

La Corte Constitucional de Sudáfrica y los derechos fundamentales

Gumesindo García Morelos

A la memoria del Doctor Cipriano Gómez Lara

SUMARIO: I. Introducción. II. La tradición angloamericana y el control constitucional. III. Los tribunales constitucionales y el encuentro de dos sistemas jurídicos. IV. El nuevo régimen constitucional sudafricano de los derechos fundamentales. V. La Corte Constitucional y sus funciones. VI. Una mirada general a la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando leímos el artículo de *Jared Diamond*¹ que nos invitaba a reflexionar sobre el Continente africano, tendríamos varias respuestas asociadas como, “grandes animales”, “pobreza” hasta “tribus”, pero podría faltar alguna como “cuna de la humanidad”, lo que sería un ingrediente para concluir cómo un continente puede comprender tales extremos. Pero en las rutas africanas de la geografía constitucional encontramos la implementación de instituciones modernas, e inclusive, notoriamente desarrolladas sobre las experiencias de otros países. Es cierto, que la primera referencia que tuvimos en años atrás sobre Sudáfrica, fue la discriminación atroz sobre las personas de color, la violación sistemática de los derechos fundamentales, ahí quedo plasmada la triste imagen de los acontecimientos, misma que se diseminó con las noticias de las transformaciones políticas.

Uno de los factores sobresalientes lo ubicamos en sus constituciones (1993 y 1997), que constituyen los peldaños y los pasamanos en el camino a la democracia constitucional. Pero, de todo ello hemos reposado nuestra mirada a distancia sobre los *bill of rights* y sobre la Corte Constitucional, que adelantamos, hay resultados po-

¹ “La forma de África” en *National Geographic en Español*, México, septiembre de 2005, p. 2.

sitivos. La evolución constitucional se deja sentir desde la primera lectura de su contenido, sus intenciones se transforman cuando surge un litigio, y es necesario reivindicar el imperio de la Constitución, por lo que es menester apuntar a esa objetividad desde las bases normativas y después desde el ascenso del Derecho, las sentencias de la magistratura constitucional. Por tal motivo hemos dedicado este pequeño trabajo para describir la función y el papel social de la Corte Constitucional sudafricana, dimensionándola desde la óptica del Derecho Comparado, ello para tratar de ubicar con mayor acierto la naturaleza legal del citado cuerpo de control del poder. Asimismo, hemos trazado una ligera referencia a la jurisprudencia constitucional correspondiente a los derechos y libertades fundamentales.

II. La tradición angloamericana y el control constitucional

Una de las instituciones jurídicas aceptadas en las distintas coordenadas de los sistemas legales lo constituye la carta fundamental, donde se plasman proyectos de nación, bajo principios y valores universales, cuya fundamentación descansa en la Teoría constitucional. La racionalización del poder, es decir la construcción del Estado Constitucional de Derecho, es la consolidación de las distintas ideas liberales que tomaron cuerpo de normas jurídicas en la alborada del constitucionalismo norteamericano de 1787. La tradición anglosajona de la administración de justicia pronto cambiaría su rostro en un campo fértil para las libertades, las Colonias Británica en el continente Americano. La idea disidente de controlar los actos legislativos del soberano, el Parlamento, era una concepción europea inaceptable, pero el diseño político dimensionado en el Nuevo Mundo depararía una evolución, la fiscalización judicial de los actos del Poder legislativo. He aquí la sustancia de nuestra institución que en los siguientes apartados trasladaremos a un “nuevo” Estado, Sudáfrica.

La *judicial review* constituye un principio constitucional implícito en la tradición del Derecho constitucional estadounidense² que pronto operaría los destinos de los diversos diseños de cartas políticas³ amparando en todo momento los intentos para establecer las democracias;⁴ mismas que, en muchas ocasiones tratan de disfrazar

² SCHWARTZ, Bernard, *Constitutional Law*, second edition, New York, Macmillan, 1979, p. 2; CORWIN, Edward S., *The Constitution and What It Means Today*, USA, Princeton University Press, 1978, pp. 222 y 223.

³ CAPPELLETTI, Mauro and COHEN, William, *Comparative Constitutional Law. Cases and materials*, USA, Bobbs-Merrill, 1979, pp. 3 y ss.

⁴ Véase SCHWARTZ, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, USA, University of Chicago Press, 2002, pp. 41 y ss; donde se hace referencia a las diversas situaciones que

los regímenes gubernamentales, restringiendo su verdadero contenido. Una de las aportaciones de la tradición angloamericana más sobresalientes lo es la técnica procesal conferida a la magistratura judicial para la declaración de la inconstitucionalidad de leyes a los casos concretos; ello, se consideró un atentado en contra de la concepción política de los parlamentarios, arraigados en ideologías revolucionarias estancadas en la ilusión de un pasado inmodificable, destinado a conducir a las sociedades del futuro, pareciera, sin mirar su respectivo presente.

El andamiaje del Derecho comparado ha fijado con mucha atención la importancia del control de constitucionalidad en el mundo,⁵ nos referimos al perfeccionamiento mismo de la tradición americana que Cappelletti sostiene “la versión americana de la *judicial review* fue el resultado lógico de siglos de pensamiento en Europa y de las experiencias coloniales, lo cual hizo de la cultura de Occidente en general a admitir la teoría de la supremacía de ciertos tipos de Derecho [...]”,⁶ si bien, lo anterior es incuestionable, esta idea maduró en la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando en el célebre caso *Marbury versus Madison* (1803), los jueces enjuiciaron la actividad *ultra vires* de una ley secundaria;⁷ situación que marcaría para siempre las ideas políticas sobre la forma de gobierno. Hoy, la función que desempeñan los tribunales en las transformaciones sociales es significativa en el control constitucional de las leyes, que en muchas ocasiones se convierten en instrumentos de sometimiento hacia ciertos sectores del poder, entre ellos, los de tipo económico. Por ello, podemos aceptar la “judicialización de la vida social”,⁸ que el poder de los jueces ha incursionado, incluso, en los ámbitos que en otros tiempos se consideraban excluidos de las esferas de los llamados actos de gobierno o cuestiones políticas.

Por lo tanto, esta aportación angloamericana se ha convertido en pilar de los nuevos modelos constitucionales, entre los que se encuentran las cartas fundamentales de la Europa continental de “entreguerras” que, podemos aseverar sin temor a equivocarnos, es la etapa donde se gestó la fusión de dos sistemas legales: el angloamericano y el romano-germánico; lo que ha permitido la conformación de los Tribunales o Cortes Constitucionales, sin importar si su naturaleza es de un híbrido

enfrenta la magistratura constitucional por la lucha de su independencia, aún cuando los textos constitucionales se las confieran. Las incidencias en aquellos países que han abandonado el denominado bloque socialista, “los de Europa del Este”, es una lucha como consta en el título del excelente trabajo del profesor SCHWARTZ.

⁵ Véase CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, traducción de Luis Dorantes Tamayo et al, México, UNAM, 1987, pp. 193 y ss.

⁶ *Op. Cit.*, not. 3, p. 3.

⁷ Lo que significa la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias.

⁸ STONE, Alec, *Governing with Judges. Constitucional Politics in Europe*, USA, Oxford University Press, 2000, p. 12.

jurídico; su resultado es lo que nos interesa. Europa y América constituyen los marcos referenciales iniciales, los jueces y los procesos constitucionales. La expansión de estas ideas es una realidad, Asia⁹ y África¹⁰ se ha sumado a estas vertientes constitucionales para vencer los sinsabores que la realidad político-social ha marcado en cierto tiempo el desenvolvimiento de la vida de cada nación. Controlar la supremacía de la Constitución es controlar el ejercicio del Poder público, que constantemente avasalla las rutas de las libertades fundamentales, como es el caso de Sudáfrica, donde la población de color, los nativos, sufrieron en su seno los excesos de sus propios gobiernos, de minorías aplastantes que soslayaron las más elementales corrientes de los gobiernos constitucionales; de ahí uno de nuestros postulados desde la labor fundamental que realizan las Cortes Constitucionales en el mundo.

III. Los tribunales constitucionales y el encuentro de dos sistemas jurídicos

La aparición de los órganos jurisdiccionales especializados en los litigios constitucionales, Cortes Constitucionales (1920), representan un avance en la tradición angloamericana del control judicial de la leyes, que pronto se ensancharía a someter los actos de autoridad al orden constitucional, aun cuando no se tratará del enjuiciamiento de normas jurídicas, uno de los casos sobresalientes lo constituye el Caso *Nixon* (1974), que como consecuencia de un fallo de la Corte Suprema estadounidense se propició la salida¹¹ de su cargo como Presidente de los Estados Unidos. La *judicial review* americana se caracteriza por la declaración de inconstitucionalidad de leyes sin hacer una declaración general, es decir, no invalida la ley, sólo la desaplica al caso concreto; en cambio la técnica jurídica de la Europa continental hace declaración general de inconstitucionalidad sin que exista un caso concreto (litigio), basta la contradicción de alguna norma jurídica ordinaria con la Constitución para que se actualice el presupuesto de procedencia del proceso de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

Si bien, existe una clasificación tradicional de sistemas procesales de control constitucional bajo los puntos característicos que ya referimos, la técnica europea no es otra cosa que la reinención de arriba para abajo del poder de los jueces norteamericanos, por lo que es menester señalar esta conjugación de técnicas procesa-

⁹ GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, USA, Cambridge University Press, 2003, pp.

¹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México, 1968, pp. 90 y ss.

¹¹ YARBROUGH, Tinsley E., *The Burger Court*, USA, ABC-Clio, 2000, pp. 22 y 23.

les depuradas. Los países de la *Commonwealth*,¹² han asumido en principio los lineamientos del control constitucional norteamericano (Australia, Canadá, India, Irlanda, Pakistán, entre otros), otros países de esta tradición en cambio, han optado por la técnica europea, que podemos decir, es la que predomina en aquellos Estados que han acogido como directriz jurídica una Constitución escrita, pero sobre todo, el establecimiento de declaración de derechos (*bill of rights*) y los mecanismos tuteladores de los mismos, las garantías jurisdiccionales del ordenamiento constitucional. A ello, debemos sumar los órganos de control, que en el rol angloamericano lo realizan las Cortes Supremas; en cambio esas funciones pueden ser encargadas a una Corte Constitucional, que posee dentro de sus competencias la protección judicial de los derechos fundamentales, la declaración de inconstitucionalidad de leyes, la resolución de conflictos de competencia entre los órganos de gobierno. Uno de los países paradigmáticos en este rubro es Sudáfrica, que a pesar de fundamentarse en el sistema jurídico del *Common Law* ha incorporado instituciones constitucionales de tradición europea, como la Corte Constitucional, como consecuencias de las condiciones sociales en que se encontraba un gran sector de la población.

IV. El nuevo régimen constitucional sudafricano de los derechos fundamentales

Sudáfrica ha experimentado una transformación jurídica importante, es decir, un paso hacia las libertades humanas garantizadas en un ordenamiento constitucional. La evolución de la estructura de la forma de gobierno significó la democratización de una sociedad excluyente por excelencia, orientada desde una política de segregación racial; casi la totalidad del siglo que se fue, la centuria XX, significó un referente constante de ataques a la dignidad humana. Una de las decisiones políticas hacia el paso definitivo del Estado Constitucional lo orientó la carta fundamental intermedia de 1993, donde se plasmaron entre otros temas, la declaración de derechos y libertades fundamentales¹³ (*bill of rights*) y, el establecimiento de la Corte Constitucional (1994); se concretizaba una regla esencial del Derecho: la garantía jurisdiccional de los derechos humanos.

La adopción de la carta constitucional de 1996¹⁴ constituye el “acta de nacimiento” de la nueva Sudáfrica, un país con profundas diferencias en su pasado inmediato. Dicho documento es producto de largas y tortuosas negociaciones; es en

¹² Para una referencia sobre la judicial review en estos países véase: MCWHINNEY, Edward, *Judicial Review in The English-Speaking World*, Canada, University of Toronto Press, 1956; JACKSON, Donald W. y TATE, C. Neil, *Comparative Judicial Review and Public Policy*, USA, Greenwood, 1992.

¹³ Cabe destacar la abolición de la pena de muerte.

¹⁴ www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/history.htm

otra expresión, la realización de diversas ideas, de la lucha de varios años. Un dato importante en este contexto es el momento de su firma por uno de los líderes más conocidos en el mundo entero, Nelson Mandela,¹⁵ quien suscribió la ley fundamental en un día especial, 10 de diciembre de 1996, el día internacional de los derechos humanos. El ordenamiento constitucional entró en vigor el 4 de febrero de 1997, mismo que fue distribuido en once lenguas.

Para efectos de nuestra exposición abordaremos dos aspectos de la Constitución en comento: los derechos fundamentales (*bill of rights*) y la Corte Constitucional. En relación al primer punto cabe subrayar que se aprecia una marcada influencia de la ley de Bonn (1949),¹⁶ que queda patente su trascendencia de positivizar la dignidad humana, que sirve en ambos casos, no como principio, sino como norma vinculante a la magistratura constitucional para resolver los litigios constitucionales y los procesos abstractos de inconstitucionalidad; lo anterior permite apreciar la idea del constituyente de establecer las orientaciones constitucionales marcando principios y valores, elementos propios del constitucionalismo de nuestros días. Esto es fundamental para la labor que desempeña la Corte Constitucional ya que, le permite fundamentar y razonar sus fallos desde vertientes amplias, que incitan a un activismo de sus magistrados, lo que se verificará cuando abordemos la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales.

La declaración de derechos¹⁷ (secciones 7-39)¹⁸ reconoce un amplio espectro de la doctrina moderna de la materia, entre los que destacan tres generaciones (1ª, 2ª y 3ª).¹⁹ Llama también la atención la recepción de la doctrina alemana sobre la eficacia horizontal²⁰ de los derechos fundamentales (sección 8.2), es decir, no solamente se coloca a los órganos públicos como sujetos pasivos (eficacia vertical), sino que coloca a las personas físicas y a las personas morales como sujetos pasivos, lo cual, reorienta pues, la concepción tradicional de la función de limitación al ejercicio del poder; pero lo más importante estriba en la posibilidad de la tutela judicial ante las Cortes (sección 8.3) en ambos supuestos. Lo que corrobora el impacto de la constitucionalización en la vida de este país.

¹⁵ Véase ALPONTE, Juan María, *Los liberadores de la conciencia: Lincoln, Gandhi, Luther King, Mandela*, primera reimpresión de la primera edición de 2003, México, Aguilar, 2004, pp. 403 y ss.

¹⁶ Constitución de Alemania, principalmente su artículo 1o.

¹⁷ Hemos prescindido de hacer referencia a los derechos y libertades tradicionales para abordar aquellos aspectos generales de su eficacia. El texto Constitucional hace un extenso reconocimiento de las prerrogativas incorporadas a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁸ www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/ch2.html

¹⁹ La 1ª se refiere a los derechos civiles y políticos; la 2ª, a los derechos sociales, económicos y culturales y, la 3ª, al libre desarrollo de los pueblos, cooperación internacional, derecho al medio ambiente, los derechos de clase.

²⁰ Véase el caso *Lith* (1955), resuelto por el Tribunal Federal Constitucional alemán.

Por su parte la sección 36 establece la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales, regla semejante a la estipulada en el primer párrafo del artículo 1° de nuestro ordenamiento fundamental federal, donde se regula la posibilidad de restringir o suspender los derechos en los casos que el propio ordenamiento lo determine; ello nos lleva a colocar la tesis de la vigencia relativa de las libertades, que no se consideran absolutas; el citado precepto sujeta dicha excepción a la razonabilidad y justificación de la medida extrema, atendiendo a una sociedad abierta y democrática, basada en la dignidad humana, igualdad y libertad, tomándose en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo: la naturaleza del derecho, la importancia del propósito de la limitación, la naturaleza y extensión de la limitación, la relación entre la limitación y el propósito. Lo anterior resulta relevante en la tarea judicial, sobre todo en aquellos casos litigiosos²¹ donde exista colisión de derechos fundamentales, cuya resolución dependerá de los criterios de proporcionalidad que utilicen los jueces y magistrados en la función jurisdiccional, que ha sido una herramienta trascendental en la interpretación de las Cortes Constitucionales, principalmente en la sustanciación de los recursos constitucionales de amparo.

A este respecto de la limitación de los derechos corresponde la constitucionalización del llamado núcleo duro de los derechos, es decir, aquellos que no susceptibles de restricciones por parte de los poderes públicos tal como queda regulado en la sección 37 relativo a los estados de emergencia. En esta cláusula constitucional se determinan las condiciones en las cuales se suspenden, y por ende, se limitan los derechos fundamentales bajo estrictas reglas en las potestades conferidas a la Asamblea Nacional (sección 37.1), destacando una serie de prerrogativas humanas que no pueden derogarse (sección 37.5.c): igualdad, dignidad humana, derecho a la vida, libertad y seguridad de las personas, esclavitud, servidumbre y trabajos forzados, derechos de los niños, arrestos, detenciones y persona acusadas (secciones 9, 10, 11, 12, 13, 28 y 35, respectivamente). Esta decisión legislativa es susceptible de ser demandada a través de los procesos constitucionales ante la Corte Constitucional, lo cual permite la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones constitucionales de los poderes nacionales y provinciales (sección 167.7);²² dicha competencia acoge la doctrina de la judicialización de los actos políticos de manera expresa, ya que durante mucho tiempo se mantuvo un debate sobre la exclusión del control constitucional de los llamados actos de gobierno.²³

²¹ Por ejemplo, privacidad versus libertad de expresión.

²² Véase sección 15 de las Reglas de la Corte Constitucional de 31 de octubre de 2003.

²³ Sobre el particular véase SANTIAGO (H), Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pp. 125 y ss.; donde se hace constante referencia a la experiencia jurisprudencial del Derecho constitucional norteamericano.

Por último, referiremos dos aspectos torales de la Constitución en comento: la protección de los derechos fundamentales (sección 38) y su interpretación (sección 39); ambas disposiciones fundamentales se encuentran relacionadas, ya que el significado y alcance de los derechos fundamentales es más recurrente ante las Cortes a través del planteamiento de los casos litigios en la materia. El derecho a la protección jurisdiccional es una prerrogativa genérica que se encuentra sustentada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8º) y, que la carta sudafricana retoma del principio jurídico: a todo derecho corresponde un remedio judicial. Vale apuntar desde una visión sistemática de la Constitución que, la garantía procesal puede instarse bien ante una Corte (sección 38) o bien ante la Corte Constitucional (sección 167.6 incisos a y b); como disposición complementaria se enuncian presupuestos de procedencia importantes, sustantivos y procesales; en el primero de ellos, corresponde a los intereses de agrupo, intereses públicos, ya sea derivado de una asociación; se aprecia una apertura en el tema de las legitimaciones *ad causam*, con lo que se derriban ideas del garantismo formal hacia un tránsito de la tutela judicial efectiva.

Debemos agregar las reglas de interpretación de los derechos (sección 39), que a decir verdad son dignas de seguir; el punto de partida en esta interesante función es para las Cortes, Tribunales o foros, es la promoción de los valores constitucionales (dignidad humana, igualdad y libertad) que sustentan una sociedad democrática y abierta, tomando como cartabón al derecho internacional y al derecho extranjero. Ello, propicia la utilización de fuentes legales y jurisprudenciales,²⁴ ya sea de Tribunales continentales (Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), o bien órganos jurisdiccionales nacionales, ya sean Cortes Supremas (Canadá y Estados Unidos) o bien de Cortes Constitucionales (Alemania y Hungría), además cuando se trate de la interpretación de alguna legislación ésta debe ceñirse al desarrollo del *common law* o del derecho consuetudinario, por lo que los órganos judiciales deben atender al espíritu y objeto de los *bill of rights*. Asimismo, la sección 39.3 dispone una cláusula abierta²⁵ de derechos fundamentales: “La declaración de derechos no niega la existencia de otros derechos o libertades reconocidas o conferidas por el *common law*, el derecho consuetudinario o la legislación, en el sentido de que ellos son considerados por la declaración constitucional”.

²⁴ Lo cual abordaremos en el apartado V, respecto al caso *T Makwanyane and Mchunu* (CCT/3/94), resuelto el 6 de junio de 1995.

²⁵ Este tipo de cláusulas permiten que los jueces realicen la función de integración de la norma constitucional, creando derechos, lo que fortalece la tutela constitucional en las sociedades cambiantes y por ende, complejas. A este respecto podemos citar la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de 1787: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución, no niega o desaprueba otros que lo corresponden a todas las personas”.

V. La Corte Constitucional y sus funciones

Una de las novedades jurídicas en la Constitución intermedia lo fue la Corte Constitucional, misma que quedó conformada desde octubre de 1994. Vale destacar la influencia del modelo del Tribunal Federal Constitucional alemán, quien se ha convertido en referente obligado de este tipo de órganos de control; incluso los once magistrados designados realizaron un viaje de estudio a ese país, lo cual se reflejó en las técnicas empleadas para el establecimiento de la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional posee facultades político-constitucionales importantes, no se configuró una institución timorata o de parapeto, el arsenal conferido por el ordenamiento fundamental de 1997 lo demuestra como una judicatura especializada liberal (secciones 167, 171, 172 y 173). Dentro de sus competencias podemos enunciar tres tipos de procesos constitucionales: 1) para la protección de los derechos y libertades constitucionales (secciones 38, 167.6.a y b.); 2) de inconstitucionalidad de leyes (sección 167.5.); 3) para la resolución de conflictos entre los órganos del Estado y de las provincias (sección 167.4.a.). Este órgano especializado se encuentra configurado en el Capítulo 8 de la ley política de 1997, dentro del Poder Judicial, constituyendo la cabeza jurisdiccional (sección 166.a.), sus magistrados son nombrados por períodos de doce y quince años, ello dependiendo de la edad, a diferencia de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos que son designados vitaliciamente; la tendencia dominante en la magistratura constitucional comparada²⁶ nos arroja períodos más o menos largos, para evitar la reelección. Este tipo de permanencia judicial es importante para la consolidación de la jurisprudencia constitucional y, así, evitar variantes que puedan entorpecer la defensa de la Constitución; además, los períodos cortos y renovables pulverizan la independencia, ya que los magistrados estarían preocupados por su ratificación, mermando la calidad de sus fallos que constante deben someter los actos de los poderes que intervienen en su designación.

La protección constitucional de los derechos fundamentales es importante, ya que ésta se confía a la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. Este rubro es moderno, ya que permite a las personas acudir ante la Corte Constitucional, ya directamente o bien, por medio de apelación. Lo interesante es palpar la función constitucional compartida por ambas jurisdicciones (sección 172), pero la decisión final, reiteramos corresponde a la magistratura constitucional sudafricana. Cualquiera de los actos de los poderes públicos son susceptibles de demandarse ante la Corte

²⁶ Véase SCHWARTZ, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

Constitucional, la cual posee instituciones procesales²⁷ que evitan la consumación de daños a la esfera constitucional de los demandantes ante ella, a través de la protección cautelar (sección 12); incluso, a diferencia de los sistemas procesales europeos, se otorga legitimación a los gobernados para demandar la inconstitucionalidad de leyes, ante Tribunales ordinarios y, en su caso, ante la jurisdicción constitucional; la interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional; el acceso a ella en los litigios de los gobernados se encuentran sustentada en la sección 167.6.a. b., se otorga en el acceso directo un margen de discrecionalidad (*certiorari*) para su admisión, es decir debe considerarse un *interest of justice*, sin el cual será improcedente la acción constitucional particular.

Por otra parte, el tema de la inconstitucionalidad de leyes es interesante bajo el régimen procesal diseñado en el Derecho procesal constitucional sudafricano. Respecto al control de leyes,²⁸ existen dos tipos de control: abstracto(europeo) y concreto(americano); en el primero de ellos es preventivo y abstracto, cuando se demanda la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, con lo que el procedimiento legislativo queda en suspenso; el control represivo, en este caso abstracto, se lleva acabo cuando exista contradicción entre alguna norma jurídica (*Act Parliament*) y el orden fundamental; otro de los proceso bajo el primer supuesto, es la certificación de las reformas a la Constitución nacional o alguna Constitución provincial, competencia que no poseen modelos continentales europeos, que suele ser más propio de ordenamientos constitucionales Latinoamericanos: Colombia (1991), Costa Rica (1989) y Guatemala(1985). Finalmente, el control concreto se lleva acabo en vía de apelación, es decir, la confirmación de una orden de invalidez constitucional; dicha resolución judicial es llevada de una Corte inferior hasta la Corte Constitucional.

Los procesos constitucionales por conflictos orgánicos, son una modalidad de las Controversias constitucionales mexicanas (artículo 105 fracción I); éstas proceden cuando existe invasión de competencias, o bien, se ejercita un facultad constitucional no conferida al órgano demandado. Las técnicas procesales más recurrentes son las dos anteriores.

VI. Una mirada general a la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales

Para verificar el grado de eficacia de un sistema procesal constitucional basta mirar al contenido de sus fallos constitucionales, la forma del pensamiento de sus constructores, con ello podrá concluirse también su credibilidad. Desde el 6 de ju-

²⁷ Las reglas procesales son elaboradas por la propia Corte Constitucional (sección 171 constitucional), mediante las *Rules of The Court* de 31 de octubre de 2003.

²⁸ Véase Apartado VIII (rules 18-21).

nio de 1995 se inició el andamiaje por la construcción de una interpretación jurisprudencial del ordenamiento constitucional,²⁹ los campos cultivados son vastos: pena de muerte, violencia, igualdad, derechos políticos, derechos socio-económicos, privacidad y religión, garantías procesales en las causas penales y, el control del poder público. Pareciera que los temas del repertorio constitucional suelen ser normales, pero, hemos encontrado sentidos jurídicos singulares tomando en cuenta el marco histórico de la República de Sudáfrica.

Precisamente uno de los fenómenos sociales más preocupantes en este país lo era la pena de muerte, que desde 1989 no se ejecuta a persona alguna. Según informe en el considerado [4] de la sentencia *S v Makwanyane* (1995), se estima que existían 400 personas en espera de la pena capital; situación que constituyó materia de las negociaciones constitucionales en la carta política intermedia de 1993. La Corte Constitucional resolvió la controversia desde una premisa, la constitucionalidad de la pena capital, no en la revisión del proceso penal mismo. Una de las orientaciones preliminares de los magistrados constitucionales fue el planteamiento de considerarla como un castigo cruel, inhumano o degradante a la luz de la sección 11.2 de la Constitución de 1993, analizada desde una perspectiva del Derecho Internacional y desde el Derecho comparado (considerando 33 a 39); toman en consideración los criterios en la materia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Europea de Derechos Humanos, así como de Cortes Supremas de Canadá y Estados Unidos, y de Cortes Constitucionales de Alemania y Hungría. Uno de los fundamentos orientadores del caso es el significado pragmático de la dignidad humana (considerando 57), donde refiere al ordenamiento constitucional americano, señalando que si bien dicho documento no contempla de manera expresa a aquella, lo hace de manera implícita al prohibir los castigos crueles e inusuales (enmienda VIII), así como al artículo 1.1³⁰ de la constitución alemana de 1949.

Respecto al derecho a la vida (considerandos 80 a 86) realiza un interesante recorrido de criterios jurisprudenciales como el caso *Soering's* de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde se rechaza en el mundo civilizado la pena en estudio; asimismo los fundamentos del Tribunal Constitucional de Hungría,³¹ que enaltece

²⁹ Pueden consultarse los fallos constitucionales en www.constitutionalcourt.org.za/site/the-court/history.htm.

³⁰ Fallo del Tribunal Federal Constitucional alemán [1977] 45 BVerfGE 187, 228; para consulta en español de la jurisprudencia constitucional alemana véase SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, traducción de Marcela Anzola Gil, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

³¹ Puede consultarse un repertorio jurisprudencial en SÓLYOM, László y BRUNNER, Georg, *Constitucional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court*, USA, The University of Michigan Press, 2000.

la vida como el más importante de todos los derechos,³² sustentando en el artículo 54 de su ordenamiento constitucional; el considerando [84] trascendental para la declaración de invalidez constitucional, haciéndose una remisión a la sección 33 constitucional, dispositivo que declara que “no pueden imponerse limitaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales”. “De acuerdo con el razonamiento de la Corte Constitucional, la pena de muerte impone una limitación al contenido esencial de los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, eliminándoles de manera irremediable. Por tal, resulta inconstitucional. Dos factores valora la Corte. Primero, la relación entre el derecho a la vida y la dignidad humana, y la importancia de esos derechos juntos. Segundo, la naturaleza absoluta que esos dos derechos tomando juntos. Juntos son la fuente de otros derechos. Otros derechos pueden ser limitados [...] Esos ‘derechos gemelos’ son de contenido esencial de todos los derechos constitucionales [...] Para el propósito presente es suficiente el hecho de que la Corte Constitucional húngara sostiene que la pena capital es inconstitucional sobre el fundamento de que este es inconsistente con el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana”.

Otro de los casos constitucionales sobresalientes es el relativo a la igualdad. Existen amplios precedentes contra leyes discriminatorias, principalmente por razones de sexo³³ y por preferencias sexuales,³⁴ dichos contenciosos constitucionales han alcanzado la resolución de casos complejos, utilizando las técnicas de las sentencias constitucionales empleadas por la Corte Constitucional Italiana, como en el fallo de 17 de marzo de 2003, donde se abre el camino para los matrimonios entre homosexuales, derivado de una demanda de inconstitucionalidad de la jueza Kathy Satchell, que pedía se reconociera a su pareja del mismo sexo los mismos derechos que una esposa en la Ley de Remuneraciones y Condiciones de Trabajo de los Jueces y de la Juezas. Lo destacable del fallo es, las implicaciones de la adición a un precepto legal que omite el reconocimiento de esos beneficios a las parejas del mismo sexo, más allá del régimen del matrimonio, por lo que se ordenó a la Asamblea Nacional realizar al reforma legal correspondiente; pero el impacto surcó otros caminos, el de la posibilidad de los matrimonios entre parejas del mismo sexo.

VII. Conclusiones

Primera.—La *judicial review* es una institución procesal de las democracias constitucionales, originaria del constitucionalismo norteamericano, que sirve para fortale-

³² R v Home Secretary, Ex parte Bugdaycay (1989) AC 514 at 531G.

³³ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* (1999).

³⁴ *National Coalition for Gay and lesbian Equality v Minister of Justice and others* (1998).

cer la función del Poder Judicial, sometiendo a los otros poderes a los estrictos límites del Estado de Derecho.

Segunda.—La tradición jurídica angloamericana ha influido enormemente en la construcción de los actuales modelos constitucionales, sobre todo la mixtura América-Europa continental, referentes a las técnicas procesales de control constitucional. Con ello reinventando de arriba para abajo las aportaciones norteamericanas.

Tercera.—Las transformaciones constitucionales de Sudáfrica atienden a los problemas socio-políticos que ha vivido el país a lo largo del siglo XX, originados en políticas segregacionistas que impactaban en todos los ámbitos de la vida social. Por ello, en el marco de los Estados globalizados le obligaron a reorientar el camino equivocado, a través de las aperturas originadas en los acuerdos políticos de todos los grupos, desembocando en sendos ordenamientos constitucionales, de 1993 y de 1997.

Cuarta.—El constitucionalismo sudafricano encontró sustento en la pluralidad democrática, incursionando en valores supremos como la dignidad humana, la igualdad y la libertad (sección 7.1.). De ahí la implantación de instituciones jurídicas como la declaración de derechos (secciones 7-39) que reconocen los atributos inherentes de la persona humana, de aquellos espacios de libertad que requiere para su completo desarrollo dentro de la diversidad ideológica. Por lo que, el constituyente optó por complementar la positivación de los derechos fundamentales con los órganos y procesos destinados a la salvaguarda del ordenamiento constitucional, principalmente a través de la Corte Constitucional. Ello, patentiza el alto grado de participación que le otorga la Constitución (sección 167) como guardián del Derecho en general.

Quinta.—Los procesos constitucionales que sustancia la Corte Constitucional atienden a los más modernos regímenes de la doctrina del Derecho procesal constitucional. Su poder es amplio y no limitado: la tutela de los derechos y libertades fundamentales, la inconstitucionalidad de leyes, y la resolución de conflictos orgánicos. La ley le concede facultades para complementar la tarea de la jurisdicción constitucional, como es el caso de los poderes inherentes (sección 173) para proteger y regular sus propios procesos, y para el desarrollo del *common law*, tomando en cuenta los intereses de la justicia.

Sexta.—La labor procesal en la protección de los derechos fundamentales es significativa y vanguardista, lo que nos permite aseverar el alto grado de participación entre los prestigiosos Tribunales o Cortes Constitucionales.