

The politics of principle. The first South African Constitutional Court, 1995-2005

Theunis Roux,
Reino Unido, Cambridge, 2013,
433 páginas.

La disolución del *apartheid* que imperó durante el siglo XX en Sudáfrica impuso un régimen de segregación racial jurídica y de facto que engendró en el derecho constitucional sudafricano un cambio que colocó a este país como uno de los grandes hitos del constitucionalismo transformador. El interés por su estudio se ha desplegado por diversas ramas de las ciencias sociales, las cuales en su conjunto, han permitido el entendimiento de los retos que lo llevaron al progreso y triunfo.

Con la finalidad de lograr una transición democrática lejana a la discriminación y fundada en el pleno respeto a los derechos humanos, Sudáfrica creó una constitución interina en 1993, la cual fue reemplazada por la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996. Durante estos cambios constitucionales, la Corte Constitucional de Sudáfrica fue encabezada desde 1994 hasta 2001 por el Juez Arthur Chaskalson, quién fue asignado bajo este cargo por Nelson Mandela, el entonces titular del Poder Ejecutivo. El Juez Chaskalson se retiró de sus funciones en este Alto Tribunal Sudafricano hasta el 2005. Durante el tiempo en el que estuvo a cargo, la Corte emitió una serie de decisiones relevantes sobre la pena de muerte, derechos sociales, entre otros; pero también fue capaz de ejercer su rol de veto a pesar de no contar con suficiente legitimidad institucional. En este contexto, los jueces que la conformaron también tuvieron que hacerle frente a diversas limitaciones jurídicas y políticas que afectaron el ejercicio de funciones pero a pesar de todo ello, la Corte Constitucional Sudafricana cumplió exitosamente con su misión transformadora.

El Profesor Theunis Roux, en su libro *The politics of principle. The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, estudia de qué manera la Corte Constitucio-

nal de Sudáfrica a pesar de haber recibido una misión complicada en términos políticos, logró desplegarla de manera exitosa. Como se verá más adelante, el texto reseñado está dividido en tres partes, todas ellas destinadas al análisis y entendimiento del funcionamiento del máximo Tribunal Sudafricano en su primera década de existencia, la cual que como ya se señalaba previamente, impulsó la transición constitucional y democrática.

La primera sección se integra por los tres capítulos iniciales. En el primero, el autor desarrolla un análisis en términos jurídicos y políticos sobre la naturaleza del éxito de la Corte Constitucional de Sudáfrica con la finalidad de demostrar que un estudio interdisciplinario es la mejor vía para analizar su destacada actividad. Por ello, Roux se plantea algunas preguntas que a lo largo de este primer apartado irán encontrando respuesta. La primera de ellas se dirige a determinar si los especialistas en política judicial y los teóricos jurídico liberales conciben el éxito de las cortes constitucionales en términos significativamente diferentes. En segundo lugar, se propone determinar si la Corte de Chaskalson fue exitosa según los criterios de las corrientes antes señaladas.

Por lo anterior, el autor retoma los tres modelos más importantes desarrollados por la política judicial para analizar el comportamiento de las cortes constitucionales (modelo actitudinal, estratégico e histórico-institucionalista). El éxito de estas últimas dependerá de la posibilidad que tengan de emitir una resolución en la que establezcan su rol de veto sin que ello trastoque su independencia. Una vez expuestas las bases doctrinarias de esta primera parte del texto, el autor explica el éxito de la Corte de Chaskalson en el ámbito político y jurídico mediante sus resoluciones, las cuales serán es-

tudiadas con mayor profundidad en el último apartado del libro. Finalmente, en la última parte de este primer capítulo, el lector puede encontrar una discusión entre la concepción jurídico positivista y la Dworkiniana sobre el ideal de resoluciones de Tribunales de Cortes Constitucionales apegado a derecho.

El segundo capítulo está dedicado a estudiar las restricciones jurídicas y políticas que pueden afectar el funcionamiento de los altos tribunales. En estas líneas, el autor propone analizar ambas restricciones en una gráfica que permite colocar a las cortes constitucionales en cualquiera de sus cuatro cuadrantes según su comportamiento ante dichas limitantes. En este sentido, mientras sea mayor el apego de las resoluciones de una corte constitucional a las restricciones que la misma normatividad le establece, gozará de una mayor legitimidad (eje vertical superior). Por otro lado, mientras el funcionamiento de una corte sea afectado por restricciones políticas como la imposibilidad de ejercer su rol de veto por los ataques políticos, ésta perderá independencia judicial (eje horizontal derecho). De esta forma, el éxito del que pueda gozar una corte constitucional depende de su capacidad para negociar el derecho y las tensiones políticas.

Según el autor, las resoluciones de la Corte Constitucional Sudafricana, durante el tiempo en el que el Juez Chaskalson fue el Presidente y hasta su retiro tuvieron un fuerte apego al derecho y al mismo tiempo lograron ejercer su facultad de veto. Si bien la Corte tenía la misión de cimentar la transición democrática y constitucional, no siempre contó con el apoyo de los otros poderes, en particular del partido político Congreso Nacional Africano (CNA). Éste en sus inicios respaldó a la Corte Constitucional pero posteriormente, cuando comenzó a perder soporte político, los ataques contra este Alto Tribunal se detonaron. Lo que hasta aquí se quiere resaltar es que, a lo largo de los primeros diez años de inicio la Corte tuvo que ganar su legitimidad e independencia en un ambiente que no siempre le fue favorable para ello, sin embargo, lo hizo con éxito. Lo que se desconoce según el Profesor Roux es en qué lugar de la gráfica comenzó la Corte Constitucional, cómo se posicionó en el cuadrante en el que destaca el alto grado de legitimidad y a su vez, el aislamiento de las restricciones políticas. Igualmente, señala que se ignora si esto último fue consecuencia de las estrategias que realizó para negociar la tensión entre las restricciones políticas y jurídicas o simplemente fue accidental.

Por lo anterior, Roux afirma que el contexto político bajo el cual se desarrolló la revisión judicial durante el tiempo en el que Chaskalson presidió la Corte, no debe estudiarse de forma lejana a los factores institucionales y culturales que estructuraron al CNA. Igualmente subraya que, lo que llevó a la Corte Constitucional de Sudáfrica a ejercer su rol institucional debe ser atribuido a sus propias capacidades para negociar la tensión política y jurídica. Ello se puede ver en *Soobramoney*, en el cual, moldeó el derecho en casos políticamente controvertidos al grado de ponerse en condiciones de gestionar la tensión entre la ley y la política en casos de este tipo.

En el tercer capítulo Roux expone en primer lugar cuál fue la posición inicial de la Corte Sudafricana en la matriz estudiada en el segundo capítulo y una vez posicionada, señala cuáles fueron los métodos empleados para analizar los movimientos de la Corte a lo largo de la gráfica durante la primera década de su funcionamiento. Para concluir este apartado y abrir el espacio de estudio de los subsecuentes, el autor expone cuál fue el criterio metodológico empleado para elegir los casos que se discuten en el tercer apartado.

La segunda sección del libro está conformada por el cuarto y quinto capítulo. En el primero de ellos Roux se encarga de exponer cuál fue el contexto político que imperó en el desarrollo de la revisión judicial durante la primera década de vida de la Corte Constitucional de Chaskalson. Como se mencionó previamente, al inicio del ejercicio de sus funciones, la Corte Constitucional de Sudáfrica contó con el apoyo del CNA, cuando éste comenzó a perder control del partido, la Corte comenzó a recibir ataques políticos. Este apartado evidencia que los ataques políticos a los que fue sometida la Corte de Chaskalson dependieron del interés que tenía el CNA respecto a su independencia. Por ello, Roux afirma que el contexto político bajo el cual se desarrolló la revisión judicial durante el tiempo en el que Chaskalson presidió la Corte, no debe estudiarse de forma alejada a los factores institucionales y culturales que estructuraron al CNA. En conclusión, el autor afirma que la Corte Constitucional de Sudáfrica ejerció exitosamente su rol institucional por sus capacidades para negociar la tensión política y jurídica.

En el quinto capítulo el autor se encarga de evaluar diversos factores que cambiaron la naturaleza de la cultura jurídica de las resoluciones de la Corte Constitu-

cional. En estas líneas Roux le permite al lector entender los retos que enfrentó la transición democrática y constitucional para construir una nueva cultura jurídica pues antes de 1994, el derecho se encontraba inmerso en un profundo positivismo. Con la nueva constitución sudafricana, los jueces de la Corte Constitucional de Chaskalson edificaron una nueva cultura apegada a los derechos humanos y basada en el *judicial review*. Ante este panorama, en un primer momento el autor expone la historia del desarrollo de la cultura jurídica de este alto tribunal antes de 1994 desde una perspectiva interna y otra externa. Posteriormente, desarrolla el impacto del positivismo y las oportunidades que ello presentó para la transición constitucional. En la parte final de este capítulo, Roux explica las características éticas compartidas por los integrantes de la Corte de Chaskalson y que permitieron la consolidación de constitucionalismo liberal que llevaría a la reivindicación de la transformación política y social en Sudáfrica.

Finalmente, la tercer parte del libro está integrado por los últimos capítulos y en éstos, Roux estudia el desarrollo jurisprudencial de algunos derechos. En este sentido, el sexto expone la progresividad de las constituciones post-apartheid, la cual fue fortalecida por el involucramiento del CNA a los movimientos de derechos humanos internacionales y en el interés global de la transición sudafricana. Esta progresividad y la idea que invitaba a pensar que ésta surgía de valores liberales de occidente, le generaron problemáticas a la Corte porque ésta tuvo el reto de convencer a los sudafricanos que los valores morales establecidos en la nueva constitución eran sus propios valores, mismos que podían elegir libremente.

El autor señala que en la teoría normativa constitucional existen tres perspectivas principales que explican, cómo una Corte Constitucional puede fortalecer la moralidad constitucional: 1) otorgando efecto a las intenciones de los creadores de la constitución con el objeto de mantener vigente la visión moral que tuvieron al momento de crearla; 2) interpretando la constitución a través de las decisiones judiciales pasadas, las prácticas de la comunidad política y la constitución con la "mejor luz" (perspectiva de Dworkin cuando habla sobre la interpretación constructivista); 3) reivindicando la moral constitucional a través de los métodos del *common law*. Al respecto, el autor argumenta que la Corte de Chaskalson no usó ninguna de esas vías para fortalecer la

moral constitucional. Para explicar cuál fue la forma en la que lo hizo, Roux estudia tres sentencias de este Alto Tribunal que le ayudaron a llegar a una conclusión al respecto. La primera de ellas es *S. v. Makwanyane*, en ella, la Corte usó el valor africano tradicional llamado *Ubuntu* que significa humanidad, para resolver sobre la constitucionalidad de la pena de muerte. El segundo caso analizado en el capítulo es *Bhe v. Khayelitsha Magistrate*, en el cual, la Corte reivindicó valores constitucionales bajo el argumento de que éstos son el espíritu igualitario del derecho consuetudinario que fueron despojados por la influencia del colonialismo. Finalmente, en la sentencia *Minister of Home Affairs v. Fourie*, la Corte analizó el matrimonio igualitario y le concedió al poder legislativo la facultad de regularlo bajo los parámetros morales de la Constitución. Finalmente, el autor indica que con el análisis de estas tres resoluciones, los jueces de la Corte Sudafricana fortalecieron los valores constitucionales enmarcándolos como valores que todos los sudafricanos habían hecho suyos.

En el séptimo capítulo Roux inicia con una exposición sobre la literatura que existe en sobre los derechos sociales. Señala que por un lado se encuentran casi todos los comentaristas extranjeros,¹ para los cuales, las sentencias de la Corte Constitucional Sudafricana en esta materia hicieron que ésta sea vista como uno de los tribunales constitucionales más avanzados técnicamente e innovadores que han existido después de 1989. En cambio, para la mayoría de los comentaristas sudafricanos, las sentencias de este Alto Tribunal en materia de derechos sociales no cumplieron con la promesa de la Constitución de 1996 pues, desde el punto de vista de este sector académico, la Corte falló en atribuirle un contenido sustantivo a los derechos sociales y ello ha generado que exista poco incentivo para litigarlos. Ante este panorama, el autor señala que derivado del análisis interdisciplinario elaborado en el capítulo, él considera que los desarrollos de la Corte Constitucional Sudafricana en materia de derechos sociales se acercan a los comentarios hechos por los críticos extranjeros. Aunado a ello, el autor explica que el comportamiento de la Corte respecto al núcleo esencial de los derechos sociales tiene que ser entendido desde un contexto en el cual, la Corte tuvo que desarrollar un estándar de revisión bajo el cual pudiera marcar su independencia de otros poderes e intervenir en micro políticas cuando los casos lo permitieran.

¹ El autor señala que en este supuesto se encuentran: Frank Michelman, Mark Tushnet, Rosalind Dixon, Ran Hirschl, Katharine Young y Mark Kende.

Para llegar a estas conclusiones, en el capítulo séptimo el autor explica la historia bajo la cual se incluyeron los derechos sociales en la constitución sudafricana de 1996. En los otros apartados, aborda tres de las más relevantes sentencias en la materia, en las cuales se han desarrollado el núcleo esencial y el enfoque de la justificación racional de estos derechos. El estudio en este capítulo inicia con *Soobramoney v. Minister of Health*, primer caso que conoció la Corte en materia de derechos sociales y sobre el cual, en palabras del autor, la Corte de Chaskalson moldeó la ley en casos políticamente controvertibles para poder manejar la tensión entre la ley y la política que surge en algunos casos. Posteriormente, el autor estudia *Grootboom*, sobre éste expone las razones por las cuales la Corte de Chaskalson no fijó un estándar universal para la satisfacción del núcleo esencial de los derechos sociales. Si la Corte lo hubiera hecho, habría entrado en conflicto directo con los sectores políticos –en particular de la CNA- y ello la hubiera hecho susceptible de recibir ataques de éste. Para evitar ello y sin dejar al lado los derechos sociales, la Corte de Chaskalson eligió usar un estándar de justificación racional para satisfacer los derechos sociales de los quejosos. Finalmente, el autor analiza la sentencia *Treatment Action Campaign*, en la cual, la Corte no enfrentó una coacción política; sin embargo, necesitaba ordenar la distribución de *nevirapine*² sin que ello se entendiera como una imposición de su parte, es decir que, por su propia cuenta estaba tomando decisiones médicas y presupuestarias.

El capítulo octavo está dedicado al estudio de la regulación del derecho a la propiedad y de los casos a través de los cuales la Corte de Chaskalson lo desarrolló. Para tener un contexto general, el autor inicialmente expone cuáles fueron las circunstancias que intervinieron en la creación del artículo 25 constitucional y, las políticas económicas de la CNA después de 1994. Posteriormente, Roux explica cómo la cláusula de consulta previa ha sido estudiada por el Alto Tribunal Sudafricano y, de qué manera han sido abordados el derecho a la propiedad y a la vivienda.

En el penúltimo capítulo el Profesor Roux estudia los derechos políticos y a través del análisis de los casos *August* y *NICRO, New National Party y United Democratic Movement*, le da respuesta a la paradoja que existe entre tales derechos. Ésta consiste en que los derechos políticos son aquellos cuya aplicación garantiza la reconciliación

con la democracia, pero a pesar de ello, es sobre éstos que la Corte Sudafricana otorgó resoluciones menos convincentes.

En el décimo y último capítulo, se encarga de estudiar las estrategias que fueron usadas por la Corte de Chaskalson en los casos mencionados previamente. Por ello, en un primer momento el autor expone la doctrina de la separación de poderes para concluir que los integrantes de la Corte en todo momento fueron conscientes de la relevancia de sus decisiones en la independencia judicial, la cual controlaron a través del impacto de sus resoluciones. En la segunda parte del capítulo, Roux se centra en estudiar la jurisprudencia del Alto Tribunal relacionada con el papel que desarrolló para fortalecer el acceso de todos los sudafricanos a su jurisdicción. Finalmente, en el último apartado el autor estudia las estrategias retóricas usadas por la Corte de Chaskalson. Afirma que la primera de ellas surge de las decisiones abordadas a lo largo del libro y de otras que no fueron incluidas. Con éstas se puede apreciar que sus integrantes realizaron un mantenimiento constante de una postura en la que se podía marcar una clara línea entre el derecho y la política. La segunda se enfocó en el uso del lenguaje retórico dentro de sus mismas sentencias para mantener su relación con la CNA.

Sin duda, *The politics of principle. The first South African Constitutional Court, 1995-2005* permite que todo lector interesado en este tópico pueda entender el contexto político bajo el cual, la Corte Constitucional de Sudáfrica construyó exitosamente el camino hacia la transición democrática.

Elaborado por: **Zaira Azucena Pérez Figueroa**

² El nevirapine es un medicamento que previene el contagio de VIH. Su eficacia radica en la administración a la madre justo antes del nacimiento del hijo.