de légalité en Droit pénal international » en Ana Isabel PEREZ CEPEDA (directrice), "Le principe de Justice Universelle: Fondements et limites, Valencia, éditions Tirant lo Blanch, 2012, p. 283.

¹³⁴⁹Manuel OLLÉ SESÉ, "Justice Universelle pour Crimes Internationaux", Madrid, La Loi, 2008, p.388

¹³⁵⁰David Lorenzo MORILLAS FERNÁNDEZ, "Le principe de justice universelle dans l'appareil juridictionnel espagnole", op. cit., p. 602.

¹³⁵¹PEREZ ALONSO, mentionne que dans la déclaration dissidente n°6 sur cet arrêt "la divergence essentielle résiderait dans le fait que la résolution majoritaire aurait fait une interprétation *contra legem* de l'article 23.4 L.O.P.J. en ayant ajouté des exigences non écrites dans la loi en vigueur à l'époque pour appliquer le principe de justice universelle. En ce sens, elle n'indiquait pas que les victimes devaient être nécessairement espagnoles, ni que les présumés responsables devaient se trouver en territoire espagnol, puisque l'élément pertinent serait la nature du délit comme délit contre la communauté internationale". "Cas Guatemala", en SANCHEZ –OSTIZ GUTIERREZ, op. cit., P. 694

¹³⁵²Dans cette déclaration dissidente n°6 sur l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003, il est mentionné que "(...) Le précepte cité (art. 23.4 de la LOPJ), dispose avec clarté que la juridiction espagnole sera compétente pour instruire sur les faits commis par des espagnols ou étrangers hors du territoire national susceptibles d'être classés, selon la loi pénale espagnole, comme délit de génocide, entre autres". Et il ajoute que "Par contre dans le fondement de la résolution majoritaire est rejeté l'exercice de la juridiction espagnole en

Aussi le Tribunal Suprême considéra qu’il serait très difficile, puisque les présumés coupables ne se trouvaient pas en Espagne, de légitimer la juridiction espagnole en conformité avec ce qu’établit la Convention contre le génocide¹³⁵³. Il conclut ainsi que le lien avec l’Espagne n’existe pas par rapport au délit auquel on prétendait l’imputer. Cela dans la mesure où, tout en constatant la présence de victimes espagnoles, il n’est pas possible de leur attribuer le statut de victimes d’un délit de génocide. Il conclut aussi dans le même sens concernant le délit de terrorisme¹³⁵⁴.

A ce sujet intervint le vote dissident n°5 où est expliqué que les exactions graves subies par la population maya étaient un motif suffisant pour que le Haut Tribunal admette la revendication des plaignants et que l’inaction de la justice guatémaltèque devait justifier l’application immédiate du principe de juridiction universelle.

Dans ce vote était par ailleurs dénoncée la restriction apportée par le Tribunal Suprême qui affirmait que “la juridiction espagnole est compétente sur les délits de Génocide commis à l’étranger, seulement si les victimes du génocide étaient espagnoles (ce serait rarement le cas), ou que les coupables se trouvent en territoire espagnol”.

Toujours dans ce vote il est dit aussi que l’interprétation du Tribunal Suprême au regard de l’article 23.4 de la LOPJ restreint encore plus la possibilité d’ouvrir une procédure que celle faite par *l’Audiencia Nacional* vu que cette dernière considérait les faits dénoncés comme susceptibles d’être jugés comme délits de génocide. Ainsi, selon l’opinion des sept magistrats qui signent le vote, cela constitue une *reformatio in pejus*,¹³⁵⁵ autrement dit cet arrêt porte préjudice aux propres requérants¹³⁵⁶.

liaison avec le génocide dénoncé car aucune des victimes n’est de nationalité espagnole et aucun des coupables ne se trouve en territoire espagnol. L’arrêt majoritaire estime que ce sont là les critères d’attribution de la juridiction espagnole dans ces cas. Mais ce qui est certain est que ces critères n’apparaissent absolument pas dans le précepte légal.”

¹³⁵³SÁNCHEZ LEGIDO déclare en commentant l’Arrêt du Tribunal Suprême que « (...) l’unique juridiction authentiquement universelle admise dorénavant dans notre pays sera celle liée à la présence du suspect (s) en territoire espagnol”, “Juridiction Universelle pénale et Droit international” ..., op, cit., pp. 195 et 196.

¹³⁵⁴Fondement de droit n°11. Arrêt du Tribunal suprême du 25 février 2003

¹³⁵⁵Reformatio in pejus, signifie “aggraver la peine de l’appelant initialement prononcée”. Olivier Merlin Walch, “Dictionnaire Juridique Français/Espagnol, Español/Français”, Paris, L.G.D.J. – Montchrestien, 5^e édition, 2006, p.1162. L’expression « reformatio in pejus » s’utilise quand à l’occasion d’un recours d’appel ou de cassation, le tribunal chargé de produire un nouvel arrêt censé résoudre l’affaire aggrave les termes dans lesquels furent prononcés le premier arrêt pour le requérant. Par exemple la Constitution Espagnole de 1978, dans son article 24, inclut le droit d’être informé de l’accusation formulée et par extension l’interdiction du reformatio in pejus. De même la Constitution Nationale de Colombie établit comme principe constitutionnel l’interdiction du “reformatio in pejus” dans l’art. 31 qui dit : “Tout arrêt judiciaire pourra faire l’objet d’appel ou consulté, sauf les exceptions que consacre la loi. L’instance

Ce *reformatio in pejus*, consiste ici en l'exigence d'un élément de lien, que ce soit la nationalité espagnole de la victime ou la nationalité espagnole de l'inculpé¹³⁵⁷, pour que soit reconnue l'application de l'art. 23.4 de la LOPJ. De cette façon le Tribunal Suprême rejette le dénommé principe de subsidiarité comme contraire à la législation internationale en la matière, et également ne reconnaît pas que puisse s'appliquer l'article 23.4 de la LOPJ¹³⁵⁸

supérieure ne pourra pas aggraver la peine imposée quand le condamné est le seul requérant". Voir: Arrêt de la Cour Constitutionnelle de Colombie, T-291/06. Page web: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-291-06.htm. (visitée la dernière fois le 20 avril 2013).

¹³⁵⁶ « Dans le cas présent, les requérants eurent recours au Tribunal Suprême, parce que l'*Audiencia Nacional* n'a pas retenu pour l'instant la plainte pour le délit de génocide et le résultat du recours contient une résolution plus restrictive qui refuse la juridiction espagnole de façon définitive, active ou non, que la juridiction territoriale agisse ou non". Fondement de Droit n°5 du Vote particulier de l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003. "Reformatio in pejus". L'application du principe de subsidiarité constitue l'unique fondement par lequel l'*Audiencia Nacional*, à l'instance du Ministère public, révoque la décision judiciaire (Auto) de l'Instructeur. La résolution majoritaire elle-même estime que ledit fondement n'est pas correct, car sa conséquence serait, comme déjà signalé, d'évaluer le motif de recours comme une infraction à la loi, et casser la décision judiciaire (Auto) de l'*Audiencia Nacional*. En ne procédant pas ainsi, la résolution finalement adoptée par la position majoritaire aboutit en "reformatio in pejus". En effet les seuls requérants étaient les plaignants, et l'arrêt leur porte préjudice par rapport à leur situation d'avant le recours, cela en ce qui concerne la base essentielle de leur revendication, qui est la plainte pour délit de Génocide supposé commis au Guatemala contre la population d'ethnie maya. La décision judiciaire (Auto) ayant fait l'objet d'un recours en cassation admettait la juridiction espagnole pour instruire sur le délit de Génocide dénoncé, critère partagé tant par l'Instructeur que par l'*Audiencia Nacional*, et décidait seulement la non-conformité de l'exercice de ladite juridiction, "pour le moment", pour la courte durée écoulée depuis que furent conclus les travaux de la Commission pour l'Éclaircissement Historique (25 février 1999) jusqu'à ce que soit formulée une première plainte devant l'*Audiencia Nacional* (2 décembre 1999). La Chambre de l'*Audiencia Nacional* a estimé que ledit laps de temps ne permettait pas d'apprécier si les organes compétents guatémaltèques pour poursuivre sur le génocide allaient agir ou non. Mais la résolution attaquée laissait ouverte la possibilité d'admettre la plainte pour génocide si était prouvée, à plus longue échéance, l'impunité. Maintenant il faut prendre en compte que déjà trois ans se sont écoulés. Et là au contraire la résolution majoritaire suit en matière de Juridiction Universelle la doctrine du Procureur de l'*Audiencia Nacional*, plus restrictive que celle de la Chambre, en estimant que la juridiction espagnole n'est compétente sur les délits de génocide commis à l'étranger que si les victimes du génocide sont espagnoles (ce qui interviendra rarement), ou les coupables se trouvent en territoire espagnol (Fondement juridique onzième). De ce fait le résultat, bien qu'il reconnaisse partiellement le recours, limite l'admission de la plainte exclusivement au cadre des délits de torture et seulement contre des citoyens espagnols. Concernant le crime international de génocide contre la population maya, base de la plainte, la résolution du recours rejette la possibilité d'appliquer la juridiction espagnole non seulement "pour le moment", comme indiquait la décision judiciaire (Auto) attaquée, mais de façon définitive. Le "reformatio in pejus" se produit quand la résolution du recours opère une modification préjudiciable en phase de cassation qui n'est la conséquence d'aucune des revendications devant le Tribunal suite à aucun recours admis aux formalités d'examen. Dans le cas actuel, les requérants eurent recours à cette Chambre en cassation parce que l'*Audiencia Nacional* n'admit pas la plainte pour délit de génocide, "pour l'instant". Ils ont avancé la difficulté de prouver un manque d'action concrète de la juridiction nationale, et montraient l'intérêt d'une résolution plus favorable sur l'interprétation des exigences d'application de la juridiction universelle au Génocide, comme délit contre la communauté internationale (...). »

¹³⁵⁷ A cet égard, Sánchez Legido déclare qu'existe un rapport direct entre le principe *aut dedere aut judicare*, et la juridiction universelle in absentia. Pour cela en Espagne est nécessaire la présence de l'accusé pour le jugement, mais pas pour l'instruction. "La pratique espagnole en matière de juridiction universelle". p. 14. Site de consultation <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03materiales/articulospubli>. Consulté pour la dernière fois le 21 avril 2012.

¹³⁵⁸ Manuel Ollé Sesé, "Justice Universelle pour Crimes Internationales", op. cit., p. 388

De ce fait le principe de personnalité passive que fait valoir le Tribunal Suprême dans son arrêt du 25 février 2003, figure comme un puissant limitateur du principe d'universalité.¹³⁵⁹ Cependant, à ce sujet, Sanchez Legido est d'accord que : “(.....) l'existence de victimes de nationalité espagnole est une exigence indispensable pour rendre opérationnel le titre de juridiction prévu à l'art. 23.4 LOPJ, dans ces cas où le suspect ne se trouve pas sur le territoire espagnol”.¹³⁶⁰

En conséquence, le Tribunal Suprême refusa aux tribunaux espagnols la compétence d'exercer une juridiction sur les crimes commis en Guatemala, en argumentant que, outre que ne peut se prouver que l'un quelconque des présumés coupables se trouverait en territoire espagnol ni que l'Espagne aurait refusé son extradition, “on ne détecte pas l'existence d'un lien avec un intérêt national espagnol en rapport direct avec ce délit puisque, même si se concrétise ledit lien de la nationalité des victimes, la plainte ne porte pas sur un délit de génocide qui serait commis sur des espagnols. Ne se matérialise pas non plus un lien direct avec d'autres intérêts espagnols pertinents”¹³⁶¹.

Sur la position antérieure du Tribunal Suprême, se situe une autre opinion dissidente par les sept magistrats, où est signalée que l'existence de victimes espagnoles pouvait renforcer les raisons justifiant l'ouverture de procédure des tribunaux espagnols pour instruire l'affaire. Mais ladite juridiction se basait sur le principe de poursuite universelle en accord à ce qui était établi dans l'ancien article 24.3 a) de la L.O.P.J. et non sur celui de personnalité passive. Ces magistrats faisaient également valoir qu'exiger la concurrence de compétence pour un intérêt national allait en sens contraire du contexte du délit de génocide dans la mesure où ce dernier affectait la Communauté internationale dans son ensemble.

Toutefois, pour les sept magistrats, il existe dans le cas Guatemala d'autres liens avec l'Espagne tels que des liens historiques, sociaux, linguistiques, juridiques, outre le fait que la plainte se réfère à un nombre significatif de victimes de nationalité espagnole.¹³⁶² L'ensemble de liens dans ce cas se trouve renforcé par l'attaque de l'ambassade espagnole au Guatemala, pour laquelle est ajouté dans cette déclaration particulière, “qu'il ne peut constituer un exemple plus clair d'affectation des intérêts de notre pays, et qu'il constitue un cas manifeste

¹³⁵⁹Jacqueline HELLMAN MORENO, “Juridiction Universelle sur crimes internationaux, son application en Espagne” Thèse, Madrid, Université Autonome de Madrid, Madrid, 2011, p. 231.

¹³⁶⁰A. SÁNCHEZ LEGIDO, “La pratique espagnole en matière de juridiction universelle”, op. cit., p. 7

¹³⁶¹Fondement juridique No. 10, Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003

¹³⁶²Juan Santos VARA, “La Juridiction des Tribunaux Espagnols pour juger les crimes commis au Guatemala”, op. cit., p. 14

de lien, puisque il s'est produit dans le cadre des actions génocidaires, dans l'hypothèse de représailles vis-à-vis de la protection qui était offerte à l'ethnie agressée"¹³⁶³.

Il convient d'ajouter qu'au moment où le Tribunal Suprême émet cet arrêt il commence à apparaître que l'application de la compétence universelle devient une source de conflits dans les relations politiques entre l'Espagne et d'autres États, ce qui donne un sens à l'interprétation produite par le Haut Tribunal puisqu'elle coïncide avec l'actuel art. 23.4 de la LOPJ.¹³⁶⁴ Pour cela l'argument du Tribunal Suprême ne peut être négligé¹³⁶⁵, bien que cet arrêt ait été ultérieurement annulé par le T.C.

§2. ARRET 237 DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL DU 26 SEPTEMBRE 2005.

L'arrêt du Tribunal Suprême 327 du 25 février 2003, qui a rejeté partiellement le pourvoi en cassation formé contre la décision judiciaire (Auto) de la session plénière de la Chambre criminelle de l'*Audiencia Nacional* du 13 décembre 2000, est attaqué en « Amparo » (recours en protection constitutionnelle), de même que cette dernière décision, en raison de la violation de l'article 24.1 de la Constitution espagnole traitant de « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*).

La raison principale de la requête devant le TC concernait l'interprétation de l'article 23.4 de la L.O.P.J. et le critère de la compétence universelle qui en dérivait. Cette requête dénonçait une interprétation *contra legem* de cet article car elle exigeait une série de conditions qui ne se trouvaient pas inscrites dans l'ordre juridique et de plus étaient totalement contraires à l'esprit de l'institution,¹³⁶⁶ bafouant ainsi les droits fondamentaux des requérants¹³⁶⁷.

¹³⁶³Fondement juridique no. 12 de la déclaration particulière. Il faut noter que dans cette déclaration, le Tribunal Constitutionnel se solidarise, en le mentionnant en appui de son raisonnement, avec les législations d'autres pays qui incorporent le principe de juridiction universelle sans le lier à des intérêts nationaux, ce qui est exposé plus avant sous le titre de l'analyse du Tribunal Constitutionnel.

¹³⁶⁴Jacqueline HELLMAN MORENO, "Juridiction Universelle sur crimes internationaux, son application en Espagne" Thèse, Madrid, Université Autonome de Madrid, op. cit., p.232.

¹³⁶⁵Ibidem

¹³⁶⁶David Lorenzo MORILLAS FERNANDEZ, « Application pratique du principe de justice universelle : clés pour comprendre la loi Organique 1/2009 et sa validité actuelle », dans « Le principe de justice universelle : fondements et limites », op. cit. p. 608.

¹³⁶⁷Fondement juridique No. 1 de la Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 26 septembre.

Ces conditions ou liens avec l'Espagne¹³⁶⁸ portaient sur la nationalité des victimes, la présence de l'auteur sur le territoire espagnol ou l'existence d'un intérêt national.

Le Tribunal Constitutionnel (TC), reprend le concept de “reformatio in pejus”¹³⁶⁹, présenté dans l'une des opinions dissidentes de l'arrêt du Tribunal Suprême (TS), en argumentant qu'il y avait une violation à l'article 23.4 de la LOPJ de la part de ce Tribunal, puisqu'alors que *l'Audiencia Nacional* faisait appel au principe de subsidiarité et écartait ainsi la compétence des tribunaux espagnols en laissant ouverte une telle possibilité dans le futur¹³⁷⁰, l'arrêt du TS, rejetait un tel principe mais intégrait la nécessité de liens avec des intérêts espagnols, refusant à titre définitif la juridiction de l'État espagnol.

Il faut noter que les fondements juridiques exposés par le TC, se trouvent encadrées par le principe de « *pro actione* » autrement dit de « respect obligatoire pour les Juges et Tribunaux, qui empêche que des interprétations spécifiques et des applications d'exigences établies légalement pour accéder au procès fassent obstacle sans justification au droit qu'un organe judiciaire instruisse ou apporte une solution de Droit à la prétention à laquelle il est soumis »¹³⁷¹.

Concernant ce principe il y a lieu de signaler que les conflits positifs, comme le fut celui d'Augusto Pinochet à Londres, alors que la présence de la personne était réclamée simultanément par l'Espagne, la Belgique, la France et la Suisse, de même que le conflit analysé ici entre l'Espagne et le Guatemala, ne pourraient se résoudre qu'en vertu du principe de *pro actione* mentionné.¹³⁷²

Par ailleurs le TC accepte la restriction expresse faite tant par *l'Audiencia Nacional* que par le TS eu égard au principe de justice universelle qu'implique l'art. 23.4 LOPJ dans le domaine de la “chose jugée”, autrement dit la condition que le délinquant n'ait pas été absout, gracié

¹³⁶⁸ Sur ces liens, le Tribunal Suprême, expose ses arguments. Voir alinéa B) Arrêt du Tribunal Suprême 327 du 25 février 2003.

¹³⁶⁹ Ce concept sur le « reformatio in pejus » voir note 260

¹³⁷⁰ Rappelons que *l'Audiencia Nacional* laissait la condition de présenter un certificat selon lequel les autorités guatémaltèques se trouvaient empêchées d'instruire les faits survenus dans leur pays, catégorisés en délits de génocide, torture et terrorisme, pour que des tribunaux espagnols puissent procéder à l'enquête, en application de la compétence internationale pénale.

¹³⁷¹ Fondement juridique n°. 2, Arrêt du Tribunal Constitutionnel. Cas Guatemala. Dans le même sens, Arrêts 133/2005, du 23 mai, FJ 2; 168/2003, du 29 septembre, FJ 2.

¹³⁷² Ce principe se trouve consacré dans l'art. 25 de la Convention Américaine des Droits De l'homme, qui traite de la protection judiciaire, ce qui est étudié dans le chapitre sur la loi d'amnistie. Ce article déclare que “toute personne a droit à un recours simple et rapide ou à tout recours effectif devant les juges ou tribunaux compétents, qui la protège contre des actes qui violent ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, la loi ou la présente Convention, même quand une telle violation serait commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles (...)”.

ou puni à l'étranger. Et il déclare que du fait de la “*voluntas legislatoris*”, il est obligé de conclure que la LOPJ instaure un principe de juridiction universelle absolue”.¹³⁷³

En raison de ce qui précède le Ministère Public, a alors reconnu le recours « d'amparo » qui se référait à « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva* -art. 24.1 CE-) dont tant la décision judiciaire (Auto) de l'*Audiencia Nacional* que l'arrêt du Tribunal Suprême avaient été la cause en restreignant l'accès au procès, en interprétant l'art. 23.4 LOPJ, avec des éléments qui n'étaient pas implicites dans la loi et qui restreignaient la compétence des tribunaux espagnols¹³⁷⁴

Cela conduit à expliquer l'analyse produite par le Tribunal Constitutionnel en référence à la décision judiciaire (Auto) prononcée par l'*Audiencia Nacional* (A) et à la suite son analyse de l'arrêt rendu par le Tribunal Suprême (B), pour arriver après cela à l'étude de l'application de l'arrêt 237, prononcé par ce Tribunal le 26 septembre 2005, lequel se situe avant la réforme de l'article 23.4 de la L.O.P.J. (C).

A. LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET LA DECISION JUDICIAIRE (AUTO) DE L'AUDIENCIA NACIONAL

En premier lieu pour ce qui se réfère au principe de subsidiarité, le Tribunal Constitutionnel parle de concurrence de compétences ou de concurrences des États compétents.¹³⁷⁵ Pour cela le principe de subsidiarité ne paraît pas *prima facie* aller contre le principe de concurrence, vers lequel s'orientait sa préférence, tout en expliquant qu'il ne fallait pas considérer le principe de subsidiarité comme opposé au dénommé principe de concurrence de compétences,¹³⁷⁶ puisque la subsidiarité a des motifs logiques en raison du principe de non bis in idem.

De cette manière on ne pourrait pas restreindre la compétence d'un tribunal d'un État tiers en argumentant par exemple que la poursuite judiciaire du délit est susceptible d'avoir lieu là où

¹³⁷³Fondement de Droit No. 3, Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 26 septembre.

¹³⁷⁴Ibidem, Fondement de Droit No. 1

¹³⁷⁵Fondement de Droit N°. 3, Arrêt du Tribunal Constitutionnel. Cas Guatemala. Dans le même sens STC 87/2000, de 27 de mars, FJ 4.

¹³⁷⁶Santos Vara, reconnaît cette position du Tribunal Constitutionnel sur la non-opposition entre le principe de subsidiarité et la règle de concurrence de juridictions. Santos Vara, J., “La juridiction des tribunaux espagnols pour juger les crimes commis au Guatemala, Revue électronique d'Etudes Internationales (REEI), N°11, Madrid, juin 2006, p.4, site web: www.reei.org, dernière recherche, mars 2008.

furent commis les faits, car cela irait à l'encontre du droit à la protection judiciaire effective des juges et tribunaux.¹³⁷⁷

La décision judiciaire (Auto) de l'*Audiencia Nacional* prenait pour base la Convention contre le génocide et, eu égard à son article 6, affirme la validité d'une relation de subsidiarité de la juridiction espagnole sur celle territoriale. Cet article établissait que :

“Les personnes accusées de génocide ou de l'un des actes énumérés à l'article III seront jugées par un tribunal compétent de l'État sur le territoire duquel l'acte fut commis, ou devant la cour pénale internationale qui serait compétente pour celles des Parties contractantes qui auraient reconnu sa juridiction”.

Le TC dans son analyse déclara que l'*Audiencia Nacional* en prenant cette norme, n'en fit pas une interprétation correcte, puisqu'à aucun moment elle n'implique la prohibition d'établir des critères extraterritoriaux de juridiction pour la poursuite du génocide comme délit de droit international, en évitant de cette façon l'impunité¹³⁷⁸.

Quoi qu'il en soit, le TC reconnaît le principe *locus delicti*,¹³⁷⁹ puisqu'il fait partie de la source classique du droit international pénal. Aussi pour éviter une duplication de procès – concurrence de juridictions¹³⁸⁰ – et, éviter aussi que ne soit pas reconnu le principe “ne bis in idem”, il faut donc donner la priorité, du point de vue procédural et politico-criminel, à l'État où se déroulèrent les faits, sans nier qu'il existe une obligation de la part de tous les États d'enquêter puisqu'est affectée la communauté internationale.¹³⁸¹

¹³⁷⁷David Lorenzo MORILLAS FERNANDEZ, “L'Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 26 septembre 2005. Dans: « Le principe de justice universelle : fondements et limites », Ana Isabel Pérez Cepeda (directora), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.607

¹³⁷⁸Fondement de Droit N°. 4 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel Espagnol du 26 de septembre 2005, cas Guatemala, paragraphe 2.

¹³⁷⁹Dans l'affaire Eichmann, le Tribunal Suprême israélien reconnu expressément que l'État du territoire concerné, “est le lieu plus approprié (forum convenant) pour le déroulement du procès”, op, cit., p. 302. Dans le cas Bouterse, le Tribunal d'Appel d'Amsterdam n'a fait qu'affirmer que si se trouvaient confirmées les nouvelles parues dans la presse sur le déroulement d'enquêtes au Surinam –lesquelles n'étaient pas considérées constamment dignes de foi- le procès devrait être suspendu et que, si est conclue sa clôture définitive, il sera classé sans suite. La décision du tribunal cité, du 20 novembre 2000, est disponible sur la page internet de l'International Comite of Jurists: [http://: www.icj.org/objectives/decision .htm](http://www.icj.org/objectives/decision.htm) (visitée pour la dernière fois le 13 janvier 2013).

Dans le même sens, au cours du procès devant la CIJ pour l'examen de l'affaire du mandat d'arrêt international, les autorités belges s'efforcèrent de rendre manifeste que l'ouverture de procédure de ses organes judiciaires contre A. Yerodia Ndombasi, alors Ministre des Affaires Extérieures congolais, n'avait eu lieu qu'une fois qu'avait été prouvé le manque de volonté pour son jugement de la part des autorités congolaises. Voir, par exemple, les interventions de l'agent belge, J. DEVADER et de l'un de ses conseillers D.BETHLEHEM, durant l'audience publique du 17 octobre 2001 (doc. CR 2001/8, p.22).

¹³⁸⁰A comprendre comme “concurrence de compétences”.

¹³⁸¹Ibidem, paragraphe 3

A cet égard, notons que certaines organisations non gouvernementales ont fait pareillement ressortir la primauté naturelle du principe de territorialité pour la poursuite judiciaire des délits et crimes internationaux. Ainsi par exemple, Amnesty International, l'une des organisations non gouvernementales faisant campagne pour l'extension extraterritoriale de la juridiction pénale des États, a reconnu que:

*“[t]he primary form of national criminal jurisdiction is jurisdiction over crimes committed in the territory of a state (territorial jurisdiction). This form of jurisdiction is accepted by all states as an essential aspect of state sovereignty. It often has a number of practical advantages as the territorial state is the one where victims, witnesses, written and material evidence and the suspect usually are located, and it will have a presumed state interest in prosecuting the crime”*¹³⁸²

A titre de comparaison nous pouvons indiquer qu'au Chili une concurrence de compétences ne s'est pas produite, car dans ce pays avait été approuvée la loi d'amnistie de 1978. Celle-ci disculpait les actions illicites commises par les militaires chiliens, ce qui entraîna un déni de justice envers les victimes du régime militaire imposé par le coup d'État du 11 septembre 1973. La situation du Guatemala était différente de celle du Chili puisque les autorités guatémaltèques n'avaient aucun empêchement de type légal pour agir¹³⁸³, et ne firent pourtant rien qui montre une volonté de punir les graves faits survenus sur leur territoire¹³⁸⁴.

De ce fait, ne pouvait pas être mis en question ce qu'a déclaré *l'Audiencia Nacional* sur l'inaction judiciaire du Guatemala, donnant lieu à l'application de la compétence universelle de l'Espagne qui restait conditionnée à des preuves impossibles à réunir, dans la mesure où les tribunaux guatémaltèques avaient pris une résolution négative de ne pas juger leurs propres crimes, “ se retrouvant ainsi la partie plaignante soumise à une forte charge de preuves”¹³⁸⁵. *L'Audiencia Nacional* voulut donc aller plus loin dans son interprétation de la

¹³⁸²Amnesty International Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation. Chapitreun: “Définitions”.Septembre 2001. Al Index: OIR 53/003/2001. Distr: SC/CO/PG/PO. En Carmen MARQUEZ CARRASCO y Magdalena MARTIN MARTINEZ, “Le Principe de Jurisdiction Universelle dans l'Ordre Juridique Espagnol”, Annuaire mexicain de Droit International, vol. XI, 2011, p. 259 (pp. 251-307). (Cette oeuvre fait partie du fond de la Bibliothèque juridique virtuelle de l'Institut de recherches juridiques de l'UNAM. P. Web: www.juridicas.unam.mx. Visitée pour dernière fois le 11 mars 2013.

¹³⁸³Voir noten° 4

¹³⁸⁴Jacqueline HELLMAN MORENO, “Jurisdiction universelle sur les crimes internationaux, son application en Espagne”, op. cit., p. 236

¹³⁸⁵Ibidem

norme sur la subsidiarité en exigeant la preuve de l'empêchement des autorités guatémaltèques d'instruire sur cette enquête¹³⁸⁶.

Le Tribunal Constitutionnel conclut que la restriction faite par *l'Audiencia Nacional* au sujet de l'application de la compétence juridictionnelle internationale établi à l'article 23.4 LOPJ "implique une atteinte au droit d'accéder à la juridiction reconnue à l'art. 24.1 CE¹³⁸⁷ comme expression première du droit à « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*) de Juges et Tribunaux (...). Aussi "de ce fait se trouve frustrée la propre finalité de la juridiction universelle consacrée dans l'art. 23.4 LOPJ et dans la Convention contre le Génocide, puisque ce serait précisément la carence judiciaire de l'État où s'étaient produits les faits, en laissant sans réponse un dépôt de plainte, empêchant ainsi que soit apportée la preuve exigée par *l'Audiencia Nacional*, qui bloquerait la juridiction internationale d'un État tiers et déboucherait sur l'impunité du génocide (...)"¹³⁸⁸.

d'impossibilité légale ou d'in¹³⁸⁶Fondement juridique n°4 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel Espagnol du 26 septembre 2005, paragraphe 4. "(.....) la décision judiciaire (Auto) de décembre 2000, en admettant une interprétation extrêmement restrictive de la règle de subsidiarité, va plus loin et requiert des plaignants une preuve absolue action judiciaire prolongée, au point d'exiger la preuve du rejet effectif de la plainte par les tribunaux guatémaltèques". Dans ce même argument juridique l'attention est portée sur ce qu'établissent les Décisions judiciaires (Autos) des 4 et 5 novembre 1998, dans les cas Chili et Argentine où la règle de subsidiarité est définie de la façon suivante: "Un État devrait s'abstenir d'exercer sa juridiction sur des faits, constitutifs de génocide, qui auraient été jugés par les tribunaux du pays où ils de produisirent ou par un tribunal international". Pour le Tribunal Constitutionnel cela signifie que "les tribunaux d'un État tiers doivent s'abstenir d'initier une enquête quand s'est déjà produit le début d'une procédure dans la juridiction territoriale ou au tribunal international". Et le Tribunal ajoute "A sensu contrario pour autoriser une procédure de juridiction universelle extraterritoriale il devrait donc être suffisant que soient apportés, d'office ou par la partie demanderesse, des indices sérieux et raisonnables de l'inaction judiciaire qui arriveraient à prouver un manque, soit de volonté, soit de capacité pour la poursuite effective des crimes".

¹³⁸⁷Article 24 de la Constitution Espagnole: 1. "Toutes les personnes ont le droit d'obtenir « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*) des juges et tribunaux dans l'exercice de leurs droits et intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas ne puisse se produire l'impossibilité de se défendre. 2. De même, tous ont droit au Juge ordinaire prédéterminé par la loi, à se défendre, à l'assistance d'un juriste expert, à être informés de l'accusation formulée contre eux, à un procès public sans mesures dilatoires et avec toutes les garanties, à utiliser les moyens de preuve pertinents pour leur défense, à ne pas déclarer contre eux-mêmes, à ne pas s'accuser coupables et à bénéficier de la présomption d'innocence. La loi réglementera les cas où, pour raison de parenté ou de secret professionnel, une personne ne sera pas obligée de déclarer des faits présumés délictueux".

¹³⁸⁸Fondement Juridique n° 4 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005. Dans ce même fondement le Tribunal Constitutionnel signale que "le Procureur, dans son mémoire d'argumentation, en exigeant la preuve de faits négatifs, mets le demandeur dans la nécessité d'entreprendre une tâche impossible à accomplir, à faire une *probatio diabólica*".

B. LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET L'ARRÊT DU TRIBUNAL SUPREME.

Quant à l'Arrêt du Tribunal Suprême qui ne reconnaît pas l'application de la compétence universelle qu'établissait l'ancien art. 23.4 de la LOPJ et qui dérivait de la Convention contre le Génocide, le Tribunal Constitutionnel déclare à ce sujet que: "seulement quand deviendrait expressément autorisé dans le droit conventionnel le recours à la juridiction universelle unilatérale, elle deviendrait légitime et applicable en vertu tant de l'art. 96 de la Constitution Espagnole¹³⁸⁹ que de l'art. 27 de la Convention sur le Droit des Traités¹³⁹⁰, selon lequel ce qui est accordé dans les Traités internationaux ne peut être transgressé par la législation interne de chaque État".¹³⁹¹ C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel considéra tout d'abord l'arrêt prononcé par le Tribunal Suprême comme un *extralegem*¹³⁹²

Dans cette position, le Tribunal Constitutionnel indique que ce que l'article VI de la Convention détermine est une « obligation minimale » (*obligación de mínimos*)¹³⁹³ qui engage les États à poursuivre le crime de droit International sur leur territoire. Cela signifie que la Convention "n'incorpore pas une interdiction, mais laisse ouverte aux États signataires la possibilité d'établir des mécanismes ultérieurs de poursuite du génocide¹³⁹⁴ ; aucun obstacle ne peut être supposé provenir de l'art. 27 de la Convention sur le Droit des Traités pour

¹³⁸⁹ Art 96 de la Constitution d'Espagne –CE-: Dérogation et dénonciation des traités et conventions: "Les traités internationaux validement conclus, une fois publiés officiellement en Espagne, formeront partie de l'ordre interne. Ses dispositions ne pourront être dérogées, modifiées ou suspendues que dans la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou en accord avec les normes générales du droit international".

¹³⁹⁰ Art. 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités: "Le droit interne et l'observation des Traités: Une partie ne pourra pas invoquer les dispositions de son droit interne comme justification de la non-application d'un traité. Cette norme se comprendra sans préjudice de l'art. 46".

¹³⁹¹ Fondement juridique n° 5, paragraphe second, de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel No. 237 du 26 septembre 2000.

¹³⁹² David Lorenzo MORILLAS FERNANDEZ, "L'Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 26 septembre 2005. Dans: « Le principe de justice universelle : fondements et limites », op. cit., p.606

¹³⁹³ A ce sujet, STEVEN indique que "because article VI merely establishes the .op. cit., p.606

¹³⁹³ A ce sujet, STEVEN indique que "because article VI merely establishes the minimum jurisdictional obligation for states in which genocide occurs, other states are free to expand upon this baseline" L. A. STEVEN, "Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations", *Virginia Journal of International Law*, vol.39, No. 2, University of Virginia, 1999, p.459.

¹³⁹⁴ En ce sens, CASSESE affirme que "la plupart des États qui l'ont formulé ont préféré privilégier sur le moment la souveraineté nationale, plutôt que l'exigence de punir les auteurs des crimes atroces". Antonio CASSESE, "La communauté internationale et le génocide", dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel Virally, Paris, A. Pedone, 1991, p. 185. MIAJA DE LA MUELA signalait en 1951, en référence à la définition restrictive du concept de génocide inclus dans la Convention de 1948, que "la faiblesse de la Convention contre le génocide est soulignée pour d'autres déficiences dans son dispositif, tels que laisser réservée en principe sa répression aux tribunaux nationaux, et pour l'incohérence qu'on peut supposer par rapport à la dénomination qu'elle se donnait (...) l'absence totale de mesures qui pourraient être qualifiées de préventives", "le Génocide, délit international" *Revue Espagnole de Droit International -REDI-* Vol 4, No. 2, 1951, p. 405.

assumer que les Tribunaux espagnols aient juridiction sur les faits présumés commis en Guatemala. Cela d'autant que se déduit de la finalité qui inspire la Convention contre le Génocide une obligation d'intervention plutôt qu'au contraire une prohibition".¹³⁹⁵

La posture du Tribunal Suprême apparaît donc inconcevable juridiquement, puisque cette Convention est un instrument de droit international pénal, ayant pour but de contrer l'un des crimes les plus graves survenus au sein de la communauté internationale.¹³⁹⁶

A la suite de sa volonté de ne pas reconnaître la compétence universelle en vertu de la Convention pour la Prévention et la Répression du crime du Génocide, le Tribunal Suprême a soutenu que l'exercice de cette compétence deviendrait acceptable, mais seulement lorsque se constateraient des liens, tels que la présence du présumé auteur du délit sur le territoire espagnol et le fait que l'extradition n'est pas concédée, la nationalité espagnole des victimes, ou bien l'existence d'un autre lien direct avec des intérêts espagnols.

A cet effet, le TS a cité une série de jurisprudences internationales, parmi celles-ci diverses résolutions du Tribunal Suprême Fédéral allemand, la décision de la Cour de Cassation belge sur le cas Sharon¹³⁹⁷, et aussi la résolution de la Cour Internationale de Justice de la Haye, du 14 février 2002, cas Yerodia, dans laquelle la Belgique fut condamné pour l'émission d'un mandat d'arrêt international contre le Ministre des Affaires Extérieures de la République Démocratique du Congo¹³⁹⁸.

En se référant à ces résolutions du Tribunal Suprême Fédéral allemand, dans les déclarations dissidentes, les Magistrats qui divergent de la majorité disent que ces résolutions allemandes citées ne représentent pas le « status quaestionis » dans ce pays, tandis que les décisions du

¹³⁹⁵Fondement de Droit N°5, paragraphe trois, de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005

¹³⁹⁶De la même façon l'exprime SANTOS VARA, en déclarant qu'il ne serait pas "(...) cohérent avec la finalité de la Convention contre le Génocide que les États parties renoncent à la poursuite universelle, puisque l'État territorial sera dans bien des cas incapable de produire un exercice effectif de sa juridiction."

¹³⁹⁷Dans cette décision, le tribunal suprême belge déclara irrecevables les actions exercées contre A. Sharon en considérant applicable de préférence au droit interne belge le droit international coutumier en matière d'immunité des hauts représentants de l'État en exercice, tel que l'avait interprété la CIJ au sujet du mandat international d'arrestation. Au contraire, il déclara admissibles les actions lancées contre le commandant. A. Yaron, en considérant que l'art. 7 de la loi belge de 1993, reformée en 1999, sur la répression des infractions graves du Droit International Humanitaire ne conditionnait pas l'exercice de la juridiction universelle prévue dans celle-ci à la présence du suspect en territoire belge. Cour de Cassation, Section Française, 2e Chambre, arrêt du 12 février 2003, Aff. Hijazi S. et crts. C/ Sharon A. et Yaron A., n° JC032C1_1. Le texte de cet arrêt ainsi que les conclusions du procureur général Du Jardin sont disponibles à la page web de la Cour de Cassation: <http://www.cass.be/juris>. visitée pour la dernière fois le 12 mars 2012. (A cet égard il faut noter que la Loi Belge de 1999, est reformée ultérieurement par la loi du 5 août 2003, dans laquelle est limité l'exercice de la compétence universelle, qui passe d'une compétence universelle absolue à une compétence universelle sous conditions. Voir : chapitre second du titre 1 de la première partie de la thèse.

¹³⁹⁸Voir supra, "Objections à l'application de la compétence universelle", subsection 2, section 1, chapitre 1, première partie.

Tribunal Constitutionnel allemand postérieures aux résolutions citées par l'Arrêt attaqué « avalisèrent un principe de juridiction universelle sans nécessité de liens avec des intérêts nationaux, en citant comme exemple l'Arrêt du 12 décembre 2000, où fut prononcée par des tribunaux allemands la condamnation pour délit de génocide de citoyens serbes auteurs de crimes commis en Bosnie-Herzégovine contre des victimes bosniaques, dans lesquels n'étaient pas affectés des intérêts allemands¹³⁹⁹.

Il faut se rappeler que la capacité des États à délimiter l'extension extraterritoriale de leur juridiction pénale, part du principe de la liberté souveraine proclamé dans l'Arrêt Lotus de la CIJ en 1927, dans lequel elle déclara que:

“Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles d'interdiction; (.....) chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. (.....) Tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international fixe à sa compétence; en deçà de ces limites le titre de juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté”¹⁴⁰⁰.

Ce qui est formulé dans l'arrêt en référence est la demande que chaque État prouve que sa compétence est conforme au droit international¹⁴⁰¹.

Pour cela, exiger un lien spécifique, comme cela se produisit dans l'Arrêt du tribunal Suprême dans le cas Guatemala, n'a pas de sens légal, puisque dans le cas de génocide ce lien n'est pas nécessaire s'agissant d'un délit sujet à poursuite universelle par quintessence, dont la prévention et la sanction résultent de l'intérêt commun de la communauté internationale, de tous les États sans distinction. C'est l'interprétation de la Cour Suprême d'Allemagne dans le cas Maksim Sokolovic, et du déjà mentionné arrêt de la Chambre II du Tribunal Constitutionnel allemand sur la compétence des tribunaux germaniques pour juger le génocide de Bosnie-Herzégovine.¹⁴⁰²

¹³⁹⁹Fondement de droit n°9. Opinions dissidentes de l'Arrêt du Tribunal Suprême –STS 327 du 25 février 2003.

¹⁴⁰⁰CPIJ, Affaire Lotus, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, N 10, p. 19

¹⁴⁰¹ Marc HENZELIN, « Le principe de l'université en droit penal international, Droit et Obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité » Helbing & Linchtenhahn, Bâle, Genève, Munich 2000. Faculté de Droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, p. 160

¹⁴⁰²Recours de Protection Constitutionnelle, (cas Guatemala) Exigences de provenance et admissibilité du Recours, p.52

Le Tribunal Constitutionnel à cet égard a aussi analysé l'Arrêt de la Cour Pénale Internationale de la Haye dans le cas Yerodia, en concluant qu'il ne pouvait pas être utilisé comme un précédent des prétendues restrictions à la compétence universelle "puisque'il a limité son instruction à la question de savoir si avaient été transgressées ou non les normes internationales d'immunité personnelle, sans par contre se prononcer au sujet de la juridiction universelle en matière de génocide, conformément à ce qu'avait requis expressément la République Démocratique du Congo dans sa requête. Il fit la même affirmation au sujet de l'Arrêt de la Cour de cassation Belge du 12 février 2003 sur le contenu duquel le Tribunal Suprême faisait seulement allusion aux aspects liés à l'immunité des représentants de l'État en exercice, et par contre omettait toute mention à la reconnaissance expresse de la juridiction universelle établie dans la législation belge formulée dans ledit arrêt."¹⁴⁰³.

Enfin, le Tribunal Constitutionnel, pour aboutir à son analyse quant aux liens que le TS exige - tels que la présence du présumé auteur sur le territoire espagnol (1), la nationalité espagnole (2), le critère de l'intérêt national (3) - pour appliquer la compétence internationale pénale, se basa sur le droit comparé, en prenant comme critères d'évaluation, celui de territorialité, celui de la personnalité active, de la personnalité passive, le critère réel ou de protection des intérêts essentiels d'un État et celui d'universalité. Ces éléments se dérivèrent de ce qu'établit le paragraphe g), de l'ancien art. 23.4 de la LOPJ¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰³Fondement juridique n°6 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel. "A cet égard il était discutable que l'Arrêt omette de mentionner que, face à ce qui pourrait être dégagé de sa lecture, la Loi espagnole n'est pas l'unique législation nationale qui incorpore un principe de juridiction universelle sans lien avec des intérêts nationaux, en pouvant citer celles de pays comme la Belgique (art. 7 de la Loi de 16 de juillet de 1993, réformée par la Loi du 10 février de 1999 qui étend la juridiction universelle au génocide), le Danemark (art. 8.6 CP), la Suède (Loi relative à la Convention contre le Génocide de 1964), l'Italie (art. 7.5 CP) ou l'Allemagne, des États qui intègrent plus ou moins largement la répression de divers crimes contre la Communauté Internationale a leur champ de juridiction, sans restrictions motivées par des liens nationaux. Comme exemple significatif, il suffit d'indiquer que l'Arrêt du Tribunal Suprême cite la résolution du Tribunal Suprême Fédéral allemand du 13 février 1994 et cependant il ne fait aucune mention de l'art. 6 du CP allemand ni du Code de Crimes contre le Droit international du 26 juin 2002 (Loi promulguée dans le but d'adapter le Droit pénal allemand au Statut de la Cour Pénale Internationale) dont l'article premier dispose que ses préceptes s'appliqueront aux crimes qu'elle évoque (génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre inclus dans le Statut de la Cour) «y compris quand le délit est commis à l'étranger et n'a aucune relation avec l'Allemagne». Il faut signaler que la loi Belge de 1999 fut modifiée postérieurement par la loi du 5 août 2003, voir note 108.

¹⁴⁰⁴Dans ce cas, le Guatemala avait pour lui le lieu du crime, la nationalité de l'auteur et un grand nombre des victimes, la résidence de la majorité des témoins, etc. Cependant il avait contre lui le manque de bonne foi, reflété dans le fait que des crimes d'extrême gravité tels que l'assaut de l'ambassade d'Espagne, ou l'extermination sans discrimination de populations indigènes entières, commis depuis plus de 20 ans, n'avaient jamais été poursuivis malgré qu'il n'y avait aucun obstacle légal (...)" Manifeste présenté au Tribunal Constitutionnel, op, cit., p. 53

1. Quant à la présence du présumé auteur sur le territoire espagnol.

En premier lieu, le Tribunal Constitutionnel fait référence à ce que le tribunal Suprême mentionne une série de traités internationaux dans lesquels figure la clause « aut dedere aut judicare », en argumentant qu'en aucun d'eux il était question de la compétence universelle. De ce fait le Tribunal Constitutionnel fait ressortir que par cette position le Tribunal Suprême restreint le cadre d'application de l'article 23.4 LOPJ aux seuls cas où le présumé responsable est présent sur le territoire espagnol, sous la protection du paragraphe g) de l'art. 23.4 LOPJ, et des - déjà cités - arts. 96 de la Constitution Espagnole, ainsi que de l'art. 27 de la Convention sur le Droit des Traités¹⁴⁰⁵. Ainsi, a contrario, le Tribunal Constitutionnel a considéré que l'article 23.4 de la L.O. P.J. instaure un principe de juridiction universelle absolu, avec la seule restriction de "la chose jugée"¹⁴⁰⁶.

A cet égard il faut attirer l'attention sur les quatre Conventions de Genève de 1949 et son premier protocole de 1977, lesquels font référence à la compétence universelle. Dans ces textes figure l'obligation des Parties contractantes de rechercher le responsable ayant commis un crime de guerre pour procéder à son jugement indépendamment de sa nationalité¹⁴⁰⁷.

En tout cas dans cette même norme est donnée la possibilité de remettre le présumé inculpé à un autre État intéressé à le juger, chaque fois qu'existent des accusations portées contre lui. Ainsi l'État où serait localisé le présumé criminel de guerre, non seulement a la faculté de le juger, mais est obligé de le juger, à moins qu'il l'extrade à un autre État intéressé, mais cela

¹⁴⁰⁵Fondement Juridique n°7, arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005. De plus dans ce fondement juridique le Tribunal Constitutionnel en vint à analyser la formule de clôture de l'alinéa g de l'article 23.4 LOPJ de la façon suivante "(...) la prétendue référence systématique à l'alinéa g) de l'article 23.4 LOPJ ne peut servir à étendre les conclusions auxquelles aboutit le Haut Tribunal au reste des délits contenus dans les alinéas appropriés du précepte cité. Et cela parce que la formule de clôture de l'article figurant à l'alinéa g) étend la juridiction universelle à d'autres délits, non inclus dans les anciens alinéas de l'article 23.4 LOPJ, qui selon les Traités ou Conventions internationales doivent être poursuivis en Espagne. Il ne ressort donc pas, et il est encore bien moins évident, que les limitations ou conditions contraignantes qui, par le biais de l'interprétation des divers Traités internationaux que mentionne l'Arrêt seraient imposées par ces derniers s'appliqueraient par analogie aux premiers. Un procédé par analogie, outre qu'il est contraire au principe "pro actione" en réduisant de façon ostensible l'accès à la juridiction des requérants, qui ne peut s'abriter derrière l'identification de raisons suffisantes, selon ce qui vient d'être affirmé".

¹⁴⁰⁶David Lorenzo MORILLAS FERNANDEZ, "L'Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 28 octobre. En: « Le principe de justice universelle : fondements et limites », op. cit., p.607

¹⁴⁰⁷Articles 49 de la I Convention, 50 de la II Convention, 129 de la III Convention, y 147 de la IV Convention de Genève de 1949, ainsi que l'article 85 du Protocole Additionnel I de 1977.

n'empêche pas que les autres États puissent exercer la compétence universelle in absentia de l'accusé¹⁴⁰⁸.

En second lieu, le Tribunal Constitutionnel motive que la présence de l'inculpé n'était pas une exigence sine qua non,¹⁴⁰⁹ au stade où commence l'exercice de la compétence judiciaire ni à l'ouverture du procès. Elle ne deviendra une exigence inéluctable que pour le jugement et l'éventuelle condamnation, étant donné l'inexistence des jugements in absentia en législation espagnole. Pour cette raison il ajoute que l'extradition comme instrument fondamental en matière de coopération judiciaire internationale, avait une grande importance pour mettre un terme à la compétence universelle.¹⁴¹⁰

Cette faculté de lancement d'enquêtes sans que soit présent l'auteur du crime, prenait de fait une grande signification pour les victimes¹⁴¹¹, comme cela avait été le cas dans l'application de la justice universelle intervenue dans l'affaire Pinochet. Dans le même sens, l'exercice de la compétence internationale pénale invite les États à juger, s'ils sont présents dans son espace judiciaire, les auteurs de ce type de crimes, sans que cela aille à l'encontre de la souveraineté d'État.¹⁴¹²

¹⁴⁰⁸En ce sens s'est prononcé Antonio CASSESE, A.: "International Criminal Law", Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 286.

¹⁴⁰⁹A cet égard, Maria LUDWICZAK, déclara: "La présence de la personne sur le territoire de l'État est une condition sine qua non, la "pierre d'angle" de la mise en oeuvre de la clause aut dedere. Au moment où la personne est appréhendée par un État, celui-ci est placé devant l'alternative, en tout cas théorique, "extrader ou poursuivre", "La délégation internationale de la compétence pénale", Université de Genève, Faculté de Droit, Lextenso éditions L.G.D.J, Éditions Romandés Schulthess, 2013, p. 319.

Dans le même sens D.Vandermeersch, indique: "Exigence de la présence de l'accusé sur le territoire. La présence de l'accusé sur le territoire du pays du for est de nature à créer un lien de rattachement entre ce pays et les faits incriminés, lien qui peut justifier la compétence des juridictions de ce pays. En dehors de l'application du principe de territorialité et de celui de la personnalité active, la plupart des conventions internationales prévoient comme condition de mise en oeuvre de la compétence universelle obligatoire, la présence de l'accusé sur le territoire du pays de for. Cette présence constitue la pierre d'angle de l'application du principe aut dedere, aut iudicare. Lorsque le principe de compétence universelle résulte d'une initiative nationale en dehors de tout lien conventionnel, plusieurs pays conditionnent la mise en oeuvre de cette compétence à la présence (Colombie, France, Pays-Bas) ou à la résidence (Brésil) de l'inculpé sur le territoire national". In A. Cassese et M. Delmas-Marty, Juridictions nationales et crimes internationaux, op, cit., p. 605

¹⁴¹⁰Fondement juridique n°7, dernier paragraphe, Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005. On observera que cette position du Tribunal Constitutionnel s'appliqua dans le cas Pinochet, puisque ainsi débuta la procédure préliminaire, l'inculpé étant absent, en produisant postérieurement la demande d'extradition, adressée à la Grande Bretagne, par laquelle était requise sa présence sur le territoire espagnol.

¹⁴¹¹J. FERRER LLORET, "Impunité versus immunité de juridiction (...)", op, cit., p. 324.

¹⁴¹²M.D. BOLLO AROCENA "Souveraineté, justice universelle et immunité de juridiction dans les affaires: République Démocratique du Congo. Belgique et République du Congo c. France", REDI, 2004, n°1, p. p. 106. Cette auteure affirme que l'objectif des tribunaux internes d'un État en exerçant la juridiction universelle in absentia "(...) ne peut pas être considéré, en soi, contraire au principe de souveraineté de l'État, s'il permet d'activer le mécanisme de mise en oeuvre du jugement du présumé auteur d'un crime de cette nature"

2. La personnalité passive ou nationalité espagnole :

L'arrêt attaqué du fait de l'exigence déjà évoquée, introduit aussi comme lien celui de la personnalité passive. Cela veut dire que l'application de la compétence universelle dépend de la nationalité espagnole des victimes et aussi du lien des délits commis avec d'autres intérêts espagnols, ce que j'appellerais un principe réel, de protection ou de défense.

Sur ce point, le Tribunal Constitutionnel déclara que prendre en compte la présence de victimes espagnoles pour pouvoir invoquer la compétence universelle, est une interprétation qui d'une part restreint ladite compétence et d'autre part est *contra legem*, à partir de critères qui à cette époque n'étaient pas présents dans l'ordre juridique espagnol lui-même.¹⁴¹³

Le Tribunal suprême donne une importance unique à l'exigence de la personnalité passive, a fin d'ignorer la nature du principe de juridiction universelle¹⁴¹⁴ puisque, outre que cette exigence n'était pas à l'époque stipulée dans la LOPJ¹⁴¹⁵, il n'existait pas une position claire sur cette notion en droit international¹⁴¹⁶. De plus, le recours au critère de personnalité passive n'est pas cohérent quand il s'agit de crimes d'une particulière gravité qui affectent la Communauté Internationale dans son ensemble, de façon que sa poursuite ne doive pas être basée sur un lien de caractère national entre les victimes et l'État qui effectue la poursuite¹⁴¹⁷.

Le Tribunal Constitutionnel ajoute que la position du Tribunal suprême serait en contradiction avec la propre nature du délit de génocide, établie dans l'article 607 du Code Pénal et l'aspiration de sa poursuite universelle, en considérant que "(...) le délit de génocide ne serait pertinent pour les Tribunaux espagnols que quand la victime serait de nationalité espagnole et,

¹⁴¹³Fondement juridique n°8. Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005.

¹⁴¹⁴En ce sens SANCHEZ LEGIDO approuve: "(.....) ni la nationalité espagnole des victimes ne fut jamais le critère décisif pour affirmer qu'une juridiction puisse être considérée basée sur le principe d'universalité et non sur celui de personnalité passive –lequel, d'autre part, n'est jamais évoqué dans les titres de juridiction de l'art. 23 LOPJ-, ni non plus fut tenu compte qu'il n'avait jamais impliqué de restreindre la compétence au jugement exclusif des délits commis contre des espagnols". "La Pratique Espagnole en Matière de Juridiction Universelle", op. cit., p. 7.

¹⁴¹⁵Rappelons que la réforme de l'article 23.4 de la LOPJ intervient en novembre 2009

¹⁴¹⁶Brigitte STERN, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *Annuaire Française de droit international*, Paris– volume 32 – Numéro 32, publié par le CNRS, année 1986, – p. 34. (total de pages de l'article 7-52).

¹⁴¹⁷A. CASSESE, A.: *International Criminal Law*, op. cit., pp 283-284

de plus, quand la conduite serait motivée par la finalité de détruire le groupe national espagnol (...))¹⁴¹⁸.

De cette manière le Tribunal Constitutionnel corrobore la thèse des décisions judiciaires (Autos) 4 et 5 de *l'Audiencia Nacional* de 1998 en rapport avec les graves faits survenus en Chili et Argentine, puisque dans ces décisions il est considéré que la présence de victimes espagnoles peut être un critère raisonnable d'exercice de la juridiction par des tribunaux espagnols, lequel ne peut être configuré comme une circonstance pour fonder la poursuite et la sanction de graves faits délictueux, en application du principe d'universalité.¹⁴¹⁹

3. Le critère de l'intérêt national:

Sur la base du critère de l'intérêt national peuvent être exercées la poursuite et la sanction de conduites spécifiées, indépendamment du lieu du délit et de la nationalité des auteurs, toujours quand ils affectent à des intérêts essentiels comme la sécurité de l'État¹⁴²⁰

Les intérêts nationaux n'ont pas de rapport direct avec le principe de justice universelle, mais ils l'ont avec celui réel ou de protection, ce pourquoi ce raisonnement ne serait pas approprié à ce qu'établit l'art. 23.4 de la L.O.P.J.¹⁴²¹

Sur ce point, le Tribunal Constitutionnel déclare que le fondement et l'objectif du principe de compétence universelle ne s'identifie pas à la protection des intérêts essentiels de l'État.

Cette position fut tenue par rapport au critère de l'intérêt national, puisque le Tribunal Constitutionnel fait ressortir que l'objectif et la compétence du principe de juridiction universelle, pour juger des crimes internationaux comme le terrorisme et le génocide, n'est pas lié à la protection des intérêts essentiels de l'État. A cet effet il déclare que: "La poursuite

¹⁴¹⁸Fondement juridique n°9 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel. Cas Guatemala. (ce fondement sert à réfuter le point de la réforme qui parle de liens, principalement celui de la nationalité de la victime.)

¹⁴¹⁹Juan Santos Vara, "La Juridiction des Tribunaux Espagnols pour juger les Crimes commis au Guatemala". Revue électronique d'Etudes internationales, No. 11, Espagne, juin 2006, p. 19, document disponible en : www.reei.org. Visitée pour la dernière fois le 14 décembre 2012.

¹⁴²⁰Art. 23.3 de la L.O.P.J, établit la juridiction espagnole pour instruire sur une série de délits qui affectent la sécurité de l'État Parmi ces délits nous trouvons « la trahison, les délits contre la paix ou l'indépendance de l'État, la rébellion, la sédition, les délits contre le chef de l'État ou autres membres de sa famille, les attentats contre les autorités ou fonctionnaires espagnols, les délits contre l'administration publique espagnole ». Art. 23.3 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, septembre 2005, Madrid, Editorial Constitution et Lois S.A. (Colex), septembre 2005, pp. 32-33

¹⁴²¹David Lorenzo MORILLAS FERNANDEZ, "L'Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 26 septembre 2005. Dans: « Le principe de justice universelle: fondements et limites », op, cit., p.608

internationale et transfrontière qui prétend imposer le principe de justice universelle se base exclusivement sur les caractéristiques particulières des délits qui lui sont soumis, dont le préjudice (en théorie dans le cas du génocide) transcende celui des victimes particulières et atteint la Communauté Internationale dans son ensemble. En conséquence sa poursuite et sanction constituent, non seulement un engagement, mais aussi un intérêt partagé de tous les États (...)¹⁴²². (Souligné personnellement).

Cette conception a pour support juridique, selon le Tribunal Constitutionnel, la Résolution adoptée par l'Institut de Droit International à Cracovie le 26 août 2005¹⁴²³ où est définie la juridiction universelle en matière pénale comme « la compétence d'un État pour poursuivre et, au cas où ils seraient déclarés coupables, punir les présumés délinquants, indépendamment du lieu du délit et sans considération d'un lien quelconque de nationalité active ou passive ou d'autres critères de juridiction reconnus par la loi internationale »¹⁴²⁴

Sur la base de ces arguments le Tribunal Constitutionnel prononce l'Arrêt 237/05 du 26 septembre. Il décide d'accorder le recours « d'Amparo » pour violation du droit fondamental à « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*). En conséquence il annule tant la Décision judiciaire (Auto) de l'*Audiencia Nacional* en session plénière du 13 décembre 2000 que l'Arrêt du Tribunal Suprême du 25 février 2003.¹⁴²⁵

C. LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET L'ARRET 237 DU 26 SEPTEMBRE 2005 PRECEDANT LA REFORME DE L'ARTICLE 23.4 DE LA L.O.P.J.

Una fois pris l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel, dans lequel fut reconnue la compétence du Juge Central de Instruction N° 1, il apparut nécessaire que la Chambre en session plénière de l'*Audiencia Nacional*, révisât sa décision datée du 13 décembre 2000.

En premier lieu, au niveau de l'*Audiencia Nacional*, un Accord en session plénière non juridictionnelle du 3 novembre 2005, décida qu'en application de l'Arrêt cité du TC, elle

¹⁴²²Fondement juridique n°9 de l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel du 26 septembre 2005

¹⁴²³Institut de droit international, Session de Cracovie 2005, 17e Commission, La compétence universelle en matière pénale vis-à-vis du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

¹⁴²⁴Ibidem

¹⁴²⁵Fondement juridique n°10. Fut ainsi conclu que « tant la Décision de l'*Audiencia Nacional* que l'Arrêt du Tribunal Suprême portent atteinte au droit à « la protection judiciaire effective » (*tutela judicial efectiva*) des demandeurs dans son volet d'accès à la juridiction, et en conséquence il décide d'accorder la protection, étant annulées lesdites résolutions (.....) »

examinera sa propre compétence au même titre que l'inaction des tribunaux du territoire et des tribunaux internationaux¹⁴²⁶“sauf si est apprécié un excès ou abus de droit pour l'absolue extranéité de l'affaire s'agissant de délits et lieux totalement étranges et/ou éloignés et que le dénonciateur ou plaignant n'ait pas prouvé avoir un intérêt direct ou un lien avec eux”¹⁴²⁷. Par conséquent, cette Chambre, par Décision judiciaire (Auto) n°. 178/2006, du 16 février¹⁴²⁸, poursuivit l'instruction de l'enquête.

Dans le cadre de cette instruction, pour appliquer la coopération judiciaire internationale, furent adressées diverses commissions rogatoires tant au Guatemala qu'à d'autres pays, sans obtenir aucune réponse. De même furent lancés sept mandats d'arrêt à but d'extradition à ce pays, lesquels restèrent sans effet. Ce manque de résultat est imputable à la Cour de Constitutionnalité de la République du Guatemala qui a évalué les recours déposés par deux des personnes réclamées, Angel Aníbal Guevara Rodríguez, ex ministre de la Défense, et Pedro García Arrendo, ancien commandant de la police. Sa résolution fut prise le 12 décembre 2007, dans son rapport d'examen n°. 3.308/2007, et affecta tant les requérants que les tiers intéressés, laissant sans effet la demande d'extradition.¹⁴²⁹

Le JCI1, devant la résolution de la Cour de Constitutionnalité du Guatemala, prononça le 16 janvier 2008, une décision judiciaire (Auto) accablante dans laquelle le magistrat Santiago Pedraza faisait ressortir le manque de coopération de la part des autorités de la République de Guatemala, leur rappelant face à leur silence le principe “aut dedere aut iudicare” et conclut que devant une telle situation il fallait continuer à enquêter sur les faits¹⁴³⁰.

Le Parlement Européen prit une résolution le 26 octobre 2006, “[s]ur le Procès contre Ríos Montt” faisant ressortir l'impunité qui régnait alors au Guatemala et exhortant les autorités Guatémaltèques à contribuer à la collaboration internationale pour rendre effectifs les sept mandats d'arrêts internationaux contre: José Efraín Ríos Montt, Oscar Humberto Mejía Victores, Angel Aníbal Guevara Rodríguez, Germán Chupina Barahona, Pedro García

¹⁴²⁶ Alicia GIL GIL, “Jurisdiction des tribunaux espagnols sur le génocide, les crimes contre l'humanité et crimes de guerre”, Dans Revue espagnole de droit militaire No. 87, Madrid, Edit. Ecole Militaire d'Etudes Juridiques, 2006, p. 62 (Ensemble de pages 55-88) (Prix “J.F. Querol y Lombardero” du Ministère de Défense)

¹⁴²⁷ Accord consulté dans la jurisprudence, Audiencia Nacional. Page web de l'Université de Barcelone: www.ub.edu/dpenal, (dernière consultation le 16 janvier 2014).

¹⁴²⁸ Décision consultée dans la Jurisprudence, Audiencia nacional, Chambres, cas Rigoberta Menchú. Page web de l'Université de Barcelone: www.ub.edu/dpenal, (dernière consultation 16 janvier 2014).

¹⁴²⁹ Manuel OLLÉ SESE, “Justice Universelle pour Crimes Internationales”, op. cit., p. 73

¹⁴³⁰ Ibidem

Arredondo et Benedicto Lucas García, tous accusés, devant el JC1, de crimes de génocide, tortures et terrorisme¹⁴³¹.

De façon similaire, le Haut représentant des Nations Unies pour les Droits de l'homme sur les Activités de son Bureau du Guatemala, dans son rapport du 29 janvier 2008, fut catégorique face à la situation d'impunité de ce pays et, au sujet de la justice universelle, et il affirma:

*“continue à être un défi de surmonter les obstacles qui rendent difficile l'enquête et la sanction des présumés responsables de graves violations commises durant le conflit armé interne. Dans la décision sur la demande de l'Espagne de la détention provisoire dans le but d'extrader diverses personnes, la Cour de Constitutionnalité n'a pas saisi une précieuse opportunité de mettre en exergue les obligations de l'État d'enquêter, juger et punir les responsables de graves violations commises il y a plus de 25 ans ainsi que d'adopter des mesures rapides destinées à garantir le droit à la justice et à répondre à l'intérêt légitime tant de l'Espagne que de la communauté internationale que ces crimes ne restent pas impunis”*¹⁴³².

En second lieu, au niveau des tribunaux espagnols, une fois invalidé l'Arrêt produit par le Tribunal Suprême, grâce à l'Arrêt du Tribunal Constitutionnel, ceux-ci durent interpréter l'article 23.4 de la L.O.P.J. sans chercher à inclure des éléments qui seraient hors norme. Pour cela, le Tribunal Suprême, afin de résoudre le conflit entre organes juridictionnels a plaidé pour *“le dialogue institutionnel et constructif qui doit présider la relation entre le Tribunal Constitutionnel et le Tribunal Suprême”*¹⁴³³.

Ainsi ressortent divers arrêts¹⁴³⁴, on a par exemple celui du Tribunal Constitutionnel 227/2007, du 22 octobre [RTC 2007/227] qui prononça la nullité des Décisions judiciaires (Autos) du

¹⁴³¹Cette déclaration peut être trouvée dans Journal officiel de l'Union européenne. C313E/466, Jeudi, 26 octobre 2006.

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201303/20130307ATT62396/20130307ATT62396FR.pdf> Consultée pour dernière fois le 13 de décembre 2013

¹⁴³²Rapport de la Haute représentante des Nations Unies pour les Droits de l'homme sur les Activités de son Bureau au Guatemala (A/HRC/7/38/Add.1), du 29 janvier 2008, paragraphe 43. Document situé dans la page http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2575.pdf?. Consulté pour la dernière fois le 12 octobre 2013

¹⁴³³Arrêt du Tribunal Suprême 645/2006, du 20 juin [RJ 2006/5184].

¹⁴³⁴Parmi ces arrêts on trouve: « 1-Arrêt du Tribunal Suprême 431/2007, du 30 avril [R] 2007\4727], 2-Arrêt du Tribunal Suprême 475/2007, du 3 mai [R] 2007\4662], qui reconnaît la validité du principe de justice universelle. 3-Arrêt du Tribunal Suprême 645/2006, du 20 juin [R] 2006\5184], qui ressort en forme contradictoire puisqu'il invite le Tribunal Constitutionnel, à réaliser une nouvelle analyse des questions que le principe de compétence universelle implique. 4-Arrêt du Tribunal Suprême 798/2007, du 1er octobre [R] 2009\4711, qui déclare la nécessité de se mettre d'accord sur des critères qui limitent le principe de juridiction universelle absolue qu'a conféré le Tribunal Constitutionnel ». David Lorenzo MORILLAS FERNANDEZ, « Application pratique du principe de justice universelle: clés pour comprendre la loi Organique 1/2009 et sa validité actuelle », dans « le principe de justice universelle: fondements et limites », op. cit.,pp. 610- 612.

Juge Central d’Instruction du 20 novembre 2003 et du 17 décembre de la même année, ainsi que la décision judiciaire (Auto) de l’*Audiencia Nacional*, du 11 mai 2004, et celle du Tribunal Suprême 345/2005, le 18 mars [RJ 2005/3422]. Tout cela en tenant compte que lesdites mesures furent antérieures à l’Arrêt du Tribunal Constitutionnel 237/2005, du 26 septembre, et se basaient sur l’exigence d’un lien quelconque avec l’Espagne, sans que cela fût établi dans l’art. 23.4 de la LOPJ, ce qui donnait lieu à une interprétation contra legem.¹⁴³⁵

On notera que les motifs exposés sur la justice universelle dans l’Arrêt du TC 237/2005 du 26 septembre 2005, furent réitérés plus tard par le déjà mentionné Arrêt du TC 227/2007 du 22 octobre. A ce propos, on peut mentionner une phrase de De Prada:¹⁴³⁶“(…) *n’est pas simplement un engagement, mais est un intérêt partagé (…)*”. Autrement dit, la nécessité de respecter la juridiction universelle ne dérive pas de ce qui est établi dans le droit espagnol mais de la forme prévue en droit international. Ceci fut invoqué, comme déjà montré, quand le TC examina les limitations particulières qu’avaient introduites le Tribunal Suprême et qui coïncident avec celles établies dans la loi Organique 1/2009¹⁴³⁷ –exigences comme celles que le présumé auteur se trouve en Espagne, que la victime soit un national espagnol ou qu’il existe un lien spécifique avec l’Espagne-.

Le Tribunal Constitutionnel, en raison de ce qui précède, affirma qu’exiger ces critères de liens contredisait la propre nature du délit et la poursuite universelle qu’il implique et que d’autre part, rassembler de telles exigences n’a pas de sens, puisqu’en Espagne les procès par contumace n’existent pas.¹⁴³⁸

Il faut enfin noter qu’après la réforme de l’article 23.4 de L.O.P.J., et dans le cas spécifique sur le Guatemala, l’*Audiencia Nacional* ne put déclarer sa compétence pour instruire sur les faits dénoncés ayant eu lieu dans ledit pays, qu’en limitant son examen à ceux où pouvait être estimée l’existence d’un lien avec un intérêt national, tels que l’attaque de l’ambassade espagnole du 30 janvier 1980 et l’assassinat de prêtres catholiques espagnols¹⁴³⁹.

¹⁴³⁵Ibidem, p. 612

¹⁴³⁶José Ricardo de Prada, “Marco constitucional e Internacional de la Justicia Universal » op, cit., p. 28.

¹⁴³⁷Loi organique par laquelle fut réformé l’art. 23.4 de la L.O.P.J. Voir : Section 2, première chapitre, première partie.

¹⁴³⁸José Ricardo de Prada, “Marco constitucional e Internacional de la Justicia Universal » op, cit., p. 28

¹⁴³⁹MARQUEZ CARRASCO/MARTIN MARTINEZ, “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español”, op, cit., p. 304

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

Bien que la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme ait rendu dans l'affaire Almonacid Arellano, en septembre 2006, un jugement contre l'État du Chili, l'obligeant à laisser sans effet le décret-loi de 1978, celui-ci est toujours en vigueur.

Dans ce même arrêt, la Cour Interaméricaine déclare au paragraphe 99 : « *Cette interdiction de commettre des crimes de lèse humanité est une norme du jus cogens, et la sanction de ces crimes est obligatoire conformément au droit international général.* »

C'est pourquoi l'État du Chili est dans l'obligation d'abroger la loi d'amnistie de 1978 en adaptant son droit interne au droit international. L'attitude du pouvoir législatif tendant à faire obstacle aux initiatives de l'exécutif pour abolir cette loi d'amnistie n'est donc pas compréhensible.

Il est vrai que la Cour Suprême a établi une jurisprudence tendant à minimiser les effets de ce décret-loi, mais tant qu'il n'aura pas été supprimé de l'ordre juridique, le risque d'un changement de critère du juge existe.

Il faut également ratifier les instruments internationaux garantissant la non répétition de ces crimes, tels que la Convention américaine et la Convention des Nations Unies sur la disparition forcée.

En outre, cette loi a toujours été à contre-courant des affirmations de la jurisprudence internationale issue de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, ainsi que de celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En effet, conformément à cette jurisprudence, les amnisties internationales ne sont pas applicables aux crimes contre l'humanité puisque ceux-ci sont imprescriptibles et inamnistiables et, de plus, le droit international doit prévaloir sur le droit interne des États, compte tenu qu'à l'intérieur du droit international coutumier existe un principe qui déclare que la responsabilité de l'État est engagée lorsque l'un de ses organes ne se conforme pas à une obligation internationale, que ce soit par action ou par omission.

Le Chili demeure un pays qui n'a pas respecté ce qui est établi par un instrument international, en raison de l'absence de volonté des gouvernements d'accomplir leurs engagements en matière de violations graves des Droits de l'Homme.

À ce propos, il faut rappeler que, lorsque l'État viole ses obligations internationales, il engage sa responsabilité internationale, protège l'impunité des violations des droits de l'homme et en même temps permet la mise en action de la compétence internationale pénale.

Ainsi l'État du Chili, lorsqu'il appliqua sa loi d'amnistie, n'ayant de ce fait pas rempli son obligation de sanctionner les responsables de crimes contre l'humanité, a, par voie de conséquence, créé les conditions nécessaires à l'application à cette fin de la compétence internationale pénale, fait qui se confirme ensuite par l'action de l'Audience nationale espagnole dans l'affaire Pinochet.

Par ailleurs, l'analyse du cas Scilingo permet de souligner l'importance du droit international pour sanctionner les crimes contre l'humanité et pour spécifier le principe de légalité pénale "nullum crimen sine lege" qui s'articule en droit international en "nullum crimen sine jure", puisant son fondement dans les normes internationales coutumières.

Ceci a conduit l'Audience nationale espagnole à confirmer, dans le cas Scilingo, des caractéristiques déjà apparues dans la pratique des tribunaux pénaux internationaux :

- la qualification juridique des crimes contre l'humanité et d'autres crimes de droit international se fonde sur des normes coutumières de portée générale,
- cette qualification juridique est internationale, en plus d'être interne,
- son application dans un procès pénal (national ou international) doit être conforme au Droit international, en étant contenue dans une norme internationale.

Le principe d'autonomie de la qualification pénale internationale doit être ajusté avec le principe de légalité pénale. Les deux principes contiennent des garanties auxquelles on ne peut pas renoncer dans la lutte contre l'impunité. La base juridique pour cela se situe dans l'article 15 du Pacte International de droits civils et politiques, et dans l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi il ne devrait pas y avoir d'inconvénients à traiter les crimes contre l'humanité comme les crimes de caractère général, si on reconnaît ce principe d'autonomie de la qualification juridique internationale sous forme conventionnelle et coutumière, y compris dans les propres normes internes.

Si cette reconnaissance avait existé quand fut appliquée l'extradition dans le cas Pinochet en 1998 entre l'Espagne et le Royaume Uni, et si avait eu lieu l'inclusion des crimes contre

l'humanité, les actes imputés à Pinochet auraient été décrits avec plus d'exactitude. Jusque là, dans aucun de ces deux pays, ces crimes n'avaient été inclus dans leur législation interne.

Concernant l'application de la compétence internationale pénale, il faut tenir compte du fait que l'arrêt n° 16 de l'Audience nationale espagnole considère la lutte contre l'impunité comme objectif principal de ce principe.

Ainsi, la compétence internationale pénale suppose d'affirmer que les crimes contre l'humanité sont tellement graves que le lieu où ils sont commis, la nationalité de celui qui les commet ou celle des victimes, n'a pas d'importance. En ce sens, si ces crimes présentent un intérêt juridique c'est parce que ce sont des actes qui comportent des violations de droits fondamentaux et ainsi sont de la compétence de tous, ainsi que de chacun des États.

Ce principe de la compétence internationale permet sanctionner en produisant plus de garanties que certains tribunaux internationaux, probablement avec moins de risques que lorsque la compétence est assumée par le pays où les faits ont lieu.

L'arrêt de l'Audience nationale espagnole s'adapte donc au droit international pénal et permet de vérifier les avancées juridiques développées par ce droit dans la lutte contre l'impunité.

Par conséquent :

-Le cas Pinochet a permis de mettre en avant les bases solides du principe de la compétence internationale pénale, qui donna corps à un grand espoir de la communauté internationale en matière de lutte contre le fléau de l'impunité.

-Le cas Scilingo a permis de préciser la pleine et absolue reconnaissance de ce principe, en renforçant la conscience universelle de la lutte contre ledit fléau.

- Quant au cas Cavallo, il a permis de réaffirmer la procédure juridique d'extradition, également utilisée dans le cas Pinochet, en tant que mécanisme de coopération judiciaire internationale permettant la détention internationale.

Par ailleurs, l'analyse du cas Guatemala est très importante, sachant que les victimes du génocide perpétré dans ce pays virent l'espoir que justice soit faite envers les violations de leurs droits fondamentaux, et ce, en se basant sur l'exercice de la compétence universelle que les tribunaux espagnols avaient commencé à appliquer pour lutter contre l'impunité, comme cela eut lieu dans le cas Pinochet, au Chili, et le cas Scilingo, en Argentine.

Dans le cas du Guatemala, l'Audience nationale espagnole, dans ses fondements de droit, fait état du caractère non fondé du principe de subsidiarité, lequel n'apparaît pas inscrit expressément dans la juridiction espagnole en matière de génocide.

L'Espagne aurait pu se dessaisir de la poursuite des responsables du génocide commis au Guatemala, si un tribunal guatémaltèque, ou un autre tribunal national ou international, les avait mis en jugement et avait posé devant la juridiction espagnole le conflit de juridictions. Mais ce qui n'était pas supportable était de renoncer à la poursuite des crimes survenus au Guatemala en argumentant que peut-être un tribunal guatémaltèque pourrait dans le futur instruire contre les responsables du génocide. Cela produirait un vide de juridiction¹⁴⁴⁰ - ce que prohibe l'ordre juridique international.

Pour être sûr que les crimes ne restent pas impunis, de tels vides sont donc à éviter quelles que soient les circonstances, comme le lieu, la nationalité, les intérêts directs affectés, la localisation des coupables, les victimes ou le genre de preuves.¹⁴⁴¹

L'introduction de ce type de conditions, interprétées *contra legem* et mentionnées dans l'arrêt du Tribunal Suprême, dénaturent la propre essence du principe de juridiction universelle, dont l'origine est le préjudice que causent à la Communauté internationale dans son ensemble les crimes contre l'humanité.

On pourrait aussi affirmer que les conflits négatifs de juridiction ne devraient pas exister. Aucun État doté de juridiction, comme dans ce cas l'Espagne, ne pourrait se dispenser de son côté d'instruire les faits face à la réclamation d'un autre État prétendant aussi exercer (litispendance) ou avoir exercé (chose jugée) sa propre juridiction – territoriale ou non – sur les mêmes faits.¹⁴⁴²

Enfin, cet arrêt du Tribunal Constitutionnel concernant le cas du Guatemala, représente l'une des meilleures résolutions de droit international des droits de l'homme quant à son raisonnement. A aucun moment ceux-ci ne furent considérés comme une intervention dans les affaires internes d'un autre État, puisque ce qui était recherché était la préservation de la communauté internationale. A cet effet, ledit arrêt défend le principe de la compétence universelle en le considérant comme un *jus cogens* avec effet *erga omnes*.

¹⁴⁴⁰En entendant le terme "juridiction" comme "compétence" vu qu'en France on utilise le terme de "compétence universelle" et non, comme en Espagne, celui de "juridiction universelle". Voir l'explication donnée dans l'introduction générale.

¹⁴⁴¹Recours de Protection Constitutionnelle, (cas Guatemala) Exigences de source et admissibilité du Recours, p.

53

¹⁴⁴²Ibidem

Malheureusement, le principe de la subsidiarité établi dans la Décision judiciaire (Auto) de l'Audience nationale espagnole, ainsi que les exigences posées par le Tribunal Suprême pour pouvoir réintroduire la compétence universelle, furent repris dans la réforme faite à l'article 23.4 de L.O.P.J. par la loi organique 01 du 3 novembre 2009, laquelle limite l'exercice de la compétence universelle, ne reconnaissant pas en cela son fondement en droit international pénal.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La compétence internationale pénale, renforcée par la compétence universelle et l'effet convergent de toutes les sources du droit international pénal, illustre, appliquée à l'arrestation de Pinochet, un droit international réparti dans un avant et un après.

Ces derniers temps, l'application de la loi pénale dans l'espace, selon le principe classique de la territorialité, s'était avérée insuffisante dans le cadre de certains crimes. C'est pourquoi les États ont décidé de concevoir d'autres principes afin d'éviter que ces crimes ne restent impunis. Dans le contexte de la compétence extraterritoriale se sont ainsi développés le principe de personnalité active et passive, le principe réel ou de protection, et le principe de compétence universelle ayant pour base juridique le principe de la compétence internationale pénale, objet de cette étude.

Toutefois, l'existence de ces principes, en particulier le principe de la compétence universelle, n'élimine pas la souveraineté des États. En effet, ceux-ci restent souverains, mais les responsables des violations des droits de l'homme ne peuvent être protégés par d'anciens arguments liés à la souveraineté et la non-intervention dans les affaires internes des États.

Le principe de compétence internationale pénale permet d'étendre la compétence d'un État au-delà de ses frontières, indépendamment de la nationalité des auteurs ou des victimes des faits délictueux.

En droit international conventionnel, les conventions incorporées aux législations pénales nationales traitant des crimes internationaux, dans ce cas précis l'article 23.4 de la LOPJ d'Espagne, déterminent les cas dans lesquels la compétence pénale est obligatoire, que le délit soit commis sur leur territoire, que l'auteur ou la victime soient des citoyens de cet État ou que les présumés responsables soient appréhendés sur le territoire, etc. Cependant, chaque État membre reste libre d'étendre ou non la portée et les limites de sa compétence au-delà de ce qu'instaurent les conventions conformément à ses lois nationales.

Il est ainsi possible d'affirmer qu'une pratique tend à se généraliser au sein de la communauté internationale : le jugement de crimes internationaux dans l'exercice de la compétence internationale pénale.

La compétence internationale pénale trouve son origine principalement, mais pas exclusivement, dans la coutume internationale, et fait partie des règles du *jus cogens* international qui, en tant que tel, génère des obligations *erga omnes*. Ces règles, parmi lesquelles se trouve précisément la compétence internationale pénale comme obligation légale incluse dans la maxime *aut dedere aut judicare*, assujettissent également les États qui ne les reconnaissent pas.

L'effet convergent de toutes les sources du droit international pénal, associé à celui des législations internes et à la pratique habituelle des tribunaux nationaux, aboutit à la conclusion que les principes de justice internationale et de compétence universelle sont des mécanismes idoines permettant de garantir le devoir d'incrimination par rapport aux crimes graves de droit international, ou parmi ceux-ci les crimes internationaux au sens strict, le génocide, le terrorisme et la torture. C'est la raison pour laquelle ces deux principes devraient faire partie du droit international pénal.

La poursuite de ces crimes, en raison précisément des atteintes aux biens juridiques de la communauté internationale dans son ensemble, ne doit pas souffrir d'exceptions basées sur la fonction occupée par le présumé responsable dans la structure du pouvoir d'un État, ou sur des amnisties. De plus, ces crimes doivent être considérés comme imprescriptibles.

C'est ainsi que les procédures judiciaires espagnoles liées à l'affaire Pinochet avaient secoué l'opinion publique car, non seulement elles avaient incité à appliquer le principe d'universalité, mais elles représentaient également un message de poids à l'attention de la communauté internationale : la commission de crimes graves internationaux peut donner lieu à l'ouverture d'un procès judiciaire, quel que soit le statut du responsable présumé.

La portée de l'article abrogé 23.4 de la LOPJ, modifié par la Loi Organique 1/2009 du 3 novembre, ne peut être niée, bien qu'un seul procès seulement ait été tenu en matière de crimes graves – le procès relatif au cas Scilingo – qui se solda par une condamnation.

L'analyse jurisprudentielle du cas Scilingo conduit à la conclusion que l'anticipation de condamnation ne constitue pas une condition inéluctable en droit international, et que son absence n'a nullement empêché la condamnation de responsables de crimes contre l'humanité. En droit international la formulation classique du principe de légalité pénale « *nullum crimen sine lege* », s'articule en « *nullum crimen sine jure* ».

En effet, pour qu'un comportement soit un fait typique, il est nécessaire de vérifier s'il était prévu au moment de sa commission en droit international, et si celui-ci décrivait de manière assez claire et précise les éléments constitutifs du comportement prohibé. On obtiendra de cette façon le standard minimum permettant de vérifier que les personnes jugées auraient pu ou dû connaître l'interdiction ordonnée par le Droit international, même si les législations pénales internes n'avaient pas défini ces délits, ou si elles ne les avaient définis que postérieurement à l'exécution du délit.

Par ailleurs, les nouvelles conditions de l'art. 23.4 de la LOPJ dénaturent le principe de compétence universelle puisque son application ne dépend plus de la gravité du crime en soi.

Les conditions exigées par la réforme de 2009 à l'art.23.4 sont en contradiction avec certaines obligations découlant des traités internationaux, comme celle de poursuivre les crimes graves des Conventions de Genève de 1949 et de son protocole additionnel de 1997 reposant sur la prémisse suivante : « *sans préjudice des dispositions des traités et conventions internationales auxquelles a souscrit l'Espagne* ». Ainsi cette réforme met-elle en évidence le fait que les intérêts politiques ont clairement primé sur le concept éthique de la justice.

À la fin des années 20, l'affaire Lotus posa la question de la légalité de la compétence extraterritoriale. Ce débat reste étonnamment d'actualité, puisque certaines législations, dont celle de l'Espagne, suite au précédent important causé par son application dans l'affaire Pinochet, ont dû se soumettre à une régulation limitant leur activité dans le champ de la compétence extraterritoriale.

De même, toujours dans le cadre des conditions posées par la modification de l'art. 23.4 de la LOPJ, une question particulièrement discutée concernant l'exercice de la justice et ses limites est l'exigence, ou non, de certains pré-requis étant donné que c'est la nature du délit qui détermine la compétence en dehors de tout autre lien. Par conséquent, la juridiction universelle pour les crimes graves internationaux est pure et absolue. L'unique critère de relation reste en effet le délit, indépendamment de la nationalité du sujet actif ou passif, ou des intérêts de l'État.

À ce sujet, dans l'affaire Pinochet, bien que celui-ci n'ait finalement pas été extradé en Espagne en raison de son état de santé, l'exécution partielle de la demande espagnole constitua un fait historique en reconnaissant dans le cadre du droit international pénal la

compétence universelle de caractère absolu ; c'est-à-dire non soumise à une quelconque relation avec le territoire où elle est exercée.

Par conséquent, le principe de compétence internationale pénale, ou principe de compétence universelle pure et absolue, doit être incorporé dans les ordres juridiques des États qui ne l'envisagent pas, et modifié dans ceux qui, comme l'Espagne exigent des liens de connexion avec les faits jugés. Ceci est nécessaire afin d'éviter l'impunité des responsables des crimes les plus graves pour la communauté internationale dans son ensemble.

Il est certain que la Cour Pénale Internationale constitue une étape décisive dans la lutte contre l'impunité de ces crimes mentionnés à l'article 5 de son statut. Cependant, ceci n'annule pas le principe de compétence internationale pénale puisque le Statut de Rome lui-même reconnaît la complémentarité positive des compétences pénales nationales, tout en insistant sur le devoir de tous les États, y compris de ceux qui ne sont pas partie prenante dans ce Statut, d'exercer leur compétence pénale contre les responsables de crimes mentionnés dans son article 5. De la même manière, les autres États sont dans l'obligation de reconnaître la compétence nationale exercée à titre universel.

La doctrine argumente également pour déterminer si la compétence internationale pénale est subsidiaire ou concurrente par rapport à d'autres compétences faisant éventuellement face à des faits similaires. La réponse étant que la compétence internationale pénale serait relativement concurrente, avec la seule limitation de la chose jugée.

La chose jugée exige que le fait ait été jugé en assurant à toutes les parties les garanties d'un procès équitable ou juste ; cependant, la chose jugée, frauduleuse ou dévalorisante, en dépréciant les standards du droit international, doit céder face aux exigences de justice et permettre par conséquent l'exercice du droit pénal universel.

Enfin, la compétence internationale pénale se justifie non seulement parce qu'elle a été déterminante dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux en l'absence de tribunaux pénaux internationaux, mais aussi en raison de sa nécessité toujours actuelle dans la mesure où la Cour pénale internationale connaît une juridiction limitée. Si la compétence internationale pénale n'existait pas, l'impunité subsisterait en de nombreuses circonstances comme ce fut le cas au Chili sous le régime militaire de Pinochet : « des faits perpétrés au niveau de l'État, du fait de sa participation ou bien de sa carence ».

Par conséquent le fondement ultime de la compétence internationale pénale pour les crimes internationaux est la protection de biens juridiques universellement reconnus comme les droits humains fondamentaux. L'État qui l'exerce, le fait au nom de la communauté internationale en application du droit international pénal obligeant à poursuivre les crimes les plus graves et les plus intolérables, lorsqu'ils ne sont pas jugés efficacement ni sur les lieux de perpétration des faits, ni dans des États tiers ou des tribunaux supranationaux.

Il est toutefois possible d'affirmer que le fondement de la compétence internationale pénale fait partie du noyau dur de la législation internationale, de la nécessité de l'implication universelle dans la défense des droits de l'homme face aux attaques massives, c'est-à-dire quantitativement et qualitativement les plus graves. Un noyau de haute densité juridique est ainsi établi, contenant non seulement les droits, mais aussi les mécanismes permettant de lutter contre l'impunité dans les cas de transgression les plus graves lésant des intérêts communs à tous les États.

L'expérience acquise par les tribunaux espagnols à partir de l'affaire Pinochet a démontré que la diplomatie et les droits fondamentaux n'évolueront jamais main dans la main. Seule la volonté des États de donner prééminence à la défense des droits de l'homme permettra de résoudre cette controverse. L'État ne serait donc plus seul à assumer les conséquences et les coûts diplomatiques impliqués par l'exercice de la compétence internationale pénale.

Par ailleurs, s'il est clair que le principe de compétence universelle est fondé sur le droit international pénal, il est tout aussi certain que son application est une question de souveraineté nationale, et que ce sont les États eux-mêmes qui doivent prévoir dans leurs législations l'exercice de cette compétence. Sur ce point, comme examiné antérieurement, d'aucuns sont de l'avis que cette compétence ne doit être exercée que dans certaines circonstances, c'est-à-dire que s'il existe un rapport avec les intérêts nationaux.

Un débat de doctrine se pose ainsi, auquel participe notamment, entre autres auteurs, le professeur CHINCHON¹⁴⁴³ qui défend une compétence universelle pure ou absolue pour juger les crimes graves de droit international, alors que d'autres favorisent sa limitation afin *de*

¹⁴⁴³CHINCHON, "Análisis Formal y material de la reforma del principio de Jurisdicción Universal en la legislación española: de la "abrogación de facto" a la "derogación de iure", en Diario La Ley, Dialnet, universidad de la Rioja, No. 7211, 2009.

protéger justement le droit international, en invoquant le principe de non intervention dans les affaires internes des États¹⁴⁴⁴.

Ces deux courants se rejoignent dans la mesure où ils ne permettent aucunement l'impunité de ce type de crimes internationaux.

C'est pourquoi la fonction de guide, attribuée à la « *Proposition de Madrid pour la discussion des principes concernant la compétence universelle*¹⁴⁴⁵ », est importante dans le cadre de l'application correcte de cette compétence dont la base juridique est la compétence internationale pénale. La Proposition de Madrid, approuvée en 2014, est une analyse basée sur les Principes de Princeton, approuvés en 2001¹⁴⁴⁶, dont la conclusion est que, 13 ans après leur publication, des circonstances et des besoins nouveaux sont apparus rendant nécessaires l'actualisation et l'élargissement de ces principes.

Ce guide qui aide à élucider cette importante question juridique, a pour objet d'orienter d'une part les juges devant interpréter la compétence universelle en appliquant le droit national, ou adopter des principes de droit international pénal, d'autre part les gouvernements devant décider s'il faut juger ou extradier également les membres de la société civile qui veillent à conduire les auteurs de crimes internationaux graves devant la justice. Il contribue aussi à promouvoir l'imputation internationale de responsabilité pénale.

Son importance est donc essentielle dans la mesure où elle est appliquée conformément au droit, la compétence internationale pénale ou compétence universelle ; elle pourra garantir que l'imputation de responsabilité pénale aux auteurs des faits et l'impunité soient ainsi réduites au minimum.

De ce fait, il est important de souligner la nécessité de mener à bien une nouvelle réforme de l'art. 23.4 de la LOPJ, dans laquelle il serait établi que la compétence internationale pénale doit être pure ou absolue pour les crimes graves de droit international, tel qu'elle a été

¹⁴⁴⁴À ce sujet on peut citer la déclaration de KISSINGER, Ex Secrétaire d'État des USA - 1969 à 1977 - sur l'usage de la compétence universelle et son immixtion dans les processus de réconciliation nationaux. KISSINGER, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny"; *Foreign Affairs*, vol. 80, n°4, Juillet/Août 2001.

¹⁴⁴⁵La "Proposition de Madrid pour la discussion des principes concernant la compétence universelle" (*Propuesta de Madrid para la Discusión de los principios sobre la Competencia Universal*) a été approuvée au congrès international "Jurisdicción Universal en el Siglo XXI". Madrid, du 20 au 23 mai 2014. Voir annexe I.

¹⁴⁴⁶Les principes de Princeton sur la Compétence Universelle ». Nations Unies. A/56/677 ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. Distr. Générale 4 décembre 2001. [http : www.derechos.org/nizkor/icc/princeton2.html#note](http://www.derechos.org/nizkor/icc/princeton2.html#note) verbale. Dernière consultation le 30 janvier 2013. Voir annexe II.

appliquée dans l'affaire Pinochet. Cette compétence ne pourra donc être conditionnée à l'existence de liens avec l'État qui instruit, puisque la répression intéresse toute la communauté internationale. Son unique limite sera la chose jugée ainsi que son exercice relativement subsidiaire ou concurrent. Ce qui ne change rien au fait qu'alors l'Espagne devrait s'abstenir de juger ces crimes si un autre tribunal plus intéressé (par exemple, en raison du lieu de commission) ou si la Cour Pénale Internationale voulait connaître ces mêmes faits.

En résumé, dans le cadre de l'éradication de l'impunité vers laquelle tend le principe de compétence internationale pénale, le legs essentiel du précédent Pinochet consiste d'une part à conserver le message de justice internationale fondé sur l'intérêt supranational de poursuite contre les crimes les plus intolérables et les plus graves relevant du droit international pénal et, d'autre part, à maintenir le message de justice que doivent transmettre les États où ces crimes ont été commis, tout en veillant à ce que le jugement soit prononcé là où les crimes ont été commis.

Enfin, avec la réactivation du principe de la compétence internationale pénale à partir de l'affaire Pinochet, on peut parler d'un avant et d'un après en droit international.

ANNEXES

ANNEXE I

PROPOSITION DE MADRID POUR LA DISCUSSION DES PRINCIPES CONCERNANT LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

Préambule

La compétence universelle s'est révélée tout au long de ces dernières décennies être un instrument efficace pour apporter une réponse judiciaire plus équitable et satisfaisante aux crimes internationaux. Depuis les précurseurs du Droit International tels Francisco de Vitoria, Diego Covarrubias, Francisco Suárez et Hugo Grocio jusqu'à aujourd'hui, la communauté internationale a réussi à renforcer l'idée qu'il existe des crimes qui de par leur nature et leur particulière gravité cessent d'incomber à un État souverain spécifique pour concerner la communauté internationale dans son ensemble, dans la mesure où il est de la responsabilité de tous et de chacun des États d'identifier et de poursuivre ces crimes afin que ceux qui les perpètrent ne puissent bénéficier de l'impunité.

Le Droit Pénal International a connu après la création des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo un grand essor qui s'est poursuivi avec la création des Tribunaux Pénaux Internationaux ad hoc, la Cour Pénale Internationale, et la tenue de la Révision du Statut de Rome à Kampala. L'adoption du Statut de Rome qui a donné naissance à la Cour Pénale Internationale représenta une des plus importantes avancées dans le domaine du Droit International en offrant une réponse rationnelle et mesurée aux plus graves délits pénaux et par là-même une avancée définitive dans la protection des victimes et dans la lutte contre l'impunité. Cependant la réponse fut et reste insuffisante non seulement en raison du manque d'universalité dont souffre le Statut mais en raison des limitations politiques, temporelles, territoriales, des adjectifs et substantifs qui le définissent, aussi est-il essentiel que sa fonction se voit renforcée par l'application du Principe de la Compétence Universelle déjà reconnue par plusieurs instruments internationaux antérieurs et par les législations de certains États en tant que mécanisme adéquat pour rendre effective l'action de la justice nationale dans ce domaine.

Après l'évolution qu'ont connu ces vingt-cinq dernières années le Droit Pénal International , le Droit International des Droits Humains et le Droit Humanitaire, une réflexion s'impose quant aux résultats acquis et aux échecs et aux désaccords nombreux dans l'acceptation et l'utilisation par les législateurs et membres du corps judiciaire d'un instrument tel que celui de la Compétence Universelle qui s'est révélé essentiel à la matérialisation, à la systématisation et à l'application du Droit International conventionnel et coutumiers dans les systèmes locaux, tout spécialement dans le cadre des crimes qui violent ces droits afin que puisse se réaliser le point de convergence grâce auquel tous font siennes ces avancées et que dès lors devienne réalité le fait qu'en rendant plus étroite la marge d'impunité la protection des victimes s'accroisse. Les Principes de Princeton sur la Compétence Universelle concluent ces travaux en 2001. Pourtant trois ans après sa publication il en ressort que l'application dudit principe a connu des nouveautés et des avancées de grande importance et que les circonstances et nécessités ont connu des variations extraordinaires. L'actualisation et l'essor de tels principes sont devenus par conséquent indispensables. Il s'agit là précisément de la finalité de ces derniers, qui impulsent une vocation scientifique, didactique et un élan politique sans parler du rôle de guide dans l'application du Principe de Compétence Universelle.

Parmi les crimes inclus dans cette déclaration certains font déjà l'objet de poursuite sur la base du Principe de Compétence Universelle et d'autres, comme ceux visés au point 2 du principe 2, sont définis et leur poursuite établie en tant qu'aspiration destinée à une protection intégrale de l'humanité et à sa survie, ainsi qu'à la protection de la société dans son ensemble face aux importantes agressions économiques, financières et environnementales dont toute ou pour le moins une grande partie de la société est victime.

Notre volonté de promouvoir ces principes dans le cadre d'une réflexion avec une cinquantaine de juristes, politiques, victimes de divers pays et avec la participation de représentants de Tribunaux Internationaux, de personnes du domaine des Droits Humains et des représentants des Nations Unies repose sur l'idée que ces principes doivent servir de mécanisme suscitant le débat, des adhésions et l'acceptation par les différents pays et institutions pour permettre une future adoption et consolidation au bénéfice d'une plus ample et meilleure protection des citoyens face à la barbarie.

Principe 1 - Concept

Le Principe de Compétence Universelle détermine l'obligation d'enquêter et, partant, pour les tribunaux internes qui le reconnaissent, de poursuivre en justice, dans l'intérêt de la communauté internationale, les crimes visés dans le principe 2 de ce même Principe, indépendamment du lieu où ces derniers ont été perpétrés, de la nationalité du suspect, des victimes ou de l'existence d'un lien quelconque avec l'État qui exerce cette compétence, en application du Droit pénal Interne et International, toutes les fois où les faits n'ont pas été jugés par un autre tribunal national ou international compétent et, dans le cas où ils auraient été jugés, que le droit à une procédure régulière n'ait pas été respecté.

Principe 2 -Délits de poursuite universelle

Le Principe de Compétence Universelle sera applicable aux délits suivants:

1. Des délits graves de Droit International: génocide, lèse-humanité, crimes commis dans le contexte d'un conflit armé, piraterie, esclavage, disparition forcée, torture, exécutions extra-légales, arbitraires ou sommaires et d'autres actes inhumains tels que l'usage illégal de la force qui constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.
2. De graves délits contre la nature et l'environnement et les crimes économiques qui violent de manière grave et généralisée les droits fondamentaux des personnes et de la communauté, à l'instar des fraudes alimentaires, de la spéculation sur les prix des produits de première nécessité dont dépendent la survie ou la santé de la majorité des personnes, l'exploitation illégale des mineurs par le travail au mépris des droits des travailleurs reconnus au niveau international, l'exploitation illicite des ressources naturelles qui nuit gravement à la santé, à la vie et à la coexistence pacifique des personnes dans leur milieu naturel où se situe le lieu d'exploitation, le détournement illicite des fonds octroyés pour pallier les catastrophes humanitaires, le trafic illégal des armes vers des destinations ou des zones de conflits malgré l'interdiction expresse de leur exportation par les Nations unies, l'appropriation illicite des biens des victimes des délits cités dans les principes, la destruction irréversible des écosystèmes et tous ceux définis comme tels dans les conventions et traités internationaux.

Principe 3 – L’application extraterritoriale de la loi pénale

Les États, sans préjudice de ce qui a été établi dans le principe antérieur, établiront dans leurs législations nationales respectives des normes qui régulent l’application extraterritoriale de la loi concernant ces délits qui constituent le noyau de la délinquance organisée transnationale et dont la poursuite repose essentiellement sur la coopération et la coordination entre les États, conformément avec ce qui est établi dans les traités internationaux qui définissent ces délits.

Principe 4 - Responsabilité pénale

1. Toute personne physique ou juridique pourra être responsable au pénal et/ ou au civil des délits énumérés dans le principe 2, notamment les supérieurs hiérarchiques dans les structures organisées du pouvoir, ainsi que leurs subordonnés qui ne pourront pas alléguer le devoir d’obéissance.
2. La responsabilité pénale des personnes juridiques devra être reconnue dans la législation interne ou conventionnelle pour permettre son application et sera indépendante de l’individualisation, de la poursuite et de la condamnation des personnes physiques qui auraient matériellement commis le délit.

Principe 5 - Application du principe de Compétence Universelle sans que ce dernier soit prévu dans la législation nationale

1. Tous les États doivent introduire dans leurs législations internes le Principe de Compétence Universelle.
2. Les organes judiciaires des États devront appliquer le Principe de Compétence Universelle même si celui-ci n’est pas prévu dans leur législation nationale.

Principe 6- Prescription, amnistie et grâce

1. Les dispositions concernant la prescription, l’amnistie, la grâce et d’autres mesures destinées à écarter la responsabilité des États dans lesquels furent perpétrés les délits ne seront pas applicables aux délits de Droit international.
2. Les autorités judiciaires qui exercent la Compétence Universelle dans le cadre des délits de droit International ne seront pas tenues par les dispositions des États référents à la prescription, l’amnistie, la grâce et d’autres mesures destinées à écarter la responsabilité. En tout état de cause on devra tenir compte du second paragraphe de ce principe.

Principe 7 - Principe de légalité pénale internationale

Les actions et omissions constitutives des délits signalés dans le principe 2 seront jugées en application du Principe de Compétence Universelle chaque fois que, au moment de leur commission, ils constituent des délits en vertu du Droit International, même si dans les législations pénales internes tant l'État où les faits ont été commis que celui qui exerce la Compétence Universelle ne qualifient pas ces actions et omissions de délits ou de crimes.

Principe 8 - Le début de l'enquête quand le suspect se trouve sur le territoire national

L'État dans lequel se trouve le suspect quel que soit son niveau de participation à la commission de l'un des délits énoncés dans le principe 2 entamera une investigation et décidera des mesures préventives personnelles et patrimoniales pertinentes dès que ladite présence du suspect est avérée, indépendamment de l'existence d'une préalable demande d'extradition.

Principe 9- Présence du prévenu en phase d'enquête

Les organes judiciaires des États mèneront des investigations sur les faits et la responsabilité de leurs auteurs présumés, en application du principe de Compétence Universelle, avant que les lois de procédure de l'État requièrent leur présence physique pour le procès.

Principe 10 - Complémentarité de la Cour Pénale Internationale

Les États, au travers de leurs tribunaux internes et dans l'exercice de la Compétence Universelle viendront en complémentarité de la Cour Pénale Internationale dans l'investigation et/ou la poursuite des crimes de la compétence de la Cour.

Principe 11 - Conflits de juridictions nationales

1. L'investigation judiciaire d'un même fait pourra éventuellement être engagée dans le même temps par les juridictions nationales de deux États ou plus, ces derniers devant coopérer pour résoudre au mieux l'affaire.
2. L'État qui déclare, en accord avec le principe pro actionne, se trouver dans de meilleures conditions pour poursuivre en justice les faits sera prioritaire pour mener l'enquête, sans qu'il existe de hiérarchie préétablie concernant les compétences. Dans l'évaluation des conditions seront prises en compte, entre autres, les possibilités de poursuites crédibles dans le pays où furent perpétrés les faits, le lieu où se trouve incarcéré l'auteur présumé, l'accès aux éléments de preuve, les mesures de protection

disponibles pour les victimes et les témoins, ainsi que l'indépendance et l'impartialité avec lesquelles a été instruite la procédure et avec lesquelles elle doit continuer à être instruite. Dans tous les cas de figure, l'organe judiciaire compétent adoptera les mesures d'investigation personnelles et patrimoniales nécessaires aux personnes concernées jusqu'à la résolution du conflit, les décisions qu'il adopte étant considérées valides et efficaces

3. On invite à la création, au sein des Nations Unies, d'un organisme de résolution d'éventuels conflits juridictionnels, ses décisions devant être obligatoires et adoptées dans un délai n'excédant pas 30 jours.

Principe 12 - Assistance judiciaire réciproque

1. Les organes judiciaires des États se prêteront assistance dans toute procédure engagée en vertu du Principe de Compétence Universelle chaque fois que l'autorité judiciaire requérante œuvre de bonne foi et qu'il n'existe aucune raison de croire que l'auteur présumé pourrait être soumis à des tortures ou à d'autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, à la disparition forcée de personnes, condamné à mort ou soumis à un jugement contraire aux normes internationales d'une procédure régulière, y compris quand existent des garanties de la part de l'État qui sollicite l'assistance judiciaire en sens inverse
2. L'allégation des États de l'absence d'une double incrimination ne fera pas obstacle à la fourniture d'une aide judiciaire, conformément au principe 7
3. La non-reconnaissance du Principe de Compétence Universelle par l'État à qui est demandée l'assistance n'entravera pas la prestation de l'aide judiciaire demandée.

Principe 13 – Extradition

1. Les États rejeteront les demandes d'extradition d'un autre État qui en a la compétence, y compris la compétence universelle, quand il existe des raisons fondées pour croire que l'auteur présumé sera soumis à des tortures ou à d'autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, à la disparition forcée des personnes, condamné à mort ou soumis à un jugement contraire aux normes internationales d'une procédure régulière, y compris quand existent des garanties de la part de l'État qui, lui, sollicite l'extradition

2. L'État qui pour un motif quelconque rejettera la demande d'extradition enquêtera et, dans ce cas, traduira en justice les présumés responsables des délits énoncés dans le principe 2.
3. L'absence de double incrimination alléguée par des États ne fera pas obstacle à l'octroi de l'extradition, conformément au principe 7.
4. La non-reconnaissance du Principe de Compétence Universelle par l'État sollicité n'empêchera pas l'octroi de l'extradition.

Principe 14 - Nebis in idem

1. Les organes judiciaires des États veilleront à ce que personne ne soit jugé ni sanctionné pour un fait pour lequel il aurait déjà été condamné ou relaxé par un jugement définitif ou une résolution équivalente.
2. Les États qui appliquent le Principe de Compétence universelle pourront exceptionnellement juger des faits qui auront déjà été jugés dans un autre État chaque fois que ladite procédure n'aura pas respecté les normes internationales d'une procédure régulière et, spécialement, si cette dernière n'a pas été menée de manière impartiale et indépendante ou si elle avait pour but de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale pour les crimes commis.

Principe 15– Justice transitionnelle

Les États pourront appliquer exceptionnellement le principe de Compétence universelle à des procédures de Justice Transitionnelle quand les normes internationales de justice n'auront pas été respectées de manière impartiale et indépendante ou quand elles auraient eu pour finalité de soustraire l'accusé à sa responsabilité pour les crimes commis.

Principe 16 - Indépendance des autorités judiciaires ou du ministère public chargées de l'investigation

Les autorités judiciaires ou du ministère public en charge de l'investigation devront agir avec une indépendance absolue et avec impartialité par rapport aux procédures engagées en vertu du Principe de Compétence Universelle. Leurs décisions ne devront être basées que sur des considérations juridiques, sans ingérences politiques d'aucune sorte et elles interpréteront les normes internes conformément à la Déclaration Universelle des Droits Humains et aux traités et accords internationaux en matière de Droits Humains et de Droits Economiques Sociaux et

Culturels, du Droit International Humanitaire et des résolutions des Cours des Droits Humains et de Justice Internationale.

Principe 17 – Organes judiciaires et du ministère public spécialisés

Les États créeront des unités judiciaires et du ministère public spécialisés dans l’investigation et la poursuite des délits soumis au principe de Compétence Universelle.

Principe 18- Victimes et témoins

1. En application du principe de Compétence Universelle, seront considérées comme victimes les personnes qui, de manière individuelle ou collective, auront subi des dommages liés à la commission des délits énoncés dans le principe 2, ainsi que les membres de leur famille proche ou les personnes à charge de la victime directe et également les personnes qui auront subi un préjudice en intervenant pour porter assistance à des victimes en détresse ou pour avoir prévenu des persécutions, indépendamment du fait que l’auteur de la violation aura été identifié, appréhendé, jugé ou condamné.
2. Les organes judiciaires garantiront les droits de la victime à la vérité, la justice, la réparation intégrale et les garanties de non-récidive dans la prise de leurs décisions en accord avec les normes internationales concernées. Pour ce qui a trait à la réparation patrimoniale de la victime, le secret bancaire sera levé.
3. L’intérêt des victimes sera pris en considération avant, durant et après la procédure engagée en vertu du Principe de Compétence Universelle. De cette façon seront garanties leur accès et leur participation à la procédure.
4. Les États qui mènent les investigations, engagent des poursuites et/ou collaborent avec un autre État tout le long de la procédure engagée en vertu du Principe de Compétence Universelle prendront toutes les mesures pertinentes pour garantir à tout moment aux victimes et aux témoins la sécurité, la participation, la vie privée et le bien-être physique et psychologique.
5. Seront prises en considération les nécessités spécifiques des victimes spécialement vulnérables en veillant à leur intérêt et à leur sécurité, et en prévenant leur revictimisation.

Principe 19 - Interprétation

Rien dans ce document ne sera interprété dans le sens d'une restriction de l'application du Principe de Compétence Universelle en vertu du Droit International ainsi que son développement ultérieur, ni de manière à restreindre le droit des victimes à la vérité, la justice, la réparation intégrale et aux garanties de non- récidive des faits commis.

ANNEXE II

LES PRINCIPES DE PRINCETON SUR LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

Les participants au Projet de Princeton sur la compétence universelle proposent les principes ci-après pour faire progresser l'évolution du droit international et l'application de ce droit dans les systèmes juridiques nationaux :

Principe 1 -- Éléments fondamentaux de la compétence universelle

1. Aux fins des présents principes, on entend par compétence universelle la compétence pénale fondée uniquement sur la nature de l'infraction, ni le lieu où elle a été commise, ni la nationalité de celui qui en est accusé ou en a été reconnu coupable, ni la nationalité de la victime, ni aucun autre lien avec l'État exerçant la compétence n'étant pris en considération.

2. La compétence universelle peut être exercée par un organe judiciaire de droit commun compétent de tout État pour juger une personne dûment accusée d'avoir commis un crime grave au regard du droit international au sens du paragraphe 1 du principe 2, à condition que l'intéressé soit présent devant cet organe judiciaire.

3. Un État peut invoquer la compétence universelle pour demander l'extradition d'une personne accusée d'avoir commis un crime grave au regard du droit international au sens du paragraphe 1 du principe 2 ou condamnée pour un tel crime, à condition qu'il ait établi *prima facie* que la personne dont il demande l'extradition est coupable et qu'elle sera jugée ou exécutera sa peine conformément aux normes et principes internationaux sur la protection des droits de l'homme dans l'administration de la justice pénale.

4. Lorsqu'ils exercent ou invoquent la compétence universelle pour demander une extradition, l'État et ses organes judiciaires doivent respecter les normes internationales en matière d'administration de la justice, y compris celles relatives aux droits de l'accusé et des victimes, à l'équité de la procédure et à l'indépendance et l'impartialité de la magistrature [ci-après appelées « normes internationales en matière d'administration de la justice »].

5. L'État exerce sa compétence universelle de bonne foi et conformément à ses droits et obligations au regard du droit international.

Principe 2 -- Crimes graves au regard du droit international

1. Aux fins des présents principes, les crimes graves au regard du droit international comprennent : 1) la piraterie; 2) l'esclavage; 3) les crimes de guerre; 4) les crimes contre la paix; 5) les crimes contre l'humanité; 6) le génocide; et 7) la torture.

2. L'application de la compétence universelle aux crimes énumérés au paragraphe 1 est sans préjudice de son application à d'autres crimes au regard du droit international.

Principe 3 -- Invocation de la compétence universelle en l'absence de législation nationale

En ce qui concerne les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2, les organes judiciaires nationaux peuvent invoquer la compétence universelle même si leur législation nationale ne le prévoit pas expressément.

Principe 4 -- Obligation d'assistance

1. L'État exécute toutes ses obligations internationales concernant l'exercice de poursuites contre des personnes accusées de crimes au regard du droit international ou condamnées pour de tels crimes ou l'extradition de ces personnes selon une procédure conforme aux normes internationales en matière d'administration de la justice, en fournissant aux autres États enquêtant sur de tels crimes ou en poursuivant les auteurs tous les moyens d'assistance administrative et judiciaire à leur disposition, et en prenant toutes les autres mesures nécessaires et appropriées qui sont conformes aux normes et principes internationaux.

2. Dans l'exercice de la compétence universelle l'État peut, aux fins de poursuites, solliciter l'assistance judiciaire d'un autre État pour obtenir des preuves, à condition que l'État requérant soit de bonne foi et que les preuves demandées soient utilisées conformément aux normes internationales en matière d'administration de la justice.

Principe 5 -- Immunités

En ce qui concerne les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2, la qualité officielle de l'accusé, qu'il s'agisse d'un chef d'État ou de gouvernement ou d'un agent de l'État responsable, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un facteur d'atténuation de la peine.

Principe 6 -- Prescription

Les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2 sont imprescriptibles.

Principe 7 -- Amnisties

1. D'une manière générale, les amnisties sont incompatibles avec l'obligation des États de réprimer les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2.

2. L'exercice de la compétence universelle en ce qui concerne les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2 ne peut être exclu par des amnisties incompatibles avec les obligations juridiques internationales de l'État qui les accorde.

Principe 8 -- Règlement des conflits de compétences nationales

Lorsque plusieurs États ont compétence ou peuvent invoquer leur compétence en ce qui concerne une personne et lorsque l'État qui a la garde de cette personne n'a pas d'autre base de compétence que le principe de l'universalité, cet État ou ses organes judiciaires, lorsqu'ils décident s'il convient de poursuivre ou d'extrader, fondent leur décision sur les critères ci-après :

- a) Obligations conventionnelles multilatérales ou bilatérales;
- b) Lieu où le crime a été commis;
- c) Lien de nationalité entre l'accusé et l'État requérant;
- d) Lien de nationalité entre la victime et l'État requérant;
- e) Tout autre lien entre l'État requérant et l'accusé, le crime ou la victime;
- f) La probabilité de poursuites dans l'État requérant et la bonne foi et l'efficacité de ces poursuites;
- g) L'équité et l'impartialité des procédures dans l'État requérant;
- h) La commodité pour les parties et les témoins, ainsi que l'existence de preuves dans l'État requérant; et
- i) Les intérêts de la justice.

Principe 9 -- Non bis in idem

1. Dans l'exercice de la compétence universelle, l'État ou ses organes judiciaires veillent à ce qu'une personne faisant l'objet d'une action pénale ne soit pas exposée à des poursuites ou

peines multiples pour le même comportement délictueux lorsque le procès pénal ou autre procédure de jugement qui a précédé a été mené de bonne foi et conformément aux normes et principes internationaux. Ne relèvent pas du présent principe les simulacres de poursuites ou les peines dérisoires résultant d'une condamnation pénale ou autre procédure de jugement.

2. Les États reconnaissent la validité de l'exercice régulier de la compétence universelle par un autre État et reconnaissent le jugement définitif d'un organe judiciaire national compétent et de droit commun ou d'un organe judiciaire international compétent exerçant cette compétence conformément aux normes internationales en matière d'administration de la justice.

3. Toute personne qui a été jugée ou condamnée par un État exerçant sa compétence universelle en ce qui concerne les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2 a le droit d'invoquer le principe *non bis in idem* pour s'opposer à une nouvelle action pénale devant tout organe judiciaire national ou international et a qualité pour le faire.

Principe 10 -- Motifs pouvant être invoqués pour refuser l'extradition

4. L'État ou ses organes judiciaires refusent de faire droit à une demande d'extradition reposant sur la compétence universelle si la personne recherchée risque la peine de mort ou risque d'être soumise à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou s'il est probable qu'elle sera soumise à une parodie de procès dans le cadre de laquelle les normes internationales en matière d'administration de la justice seront violées et qu'aucune assurance satisfaisante que tel ne sera pas le cas n'est fournie.

5. L'État qui refuse d'extrader en se fondant sur le présent principe doit, lorsque le droit international le permet, exercer des poursuites contre l'individu accusé d'un crime grave au regard du droit international visé au paragraphe 1 du principe 2 ou extradier l'intéressé vers un autre État s'il peut le faire sans l'exposer aux risques mentionnés au paragraphe 1.

Principe 11 -- Adoption d'une législation nationale

Si nécessaire, les États se dotent d'une législation nationale pour leur permettre d'exercer la compétence universelle et d'appliquer les présents principes.

Principe 12 -- Inclusion d'une disposition relative à la compétence universelle dans les traités conclus à l'avenir

Dans tous les traités qu'ils concluront à l'avenir, et dans les protocoles aux traités existants qui concernent les crimes graves au regard du droit international visés au paragraphe 1 du principe 2, les États devront inclure des dispositions prévoyant la compétence universelle.

Principe 13 -- Renforcement de la responsabilité et compétence universelle

6. Les organes judiciaires nationaux interprètent le droit national d'une manière qui soit compatible avec les présents principes.

7. Rien dans les présents principes ne doit être interprété comme limitant les droits et les obligations des États de prévenir ou de réprimer, par des moyens licites reconnus par le droit international, la commission de crimes au regard du droit international.

8. Les présents principes ne peuvent être interprétés comme limitant le développement continu de la compétence universelle en droit international.

Principe 14 -- Règlement des différends

9. Les États devraient, conformément au droit international et à la Charte des Nations Unies, régler les différends découlant de l'exercice de la compétence universelle par tous les moyens de règlement pacifique à leur disposition et en particulier en portant ces différends devant la Cour internationale de Justice.

10. En attendant qu'il soit statué sur la question en litige, l'État voulant exercer sa compétence universelle ne place l'accusé en détention ou ne demande à un autre État de le placer en détention que s'il existe un risque raisonnable de fuite et qu'on ne trouve aucun autre moyen raisonnable d'assurer que l'intéressé comparaitra devant les organes judiciaires de l'État voulant exercer sa compétence.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET THESES

OUVRAGES

- Ahumada, Eugenio, and Rodrigo Atria. *Chile, la memoria prohibida*. Pehuén, 1989.
- Alcaide Fernández, Joaquín. *Las Actividades Terroristas Ante El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2000.
- Alix, Julie. *Terrorisme et Droit Pénal: étude Critique Des Incriminations Terroristes*. Nouvelle Bibliothèque de Thèses. Paris: Dalloz, 2010.
- Ambos, Kai. *Nuevo derecho penal internacional*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.
- . *Temas de derecho penal internacional y europeo: derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes mas graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Ambos, Kai, and Ezequiel Malarino. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. al castellano de la versión abreviada y actualizada. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- . *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- Arriagada Herrera, Genaro. *Por la razón o la fuerza: Chile bajo Pinochet*. Santiago de Chile: Ed. Sudamericana, 1998.
- Ascensio, Hervé, Emmanuel Decaux, Alain Pellet, and Centre de droit international de Nanterre (France), eds. *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000
- . *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2012
- Asúa, Luis Jiménez de, and José Antón Oneca. *Derecho penal conforme al código de 1928: Parte general*. Madrid: Reus, 1929.

- Bailleux, Antoine. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*. Bruxelles: Bruylant, 2005.
- Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- . *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*. Irvington-on-Hudson, N.Y: Transnational Publishers, 1997.
- . , ed. *International Criminal Law: Crimes*. Dobbs Ferry, N.Y: Transnational Pub, 1986.
- . *International Extradition: United States Law and Practice*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1983.
- . *Introduction au droit pénal international*. Bruxelles: Bruylant, 2002.
- Bassiouni, M. Cherif, and Edward M. Wise. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Dordrecht ; Boston: M. Nijhoff, 1995.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1958.
- Bellal, Annyssa. *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international? Collection / Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève 5*. Bruxelles: Bruylant, 2011.
- Bodin, Jean. *Los seis libros de la república*. Madrid: Aguilar, 1973.
- Borghi, Alvaro. *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*. Collection latine Série 2 2. Genève: Helbing & Lichtenhahn [u.a.], 2003.
- Bosly, Henri D., and Damien Vandermeersch. *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice: les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*. Bruxelles: Bruylant [u.a.], 2010.
- . *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice: les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*. Bruxelles: Bruylant [u.a.], 2012
- Brody, Reed, and Michael Ratner. *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet Ugarte in Spain and Britain*. Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed., reprinted. Oxford [u.a]: Clarendon Press, 1998.
- Burgorgue-Larsen, Laurence, Amaya Úbeda de Torres, and Sergio García Ramírez. *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2008.
- Capellà i Roig, Margalida. *La Tipificación Internacional de Los Crímenes Contra La Humanidad*. Tirant Monografias 359. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2001.
- Cassese, Antonio. *International Law*. Oxford University Press, 2001.
- Cassese, Antonio, and Mireille Delmas-Marty. *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, Editorial Norma, 2004.
- . *Juridictions Nationales et Crimes Internationaux*. 1re éd. Paris: Presses universitaires de France, 2002.
- . *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: Presses universitaires de France, 2002.
- Cassese, Antonio, Paola Gaeta, and John R. W. D. Jones, eds. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002.
- Cosnard, M. Michel. *La Soumission Des états Aux Tribunaux Internes : Face à La Théorie Des Immunités Des états*, 1996.
- David, Eric. *Principes de Droit Des Conflits Armés*. Précis de La Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1994.
- Decaux, Emmanuel, Olivier de Frouville, and Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, eds. *La Convention Pour La Protection de Toutes Les Personnes Contre Les Disparitions Forcées: Actes de La Journée D'études Du 11 Mai 2007 Organisée Par Le Centre de Recherche Sur Les Droits de L'homme et Le Droit Humanitaire (C.R.D.H.) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*. Droit et Justice 87. Bruxelles: Nemesis : Bruylant, 2009.

- Díez de Velasco Vallejo, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 12. ed. Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos. Madrid: Tecnos, 1999.
- Dinges, John, and Saul Landau. *Assassination on Embassy Row*. 1. ed. New York: Pantheon Books, 1980.
- Dinges, John, and Isabelle Taudière. *Les années Condor: comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents*. Paris: la Découverte, 2008.
- Erazo, Jaime Lagos. *El "Caso Pinochet" ante las cortes británicas*. Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Forton, Jac. *Pinochet : le procès de la dictature en France*. Toulouse: Editions Toute Latitude, 2009.
- Fouchard, Isabelle, and Mireille Delmas-Marty. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Organisation internationale et relations internationales. Bruxelles: Bruylant, 2014.
- García Arán, Mercedes, Concepción Escobar Hernández, Juan Carlos Ferré Olivé, and Juan Luis Gómez Colomer, eds. *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Gisela, Elsner, Ambos Kai, and Malarino Ezequiel, eds. *Sistema Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos Y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad-Adenauer, 2010.
- Glaser, Stefan (1895-1984). *Droit International Pénal Conventionnel*. Bruxelles: Bruylant, 1970.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *Legal Positivism*. International Rules, New York, Oxford University Press., 1996.
- Heller, Hermann, Gerhart Niemeyer, and Luis Tobio. *Teoría del estado*. México: FCE, 1985.
- Henzelin, Marc. *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. Edited by Robert Roth. Paris: L.G.D.J [u.a.], 2002.
- "Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité." Helbing & Lichtenhahn [u.a.], 2000.
- Hitchens, Christopher. *Les crimes de Monsieur Kissinger*. Neuilly-sur-Seine: Saint-Simon, 2001.

- International Conference for the Unification of Criminal Law (8th ; 1947 ; *Actes de La VIIIe Conférence Internationale Pour L'unification Du Droit Pénal, Bruxelles, 10 et 11 Juillet 1947*. Edited by Simon Sasserath, Léon Cornil, and Pella Vespasien-V. A. Pedone. Paris, 1949.
- Jurovics, Yann. *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*. Bibliothèque de droit international et communautaire 116. Paris: L.G.D.J, 2002.
- Kolb, Robert (1967-). *Droit international pénal : précis*. Collection de droit international public. Bâle: Helbing Lichtenhahn [u.a.], 2008.
- Kolb, Robert, and Georges Abi-Saab. *Théorie du ius cogens international: essai de relecture du concept*. 1. éd. Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève. Paris: Presses Univ. de France, 2001.
- Lamarca Pérez, Carmen. *Tratamiento Jurídico Del Terrorismo*. Colección Temas Penales. Serie A, no. 3. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985.
- La Rosa, Anne-Marie. *Dictionnaire de droit international penal*. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1998.
- Lauterpacht, Elihu, and Lauterpacht Research Centre for International Law (Cambridge). *International Law Reports*. Cambridge: Grotius Publ. [etc.], 2004.
- Lemkin, R. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Publications of the Carnegie Endowment for International Peace. Division of International Law. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- Lorenzetti, Jorge Luis, and Alfredo Jorge Kraut. *Derechos humanos: justicia y reparación: La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*. Editorial Sudamericana, 2011.
- Lozada, Salvador María, Julio José Viaggio, Carlos Zamorano, and Eduardo Barcesat. *Inseguridad y desnacionalización: la "doctrina" de la seguridad nacional*. Ediciones Derechos del Hombre, 1985.

- Ludwiczak, Maria. *La Délégation Internationale de La Compétence Pénale*. Collection Genevoise. Droit International. Genève: Université de Genève, Faculté de Droit : L.G.D.J lextenso éditions : Schulthess Éditions Romandes, 2013.
- MacDonald, Gabrielle Kirk, and Olivia Q. Swaak-Goldman. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. 1. Commentary*. Vol. 1. BRILL, 2000.
- Malekian, Farhad. *International Criminal Law:: The Legal and Critical Analysis of International Crimes. 1: [...]*. Uppsala: Malekian, 1991.
- McDonald, Gabrielle Kirk, and Olivia Swaak-Goldman, eds. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. The Hague ; Boston: Kluwer Law International, 2000.
- Mertens, Pierre. *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité: étude de droit international et de droit pénal comparé*. Éditions de l'Université de Bruxelles, 1974.
- Médigue, Alice. "Mémoires latino-américaines contre l'oppression: témoignages d'exilés du Cône sud, 1960-2000." Indigo, 2008.
- Ollé Sesé, Manuel. *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley, 2008.
- Orihuela Calatayud, Esperanza. *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel, ed. *El principio de justicia universal: fundamento y límites*. Tirant monografías 813. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Peyró Llopis, Ana. *La Compétence Universelle en Matière de Crimes Contre L'humanité*. Collection Du CREDHO 3. Bruxelles: Bruylant, 2003.
- Pigrau i Solé, Antoni, José María de Mena, and Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*. Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, 2009.
- Pinçon, Michel, and Monique Pinçon-Charlot. *Le cas Pinochet: justice et politique*. Paris: Syllepse, 2003.

- Portales, Carlos, and Centro de Investigación y Docencia Económicas, eds. *La América Latina en el nuevo orden económico internacional*. 1. ed. El trimestre económico Lecturas 48. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Prats González, Carlos. *Memorias: Testimonio de Un Soldado*. Santiago [Chile]: Pehuén, 1985.
- Prémont, Daniel, and Association of International Consultants on Human Rights, eds. *Droits Intangibles et états D'exception =: Non-Derogable Rights and States of Emergency*. Organisation Internationale et Relations Internationales 36. Bruxelles: Bruylant, 1996.
- Radbruch, Gustav. *Filosofía del derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.
- Rampal, Jean-Christophe, and Marc Fernandez. *Pinochet : Un dictateur modèle*. Paris: Hachette Littératures, 2003.
- Rawls, John, and Oscar Mejía (S.J.). *El derecho de los pueblos*. Universidad de los Andes, 1996.
- Rebut, Didier. *Droit pénal international*. Précis. Paris: Dalloz, 2012.
- Remiro Brotons, Antonio. *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*. Madrid: Biblioteca Nueva : Política Exterior, 1999.
- Right, Inter-American Commission on Human. *Inter-American Year Book on Human Rights 1985*. Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Ripollés, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria," 1957.
- Robinson, Mary, Princeton University, and Program in Law and Public Affairs. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Princeton, NJ: Program in Law and Public Affairs, Princeton University, 2001.
- Rojas, Paz, Victor Espinoza, Julia Urquieta, and Hernán Soto. *Pinochet face à la justice espagnole*. Paris: L'Harmattan, 2000.
- Rousseau, Jean-Jacques, and Luis Blanco Vila. *Del contrato social o Principios del derecho político*. Madrid: Torre de Goyanes, 2001.
- Sánchez Legido, Angel. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Tirant monografías 301. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo, ed. *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. 2. ed. Las Rozas: La Ley [u.a.], 2011.
- Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 1991.
- Serrano-Piedecabras, José Ramón. *Emergencia Y Crisis Del Estado Social: Análisis de La Excepcionalidad Penal Y Motivos de Su Perpetuación*. 1a ed. Colección Sociedad-Estado 3. Barcelona: PPU, 1988.
- Stenersen, Christian, Isabelle Oseredczuck, and Daniel Prémont. *Droits intangibles et états d'exception = Non-derogable rights and states of emergency*. Bruxelles: Bruylant, 1996.
- Stern, Brigitte. *La Compétence Universelle En France: Le Cas Des Crimes Commis En Ex-Yougoslavie et Au Rwanda*. GYIL. na, 1997.
- Schultze, S. *Mémoire et Transition Politique Au Chili (1970-2000)*. IEP, 2005.
- Taylor, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*. 1st ed. New York, NY: Knopf, 1992.
- Torres, Maruja, and Luis Sepúlveda, eds. *Los documentos del juez Garzón y la Audiencia Nacional: el caso de España contra las dictaduras*. Documento. Barcelona: Planeta, 1998.
- Triffterer, Otto. *Commentary on the Rome Statutes of the International Criminal Court*. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- Ugarte, Augusto Pinochet. *El día decisivo: 11 de septiembre de 1973*. Editorial Andrés Bello, 1979.
- Urbano, Pilar, and Baltasar Garzón. *Garzón: el hombre que veía amanecer*. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 2000.
- Université Montesquieu Bordeaux IV. *La dimension internationale de la justice penale*. Institut de Sciences Criminelles de la Justice. Recherche réalisée avec le soutien de la misión de recherche Droit et Justice, novembre 2011.
- Verdugo, Patricia. *Los zarpazos del Puma*. CESOC, 1997.
- Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. [Madrid]: Editorial Trotta, 2002.

Virally, Michel, ed. *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Paris: A. Pedone, 1991.

Walch, Olivier Merlin, Georges Vedel, and Antonio Plasencia y Monleon. *Dictionnaire juridique : Diccionario Juridico : Edition bilingue français-espagnol/espagnol-francés*. 5e édition. Paris: LGDJ, 2006.

Yang, Xiaodong. *State Immunity in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2012.

Yokaris, Angelos. *La répression pénale en droit international public*. Athènes; Bruxelles: Emile Bruylant, 2006.

Zappala, Salvatore. *La Justice pénale internationale*. Paris: Montchrestien, 2007.

THESES

Abu El Heija, Muhammad. “La Compétence Universelle : Un Mécanisme Pour Lutter Contre L’impunité.” Aix-Marseille 3, 2007.

Frdiani (S), “Les juridictions pénales internationales et les États”, Thèse, Bordeaux, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2004.

Hellman Moreno, Jacqueline. “Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales: su aplicación en España,” 2011.

Tape Laurent, “La compétence international des juridictions françaises en matière pénale”, Thèse, Université Paris XIII, 2011.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ARTICLE DE REVUE

- Ago, Roberto. "Tercer Informe Sobre La Responsabilidad de Los Estados." *Annuaire de La Commission Internationale*, 2 (n.d.).
- Alvarez, Javier Chinchón. "Análisis Formal Y Material de La Reforma Del Principio de Jurisdicción Universal En La Legislación Española: De La «abrogación de Facto» a La «derogación de Iure»." *Diario La Ley*, no. 7211 (2009): 1 – .
- Ambos, Kai. "Los fundamentos del Ius Puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2007.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711901>.
- . "Zur Rechtsgrundlage Des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse Des Rom-Statuts." *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 111, no. 1 (1999).
doi:10.1515/zstw.1999.111.1.175.
- Andreu, Federico. "Impunidad Y Derecho Internacional: Algunas Consideraciones Histórico Jurídicas Sobre La Lucha Contra La Impunidad." *Site En Ligne Http://lipietz.net*, n.d., 8.
- Arán, Mercedes García. "El Principio de Justicia Universal En La L.O. Del Poder Judicial Español." *Crimen Internacional Y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, 2000, 63–88.
- Arocena, María Dolores Bollo. "Soberanía, Justicia Universal E Inmunidad de Jurisdicción En Los Asuntos: República Democrática Del Congo C. Bélgica Y República Del Congo C. Francia." *Revista Española de Derecho Internacional* 56, no. 1 (2004): 91–127.
- Baigún, David. "Las Leyes de 'Punto Final' Y 'Obediencia Debida': Leyes de Impunidad, Gemelas de La 'Ley de Autoamnistía' (22.924)." *Nueva Doctrina Pénal 2000/B*, 2000, 479.
- Barquín Sanz, Jesús. "Universalidad de Jurisdicción Por Delitos de Carácter Internacional." *Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad de Granada*, no. 14 (1987): 25–64.
- Bassiouni, M. Cherif. "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice." *Virginia Journal of International Law* 42 (2002 2001): 81.

- Blanco Cordero, Isidoro. “Compétence universelle: Rapport général.” *Revue internationale de droit pénal* 79, no. 1 (2008): 13. doi:10.3917/ridp.791.0013.
- Burgorgue-Larsen, Laurence. “Le Bannissement de L’impunité: D’cryptage de La Polituqe Jurisprudentielle de La Cour Interaméricaine Des Droits de L’homme.” *Revue Trimestrielle Des Droits de L’homme* 23, no. 89 (2012): 3–42.
- Burgos, Hernán Salinas. “El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?” *Revista Chilena de Derecho*, 2007. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014515007>.
- Burgos, Hernán Salinas, “La jurisdicción internacional”. *Revista Chilena electrónica de Derecho*. Versión On-line ISSN 0718-3437. V. 34 No. 1 Santiago de Chile, abr. 2007, pág. 112
- Calatayud, Esperanza Orihuela. “Jurisdicción Universal E Inmigración: Derecho Internacional Y Derecho Español,” 2009, 457–76.
- Canivell, Joaquín Martín. “El Caso Pinochet En El Tribunal de La Cámara de Los Lores.” *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 7 (2001): 37–66.
- Capellà i Roig, Margalida. “Los Crímenes Contra La Humanidad En El Caso Scilingo.” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 10 (2005).
<http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/crimenes-contra-humanidad-caso-scilingo>.
- Carrasco, María del Carmen Márquez, and Magdalena María Martín Martínez. “El Principio de Jurisdicción Universal En El Ordenamiento Jurídico Español: Pasado, Presente Y Futuro.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, no. 11 (2011): 251–307.
- Cassese, A. “L’incidence Du Droit International Sur Le Droit Interne.” *Jurisdiction Nationales et Crimes Internationaux*, (sous La Direction de Cassese, A., Delmas Marty, M.,) PUF, 2002, 555–66.
- Conde, Francisco José Muñoz. “Le Droit Pénal International Est-Il Un « Droit de L’ennemi » ?” *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Droit pénal de l’ennemi -- Droit pénal de l’inhumain, no. 1 (2009): 1–68.
- Contreras, Juan Carlos Gutiérrez, and Myrna Roxana Villegas Díaz. “Derechos Humanos y desaparecidos en dictaduras militares.” *América Latina Hoy*, 1998.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30802003>.

- Cordero, Isidoro Blanco. “Crisis Del Principio de Jurisdicción Universal En El Derecho Penal Internacional Contemporáneo (I).” *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia Y Bibliografía*, no. 2 (2004): 1634–46.
- Cosnard, M. “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 Novembre &998 et du 24 Mars 1999 dans l’affaire Pinochet.” *Revue générale de droit international public* 103, no. 2 (1999): 309–28.
- Danti-Juan, Michel, and Michel Massé. “L’évolution du droit français des crimes de guerre.” *Liber amicorum Henri-D. Bosly: loyauté, justice et vérité*, 2009.
- del Carpio Delgado, Juana. “El Principio de Justicia Universal En España Tras La Reforma de 2009.” *Diario La Ley*, no. 7307 (2009): 1.
- De Prada, José Ricardo. “Marco Constitucional E Internacional de La Justicia Universal.” *La Justicia Universal En El Derecho Internacional: Mesa Redonda de Expertos. Asociación Pro Derechos Humanos de España–apdhe- Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 14 (2007). <http://www.apdhe.org>.
- De Prada Solaesa, José Ricardo. “La Justicia Universal, Pasado, Presente Y Futuro.” *Tiempo de Paz*, no. 112 (2014): 19–31.
- Desessard, Laurent. “Application Du Droit Pénal Français Dans L’espace à Propos de Quelques Dispositions Issues de La Loi Du 5 Août.” *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, no. 2 (avril-juin 2014): 429–36.
- Dupuy, P.-M. “Crimes et Immunités: Ou Dans Quelle Mesure La Nature Des Premiers Empêche l’exercice Des Secondes.” *Revue Générale de Droit International Public* 103, no. 2 (1999): 289–96.
- Fernández, David L. Morillas. “Aplicación Práctica Del Principio de Justicia Universal: Claves Para Entender La Ley Orgánica 1/2009 Y Su Vigencia Actual,” 2012, 591–617.
- Fernández-Pacheco Estrada, Cristina. “La Jurisprudencia Española En Aplicación Del Principio de Jurisdicción Universal. El Caso de La Represión En Argentina.” *Jueces Para La Democracia*, no. 61 (2008): 101–17.
- Ferrer Lloret, Jaume. “El Principio de Jurisdicción Universal: Su Aplicación En España,” 2004, 107–70.

- . “Impunidad versus Inmunidad de Jurisdicción: La Sentencia Del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de Febrero de 2002. (República Democrática Del Congo Contra Bélgica).” *Anuario Español de Derecho Internacional*, no. 18 (2002): 305–46.
- Fichet, Isabelle, and David Boyle. “Le Jugement de La Chambre Des Lords Dans L’affaire Pinochet.” *Actualité et Droit International, Revue D’analyse Juridique de L’actualité Internationale*, décembre 1998, 1–3.
- Fitzmaurice, Gerald. “Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure, The.” *British Year Book of International Law* 34 (1958): 1–161.
- Fontanaud, Daniel. *La Justice Penale Internationale*. Revue-problemes Politiques et Sociaux, No. 826. 27 août 1999
- Garcés, Joan E. “Pinochet Ante La Audiencia Nacional Y El Derecho Penal Internacional.” *Jueces Para La Democracia*, no. 28 (1997): 92–99.
- García, Francisco Jiménez, and Beatriz García Sánchez. “Propuesta de Convención Universal Sobre El Principio de Justicia Universal: Algunas Reflexiones.” *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos Y Límites*, 2012, 179–232.
- García, Luis Mario. “Auxilio Judicial Internacional Y Soberanía Estatal.” *La Ley, Buenos Aires*, 1992, 928–58.
- Garland, Daniela Cuadros. “La Démocratie Chilienne (1990-2005) Face à La Cause Des Droits de L’homme et Au Désengagement Politique Des Militaires.” *Problèmes d’Amérique Latine*, no. 56 (2005): 37–62.
- Garreton, Roberto. “En El Caso Pinochet: Londres 1998: Hitos, Causas, Consecuencias. Una Aproximación Personal. Conferencia Internacional.” “*El Caso Pinochet Y Su Legado – A 10 Años de Londres 1998*, FIDH, no. 577e (2011): 27.
- Garrido Muñoz, Asier, and Juan Santos Vara. “Crónica Sobre La Aplicación Judicial Del Derecho Internacional Público En España: (enero-Junio 2014).” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 27 (2014): 20–24.
- Garzón, Baltasar. “La Consolidación Del Principio de Jurisdicción Universal: Los Casos Argentina Y Chile En España.” *Tiempo de Paz*, no. 112 (2014): 39–45.

- Gil Gil, Alicia. “Jurisdicción de Los Tribunales Españoles Sobre Genocidio, Crímenes Contra La Humanidad Y Crímenes de Guerra: Premio ‘J.F. Querol Y Lombardero’ Del Ministerio de Defensa.” *Revista Española de Derecho Militar*, no. 87 (2006): 55–88.
- . “Principio de Legalidad Y Crímenes Internacionales. Luces Y Sombras En La Sentencia Del Tribunal Supremo En El Caso Scilingo.” Edited by Rafael Antonio Cerdan Riesa and Francisco Jimenez García. *Nuevos Desafíos Del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, Crímenes Internacionales Y Derechos Fundamentales*, 2009, 391–410.
- Glaser, Stefan (1895-1984). “Le Principe de la Légalité en Matière Pénale, Notamment en Droit Codifié et en Droit Coutumier.” *Revue de Droit Penal et Criminologie*, Introduction au Droit Penal International, 46, no. 889 (1996).
- Gómez Benítez, José Manuel. “El Exterminio de Grupos Políticos En El Derecho Penal Internacional: Genocidio Y Crímenes Contra La Humanidad.” *Revista de Derecho Y Proceso Penal*, no. 4 (2000): 147–60.
- . “El Exterminio de Grupos Políticos En El Derecho Penal Internacional: Genocidio Y Crímenes Contra La Humanidad.” *Revista de Derecho Y Proceso Penal*, no. 4 (2000): 147–60.
- González, Juan Carlos, and Myrna Villegas Díaz. “Derechos Humanos Y Desaparecidos En Dictaduras Militares.” *América Latina Hoy: Revista de Ciencias Sociales*, no. 20 (1998): 19–40.
- Guillaume, Gilbert. “La Convention de La Haye Du 16 Décembre 1970 Pour La Répression de La Capture Illicite D’aéronefs.” *Annuaire Français de Droit International* 16, no. 1 (1970): 35–61. doi:10.3406/afdi.1970.1584.
- Herran, Thomas. “La Répression Du Génocide Rwandais: Une Histoire sans Fin.” *Semaine Juridique*, no. 18 (2014): 904–7.
- Hormazábal Malarée, Hernán. “La Inmunidad Del Jefe de Estado,” 2000, 163–84.
- Horowitz, Jodi. “Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for *Jus Cogens* Violations.” *Fordham Int’l LJ* 23 (1999): 489.

- Kennedy, David. “International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion.” *QLR* 17 (1998 1997): 99.
- Kissinger, Henry A. “The Pitfalls of Universal Jurisdiction.” *FOREIGN AFFAIRS-NEW YORK*-80, no. 4 (2001): 86–96.
- Konstantopoulou, Zoe. “Universal Jurisdiction.” *Revue Internationale de Droit Pénal* Vol. 80, no. 3 (April 21, 2010): 487–512.
- Lamarca Pérez, Carmen. “La Reforma Actual de La Justicia Universal.” *La Justicia Universal En El Derecho Internacional: Mesa Redonda de Expertos. Asociación Pro Derechos Humanos de España –apdhe-, Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 14 (2007): 15–18.
- “Las Huellas Del General Contreras.” *APSI 289 –Revista Política Chilena-*, January 1989, 8–10.
- Le Gall, Élise. “De La Cour D’assises de Paris à L’Assemblée Nationale: Retour Sur La Compétence Universelle Comme Instrument de Répression Des Crimes Internationaux.” *En AJ Pénal*, avril 2014, 148–c149.
- Lemkin, Raphael. “Genocide as a Crime under International Law.” *The American Journal of International Law* 41, no. 1 (January 1, 1947): 145–51.
- Maréchal, Jean-Yves. “Jean-Yves Maréchal, ‘Extradition 339. Principe de Légalité, Crimes Contre L’humanité et Droit de L’extradition’. Cass.crim. 26 févr.2014, n°13-87.888, FS.P+B+R+I:JurisData N° 2014-003302. Cass.crim., 26 févr.2014,n°13-86.631,FS. P+B+I: JurisData n°2014-003290.,” *La Semaine Juridique*, Edition Générale (Lexis Nexis), no. 12 (March 24, 2014): 527.
- Márquez Carrasco, Carmen, and Magdalena Martín Martínez. “El Principio de Jurisdicción Universal En El Ordenamiento Jurídico Español: Pasado, Presente Y Futuro.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 11 (January 2011): 251–303.
- Matute, Francisco Javier Dondé. “El Concepto de Impunidad: Leyes de Amnistía Y Otras Formas Estudiadas Por La Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *SiesteraInter americano de Protection de Los DerchsHumano Y Derch Penal Internacional*, 2010, 263–94.
- Mayer, Pierre. “Droit International Privé et Droit International Public Sous L’angle de La Notion de La Compétence.” *RCDIP*, 1979, 10–13.

- Méndez, Juan E. “Derecho a La Verdad Frente a Las Graves Violaciones a Los Derechos Humanos.” In *La Aplicación de Los Tratados Sobre Derechos Humanos Por Los Tribunales Locales*, 517–40. Editores del Puerto, 1997.
- Mendoza Calderón, Silvia. “Algunas Observaciones Sobre La Aplicación Del Principio de Legalidad En Derecho Penal Internacional.” *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos Y Límites*, 2012, 269–316.
- Morillas Fernandez, David Lorenzo. “L’Arrêt Du Tribunal Constitutionnel 237/2005, Du 26 Septembre 2005.” *Le Principe de Justice Universelle : Fondements et Limites*, n.d., 606.
- MUXART, Anne. “Immunité de L’ex Chef d’État et Compétence Universelle: Quelques Réflexions a Propos de L’affaire Pinochet.” *Revue D’analyse Juridique et D’actualité Internationale, Paris*, 1998.
- Ollé Sesé, Manuel. “La Limitación de La Justicia Universal En La Ley Orgánica 1/2009.” *Tiempo de Paz*, no. 112 (2014): 46–51.
- Ollé Sesé, Manuel, and Carmen Lamarca Pérez. “La Reforma Del Principio de Justicia Universal.” *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario*, no. 83 (2011): 1 – .
- Patrón, José Manuel Sánchez. “La Competencia Extraterritorial de La Jurisdicción Española Para Investigar Y Enjuiciar Crímenes de Guerra: El Caso ‘ Couso.’” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 14 (2007): 6.
- Pérez Alonso, Esteban Juan. “Caso Guatemala.” *Casos Que Hicieron Doctrina En Derecho Penal*, 2011, 687–704.
- Pérez, Carmen Lamarca. “Jurisprudencia Aplicada a La Práctica. Internacionalización Del Derecho Penal Y Principio de Legalidad: El Caso Scilingo.” *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario*, no. 34 (2007): 69–77.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel. “Principio de Justicia Penal Universal versus Principio de Jurisdicción Penal Internacional,” 2012, 61–101.
- Pueyo losa, J., “*Derechos Humanos, crímenes de guerra y la globalización de la justicia*”, REDM, n°83 (enero-junio), 2004.

- Quesada, Luis Jimena. “Compétence Universelle et Crimes Internationaux: L’illustration Par l’Espagne.” *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Droit pénal de l’ennemi -- Droit pénal de l’inhumain, no. 1 (2009): 217–25.
- Real, Baltasar Garzón. “La Consolidación Del Principio de Jurisdicción Universal: Los Casos Argentina Y Chile En España.” *Tiempo de Paz*, no. 112 (2014): 39–45.
- Remezal, Mario Capita. “Terrorismo Y Principio de Justicia Universal.” *El Principio de Justicia Universal: Fundamentos Y Límites*, 2012, 351–89.
- Remiro Brotons, Antonio. “Los Crímenes de Derecho Internacional Y Su Persecución Judicial.” *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 7 (2001): 67–150.
- Rodríguez, Christopher A. Servín. “La Internacionalización De La Responsabilidad Penal Del Individuo Frente a La Impunidad: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare Como Suplemento De Los Ordenamientos Juridicos Nacionales.” Accessed July 23, 2015. http://www.iccnw.org/documents/servin_rodriguez.pdf.
- Rodríguez, Mercedes Soriano. “El Principio de Jurisdicción Universal Y La Reforma Del Art. 23.4 LOPJ, ¿un Paso Atrás En La Lucha Contra La Impunidad?” *Revista Digital Facultad de Derecho*, no. 6 (2013): 318–53.
- Roig, Margalida. “El Proyecto de Reforma Del Código Penal Propone La Incorporación Por Primera Vez de Los Crímenes de Lesa Humanidad En El Ordenamiento Jurídico Español.” *Revista Española de Derecho Internacional* 55, no. 1 (2003): 540–43.
- Sánchez, Beatriz García. “El Principio de Justicia Universal En El Ordenamiento Interno E Internacional.” *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, no. 2 (2004): 243–78.
- Sanchez Legido, Angel. “La Práctica Española En Materia de Jurisdicción Universal.” *Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional Y Seguridad Colectiva*, n.d.
- Santos Vara, Juan. “La Jurisdicción de Los Tribunales Españoles Para Enjuiciar Los Crímenes Cometidos En Guatemala.” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 11 (2006): 10 – .
- Simma, Bruno. “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis,” 1995. <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/3006>.

Simon, Jan-Michael. "Jurisdicción Universal. La Perspectiva Del Derecho Internacional Público." *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Fundación Konrad Adenauer. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2001, 283–318.

Slepoy Prada, Carlos. "El Principio de Justicia Universal Y Su Regulación En España: ¿subsidiariedad O Concurrencia?," 2001, 135–42.

Soto Carmona, Álvaro "La Transición Tutelada." *L'Ordinaire Latino-Américain*, no. 193 (2003): 63–73.

Stern, Brigitte. "Quelques Observations Sur Les Règles Internationales Relatives à L'application Extraterritoriale Du Droit." *Annuaire Français de Droit International* 32, no. 1 (1986): 7–52. doi:10.3406/afdi.1986.2708.

Steven, Lee A. "Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States Is in Breach of Its International Obligations." *Virginia Journal of International Law* 39 (1999 1998): 425.

Tomuschat, Christian. "La Cristallisation Coutumière." Edited by Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet, and Centre de droit international de Nanterre (France). *Droit International Pénal*, 2000.

Villalpando, Santiago Martín. "L'affaire Pinochet: Beaucoup de Bruit Pour Rien?: L'apport Au Droit International de La Décision de La Chambre Des Lords Du 24 Mars 1999." *Revue Générale de Droit International Public*, A. Pedone, Paris, no. Tome CIV-2000 (2000): 394–408.

Wuerth, Ingrid. "Pinochet's Legacy Reassessed." *The American Journal of International Law* 106, no. 4 (October 1, 2012): 731–68. doi:10.5305/amerjintlaw.106.4.0731.

ARTICLE DE JOURNAL

Abramovici, Pierre. "Retour Sur Un Terrorisme d'État Béni Par Les États Unis. 'Opération Condor', Cauchemar de l'Amérique Latine." *Le Monde Diplomatique*, mai 2001.

Annan, Kofi. "Two Concepts of Sovereignty." *The Economist*, September 1999. <http://www.economist.com/node/324795>.

Bourget, Jacques-Marie. "Pinochet Au Tribunal de L'histoire." Paris Match, 2006, no 3004 edition.

-Carlos Amori, Samuel Blixen, "Se destapa la multinacional del terror", Revista Cambio 16 No. 1114, Madrid 29.3 1993, pp. 10-15

Christine Legrand, Le Monde, 12 juillet 2001.

Davison, Phil. "Pinochet in London Clinic." *The Independent*, October 12, 1998.
<http://www.independent.co.uk/news/pinochet-in-london-clinic-1177827.html>.

Française." *Gazette Du Palais – Editions Professionnelle-*, n.d., vendredi 17, samedi 18 janvier 2014 edition.

Journal "El Pais", jeudi 22 mai 2014, p. 16

Journal Officiel des Communautés Européennes, No. C72/87, 18.03.85, pag.123.

Journal « Pagina 12 ». Buenos Aires, Argentina 7 de febrero de 1993, p. 4

Leonardo Cáceres « Pinochet bajo arresto en Chile » Journal « EL TIEMPO », samedi 2 décembre 2000, p. 1 et 17.

Mésa, Rodolphe. "Retour Sur Les Compétences Territoriale et Personnelle de La Loi Pénale SALES. F. "El Paraíso Azul". en: Diario "El País". Madrid 15 de febrero de 1988.

Manuel Delano, "Les analyses médicales montrent que Pinochet ne souffre pas de démence sénile et peut être jugé", journal "El País", jeudi 17 novembre 2005, p. 6 .

Periódico Chileno El Clarin, lunes 17 de diciembre de 2012.

Revue "Alternativa" d'oct-nov-déc. 1996, "En busca del consenso perdido" (A la recherche du consensus perdu), p. 8, cité en "Pinochet face à la justice espagnole"

Revista Semana, Colombie, 29 de diciembre de 2012. Page Web: [www.semana.com/.....muerte victor- jara/326895](http://www.semana.com/.....muerte-victor-jara/326895).

Santiago(EFE AFP),«Pinochet de nuevo atrapado » journal : «EL TIEMPO», mercredi 5 janvier 2005, p. 1- 5

BILLET DE BLOG

Cuyas, Esteban. “La Operación Condor: El Terrorismo de Estado de Alcance Transnacional,” n.d. <http://www.derechos.org/koaga/vii/2/cuya.html>.

Schabas, William A. The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, March 2010 | International Law Observer | A Blog Dedicated to Reports, Commentary and the Discussion of Topical Issues of International Law.” Accessed July 5, 2015. <http://www.internationallawobserver.eu/2010/11/03/schabas-icc-commentary/>.

COLLOQUES

Coloquio sobre « Uruguay y Paraguay: la Transición del Estado de Excepción a la Democracia, and Secrétariat international des juristes pour l’amnistie en Uruguay » : Ciudad de Buenos Aires, Centro Cultural San Martín, 27 al 30 de setiembre de 1984.” Ediciones de la Banda Oriental, 1985.

Blanco cordero, Isidoro, “Relación general”, en Revista internacional de Derecho Penal, 79e année –nouvelle série 1er et ème trimestres 2008, XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal, coloquio preparatorio XI’an (China), 12-15 octubre 2007 Sección IV –Derecho Penal Internacional Jurisdicción universal.

De Nuremberg à la Haye. Juger le crime contre l’humanité”. Actes du colloque. Le Grand Orient de France. 20 et 21 mai 2006.

Dulitzky, Ariel. “La Aplicación de Los Tratados Sobre Derechos Humanos Por Los Tribunales Locales: Un Estudio Comparado.” In *La Aplicación de Los Tratados Sobre Derechos Humanos Por Los Tribunales Locales*, 33–76. Editores del Puerto, 1997.

“Lutter contre l’impunité = De strijd tegen straffeloosheid = Combatting impunity: [Actes du colloque] Bruxelles, du 11 au 13 mars 2002, suivi de les principes de Bruxelles contre l’impunité et pour la justice internationale = [Notulen van het colloquium], Brussel, van 11 tot 13 maart 2002, gevolgd door de Beginselen van Brussel tegen straffeloosheid en voor internationale gerechtigheid = [Proceedings of the symposium], Brussels, from 11 to 13

march 2002, followed by the Brussels principles against impunity and for international justice.” Bruxelles: Bruylant, 2002.

JURISPRUDENCES ET LOIS NATIONALES

JURISPRUDENCE DE L’ESPAGNE:

Décision judiciaire(Autos) de l’ *Audiencia Nacional*

- Auto, prononcée par l’*Audiencia Nacional* de l’Espagne en date du 5 de novembre 1998. Rollo de Apelación 173/98, Sección Primera, sumario 1/98, juzgado de instrucción número 5.
- Procédures préliminaires (Diligencias Previas) 108/96-G. Juzgado Central de Instrucción No. 5.
- Auto, Juzgado central de Instrucción No. 5. Procedimiento: Sumario 19/97-J, le 16 octobre 1998.
- Rollo de Apelación 84/98, Sección Tercera, Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción Número Cinco.
- Sentencia, Num. 16/2005. *Audiencia Nacional* sala de lo penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala -Rollo de apelación 139/1997. Juzgado C. Instrucción No. 5.
- Auto, sur l’imprescriptibilité des actes imputés à Pinochet, 18 décembre 1998.
- Auto, d’accusation contre 98 militaires argentins du 2 novembre 1999. Procédure : Instruction 19/97-L. Terrorisme et génocide. Tribunal Central d’Instruction No. 5, *Audiencia Nacional*, Madrid.

Arrêts du Tribunal Supremo

- STS 327 du 25 février 2003.
- STS 645/2006, du 20 juin [RJ 2006/5184].

-STS 798/2007

-STS 2a. du 9 octobre 1995.

Arrêts du Tribunal Constitutionnelle

- STC 206/1992 du 27 novembre.

-STC 51/1985 du 1er avril

-STC 237/2005, du 26 septembre.

- STC 87/2000, de 27 de mars.

-STC 227/2007 du 22 octobre 2007.

Lois Nationales

-Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire de l'Espagne. –LOPJ- 1985.

-Loi Organique 1/2009 du 3 novembre

-Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”. Boletín oficial del Estado –BOE- Número 63, Sec. I. P. 23026, viernes 14 de marzo de 2014.

-Loi Organique 15/2003, du 25 novembre

-Code pénal espagnol (Loi Organique 10/1995, du 23 novembre, du Code pénal), titre XXIV. Délits contre la communauté internationale, Chapitre I, Délits contre le droit des gens. Art. 607, Chapitre II Bis des Délits de Lèse Humanité. Art. 607 bis.

-Article 25 de la Constitution Espagnole

-Art 24 et 96 de la Constitution d'Espagne –CE-:

JURISPRUDENCE BÉLGES

Affaire Sharon et autres: chambre de mise en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles, 26 juin 2002. Valable sur: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/arret-CC-sharon.pdf>

JURISPRUDENCE ISRAËLIENNES

District Court of Jerusalem, Case of Adolf Eichman, 12 December 1961. Criminal case No. 40/61

JURISPRUDENCE DE COLOMBIE

Arrêt de la Cour Constitutionnelle de Colombie, T-291/06. Page web: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-291-06.htm

JURISPRUDENCES FRANÇAISES

-Cour D'Assises de Paris, 3ème Section, statuant dans le cadre de la procédure du défaut criminel, N°07/0027. Arrêt Criminel, du 17 décembre 2010

-Cour de Cassation, Section Française, 2e Chambre, arrêt du 12 février 2003, Aff. Hijazi S. et crts. C/

-Affaire Barbie, arrêt du 6 octobre 1983, Cour d'appel de Lyon, Crim., arrêt du 20 décembre 1985. Cass.Crim B. 407, p. 1038-1055, arrêt du 25 novembre 1986, Cass. Crim. B. 353, p. 926, arrêt du 3 juin 1988, Cass.Crim. B. 246, p. 637.

JURISPRUDENCE AU CHILI

-Arrêt de la Cour Suprême du Chili du 13.12.2006, Rol No. 559-04, pour les homicides de Hugo Vásquez Martínez et Mario Superby Jeldres, rendu par la Seconde Chambre.

-Arrêt Cour Suprême du Chili du 18.01.2007, Rol No. 2.666-04, concernant l'homicide qualifié de José Matias Ñanco, rendu par la Seconde Chambre

-Arrêt Cour Suprême du Chili du 08.07.2010, Rol No. 2596-09, concernant l'homicide qualifié de Carlos Prats, et Sofia Cuthbert, rendu par la Seconde Chambre.

-Arrêt Cour Suprême du Chili du 30.07.2007, Rol No. 3808-06, concernant la séquestration de Juan Luis Rivera Matus, rendu par la Seconde Chambre.

Lois Nationales

-La loi d'amnistie du Chili (Décret-Loi 2191 du 19 avril 1978)

-Constitution Politique de la République du Chili de 1980 et les réformes réalisées en 2005, Disponible sur le site html : www.bcn.cl/lc/cpolitica/index ,

-Traité d'extradition et assistance judiciaire entre l'Espagne et le Chili, du 14.04.1992

JURISPRUDENCES ANGLAISES

-Tribunal d'Appel de la Chambre des Lords. - Affaire *Regina v. BARTLE and the Commissioner of police for the Metropolis and Others Ex parte PINOCHET Regina v. EVANS and Another and the Commissioner of police for the Metropolis and Others Ex Parte PINOCHET (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, House of Lords, Judgement of 25 November 1998 and of 24 March 1999, source Internet: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>.

JURISPRUDENCES ET DOCUMENTS INTERNATIONAUX

JURISPRUDENCES INTERNATIONALES

Cour européenne des droits de l'homme.

Affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* (Requêtes n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98), arrêt, Strasbourg, 22 mars 2001.

-Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie -TPIY-

-Affaire *Prosecutor v. Furundzija* No. IT-95-17/1-T. 10 décembre 1998. Chambre de première instance.

-Affaire Blaskic (IT-95-14) arrêt du 29 octobre 1997, relatif a la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première Instance II, rendue le 18 juillet 1997.

-Prosecutor v. Jelusic”, Judgement de 14 de diciembre de 1999 (IT-95-10-T).

-Procureur contre Erdemovic, Case No. (IT-96-22-T), Sentencing Judgment, November 29, 1996.

- (IT-96-23), (IT-9623/1) Kunarac, Kovac et Vukovic (Foca). Jugement, 22 février 2001, paragraphes 13, 421-425. (Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Chambre d'Appel, Arrêt, 12 Juin 2002).

-Tribunal pénal international pour le Rwanda –TPIR-

Affaire *Prosecutor v. Rutaganda*”, Judgement de 6 de diciembre de 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56

Cour Permanente de Justice Internationale –CPJI-

-Affaire du Lotus, France contre. Turquie, 7 de septembre 1927. Série A, n° 10.

Cour Internationale de Justice –CIJ-

-Interprétation des traités de paix. Conclus avec la Bulgarie, La Hongri, et la Romaine. (Deuxième phase)

Avis consultative du 18 juillet 1950.

-Affaire BARCELONE Traction, Light and Power Company, Limited (deuxième phase), arrêt, 5 février

1970. CIJ. Rec.1970.

-Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Fond), Nicaragua

c/États-Unis, CIJ E JUILLET 1986. Rec. 1986

- Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) CIJ, arrêt, 14 avril 2002, *Rec.* 2002

Tribunal Militaire International de Nuremberg

-Jugement des 30 septembre et 1^o octobre 1946. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal*

militaire international. Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^o octobre 1946, tome 1, Jugement.

Jurisprudence de la cour interaméricaine des droit de l'homme

-Cour IDH, affaire Almonacid Arellano et autres contre Chili. Arrêt du 26 septembre 2006.

-Cour IDH, affaire « Masacre de Mapiripán – Colombia- », arrêt du 15 septembre 2005. Serie C. No. 134.

-Cour IDH, 5 juillet 2004, Fond et réparations, Dix-neuf commerçants c. Colombie, § 175 ;
Cour IDH, 18 septembre 2003, Fond et réparations, Bulacio c. Argentine, Série C n° 100, §120

-Cour IDH, Affaire 19 Commerçants contre Colombie, Arrêt du 5 juillet de 2004. Serie C No. 109, paragraphe 167 et Affaire Las Palmeras contre Colombie, Arrêt du 6 décembre 2001. Serie C No. 90, paragraphe 52.

-Res. AG/RES.666 (XII-0/83) Résumés de la Jurisprudence du système américaine de protection des droits de l'homme. La disparition force.

-Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez, Arrêt du 29 juillet 1988, Serie C, No. 4.

-Cour IDH, Affaire Barrios Altos contre Perou, Arrêt du 14 mars 2001 (fond), § 2.a).

-Cour IDH, Arrêt du 27 août 1998, affaire Garrido et Baigorria (indemnisations)

Affaire Paniagua Morales et autres, Arrêt du 8 mars 1998, paragraphe 173. Série C. Décisions et Arrêts (Résolutions y Sentencias), No. 37, paragraphe 173. Affaire de la Comunidad Maiwana.

-Cour IDH, Affaire du « Massacre de Pueblo Bello, Arrêt du 31 janvier 2006, Série C. No. 140, paragraphe 143. Affaire du Massacre de Mapiripán, supra note 1, paragraphe 237 ; Affaire de la Communauté Moiwana, supra nota 1, paragraphe 203, et Affaire Sœurs Serrano Cruz, supra note 28, paragraphe. 170

-Cour IDH, Affaire Barrios Altos. Arrêt du 14 mars 2001. Série C No.75. Paragraphe 41.

Rapports de la commission interaméricaine des droits de l'homme.

-Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Rapport No. 133/1999. Affaire 11.725. Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 novembre 1999.

-Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Rapport No. 36/96. Affaire 10.843. Disponible sur le site <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/Chili10843.htm>

- Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. AG/RES.443 (IX-0/84);950 (XVIII-0/88);1022 (XIX-0/89);1044 (XX-0/90) y CIDH, Rapports annuels 1978; 1980/81; 1981-82; 1985/86;1986/87 et spéciaux, tels que Argentina (1980), Chili (1985) et Guatemala (1985), tous approuvés par l'Assemblée Générale.

- Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Rapport No. 34/96. Affaires 11.228, 11.229, 11.231 y 11282, Chili. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, 15 octobre 1996.

-Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Rapport N° 28/92, cas 10.147, 10.181, 10.240, 10.309 et 10.311 (Argentine), 2 octobre 1992, paragraphes 51 et 52.

- Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, Rapport No. 36/96, Cas 10.843 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 77 ; Rapport No. 34/96, Cas 11.228, 11.229, 11.231 et 11282 (Chili), 15 octobre 1996, paragraphe 76.

- Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Rapport No. 25/98, Cas 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chili), 7 avril 1998, paragraphe 50.

DOCUMENTAUX INTERNATIONAUX

-“Principes de Nuremberg” approuvés par l’Assemblée Générale de l’ONU de 11. XII. 1946.

Résolution du Parlement Européen: B4-0194,0235 et 0246/98: “C 80/250 FR Journal officiel

-AmnistiaInternational. Indice AI: AMR 22/002/2001/s. Amnistia Internacional, enero de 2001. CEME – Centro de Estudios Miguel Enríquez –Archivo Chile- “La incompatibilidad del Décret Ley No. 2191 de Chile con el derecho internacional”.

-Amnistía Internacional. Informe en Derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley No. 2191 de 1978 de Chile con el Derecho Internacional. Indice AI: AMR 22/002/2001/s., enero de 2001.

-Amnesty international, “La compétence universelle, 14 principes pour l’exercice effectif de la compétence universelle” Valable sur:

<http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IOR53/001/1999/fr/f0a24953-e130-11dd-b6eb-9175286ccde2/ior530011999es.html>.

- Rapport du Secrétaire général sur l’établissement d’un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, S/2000/915 du 4 octobre 2000.

-Mission d’Observateurs des Nations Unies au Salvador, ONUSAL, Rapport du 19 février 1992, document des Nations Unies A/46/876 S/23580, paragraphe 28.

-Mémoire de droit amicus curiae, présenté par Amnesty International devant la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme dans l’affaire Benavides Cevallos – Ecuador. Equipo Nizkor, 18 décembre 1997, p. 1. Disponible sur [http: www.derechos.org/nizkor/Ecuador/doc/aiamicus.html](http://www.derechos.org/nizkor/Ecuador/doc/aiamicus.html). Dernière visite le 27 juillet 2012.

Documents des Nations Unies.

-Rapport de la CDI sur les travaux de sa 48^o session, A/39/10

-Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l’arrestation, l’extradition et le châtime des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité – adoptés par l’Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 3074 (XXVIII) le 3 décembre 1973 – A/RES/3074

-Résolution 95 (I) du 11 décembre 1946 de l’Assemblée générale des Nations Unies.

- Résolution 2840 (XXVI) DU 18 décembre 1971, “Question du châtement des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l’humanité”, A/RES/2840.
- Résolution 2391 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 26 décembre 1968, par laquelle furent déclarés imprescriptibles les crimes de guerre, l'apartheid, l'expulsion ou occupation par attaque armée, les crimes de lèse humanité, le génocide.
- Résolution des Nations Unies : A/RES/37/182 du 17 décembre 1982, sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales au Chili.
- Résolution 44/159 du 15 décembre 1989 de l’Assemblée générale.
- Résolution 47/133 du 18 décembre 1992 de l’Assemblée général portant la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions force.
- Commission des Droits de l'Homme - 61ème session Point 17 de l’ordre du jour provisoire, Nations Unies Distr. Générale E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005.
- Rapport de la Commission de Droit International, Document des Nations Unies A/51/10.
- Rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (civils et politiques) des Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, paragraphe
- Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, décision du 13 novembre 1995, Communication No. 563/1993, Affaire Nydia Erika Bautista, (Colombie), document des Nations Unies CCPR/C/55D/563/1993, paragraphe 8.6.
- Comité contre la torture des Nations Unies, Décision relative aux communications 1/1988, 2/1988 y 3/1988, du 23 novembre 1989, paragraphe 7.2.
- O.N.U. Formulation des principes reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour adopté par l'assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 177 (II), session plénière du 21 novembre 1947
- La Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies dans les résolutions 1994/39, paragraphe 15 et 1995/38, paragraphe 13, s'est prononcée sur l'existence de cette obligation au sujet des disparitions f
- Les principes de Princeton sur la compétence universelle. Nations Unies A/56/677. Assemblée générale. Distr. Générale, 4 décembre 2001, Français. Original: anglais.

-Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies. Observation générale No. 20 (44) sur l'article 7, 44ème période de sessions du Comité des Droits de l'Homme (1992), Documents Officiels de l'Assemblée Générale, quarante-septième période de sessions, Supplément N° 40 (A/47/40) annexe VI.A

-Document des Nations Unies CCPR/C/79/Add.104, paragraphe 7.

-Observations du Comité des droits de l'homme : Argentine. 05/04/95.
CCPR/C/79/Add.46;A/50/40, paragraphe 146.

-Comité Contre la Torture, Communications No. 1/1988, 2/1988 y 3/1988, Argentine, décision du 23 novembre 1989, paragraphe 9.

Document des Nations Unies, A/CONF.157/23 12 juillet 1993. Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme, paragraphe 60.

Rapport du Secrétaire Général sur l'État de droit et la justice de transition dans les sociétés qui souffrent ou ont souffert de conflits, S/2004/616, du 3 août 2004, paragraphe 10.

Rapport du Secrétaire Général sur la mise en place d'une Cour Spéciale pour la Sierra Leone, 4 octobre 2000, S/2000/915, paragraphe 22.

Rapport de la FIDH. (Fédération International de Droits de l'Homme)

-FIDH. "France, Compétence universelle. État des lieux de la mise en œuvre du principe de compétence universelle». Octobre 2005- n° 431.

-FIDH, "20 ans après le génocide au Rwanda. Le premier procès en France d'un accusé de complicité de Génocide. Procès de Pascal Simbikangwa devant La Cour d'assises de Paris 4 février – 28 mars 2014. Valable sur: Page web://. www.FIDH.org/.....14931-pascal-simbikangwa-condamne-pourgenocide-et-complicité-de-crimes-contre-1

-FIDH, Novembre 2005. Groupe d'action judiciaire de la FIDH. Mauritanie. Affaire ELY OULD DAH.

-FIDH, Chile "avances y obstáculos en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet". No. 577e, octubre 2011.

-Dossier de Presse FIDH-LDH-CODEPU. Le jugement de la Dictature de Pinochet”. Valable sur: www.fidh.org.

CONVENTIONS INTERNATIONALES

- Convention de la Haye de 1899 sur les lois et coutume de la guerre
- Convention de la Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre.
- Convention de Genève du 20 avril 1929 pour la répression du faux-monnayage, RTSN, vol. 112.
- Convention de Genève du 16 novembre 1937 pour la prévention et la répression du terrorisme, RTSN, C. 546 (1), M. 3351 (1).
- La Charte des Nations-Unies ou Charte de San Francisco du 26 de juin 1945.
- Accord de Londres du 8 août 1945 et Statut du Tribunal Militaire International, RTNU vol. 82
- Convention de New York du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, RTNU, vol. 78.
- Déclaration universelle des droits de l’homme et du citoyen du 10 décembre 1948.
- Conventions de Genève du 12 août 1949.
- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961
- Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d’aéronefs.
- Convention de Rome du 17 juillet 1998 portant création de la Cour Pénale Internationale.
- Convention Européenne pour la prévention du terrorisme du 27 janvier 1977
- Convention pour la répression de l'appropriation illicite d'aéronefs signée le 16 décembre 1970,
- Convention Internationale contre la falsification de monnaie du 20 avril 1929

- Convention pour la répression de la traite de personnes et l'exploitation de la prostitution du 21 mars 1950
- Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961
- Convention sur les substances psycho tropiques de février 1971
- Protocoles I et II, additionnels aux Conventions de Genève du 8 1977. RS 0.518.521.
- Convention des Nations Unies sur le trafic illégal de stupéfiants et substances psycho tropiques signée à Vienne le 20 décembre 1988
- Convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, OMI, SUA/CONF/34.
- Convention des Nations unies sur la sécurité du personnel des Nations unies et du personnel associé du 9 décembre 1994, adoptée par l'Assemblée générale, *A/RES/49/59*.
- Convention Inter- Américaine de 1994 contre la disparition forcée des personnes, 33 *ILM*, 1993, 1529
- Convention international pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 15 décembre 1997, *A/RES/52/164*.
- Convention international du 9 décembre 1999 pour la répression de financement du terrorisme, *A/RES/54/109*
- Convention de New York du dcumbre 1984 contra la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. *A/RES/39/46*.
- Convention sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptee par l'Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 1992, *A/Res. 47/133*.
- Convention Européenne des droits de l'homme de 1953
- Convention pour la protection des Droits Humains et des Libertés Fondamentales, faite à Rome le 4 XI. 1950
- Convention sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, fut adoptée le 18 décembre 1992 (*A/Res. 47/133*).

-Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité » est entrée en vigueur le 11 novembre 1970.

-Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs», AFDI, 35, 1970.

-Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, Genève, le 16 novembre 1937. Société des Nations, Doc. C. 548M.385.1937.

-Convention de Vienne sur les Relations Diplomatiques, fut adoptée le 18 avril 1961.-
Convention sur les Missions Spéciales et Protocole Facultatif sur la Solution obligatoire des faits à New York, le 8 de décembre 1969.

-Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme», (Pacte de San José), Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme, est entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

Convention Interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (Adoptée à Belém do Pará, Brésil, le 9 juin 1994, lors de la vingt-quatrième session ordinaire de l'Assemblée Générale) OEA/Ser. PAG/doc.3114/94 disponible en ligne à l'adresse.
<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/k.disparition.htm>. Visitada por última vez:
10/01/2013

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968. Entrée en vigueur le 11 novembre 1970.

-Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques. Annexée à la résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1973. Entrée en vigueur le 20 février 1977. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1035.

-Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949. Valable sur: www.icrc.org/dih.

-Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur le 23 mars 1976. Disponible en ligne
[:http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm](http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm)

-Convention de Vienne sur le droit des traités 1969. Fait à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1155. p.331.

ENTRETIENS, CONFERENCES ET CONGRES

ENTRETIENS

-Entretien réalisée avec ex- Magistrat Baltasar GARZON le 18 janvier 1999 et le 23 mai 2014 à Madrid et, le 21 décembre 2011 à Bogotá.

-Entretien réalisée avec Maître Carlos SLOPEY le 09 janvier 2005 et le 21 mai 2014 à Madrid

-Entretien réalisée avec Maître Manuel OLLÉ SESÉ le 23 août 2012 et le 23 mai 2014 à Madrid

-Entretien réalisée avec Maître Sophie THONON le 14 novembre 2014 à Paris.

-Entretien réalisée avec Maître William BOURDON le 13 novembre 2014 à Paris.

CONFERENCES

Sébastien Brett, «El efecto Pinochet .A diez años de Londres 1998». Cath Collins. Rapport d'une conférence donnée à l'Université Diego Portales, Santiago, Chile, 8 – 10 Octobre 2008.

CONGRES

Congreso: Jurisdicción Universal en el Siglo XXI, Madrid. Dificil equilibrio entre Principios Políticos y Contextos Locales, Madrid, del 20 al 23 de mayo de 2014. FIBGAR. (Fundación Internacional Baltazar Garzón).

DIVERS.

-HINOJOSA L.M., “La globalización y Soberanía de los Estados”, rapport sur les premières journées du dialogue euro-marocain qui se sont déroulées à l’Université de Tanger les 25 et 26 novembre 2004.

-Informe en derecho sobre la incompatibilidad del Decreto Ley No. 2191 de 1978 de Chile con el derecho internacional. Indice AI: AMR 22/002/2001/s. DISTR.:SC/CO/GR. Janvier 2001, p.1, Information disponible sur le site ARCHIVO CHILE, Web del Centro Estudios “Miguel Enriquez”, --CEME: <http://www.archivochile.com>, voir également www.amnistiainternacional.org. (consulté pour la dernière fois le 12 septembre 2012).

-La "Proposition de Madrid pour la discussion des principes concernant la compétence universelle" (Propuesta de Madrid para la Discusión de los principios sobre la Competencia Universal). Congrès international “Jurisdicción Universal en el Siglo XXI”.Madrid, du 20 au 23 mai 2014.

-Rapport de la Commission Nationale sur les Disparitions de Personnes (CONADEP), Nunca Más, Buenos Aires, 1985.

-Annuaire de l’Institut de Droit International, session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p.235.

-SIMON Jan Michel, “Jurisdicción Universal desde la perspectiva del derecho internacional”, note de recherche, Instituto Max Planck pour le droit pénal étranger et international, 2001, p. 59

-BRODY Reed, “Déclaration sur l’immunité de Pinochet”, Human Rights Watch, 1999. Valable sur: <http://www.hrw.org/es/news/1999/03/24/aclamada-la-decision-de-rechazar-la-inmunidad-de-pinochet>

Sources Internet:

-CIJ: (www.icj-cij.org).

-CDI: <http://www.un.org/law/ilc/>.

-CEDH: <http://www.echr.coe.int/>

-Amnesty international: <http://amnesty.org/home.htm>

-La-Federation-internationale-des-ligues-des-droits-: <https://www.fidh.org>

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION GÉNÉRALE | 1 |
| PREMIERE PARTIE LES FONDEMENTS DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS L’AFFAIRE PINOCHET | 25 |
| Chapitre I. LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE ET LE DROIT INTERNE DE L’ESPAGNE .. | 27 |
| Section 1 LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE ET LES JURIDICTIONS NATIONALES..... | 28 |
| §1. LA SOUVERAINETE DES ÉTATS ET LA JUSTICE INTERNATIONALE | 28 |
| A. L’AUTORITE DE L’ÉTAT SOUVERAIN | 30 |
| B. LA SOUVERAINETE DES ÉTATS ET LA PROTECTION DES DROITS DE L’HOMME..... | 32 |
| C. L’IMPUNITE ET LA COMPETENCE UNIVERSELLE | 35 |
| §2. LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE ET L’ADAPTATION DES CRITERES DE COMPETENCE ... | 37 |
| A. LA COMPETENCE TERRITORIALE | 38 |
| 1. Territorialité « subjective » | 40 |
| 2. Territorialité « objective » ou théorie de la compétence concurrente | 40 |
| 3. La « loi » du pavillon | 41 |
| B. LA COMPETENCE EXTRATERRITORIALE | 41 |
| 1. Le principe de la personnalité active | 43 |
| 2. Le principe de la personnalité passive | 44 |
| 3. La compétence réelle ou le principe de protection | 45 |
| 4. La compétence universelle | 46 |
| a. Le développement de la compétence universelle | 47 |
| b. La mise en œuvre de la compétence universelle. | 48 |
| c. La compétence universelle dans le droit interne de l’ Espagne | 49 |
| 1°. La compétence universelle absolue ou compétence universelle non conditionnée | 49 |
| 2°. Conflits de compétences au sujet des crimes internationaux..... | 51 |
| 3°. Objections à la compétence universelle des juges nationaux | 52 |
| a°. La non-intervention dans les affaires internes des autres États. | 53 |
| b°. L’immunité des organes d’État | 55 |
| Section 2. L’INTRODUCTION DU PRINCIPE DE COMPETENCE UNIVERSELLE DANS LE DROIT INTERNE DE L’ESPAGNE | 57 |
| §1. LES LOIS ORGANIQUES DU POUVOIR JUDICIAIRE DE L’ESPAGNE | 58 |
| A. LA LOI ORGANIQUE RELATIVE AU POUVOIR JUDICIAIRE DE 1870 | 58 |
| B. LA LOI ORGANIQUE SUR LE POUVOIR JUDICIAIRE DU 1 JUILLET 1985..... | 60 |
| 1. Le développement de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire | 61 |
| 2. La mise en oeuvre de la loi organique sur le pouvoir judiciaire | 62 |
| §2. LES REFORMES DU PRINCIPE DE JUSTICE UNIVERSELLE DANS LA LOI ORGANIQUE SUR LE POUVOIR JUDICIAIRE | 65 |
| A. LA REFORME DE L’ARTICLE 23.4 DE LA LOPJ PAR LA LO 1/2009 DU 3 NOVEMBRE..... | 67 |
| 1. Les points de la réforme | 67 |
| a. Inclusion du crime de lèse humanité | 68 |
| b. Les liens de relation (conexión) | 70 |
| 1°. Les auteurs présumés du délit en Espagne | 70 |
| 2°. L’existence de victimes de nationalité espagnole..... | 71 |
| 3°. La constatation de l’existence d’un lien de relation significatif avec l’Espagne | 72 |
| c. Le principe de la subsidiarité | 73 |
| B. LA REFORME DE LA LOI ORGANIQUE 6/1985 PAR LA LOI ORGANIQUE 1/2014 | 76 |

Chapitre 2 LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DE L'ESPAGNE ET LE DROIT

| | |
|---|------------|
| INTERNATIONAL. | 78 |
| Section 1. LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS LES CONDITIONS PREVUES PAR LE DROIT INTERNATIONAL..... | 79 |
| §1. LE PRINCIPE « AUT DE DERE, AUT JUDICARE », UNE MAXIME FACE AUX CRIMES INTERNATIONAUX. | 79 |
| §2. LES AUTRES CONDITIONS A L'EXERCICE DE LA COMPETENCE EN ESPAGNE. | 83 |
| A. LE PRINCIPE « NE BIS IN IDEM » ET LE CARACTERE SUBSIDIAIRE DU PRINCIPE DE COMPETENCE UNIVERSELLE. | 83 |
| B. LE DROIT INTERNATIONAL ET LA COMPETENCE UNIVERSELLE IN ABSENTIA. | 86 |
| C. LA PRESCRIPTION DANS LE DROIT INTERNATIONAL. | 89 |
| Section 2. LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE SUJETTE À L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE | 92 |
| §1. LES POURSUITES DES CRIMES DE GENOCIDE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE | 93 |
| A. LA POURSUITE DU CRIME DU GENOCIDE..... | 93 |
| B. LA POURSUITE DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE..... | 98 |
| 1. La compétence universelle pour les crimes contre l'humanité | 99 |
| 2. Les Crimes contre l'Humanité et la responsabilité Individuelle pénale internationale | 106 |
| 3. La non-rétroactivité de la norme pénale applicable | 107 |
| C. DIFFERENCES ENTRE CRIMES CONTRE L'HUMANITE ET GENOCIDE : L'ASPECT « POLITIQUE » MIS EN LUMIERE DANS L'AFFAIRE PINOCHET | 111 |
| 1. L'absence de convention | 113 |
| 2. Le génocide et l'aspect « politique » : | 113 |
| 3. L'aspect « <i>politique</i> » mis en lumière dans l'affaire Pinochet | 117 |
| §2. LA POURSUITE DU CRIME DU TERRORISME ET DU CRIME DE TORTURE..... | 119 |
| A. LA POURSUITE DU CRIME DU TERRORISME..... | 119 |
| B. LA POURSUITE DU CRIME DE TORTURE | 125 |
| C. LA POURSUITE D'AUTRES CRIMES INTERNATIONAUX | 130 |
| CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE. | 132 |
| DEUXIEME PARTIE LA MISE EN ŒUVRE DE LA COMPETENCE INTERNATIONALE PENALE DANS L'AFFAIRE PINOCHET. | 134 |
| Chapitre 1 LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE PÉNALE DE L'ESPAGNE À L'ÉGARD DES CRIMES INTERNATIONAUX AU CHILI | 136 |
| Section 1. LE MANDAT D'ARRET INTERNATIONAL CONTRE PINOCHET..... | 138 |
| § 1. LES FAITS CONSTITUTIVES DU MANDAT D'ARRET INTERNATIONAL AUX FINS D'EXTRADITION CONTRE PINOCHET: | 144 |
| A. LES VIOLATIONS SYSTEMATIQUES ET GENERALISEES DES DROITS HUMAINS COMMISES AU CHILI A PARTIR DE 1973..... | 146 |
| 1. La Conspiration | 146 |
| 2. Les méthodes de répression durant le régime de Pinochet | 150 |
| 3. Les victimes étrangères..... | 152 |
| 4. Les Déclarations du Parlement Européen: Le cas Carmelo Soria..... | 153 |
| B. LES ATTENTATS À L'ÉTRANGER | 155 |
| 1. La DINA -Direction d'Intelligence Nationale- et l'Opération ou Plan Condor | 155 |
| a. La DINA -Direction d'intelligence Nationale- | 156 |
| b. L'opération Condor..... | 159 |
| 2. Les actions dans le cadre de l'opération Condor en Europe, aux États-Unis, en Argentine et au Paraguay..... | 161 |

| | | |
|--------------------|--|-----|
| a. | L'opération ou le plan Condor et les poursuites internationales | 163 |
| b. | Les États-Unis et leurs relations avec l'opération Condor | 164 |
| c. | Le rôle du Paraguay dans la répression Chilienne | 167 |
| §2. | LES FONDEMENTS JURIDIQUES MIS EN CAUSE PAR LE MANDAT D'ARRET INTERNATIONAL AUX FINS D'EXTRADITION CONTRE PINOCHET..... | 169 |
| A. | LE STATUT DE SENATEUR A VIE..... | 171 |
| B. | LE FONDEMENT DE L'EXTRADITION..... | 173 |
| C. | LE DELIT DE GENOCIDE ET LA COMPETENCE DE LA JURIDICTION ESPAGNOLE..... | 174 |
| D. | LES DELITS DE TORTURE ET DE TERRORISME..... | 178 |
| E. | L'ORDRE PROCEDURAL (ORDEN PROCESAL) ET LA DECISION FINALE..... | 181 |
| Section 2 | L'ABSENCE D'IMMUNITE DANS L'AFFAIRE PINOCHET : UNE CONDITION POUR LA JUSTICE INTERNATIONALE..... | 184 |
| §1. | L'AUDIENCIA NACIONAL ET L'IMMUNITE SOUVERAINE DE PINOCHET | 185 |
| A. | L'IMMUNITE SOUVERAINE DANS L'HISTOIRE..... | 185 |
| B. | LES ARGUMENTS A L'ENCONTRE DE L'IMMUNITE SOUVERAINE..... | 188 |
| C. | LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'EXTRADITION..... | 190 |
| 1. | Critères requis pour la demande d'extradition contre Pinochet | 190 |
| 2. | La "loi sur l'Immunité de l'État" (State immunity Act) de 1978, applicable au Royaume Uni | 190 |
| a. | La justification des immunités | 191 |
| b. | La tradition des tribunaux britanniques | 192 |
| c. | L'application de la doctrine de l'immunité..... | 192 |
| §2. | L'IMMUNITE DE PINOCHET EN TANT QU'ANCIEN CHEF D'ÉTAT..... | 193 |
| A. | L'ARRET DU 28 OCTOBRE 1998 DE LA HIGH COURT DE LONDRES..... | 196 |
| B. | LA DECISION DE LA CHAMBRE DES LORDS DANS L'AFFAIRE PINOCHET..... | 198 |
| 1. | L'arrêt de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998..... | 198 |
| 2. | L'arrêt de la Chambre des Lords du 24 de mars 1999..... | 201 |
| a. | Les arguments en faveur de l'immunité | 202 |
| b. | Les arguments rejetant l'immunité | 202 |
| c. | La double incrimination | 205 |
| d. | L'autorisation vers une extradition..... | 207 |
| Chapitre 2. | LES CONSEQUENCES DE L'AFFAIRE PINOCHET ET LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ...209 | |
| Section 1. | L'ARRESTATION DE PINOCHET ET SES CONSÉQUENCES AU CHILI..... | 210 |
| §1. | LES CONSEQUENCES SUR LE PLAN POLITIQUE | 210 |
| §2. | LES CONSEQUENCES SUR LE PLAN JUDICIAIRE | 217 |
| Section 2. | PINOCHET DEVANT LA COUR D'ASSISES DE PARIS..... | 222 |
| § 1. | LES REGLES DE FOND | 223 |
| A. | LA DISPARITION FORCEE..... | 223 |
| B. | LES CRIMES CONTRE L'HUMANITE..... | 226 |
| §2. | LES REGLES DE PROCEDURE..... | 228 |
| A. | LA COMPETENCE EXTRATERRITORIALE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS..... | 228 |
| 1. | Les victimes franco-chiliennes au centre de ce procès..... | 229 |
| 2. | La compétence personnelle passive | 230 |
| 3. | La compétence universelle en France..... | 230 |
| a. | La mise en œuvre de la compétence universelle | 231 |
| b. | Les cas de compétence universelle en France..... | 233 |
| c. | L'absence de compétence universelle dans l'affaire Pinochet | 234 |
| B. | LE PROCES PAR DEFAUT : PRINCIPE, DEROULEMENT, VERDICT..... | 236 |
| 1. | La loi du 9 mars 2004..... | 237 |

| | | |
|--|---|------------|
| 2. | La mise en application de la procédure par défaut | 238 |
| a. | Le déroulement de la procédure par défaut | 238 |
| b. | Le verdict de la Cour d'Assises de Paris | 241 |
| CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE | | 244 |
| TROISIEME PARTIE « L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE À L'AFFAIRE PINOCHET » | | |
| Chapitre 1. LA LOI D'AMNISTIE DU CHILI (DECRET-LOI 2191- DE 1978) FACE A L'IMPUNITÉ | | 247 |
| Section 1- LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI D'AMNISTIE DU CHILI..... | | 256 |
| §1. | L'APPLICATION DE LA LOI D'AMNISTIE DE 1978 PAR LES TRIBUNAUX CHILIENS..... | 258 |
| A. | L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI D'AMNISTIE..... | 261 |
| 1. | Les cas de Carmelo Soria et de Almonacid Arellano | 262 |
| 2. | La "disparition forcée", un crime permanent: cas Sandoval Rodríguez | 265 |
| B. | LA RELATION ENTRE LA LOI D'AMNISTIE ET LA VIOLATION DE DROITS FONDAMENTAUX..... | 268 |
| 1. | L'amnistie au Chili: une circonstance d'impunité | 269 |
| 2. | Le déni de justice | 270 |
| a. | La violation du droit aux garanties judiciaires : (art. 8) | 271 |
| b. | La violation du droit à la protection judiciaire (article 25) | 273 |
| §2. | L'IMPUNITÉ PERMANENTE AU CHILI..... | 274 |
| A. | L'IMPOSSIBILITÉ D'AMNISTIER LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ..... | 275 |
| 1. | La non-abrogation du Décret-Loi d'amnistie de 1978 | 277 |
| 2. | L'arrêt de l'application du Décret-Loi d'amnistie | 278 |
| B. | L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ | 279 |
| 1. | La prescription graduelle ou la demi-prescription..... | 281 |
| 2. | La bonne conduite antérieure, circonstance atténuante | 284 |
| C. | LES AUTRES LIMITES AU PROGRES DE LA JUSTICE AU CHILI, GENERATRICES D'IMPUNITÉ | 285 |
| 1. | Le pacte de silence et la destruction de preuves..... | 285 |
| 2. | Les civils et les intellectuels responsables de crimes contre l'humanité..... | 285 |
| 3. | Le déni du droit des victimes de tortures à accéder à la justice | 287 |
| Section 2. LA LOI D'AMNISTIE AU CHILI COMME SOURCE D'IMPUNITÉ : UNE CONTRADICTION JURIDIQUE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL..... | | 289 |
| §1. | LES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT DU CHILI EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME . | 290 |
| A. | L'OBLIGATION DE JUGER ET DE PUNIR LES AUTEURS DE VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME | 290 |
| 1. | Le manquement à l'obligation de juger et de punir | 296 |
| 2. | La compétence internationale pénale dans la doctrine de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme | 301 |
| B. | L'INCOMPATIBILITÉ DE LA LOI D'AMNISTIE AVEC L'OBLIGATION D'ENQUÊTER, JUGER ET PUNIR | 302 |
| §2. | L'APPLICATION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX DES DROITS DE L'HOMME DANS LE DROIT INTERNE DU CHILI..... | 308 |
| A. | LE PRINCIPE PACTA SUNT SERVANDA, COMME PRIMAUTE DU DROIT INTERNATIONAL SUR LE DROIT INTERNE CHILIEN | 312 |
| B. | LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU CHILI FACE AU DROIT INTERNATIONAL | 316 |
| Chapitre 2. L'APPORT DU PRÉCÉDENT PINOCHET | | 320 |
| Section 1. L'AUDIENCIA NACIONAL DE L'ESPAGNE ET LES CRIMES INTERNATIONAUX DE LA DICTATURE EN ARGENTINE..... | | 323 |
| §1. | L'AFFAIRE SCILINGO..... | 324 |
| A. | L'AUDIENCIA NACIONAL ET LA DÉCISION JUDICIAIRE DU 4 NOVEMBRE 1998 | 325 |

| | | |
|---|--|------------|
| 1. | L'application de l'art. 23.4 de la L.O.P.J. et le délit de Génocide..... | 326 |
| 2. | Le principe de subsidiarité..... | 326 |
| B. | L'AUDIENCIA NACIONAL ET L'ARRET NO. 16 DU 19 AVRIL 2005..... | 327 |
| 1. | La qualification des conduites..... | 328 |
| a. | La qualification initiale de génocide:..... | 328 |
| b. | La qualification du crime de lèse humanité..... | 329 |
| c. | De la qualification initiale de terrorisme vers la qualification de "crime de lèse humanité de terrorisme"..... | 331 |
| 2. | Les éléments et la nature des crimes contre l'humanité..... | 332 |
| a. | L'application de la notion de crimes contre l'humanité dans l'affaire Scilingo..... | 332 |
| b. | L'Obéissance due et la Responsabilité pénale individuelle..... | 334 |
| c. | L'opinio Juris cogentis..... | 336 |
| d. | L'existence de normes coutumières internationales et la « norme de fermeture » (norma de cierre)..... | 339 |
| 3. | Le principe de légalité en Droit International Pénal: Nullum Crimen Sine Jure: Application dans le cas Scilingo..... | 340 |
| 4. | L'exercice de la compétence internationale pénale dans le cas Scilingo..... | 348 |
| a. | La qualification internationale du délit et l'intérêt de la communauté internationale qu'il soit poursuivi..... | 349 |
| b. | La non poursuite pénale des faits en Argentine..... | 349 |
| c. | L'existence de victimes espagnoles..... | 351 |
| d. | La présence de l'inculpé en territoire espagnol et la coopération judiciaire internationale..... | 352 |
| C. | ARRET DU TRIBUNAL SUPREME DU 1ER OCTOBRE 2007, N°798/2007..... | 352 |
| 1. | L'article 607 bis du Code Pénal Espagnol..... | 353 |
| 2. | La coutume Internationale:..... | 354 |
| 3. | Des crimes de lèse humanité aux délits d'assassinats et de détentions illégales..... | 357 |
| 4. | La Compétence universelle:..... | 359 |
| 5. | Les opinions dissidentes:..... | 361 |
| §2. | L'AFFAIRE RICARDO CAVALLO..... | 362 |
| A. | L'AFFAIRE CAVALLO FACE A L'AUDIENCIA NACIONAL :..... | 363 |
| B. | LE TRIBUNAL SUPREME ET LA RE-EXTRADITION DE RICARDO CAVALLO..... | 366 |
| Section 2. LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL DE L'ESPAGNE ET LES CRIMES INTERNATIONAUX AU GUATEMALA..... | | 368 |
| §1. | LES PROCEDURES JUDICIAIRES DANS L'AFFAIRE GUATEMALA..... | 369 |
| A. | DECISION JUDICIAIRE (AUTO) DE L'AUDIENCIA NACIONAL DU 13 DECEMBRE 2000..... | 370 |
| B. | ARRET DU TRIBUNAL SUPREME 327 DU 25 FEVRIER 2003..... | 376 |
| 1. | L'article 6 du Convention contre le Génocide de 1948..... | 377 |
| 2. | L'art. 23.4 de la LOPJ..... | 379 |
| 3. | L'arrêt du Tribunal Suprême relatif aux normes et traités internationaux et la doctrine du tribunal constitutionnel..... | 382 |
| 4. | Le Principe de non-intervention..... | 383 |
| 5. | La limitation par le concept de la chose jugée..... | 384 |
| 6. | Les opinions dissidentes exposées dans l'Arrêt du Tribunal Suprême..... | 384 |
| §2. | ARRET 237 DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL DU 26 SEPTEMBRE 2005..... | 388 |
| A. | LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET LA DECISION JUDICIAIRE (AUTO) DE L'AUDIENCIA NACIONAL..... | 390 |
| B. | LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET L'ARRET DU TRIBUNAL SUPREME..... | 394 |
| 1. | Quant à la présence du présumé auteur sur le territoire espagnol..... | 398 |
| 2. | La personnalité passive ou nationalité espagnole :..... | 400 |

| | |
|--|------------|
| 3. Le critère de l'intérêt national: | 401 |
| C. LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET L'ARRET 237 DU 26 SEPTEMBRE 2005 PRECEDANT LA REFORME DE L'ARTICLE 23.4 DE LA L.O.P.J. | 402 |
| CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE | 406 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 411 |
| ANNEXES | 418 |
| ANNEXE I PROPOSITION DE MADRID POUR LA DISCUSSION DES PRINCIPES CONCERNANT LA COMPETENCE UNIVERSELLE..... | 419 |
| ANNEXE II LES PRINCIPES DE PRINCETON SUR LA COMPETENCE UNIVERSELLE | 428 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 433 |

