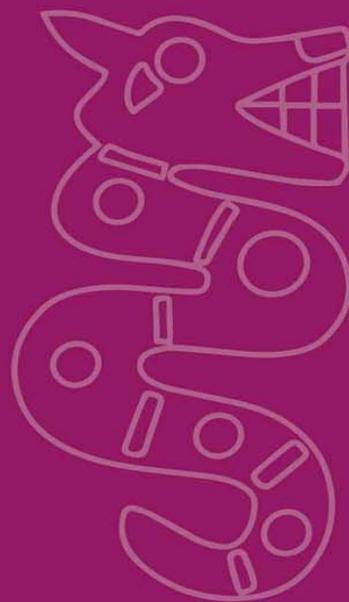


Luiz Guilherme Marinoni

Los hechos ante la Corte Constitucional

La importancia de la búsqueda de la verdad
en el Estado Constitucional



Publicación
editada
en el Perú
por Palestra Editores



Cultura Chancay (entre los años 1200 y 1470 d.C.)

LOS HECHOS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL
La importancia de la búsqueda de la verdad
en el Estado Constitucional

Luiz Guilherme Marinoni

LOS HECHOS ANTE LA
CORTE CONSTITUCIONAL

La importancia de la búsqueda de la verdad
en el Estado Constitucional

Traducción
Christian Delgado Suárez

Lima — 2022

LOS HECHOS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La importancia de la búsqueda de la verdad en el Estado Constitucional

Luiz Guilherme Marinoni

Primera edición Digital, noviembre 2022

Traducción de la obra original:

Os fatos no Supremo Tribunal Federal.

1 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 2022.

© 2022: Luiz Guilherme Marinoni

© 2022: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Diagramación y Digitalización:

Gabriela Zabarburú Gamarra

Cuidado de estilo y edición:

Milagros Luz Taipe Dávalos

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-12263

ISBN Digital: 978-612-325-295-3

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

CONTENIDO

1. EL PROBLEMA Y LA PROPUESTA

2. LOS DOGMAS

2.1. El control de constitucionalidad no abre la posibilidad de valorar los hechos

2.2. El recurso extraordinario se refiere a las normas y no a los hechos

2.3. Precedente 279 del Tribunal Supremo Federal: improcedencia de los recursos extraordinarios cuando es necesario valorar las pruebas

3. APERTURA A LOS HECHOS

3.1. La ley de acción directa de inconstitucionalidad y acción declarativa de constitucionalidad

3.2. El reglamento interno del Tribunal Supremo

3.3. Decisiones del Tribunal Supremo Federal atentas a la importancia de los hechos: los casos de los balones de gas, el amianto y el feto anencefálico

4. DE LOS HECHOS QUE INTERESAN A LA CORTE

4.1. Primeras palabras

4.2. Hechos legislativos y pronósticos

4.3. Hechos presupuestos por la ley, hechos equivocadamente valorados e indebidamente ignorados por el Legislador, hechos no discutidos por las personas y en el Parlamento, hechos desconocidos cuando de la elaboración de la ley y hechos pasaron a tener otro significado con el devenir del tiempo

4.4. Las normas constitucionales como reveladores de hechos que integran la disputa constitucional: el caso ejemplar del principio de igualdad

4.5. La concretización de la Constitución con base en hechos

5. HECHOS CONSTITUCIONALES, INCERTIDUMBRE Y USO (INCORRECTO) DE LAS PRUEBAS

- 5.1. Consideraciones iniciales
- 5.2. La diferencia entre investigar o descubrir un hecho y aclarar sobre un juicio ya formado por la comunidad
- 5.3. Hechos científicos aún discutidos en la comunidad
- 5.4. Hechos no esclarecidos
- 5.5. Los hechos en el tiempo y la cuestión del desarrollo de la ciencia: la decisión constitucional provisional como respuesta a la transitoriedad del significado de los hechos
- 5.6. El caso de la píldora contra el cáncer: falta de prueba para la negación de un hecho que presupone el Legislador
- 5.7. El caso de los balones de gas: debate sobre los hechos en el Tribunal a la distancia de los peritos y el experto
- 5.8. Cuando los hechos que deben ser discutidos por la población son examinados por la Corte

6. LOS HECHOS CONSTITUCIONALES FRENTE A LA TEORÍA DE LA PRUEBA

- 6.1. Hechos controvertidos y hechos constitucionales
- 6.2. Hechos constitucionales individuales y hechos constitucionales generales
- 6.3. La teoría de la prueba y la práctica judicial del Tribunal no responden (todavía) a los hechos constitucionales
- 6.4. Hechos constitucionales y reglas de la experiencia
- 6.5. La prueba pericial y el testimonio de “personas con experiencia y autoridad en la materia” como prueba indirecta: cuestiones previas al juicio entre la prueba y el hecho
- 6.6. ¿Carga de la prueba del hecho constitucional?
- 6.7. Hechos que no pueden aclararse del todo: el carácter provisional de la decisión constitucional como respuesta
- 6.8. Pruebas y hechos notorios
- 6.9. Ignorar los hechos y no tener en cuenta los hechos en la justificación: incumplimiento del deber de decidir e incumplimiento del deber de justificar
- 6.10. Para decidir, no basta con optar por las pruebas a favor de la (in)constitucionalidad, sino que es necesario negar las pruebas contrarias a ella

6.11. La necesidad de una decisión en destaque sobre la admisibilidad de las pruebas

6.12. El error de considerar el *amicus curiae* como un “medio de prueba”

6.13. ¿La aclaración de los hechos puede perjudicar a las partes en el recurso extraordinario?

7. PRUEBAS, PARTICIPACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

7.1. Participación y legitimidad del resultado de la prueba

7.2. Participación y razonamiento probatorio, decisorio y justificativo

7.2.1. Razonamiento probatorio

7.2.2. Toma de decisiones

7.2.3. Razonamiento justificativo

7.3. Participación adecuada de las partes y de los *amici curiae*

7.4. Justificación ante el problema de la discusión parlamentaria de los hechos

7.5. Cuando hay desacuerdo entre los deponentes y especialistas en la Corte: la necesidad de que la justificativa demuestre el motivo por el cual prefiere la declaración de un especialista o incluso de una estadística o pesquisa en detrimento del otro

7.6. Justificación, presunción de constitucionalidad y grado de convicción

BIBLIOGRAFÍA

1. EL PROBLEMA Y LA PROPUESTA

Se sabe que el control de constitucionalidad, en su comprensión tradicional y básica, es reactivo a los hechos. En esta perspectiva, al final, el control de constitucionalidad requiere únicamente la comparación en abstracto de la ley frente a la Constitución. No solo poco importa, también está prohibido preguntar sobre los hechos presupuestos en la ley o por aquellos que podrían determinar la concretización de la norma constitucional.

David Faigman, en uno de los raros libros sobre el tema de los hechos constitucionales, advierte determinadas dudas fácticas, relacionadas a célebres casos constitucionales decididos por la Suprema Corte de los Estados Unidos ¿Cuándo un feto tiene vida? ¿La pornografía causa violencia? ¿La marcha de nazistas en Skokie incitaría a la violencia?¹ ¿La “diversidad” puede producir mejores oportunidades educativas? Reconociendo que los hechos constituyen el derecho constitucional, Faigman indaga si los hechos son efectivamente considerados en las decisiones de la Corte o si son analizados de modo adecuado². Realmente, incluso cuando los hechos son relevantes (son prejudiciales) a la decisión constitucional, muchas veces ni siquiera son identificados, en otras oportunidades no son adecuadamente investigados en la dimensión probatoria y, frecuentemente, no son considerados en la parte de justificación.

De modo que el problema de los hechos constitucionales inicia a partir del descubrimiento de la razón de su desprecio por el derecho constitucional y por las cortes. A partir de esto, entre tanto, requiere una compleja elaboración

dogmática, hábil a la identificación de los hechos que están por detrás de las leyes y, por ende, deben ser analizados por el juez cuando se trata del control de constitucionalidad. No obstante, como los hechos ciertamente no importan por apenas determinar las leyes, pero especialmente por hacer parte de la realidad sobre la cual el intérprete elabora su razonamiento cuando está frente a dispositivos de textura normativa abierta, particularmente de naturaleza constitucional, resulta importante dar atención al raciocinio desarrollado por el intérprete que se ve obligado a considerar la realidad que en función de la afirmación del significado de las normas constitucionales.

La percepción de que los hechos tienen relevancia para la interpretación del resultado, debiendo ser considerados en el *iter* del raciocinio interpretativo, tiene gran importancia para la teoría del proceso constitucional. Ayuda a identificar esa relevancia a diferencia entre juicios constitucionales, hechos frente a los hechos de diversa naturaleza como, por ejemplo, de los hechos científicos —esclarecidos en discusión en la comunidad científica y reconocidos como no determinables en un momento histórico— y de los hechos relacionados a desacuerdos morales razonables. La especial naturaleza de estos hechos favorece la percepción de que la Corte puede decidir precipitadamente al no considerar la importancia de la discusión popular o de un *second look* del Parlamento. O mejor, la relevancia del adecuado esclarecimiento de tales hechos ayuda a la comprensión de la necesidad del diálogo constitucional.

No obstante, esa constatación tendría poco sentido si no mirase a la necesidad del desarrollo de la teoría de la prueba, permitiéndole alcanzar el control de constitucionalidad y el ambiente de las Cortes constitucionales³. Aunque la importancia de los hechos y de las pruebas haya sido puesta en claro por las leyes que trataron de las acciones de control abstracto y por algunas decisiones de la Corte Suprema como las decisiones proferidas en el caso de asbesto, de balones de gas y de los fetos anencefálicos, es muy clara la ausencia de criterios racionales, propios a los conceptos de la teoría de la prueba en la valoración de los hechos por medio de especialistas en la Corte.

En realidad, el derecho procesal constitucional aún no ha entendido que el Tribunal simplemente no puede decidir sobre hechos constitucionales en ausencia de criterios capaces de permitir la racionalización de su razonamiento probatorio, decisorio y justificativo. Al fin y al cabo, si cualquier decisión sobre

los hechos carece de *legitimidad* cuando no está debidamente racionalizada en base a pruebas y estándares probatorios, esto es aún más flagrante (y peligroso) cuando nos encontramos ante una decisión que pretende atribuir un sentido a la Constitución.

Abordar los medios de prueba y los conceptos probatorios, así como del significado que la carga de la prueba y los modelos de convicción pueden tener frente a los hechos constitucionales, aun siendo algo absolutamente novedoso y, por ello mismo, extremadamente difícil, es una misión que no puede olvidarse a la hora de pensar en un derecho procesal capaz de colaborar al óptimo y adecuado desempeño de las funciones del Tribunal encargado de proteger la Constitución⁴.

Sin embargo, si bien es cierto que hoy en día no se pueden descuidar los hechos en la interpretación constitucional, hay que tener mucho cuidado de que no queden encubiertos por elaboraciones normativas. Es cierto, que algunos hechos son irrelevantes para la toma de una decisión. Por supuesto, la segregación racial es inconstitucional, haya o no pruebas de sus consecuencias psicológicas.

Por lo tanto, hay que hacer una distinción. Hay casos en los que los hechos no importan y casos en los que los hechos no pueden dejarse de lado para decidir. No poder dejar de lado los hechos no significa necesariamente decidir afirmándolos, sino decidir justificándolos, ya sea para afirmar o negar algo de ellos. El problema, sin embargo, es que el Tribunal no puede dejar fuera de justificación los hechos relevantes aunque decida decidir sin afirmarlos o negarlos. Si los hechos son relevantes para la interpretación constitucional, el Tribunal debe justificar por qué prefiere una interpretación exclusivamente normativa a otra que tenga en cuenta los hechos.

Además, los hechos pueden ser mal utilizados como soporte de una decisión normativa, sirviendo de justificación inadecuada para la propia decisión constitucional. Invocar hechos sin la debida demostración y fundamentación en criterios racionales es lo mismo que aludir a “alegorías”, o mejor dicho, a justificaciones no sinceras y retóricas de una interpretación que, al fin y al cabo, nada tiene que ver con la concreción de la Constitución a partir de los hechos, constituyendo una simple decisión normativa apoyada en un maquillaje artificial que hace un uso indebido de los mismos.

Se busca, pues, revelar y superar los graves problemas relacionados con los hechos constitucionales y su investigación en el Tribunal, en un intento de racionalizar y legitimar las decisiones constitucionales que no pueden ignorar la facticidad⁵.

¹ Los hechos que dieron origen al caso National Socialist Party of America v. Village of Skokie – 432-US 43 (1977) – en el que se discutió sobre la libertad de expresión, y libertad de reunión ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Ver Sérvulo Correia. *O direito de manifestação – Âmbito de proteção e restrições*, (Coimbra: Almedina, 2006); Marco Ruotolo, Le liberta di riunione e di associazione, *I diritti costituzionali*, v. 2, (Torino: Giappichelli, 2006).

² “The seemingly paradoxical role of facts in constitutional law, then, is that they are central to the cases *but play little part in their outcomes*. Virtually every constitutional case presents disputed facts, but only rarely are the facts described or explained with any precision. The Court’s constitutional pronouncements float above the empirical mire, *neither being informed by contingent realities nor subject to empirical check by those realities*. This state of affairs seems widely accepted among lawyers and scholars, at least as measured by the lack of dissenting voices heard”. David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts* (New York: Oxford University Press, 2008), 1.

³ Charlotte Bartmann, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2020), 10 y ss.

⁴ William Twining, Taking Facts Seriously, *Journal of Legal Education*, v. 34, 1984, 25.

⁵ Charlotte Bartmann, *Das Beweisrecht in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, 51 y ss.

2. LOS DOGMAS

2.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD NO ABRE LA POSIBILIDAD DE VALORAR LOS HECHOS

Podría decirse, que el primer y más claro obstáculo para la discusión de los hechos en la Corte Constitucional reside en la suposición de que el control de constitucionalidad no se preocupa por los hechos.

Durante algún tiempo se pensó que la tarea de control de constitucionalidad debía limitarse al análisis de la compatibilidad de la ley con la Constitución, sin que fuera posible verificar los hechos asumidos por la ley o entender la norma constitucional a la luz de la realidad fáctica sobre la que se centra.

Esto está muy claro en las propias decisiones de la Corte Constitucional que preceden a la apertura del Tribunal a las audiencias públicas y a los *amici curiae*. Considérese, ya que su razonamiento es bastante esclarecedor, la decisión unánime dictada en el MC en el ADI n° 1.372, informado por el Ministro Celso de Mello. Esta decisión, dictada en diciembre de 1995, analizó una solicitud de medida cautelar en una acción directa que afirmaba la inconstitucionalidad de una resolución editada por la Asamblea Legislativa del Estado de Río de Janeiro, por incompatibilidad con el Art. 18, § 4 de la Constitución.

Según el ponente, la comparación del acto impugnado con la norma constitucional no sería posible a la vista de las peculiaridades derivadas de los propios fundamentos de la acción directa concreta. Como advierte el voto del ponente, la acción directa sostenía que: “los requisitos objetivos que revelan la potencialidad económica y la conveniencia sociocultural de la creación del municipio *no fueron todos planteados previamente, y los que se plantearon no*

reflejan la realidad, pues se centran en datos defectuosos o erróneos (...)”, por lo que la acción se *apoyaría*, para demostrar la vulneración del Art. 18, § 4, de la Constitución, en *“elementos fácticos (...) considerados defectuosos o erróneos”*⁶.

Frente a esto, se argumentó que: “la naturaleza jurídica del control normativo abstracto rechaza cualquier investigación dirigida *a probar situaciones de hecho*, especialmente cuando estas - como en este caso - resultan ser controvertidas o ilíquidas. (...) el proceso de control de constitucionalidad abstracto no admite, en el sistema jurídico brasileiro, la instauración incidental de la dilación probatoria destinada a esclarecer situaciones fácticas, eventualmente ilíquidas y sobre las cuales repose, como en el caso, la pretensión de derecho material deducida por el demandante de la acción directa, pues la finalidad única de este instrumento procesal de activación de la jurisdicción constitucional del control del Supremo Tribunal Federal consiste en el examen, en tesis, de la conformación de determinado acto estatal a las prescripciones subordinadas de la Constitución de la República (...) la inconstitucionalidad debe transparecer, directamente, la norma estatal cuestionada, no pudiendo la emisión de ese juicio negativo depender del control normativo abstracto ni de la previa indagación probatoria concerniente a la materia de hecho (...)”⁷.

Aunque el control difuso, como es sabido, permite valorar la constitucionalidad a la luz de los hechos del caso, ello no significa, obviamente, que siempre se haya admitido la discusión de los hechos legislativos y los pronósticos legislativos a la luz de los casos concretos. Por el contrario, la discusión de los hechos que el legislador tuvo en cuenta al promulgar la ley no solo se basó en la suposición de que ello supondría una invasión indebida de la esfera de la potestad legislativa, sino también porque la prueba de estos hechos nunca fue admitida por la lógica procesal civil. Hay que señalar, que *afirmar la inconstitucionalidad de una ley en base a los hechos de un caso es algo que no puede confundirse con sostener la inconstitucionalidad de una ley en base a un error del legislador en cuanto a los hechos*, aunque esto sea indispensable para lograr la protección del derecho en el caso concreto.

En un caso concreto, los hechos que siempre podrían demostrar la inconstitucionalidad de una ley son “hechos individuales”. Evidentemente, estos pueden ser probados y, en ciertos casos, pueden imponer la realización de la norma constitucional de acuerdo con las circunstancias de hecho de la

controversia entre las partes, descartando así la aplicación de la ley - que se considera inconstitucional-.

Sin embargo, esto no significa que, cuando el recurso extraordinario se contemplaba como un medio de oposición que afectaba exclusivamente a las partes, fuera inconcebible la posibilidad de investigar y analizar hechos ajenos al litigio. *La necesidad de ampliar el significado del hecho litigioso para convertirlo en un “hecho general” surge cuando el recurso extraordinario se convierte en un instrumento que abre paso al establecimiento de precedentes constitucionales*, destinados a orientar la vida en sociedad y a regular la solución de casos concretos. Solo entonces el caso constitucional comienza a requerir la investigación de hechos que conciernen a todos, y por lo tanto, los pronósticos y hechos legislativos.

Desde el momento en que queda claro que el control de constitucionalidad no puede realizarse sin la consideración de los hechos y que la interpretación constitucional depende de la realidad, constituyendo un método capaz de desarrollar la Constitución, resulta imposible insistir en la idea, sostenida por el juez Celso de Mello, de que “la inconstitucionalidad debe surgir directamente del texto de la norma estatal impugnada” ⁸. El control de constitucionalidad nunca puede dejar de lado los hechos y las pruebas, tanto si estamos ante un control directo como ante un control incidental⁹. Es más: hoy en día, el control incidental permite demostrar la inconstitucionalidad no solo a partir de los hechos del litigio que se ofrece a resolver en el tribunal, sino también a partir de hechos que, aunque sean ajenos al conflicto de intereses que se va a decidir, son importantes para demostrar la necesidad de una determinada interpretación constitucional o la (in)constitucionalidad de la ley.

Sin embargo, es importante retener el punto: uno de los obstáculos para el ejercicio de la función del Tribunal Supremo, ya sea a través de acciones directas o a través de la repercusión general, radica en la falsa suposición de que los hechos no importan para el control de constitucionalidad y, por lo tanto, tampoco podrían ser considerados en la sede del recurso extraordinario.

2.2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO SE REFIERE A LAS NORMAS Y NO A LOS HECHOS

Los recursos extraordinarios, incluso cuando se colocan como un medio para favorecer la interpretación de la Constitución, pueden quedarse cortos para un Tribunal encargado de dar sentido a las normas constitucionales y desarrollar el derecho constitucional.