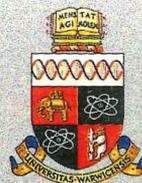


UNIVERSITY OF WARWICK  
School of Law



## Capítulo 11

# DESAFIOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORANEOS

César Landa y Julio Faúndez  
(editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FACULTAD DE DERECHO  
*Maestría en Derecho Constitucional*  
FONDO EDITORIAL

1996

Primera edición, marzo de 1996

Carátula: Sandra Bigio

Cuidado de edición: Carlota Casalino

Corrector de estilo: Eduardo Toche

*Desafíos Constitucionales Contemporáneos*

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18. San Miguel. Apartado 1761. Lima 100, Perú. Telfs.: 462-6390, 462-2540, anexo 220.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

*Derechos reservados*

ISBN: 9972-42-007-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru



---

Sammy Adelman

## EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA LA TRANSICIÓN DE SUDÁFRICA A LA DEMOCRACIA

---

**D**espués de trescientos cuarenta años de discriminación racial, Sudáfrica tiene una nueva Constitución cuyo propósito es brindar los fundamentos legales para 'una sociedad abierta y democrática basada en la libertad y en la igualdad.'<sup>1</sup> La transición del *apartheid* a la democracia tendrá éxito en la medida en que pueda revertir el legado del *apartheid*, y especialmente, en la medida en que alcance un grado significativo de redistribución. En este campo, como en otros de la 'nueva Sudáfrica', la Constitución desempeñará un papel preponderante.

Sin embargo, la Constitución es un documento provisional que servirá hasta que surja una versión más permanente de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente. En este artículo examinamos brevemente algunos elementos claves de la Constitución y analizamos en qué medida es posible que ésta facilite la transición de Sudáfrica a la democracia. El artículo se centrará en las virtudes y defectos de la Declaración de los Derechos Fundamentales que contiene el Capítulo 3. Esta Declaración provocará los cambios más sustanciales en la historia de la jurisprudencia de Sudáfrica al pasar

---

1 Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993.

el país de un tenue sistema tipo Westminster hacia un sistema de concesiones políticas derivado de los modelos de Canadá y los Estados Unidos.

En su mayor parte, la Constitución no tiene características excepcionales. Sudáfrica cuenta con un sistema de gobierno federal y diluido. Todo partido representado ante la Asamblea Nacional también tiene escaños en el gobierno de coalición en base a la proporción de votos recibidos en las elecciones generales de abril de 1994, que llevaron a Nelson Mandela a la presidencia. El presidente es el líder del partido mayoritario y cualquier partido que obtenga más del 20% de los votos también tiene derecho a un vicepresidente. En estos aspectos, la Constitución se enmarca sólidamente en la tradición occidental. No obstante ser un documento provisional, en general se encamina firmemente a desarrollar una infraestructura político-legal que sea estable y duradera y que circunscriba con claridad el rol del Estado.

La Asamblea Nacional también actuará como Asamblea Constituyente con facultades para elaborar una Constitución postapartheid más permanente. La Asamblea Constituyente debe preparar un proyecto de Constitución durante los primeros dos años y medio de duración del Parlamento, pero se le impide utilizar la Constitución provisional como punto de partida. Sin embargo sería de extrañar que no influya en ella un documento transitorio que es fruto de un prolongado proceso de negociación. Luego de tres extenuantes años de negociación para producir la Constitución provisional ¿acaso ese documento, o noventa por ciento del mismo, no se convertirá en un *fait accompli*? Esto es importante porque se requieren cambios que no son —como veremos— enmiendas meramente técnicas, sino que, en algunos casos, tratan de reconceptualizar los fundamentos que se persiguen. Es particularmente dudoso que el documento provisional constituya el mejor marco para la redistribución que permita afrontar el legado del apartheid. El Tribunal Constitucional será un elemento muy influyente cuando se prepare la Constitución definitiva. Este tribunal empezó a funcionar en

noviembre de 1994 y emitirá dictámenes mientras delibera la Asamblea Constituyente.

Además de brindar un marco para la actividad política en forma democrática, la Constitución tiene por objeto asegurar la protección de los derechos de las personas, en una sociedad caracterizada hasta ahora por la arbitrariedad y la coerción. Sin embargo y paralelamente, la Constitución refleja una desconfianza hacia el Poder Judicial que proviene de la propia experiencia sudafricana y de comparaciones con otros fueros. Esta tensión es palpable en varias partes del documento. La Constitución también lleva las cicatrices propias de haber nacido, de una sociedad sumamente dividida como un pacto negociado en un proceso prolongado y doloroso.

#### **BREVE RESEÑA HISTORICA**

Luego de la liberación de Nelson Mandela y de otros presos políticos, y tras haberse levantado la proscripción del Congreso Nacional Africano (CNA), el proceso para elaborar la Constitución se caracterizó por los debates sobre su alcance. También se debate si Sudáfrica debe aspirar a tener un documento maximalista que fomente la intervención judicial o si más bien la Constitución debe ser un documento más minimalista que excluya los derechos sociales, económicos y culturales. Este debate se dio principalmente dentro de la alianza encabezada por el CNA <sup>2</sup> que procuraba la máxima protección de los derechos individuales y sociales. Esto llevó a preguntarse si una Constitución sería el mejor medio para alcanzar este fin, considerando que la actividad judicial aumentaría en proporción directa a la extensión de la Declaración de Derechos. Inevitablemente, estos debates fueron disminuyendo conforme aumen-

---

2 La alianza incluía al Partido Comunista de Sudáfrica y a connotados elementos del movimiento sindicalista dirigido por el Congreso de Sindicatos de Sudáfrica (COSATU).

El gobierno del Partido Nacional procuró una Constitución que enfatizara los derechos individuales como medio para proteger los intereses de la población blanca minoritaria.

taban las presiones prácticas del proceso y, lo que es igualmente importante, conforme se hacía aparente que las componendas eran inevitables<sup>3</sup>. Tal como lo dijera Nelson Mandela al salir de la cárcel, no tiene objeto negociar si no se está preparado para pactar, y la Constitución provisional refleja esta opinión. Sin embargo, estos temas continúan teniendo vital importancia para las perspectivas de Sudáfrica en la era del postapartheid y podrían incluso afectar las perspectivas a largo plazo de una transición pacífica.

El debate más prolongado fue en torno al rol del Poder Judicial y ejerció enorme influencia en la Constitución. De un lado, se hallaban quienes consideraban la intervención judicial inevitable y deseable a la vez. Del otro, se hallaban quienes expresaban fuertes recelos ante la posibilidad de que jueces no elegidos pudieran frustrar la voluntad de un Parlamento elegido democráticamente. Este proceso sería facilitado por una Constitución que priorizara los clásicos derechos individuales civiles y políticos en una situación que exige intervenciones más sociales. Considerando la forma en que el Poder Judicial había trastocado muchas disposiciones de la Declaración de Derechos del Canadá, les preocupaba que la intervención judicial pudiera socavar el espíritu de la Constitución. El debate se centró en el papel que deben desempeñar los jueces en una democracia y, particularmente, en qué medida se puede aceptar la creatividad judicial. El resultado es un documento que otorga facultades significativas al Tribunal Constitucional y que simultáneamente intenta limitar el rol de los jueces.

Hablando en términos muy generales, la democracia se concibe bajo dos formas principales: como un proceso o como un objetivo. Para quienes la consideran un proceso, la democracia se suele equiparar —si bien algo burdamente— con el dominio de la mayoría, y un proceso electoral justo se considera como su manifestación primaria, o acaso única (ver Dworkin, 1990). Esta perspectiva resulta

---

3 En realidad el nivel de acuerdo entre los dos socios principales de la negociación, el CNA y el Partido Nacional gobernante, fue sorprendentemente alto.

atractiva para muchos sudafricanos, especialmente para aquellos que temen la posibilidad de que la interpretación judicial limite el ámbito de acción de un gobierno no racial, elegido democráticamente. Sostienen que cuanto más amplias sean las limitaciones que contenga la Constitución en general y la Declaración de Derechos en particular, tanto mayor propensión habrá hacia los litigios y a involucrar al Poder Judicial. De otro lado, quienes apoyan esta perspectiva no abordan el problema potencial de la 'dictadura de la mayoría'. Suponen que una forma democrática invariablemente garantiza un resultado justo, y que las decisiones que adopte la mayoría surgirán sin contaminarse con el prejuicio y que reflejarán con toda libertad la voluntad del pueblo. Al actuar de esta manera caen en el juego de quienes —como el Partido Nacional— procuraban asegurar un neopartheid facilitado por mecanismos afianzados que protejan a las minorías (léase: los blancos). Otros consideran que el logro de una distribución justa de los recursos materiales y sociales es la única meta de la democracia y que la interpretación judicial es crucial para asegurar ese resultado.

En Sudáfrica este debate se reflejó en la redacción de la Constitución de 1993, cuando ambas partes tuvieron posturas divergentes sobre la aprobación de una declaración de derechos. De un lado se hallaban los 'maximalistas' que sostenían que la declaración de derechos debía ser lo más detallada y amplia posible (incluyendo tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos y sociales) para minimizar el potencial de creatividad judicial. Como las burocracias existen para cumplir la voluntad de la mayoría, quienes proponen esta forma de democracia consideran la interpretación judicial como potencialmente no democrática porque confiere a jueces no elegidos poderes para invalidar la legislación. Sostenían que por sus estructuras abiertas las palabras fomentan la creatividad judicial y ocasionan que una institución que no tiene que rendir cuentas al público (como lo es el Poder Judicial) pueda anular políticas que han sido formuladas por poderes legislativos elegidos y que pueden contar con el apoyo abrumador de la población (Zylberberg 1992: 30-31).

Por el contrario, los 'minimalistas' discernían el peligro de un 'déficit democrático' que aparece cuando un Poder Judicial no elegido puede confundir la voluntad de la mayoría al aplicar principios constitucionales durante una interpretación judicial (peligro que aumenta por la presencia de un conjunto de Principios Constitucionales en la Constitución). También apuntan a la potencial contradicción de que una declaración de derechos excesivamente detallada pueda aumentar oportunidades para la intervención judicial, al multiplicar el número de interpretaciones posibles en cláusulas particulares.

### DECLARACION DE DERECHOS

La Declaración de Derechos es la piedra angular de la Constitución de 1993. Tras trescientos años de discriminación racial, incluyendo cuarentiséis años de racismo institucionalizado bajo el apartheid, esta declaración representa la determinación de los sudafricanos a vivir bajo un sistema político-legal que se base en el imperio de la ley y que otorgue significativa protección a los derechos individuales. La Declaración comprende el Capítulo 3 de la Constitución provisional, y sus tenores finales proclaman que el documento constituye 'un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida y caracterizada por la lucha, el conflicto, sufrimientos e injusticias indecibles, y un futuro basado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia y la coexistencia pacífica, con oportunidades de desarrollo para todos los sudafricanos, sin distinción alguna por causa de su color, raza, clase, credo o sexo'. Se trata de un puente entre una cultura de autoridad y una cultura de justificación (Mureinik 1994:32).

### LA CLAUSULA DE LA IGUALDAD

La Cláusula de la Igualdad es la parte medular de la Declaración de Derechos. La Igualdad es un valor 'que constituye el fundamento principal de la Constitución' (Albertyn & Kentridge 1994:149). Es el primer derecho sustantivo y se encuentra consagrado en los Prin-

cipios Constitucionales. El primer párrafo del Preámbulo habla de la 'necesidad de crear un nuevo orden en el cual todos los sudafricanos tengan derecho a una ciudadanía sudafricana común, bajo el amparo de un Estado constitucional, soberano y democrático en el cual haya igualdad para hombres y mujeres y personas de todas las razas, de manera que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y libertades fundamentales'. La igualdad figura como el primer derecho sustantivo de la Constitución y aparece en la interpretación de todos los derechos protegidos por el Capítulo 3. La Sección 8 (1) señala que 'Toda persona tendrá derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección legal' <sup>4</sup>.

La libertad y la igualdad como sustento de una sociedad abierta y democrática constituye un tema recurrente en toda la Declaración de Derechos y se puede considerar como el *leitmotif* de lo que la Constitución considera como democracia. Sin embargo, hay instancias en las cuales no es posible conciliar la libertad y la igualdad. Por ejemplo, los defensores de la libertad de expresión podrían resistirse a prohibir la pornografía considerándola como una violación de la libertad individual, mientras que otros podrían argumentar a favor de tal prohibición porque socava la igualdad de la mujer.

Las componendas políticas surgidas al pactarse la Constitución también han generado una serie de valores que compiten entre sí. El derecho a la igualdad y la restitución, por ejemplo, existe junto al derecho a la propiedad privada y a la libre actividad económica, derechos que pueden oponerse al logro de la efectiva igualdad social. Como es un producto de la contienda y la componenda, la propia Constitución es 'críptica y equívoca' (Albertyn & Kentridge 1994:151).

---

4 La Sección 8 también contiene disposiciones en sentido afirmativo en el acápite (3)(a), el cual señala que 'la sección no excluirá las medidas destinadas a lograr la adecuada protección y progreso de personas o grupos de personas o categorías de personas que se hallen en situación de desventaja por una discriminación injusta, para permitir su pleno e igual disfrute de todos los derechos y libertades'.

Esto a su vez plantea interrogantes sobre la relación entre Constitución y logro de la justicia social. En la jurisprudencia progresista hay una distinción muy discutida entre la igualdad formal y la sustantiva, y un reconocimiento de que la aplicación de la igualdad formal en una situación de desigualdad sustantiva puede ciertamente exacerbar las desigualdades materiales que sufren las personas en su vida diaria. Esto no es menos cierto en Sudáfrica y es evidente 'que una comprensión formal de la igualdad [en la Constitución] corre el riesgo de minar los más profundos compromisos de la Constitución' (Albertyn & Kentridge 1994:153).

## DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES

La contradicción entre la igualdad formal y la sustantiva se refleja en la relativa ausencia de derechos sociales, económicos y culturales, promovidos y defendidos por algunos, como un medio necesario para complementar –si no superar– la igualdad formal dispuesta por la Constitución. Muchos miembros del Congreso Nacional Africano albergaban la esperanza de que antes de las negociaciones constitucionales y durante las mismas, la Constitución sudafricana emergiera como una de las pocas constituciones occidentales que contienen derechos sociales, económicos y culturales de mucho significado, pero en realidad el resultado es que los derechos que tiene son pocos y limitados. Existe, por ejemplo, un derecho a la educación *básica*, igual acceso a instituciones educativas e instrucción en el idioma que cada uno prefiera, en la medida que ello sea practicable en términos razonables (acápite 32). La vivienda y la salud, dos de los problemas materiales más importantes en la vida de la mayoría negra, no se abordan en absoluto en la Declaración de Derechos.

El debate sobre los derechos socioeconómicos fue extenso y a veces violento, lo cual refleja las enormes implicancias que hay en juego. Aparte de las disposiciones sobre acciones afirmativas, se sostuvo que los desequilibrios materiales del apartheid debían enfrentarse con la constitucionalización de los derechos sociales y

económicos. Esto planteó varios problemas. Por ejemplo, ¿qué derechos debían incluirse? El proyecto de Declaración de Derechos del CNA (Art.11) contenía cláusulas que disponían el derecho a una vida libre de hambre, los derechos al albergue, trabajo, educación, salud, a un ingreso mínimo y a una variedad de derechos de interpretación, incluyendo pensiones; ingreso familiar, bonificaciones por hijo y compensación por desempleo; y compensación por enfermedades o lesiones causadas por el trabajo.

Tal como lo señala Dugard (1990:460), el debate sobre la inclusión de estos derechos siguió un patrón tradicional. De un lado se hallaban quienes se oponían a su inclusión sosteniendo que eran difíciles de definir y por ende debían considerarse como objetivos o aspiraciones más que como derechos; porque no se podían hacer cumplir; porque ilegítimamente le imponen obligaciones al Estado; y porque socavan los derechos individuales (ver Donnelly 1986). Se sostiene que, como estos derechos no pueden hacerse cumplir, incluirlos en la declaración de derechos desacreditaría la Constitución en su conjunto pues subvierten los derechos de primera generación y desacreditan la declaración de derechos en su totalidad. Según el Juez J.M. Didcott:

Una declaración de derechos no es un manifiesto político, un programa político. Es principalmente un dispositivo de protección. En otras palabras, es un escudo más que una espada y puede ordenar, en forma efectiva y con bastante facilidad, lo que no se puede hacer. No puede estipular, con igual facilidad o efectividad, lo que sí se debe hacer. Y esto se debe, no sólo a que los tribunales encargados de hacerla cumplir carecen de experiencia y de infraestructura para entrar al campo de la legislación o de la administración. Se debe además, y más significativamente, a que no pueden recaudar dinero.<sup>5</sup>

---

5 Didcott, J.M. (1988) "Practical Workings of a Bill of Rights" en van der Westhuizen, J y Viljoen, H. (editores) *A Bill of Rights for South Africa: Proceedings of a Symposium*

Quienes defienden el enfoque alternativo sostienen que Sudáfrica debe ir más allá de la tradición liberal 'de restringir una declaración de derechos para que sólo incluya derechos justiciables' (Dugard 1990:461) y que deben incluirse también los derechos de segunda y tercera generación (a la paz, el desarrollo y un medio ambiente limpio, etc.).

El argumento fundamental para constitucionalizar los derechos socioeconómicos es que resulta improbable que la Constitución se respete como ley fundamental si no aborda las necesidades básicas de los pueblos. Haysom sostenía que, en vez de reducirse, la declaración de derechos 'podía fortalecerse y legitimarse si se centrara más ampliamente en las necesidades básicas... Si los derechos otorgados no son ilusorios y si son claros tanto en su alcance como en lo que prometen, la diferencia entre un derecho a recibir asistencia jurídica y un derecho a tener agua no contaminada no puede considerarse como una diferencia entre los derechos y los sueños' (Haysom 1991:45-6). En el mismo sentido, Mureinik (1992:1) declara que 'si uno está muriendo de hambre, el alimento resulta más importante que la libertad de palabra y es probable que cause burla un documento que declare ésta última como un derecho básico y no así al primero. Se podría tener la impresión de que una Declaración de Derechos, que sólo contiene derechos de primera generación, otorga mayor prioridad a los lujos que a las necesidades y ello sólo la desacreditaría como carta de valores fundamentales'.

Mureinik concluye en que no hay una base teórica o práctica para aseverar que los derechos sociales y económicos no puedan hacerse cumplir. Argumentar que poner en vigencia tales derechos es costoso y que los jueces no deben realizar ese gasto porque no tienen ni la experiencia ni la responsabilidad política requerida, es refutado por el hecho de que los 'jueces a menudo emiten decretos que acarrearán gastos enormes sin tener absolutamente en cuenta las

---

*Held at the University of Pretoria on 1 and 2 May 1986; citado en Dugard (1991:460-461).*

consecuencias presupuestales, especialmente cuando se trata de hacer cumplir los derechos de primera generación [tales como] el *habeas corpus* ... Para hacer cumplir los derechos económicos la verdadera dificultad no está en que ello acarree gastos, ni en que ello exige una decisión sobre cuánto gastar, sino en que se requiere una decisión de cómo gastar' (Mureinik 1992:2,3). Sin embargo, es posible que el hecho de incluir una amplia gama de derechos sociales y económicos justiciables le imponga al gobierno obligaciones que no se pueden cumplir dentro de las restricciones de un presupuesto limitado en una economía débil. Una interpretación común de los principios de la democracia liberal consiste en que las decisiones relativas a la distribución y redistribución de bienes sociales no deben ser tomadas por un Poder Judicial no elegido porque ello desplaza responsabilidad del Parlamento. Sin embargo es igualmente poderoso el argumento de que afianzar tales derechos en la Constitución crearía obligaciones que las vicisitudes de la política no podría socavar, permitiendo que el gobierno se vea obligado a dar cuenta del equilibrio entre los gastos en defensa y en bienestar social, para citar sólo un ejemplo.

## LA CLAUSULA DE LIMITACION

La contradicción entre la igualdad formal y la sustantiva proviene de la legalidad liberal. Otro aspecto contradictorio que surge del hecho de que el pensamiento liberal se centra en el individualismo, es que los derechos no se pueden considerar lógicamente como absolutos. Por consiguiente, la Constitución de 1993 contiene una Cláusula de Limitación en el acápite 33 que significa que los derechos que contiene el Capítulo 3 no deben considerarse como derechos absolutos sino más bien como estándares de justificación. La Sección 33 dispone tres pruebas respecto a las cuales debe medirse todo intento por limitar los derechos contenidos en la Declaración. El nivel más bajo de protección se otorga a aquellos derechos que pueden ser limitados por una ley de aplicación general, siempre y cuando la limitación sea razonable, justificable en una sociedad

abierta y democrática, se base en la libertad e igualdad, y no niegue el contenido esencial del derecho en cuestión [acápito 33 (1)]. Cualquier intento por limitar un derecho en la categoría más protegida debe además ser 'necesario' [acápito 33 (1)(aa)]. Entre ambos se halla una categoría híbrida en la cual los derechos relativos a una 'actividad política libre y justa' disfrutan del más alto nivel de protección, y los que no, disfrutan del menor [acápito 33 (1)(bb)]. Esta categorización es 'mecánica y arbitraria' y es una de las características más discutibles de la Declaración (Mureinik 1994: 34).

Un ejemplo de los problemas que podrían surgir, es el hecho de que la libertad de palabra y de expresión, incluyendo la libertad de prensa, se asignen a la categoría intermedia <sup>6</sup>. Como la libertad de expresión es fundamental para virtualmente toda actividad política democrática, resulta extraño encontrarla ubicada en la categoría intermedia. Esto da pie a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda decidir que la expresión relacionada con la actividad política libre y justa merece más protección que cualquier otro tipo de expresión, preparando el terreno para la interferencia del Estado cuando la prensa investigue, por ejemplo, la explotación laboral. Esto se agrava con la decisión de ubicar las libertades de conciencia, pensamiento, creencia y opinión en la categoría más protegida <sup>7</sup> —es difícil discernir la distinción entre ambos y con qué criterio se ha efectuado la categorización.

Otro ejemplo en que la Cláusula de Limitación podría resultar problemática, consiste en que todos los derechos que contiene la Declaración de Derechos están abiertos a escrutinio, precisamente porque ninguno de ellos es absoluto, ni siquiera los derechos a vivir

6 Sección 15 (1): 'Toda persona tendrá derecho a la libertad de palabra y de expresión, que incluye libertad de prensa y de otros medios, y la libertad de creatividad artística y de investigación científica'.

7 Sección 14(1): 'Toda persona tendrá derecho a la libertad de conciencia, religión, pensamiento, creencia y opinión, lo que incluye libertad académica en instituciones de aprendizaje superior'.

libres de tortura y servidumbre [acápites 11(2) y (12)]. Por ejemplo, no existe ningún derecho absoluto contra la detención sin juicio, bajo la cual tantos sudafricanos fueron torturados o asesinados durante el apartheid. La Sección 34 dispone la detención sin juicio en situaciones de emergencia, cuya declaración se encuentra claramente circunscrita. Pero el resultado es que la detención de emergencia atrae un riguroso nivel de escrutinio y la detención política fuera de un estado de emergencia aparentemente no lo hace. Este podría ser simplemente un ejemplo de una mala redacción que suscite contradicciones que podrían ser conciliadas por la Asamblea Constituyente, pero no deja de ser un asunto digno de preocupación.

En términos más positivos, la Declaración de Derechos brinda una variedad de medidas que están específicamente previstas para promover una cultura de justificación y, si se cumplen, le darán a Sudáfrica un nivel relativamente alto de responsabilidad. De estos, el más importante podría ser el acápite 24, que dispone que:

Toda persona tendrá derecho a:

- (a) acción administrativa legal cuando cualquiera de sus derechos se vea afectado o amenazado;
- (b) acción administrativa con procesos justos cuando alguno de sus legítimos derechos o expectativas se vea afectada o amenazada;
- (c) que se le proporcionen razones escritas para las acciones administrativas que afecten cualquiera de sus derechos o intereses a menos que las razones para dicha acción se hayan hecho públicas; y
- (d) acción administrativa que sea justificable en relación a las razones que se den cuando alguno de sus derechos sea afectado o amenazado.

Estas disposiciones tienen por objeto anular las cláusulas de despojo; al crear un derecho constitucional para la acción adminis-

trativa legal, se vician los intentos legislativos por aislar la acción administrativa de la interpretación judicial<sup>8</sup>. Tal vez esta cláusula, más que ninguna otra, simboliza una ruptura con el pasado: la obligación general de dar razones para las decisiones, que contiene el párrafo (c), es algo que durante décadas se ha procurado obtener y ha sido negado a los abogados administrativos de Sudáfrica como requisito esencial para cerrar el paso a la interpretación judicial de acciones administrativas.

Los temores sobre el rol del Poder Judicial pueden aumentar por la forma en que se ha fraseado el acápite 23, que constituye un ejemplo más de redacción problemática. Este acápite rige el derecho al acceso a información oficial, que es crucial para que las autoridades cumplan con la obligación de responder por sus actos. La Sección confiere a todas las personas 'derecho a tener acceso a toda información que obre en poder del Estado o de cualquiera de sus organismos a cualquier nivel de gobierno', pero 'siempre y cuando dicha información se requiera para ejercer o proteger alguno de sus derechos'. La decisión de limitar el derecho a la información requerida para el ejercicio o protección de los derechos de una persona es desafortunada. Invita a un tribunal conservador a interpretar este derecho como si se hallara puramente subordinado a un litigio: como si sólo confiriera derecho a la información necesaria para reivindicar los derechos de una persona de acuerdo a la ley; en otras palabras, no es más que un derecho constitucional a la revelación de información. Sin embargo no hay nada en el texto que impida que los tribunales interpreten el derecho de manera más amplia...

## TRABAJO

Las disposiciones del Capítulo de Derechos Fundamentales relacionadas con el trabajo constituyen un buen ejemplo de la génesis de la Constitución como pacto negociado en una sociedad

---

8 Refiérase a Adelman (1994) donde hay un examen detallado del rol del derecho administrativo en la creación de un clima de justificación y responsabilidad.

altamente dividida y de allí que haya problemas de redacción que deben ser tratados por la Asamblea Constituyente.

La Sección 27 otorga a toda persona el derecho a prácticas laborales justas. Concede a los trabajadores el derecho a formar sindicatos, a unirse a aquéllos que se hayan formado, a organizarse colectivamente, a negociar colectivamente y a hacer huelga para alcanzar los fines que se persiguen en la negociación colectiva. Sin embargo, lo sorprendente es que también concede a los empleadores el derecho a formar organizaciones de empleadores, a organizarse colectivamente, a negociar colectivamente y a realizar *lock outs* para alcanzar los fines que se persiguen en la negociación colectiva. El derecho al *lock out* está formulado de manera diferente al derecho a la huelga: mientras que la última se ha formulado en términos positivos, la sección simplemente protege el 'recurso al *lock out*'<sup>9</sup> señalando que 'no se vulnerará el recurso de los empleadores *lock out* para alcanzar los fines que se persiguen en la negociación colectiva'.<sup>10</sup>

Brassey (1994:181) sostiene que una reglamentación tan extensa de las relaciones laborales 'no tiene precedente en otras constituciones o instrumentos sobre derechos humanos'. Esto se debió en gran parte a la experiencia de arbitrariedad que hubo bajo el apartheid

---

9 A los empleadores se les concedió originalmente el derecho a *lock out*. Cuando COSATU objetó que se afianzara este derecho en la Constitución, se cambió la fórmula. Remítase a Brassey (1994) que contiene una discusión del efecto potencial de este cambio.

10 La Sección 27 contiene lo siguiente:

- (1) Toda persona tendrá derecho a prácticas de trabajo justas.
- (2) Los trabajadores tendrán derecho a formar sindicatos y unirse a ellos, y los empleadores tendrán derecho a formar organizaciones de empleadores y unirse a ellas.
- (3) Los trabajadores y empleadores tendrán derecho a organizarse y negociar colectivamente.
- (4) Los trabajadores tendrán derecho a la huelga para alcanzar los fines que se persiguen en la negociación colectiva.

y que llevó a la mayoría hasta ahora privada de derechos civiles, a insistir en que se constitucionalicen los derechos, aun a riesgo de obtener resultados contradictorios. Lo que más perturba a muchos abogados sudafricanos es la potestad que le confiere el acápite 27 al Poder Judicial, cuando la experiencia de muchas otras jurisdicciones indica que es preferible dejar la reglamentación de las relaciones laborales en manos del Poder Legislativo. Esta preocupación llevó a la incorporación de cláusulas condicionantes y limitantes destinadas a restringir la intervención judicial. La más notable es la que contiene el acápite 33(5), el que señala que

al ponerse en vigencia esta Constitución, las estipulaciones de leyes vigentes que promuevan prácticas de empleo justo, negociación colectiva ordenada y equitativa y la reglamentación de la actividad industrial, se mantendrán en plena vigencia y efecto hasta que sean enmendadas o revocadas por el Poder Legislativo.

Esta disposición refleja una amplia desconfianza frente a un Poder Judicial abrumadoramente blanco e (¿inherentemente?) conservador y por lo tanto constituye un intento por aislar de posible intervención judicial las relaciones laborales existentes y establecidas con esmero durante los quince años anteriores. Brassey duda que ello se haya logrado efectivamente. Igualmente, se han colocado restricciones a la capacidad del Poder Legislativo para desbaratar prácticas existentes.

De esta situación ha surgido una fuerte tensión entre dos fuerzas: por un lado está el deseo de aclarar y afianzar derechos que con demasiada frecuencia se han negado o circunscrito en la historia de Sudáfrica, y por otro hay un temor a la intervención judicial. El resultado es discutiblemente una sección insatisfactoria que provoca tantas preguntas como respuestas. Brassey es de opinión que la legislación laboral se desarrollará a un ritmo 'más lento y los resultados pueden ser menos satisfactorios. Es de esta forma, retardando el cambio y trabando el desarrollo y el crecimiento, que yo sospecho

que el Capítulo tendrá su impacto mayor en la legislación laboral' (Brassey 1994: 207).

## CONCLUSION

Tras la larga y oscura noche del apartheid, Sudáfrica cuenta con una Constitución provisional que respeta el imperio de la ley y procura regular de una manera civilizada la relación entre el Estado y sus ciudadanos. Las contradicciones de la legalidad liberal denotan que la priorización de los derechos civiles y políticos amenaza hasta los intentos más imaginativos por aumentar la calidad de vida para la mayoría de la población. Finalmente, la Constitución continúa siendo un documento legal, aunque fundamental, que por sí solo no puede brindar educación, vivienda, atención de la salud o trabajo para la mayoría explotada, siendo tales necesidades materia de la política y la economía. El tiempo revelará si una onstitución que garantiza la propiedad y la libertad de actividad económica podrá, en manos de los tribunales, limitar a un gobierno democrático que intente crear mayor igualdad en la sociedad sudafricana.

La vitalidad de la sociedad civil constituye la mayor salvaguardia contra el capricho burocrático centralizado y el contrapeso más efectivo a tribunales potencialmente conservadores.

Existe por tanto la necesidad de ir más allá de la ley y promover estructuras participatorias. Aunque existe consenso sobre lo deseable que es el imperio de la ley, la legitimidad de un Estado regido por la ley y bajo su amparo se medirá por el grado en que alcance la justicia sustantiva. Con frecuencia, el imperio de la ley se ha utilizado para frustrar este anhelo. Para evitar que esto ocurra en Sudáfrica se requiere una combinación de voluntad política y de apertura procesal.

No obstante la influencia potencialmente negativa de los tribunales, la relativa ausencia de derechos sociales, económicos y culturales, y los errores de redacción que contiene la Constitución, ella representa un paso significativo hacia una sociedad en la cual el

respeto y la dignidad sean más bien la regla que una excepción. Ha servido para asegurar la posibilidad de una transición relativamente pacífica hacia la democracia plena en Sudáfrica, y en ese sentido constituye un gigantesco paso hacia adelante, no sólo para la propia Sudáfrica sino para todo un continente sumido en la oscuridad.

Lima, julio de 1995

## REFERENCIAS

- Adelman, S.  
1994 "Accountability and Administrative Law in South Africa's Transition to Democracy", *Journal of Law and Society* Vol. 21, N° 3, setiembre de 1994.
- Albertyn, C. y Kentridge, J.  
1994 "Introducing the Right to Equality in the Interim Constitution", *South African Journal on Human Rights*, Vol. 10, 2da. Parte.
- Brassey, M.  
1994 "Labour Relations Under the New Constitution", *South African Journal on Human Rights*, Vol.10, 2da. Parte.
- Donnelly, J.  
1986 'Human Right and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights', *American Political Science Review*, 303-16.
- Dugar, J.  
1990 'A Bill of Rights for South Africa?', *Cornell International Law Journal* Vol. 23, N° 3, Primavera 1990, 441-466.
- Dworkin, R.  
1990 "Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court", *28 Alberta Law Review* 324
- Haysom, N.  
1991 'Democracy, Constitutionalism, and the ANC's Bill of Rights for a New South Africa' *Social Justice*, Vol. 18, Nos.1-2, Primavera-Verano 1991.
- Mureinik, E.  
1992 'Constitutionalizing Economic Rights' (Versión escrita de un discurso en el *Human Rights Lobby Group for the New Constitution* en una conferencia celebrada por el *Human*

*Rights Trust*, Port Elizabeth, South Africa, 2-3 de junio de 1992).

Mureinik, E.

1994 "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal on Human Rights*, Vol. 10, 1ra. Parte.

Zylberberg, P.

1992 "The Problem of Majoritarianism in Constitutional Law: A Symbolic Perspective", *37 McGill Law Journal* 27.