

LAS RAZONES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

1.- Concepto.

La justicia constitucional abarca una serie de funciones. Así, es posible afirmar que la justicia constitucional no sólo se reduce al control normativo de constitucionalidad (o el *judicial review*), sino que abarca una serie de funciones, como las de amparo de derechos contra actos del Estado o privados; la resolución de conflictos de competencia entre poderes del Estado; entre otras manifestaciones particularizadas de la justicia constitucional. Sin embargo, es el control normativo de constitucionalidad el que genera un cuestionamiento, en tanto se aduce que este mecanismo de control tiende a interferir en las actividades de otras autoridades normativas y se involucra incluso en labores calificadas de naturaleza legislativas.

Por ello que podemos distinguir un variopinto arsenal de argumentos que justifican la existencia del control de constitucionalidad. La característica de la afirmación del carácter no discrecional de la actividad realizada por el Tribunal Constitucional, o como se denomine Corte Constitucional es, eminentemente, no dispositivo, sino más bien declarativo de los pronunciamientos del juez constitucional.

La primera cuestión a definir es si tienen los procedimientos jurisdiccionales el carácter de meras declaraciones de certeza o dispositivas, según los órganos de índole constitucional se limitan a precisar la voluntad de las normas, a lo cual cabe agregar que el ordenamiento en su afán de disciplinar una materia en todos sus aspectos puede la judicatura constitucional en el ámbito de la discrecionalidad, nunca de la arbitrariedad, ejercer poderes judiciales frente a lagunas normativas o ante la vaguedad del derecho a aplicar en situaciones concretas.

La gran limitación es el Principio de Legalidad del Estado moderno, puesto que el resguardo de la garantía del ordenamiento constitucional no puede interferir en la esfera de libre determinación de los órganos o entes supremos, y en particular, en el campo constitucional las decisiones del órgano de garantía no pueden ser, en principio, decisiones de declaración de certeza en sentido lato.

Cabe establecer las siguientes opciones dilemáticas:

- 1.-La esfera del Derecho constitucional implica que las normas cuya actuación es confiada al juez constitucional, no presentan lagunas, incertezas o ambigüedades.
- 2.- Esas normas se presentan en igual grado, incluso en uno mayor que las normas ordinarias, en cuanto a las lagunas y ambigüedades, de forma tal que el juez que carece de poderes discrecionales está imposibilitado y carece de potencialidad para que ellas

no cubran la falta de tutela jurisdiccional, esto es, la falta de efectividad como expresión de la voluntad constitucional.

Justificación democrática.

Michel Troper señala que el control de constitucionalidad, elemento específico de la justicia constitucional, puede ser justificado por a lo menos con dos argumentos, a saber, el de la primacía de la constitución y el argumento democrático. Los argumentos por un control de constitucionalidad a partir de la primacía de la constitución, puede ser identificados como uno fuerte y uno débil. Un argumento fuerte, como el que se plantea por el Juez Marshall en *Marbury vs. Madison*, es la supremacía de la constitución, la que autoriza el control de constitucionalidad. Mientras que un argumento débil, como el que plantea Kelsen, para que la constitución tenga el valor de suprema, entonces, es necesaria la existencia de un control de constitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad hace efectivo el principio de supremacía. Es un raciocinio autovalente.

Otro argumento a favor del control de constitucionalidad es el cumplimiento del principio democrático. Aquí debe entenderse que el control de constitucionalidad no está implícito en el principio democrático, por lo que Troper señala que los argumentos a favor del control de constitucionalidad basados en este principio democrático son débiles.

Así, una primera motivación es que la democracia se ve reforzada por el control de constitucionalidad. Este argumento es defendido por Kelsen, al señalar que la democracia es la realización de la libertad, entendida ésta como autonomía. Siguiendo esta razón, la autonomía es la posibilidad de las personas de autogobernarse por reglas, pero que la completa autonomía es inalcanzable, en el proceso democrático se opta que gobiernen las mayorías. En este sentido, el control de constitucionalidad busca que las minorías no se aparten de las decisiones de la mayoría y de esta manera se garantice el cumplimiento de las reglas adoptadas por la mayoría.

Un segundo sustento, enuncia que la democracia se ve fortalecida por el control de constitucionalidad. El argumento aquí es que la constitución cumple una función limitadora del poder legislativo y busca limitar implícitamente a las mayorías y proteger a las minorías.

Un tercer argumento, opera en respuesta a la crítica contramayoritaria al control de constitucionalidad. Así se señala que la democracia es moldeada por este control. Así se señala que, si se entiende democracia como “Estado de Derecho”, lo que no es sino otra cosa sino que limitar los poderes del Estado por el derecho. Así, la democracia es un

sistema por el cual se crea un sistema de garantías de derechos fundamentales de las personas, las que se ven reforzadas por el control de constitucionalidad.

Siguiendo esta línea de razonamiento, Cappeletti destaca la función creadora de los jueces constitucionales y cómo la complejidad de los asuntos sociales tiene muchas veces respuestas tardías por parte de los órganos legislativos. Así, los jueces constitucionales, como agentes creadores de derecho, pueden hacer frente a situaciones, muchas veces cotidianas, sobre los problemas sociales que el legislador tarda muchas veces en garantizar a través de mecanismos legislativos. El juez constitucional como agente creador de derecho precisamente garantiza que el sistema de garantías se vea efectivamente cumplido y los ciudadanos puedan ver satisfechos sus derechos constitucionales, tanto los explícitamente expresados en el texto constitucional, como aquellos que puedan construirse a partir de la interpretación de dicho texto, lo que se denomina también como los derechos implícitos.

En ningún caso debe comprender que el juez se arroga facultades legislativas, sino que más bien adapta el texto constitucional a las necesidades sociales presentes, a casos particulares, en que el legislador eventualmente no alcanza a prever o simplemente, omite regulación y protección.

No es extraño que el juez constitucional en su labor cotidiana, siguiendo en esto a Gabriel García Márquez, un experto en “soledad y nostalgia” al realizar un examen de carácter abstracto o de dogmática jurídica, consistente, en nuestro ordenamiento, en ver y ponderar si el examen (control) de la legitimidad constitucional de las leyes puede o no incluirse dentro de los esquemas lógicos del concepto de jurisdicción.

La indagación sobre la naturaleza y legitimidad de la justicia constitucional, dado el ámbito de los poderes de la actividad del “juez” pueden y deben analizarse no en relación con la naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional, sino en cuanto lo que es su verdadera esencia, su razón de ser, sus fines, que no son ni más ni menos la voluntad positiva constitucional.

3.- Funciones del órgano Constitucional.

Hemos visto hasta ahora los argumentos que justificarían al control de constitucionalidad, por lo que procede dar cuenta de sus funciones. Como punto de partida tendremos lo que señalamos anteriormente a propósito del rol creador de los jueces constitucionales y cómo esta función permite actualizar el texto constitucional, mantener vigente el sistema de garantías y finalmente, proteger a los ciudadanos en sus derechos fundamentales.

Las constituciones deben ser entendidas como producto de su tiempo. Sus disposiciones contienen elementos que son frutos de determinados momentos y circunstancias. Algunas normas constitucionales contienen principios que podemos considerar como básicos y esenciales de todo Estado de Derecho democrático, como, por ejemplo, los principios de libertad e igualdad.

Sin embargo, que las constituciones sean fruto de las necesidades y circunstancias del momento en que se crean, ello no resta que existe la posibilidad de adaptación del texto constitucional a nuevas circunstancias no previstas por el constituyente. Es allí donde el juez constitucional cumple un rol de relevancia fundamental para ir adaptando el texto a las nuevas realidades que surgen con el desarrollo de las sociedades. No debe entenderse que el juez se arrogue potestades constituyentes. Antes bien, el juez constitucional permite adaptar el texto a aquellas cuestiones, que, de no hacerlo, puede impedir la eficacia del texto constitucional, cuya reforma siempre es lenta y costosa en el proceso democrático.

Adicionalmente, la legislación tampoco necesariamente reacciona de forma expedita a situaciones imprevistas, es por ello que el rol del juez constitucional, en su función creadora de derecho, permite que las personas sean protegidas en sus derechos.

Hay casos de clara solución, donde las normas previstas en la Constitución entregan una solución nítida y clara para que el juez simplemente aplique lo denotado en el texto. No necesita un mayor trabajo de adecuar el texto al caso que se le enfrenta con algún dilema constitucional.

Sin embargo, cuestión distinta sucede cuando el juez constitucional se ve enfrentado a casos que no pudieron tener cabida en la imaginación del constituyente o del legislador. Es ahí donde el derecho queda en una situación de vacío que puede dejar en completo desamparo a las personas y la constitución perder su eficacia, tanto para resolver conflictos como en la protección de los derechos fundamentales.

Esto se ve cada vez con mayor evidencia ante nuevas demandas sociales que requieren un enfoque de adaptación del texto constitucional. Si el juez no reconoce la situación social y el contexto en el cual se desenvuelven sus decisiones, difícilmente podrá entregar una justicia constitucional efectiva.

El juez debe crear el derecho pensando el contexto social, en cómo dar soluciones a casos complejos entregan mayor equidad y justicia a las personas, pero siempre en la mirada de lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Así ya lo advertía el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Cardozo, quien describía como método de solución el método sociológico, esto es, la consideración de la situación y contexto social para la

resolución de casos y no meramente una visión “formalista” y rígida del texto normativo constitucional.

El juez al crear derecho, lo hace en consideración a su función social, con criterios interpretativos orientados al bien común.

Así, por ejemplo, en causas del Tribunal Constitucional chileno relativas a las reglas de penas sustitutivas (Ley 18.216), al examinar la inaplicabilidad de la norma que impedía al juez otorgar penas sustitutivas para determinados delitos. En estos casos, la cuestión era precisamente considerar el fin resocializador de la pena frente a reglas que impedían al condenado a acceder a penas menos gravosas que la privación de libertad, considerando las circunstancias y historial penal del acusado. Aquí el Tribunal muchas veces, ha atendido a las circunstancias particulares de cada caso para otorgar mayores garantías del individuo frente al poder punitivo del Estado.

Similares cuestiones se plantean respecto de la inaplicabilidad de la regla penal que sanciona a quienes incumplen la normativa sanitaria, a propósito de la crisis de pandemia. La ley penal establece normas sancionatorias graves para quienes hagan caso omiso a las reglas impuestas por el Ministerio de Salud. El Tribunal estimó que esta normativa tenía penalidad demasiado gravosa en consideración al delito cometido. Así, se atienden circunstancias de contexto social, pandemia y necesidad de controlar la pandemia, para proteger las garantías constitucionales de los individuos que se ven enfrentados a sanciones penales.

En definitiva, el juez constitucional en materia penal siempre tiene en consideración las circunstancias sociales y ante ellas va adaptando el texto constitucional, para de esa manera construir mecanismos suficientemente protectores de los derechos de los individuos frente a las diversas regulaciones del Estado.

Los tribunales o cortes constitucionales son órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan sobre la base de razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas infraconstitucionales consideradas inconstitucionales.

Como señaló en su momento Otto Bachof, el carácter político de un acto “no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico” (Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, 1985, Ed. Civitas, Madrid, p.61).

Los tribunales constitucionales tienen la potestad de determinar la ilegalidad constitucional de diversas normas infraconstitucionales y actos jurídicos, con un ámbito de competencia más o menos amplio en la materia dependiendo de cada tribunal y ordenamiento constitucional, eliminando las normas que contravienen las respectivas constituciones, lo que lo diferencia claramente de un órgano legislativo, que crea, modifica o deroga normas legales ateniéndose a criterios de conveniencia y no de legitimidad jurídica.

Los tribunales constitucionales resuelven a través de procedimientos contenciosos constitucionales, que es su competencia especializada, la determinación de la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales o que provienen del derecho internacional al incorporarse al derecho interno; resuelven conflictos entre órganos constitucionales, y protegen a través de acciones o recursos extraordinarios -por regla general- los derechos fundamentales, sin perjuicio de ejercer otras competencias no esenciales. En todo caso, las materias contenciosas reservadas al tribunal constitucional deben contener como mínimo la constitucionalidad de las leyes (Favoreu, 1986:28), siendo los únicos órganos que pueden impedir su incorporación o su expulsión del ordenamiento jurídico y la distribución horizontal y vertical del poder estatal. Además, ellos no ejercen jurisdicción ordinaria. Este aspecto determina el elemento material de la definición de un tribunal constitucional.

Los Tribunales Constitucionales los integran jueces nombrados por las autoridades políticas (Gobierno, Congreso Nacional y, eventualmente, la Corte Suprema o las jurisdicciones superiores del Estado), no siendo en su mayoría magistrados de carrera (Favoreu, 1986: 29). Todo ello refuerza la legitimidad política del tribunal, sin descuidar su legitimidad jurídica.

4.- Dilema constitucional.

Que la cuestión de constitucionalidad dice relación con lo que comúnmente se enuncia como dilema constitucional, esto es, aquel conflicto que debe resolver una Corte o Tribunal Constitucional, que teniendo legitimidad jurídica y política, y no incurriendo en hipótesis de abuso de poder de dotarse de competencias implícitas no otorgadas expresamente por la Constitución, en su artículo 93, conforme lo establece la Carta Fundamental chilena, no pueda efectuar desviaciones mediante interpretaciones ideologizadas con falta de fundamento jurídico, convirtiéndose el “legislador positivo”,

emitiendo pronunciamientos políticos-morales, ajenos a su función, contrariando la voluntad legislativa de los órganos colegisladores (Presidente de la República y Parlamento).

La cuestión de constitucionalidad de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua es aquella “cuestión” que debe entenderse: “pregunta que se hace o propone para averiguar la verdad de una cosa controvertida”. En relación con el momento de su formulación la cuestión hay que ubicarla que debe ser “suscitada durante la tramitación” y por “suscitada” el mismo Diccionario señala que es “levantar, promover”.

En otro orden de ideas, siguiendo el tenor literal de la Constitución es evidente que la existencia de una “cuestión” debe existir una cosa controvertida y que esta debe formularse o promoverse durante la tramitación del proyecto de ley, en otras palabras, desde su presentación y ante de su promulgación.

No es el caso ver los requisitos y formulaciones de la normativa interna, sino más bien decantar que a través de diversos pronunciamientos, y principalmente se ha dicho: “En el requerimiento se le formularon al Tribunal dos consultas en torno a las leyes penales en blanco. Que sentenciando el aspecto expresó que (STC Rol N°23, c.4): para el Tribunal pueda ejercer la atribución que se le confiere deben concurrir copulativamente ciertas condiciones esenciales, como ser: *“Que se suscite una cuestión de constitucionalidad, es decir, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o en el seno mismo del segundo.*

- a) *Que la desigual interpretación de las normas constitucionales, en el caso en estudio, se produzca en relación a un proyecto de la ley o a una o más de sus disposiciones.*
- b) *Que la discrepancia que se suscite sobre la preceptiva constitucional en relación a las normas de un proyecto de ley sea precisa y concreta”.*

En el considerando 6°, del mismo fallo, el Tribunal resume lo anterior diciendo: *“Que de lo expuesto en los considerandos 3° a 5° fluye, con nitidez, que el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la facultad que le confiere el art. 82 N°2 de la Constitución, es un órgano jurisdiccional a quien la Carta Fundamental le ha confiado la misión de resolver cuestiones de constitucionalidad concretas que se susciten entre los órganos colegisladores, durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.*

El Tribunal Constitucional, pues, no es un órgano de consulta sobre el sentido y alcance de la preceptiva constitucional que pueda incidir en futuros proyectos de ley, ni tampoco está autorizado para emitir dictámenes durante la tramitación de dichos proyectos, sobre materias jurídicos-constitucionales abstractas o generales”.

De la jurisprudencia citada fluye con claridad que la misión del Tribunal es resolver cuestiones concretas de constitucionalidad que se hayan presentado durante la tramitación de un proyecto de ley, reforma constitucional o tratado internacional.

Siguiendo esta doctrina el TC, en sentencia Rol 147 resolvió un requerimiento de constitucionalidad en relación a una asignación judicial y se remitió a lo ya expresado en el precedente Rol N°23, en un sentido de que para que exista una cuestión de constitucionalidad tienen que haberse producido, al menos, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional y el texto legal impugnado en los órganos colegisladores.

5.- Tribunal Constitucional como órgano político.

Las Cortes Constitucionales adoptan decisiones de gran repercusión en la vida política. Otros tribunales, a esta función esencial, añaden la de controlar la actividad del poder ejecutivo y del poder judicial, si no han concedido la debida protección a los derechos incluidos en la carta de derechos que integra la parte dogmática de la Constitución.

En España, además, como en otros estados complejos, tiene la función de controlar que todos los poderes del Estado encajen en esa complicada articulación del poder entre las distintas entidades territoriales que integran la comunidad nacional.

Las decisiones en todas estas materias tienen una indudable repercusión política, pero eso no significa que sea un tribunal político per se.

El tribunal Constitucional no es un tribunal político ni por la forma de elección de sus componentes ni por la forma en que adoptan sus decisiones, sino que obedece a un cariz, de primacía de lo técnico. Del mismo modo el método utilizado para resolver los recursos que se les plantean es eminentemente jurídico. El que en su metodología prevalezca la atención a valores y principios fundamentales frente a una consideración puramente formal lógico-deductiva no significa que los criterios de decisión no sean estrictamente jurídicos.

El Tribunal Constitucional no puede sustraerse a la realidad y para hacer frente a ella ha desarrollado dos técnicas que, si bien no son del todo desconocidas en la jurisdicción ordinaria, presentan aquí unos caracteres y desde luego unos efectos que resultan peculiares. Conjugan la teoría y método jurídico con un criterio político en su cometido al control parlamentario.

6.- El sentido de la “Justicia Constitucional”.

La respuesta principal en términos de justicia legal al problema de la opresión puede expresarse con una fórmula ampliamente utilizada todavía hoy en Europa: justicia constitucional. Se utiliza para indicar que el poder del gobierno está limitado por

normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación.

Es cierto que las formas de opresión que han caracterizado nuestra época son muchas y muy complejas. Por ejemplo, el poder no gubernamental, así el poder de los grupos organizados, o de las corporaciones económicas, o de los sindicatos, o de los profesionales, o de los partidos políticos, ha demostrado ser en ocasiones tan peligroso y opresor como el poder oficial del Estado, y no menos invasor de la intimidad y de la libertad de las personas. Incluso los avances de la tecnología se han convertido en una amenaza potencial dado que sus elementos se han hecho cada vez más asequibles a un uso opresor. Y quizá nunca tan profundamente como ahora haya sentido el individuo la opresión de su “soledad entre la muchedumbre”; el sentimiento de que nuestra voz, como en la Biblia, “clama en el desierto”; el sentido de la alienación que es una de las fundamentales enfermedades psicológicas del hombre moderno.

Sin embargo, el peligro que ha demostrado ser el más temible de nuestro siglo es, sin lugar a dudas, el poder oficial organizado, el Estado y sus múltiples ramas y agencias, sus proliferaciones centrales o locales. Los casos de la Alemania nazi, la Italia fascista o la Rusia de Stalin, por mencionar sólo a los más llamativos, no pasaron sin enseñarnos una importante lección. Cuando el poder político no se controla, incluso los instrumentos de la nueva tecnología, de comunicación de masas, de la llamada “educación popular”, pueden ser pervertidos en una gran máquina de corrupción. La corrupción de las mentes se consigue gracias a una desinformación masiva y a la prohibición de toda crítica. Recuerden una de las infames leyes discutidas hace años en el muy citado debate sobre derecho y ética entre los profesores Hart y Fuller: aquella ley alemana de 1944 permitió que un hombre, denunciado por su mujer, fuese condenado a la pena capital. Su “crimen” fue que, estando de permiso del ejército en su casa, pronunció unas críticas a Hitler. Lo que resulta de un gobierno no controlado, como lo demuestra la triste historia reciente, es una deformación del más simple sentido común de la justicia: de aquí resultan la intolerancia, el fanatismo y, eventualmente, la aceptación o incluso la búsqueda de la violencia y la guerra.

La justicia constitucional, en mi opinión, es quizá la más importante y más prometedora de las respuestas que un número creciente de naciones ha intentado dar a este problema de la opresión gubernamental. Como ya se ha dicho, la justicia constitucional implica un nuevo tipo de normas, instituciones y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político. Hay, por supuesto, múltiples maneras de conseguir ese fin. Estas incluyen el regionalismo, que, al descentralizar parte del poder político, origina un cierto “reparto vertical” de ese poder.

Aquí, sin embargo, pretendo centrar mi exposición en la revisión judicial de la constitucionalidad de la acción del Estado, y particularmente de la legislación. Esta nueva justicia ha cambiado en un sentido real la estructura de gobierno en gran parte de América en los últimos cincuenta años, más o menos, extendiéndose a otras partes del mundo como, por ejemplo, Japón, los países nórdicos y el centro de Europa.

7.- Legitimidad de la justicia constitucional.

En un trabajo, publicado en el año 1988, en la revista *Doxa* N°5 (págs.21-45) por **Jürgen Habermas** intitulado *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* afirma con conclusión: *“La idea de Estado de Derecho, que he tratado de reformular, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica, para convencerse de ello basta tener presente que esa idea es el único criterio que tenemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya que podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada”*.

En la estupenda traducción de Habermas realizada por Manuel Jimenez Redondo se decanta un razonamiento que a partir del entrelazamiento del derecho, la política y la moral permite fluir a la novedosa idea del Estado de Derecho, mediante la sustitución del antiguo Derecho Natural Racional mediante una “teoría de la democracia”, que ayuda a la formación de la voluntad parlamentaria del legislador compenetrándose en los discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales mediante el control jurídico de las normas, indagando en la racionalidad de los procedimientos institucionalizados, que en la actualidad siguiendo la tradición kantiana son la fuente de la legitimación que no emana del modelo de John Rawls, quien parte de la premisa del contrato social e inserta en la descripción de una posición original las restricciones normativas bajo las que el egoísmo racional de las partes libre e iguales lo cual acaba conduciendo a la elección de principios normativamente correcto.

No basta con la discusión acerca de la teoría moral, sino que la tesis de Habermas de que el derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios remiten el uno al otro. La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida que el orden jurídico reacciones reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello fruto que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales.

La dependencia del Derecho respecto de la política explica el carácter instrumental del derecho. Por una parte, las normas morales son fines en sí, las normas jurídicas son medios para objetivos políticos, de tal manera que las medidas políticas que los traducen a la práctica deben su fuerza vinculante a su forma jurídica. En este aspecto, siguiendo a Dworkin, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, en el caso de aplicación de estas, se unen tanto con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos relativos a justificaciones morales.

El fenómeno que ha sucedido es que en el Estado de Derecho moderno se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que se hallan abiertas en dirección a argumentación morales. Habermas llega a afirmar que la moral ya no flota sobre el derecho como un conjunto suprapositivo de normas, sino que emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. El mejor ejemplo de aquello lo representa la vertiente constitucional de lo normativo, donde la convivencia del derecho positivo y los principios y reglas viven en compañía con el aspecto moral y la fuerza legitimadora de la justicia constitucional, no sólo se comunica en lo normativo sino que también en un mayor grado a través del proceso legislativo democrático donde una serie de teorías de la constitución, centradas en la idea del proceso que la constitución regula, conforman un planteamiento crítico-reconstrutivo.

“La regla de la mayoría, las normas de procedimiento parlamentario, las leyes electorales, etc., se analizan desde el punto de vista de cómo pueden asegurar en los procesos de decisión parlamentaria que se tengan presentes por igual todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la cuestión de que se trate. La calidad racional de la legislación política no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías protegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio político con sus medios de comunicación y sus instituciones” (Habermas, op.cit. p.44).

Por último, no puede resultar afinado esta ponencia sin recurrir a Lucio Pegoraro, quien, sustentándose en el uso de la sensibilidad de los historiadores, de los economistas, de los politólogos, que mejor que los juristas pueden explicar los motivos del consenso respecto de la introducción de medidas idóneas para cambiar la forma de Estado de un país. El destacado profesor de Bolonia ha expresado: *“De esta forma puede adquirir sustancia y alimentarse recíprocamente las categorías de los comparatistas (imposición/prestigio), las clasificaciones de los constitucionalistas, que buscan la sede originaria de la soberanía (rey, pueblo, Nación, origen democrático, mixto, hasta “exterior”, como en los casos examinados aquí), los análisis de los economistas sobre las partes del*

“núcleo” que concierne a la Constitución económica, y las de los historiadores, politólogos y expertos de teoría política en su búsqueda de la colocación del poder (y sus causas).

En este contexto, el resultado puede difícilmente ser dicotómico si no se basa en datos meramente formales – como la nacionalidad del órgano deliberante –.

Al contrario, más probablemente casi todas las Constituciones (o por lo menos las más recientes) aparecerán hoy como fruto de procesos de imitación y de procesos derivados de imposiciones anteriores a la fase formal de aprobación o reforma, que de algún modo han afectado informalmente al núcleo originario. La aplicación de lógica de clasificación débil (fuzzy sets theory) sugiere entonces disponerlas, según los elementos adquiridos, en una escala dividida en grados, donde en un extremo se encuentran textos casi libres de influencias externas diferentes del prestigio y, en el otro, textos privados incluso formalmente de legitimación interna (popular o incluso autoritaria). El problema, como en la docencia, es evaluar las situaciones intermedias, separando y diferenciando (sin por ello renunciar a buscar los mayores elementos comunes y a clasificar a partir de ellos).

Las Constituciones “impuestas” no serían así sólo las que han sido definidas como tales de forma pacífica (Japón, Alemania, Irak, Afganistán), donde no faltan amplias partes autóctonas. Los elementos que caracterizan a las Constituciones impuestas son típicos también de otros textos y tampoco faltan en las que podríamos definir como “condicionadas”. Estas, a su vez, no serían sólo las Constituciones cuyo origen fue limitado con acuerdos internacionales (como el caso de la República de Weimar), sino también aquellas (o partes de ellas) nacidas o reformadas en sus partes indefectibles tras sanciones (pienso en la génesis de la Constitución sudafricana, o en las recientes iniciativas en Siria), o condiciones de la comunidad internacional o de la Unión Europea (Europa del Este, Grecia, etcétera) (Lucio Pegoraro, “Constituciones (y reformas constitucionales) “impuestas” o “condicionadas”. Para una reclasificación interdisciplinaria de la categoría”, Pensamiento Constitucional N°18, 2013, pp. 331-356/ISSN 1027-6769, pp.355-356)”.

MUCHAS GRACIAS.