

LA PRUEBA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD*

THE PROOF OF UNCONSTITUTIONALITY

RENATO GUGLIANO HERANI**
Facultad Autónoma de Derecho de São Paulo
renato@advgh.com.br

RESUMEN: La presente ponencia se construye de acuerdo con la legislación y experiencias del sistema de control de constitucionalidad brasileño. Propone un modelo de explicación dogmática de la interrelación entre dos institutos tradicionales del derecho aparentemente antagonicos: la prueba y la (in)constitucionalidad, resultando en la sistematización de la prueba de inconstitucionalidad en el derecho procesal constitucional brasileño. El estudio parte del reconocimiento de un déficit de investigación en Brasil sobre la práctica de la racionalidad probatoria en el juicio de la decisión de (in)constitucionalidad de las leyes. La atención se centra en las cuestiones probatorias y de hecho en el contexto del Supremo Tribunal Federal en el ejercicio de la revisión de la constitucionalidad de ley. Este problema coloca en el epicentro de la argumentación jurídica la inconstitucionalidad y la prueba.

ABSTRACT: This thesis proposes to reduce the observations to the brazilian constitutional system in a model of dogmatic explanation of the interrelationship between two traditional institutions of law, apparently, antagonistic: the proof and the un constitutional. The result is the systematic of proof in the Brazilian right constitutional process. The study admits to have the investigative deficit in Brazil on the practice of evidential reasoning in making judgments of (un)constitutionality of laws. Which justifies asking about the ideas and trends related to a methodical approach to talk about the proof as one more element in the praxis of the decision about unconstitutionality of law in the context of Brazilian Constitutional Justice. The thesis intends to review a methodologically referred to this praxis. The investigative attention focuses on the factual issues and evidentiary issues in the context of Supreme Court, while exercising control of the constitutionality of laws. Addressing this problem is to place the significance at the epicenter of unconstitutionality and also the institute of proof, which are discussed in terms of their own legal and constitutional arguments. The displacement studies of the right to the proof in the strict procedural law to the constitutional land is a deficit constitutional issue in the doctrine, that, in this work, expected to challenge.

* Trabajo recibido el 14 de noviembre de 2014 y aprobado el 22 de abril de 2015.

** Profesor Titular del programa de posgrado *stricto sensu* en Derecho Constitucional en la Facultad Autónoma de Derecho de San Pablo (FADISP). Profesor asistente del programa de posgrado *lato sensu* en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de San Paulo (PUC/SP). Doctor y Maestro en Derecho del Estado por la PUC/SP. Exinvestigador del CAPES. Integrante del Consejo Consultivo de la Presidencia del Consejo Nacional de Justicia (CNJ). Abogado en San Pablo.

PALABRAS CLAVE: Prueba; inconstitucionalidad; justicia constitucional; control de constitucionalidad; argumentación jurídica; decisión.

KEY WORDS: Proof; unconstitutionality; constitutional justice; constitutionality control; legal arguments; decision.

1. SIGNIFICACIÓN DE LA PRUEBA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

1.1. Consideración inicial

El lector puede preguntarse: ¿la prueba y la inconstitucionalidad no son institutos antagónicos? La justificación para esta sospecha es el sentido propio de los institutos. Racionalidad probatoria presupone la evidencia de los hechos (*quaestio facti*). En cambio, inconstitucionalidad presupone una cuestión de derecho, porque es un sentido jurídico abstracto (*quaestio iuris*).

El problema de la evidencia empírica en el control de constitucionalidad concentrado no es nuevo en Brasil. El Supremo Tribunal Federal se ha pronunciado sobre “procedimiento probatorio de la acción directa de inconstitucionalidad”¹, porque practica la actividad probatoria para “la recopilación de datos objetivos”².

Desde hace mucho la doctrina nacional debate el activismo del Supremo Tribunal Federal en el control de la legitimidad constitucional de las leyes; pero, poco ha avanzado sobre la valoración de los hechos y prognosis legislativas en la jurisdicción constitucional concentrada³.

Este estudio se dirige hacia una sistematización del poder probatorio del Supremo Tribunal Federal –el más alto tribunal de la Justicia Constitucional en Brasil. Se apoya en una metódica⁴ lista al hablar de la prueba como un elemento en la justificación de (in)constitucionalidades.

Vamos a utilizar, como punto de partida, la aproximación de la prueba a la inconstitucionalidad. No es suficiente, a tal efecto, la observación técnico-jurídica de los cambios legislativos en el sistema jurídico brasileño, antes de eso, es necesaria una reflexión conceptual sobre la cuestión de la (in)constitucionalidad.

¹ Expresión extraída de la decisión de denegación de participación de especialistas en audiencia pública de la Min. Cármen Lúcia (Supremo Tribunal Federal, ADPF N° 101/DF, 24 de junio de 2006).

² Expresión utilizada en la decisión del Min. Luiz Fux para justificar la aprobación de dilación probatoria en recurso extraordinario (Supremo Tribunal Federal, RE N° 586.224/SP, 17 de abril de 2013).

³ MARTINS y MENDES (2009), p. 325.

⁴ El sentido en línea con Friedrich Müller de “métodos de interpretação” en vista de la “ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais”, véase MÜLLER (2008), p. 2.

Luego, pasará al estudio individualizado de los posibles significados de la prueba en el control concentrado de constitucionalidad a partir del *modus operandi* de la Justicia Constitucional brasileña.

1.2. *¿La inconstitucionalidad no se prueba?*

La pregunta acerca de la relación entre la inconstitucionalidad y la prueba cubre, en el fondo, la resistencia al concepto clásico de vicio internormativo listo para develarse o manifestarse por la lógica del vínculo intertextual con la Constitución, por mera operación formal-deductiva de premisas normativas. Operación en la que el discurso jurídico, propio del positivismo legalista, desafía solamente *quaestio iuris*, para la cual abstrae el texto y hace que sea indiferente a la racionalidad empírica, es decir, cualquier referencia a “factores o transpositivos extratextuales y los elementos normativos”⁵, los valores y la “naturaleza de las cosas”⁶ en la supuesta reconstrucción de lo que se pretendía, de manera consciente o no, el productor de la norma o del sentido objetivamente vinculado al texto. Y así lo hace porque “identifica la ciencia en una actitud reduccionista que piensa el lenguaje como una estructura textual autónoma, encontrando la significación dentro del propio sistema creado y olvidando las otras escenas importantes, tales como la producción social de sentidos que, en realidad, es anterior al propio sentido textual”⁷.

Esta mirada de soslayo es la base para preguntarse si la prueba no sería un factor determinante, y en qué medida, en la justificación de la inconstitucionalidad legislativa; es decir, es la razón para preguntarse: *¿no se prueba la inconstitucionalidad?*

No es una pregunta aleatoria, hay una preocupación plausible con el control social de la argumentación de la inconstitucionalidad, mejor, con las razones de la motivación de los jueces, abogados y todos los participantes de la jurisdicción constitucional. Con ella, se intenta desafiar la orientación vista, por ejemplo, en la decisión del Ministro Celso de Mello en la acción directa de inconstitucionalidad n. 1372/DF: “en acción directa, la inconstitucionalidad debe traslucir, directamente, del texto de la norma estatal cuestionada, no pudiendo, la prolación de ese juicio de desvalor, depender, para efecto del control normativo abstracto, ni

⁵ NEVES (1993), p. 30.

⁶ MÜLLER (2008), p. 118.

⁷ WARAT (1995), p. 15.

de previa indagación probatoria concerniente a materia de hecho ni tampoco del análisis de otras especies jurídicas infraconstitucionales, para, solo a partir de ese examen y en un desdoblamiento exegético ulterior, hacer efectivo, entonces, el reconocimiento de la ilegitimidad constitucional del acto cuestionado”.

Esta cita encubre una regla enviscada: dado el hecho de que la norma estatal es cuestionada en su legitimidad constitucional en el control abstracto, entonces debe ser la inconstitucionalidad traslúcida directamente de la norma estatal en confrontación con la Constitución. No depende, por lo tanto, de la investigación de los hechos probatorios. Regla que sintetiza el dogma de la no remisión a la realidad⁸.

Por eso la pregunta inicial, cuya respuesta está en tensión constante en este estudio. Por ninguna otra razón, sino por el argumento visto en algunas decisiones, contrario al dogma metodológico de no remisión a los hechos en el reconocimiento de la inconstitucionalidad. Hace mucho la doctrina extranjera ha superado tal dogma, y la brasileña solo ha señalado la superación. La Justicia Constitucional de Brasil no exime los “conocimientos específicos a hacer extravasarse a los límites del propio Derecho”⁹, como las “cuestiones sensibles, controversias en puntos de vista científicos, éticos y religiosos”¹⁰, el “análisis de los hechos legislativos”, para justificar la (in)constitucionalidad. El Min. Marco Aurelio señaló cuando de la apertura de los trabajos en la audiencia pública en ADPF 54/DF: “Acostumbro decir que, sin hecho, no hay juicio y aquel que personifica el Estado-Juez hay de enfrentarse con conjunto de elementos con el objeto de formar el respectivo convencimiento sobre la controversia. Buscamos, con esta Audiencia Pública, que se desdoblará de inicio en tres días, recopilar esos datos de convicción”.

Preocuparse por la prueba de inconstitucionalidad implica cuestionar la prueba desde el punto de vista de la argumentación constitucional. Es innegable que, “al contrario de los juspublicistas, la doctrina jusprocesalista hace mucho viene hablando del derecho a la prueba”¹¹, y los resultados son indispensables. Pero si la propuesta es estudiar la prueba de inconstitucionalidad, hay otro desafío: “des-

⁸ HERANI (2010), p. 240; TAVARES (2007), pp. 13-31.

⁹ Razón de aprobación de audiencia pública (Supremo Tribunal Federal, ADPF N° 54/DF, de 14 de abril de 2012).

¹⁰ Expresión extraída del acta de audiencia pública (Supremo Tribunal Federal, ADPF N° 54/DF, de 14 de abril de 2012).

¹¹ CANOTILHO (2008), p. 170.

plazar el derecho a la prueba del estricto campo jusprocesalístico para localizarlo en el terreno constitucional”¹².

Desde mediados del siglo pasado, han surgido metodologías preocupadas con el control material en la fiscalización de la inconstitucionalidad, en especial en el proceso¹³. No son raras las orientaciones opuestas a la “imposibilidad de volver a los hechos en el curso del proceso objetivo”¹⁴, para aceptar el concreto, aunque en el control concentrado¹⁵. En consecuencia, la superación de la “tesis de inadmisibilidad del ingreso de los hechos en el proceso objetivo aflora en el campo de la *producción de pruebas*”¹⁶. Es un lugar común, por lo tanto, aceptar la presencia de los hechos en la argumentación constitucional: “los *legislativ facts* deben ser tomados en consideración en el juicio de inconstitucionalidad, por lo menos en la medida en que la fijación de esos hechos se haga necesaria para la decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad”¹⁷.

Si los hechos influyen en la (in)constitucionalidad, y esta afirmación se involucra a los nuevos paradigmas metodológicos de interpretación constitucional, que ya no relegan la comunicación hecho/norma, entonces, es inevitable hablar de la prueba como una nueva categoría (o elemento operativo) de revisión judicial. Enlazar la inconstitucionalidad a la inserción de la intertextualidad en la historicidad, “como una forma de existencia humana inacabada”¹⁸ y en la facticidad social como complejo de contenidos materiales de la vida en sociedad en y para el Derecho y, con esto, traer el principio de la instrucción no es novedad en la doctrina. Sin embargo, incluso en Brasil, se resiente un análisis crítico del poder probatorio en control concentrado de constitucionalidad.

2. DIMENSIÓN FÁCTICA EN LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD

¿Por qué la prueba es pertinente a la inconstitucionalidad? La respuesta a esta pregunta depende del sentido de estos institutos. Por un lado, el principio de la supremacía constitucional, que emana de la propia Constitución, es un

¹² CANOTILHO (2008), p. 170.

¹³ Ver TAVARES (2005), p. 422; CANOTILHO (1993), p. 1030; BERNARDES (2004), p. 170.

¹⁴ TAVARES (2005), p. 395.

¹⁵ HERANI (2010), p. 241.

¹⁶ TAVARES (2005), p. 398.

¹⁷ CANOTILHO (1993), p. 1037.

¹⁸ MÜLLER (2009), p. 94.

imperativo que determina el efecto de invalidez/nulidad de la ley. Por otro, la función de la prueba “es establecer una determinación vinculante en relación con la cuestión concerniente a si existen los supuestos de hecho que conforman los tipos de sucesos o circunstancias que se han de constatar para la aplicación de la consecuencia jurídica”¹⁹; luego, el hecho es el objeto. Con eso, en primer plano, no justifican los criterios metodológicos para explicar el significado y la función de la prueba en el control de la (in)constitucionalidad de las leyes si no hay, condicionalmente, hechos o situaciones reales para ser probados. Así, el hecho es el nexo posible de unión entre estos institutos, y, con eso, apunta un problema aún muy tormentoso para el derecho procesal constitucional: “¿Las cuestiones de inconstitucionalidad son apenas y solo cuestiones de derecho o serán, simultáneamente, cuestiones de hecho y cuestiones de derecho? [...]. Esta cuestión [...] es una de las más complejas del derecho procesal constitucional, pues aún hoy no es líquido el sentido de la ‘cuestión de la inconstitucionalidad’, como cuestión de hecho y cuestión de derecho”²⁰.

Si la inconstitucionalidad es una cuestión de derecho, por supuesto, es enunciada sin la racionalidad probatoria. El juez la decide “sin depender de lo que es alegado por las partes, con base en su propio conocimiento del Derecho y de la ley, que tiene de lograr por sí (*jura novit curia*)”²¹. De forma abstracta e intemporal, es apto a afirmar o negar el vicio por deducción lógico-formal entre elementos constitutivamente jurídicos, representados en el contraste del texto constitucional con el legal.

Ya para quien defiende, y es aquí que nos colocamos, que la (in)constitucionalidad es una cuestión de hecho y simultáneamente de derecho, pues depende de la cognición de factores *extrajust*textuales, entonces la prueba debe estar en el contexto decisorio, según el juicio inferencial: “la hipótesis del hecho H *dada* la evidencia E”²².

La supresión de tal juicio produce efectos nefastos, pues la decisión será arbitraria, meramente intuitiva y anacrónica. Y eso solo causa el abismo entre el texto constitucional y la realidad normatizada. Es una situación que los efectos jurídico-sociológicos son graves y debilitan la legitimación de la decisión constitucional.

¹⁹ TILLERS (2007), pp. 383-414.

²⁰ CANOTILHO (1993), p. 1037.

²¹ LARENZ (1983), p. 370.

²² TILLERS (2007), pp. 383-414.

Así la búsqueda de sentidos posibles para la prueba de la inconstitucionalidad tiene en el *hecho*, antes de todo, el eslabón de conexión. Descubrir, pues, la dimensión fáctica de la inconstitucionalidad es tarea metodológica para la intersección con la prueba. Adelanto, por lo tanto, que la *inconstitucionalidad no es una cuestión meramente de hecho, tampoco es puramente de derecho*. Es la conclusión necesaria para la sistematización del papel de la prueba en Justicia Constitucional.

2.1. Caso jurídico(-concreto) de inconstitucionalidad

Todo control de (in)constitucionalidad es realizado en concreto, de algo concreto, para producir efectos concretos. No siempre es difuso, pues puede ser concentrado, pero es siempre concreto. Cuando juzga la inconstitucionalidad legislativa, aunque en control concentrado, el juez resuelve un caso práctico, que envuelve *hechos sociales e institucionales individuales y genéricos*. Tal afirmación contraría el dogma de la no remisión fáctica construida por la figura *kelseniana* del legislador negativo. Incluso cuando la decisión de (in)constitucionalidad no es aplicada a un caso individual intersubjetivo (pretensiones individuales subjetivas resistidas), como ocurre en el control concentrado, el conflicto internormativo es, por sí solo, un problema concreto y no abstracto. El caso de inconstitucionalidad, y eso vale para el control concentrado o difuso, es un problema jurídico-normativo concreto, pues es, en sí, algo descrito también por referencias factuales sobre dada región material implicada en el conflicto internormativo²³.

Todo caso de inconstitucionalidad tiene una intencionalidad problemática. “El caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un suceso problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de cómo resolverlo en términos jurídicos”²⁴; así, encierra una juridicidad expresa en la pregunta “dirigida a situaciones y relaciones en que se encuentra y en que traduce la vida social de los hombres unos entre sí, que se ve fundada y es guiada por la asunción de una obligación particular de sentido a realizar, o que se intenta ver cumplido en estas situaciones y relaciones”²⁵. Y es jurídico-normativo el proble-

²³ Esa expresión es prestada de cuando se refiere a derecho como sistema empírico: “o sistema jurídico é um sistema empírico, não sistema formal-lógico; é um sistema sobre uma região material”, véase VILANOVA (2005), p. 157.

²⁴ Ver ZAGREBELSKY (2008), p. 136; NEVES (1993), p. 162.

²⁵ NEVES (1993), p. 159.

ma, pues “el preguntar tiene una presuposición de juridicidad, es decir, porque el sentido porqué pregunta al objeto preguntado es un *sentido de derecho*”²⁶.

Ya lo *concreto* del caso de (in)constitucionalidad es la íntima e inseparable relación entre el derecho y la realidad. “En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso, se acude al derecho para interrogarlo y obtener de este una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a ese, en un procedimiento circular (el llamado ‘círculo interpretativo’) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas”²⁷.

El caso de inconstitucionalidad es decidido circularmente. La ley fija un modo *in concreto* de la conducta humana. En su relación con la Constitución, “[...] el texto es sólo una forma de notificación de un contenido que es mucho más antiguo que esta realización concreta”; “[...] el texto interpretado y aplicado es instrumental en relación con el problema o asunto a ser resuelto”; “[...] no sólo ‘comenzando con el texto la ley y que conduce al caso’, sino también ‘principia con el caso y que lleva al texto (o mejor: textos legales)’”, este último punto de vista es más importante para trabajo jurídico cotidiano”²⁸.

Por eso, la inconstitucionalidad no se resume al texto cuyo sentido se descifra; el texto es trabajado en el contexto de su concreta realización en la vida social (lleva en consideración su función de dictar conductas y los efectos incidentales en la actuación humana) delante de otro texto, el constitucional, también observado concretamente. *La desconformidad constitucional depende de la referencia a todo el ambiente cultural del conflicto intertextual*. No debe causar extrañeza, aunque el control sea concentrado, la ponderación de Zagrebelsky²⁹: “Cabe decir que, en general, el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y esta por referencia a aquel, pues no solo el caso debe orientarse por la norma, sino también la norma debe orientarse por el caso”.

La situación conflictiva no se resume a la confrontación entre textos legales, antes, es entre normas jurídicas, productos normativo-culturales históricamente

²⁶ *Idem*, p. 160.

²⁷ ZAGREBELSKY (2008), p. 134.

²⁸ BUSSE (2006), pp. 1-16.

²⁹ ZAGREBELSKY (2008), p. 132.

localizados³⁰, que cargan un presupuesto material; y el juicio de compatibilidad no lo descuida, lo toma en consideración argumentativa por todos los elementos empíricos que de él derivan. Sin la fijación y el reconocimiento de la situación histórico-social, no se tiene el caso de inconstitucionalidad. Luego, es indispensable la revisión de enunciados fácticos, contruidos por el discurso jurídico a partir de la investigación de la compleja práctica social subyacente al conflicto internormativo (dimensión concreta del caso jurídico). El hecho es elemento, en mayor o menor medida, pero siempre, al menos, co-constitutivo del caso de inconstitucionalidad, y donde hay hechos, hay prueba.

Con esas consideraciones, está justificada la vinculación de la prueba a la inconstitucionalidad, revelando, pues, un problema para el derecho constitucional. El paso siguiente es la sistematización de la prueba en el control concentrado de constitucionalidad brasileño.

3. SISTEMA DE PRUEBAS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La sistematización a seguir es construida a partir de la ambigüedad terminológica de la locución *prueba*. Incorpora sus diversas propiedades designativas captadas en el contexto del derecho procesal ordinario y, aquí, observadas en la práctica del poder de controlar la constitucionalidad legislativa. Así, el *modelo dogmático* propuesto se compone de: (a) *objeto de la prueba* en el caso de (in)constitucionalidad; (b) *medios de prueba* y (c) *producción de pruebas* de la inconstitucionalidad; (d) *valoración de las pruebas* por juez constitucional; (e) y *filtros principiológicos* del procedimiento probatorio. Cada una de esas acepciones de la prueba será expuesta a seguir en breves líneas para atender al objetivo del estudio.

4. OBJETO DE LA PRUEBA EN EL CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El *objeto de la prueba* es conocido a partir de la pregunta: *¿qué se debe probar?* La preocupación no es con *lo qué puede ser probado*, pero *lo qué se debe probar*, vale decir, el *hecho a probar*. El hecho es el parámetro objetivo de la prueba. No cualquier hecho, lo deducido selectivamente, cuya veracidad se persigue³¹, o sea,

³⁰ NEVES (1993), p. 149.

³¹ Ver CARNELUTTI (1994), p. 400; LARENZ (1993), p. 370; TARUFFO (2002), pp. 99-124; TOMÉ (2008), p. 155; IBÁÑEZ (2006), p. 24.

el hecho que condiciona la declaración del vicio de inconstitucionalidad. Luego, *objeto de la prueba es el hecho a probar del caso jurídico-concreto de inconstitucionalidad legislativa*.

No hay conflicto internormativo abstracto, o sea, textos normativos tomados en sí mismos, a punto de aislarse de las situaciones concretas de la relación jurídica relacionada: (a) a la formación de las normas, (b) a su incidencia y (c) a la conducta del legislador en el procedimiento de creación de los parámetros y del objeto de control de constitucionalidad. Siempre hay la *base empírica conflictiva* a ser considerada en la composición de las típicas razones de invalidez de la ley; y, por consiguiente, cada cual exige, para ser justificada, una estructura argumentativa³².

Los hechos que componen la base empírica conflictiva son relevantes, porque son cualificados como conformadores de las hipótesis del vicio. *La relevancia fáctica es condicionada, selectivamente, por lo que es constitucionalmente (in)aceptable*. Esa selección está relacionada, directamente, con la identificación de los tipos o manifestaciones de inconstitucionalidad posibles en un sistema constitucional dado. Esa tipología es la guía de los criterios seguros de relevancia de los enunciados fácticos en el juicio de constitucionalidad legislativa.

La doctrina desde hace mucho clasifica los tipos de inconstitucionalidad a partir de la *praxis*. Es corriente la distinción entre la formal y la material. Aquella es relativa a las reglas procedimentales y, por eso, para su configuración, no dispensa la conducta legislativa (*hecho individual político*) violadora de las normas del proceso legislativo. La inconstitucionalidad material está vinculada al producto normativo en sí, cuyo contenido está en conflicto con las prescripciones constitucionales o normas de fondo; también en ese tipo, los hechos pueden actuar de forma determinante. Hay también la inconstitucionalidad por acción y omisión legislativas, para las cuales la dimensión fáctica es indispensable; mientras aquella observa la conducta legislativa y el contenido normativo, esa toma en referencia la inactividad legislativa.

Cada tipo de inconstitucionalidad revela un *criterio de relevancia fáctica* y, por lo tanto, de delimitación del universo de casos jurídicos posibles. El enunciado relevante es aquel que integra el nexo causal de la consecuencia del vicio. La consecuencia nada más es la decretación judicial de los tipos posibles de vicio. Siguiendo tal orientación, hay que concordar: “[...] el objeto de prueba en el

³² GUASTINI (2005), p. 288.

proceso de control abstracto de constitucionalidad, son los hechos generadores de los vicios de inconstitucionalidad y que lo que constituye el tema a probar una vez que el vicio es formal o de procedimiento, es poder establecer en dónde se presentaron dichos vicios, si durante el trámite de formación de la ley o a través de hechos que fueron relevantes al tomar la decisión [...]”³³.

Así, el enunciado fáctico condicionante de la consecuencia del vicio (de inconstitucionalidad) debe atender a ciertos criterios de relevancia en el proceso en que se lo verifica. Esos criterios son *estándares de selectividad jurídica de los hechos en proceso constitucional*. Funcionan como vectores auxiliares en la identificación y selección del hecho relevante. Su uso delimita, en cada caso concreto, el objeto de la prueba. Por su identificación a partir de la *praxis* decisoria, una vez aprehendidos y científicamente descritos, pueden auxiliar en la selección de hechos relevantes. Son ellos: (a) *criterio del hecho de ley producida*; (b) *criterio del hecho de la producción irregular de ley*; (c) *criterio del hecho de omisión legislativa*; (d) *criterio del hecho de abuso de poder discrecional legislativo*.

4.1 Criterio del hecho de la ley producida

El criterio del hecho de ley producida delimita la relevancia fáctica en el conocimiento del objeto y parámetro de control.

En Brasil, objeto de control es *el comportamiento, comisivo u omisivo, de producción legislativa cuyo resultado —la ley— establece con la Constitución una relación directa de posible violación*. La existencia del objeto de control depende del examen fáctico de la ley a ser controlada, o sea, de la constatación del proceso legislativo concluido³⁴.

En el control de constitucionalidad brasileño, no son raros los desacuerdos fácticos tratándose de un objeto de control. Puede haber divergencia sobre si ocurre o no el hecho-de-producción-legislativa (*desacuerdo de hecho*). El desacuerdo puede estar no solamente en la duda del hecho, sino también en la valoración como objeto de control (*desacuerdo de valor*), con respecto o no a los criterios de normatividad y relación directa con la Constitución. En los dos casos, hay divergencia sobre la existencia del objeto de control, la diferencia es que, en el primero, el problema está en la ocurrencia o no del hecho y, en el segundo, a la valoración a él atribuida, o sea, al comportamiento legislativo practicado. Ejemplos

³³ FERRER (2010), p. 293.

³⁴ Supremo Tribunal Federal, ADIn N° 466/DF, de 3 de abril de 1991.

de desacuerdo de hecho: (a) *pregunta sobre la creación de la ley producida*, por falta de copia del texto legal³⁵; (b) *pregunta sobre la relación no directa de la ley con la Constitución*, por la omisión informativa sobre la existencia de ley interpuesta³⁶; (c) *pregunta sobre el cumplimiento o no del proceso de formación legislativa*, o sea, desacuerdo sobre la inidoneidad del objeto en control concentrado³⁷; (d) *pregunta sobre la revocación o no de la ley*: el debate fáctico no está en la producción y contenido en la ley controlada, sino en el hecho de su vigencia; o sea, si hubo la efectiva producción de otra ley que substituye aquella entonces indicada como objeto de control.

4.2. Criterio del hecho de producción irregular de la ley

La inconstitucionalidad formal, como una de las posibles causas de vulneración de la norma constitucional, es caso típico de infracción a la orden jurídica por defecto en el cumplimiento del proceso legislativo. Es rotulada, como tal, situaciones de violación a las “(meta)normas sobre la producción jurídica”³⁸ o “normas-parámetros”³⁹ del proceso legislativo⁴⁰. Luego, tiene en el regreso del proceso legislativo el camino de constatación del defecto formal que hace el texto normativo irregular. No hay en esa situación propiamente un conflicto internormativo –entre la ley y la Constitución–, sino por una alusión “metafórica”⁴¹. Hay la violación de normas constitucionales, sin duda, pero proveniente de la conducta contraria al proceso legislativo. “Lo que en el presente apartado se pretende demostrar es que la norma secundaria no es la que atenta contra la Constitución

³⁵ “Observo, preliminarmente, que não encontrei, nos autos, cópia da Lei n. 11.369, de 19.12.1990, que é modificada pela ora em apreciação liminar. Penso que tal omissão impede o julgamento do pedido”. Trecho del voto del Min. rel. Francisco Resek (Supremo Tribunal Federal, ADIn-MC N° 464/GO, de 25 de agosto de 2003). El no conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de copia de la ley fue determinado en otras decisiones del Supremo Tribunal Federal. Ver: ADIn N° 4.090/DF, decisión del Min. rel. Eros Grau, y ADIn-MC’s N° 89/MG y 88/MG.

³⁶ Ver: Supremo Tribunal Federal, ADIn N° 2.207/AL, 28 de agosto de 2000 (decisión del Min. rel. Celso de Mello); AI-AgR N° 656.624/GO, 23 marzo de 2003; AI-AgR N° 700.960/SC, de 2 de febrero de 2010; AI-AgR N° 794.759/SC, de 13 de abril de 2011.

³⁷ Supremo Tribunal Federal, ADIn N° 466/DF, 3 de abril de 1991.

³⁸ GUASTINI (2005), p. 277.

³⁹ RAMOS (2010), p. 49.

⁴⁰ Los dispositivos sobre la elaboración de las leyes se encuentran en los artículos 59-69 de la CF/88.

⁴¹ OCHOA (2003a), p. 57.

en los casos de un conflicto de orden formal. La norma no puede infringir el procedimiento, es el legislador quien ha desatendido un precepto constitucional en la elaboración de la ley ordinaria. Si la norma es declarada inconstitucional por el órgano competente es porque en su elaboración el procedimiento no fue debidamente cumplido, por lo que este es inconstitucional, no la norma. De modo que al declarar la inconstitucionalidad de la norma se elimina la eficacia de su procedimiento de creación, y el producto del mismo, la norma cuestionada, debe ser eliminada del orden”⁴².

Con eso, la inconstitucionalidad formal está condicionada al hecho de la creación de la ley. La “obediencia a las formalidades constitucionalmente impuestas solo se podrá revelar a partir del análisis de las condiciones concretas a partir de las cuales surgió la ley inquinada de invalidez”⁴³. Por lo tanto, en el proceso judicial, hay que ocurrir la reconstrucción o relato de un específico hecho político-institucional.

La confirmación de ese hecho demanda tres operaciones distintas, pero indisolubles, vale decir, un silogismo normativo: (a) primero, *selección e interpretación de las normas constitucionales* que rigen el proceso de formación de la ley, determinando la proposición normativa relevante para el caso; esas disposiciones “expresan normas de conducta, aunque dirigidas a sujetos absolutamente particulares (sujetos como las Cámaras, investidos de competencias normativas)”⁴⁴; (b) segundo, es *identificación del hecho socio-político*, para confirmar si ocurrió el comportamiento legislativo tal como es relatado; se trata de la “verificación (empírica) de los procedimientos efectivamente seguidos en la producción de la ley, o sea, de la conducta mantenida por el ‘legislador’ (esto es, por el órgano legislativo), no legislar”⁴⁵; aquí se enuncia la conducta individualmente determinada de no correspondencia con lo normativamente prescrito; eventual desacuerdo fáctico se resuelve por evidencia⁴⁶; (c) tercero es *valoración jurídica del sucedido*: el juez valora, o mejor, atribuye sentido jurídico al hecho afirmado, para decidir

⁴² *Idem*, p. 64.

⁴³ TAVARES (2006), p. 185.

⁴⁴ GUASTINI (2005), p. 289.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Esa modalidad de control se distingue del control represivo por el momento en que actúa. Está relacionado al momento de formación del acto o comportamiento bajo control. Si anterior a la formación, el control es preventivo, si posterior, es represivo. En el caso de la ley, el parámetro de anterioridad y posterioridad es la sanción presidencial. El Supremo ya se pronunció, expresamente, por la inexistencia de “control

si es caso o no de infracción al proceso legislativo; o sea, si la condición prescrita en la proposición normativa fue correspondida o no.

Esas operaciones confirman que el vicio formal “requiere la comparación entre un cierto comportamiento (del ‘legislador’) y ciertas normas”⁴⁷, para eso demanda un discurso de aplicación-subsunción (silogismo normativo), por ser hipótesis de “no-subsunción del hecho a la norma constitucional”⁴⁸. Son seleccionados los *hechos individuales pasados* calificables en la hipótesis de violación de las normas constitutivas del proceso legislativo, según la norma aplicable.

No obstante, hay una situación paradójica. Porque la inconstitucionalidad formal lidia estrictamente con el conflicto entre la situación fáctica del comportamiento legislativo y la Constitución puede llevarnos a creer que eventuales desacuerdos de hecho ocurren con más frecuencia que los de valor. Así dice Marcelo Neves⁴⁹: la “cuestión de la inconstitucionalidad formal puede implicar no solo ‘desacuerdos significativos de valores’, sino especialmente ‘desacuerdos significativos de hechos’”.

Sin embargo, tal afirmación no se confirma en la práctica brasileña. No porque son improbables los desacuerdos de hecho, sino porque no se verifican con la frecuencia anunciada. Los datos revelan una inversión en la referida afirmación: *ocurren especialmente los desacuerdos significativos de valores y, con rareza, los desacuerdos significativos de hechos*. La práctica indica que el desacuerdo de hecho ocurre con frecuencia incomparablemente menor que el desacuerdo de valor en el control de constitucionalidad formal. Si de un lado es cierto que no hay, para tal vicio, específica confrontación (propiamente dicho) entre dos normas, sino entre el hecho (-de-producción-irregular-de-ley) y la Constitución, de otro, en general, las controversias son de valor, y no de hecho.

Para confirmar tal afirmación, proponemos una investigación a partir del banco de datos del Supremo Tribunal Federal. Investigamos las acciones directas de inconstitucionalidad juzgadas entre 05/10/1988 y 31/01/2011⁵⁰, y son 186 acciones, de entre 719 provenientes, aleatoriamente seleccionadas. De entre ellas,

preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro” (Supremo Tribunal Federal ADIn Nº 466/DF, 3 de abril de 1991, voto del Min. Celso de Mello).

⁴⁷ GUASTINI (2005), p. 289.

⁴⁸ TAVARES (2006), p. 138.

⁴⁹ NEVES (1988), p. 138.

⁵⁰ Datos de 2011, actualizados hasta 31.01. Fueron extraídos del Portal de Informaciones Gerenciales del STF.

identificamos las que reconocen la inconstitucionalidad formal, y estudiamos la causa con base en la argumentación del Supremo. Identificamos, en las razones, la existencia o no de desacuerdo de hecho. Buscamos demostrar en cuántos casos juzgados, de entre los analizados, hubo desacuerdo de hecho.

Acciones directas de inconstitucionalidad procedentes 05/10/1988 - 31/01/2011						
Casos analizados			Nº páginas decisión	Media por decisión		
	Nº	%				
179	formal	115	64,25%	1.956	17	
	material	64	35,75%	1.861	29	
Fuente da selección de las ADIns: sitio electrónico do STF						

El resultado demuestra la baja incidencia de las divergencias en materia de hecho. Es una evidencia que mucho dice sobre la prueba en el control de constitucionalidad. En sentido amplio, tiene la finalidad de dirimir problemas de cognición empírica. *Si hay baja demanda fáctica, diminuta es la exigencia de la actividad probatoria.* Es lo que se observó en los casos de inconstitucionalidad formal, cuando parecía ser diferente a considerarse que ese vicio se da entre el hecho de la producción irregular de la ley y la Constitución.

Por todo eso, el objeto de la prueba en un caso de inconstitucionalidad formal comprende todos los hechos de relevante verificación, sobre los cuales recae el juicio jurídico-normativo de desincumplimiento de los presupuestos y procedimientos relativos a la formación de la ley, y que, por eso, influyen en la declaración de la inconstitucionalidad.

4.3. Criterio del hecho de la omisión legislativa absoluta

La omisión legislativa es la inercia del legislador delante de algo sobre lo cual se tienen expectativas, o sea, la producción de leyes. La inactividad causa consecuencias. La interpretación por la cual se deduce el hecho-tipo de la omisión y las consecuencias de esa derivadas sigue reglas jurídicas, más precisamente las constitucionales. La omisión legislativa es más una evidencia de la imposibilidad de disociar la cuestión de hecho de la cuestión de derecho⁵¹.

⁵¹ LAGIER (2003), pp. 17-26.

Es del sistema constitucional que se extrae la cualidad de la expectativa de la conducta del legislador y lo que de ella sucede si no es realizada. Con la interpretación del texto constitucional, se identifica cuándo y lo que el legislador debe legislar. La conducta de omisión causa una laguna constitucional indeseable o el descumplimiento del deber constitucional de legislar. Por eso, la omisión legislativa para ser inconstitucional no basta el simple descumplimiento al deber general de legislar (expectativa frustrada), depende de conductas capaces de generar, jurídicamente, la violación a la “*exigencia constitucional de acción*”⁵². Eso implica decir, la norma constitucional violada no puede ser autoaplicable⁵³, pues debe haber un margen de libertad de conformación al Legislativo para alcanzar la plena eficacia. Por eso, “[la] omisión que interesa no es el evento naturalístico tipificado por el simple no hacer, sino la abstención en implementar satisfactoriamente determinadas providencias necesarias para tornar aplicable la norma constitucional. Luego, omisión genuinamente inconstitucional es aquella cuya fuente que cualifica como devenida y necesaria la actividad omitida está en la propia constitución”⁵⁴.

La expresión “evento naturalístico tipificado por el simple no hacer” es en referencia al hecho de no legislar, y es, por sí, insuficiente para caracterizar la omisión inconstitucional si no hay, constitucionalmente, la consecuencia para tal inacción. “El silencio transgresor, la inercia del legislador —es decir, la omisión inconstitucional—, no pueden ser concebidos desde un punto de vista puramente naturalístico”⁵⁵. La omisión inconstitucional no sintetiza un “hecho bruto”. “El comportamiento solo asume la cualificación de omisión en relación a una norma que impone a alguien el deber de actuar”⁵⁶; por eso, es, estructuralmente, un “hecho institucional”.

Si no se trata de cualquier inercia, pues hay que ser hecho de inacción jurídicamente calificada como ofensiva a la exigencia constitucional de legislar, hay que reconocer en la omisión inconstitucional un hecho verificable y constitucionalmente calificable. Luego, sin duda, hay una *quaestio facti* relevante a ser

⁵² CANOTILHO (2003), p. 1.033.

⁵³ Supremo Tribunal Federal, ADIn N° 296/DF, de 17 de octubre de 2000.

⁵⁴ BERNARDES (2004), p. 219.

⁵⁵ CLÈVE (2000), p. 324.

⁵⁶ *Idem*.

considerada: la inercia legislativa en dado tiempo y espacio –*hecho individual y pasado* jurídicamente calificable (*hecho jurígeno-jurídico*).

La inacción legislativa es, pues, un hecho y se la interpreta según las reglas constitucionales, pero precede de la selectiva reconstrucción concreta de la inercia inconstitucional. Esa operación exige la conjugación de *quaestio facti* (selectividad fáctica) y *quaestio juris* (calificación jurídico-normativa), porque no dispensa la investigación jurídico-normativa para determinar si la inercia, como hecho, es una prohibición constitucional derivada de la obligación de legislar. Por lo tanto, *la omisión legislativa es un criterio específico de relevancia jurídica, de selección de hechos enunciados en el proceso judicial para la justificación de la invalidez legislativa.*

4.4. Criterio del hecho de abuso del poder de legislar

La justificación de la inconstitucionalidad formal o por omisión absoluta opera en el contexto lógico de composición del silogismo judicial. A partir de la premisa mayor (normativo-constitucional), se realiza la inferencia cuya conclusión confirma, según el Derecho, el desencadenamiento o no de la consecuencia jurídica, a depender de la comprobación o no de la premisa menor, que es indicativa del comportamiento legislativo practicado subsumido al antecedente de la premisa normativa. Con efecto, tanto en la hipótesis de inconstitucionalidad por omisión absoluta, como en la formal, *se justifica la no subsunción de un hecho (empíricamente verificable) a la norma constitucional*, con la diferencia de que, en aquella connota un acto de comisión, en esa un acto de omisión. ¿Y cómo funciona la prueba en la inconstitucionalidad material?

Es punto común que la argumentación del vicio material puede tener características distintas de aquellas propias del formal o por omisión absoluta. No se trata de un discurso propio del “modelo de aplicación judicial del derecho”⁵⁷, cuya justificación es, predominantemente, interna. La justificación puede ser externa, para la cual es relevante preguntar por la adecuación o solidez constitucional de las premisas, en vista de la corrección jurídica, política, social y moral. *La prueba pasa a ser así un recurso utilizado en la justificación de las premisas fácticas de la decisión, con vistas al problemático test de adecuación y corrección de los predicados fácticos presupuestos por el legislador en la formulación del texto legislativo.*

⁵⁷ ZAGREBELSKY (2008), p. 131.

Hablar en prueba, en un contexto así, implica suponer la interferencia del Supremo en la “discrecionalidad epistémica de tipo empírico”⁵⁸ del legislador, o aún, el ablandamiento de la libertad de escoger en relación a la cognición de los hechos relevantes que resultan descritos en la norma infraconstitucional, lo que presupone, también, el manejo de aquellos incorporados en las normas constitucionales; en última instancia, supone el control de los hechos y prognosis legislativos relevantes al objeto y parámetro de control. Eso, sin duda, llama el intrincado problema del activismo judicial⁵⁹.

La prueba tiene, aquí, un papel de relevancia en la decisión de la inconstitucionalidad; y así debe ser, incluso para evitar error mayor: el arbitrio judicial en el control de los hechos legislativos por decisiones meramente intuitivas; algo que ocurre, muchas veces, en decisiones de control material de constitucionalidad de las leyes.

Por lo tanto, la propuesta de un *criterio del hecho de abuso del poder de legislar* es apenas el referente selectivo de predicados fáctico-empíricos de las normas constitucionales y los de la infraconstitucional objeto del test de la evidencia es determinante para la justificación de la inconstitucionalidad material.

La doctrina que distingue los casos fáciles de los difíciles⁶⁰ enfatiza la importancia metodológica de la justificación interna o deductiva en la solución de la (in)constitucionalidad: los difíciles en oposición a los fáciles, que se satisfacen con la justificación interna⁶¹. Para decidir ciertos casos, no es suficiente la corrección lógica del argumento, es preciso ir más allá de la “aplicación pura y simple del Derecho”; con el “trabajo interpretativo”⁶², “[...] se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal”⁶³, tampoco una racionalidad meramente deductiva, que resulte en la aplicación mecánica de la ley. Por ello, en esos casos, se adopta, en

⁵⁸ ALEXY (2008), p. 612.

⁵⁹ Es la idea de que “[...] la defensa de la Constitución no solo comporta una legislación negativa que le diga al legislador solamente aquello que no puede hacer, sino también que reclama una legislación positiva capaz de suplir, complementar o corregir al Parlamento en la tarea de hacer realidad el programa constitucional”, véase SANCHÍS (2000) pp. 161-195; como para criar “regras de direito material e regras *processuais* em seguida eles mesmos aplicam”, véase DIMOULIS y LUNARDI (2011), p. 244.

⁶⁰ Se habla en caso trágico (insoluble); a exigir un método de racionalidad jurídica, ver ATIENZA (1997), pp. 7-30.

⁶¹ ATIENZA (2007), p. 266.

⁶² ATIENZA (1997), pp. 7-30.

⁶³ ATIENZA (2007), p. 266.

la terminología de Klaus Günther⁶⁴, un discurso de fundamentación, formulado por criterios argumentativos que elucidan la validez de la norma por el examen de “circunstancias extralegales”⁶⁵ que rodean la legitimidad de la ley. Lo que está en cuestión es, justamente, la solidez o adecuación moral (corrección axiológica) o fáctica (corrección epistémica) de las premisas normativas.

Diferentemente ocurre en el discurso de aplicación. Se formula por criterios que sirven para indicar la adecuación de la norma a determinada situación real; por eso, es de justificación de la pertinencia de la aplicación de la norma general a determinado caso concreto. Es el discurso propio, como ya visto, de inconstitucionalidad formal o por omisión absoluta, pues reduce a la argumentación de hipótesis del comportamiento legislativo no subsumido al descrito en la norma constitucional. La Justicia Constitucional promueve, en esos casos, un control de aplicación del parámetro constitucional y de la conducta legislativa y no, propiamente, del producto legislativo criado o no, aunque el efecto práctico de la invalidez recaiga sobre la misma.

Cualquiera que sea el discurso en control de constitucionalidad legislativo, la argumentación enfrenta un conflicto entre contenidos normativos (antecedente fáctico o consecuencia jurídica), de la norma infraconstitucional y de la norma paramétrica constitucional. O sea, la justificación resuelve una contradicción deóntica de conductas ordenadas por reglas y principios. “Las conductas pueden diferir en el sentido en que reguladas, como cuando la misma conducta es prohibida y permitida, o bien, cuando fácticamente no es posible la realización simultánea de los actos o las acciones prescritas, entonces se presenta un problema de contradicción entre los contenidos de las normas que no permite, por razones lógicas, la satisfacción de ambas”⁶⁶.

No siempre la relación de inconstitucionalidad se reduce, analíticamente a la confrontación polarizada entre normas infraconstitucionales y constitucionales. Es posible la contradicción triangular, envolviendo normas constitucionales paramétricas⁶⁷. De un conflicto a otro, podrá variar, y es eso lo que se pretende

⁶⁴ GÜNTHER (1995), pp. 271-302.

⁶⁵ SCHEDLER (2005), pp. 65-94.

⁶⁶ OCHOA (2003b), pp. 927-950.

⁶⁷ Hay la posibilidad de que la parametricidad se componga de una pluralidad normativa en que la norma constitucional cuenta con la cooperación y auxilio comparativo de otras leyes, secundarias, en la verificación de la contradicción con la norma infraconstitucional, eso se consustancia en la idea de “parámetro subsidiario”, véase BERNARDES (2004), p. 149. Pero aun aquí el parámetro autónomo es singular.

demostrar, el modo de justificación del discurso de (in)validación legislativa; *en ese contexto, puede haber, dependiendo del uso argumentativo de la norma constitucional como regla o principio, la exigencia mayor o menor de razones a favor de premisas normativas, valorativas o fácticas; eso determina el grado de cognición empírica para formular las razones y, luego, la selección de hechos a examinar.*

Con base en la distinción conceptual de las reglas y principios, es posible observar el grado de facticidad, o sea, la mayor o menor exigencia de cognición fáctica y, por lo tanto, de valoración probatoria para la justificación de operaciones de subsunción genérica ocurridas en la solución de un conflicto entre la norma infraconstitucional y las normas constitucionales.

Pero, antes es preciso sostener un punto de apoyo. En el ámbito de esta investigación, adoptamos la distinción entre reglas y principios propuesta por Humberto Ávila⁶⁸: “Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y abrangencia, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que a ellas da soporte o en los principios que a ellas son axiológicamente suprayacentes, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos. Los principios son normas inmediatamente finalísticas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y de parcialidad, para cuya aplicación se demanda una valoración de la correlación entre el estado de cosas a ser promovido y los efectos provenientes de la conducta habida como necesaria a su promoción”.

A partir de esos conceptos, analizamos el grado de facticidad, o sea, la mayor o menor exigencia de cognición fáctica en la subsunción genérica delante de un conflicto entre la norma infraconstitucional y las reglas y los principios constitucionales.

4.5. Alta y baja referencia fáctica

La solución de un conflicto material entre regla constitucional y ley infraconstitucional depende de la valoración de la correspondencia entre el antecedente (fáctico) y el consecuente (jurídico) de esas normas y la finalidad que a ellos dan apoyo. Las reglas constitucionales, porque son inmediatamente descriptivas, cuentan con la determinación mayor de la conducta prescrita, o sea, estable-

⁶⁸ ÁVILA (2006), p. 96.

cen con intensa exactitud las obligaciones, permisiones y prohibiciones según ciertas finalidades, y así hacen por la descripción precisa de la conducta a ser adoptada. Las reglas son un “mandado definitivo”: “Como reglas exigen que sea hecho exactamente aquello que ellas ordenan, ellas tienen una determinación de la extensión de su contenido en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fallar delante de imposibilidades jurídicas y fácticas; pero, si eso no ocurre, entonces, vale definitivamente aquello que la regla prescribe”⁶⁹.

Por tener su contenido normativo establecido por límites fácticos y jurídicos más precisos y definitivos, la regla hace que el modo de justificación de desconformidad se presente más inmediato y menos exigente en las razones de identificación de la contradicción deóntica de la conducta prescrita. Luego, parece ser menor la exigencia argumentativa para justificar que la acción o conducta directamente prescrita por la regla constitucional no es correspondiente con aquella propia del objeto de control.

Es posible percibir eso, por ejemplo, en la decisión del Supremo sobre la regla del inciso II del artículo 37 de la CF/88, cuando juzgó inconstitucional el artículo 49, §2º, inciso II del CE/MT, que permitía la investidura en el cargo de Consejero del Tribunal de Cuentas sin aprobación previa en concurso público. La argumentación se limitó a la inmediata verificación del contenido literal de las normas en conflicto, y de pronto el Supremo dedujo que la ley controlada no atendió la regla constitucional de previa realización de concurso público⁷⁰.

En efecto, cuando se tiene una contradicción entre la regla constitucional y la ley, en general, “parece claro que la norma subordinada no debe ser aplicada, por su operatividad definitiva de carácter estricto; el enfrentamiento entre ambas es absoluto”⁷¹. Con eso, como ocurrió en el caso arriba mencionado, hay una justificación de *baja referencia a la facticidad*, que no iba más allá de la prueba de la existencia de la ley controlada. El examen de relevancia fáctica se realiza según

⁶⁹ ALEXY (2008), p. 104.

⁷⁰ “Verifica-se que estes dispositivos discrepam do modelo federal. A uma, de vez que, conferindo-se aos Conselheiros-Substitutos atividade normalmente exercida pelos auditores, previu-se o preenchimento dos cargos com dispensa do concurso público, contrariando-se, com isso, a jurisprudência sedimentada desta Corte, referida pelo Procurador-Geral da República. Desprezou-se a regra do inciso II do artigo 37 da Carta Federal” (Trecho do voto do Min. rel. Marco Aurélio), Supremo Tribunal Federal, ADIn Nº 184/MT, de 25 de junio de 2006.

⁷¹ OCHOA (2003a), p. 61.

los criterios de selección de los hechos a probar (de la ley producida o de la producción irregular de la ley⁷²), orientados por la regla constitucional paramétrica. Aquí, la actividad probatoria es mínima (copia de la ley), y la (in)constitucionalidad material puede ser reconocida con el apoyo en los cánones interpretativos (gramatical, axiológico, sistemático e histórico) por una operación lógico-deductiva.

Por lo tanto, en un conflicto internormativo en que la parametricidad es una regla, porque es inmediatamente descriptiva y con pretensión de decidibilidad de la conducta normada, el modo de fundamentación se da a partir de la correlación entre la obligación definitiva y la acción practicada por el legislador. En esa valoración, se busca, en general, *la subsunción del acto legislativo a la regla constitucional, o sea, el objeto de control debe ser el resultado de la satisfacción de la obligación constitucional con baja referencia fáctica y mayor precisión lógico-deductiva.*

Es diferente si el parámetro de control son los principios. Un caso de inconstitucionalidad en que el conflicto internormativo tiene en los principios constitucionales la parametricidad, dadas las características interpretativas de su uso argumentativo, diferentemente de la otra especie normativa, en regla, es solucionado con alta facticidad o referencia al concreto.

La parametricidad de un principio proviene de su condición especial de norma constitucional que es. Es lugar común reconocer tanto en la regla, como en los principios, “el mismo contenido de deber-ser”⁷³; ambos, porque son normativos, “pueden ser formulados por medio de las expresiones deónticas básicas del deber, de la permisón y de la prohibición”⁷⁴, por la fórmula: “Si se da un F cualquiera, entonces el sujeto S debe hacer o debe omitir, o aun puede hacer o puede omitir conducta C ante otro sujeto S”⁷⁵. Gustavo Zagrebelsky⁷⁶ no niega la normatividad de los principios, dice que “las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente principios”, de suerte que “solamente los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, o sea, ‘constitutivo’ de la orden jurídica”, pero discuerda de que reglas y principios comparten la misma expresión deontológica⁷⁷.

⁷² Ese criterio solamente es utilizado en caso de inconstitucionalidad formal.

⁷³ ÁVILA (2006), p. 63.

⁷⁴ ALEXY (2008), p. 87.

⁷⁵ GRAU (2006), p. 163.

⁷⁶ ZAGREBELSKY (2008), p. 110.

⁷⁷ *Idem*, p. 118.

Zagrebelsky diferencia la expresión deóntica del principio, negando a este la fórmula patrón de la normatividad, por cualificar la estructura principiológica inepta para determinar de pronto las conductas que serán asumidas (lo que ocurre con las reglas). No se distancia de la percepción de Robert Alexy⁷⁸ de que las reglas “exigen que sea hecho exactamente aquello que ordenan, pues esas tienen una determinación de la extensión de su contenido en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”, y de Humberto Ávila⁷⁹ de que las reglas “describen objetos determinables”. La indeterminación de la descripción normativa en el ámbito fáctico y del jurídicamente posible es el punto de diferenciación de la expresión deóntica; pero eso no implica que, después de cumplida interpretación, cuando ya se tiene definida la conducta ideal a ser cumplida, no sea posible la “reenunçiação”⁸⁰ del texto normativo argumentado bajo la forma de principio, según la fórmula deóntica patrón de la normatividad.

La indeterminación *a priori* del ámbito fáctico y de las posibilidades jurídicas inherentes a los principios apuntan, y aquí la doctrina no diverge, un significado lingüístico-deóntico de imposición del deber inmediato de atender a los “criterios para tomar posición ante las situaciones concretas”⁸¹, valorados por el derecho, o al “estado ideal de cosas a ser promovido”⁸²; solo con el cumplimiento de ese *deber-(ser)* es que se alcanza la “conducta necesaria” en determinada situación concreta para la satisfacción de la finalidad del principio. Por eso, los principios constitucionales son, en un caso de inconstitucionalidad legislativa, inmediatamente finalísticos, porque establecen un fin a ser atingido por la producción legislativa en el momento de su aplicación. La ley objeto de control, en sí, debe ser la realización de la finalidad seguida por el principio constitucional; si no lo es, entonces la inconstitucionalidad es la consecuencia, por haber la conducta descrita definitiva (si es una regla) o el deber inmediato de promoción de un estado ideal de cosas (si es un principio) que contraría la finalidad constitucional contemplada en la norma parámetro. Por medio de ella, sea por su aplicación o complementariedad, el fin constitucional debe ser promovido.

⁷⁸ ALEXY (2008), p. 104.

⁷⁹ ÁVILA (2006), p. 83.

⁸⁰ GRAU (2006), p. 183.

⁸¹ ZAGREBELSKY (2008), p. 110.

⁸² ÁVILA (2006), p. 83.

Robert Alexy⁸³ define los principios como “mandamentos de optimización”, o sea, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes”. No se distancia de la idea de que los principios describen, inmediatamente, conductas-a-ser-en-determinadas. Con todo, Humberto Ávila⁸⁴ (2006, p. 62) discuerda de ese criterio no porque lo niegue absolutamente; la excepción está en la imprecisión, al menos tomando como base el sistema brasileño, de cualificar el contenido principiológico como un comando que deba ser aplicado en la máxima medida. Ávila analiza el proceso de argumentación aplicado en casos decididos por el Supremo para contradecir la cualificación absoluta de la máxima medida de los principios. Entiende que es más seguro y constante el criterio de distinción que desplaza de la morfología estructural normativa del principio para el modo como se da la justificación argumentativa, o sea, la construcción semántica en la fundamentación del principio delante del caso concreto; para el jurista, “el cualificativo de principio o de regla depende del uso argumentativo, y no de la estructura hipotética”⁸⁵; o sea, la distinción se da en el instante de la interpretación/aplicación cuando culmina en la definición significativa de la norma.

Ese es un punto de vista diverso de aquel de Robert Alexy, pero ambos no se distancian de la certeza de que los principios, diferentemente de las reglas, “solamente establecen fines normativamente relevantes, cuya concretización depende más intensamente de un acto institucional de aplicación que deberá encontrar el comportamiento necesario a la promoción del fin”⁸⁶. Y solo los satisfacen “en grados variados y por el hecho de que la medida devenida de su satisfacción no depende apenas de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”⁸⁷, diversamente de la regla que describe conducta inmediatamente determinada. Los principios no describen “objetos determinables”, sino “un estado ideal de cosas a ser promovido”⁸⁸, cuya determinación se da en el momento de su aplicación.

Llegamos al punto crucial para la identificación del papel de la prueba en los casos de (in)constitucionalidad legislativa. *Saber si la ley realiza o no los fines*

⁸³ ALEXY (2008), p. 90.

⁸⁴ ÁVILA (2006), p. 62.

⁸⁵ *Idem*, p. 43.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁷ ALEXY (2008), p. 91.

⁸⁸ ÁVILA (2006), p. 83.

*de los principios constitucionales es una acción de que depende un modo específico de la justificación argumentativa: “valoración de la correlación positiva entre los efectos de la conducta adoptada y el estado de cosas que debe ser promovido”*⁸⁹; esa validación no se da en un plan abstracto, distante de la “realidad iluminada”⁹⁰ por el principio constitucional. El producto legislativo debe ser evaluado en correlación con la realidad, que “aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de ‘tomadas de posición’ jurídica conforme con este”⁹¹. La solución del conflicto internormativo depende de que el significado del principio constitucional conflictuado se construya en los casos concretos determinados por el ámbito fáctico correlacionado no solo con ese, sino también con la ley controlada. Solamente tal examen permite saber si la conducta legal adoptada constituye medio por lo cual hay o no la realización del fin perseguido por el parámetro constitucional principiológico. Luego, la subsunción/aplicación no proporciona los criterios metodológicos adecuados para la resolución del conflicto constitucional, y, con eso, surgen otras técnicas, como la ponderación (proporcionalidad) y la metódica estructurante.

En el caso en que el Supremo declaró inconstitucional la ley de pesaje de bombona de gas, la validación realizada buscó la correlación positiva entre la conducta legislativa adoptada (deber de pesaje de bombonas de gas) y el estado de cosa ideal perseguido por el principio de defensa del consumidor⁹², llegando a una conclusión negativa, o sea, la realidad iluminada por ese principio circunscrita al concreto envolviendo la sistemática de pesaje de la bombona de gas (caso concreto) no constituye la satisfacción del estado ideal de protección del consumidor, de un punto de vista del Supremo.

Ese ejemplo demuestra que, si de un lado no se determina el estado ideal perseguido por el principio sin la referencia a la realidad valorada, de otro, *el principio constitucional paramétrico es decisivo en la selección de los hechos que deben ser evidenciados (hecho-a-probar) para la correlación de efecto positivo o negativo*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ ZAGREBELSKY (2008), p. 118.

⁹¹ *Idem.*

⁹² Hay trecho emblemático del voto del Min. Cezar Peluso al respecto: “Mas a objeção parece exatamente uma questão de fato, a de que a medida exigida pela lei, para efeito de tutela do consumidor, não atinge o seu objetivo, por ser impraticável do ponto de vista prático. E aí se faz referência a manifestação do INMETRO, ou de instituto semelhante. Então seria importante ler o que o INMETRO, um órgão técnico, diz a esse respeito, pois me parece inútil a medida tomada pela lei, porque ela é impraticável”.

entre la conducta adoptada por el legislador y el estado ideal de la cosa perseguida por el principio. Para concluir por la inadecuación legislativa, el Supremo ejerció un juicio de evidencia para confirmar, con base en la prueba documental (parecer del INMETRO), que la medición y las circunstancias reales del caso apenas protegerían al consumidor, cómo entonces podrían causarle perjuicios. La determinación de los hechos relevantes o pertinentes se dio a partir de los principios paramétricos (el de defensa del consumidor y de la libre iniciativa).

Con esas observaciones, lo que se pretende es evidenciar un efecto intrínseco a los principios que, directamente, contribuye para la construcción de un sentido de la prueba-de-inconstitucionalidad de las leyes, cual sea, *el de ser determinante en la comprensión y selección del hecho a probar.*

Con relación a la prueba de la inconstitucionalidad, pero haciendo referencia al papel determinante de los principios en el examen de pertinencia fáctica, Humberto Ávila⁹³ habla en “eficacia externa” que toda norma jurídica posee, y el principio no es diferente, en la “comprensión de los propios hechos y pruebas”: “En ese punto, entra en escena la noción de *eficacia externa*: las normas jurídicas son decisivas para la interpretación de los propios hechos. No se interpreta la norma y después el hecho, sino el hecho de acuerdo con la norma y la norma de acuerdo con el hecho, simultáneamente. Lo más importante aquí es resaltar la eficacia externa que los principios tienen: como ellos establecen indirectamente un valor por el establecimiento de un estado ideal de cosas a ser buscado, indirectamente ellos proporcionan un parámetro para el examen de la pertinencia y de la valoración. Por ejemplo, el principio de la seguridad jurídica establece un ideal de previsibilidad de la actuación estatal, mensurabilidad de las obligaciones, continuidad y estabilidad de las relaciones entre el Poder Público y el ciudadano”.

En el caso en que el principio es el parámetro de control, la interpretación actúa, también, en la selección de los hechos que favorecen o no al estado ideal perseguido, a partir del caso concreto. Por ejemplo, si el principio federativo protege la cooperación, coordinación y solidaridad entre los entes federativos (estado ideal), el intérprete no puede ignorar los hechos que demuestren el perjuicio (económico, social, etc.) que un Estado-miembro sufrió en razón de la edición de una ley por otro Estado que promueva una desordenación federativa. La selección fáctica es realizada tomando en referencia los parámetros

⁹³ ÁVILA (2006), p. 99.

axiológicos ofrecidos por los principios constitucionales para la determinación de la relevancia de los hechos, a partir de los cuales puede identificar el estado ideal que se pretende con los principios paramétricos. “Pertinente será o evento cuja representação factual seja necessária à identificação de um bem jurídico protegido por um princípio constitucional”⁹⁴; el soporte fáctico descrito en la ley controlada debe guardar correlación positiva con esa representación factual pertinente al bien jurídico protegido para no ser inconstitucional. Hay, pues, un *procedimiento retrooperativo*, o sea, de los hechos a los principios, por una *relectura axiológica del material fáctico*, para la fijación de los hechos pertinentes; y, después, es necesario un *examen de evidencia* para confirmar si los relevantes guardan correlación positiva con la ley controlada.

Ejemplo de eficacia de los principios en el examen de relevancia del substrato fáctico a ser valorado como “estado ideal de cosa a ser buscado”⁹⁵ (a indicar, pues, el criterio del *hecho del abuso del poder de legislar* en la identificación del *hecho a probar*, es la igualdad en cuanto principio.

El principio de la igualdad refleja “un estado igualitario como fin a ser promovido”⁹⁶, para tanto delimita, selectivamente, la realidad a ser valorada. El juez constitucional puede llamar al conocimiento y a la instrucción de hechos seleccionados del contexto social, relevantes al problema jurídico subyacente al conflicto internormativo. La justificación de la decisión en que se interpreta el principio que apunta para un ideal de igualdad, por sí solo, ya llama el hecho y, por consiguiente, el poder probatorio de una forma especial, pues tiene diferencias en relación a los casos en que el principio de la igualdad es el parámetro de control violado. Aquí el hecho y la prueba actúan en la formulación de las razones de la decisión de los conflictos constitucionales no sobre la aplicación, sino sobre la *creación del derecho*. Ese conflicto exige, para su solución, un discurso de (in)validez de la ley, pues es creada sin promover el estado de igualdad.

El principio de igualdad es considerado bajo un doble aspecto: (a) igualdad en la ley; (b) e igualdad ante la ley. La igualdad en la ley es una imposición al legislador, que, en su formación, no podrá incluir factores de discriminación, responsables por la ruptura de la orden de igualdad. El segundo aspecto, presupone la ley ya creada y así traduce la imposición a los demás Poderes estatales,

⁹⁴ *Idem*, p. 100.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 137.

que, en la aplicación de la norma legal, no podrá subordinarla a criterios que dan oportunidad de un tratamiento selectivo o discriminatorio⁹⁷.

Sin duda, hay un deber a ser observado en la creación de la ley, y determina que “todos sean tratados de forma igual por el legislador”⁹⁸, lo que significa que: “el legislador tiene la obligación de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, en caso de existir, carecen de relevancia, así como de no atribuir consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados”⁹⁹.

La desigualdad fáctica debe fundarse en razones jurídicas y empíricas suficientes para justificar el tratamiento fáctico desigual¹⁰⁰. En el examen de corrección de la ley creada a la luz de la adecuada aplicación de la igualdad, el juez constitucional debe recordar que la “aplicación de la igualdad depende de un *criterio diferenciador* y de un *fin* a ser alcanzado”¹⁰¹. La sustentación de esa premisa exige un esfuerzo argumentativo fundado en hechos. La dificultad está, justamente, en saber cómo la Justicia Constitucional prueba situaciones de igualdad o desigualdad de hechos que autorizan, o no, el tratamiento jurídico igual o desigual delante del fin a ser alcanzado, para, entonces, detectar y cohibir las arbitrariedades legislativas sin que caracterice la intervención constitucional a la discrecionalidad legislativa, en sí, arbitraria.

Es aquí que el poder probatorio del Supremo identifica y valora los elementos fácticos para demostrar que la situación real se funda o no, en razones legislativas suficientes o adecuadas para sostener la diferencia jurídica de tratamiento agregada a una finalidad. Eso para que las razones de la (in)constitucionalidad no descuiden que la discriminación en la ley sea la adecuada idea de que todos son iguales o diferentes de acuerdo con el mismo criterio, a luz de la finalidad adoptada.

La doctrina italiana identifica bien el papel central del hecho en los casos de (in)constitucionalidad legislativa cuyo foco está en el examen del cumplimiento de la igualdad constitucional: “Una de las más claras es la que se produce cuando

⁹⁷ Ver: voto del Min. Celso de Mello, en Supremo Tribunal Federal, MI N° 58/DF, 14 de diciembre de 1990.

⁹⁸ ALEXI (2008), p. 396.

⁹⁹ VALLE (2006), pp. 183-196.

¹⁰⁰ DIMOULIS y LUNARDI (2011), p. 235.

¹⁰¹ ÁVILA (2006), p. 138.

la razonabilidad de una diferenciación legislativa depende de la existencia de una desigualdad de hecho, verificable concretamente entre dos situaciones, desigualdad que justifica precisamente la diferenciación (o que convierte en inconstitucional el eventual tratamiento paritario); o bien, en el supuesto contrario, en el que la inexistencia de dicha desigualdad convierte en irrazonable la frustrada discriminación de situaciones diferenciadas (o que convierte en razonable el tratamiento indiferenciado). En efecto, el juicio sobre la razonabilidad, tal y como ha sido realizado por la jurisprudencia de la Corte, se resuelve a menudo en juicio sobre los hechos que se efectúa comúnmente sobre la base de la transcendencia de las situaciones a las que se refiere la disciplina legislativa denunciada como inconstitucional, pero que en supuestos en nada excepcionales podría requerir perfectamente la realización de una instrucción”¹⁰².

La Justicia Constitucional tiene la obligación de revisar la igualdad en ley por el rigor en la observación del criterio de discriminación fáctica de acuerdo con la finalidad perseguida por la ley. No raramente practica el poder probatorio para resolver dudas o informaciones y datos sobre la adecuación y solidez de los hechos legislativos delante de los efectos concretos de las leyes. Solo la verificación de la verdad de la desigualdad de hecho sostiene la legitimidad constitucional de cualificar jurídicamente un supuesto fáctico de forma distinta y su correlación con el fin de igualdad perseguido.

El juicio de igualdad material correlaciona: “1) el trazo diferencial elegido como punto de apoyo de la desigualación que se pretende instaurar; y 2) la desigualdad de tratamiento sugerida en función del trazo o característica adoptada”¹⁰³. El examen de la adecuación de esa correlación coloca en suspensión el criterio discriminatorio del legislador, por ejemplo, “salud”, “inteligencia”, “clase socio-económica”, “factores biológico-científicos”, “educación”. El examen de la adecuación de ese criterio puede exigir la *prueba del criterio discriminatorio*. Con eso, habrá una valoración probatoria de los hechos relevantes de la diferenciación descrita en la norma controlada para observar si atiende al fin pretendido por la discriminación. El fundamento razonable de la distinción jurídica depende, en ese caso, de la correlación de la elección fáctica legislativa delante de los efectos concretos de la ley, lo que puede depender del resultado probatorio de la desigualdad fáctica que soporte la diferencia del tratamiento jurídico.

¹⁰² PIZORUSSO (2006), p. 253.

¹⁰³ TAVARES (2006), p. 511.

Es posible traer ejemplos de referencias argumentativas fácticas del Supremo Tribunal Federal en la concretización de la igualdad, demostrando la predisposición de interferir o ratificar la discrecionalidad legislativa a la suerte de la prueba de los hechos que determinaron la selección del criterio discriminatorio.

La doctrina constitucional distingue tres perspectivas de inconstitucionalidad por violación del principio de la igualdad material: (a) por la discriminación explícita; (b) por la discriminación implícita o indirecta; (c) por la discriminación positiva inconstitucional.

La *discriminación explícita* lidia con la ley que transluce manifiesta falta de correlación entre el trazo diferencial adoptado por el legislador como punto de apoyo de la desigualdad que se pretende y la desigualdad de tratamiento sugerida en función del trazo adoptado. Aquí están leyes que incorporan hechos legislativos y consecuencias jurídicas que, explícitamente, no atienden al fin pretendido: el estado de igualdad.

Es común para el Supremo trabajar cuestiones de ese orden en acciones directas que tratan, por ejemplo, de leyes de incentivos fiscales sin observar el principio de la impersonalidad. Un caso a ser recordado es la ADIn-MC 4.259/PB, en que se discutió la validez de la ley N° 8.736/2009 del Estado del Paraíba, que concedió incentivos fiscales por un programa de estímulo a los pilotos de automovilismo nacidos y vinculados a aquel Estado y a quien atendía ciertas condiciones legislativas¹⁰⁴. No obstante, las condiciones para beneficiarse del 75% de los valores destinados al programa, solo era posible su ingreso por un piloto paraibano; eso porque el beneficiado era quien obtuviese la mejor colocación en el campeonato realizado de la categoría de Stock Car V8 en 2008. Sin embargo, solamente un piloto participó (que, según constó del proceso, era amigo del exgobernador). Desde la creación de la ley, el piloto sería el único beneficiado por el incentivo concedido. Es un caso de violación explícita al principio de la igualdad material.

La *discriminación indirecta* está correlacionada a la teoría del impacto desproporcionado que nació en los Estados Unidos hacia 1970, utilizada para

¹⁰⁴ “Conforme o parágrafo único do art. 2º da lei combatida, fará jus ao incentivo o piloto paraibano que obteve a melhor colocação no último campeonato realizado da categoria, devendo ter participado, no mínimo, de 70% (setenta por cento) das etapas realizadas” (Trecho del voto del Min. rel. Ricardo Levandowski em, Supremo Tribunal Federal, ADIn-MC N° 4.259/PB, de 23 de junio de 2006). De entre las categorías de automovilismo seleccionadas estuvieron: Stock Car V8M, Stock Car Light, GT3 Brasil Championship, Pick Up Racing, Fórmula Truck, Copa Renault Clio, Mitsubishi Cup Nordeste, Campeonato de Rally 4x4 y Kart. Seguro de que el valor destinado a la Stock Car representaba 75% del total de los valores destinados al programa de incentivo.

impugnar medidas públicas o privadas aparentemente neutras, pero la aplicación inevitablemente desfavorece a un grupo vulnerable¹⁰⁵. Es perceptible, dentro de lo que interesa directamente a esa investigación, en las políticas gubernamentales de cuño legislativo, que, a pesar de no tener intención discriminatoria en su creación, su aplicación causa violación al principio de la igualdad material, en razón de los efectos concretos nocivos provenientes de la incidencia desproporcionada sobre ciertas categorías de personas o grupos estigmatizados¹⁰⁶.

En ese caso, la inconstitucionalidad legislativa es decidida a partir del “análisis del impacto de la medida sobre grupos estigmatizados”¹⁰⁷; o sea, del ejercicio de la prueba de los efectos concretos de la producción de la ley (*hechos consecencialistas*), confirmados por eventos vivenciados a partir de la ejecución de la ley (*hechos individuales pasados*), que confirmen el impacto desproporcionado o aun pronosticado. Con eso, la discriminación de cierto grupo vulnerable es el hecho a probar, que, si no probado, no hay inconstitucionalidad. Luego, el vicio de validez depende de la prueba del *hecho consecencialista* a tornar inconstitucional la ley creada.

Es un ejemplo de la aplicación de la teoría del impacto desproporcional la decisión en ADIn 1.946/DF. Aquí, fue cuestionada la inconstitucionalidad del artículo 14 de la EC n. 20/98, que establecía el límite máximo para el valor de los beneficios del régimen general de previdencia social de que trata el artículo 201 de la CF/88 de R\$ 1.200,00. El texto normativo en sí no trae cualquier contenido intencionalmente discriminatorio. Pero eso no impidió al Supremo examinar los efectos concretos de la ley, o sea, las consecuencias fácticas legislativas, que llevaron a la conclusión del impacto desproporcionado sobre las mujeres en acceso al mercado de trabajo: (a) la limitación del beneficio acarrearía la facilitación y el estímulo a la opción de mayor contratación de empleados masculinos, por el riesgo de soportar el pago de valor más allá del límite del beneficio a las gestantes; (b) la limitación de la oferta de salario a las mujeres, cualesquiera que sean sus aptitudes, los salarios no serían superiores al límite del beneficio, para no tener que responder por la diferencia. Delante de eso, el Supremo declaró la inconstitucionalidad de la ley.

¹⁰⁵ SARMENTO (2008), p. 69.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 69.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 70.

El caso revela la estrecha relación entre el hecho y el derecho en la determinación de la validez de la ley. El juez constitucional tiene la carga argumentativa no solo con relación a la verdad jurídica de los enunciados en conflicto, como a la verdad fáctica sobre los efectos concretos provenientes de la aplicación de los enunciados.

Discriminación positiva inconstitucional es la violación al principio de la igualdad material causada por la institucionalización de políticas de discriminación positiva que aparentemente sean destinadas a personas integrantes de grupos en situaciones desfavorables y que sean víctimas de discriminación y estigma social. Su reconocimiento se da por el control de constitucionalidad de las políticas de acción afirmativa.

Recientemente, esa cuestión tomó la atención del Supremo cuando juzgó la ADPF 186/DF, que discutió la constitucionalidad del sistema de reserva de vagas, con base en criterio étnico-racial, para acceso a la enseñanza superior. Por unanimidad, los Ministros reconocieron la validez de la política de acción afirmativa. Independiente del acierto de la decisión, el caso bien demuestra que, al enfrentar el mérito de la constitucionalidad de la iniciativa del Estado de garantizar la inclusión social por supuesto a la igualdad de grupos vulnerables, los argumentos de decisión componen razones formuladas a partir no solo de la interpretación de textos normativos, sino, sobre todo, de la cognición empírica. Por lo tanto, demanda el conocimiento controlado de la realidad subyacente al conflicto constitucional.

Por lo tanto, la Justicia Constitucional brasileña limita la discrecionalidad del legislador en la conformación del orden social por motivos ligados a la inadecuación de la igualdad fáctica por no probar la desigualdad descrita en la norma, o ratifica la selección legislativa en razón de la confirmación de la igualdad fáctica con la prueba de la adecuación de la desigualdad y la correlación con el fin del criterio de diferenciación.

5. MEDIOS DE PRUEBA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Donde hay investigación de hechos, hay medios de prueba, los cuales varían según la capacidad demostrativa. Valor demostrativo, intrínseco a todo modo de producción probatoria, dimensiona la fuerza o la potencialidad de actuar sobre la convicción del juzgador, conforme la capacidad de validar el enunciado fáctico.

Los medios probatorios en la jurisdicción constitucional comparados con los comúnmente usados en la jurisdicción común se diferencian: (a) en cuanto a la formalidad; (b) en cuanto al objeto; (c) en cuanto a la finalidad.

Los diplomas procesales y materiales de diversas ramas del proceso común traen, de manera abundante, reglas de fijación y limitación de los medios de prueba. Por ejemplo, el Código de Proceso Civil dicta los medios y los límites a los “moralmente legítimos” (art. 332). Trae, de forma no taxativa, algunos medios permitidos, tales como, “depoimento pessoal” (arts. 342 a 347), “confissão” (arts. 348 a 354), “exibição de documento ou coisa” (arts. 355 a 363), “prova documental” (arts. 364 a 399), “prova testemunhal” (arts. 400 a 419), “prova pericial” (arts. 420 a 439) e inspeção judicial (arts. 440 a 443)¹⁰⁸. El tratamiento legislativo dado a esos medios, propios del proceso común, proporciona la seguridad jurídica, en la medida en que orienta la racionalidad probatoria y, por consiguiente, elimina los riesgos de la arbitrariedad judicial en la averiguación de las cuestiones de hecho.

Diversamente, inexistente una clasificación legislativa de los medios de prueba de la jurisdicción constitucional. La Constitución nada trae a excepción del inc. LVI del art. 5º. Las leyes N°s. 9.868/99 y 9.882/99 prevén la actividad probatoria en el control concentrado, pero de manera sencilla si es comparado con los medios utilizados en el proceso común. La timidez legislativa dificulta la sistematización. Pero, no por eso, se hace inviable la identificación de los medios de prueba posibles.

El examen de los precedentes del Supremo Tribunal Federal posibilita la clarificación de las reglas del proceso constitucional, inclusive de naturaleza probatoria. Relevantes son las reglas procesales identificadas por la “interpretación del derecho jurisprudencial”¹⁰⁹, por eso son “normas de origen judicial”. Se trata de “autocreación”¹¹⁰ normativa del Supremo en razón de su *status* constitucional de guardián de la Constitución.

Todo eso para decir que la cognición de la estructura procesal constitucional no se agota en el conocimiento del derecho legislado. Las pocas leyes no dispensan la “dimensión empírica de la dogmática jurídica”¹¹¹, aquí trabajada desde el punto de vista de la “cognición del derecho positivo válido”¹¹², que “no se agota

¹⁰⁸ Hay, por ejemplo, medios de prueba también en otros textos legislativos propios de la jurisdicción común, como en la Consolidación de las Leyes del Trabajo y en el Código de Proceso Penal.

¹⁰⁹ NINO (2005), p. 292.

¹¹⁰ DIMOULIS y LUNARDI (2011), p. 244.

¹¹¹ ALEXY (2008), p. 34.

¹¹² *Idem.*

con la descripción del derecho en las leyes, pues incluye también la descripción y el pronóstico de la praxis jurisprudencial, o sea, no solo derecho legislado, sino también derecho jurisprudencial”¹¹³.

En cuanto al objeto, recuerdo que la jurisdicción común lidia con hechos jurídicos individuales pasados. Lo que debe ser probado en un proceso intersubjetivo es el hecho ocurrido (“Mario mató a Márcia”), para entonces buscar su correspondencia normativa (“Matar a alguien”). Ya en la jurisdicción constitucional la sistemática es otra. No se niega que también hay aquí el hecho como objeto de prueba, mientras, no en un discurso de aplicación de la ley, sino de legitimidad constitucional de la conducta legislativa y del resultado del ejercicio legislativo en la determinación de las hipótesis, prognosis y consecuencias fácticas de la ley creada. Por ser la decisión un acto de control de la constitucionalidad, el hecho-a-probar no se limita a los *hechos individuales*, también deben ser probados los *genéricos* y los *consecuencialistas*, especialmente en la (in)constitucionalidad material. Los medios que traen esas clases de hechos al proceso constitucional poseen *valor demostrativo o de averiguación* suficiente para actuar sobre la convicción del juez constitucional.

Por fin, en la jurisdicción ordinaria, las pruebas son utilizadas para el fin de convencimiento judicial sobre hechos enunciados en discurso de aplicación de derecho. Son hechos, pues, individuales, por eso, determinables por el tiempo y espacio. El medio de prueba es determinante para atender al interés de las partes en busca de la tutela jurisdiccional subjetiva.

Diferente es la finalidad del medio de prueba en la jurisdicción constitucional. Aquí, es analizada la “capacidad ‘de decir’ el Derecho en materia constitucional”¹¹⁴, que “[...] tiende a ser monopólica, esto es, a crear un sistema de control que a la larga intenta la última palabra en materia constitucional, y además, muchas veces es única”¹¹⁵.

El conflicto constitucional se limita, muchas veces, a la (in)constitucionalidad de las leyes, para la cual la argumentación decisoria condice con medios de prueba propios para un discurso no solo de aplicación, sino también de justificación, vale decir, de convencimiento del acierto o desacierto de la conducta y contenidos legislativos. Luego, el valor demostrativo trasciende a la capacidad

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ BELAUNDE (1999), pp. 121-155.

¹¹⁵ *Idem*.

de validación de la verdad procesal de hechos individuales pasados, también actúa sobre hechos legislativos atemporales (genéricos), aunque referidos a dado contexto social, y hechos futuros (consecuencias).

5.1. Medios típicos

La falta de un tratamiento legislativo harto dificulta la sistematización de los medios de prueba en la jurisdicción constitucional. Mientras, es un error la pura transposición de la tradicional sistematización de los medios de prueba de la jurisdicción común, pues hay medios inconciliables con la finalidad de la jurisdicción constitucional. Por eso, justifica el esfuerzo de una clasificación propia de la jurisdicción constitucional con base en el derecho positivo vigente y en la jurisprudencia constitucional brasileña.

La *prueba documental*: es usado en mayor escala en la argumentación de la inconstitucionalidad de las leyes. La prueba documental puede ser producida por iniciativa de los legitimados, como también por requisición del juez constitucional, en caso que la entienda necesaria para esclarecer cuestiones relevantes.

Hay, aquí, el problema de la fuerza probante entre documento público y privado. El sistema procesal común confiere al documento público, en regla, mayor autenticidad, con la presunción de los hechos ocurridos, lo que no sucede con el documento particular. En la jurisdicción constitucional, especialmente la concentrada, ese desequilibrio de la fuerza probatoria es mitigado. Las cuestiones en ella tratadas son de alta relevancia política y amplitud pública, en que es el acto público –la ley– el objeto de impugnación. No afectan las personas de forma individualizada (al menos directamente), pero afecta, en general, toda la comunidad o, cuando menos, cierto segmento social. No hay partes que defienden intereses individuales, aunque el efecto de la inconstitucionalidad pueda afectar las relaciones intersubjetivas, por eso es cierto defender la impersonalidad de la argumentación en control concentrado. No hay razones de defensa de intereses subjetivos, solo tesis acerca de la (in)constitucionalidad. Con eso, no puede ser una regla la atribución de mayor fuerza probatoria a los documentos apenas en consideración al sujeto que ha producido. Su valor probatorio se separa del sujeto productor para el contenido. Luego, el juez constitucional no está sujeto a la presunción de veracidad del documento público, pues se orienta por la máxima eficacia probatoria del documento; busca, por su contenido, el más cercano a la realidad.

La *prueba pericial* es compatible con el control de constitucionalidad, sobre todo en los casos de inconstitucionalidad material. Puede ser realizada en caso de necesidad de esclarecimiento de materia o circunstancia de hecho, para lo que el juez constitucional nombra una comisión de peritos. Hay que considerar las peculiaridades de la prueba pericial en el proceso objetivo, pues funciona de forma diferente de la pericia en el proceso común. Aquí el objeto de la prueba es determinado por la necesidad de informaciones técnicas y científicas a partir del caso concreto a ser solucionado; luego, actúa sobre el hecho jurídico antecedente al proceso judicial (*a priori*). Sin embargo, aunque preservando lo esencial de fuente de evidencia fáctica, la pericia en el proceso objetivo se distingue en razón del objeto y finalidad de la prueba. El objeto de la prueba en el proceso común es más restricto, es limitado a la cognición técnico-científica del hecho individual proveniente del caso concreto involucrado por los intereses intersubjetivos. Ya en la jurisdicción constitucional, la pericia es usada de modo diverso. El objeto no es identificado inmediatamente por el hecho individual, sino por el hecho genérico relevante en el análisis de la discrecionalidad legislativa, cuya constitucionalidad se verifica; o sea, hecho que no se identifica en el tiempo y espacio, pues es dotado de epistemología objetiva. Mientras, solo es posible su evidencia por la pericia de hechos individuales relevantes a la situación de aplicación *a posteriori*, como también de hechos consecuencialistas. Luego, en la jurisdicción común, la prueba pericial es restricta a los hechos inmediatamente individuales, pues el medio probatorio visa a la fundamentación del discurso de aplicación del derecho. Ya en la jurisdicción constitucional fundamenta el discurso de validez de la ley.

La *prueba testimonial técnica* no es practicada, en jurisdicción constitucional concentrada, apenas por la comisión de peritos, hay otras figuras legales, cuales sean, *amicus curiae*, personas con experiencia y autoridad en la materia fáctica a ser evidenciada y personas comunes. Los testimonios de *amicus curiae* valen para las personas jurídicas con experiencia y autoridad. A lo largo de los años, la práctica del *amicus curiae* en Brasil ha revelado la pluralidad participativa del proceso constitucional, un efecto –positivo es cierto– de modificación del procedimiento, pero de necesaria repercusión en el resultado en sí del conflicto constitucional. A pocos queda en evidencia que la actuación del *amicus curiae* en Brasil es un participante meramente retórico o influenciador. La primera revela una participación que no interfiere en la decisión en sí, apenas orienta al juez sobre el rumbo de la opinión pública, muchas veces ni siquiera es llevada a la decisión de forma explícita. La segunda indica la actuación más fuerte, es

capaz de contribuir directamente en la decisión. El testimonio es incorporado a la decisión¹¹⁶. En ese caso, el *amicus curiae* es “prueba-sujeto”, pues sus manifestaciones son incorporadas a las decisiones en la forma de razones probatorias, para suplir una laguna de conocimientos fácticos, vale decir, más allá de los límites del Derecho.

5.2. Medios atípicos

El juez no puede limitarse a los medios probatorios típicos, *su autonomía está limitada por el parámetro de la licitud y por su creatividad*. Es una evidencia que hace del proceso constitucional un canal abierto para el acceso a los datos, informaciones, en fin, a la realidad constitucional circunscrita al caso, y, con eso, hace de la decisión la convergencia de la pluralidad democrática, de la precisión científica, de la voluntad popular y de los objetivos colectivos.

En esa línea es la alusión de la Min. Ellen Gracie en la ADIn 2.139/DF: a los “canales formales e informales abiertos en el procesamiento del control concentrado de normas”, lo que también vale para el control difuso, para introducir en el proceso todo el arsenal fáctico necesario para convencer al juez sobre la realidad constitucional relevante en la discusión de la constitucionalidad. Sobre los “canales formales”, hace referencia a los medios típicamente previstos, tales como la prueba documental, cuando menciona “petición inicial, informaciones de las autoridades requeridas, manifestación de la AGU, parecer de la PGR, estudios de los *amici curiae*, memoriales”, “pericias” y la prueba oral, realizada en las “audiencias públicas y sustentaciones orales”. No explicita los “canales informales”, pero no faltan ejemplos, tales como, las redes sociales, los vehículos de comunicación de masa (programas de radio y televisión, editoriales, reportajes), debates públicos, manifestaciones populares¹¹⁷.

6. PRODUCCIÓN DE PRUEBAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

De la alegación del hecho hasta la afirmación del hecho probado en decisión judicial, transcurre un procedimiento racionalmente ordenado por enca-

¹¹⁶ Esa dicotomía puede ser evidenciada en la decisión de la ADPF 54/DF, cuando analizada la fuerza contributiva de las manifestaciones de los científicos y técnicos, y en relación a los religiosos. Estos integran el debate democrático pautado en la pluralidad de “razones”, pero no han influido en la decisión en sí.

¹¹⁷ Ver voto del Min. Luiz Fux, en Supremo Tribunal Federal, ADPF N° 187/DF, de 7 de febrero de 2007.

denamiento de argumentos. Es la *actividad o procedimiento probatorio*¹¹⁸, que se inicia con la enunciación del hecho, pasando por la construcción del enunciado probatorio y su implicación al enunciado fáctico, para inferir el hecho probado (acto de decidir sobre). Eso es la dinámica de la prueba.

La decisión en control de constitucionalidad que invoca hechos opera, en su justificación, enunciados fáctico-probatorios. Esa solo estará justificada si integra afirmaciones sustentadas por reglas normativas y lógicas suficientes para la comprobación de las premisas fácticas. La decisión judicial terminativa estará justificada si el contenido decisorio deriva de una base sólida no solo de premisas normativas, sino también fácticas racionalmente controladas. El procedimiento probatorio ofrece esa base, y se distingue a partir de la diferencia entre el acto de decidir sobre los hechos y el contenido decidido, que deberá integrar el contenido de la decisión judicial del caso concreto (norma individual)¹¹⁹.

El procedimiento probatorio tiene dos fases: (a) la producción práctica de la prueba; (b) y la valoración probatoria. Sin cumplirlas, no se justifica la decisión del hecho probado. Daniel González Lagier¹²⁰ bien observa esa distinción e identifica como se desarrolla cada una de las fases: “una primera fase consistiría en la práctica de las pruebas y, por tanto, en la obtención de información a partir de ellas, esto es, a partir de lo que dicen los testigos, los documentos, los peritos, etcétera. Una segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase. Esta segunda fase se correspondería, propiamente, con el razonamiento probatorio”.

El procedimiento probatorio se inicia con la construcción de premisas (*producción práctica de la prueba*) y termina con la conclusión (*valoración probatoria*), y así completa la *inferencia probatoria*. En la primera fase, es expuesta la premisa fáctica, o sea, la alegación del hecho a probar, cuando son producidas las informaciones (*medios de prueba*); en la segunda, existe la articulación entre los enunciados de la primera fase (la implicación entre los enunciados del hecho a probar y probatorio(s); de esa interconexión, después de valorada, se llega a la inferencia probatoria, cuando, entonces, el juez decide sobre el contenido fáctico en los límites del proceso.

¹¹⁸ CARNELUTTI (2002), p. 68.

¹¹⁹ BELTRÁN (2003), pp. 27-34.

¹²⁰ LAGIER (2003), p. 90.

Las fases de la *producción práctica de la prueba* y de su *valoración prueba* completan el estudio del procedimiento probatorio. En los casos de inconstitucionalidad, tal procedimiento es especial, pues es diverso de aquel sujeto a la evidencia de hechos que reciben la incidencia de las normas.

Los casos de (in)constitucionalidad legislativa en Brasil presentan un *esquema básico de la dinámica de la prueba*. La dimensión de ese estudio no permite el desarrollo de ese esquema, razón por la que aquí apenas indico las perspectivas de análisis: (a) *sincrónica*: capta el procedimiento probatorio abstraído del tiempo para enfocar los factores constitutivos en un momento dado; (a.i) perspectiva interna: identifica los elementos que componen la cadena probatoria y los signos del enunciado probatorio (proposición, indicación, justificación, admisión y actos de producción probatoria); (a.ii) perspectiva externa: expone la articulación de los elementos del procedimiento probatorio [$F_{al} \cdot (E_1 \cdot E_2 \cdot E_3 \dots E_n)$] $\longrightarrow F_j$; (b) *diacrónica*: el procedimiento recibe la influencia del criterio temporal, y puede ser observado como secuencia de conjunto sincrónico de actos probatorios en su dinamicidad extraprocedimental (o sea, evolutivo e histórico) o intraprocedimental (o sea, los elementos esenciales en relación dinámica entre sí).

La práctica de la jurisdicción constitucional trae a la evidencia que, incluso en los casos fáciles, en que se resuelve con la justificativa interna, existe el hecho a probar inevitable de la existencia de la ley o de la conducta legislativa impugnada. Eso indica la *inferencia probatoria mínima*, y de ella derivan tres máximas: no todo caso de (in)constitucionalidad exige ir más allá de la inferencia probatoria mínima; hay casos de (in)constitucionalidad que necesitan ir más allá; todo caso de (in)constitucionalidad exige la inferencia probatoria mínima.

No todo caso de inconstitucionalidad material se soluciona con reducida carga de argumentación fáctica. Los casos difíciles demandan mayor y especial esfuerzo argumentativo, marcado por la racionalidad de ponderación y finalística¹²¹. Envuelven controversias que denuncian la impotencia de la justificación interna deductiva para promover la solución; pues “se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal”¹²²; compone una justificación externa¹²³

¹²¹ ATIENZA (2004), pp. 9-22.

¹²² ATIENZA (2007), p. 266.

¹²³ *Ibidem*.

del discurso de fundamentación¹²⁴; para lo cual el enfoque es la solidez o adecuación de las premisas normativas a la moral (corrección axiológica) o al fáctico (corrección epistémica).

Ese tipo de justificación demanda una carga argumentativa mayor. Los sentidos normativos no son contruidos apenas con razones formales de validez, lo que ya torna insuficiente el argumento deductivo. La textura abierta de los textos constitucionales hace de las razones de solución de la controversia constitucional la referencia a lo real y a los valores vigentes.

Esa perspectiva trae para la decisión cadenas inferenciales probatorias no observadas en el silogismo normativo practicado en la inconstitucionalidad formal o por omisión absoluta. En esos casos, la inferencia se limita a la subsumción de la conducta legislativa a la prescripción constitucional. Se constata la conducta del legislador con respecto al proceso legislativo. Si esa constatación es verdadera o falsa, es indiferente para la validez de la norma individual que debe ser puesta¹²⁵, pues lo que importa es la constatación del hecho. “La condición estatuida en la norma jurídica general solamente se cumple por la constatación del tribunal”¹²⁶.

Mientras, en los casos de validez de la norma existe la constatación de hechos que confirman la corrección y la adecuación de la prescripción legislativa a las circunstancias sociales constitucionalmente reguladas. Con eso forman nuevas cadenas inferenciales probatorias, constituidas no para confirmar la correspondencia o no del comportamiento a las prescripciones generales, pero para confirmar la constitucionalidad de lo que es prescrito, y eso puede tornarse una directriz de lo que debe ser prescrito.

La práctica de las cadenas probatorias puede ser observada en los casos de (in) constitucionalidad legislativa a partir de la utilización de las modernas propuestas emancipatorias del silogismo normativo, de entre ellas los denominados postulados normativos específicos¹²⁷, y en boga en la jurisdicción constitucional brasileña: *proporcionalidad, razonabilidad e igualdad*.

¹²⁴ GÜNTHER (1995), pp. 271-302.

¹²⁵ KELSEN (1986), p. 310.

¹²⁶ *Idem*, p. 311.

¹²⁷ ÁVILA (2006), p. 137.

7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Los sistemas extremos –la prueba legal y el libre convencimiento absoluto– son inconciliables con el Estado Constitucional. El primero cercena la actuación de la Justicia Constitucional, impide la auto-regulación y la eficacia funcional; y el otro alimenta el ilimitado e irracional poder de revisión de los actos legislativos, y con eso hay el excesivo activismo político. Queda entonces el camino del medio, *el balanceo o dosificación del control de los actos legislativos*, y, por ello, se llega al sistema central de valoración probatoria, consagrado en el proceso intersubjetivo y ahora reflejado bajo la óptica de la jurisdicción constitucional –el sistema de la persuasión racional– o, en derecho comparado, “sana crítica” o “apreciação racional das provas”¹²⁸.

El sistema “sana crítica” no inhibe la libre apreciación judicial de la prueba, pero no es ilimitado o irracional. El “juzgador es libre para decidir según su convencimiento, pero no tiene libertad absoluta, debiendo atenerse al conjunto probatorio puesto en los autos”¹²⁹. Tiene, pues, “un *convencimiento racional y motivado a la luz de los autos*”¹³⁰. O sea: “El juez, en la apreciación de la prueba, es libre frente al legislador, por decisión de este, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional”¹³¹.

El criterio de la persuasión racional amplía la libertad de valoración probatoria, pero bajo el control de la argumentación racional. El juez relata hechos con base en la prueba del proceso, y no afirma el hecho probado sin motivar la decisión con razones suficientemente lógicas para garantizar la naturaleza cognoscible y evitar el arbitrio. El Supremo reafirma ese sistema en innúmeros precedentes¹³². No podría ser diferente, en ese particular, en la inconstitucionalidad legislativa.

¹²⁸ Ver CARRILLO (2010), pp. 241-254; FERRER (2010), pp. 287-326.

¹²⁹ TOMÉ (2008), p. 254.

¹³⁰ DINAMARCO (2005), p. 105.

¹³¹ IBÁÑEZ (2006), p. 37.

¹³² “Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova” (Supremo Tribunal Federal, RHC Nº 91.691/SP, 19 de febrero de 2008).

Pero son necesarias reformulaciones interpretativas para ser plenamente coherentes con la función de la Justicia Constitucional.

Con más vigor después de la creación de las leyes N^{os}. 9.868/99 y 9.882/99, el Supremo valora, en sus precedentes, la facticidad en el control concentrado y, por eso, es receptivo a la prueba. Nada más hace que adaptar la revisión de los actos legislativos a la pluralidad de intereses y a la capacidad técnica extrajurídica, lo que propicia el acceso a la información al juez constitucional y la participación pública en la construcción de las verdades constitucionales. De un lado, el Supremo reconoce su autoinsuficiencia para solucionar los conflictos constitucionales que envuelven conocimiento técnico-científico (como el biológico, en los casos sobre la pesquisa de células embrionarias y el aborto anencefálico¹³³, o el médico-farmacológico cuando se debate sobre la descriminalización del uso de sustancias estupefacientes¹³⁴). Admitió que ciertas cuestiones trascienden la limitada experiencia común del juez constitucional, y, por eso, demandan instrumentos de ampliación cognitiva, luego, de refuerzo argumentativo. En consecuencia, de otro lado, el Supremo no se autodescribe por la pasividad procesal de sus juzgadores, cuando *ex officio* designa la realización de audiencias públicas e invita personas de diversos segmentos de la sociedad a hablar, autoriza *amicus curiae*, anuncia la posibilidad de medios de pruebas informales. Parece no haber duda, tal como hoy se desarrolla el proceso objetivo, con los recursos legislativos ofrecidos, el Supremo lleva en serio la advertencia de Peter Häberle¹³⁵: “La pasividad procesal constitucional no es un aporte para la actualización de la Constitución; justamente provoca lo contrario”.

Todos los precedentes trabajados a lo largo de esa investigación autorizan para afirmar que el Supremo no opera el control concentrado según una pasividad probatoria. Al contrario, nunca en la historia del constitucionalismo brasileño ha habido tan gran posibilidad de selección y determinación del material e instrumentos probatorios. El sistema vigente converge para la certeza de que, “en los procesos constitucionales el juez debe gozar de la amplitud para valorar todas las pruebas desahogadas en el proceso, pero siguiendo las reglas de la sana crítica, por lo que debe argumentar debidamente su resolución, pues no hay que olvidar

¹³³ Respectivamente, Supremo Tribunal Federal, ADIn N^o 3.510/DF, de 29 de mayo de 2008, e ADPF N^o 54/DF, de 12 de abril de 2012.

¹³⁴ Ver voto Min. Luiz Fux, en Supremo Tribunal Federal, ADPF N^o 187, de 15 de junio de 2006.

¹³⁵ HÄBERLE (2004), pp. 15-40.

que la justificación de la existencia de los tribunales constitucionales se basa, primordialmente, en la adecuada y suficiente justificación de sus resoluciones”¹³⁶.

Practicar el *self-restraint* de forma irrestricta puede provocar la deslegitimación de la Justicia Constitucional por falta de judicialidad; ya la expansión incontrolable del activismo judicial puede generar la sofocación y la desconsideración de los demás Poderes. Negando los extremos, la doctrina constitucional, especialmente la norteamericana, elaboró la *autorregulación* o *automodulación* del poder de la Justicia Constitucional. Es una vía intermediaria entre el *judicial self-restraint* y el activismo contumaz. La adhesión a tal pensamiento es vista en Alemania, por ejemplo, en los estudios de Hans-Peter Schneider¹³⁷ sobre los *criterios y densidad de control*; en América Latina, en las consideraciones de Rubén Sánchez Gil¹³⁸ sobre la intensidad leve o estricta del control constitucional sobre el legislador en México; o, en Perú, por Cesar Landa Arroyo¹³⁹ en “Justicia Constitucional y *political questions*”.

La autorregulación es una forma de prepararse para la calibración de la intensidad o densidad del control de la constitucionalidad, conforme criterios racionales prácticos objetivamente controlables, por eso, transparentes y alcanzables. La automodulación es la dosificación del ejercicio de la revisión de los actos legislativos, y puede redundar en decisiones diversas, desde la (in)constitucionalidad hasta las variantes de las técnicas de decisión constitucional. O sea, el Tribunal Constitucional autocontrola el poder de intervención legislativa.

Lo que mueve tal doctrina no es la renuncia posible de la actuación de la Justicia Constitucional, sino la dosificación racional de la judicialidad en el trato de las cuestiones constitucionales, cuyo extremo, por ejemplo, está en los casos de “ámbitos más estrechos para la operación de una presunción de constitucionalidad de los actos del legislador si estos afectan a ciertos derechos fundamentales importantes para el sistema democrático”¹⁴⁰. Aparentemente, la autorregulación propone niveles de intensidad¹⁴¹ o densidad¹⁴² de control

¹³⁶ CARRILLO (2010), pp. 241-254.

¹³⁷ SCHNEIDER (1982), pp. 35-61.

¹³⁸ GIL (2010), pp. 583-606.

¹³⁹ LANDA (2000), pp. 173-204.

¹⁴⁰ GIL (2010), pp. 583-606.

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² SCHNEIDER (1982), pp. 35-61.

de constitucionalidad legislativa por argumentos funcionales, en nuestro caso, para fundamentar, en el proceso constitucional, el activismo o la limitación de las facultades de decisión. Reafirmamos así, con la dosificación racional de la judicialidad constitucional, la ductilidad del Derecho procesal constitucional: “El DPC necesita constituirse como un derecho de manifiesta ductilidad para estar en aptitud de adecuarse a las distintas expectativas emanadas del texto constitucional, y para que el órgano de garantía pueda regular por sí mismo la forma, el momento, el lugar y el grado de intensidad de su intervención institucional a fin de modular el impacto que sus decisiones producen en el sistema constitucional”¹⁴³.

La variación de intensidad o densidad del control judicial de la constitucionalidad se da por la dosificación de la carga argumentativa jurídica y fáctica. Esa es la distinción del sistema de persuasión racional de la Justicia Constitucional, porque dimensiona la producción/valoración probatoria al ritmo de la intensidad de control, según la naturaleza objetiva de la controversia constitucional y los compromisos argumentativos asumidos para llegar a una decisión.

Es innegable, en Brasil, no hay intensidad constante del poder de control de la constitucionalidad. No se puede afirmar que, en nuestros precedentes, existe la adopción exclusiva del *self-restraint* o del activismo contumaz. En ciertas decisiones, el Supremo no deja dudas de que se abstiene de imponer su propio criterio sobre ciertas cuestiones, por afirmar la zona exclusiva del legislador¹⁴⁴ y en otras es activo¹⁴⁵. Y cuando así lo hace no transluce una mera voluntad irracional, lo que redundaría en la irresponsable renuncia de su actuación, sino invoca razones constitucionales suficientes.

La autocontención o el activismo se realizan según los parámetros de constitucionalidad a ser concretizados y, por eso, para una perspectiva u otra, demanda menor o mayor carga de motivación que depende de los compromisos argumentativos en la decisión. En ciertos casos, de clara inconstitucionalidad, como delante de errores en el proceso legislativo o de reiteradas tentativas de producción de leyes inconstitucionales, el Supremo actúa con incisiva autoridad y con carga ar-

¹⁴³ REYES (2007), pp. 41-87.

¹⁴⁴ Ejemplo: el voto del Min. Cezar Peluso, em Supremo Tribunal Federal, ADPF N° 54/DF, de 12 de abril de 2012.

¹⁴⁵ Ejemplo: decisiones en casos como: Supremo Tribunal Federal, ADPF's N° 54/DF, de 12 de abril de 2012, y N° 132/RJ, 05 de mayo 2011.

gumentativa reducida; en otros el control es contenido, como cuando tiende a la preservación del espacio legislativo o mitiga los efectos de la inconstitucionalidad, pero, entretanto, practica una carga argumentativa elevada.

En general, como el juez solamente declara la inconstitucionalidad por argumentos que contraríen la presunción de la constitucionalidad, en regla, “siempre debe efectuar un intenso control constitucional”¹⁴⁶. De lo contrario, no construye argumentos procesales contrarios a tal presunción y, por consiguiente, no promueve el máximo alcance de las normas constitucionales. Pero no se trata de intensidad ciega y arbitraria, que lleva a la exorbitancia de la competencia jurisdiccional, sino racionalmente controlada y preocupada con la armonía y, sobre todo, la intercomunicación entre los demás Poderes Políticos.

La menor o mayor intensidad de control tiene por detrás el resguardo del campo exclusivo de actuación del Legislador. Con eso, tiende a la menor inclinación a los argumentos de inconstitucionalidad, lo que implica la reducción de datos o hechos a ser controlados y, por eso, valorados por el juez constitucional. Sin embargo, el grado de intensidad no es un problema de voluntad, sino de racional observación de la controversia constitucional, de los parámetros de control y de los efectos sociales provenientes de la decisión a ser tomada, o sea, de la “naturaleza objetiva de la cuestión levantada”¹⁴⁷.

La intensidad de control no es, necesariamente, proporcional a la carga argumentativa probatoria; o sea, si mayor el control, entonces mayor es la carga de valoración probatoria, y viceversa. Lo que dicta el ritmo es el compromiso argumentativo con la valoración jurídica o empírica y, con ella, la mayor o menor carga de motivación (formulación de razones) para que contraríe la presunción de la constitucionalidad. No solo exigida para reconocer el vicio, sino también para contener el control, como cuando existe la modulación de los efectos. La racionalidad probatoria –en mayor o menor carga de producción-valoración– fluctúa de acuerdo con la variación que el Supremo imprime en la intensidad de revisión legislativa, a depender, sobre todo, como lo ya dicho, de la controversia constitucional, de los parámetros de control, de los efectos sociales de la decisión a ser tomada y, por eso, de las razones jurídico-empíricas necesarias para justificar la decisión (compromisos argumentativos).

¹⁴⁶ Gil (2010), pp. 583-606.

¹⁴⁷ *Idem*.

Con eso, *la menor intensidad de control no implica, necesariamente, carga argumentativa probatoria reducida. El inverso también es verdadero, la mayor intensidad no implica, necesariamente, mayor carga argumentativa.*

8. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Hasta aquí es posible concluir que el poder probatorio del juez constitucional no es arbitrario o irracional, al contrario, es orientado por normas que gobiernan la actividad probatoria: reglas y principios.

Ahora nos dedicamos a los principios que orientan la prueba. Son *vectores valorativos que dirigen la normatividad del poder probatorio*. Actúan como hilo conductor de las reglas probatorias de la Justicia Constitucional, y así dan la unidad significativa al complejo de prácticas probatorias. El conjunto de esos principios identifica los filtros principiológicos, que posibilitan la comprensión de la estructura y organización de la prueba en la Justicia Constitucional. Por eso, son principios especiales.

8.1. Principio de la autorregulación constitucional en materia de prueba

El sentido de creación normativa, o mejor, de autorregulación del Supremo Tribunal Federal en materia de prueba está en la capacidad de ejercitar, al decidir un caso de inconstitucionalidad, la interpretación de la norma constitucional, por medio de la cual perpetúa y proyecta el orden constitucional. En ese caso, su decisión no es mera “operación cognitiva de normas (preexistentes)”¹⁴⁸, sino construcción de sentidos normativos a partir del Texto Constitucional. Por ser la fuente primera del derecho, entonces las decisiones que construyen el sentido constitucional son primeras fuentes normativas, y eso ocurre con las decisiones proferidas en la jurisdicción constitucional.

Se puede decir que “la jurisdicción constitucional crea Derecho, innovando el ordenamiento”¹⁴⁹. Así lo hace por la interpretación del juez constitucional sobre la forma como deben ser producidas las normas infraconstitucionales o los límites funcionales de los demás Poderes Políticos o aun la delimitación de la protección garantada por el derecho fundamental, y también sobre el perfeccionamiento de

¹⁴⁸ GUASTINI (2005), p. 220.

¹⁴⁹ LLORENTE (1988), pp. 9-51.

las reglas que disciplinan el proceso constitucional. El ejercicio de la jurisdicción constitucional clarifica y perfecciona las reglas del proceso constitucional, con eso “el Tribunal Constitucional desenvuelve creativamente el régimen jurídico del proceso constitucional”¹⁵⁰.

Reglas procesales constitucionales, cualificadas por la finalidad probatoria, son autocreadas por el Supremo Tribunal Federal, a partir no del dispositivo de las decisiones, sino de la fundamentación, con lo que estabiliza precedentes, acepta doctrinas y valora situaciones de la vida en sociedad. En la dialéctica procesal de eliminación de las normas infraconstitucionales contrarias a la Constitución, el Supremo promueve la concretización de los preceptos constitucionales y, al mismo tiempo, el perfeccionamiento de las propias reglas que disciplinan el proceso constitucional.

El activismo procesal del Supremo Tribunal Federal hace repercutir en la demarcación de su propia competencia enfrente de otros órganos constitucionales, como el Legislativo, en el cumplimiento de la “*función de garantía de la funcionalidad* del propio sistema de control de la constitucionalidad”¹⁵¹. Eso no ocurre apenas con el Supremo, es inherente a los Tribunales Constitucionales¹⁵², en razón del *status* constitucional de sus decisiones.

La capacidad de innovación en el sistema jurisdiccional de protección de la Constitución llevada a efecto por las decisiones del Supremo Tribunal Federal es diferente de la legislativa. La creación aquí “no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente”¹⁵³; pero vinculado no al sentido político legislativo, sino a textos legislativos y constitucionales preexistentes. No por eso el Supremo es mero ejecutor de decisiones legislativas. A partir de esas, produce la norma por la interpretación. Si de un lado no se niega que la “interpretación es, en un cierto sentido, producción de normas”¹⁵⁴, de otro, el mismo se afirma en el papel del Legislador en la construcción del proceso constitucional con la producción de texto normativo *ex novo*. La potencialidad de creación normativa del Supremo toma en interpretación las creaciones textuales del Legislativo.

¹⁵⁰ CANOTILHO (2003), p. 968.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² HÄBERLE (2004), pp. 153-176.

¹⁵³ LLORENTE (1988), pp. 9-51.

¹⁵⁴ GUASTINI (2005), p. 221.

8.2. Principio de la inferencia probatoria mínima

El *principio de la inferencia probatoria mínima* es una consecuencia de la imposibilidad del Supremo Tribunal Federal de actuar como un órgano de consulta (art. 102, I, “a” e III, “b”, da CF/88). Evidencia que, en cualquier caso de (in)constitucionalidad legislativa, hay un *hecho-a-probar* inevitable, cual sea, la *existencia de la ley* (o la conducta legislativa) impugnada, o sea, “aquí no estamos ante un juicio de compatibilidad lógico, sino de justificación de una cierta actuación pública”¹⁵⁵.

Lo que justifica el procedimiento probatorio es la certeza de que la ley es un hecho institucional. Verificar su existencia no depende apenas de valorar el significado o contenido normativo, también de formular juicio fáctico. En un caso de (in)constitucionalidad legislativa, antes de todo, el juez debe investigar la concreta creación de la ley impugnada.

La inferencia probatoria mínima no solo condiciona el control de constitucionalidad a un acto legislativo concreto, sino, sobre todo, lo *distancia de la mera actuación contemplativa de textos normativos en busca de contrariedades constitucionales, abstraída de la realidad social repercutida en el conflicto*. La mínima actividad probatoria describe la Justicia Constitucional integrada al contexto político-social, y toma el problema de la constitucionalidad legislativa en dimensiones más allá de la judicial.

8.3. Principio de la instrucción oficial

Un juez constitucional neutro y pasivo, como un espectador del proceso judicial, es inconciliable con el Estado Constitucional, especialmente el brasileño, que practica el activismo judicial en el campo de los derechos fundamentales. Incorpora tal perfil¹⁵⁶ si no demuestra iniciativa en la búsqueda de la verdad constitucional, actúa como mero observador inerte, impulsado por la iniciativa de las partes. El juez constitucional no está limitado al juicio de las partes para la obtención de datos o informaciones extrajudiciales indispensables a los fundamentos de la decisión¹⁵⁷. Debe ser activo y desconfiado al evidenciar los

¹⁵⁵ ABELLÁN (1994), pp. 63-87.

¹⁵⁶ La posición aquí defendida se aproxima a la figura del “juez actor”, del “juez investigador” y “juez preservador” en el derecho procesal constitucional trabajado por Néstor Pedro Sagüés en oposición a la figura del “juez garantista”, véase SAGÜÉS (2011), pp. 157-171.

¹⁵⁷ LEIBHOLZ (1966), pp. 89-100.

hechos legislativos, judiciales y consecuencialistas relevantes. Para eso, debe tener en la prueba un instrumento para la validación objetiva y sustentable del material fáctico y técnico disponible.

El Supremo Tribunal Federal practica el activismo probatorio, especialmente en relación a la iniciativa de proposición de pruebas de oficio en los casos de inconstitucionalidad, como ocurre en la iniciativa de designación de la audiencia pública o la convocación de autoridades de reconocido conocimiento en las materias y circunstancias fácticas involucradas en el conflicto constitucional: “[...] el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal no será basado en el principio de justicia rogada (*da mihi facta dabo tibi ius*) que inspira el procedimiento civil. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal, se basa, por el contrario, en el principio inquisitivo, según el cual el juez debe proceder de oficio para el esclarecimiento de la materia, ya que es obligación estricta del Tribunal investigar por su cuenta la realidad objetiva”¹⁵⁸.

El principio de la instrucción oficial no actúa sobre el juez constitucional para transformarlo en un defensor de una de las partes involucradas en el proceso o de intereses individuales. Defensor sí, pero de la verdad constitucional construida con imparcialidad, porque no importa quién, al final, sea beneficiado, desde que la decisión sea en dirección a la concretización constitucional y así al ejercicio salutar de la democracia. Ese debe ser el propósito del *activismo probatorio imparcial* del juez constitucional.

8.4. Principio de la carga de prueba de la inconstitucionalidad

El caso de inconstitucionalidad es un litigio marcado por “contradictorias pretensiones del actor y del demandado respecto de la conformidad de un acto legislativo o de otra índole a las normas constitucionales”¹⁵⁹. Se puede decir que es el *conflicto de argumentos cualificado por contradictorias pretensiones de prevalencia de convicción de quien alega la inconstitucionalidad de un acto legislativo o normativo resistido por quien alega la constitucionalidad de ese mismo acto*.

Entre el legitimado activo y la autoridad productora del acto impugnado, si no se puede equipararlos a las figuras tradicionales, “actor” y “reo”, al menos es

¹⁵⁸ LEIBHOLZ (1966), pp. 89-100.

¹⁵⁹ GIL (2007), p. 82.

posible distinguirlos entre dos grupos: uno que defiende la constitucionalidad, y otro, no. La idea de contraparte procesal está en los argumentos practicados en el proceso.

Quien participa del litigio constitucional, ya sea para defender o para contrariar la presunción de constitucionalidad, tendrá, para alcanzar uno u otro propósito, carga distinta de argumentación jurídica y probatoria. Cada cual debe encaminar razones que justifiquen la constitucionalidad o no. Esa es una tarea común a cualquiera que empiece el litigio o sea llamado a actuar. Eso pasa la idea, en primer momento, de igual carga argumentativa. Pero no es bien eso lo que ocurre.

Entre opositores y confirmadores de la inconstitucionalidad, hay diferencias argumentativas. Quien defiende el vicio debe traer argumentos para alterar una situación establecida, o sea, la presunción *juris tantum* de constitucionalidad de la ley.

Eso solo demuestra que la inconstitucionalidad no basta ser afirmada, debe ser confirmada, ya que no puede ser tomada como verdad por mera alegación. La verdad solo alcanza por razones que deben apoyarse en diversos medios o objetivos que las corroboren y atiendan a los postulados de una determinada teoría de la argumentación jurídica¹⁶⁰. No todas las razones de confirmación son meramente normativas, tal como se ha estudiado a lo largo de ese trabajo; no raramente las razones fácticas son indispensables para confirmar la (in)constitucionalidad legislativa; quien las produce llama para sí la prueba.

Puede, así, estar obligado a la prueba: (a) *sobre el hecho de la ley producida*; (b) *sobre la inexistencia del hecho de la ley producida*: en Brasil el proponente debe indicar y probar la “omisión inconstitucional total o parcial en cuanto al cumplimiento del deber constitucional de legislar” (art. 12-B da Lei n. 9.868/99). Sin embargo, en México, es “el demandado que tendrá que indicar los medios de probar que realizó la acción que está constitucionalmente ordenada; luego, “el demandado tendrá que aportar los medios de convicción necesarios para probar que se realizó la acción que le está constitucionalmente ordenada”; “[...] autoridad responsable debe comprobar que cumplió los requisitos que se le reclaman”¹⁶¹. No parece equivocada esa disposición, una vez que toda autoridad está obligada a la Constitución, luego debe prestar cuenta de sus deberes cuando procesalmente

¹⁶⁰ *Idem*, p. 88.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 92.

están en duda; (c) *sobre la inconstitucionalidad material y formal*: cada participante asume la carga de probar los argumentos de su posición. El descumplimiento causa el amilanamiento del discurso por una u otra posición sobre el conflicto constitucional.

8.5 Principio de la presunción de la constitucionalidad fáctica

La presunción de la constitucionalidad es la orientación de suposición, *juris tantum*, del regular ejercicio del poder de legislar. Por eso, constituye una orientación normativa de valoración probatoria por parte del juez constitucional y, también, de la carga argumentativa fáctica de justificación de la (in)constitucionalidad.

Si toda ley se presume constitucional hasta que afirmado lo contrario por decisión, entonces, por deducción lógica, solo el hecho de la existencia de la ley (impugnada) es suficiente para, por presunción, inferir la acción legislativa (conducta y resultado) practicada constitucionalmente correcta o adecuada. Al examinar el caso de (in)constitucionalidad legislativa, el juez constitucional está predispuesto, psicológicamente, a la corrección formal y material de la ley impugnada, al menos antes de enfrentar todos los argumentos suscitados; por eso, parte de la “*operação mental presuntiva*”¹⁶², con la cual se inclina, *a priori*, a la certeza de la corrección de la acción legislativa debatida. El convencimiento contrario demanda una carga argumentativa procesal contraria a esa operación.

Por consecuencia, la carga argumentativa se dimensiona a partir de la situación de constitucionalidad, o sea, a favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes, que puede o no confirmarse.

8.6. Principio de la instrumentalidad del poder probatorio

La prueba es un *plus* de la decisión en control de constitucionalidad. Su práctica es parte del deber de motivar las decisiones judiciales sobre los hechos relevantes y controvertidos en el contexto del conflicto constitucional (inc. X do art. 93 da CF/88).

Todo caso de inconstitucionalidad posee una *dimensión fáctica* compuesta por hechos de todos los órdenes (políticos, económicos, sociales, biológicos) relevantes para el juicio de validez de la ley. Es aquí que la prueba tiene una finalidad hasta entonces impensada.

¹⁶² TOMÉ (2008), p. 131.

El juez opera la prueba para la constatación y valoración de los hechos determinantes y condicionantes de la inferencia de la (in)constitucionalidad legislativa. Si hasta entonces, como tradicional instituto del proceso común, ha tenido la finalidad restricta de fijación de premisa menor del silogismo normativo de aplicación de la ley al caso concreto, en el proceso constitucional la prueba somatiza otra finalidad: *actúa directamente en la construcción de los sentidos constitucionales, o sea, en las premisas normativas del discurso justificativo de (in)validación de la ley.*

El poder probatorio en ese contexto es una posible fuente de hechos, especialmente los consistentes en datos técnico-científicos, que co-constituyen la norma constitucional expresada en la decisión proferida. Como tal, genera el efecto positivo de cualificar las razones decisorias por el control racional de la cognición empírica, lo que tiene cada vez más importancia sobre todo ahora que el Supremo Tribunal Federal ha admitido, en reciente precedente, el efecto vinculante no solo del dispositivo, sino también de los motivos de sus decisiones (efecto trascendente) en control abstracto¹⁶³, y el mismo en control difuso¹⁶⁴.

La práctica de la jurisdicción constitucional refleja en la prueba una categoría normativa del derecho procesal constitucional, de modo que es cierto decir que forma parte de “un género propio de categorías normativas adecuadas al derecho diferenciado al que se encamina a servir y, a la vez, favorecer la creación de estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales”¹⁶⁵.

8.7. Principio de la intercomunicación del poder probatorio

La prueba tiene el papel de diálogo e integración de los Poderes Políticos. Hablar en prueba de la inconstitucionalidad no implica estimular la intervención legislativa desmedida, para sustituir la discrecionalidad legislativa por la judicial; al contrario, importa el incremento de la convicción judicial con criterios racionales de control de la ley. Eso no debe ser una amenaza a la autonomía política del Poder Legislativo, sino un factor de fortalecimiento.

El poder probatorio del juez constitucional potencializa la *intercomunicación cooperativa* con los demás Poderes. La prueba es un recurso importante para la

¹⁶³ Supremo Tribunal Federal, Rcl N° 1.987/DF, de 01 de octubre de 2003.

¹⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, Rcl N° 4.335/AC, pendiente de julgamento.

¹⁶⁵ REYES (2007), pp. 41-87.

solución multidisciplinaria del conflicto constitucional y, con eso, fortalece la legitimidad no solo de las funciones esenciales del juez constitucional, sino también de las decisiones legislativas.

En tal contexto, el poder probatorio posibilita el “diálogo *tra Corte e legislatore*”¹⁶⁶, y así maximiza el control político de las decisiones judiciales y legislativas, pues: (a) son evitadas las decisiones intuitivas o decisionistas; (b) resguarda y fortalece la legitimidad de las selecciones legislativas, una vez que, por la cognición racional de los hechos y razones legislativas, el juez constitucional practica una argumentación con mayor rigor técnico; (c) orienta la actuación legislativa delante de las inconstitucionalidades; (d) el poder probatorio actúa para la doble integración democrática en torno del proceso constitucional, pues los medios de prueba posibilitan la mayor participación social en el debate constitucional, con la apertura para nuevos actores procesales, y, en otro plan, el poder probatorio retira del juez constitucional la hegemonía interpretativa.

Hoy, el reconocimiento del poder probatorio aplicado al control de constitucionalidad significa un paso importante para la apertura democrática de la Justicia Constitucional: *con una clara distribución de papeles, todos, sin excepción, de los ciudadanos a las autoridades, son potenciales actores del juego argumentativo, con plena capacidad de influir en el resultado decisorio*. La integración social de la racionalidad probatoria favorece la transformación del proceso constitucional en un espacio de participación democrática. Asegura a toda sociedad, el discurso jurídico heterónimo, en la medida en que lidia con el litigio constitucional nada preso a “un único centro de cognición para toda la sociedad”¹⁶⁷.

El poder probatorio constitucional es “un camino entre el abandono de la normatividad en favor del dominio de las relaciones fácticas, por un lado, y la normatividad desvestida de cualquier elemento de la realidad”¹⁶⁸, por otro.

9. NUEVA AXIOLOGÍA DE LA PRUEBA JUDICIAL

La inconstitucionalidad se prueba. Eso implica decir que la prueba no actúa para declarar la veracidad procesal de una cuestión de derecho, sino que, con esa finalidad, opera bajo la dimensión fáctica, orgánica y estructuralmente descriptible de la conducta y del contenido legislativos contrarios a la Constitución.

¹⁶⁶ VACCARI (2008), p. 142.

¹⁶⁷ TAUBNER (2002), pp. 533-571.

¹⁶⁸ HESSE (1991), p. 14.

El conflicto constitucional es un caso concreto, y no abstracto. Asumir tal postura abre el proceso constitucional para el derecho a la prueba, no como comprendido en campo del proceso común, sino trasladado para el terreno del proceso constitucional. Aquí la prueba tiene una finalidad más amplia. Deja la estricta finalidad de evidenciar *hechos individuales pasados* de la premisa fáctica a la aplicación silogística, para actuar, también, en el discurso de validez o fundamentación del Derecho. En última instancia, la prueba deja el recorrido de la subsunción del soporte fáctico, para también *operar en la propia construcción de la normatividad constitucional, al constituir fuente de hechos inherentes al ámbito concreto/material del conflicto internormativo y, luego, de la norma constitucional*.

Esa finalidad de la prueba propicia el perfeccionamiento de la argumentación en la jurisdicción constitucional, porque demuestra que la investigación del contenido fáctico no es una actividad arbitraria, sino desarrollada en un marco de reglas legales y racionales. Y aquí está la prueba: una herramienta funcionalmente destinada a traer para la decisión criterios racionales de constatación de la realidad constitucionalmente relevante.

El modelo de la prueba de la inconstitucionalidad propuesto incorpora las diversas propiedades designativas de la prueba, aquí observadas en la práctica del control de la constitucionalidad legislativa brasileño. Es un modelo que hace de la prueba una categoría dogmática del proceso constitucional.

A lo largo de la historia del Derecho, el “conocimiento de los hechos” en el Derecho siguió la máxima “contra hecho, no hay argumentos”, que expresa la baja operación argumentativa en materia fáctica por la falta de un control racional que marcó, por mucho tiempo, la cognición empírica en el Derecho.

El procedimiento para evidenciar los hechos jurídicos fue de la “ordalía”¹⁶⁹, también conocida como pruebas irracionales¹⁷⁰, a la prueba racional; en otras palabras, “del conocimiento mágico al conocimiento racional”¹⁷¹. En ese período, la prueba consagró un recurso a la construcción de la premisa fáctica de la aplicación silogística del Derecho. Ahora, vivimos un *nuevo paradigma de la prueba*: pasa a ser observada más como una herramienta utilizada en la concretización de la Constitución. De tal modo que la prueba en el proceso constitucional sobresale

¹⁶⁹ ABELLÁN (2004), p. 9.

¹⁷⁰ FOUCAULT (2003), p. 58.

¹⁷¹ ABELLÁN (2004), p. 12.

en la construcción de la propia normatividad constitucional en el discurso de fundamentación del derecho y, así, favorece el control racional de la realización del derecho constitucional.

Vivimos, con eso, una nueva perspectiva dogmática de la prueba: el derecho del derecho de probar la (in)constitucionalidad por fuerza no del derecho de defensa, sino del derecho de vivir en una sociedad constitucionalizada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2008): *Teoria dos direitos fundamentais* (Traducc. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert (2006): *Jueces y ponderación argumentativa*, [fecha de consulta: 11 julio de 2012]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2196/2.pdf>
- ASTUDILLO REYES, César I. (2007): “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Nº 8), pp. 41-87, [fecha de consulta 5 de agosto de 2009]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2567350>.
- ATIENZA, Manuel (1997): “Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 6), pp. 7-30, [fecha de consulta: 1 de agosto de 2012]. Disponible en: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_01.pdf
- ATIENZA, Manuel (2004): “Argumentación jurídica y estado constitucional”, en *Novos estudos jurídicos* (Nº 1), pp. 9-22, [fecha de consulta: 4 de agosto de 2012]. Disponible en: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/354/298>
- ATIENZA, Manuel (2007): *El sentido del Derecho*, tercera edición (Barcelona, Ariel).
- BERGMANN ÁVILA, Humberto (2006): *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, quinta edición (São Paulo, Malheiros).
- BUSSE, Dietrich (2006): “Interpreting law: text understanding –text application–working with texts”, en *International conference “Law and Language/Language and Law”*, [fecha de consulta: 14 agosto de 2012]. Disponible en: <http://www.phil.hhu.de/fileadmin/Redaktion/Institute/Germanistik/AbteilungI/Busse/Texte/Busse-2008-05-ur.pdf>
- CARNELUTTI, Francesco (2002): *A prova civil*. Segunda edición (Campinas, Book-seller).

- CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (Traducc. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944).
- DEL PADRE TOMÉ, Fabiana (2008): *A prova no direito tributário*, segunda edición (São Paulo, Noeses).
- DIMOULIS, Dimitir y LUNARDI, Soraya (2011): *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais* (São Paulo, Atlas).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2003): “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la democracia*, (Nº 47), pp. 27-34, [fecha de consulta: 21 de mayo de 2012]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>.
- FOUCAULT, Michel (2003): *A verdade e as formas jurídicas* (Traducc. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, Rio de Janeiro, NAU).
- GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives y FERREIRA MENDES, Gilmar (2009): *Controle concentrado de constitucionalidade*, tercera edición (São Paulo, Saraiva).
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (1999): “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* (Nº 3), pp. 121-156.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (1994): “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *Revista española de derecho constitucional* (Nº 41), pp. 63-87, [fecha en consulta: 5 de agosto de 2010]. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_041_063.pdf
- GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia (2004): *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, segunda edición (Barcelona, Marcial Pons).
- GIACOMETTE FERRER, Ana (2010): “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, César de Jesús Molina Suárez, en *El juez constitucional en el siglo XXI* (México, Universidad Autónoma de México), pp. 287-326, t. II.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (2008): *Estudos sobre direitos fundamentais* (São Paulo, RT).
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (1993): *Direito Constitucional*. Sexta edición (Coimbra, Almedina).
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (2003): *Direito constitucional e teoria constitucional*, séptima edición (Coimbra, Almedina).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, en *Jueces para la*

- democracia* (Nº 46), [fecha de consulta: 1 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>].
- GRAU, Eros Roberto (2006): *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cuarta edición (São Paulo, Malheiros).
- GUASTINI, Riccardo (2005): *Das fontes às normas* (Traducc. Edson Bini, São Paulo, Quatier Latin do Brasil).
- GUGLIANO HERANI, Renato (2010): *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais* (São Paulo, Método).
- GÜNTHER, Klaus (1995): “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Traducc. Juan Carlos Velasco Arroyo, Nº 17-18), pp. 271-302, [fecha de consulta: 29 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=16800>
- HÄBERLE, Peter (2004): “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Nº 1), pp. 15-44, [fecha de consulta: 10 de agosto de 2010]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2006): “La prueba en los procesos constitucionales”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, (Nº 5), pp. 183-196, [fecha de consulta: 15 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528926>
- HESSE, Konrad (1991): *A força normativa da constituição* (Traducc. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris Editor).
- HUERTA OCHOA, Carla (2003a): *Conflitos normativos* (México, Universidad Autónoma do México), [fecha de consulta: 29 agosto 2011]. Disponible en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/resulib.htm>
- HUERTA OCHOA, Carla (2003b): “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nº 108), pp. 927-950, [fecha de consulta: 29 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm>
- KELSEN, Hans (1986): *Teoria geral das normas* (Traducc. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris).
- LANDA ARROYO, César (2000): “Justicia constitucional y *political questions*”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* (Nº 4), pp. 173-204, [fecha

- de consulta: 15 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976077>
- LARENZ, Karl (1983): *Metodologia da Ciência do Direito*. Quinta edición (Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian).
- LEIBHOLZ, Gerhard (1966): “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, en *Revista de estudios políticos* (Nº 146), pp. 89-100, [fecha de consulta: 29 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2079744>
- MERLIN CLÈVE, Clémerson (2000): *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, segunda edición (São Paulo, RT).
- MÜLLER, Friedrich (2008): “Teoria estruturante do direito” (São Paulo, *Revista dos Tribunais*).
- MÜLLER, Friedrich (2009): *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Segunda edición (São Paulo, RT).
- NEVES, Antonio Castanheira (2003): *Metodologia jurídica: problemas fundamentais* (Coimbra, Coimbra Editora).
- NEVES, Marcelo (1988): *Teoria da inconstitucionalidade das leis* (São Paulo, Saraiva).
- PIETRO SANCHÍS, Luis (2000): “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (Nº 23), pp. 161-195, [fecha de consulta: 29 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17126>
- PIZZORUSSO, Alessandro (2006): “La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto”, en *Fundamentos, cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* (Nº 4), pp. 237-261, [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>
- RAMOS TAVARES, André (2005): *Teoria da justiça constitucional* (São Paulo, Saraiva).
- RAMOS TAVARES, André (2006): *Direito constitucional brasileiro concretizado* (São Paulo, Método).
- RAMOS TAVARES, André (2007): “Processo ‘objetivo’ como processo aberto ao concreto”, en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, (Nº 4), pp. 13-31.
- RANGEL DINAMARCO, Cândido (2005): *Instituições de direito processual civil*, quinta edición (São Paulo, Malheiros), v. III.
- RODRÍGUES CARRILLO, Silverio (2010): “Valoración de pruebas en los procesos constitucionales”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, César de Jesús Molina Suárez,

- en *El juez constitucional en el siglo XXI* (México, Universidad Autónoma de México), pp. 341-354, t. II.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1988): “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 22), pp. 9-52, [fecha de consulta: 2 de abril de 2011]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2007): “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (Nº 58/59), [fecha de consulta: 15 de septiembre]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3163765>
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2011): “A propósito del ‘juez actor’, del ‘juez investigador’ y del ‘juez preservador’, en derecho procesal constitucional”, Peter Häberle, Domingo García Belaunde, en *El control del poder: homenaje a Diego Valadés* (México, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 157-171, t. II.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén (2007): *El principio de proporcionalidad* (México, Universidad Autónoma de México).
- SÁNCHEZ GIL, Rubén (2010): “La intensidad del control constitucional sobre el legislador”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, César de Jesús Molina Suárez, *El juez constitucional en el siglo XXI* (México, Universidad Autónoma de México), pp. 583-606, t. II.
- SANTIAGO NINO, Carlos (2003): *Introducción al análisis del derecho*, segunda edición (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- SARMENTO, Daniel (2008): “Direito constitucional e igualdade étnico-racial”, en *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial* (Rio de Janeiro, Lumen Juris).
- SCHEDLER, Andreas (2005): “Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 22), pp. 65-94, [fecha de consulta: 20 de agosto de 2012]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/argumentos-y-observaciones--de-criticas-internas-y-externas-a-la-imparcialidad-judicial-0/>
- SCHNEIDER, Hans-Peter (1982): “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista española de derecho constitucional* (Nº 5), pp. 35-62, [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249978>
- SILVA RAMOS, Elival da (2010): *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução* (São Paulo, Saraiva).

- TARUFFO, Michele (2002): “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en *Derechos y libertades* (Nº 11), pp. 99-124.
- TAVARES BERNARDES, Juliano (2004): *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais* (São Paulo, Saraiva).
- TEUBNER, Günther (2002): “El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Traducc. Carlos Gómez-Jara Díez, Nº 25), pp. 533-571, [fecha de consulta: 29 de agosto de 2011]. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=8852&portal=4>
- TILLERS, Peter (2007): “Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Traducc. Igor Yáñez Velasco, Nº 30), pp. 383-414, [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2011]. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=34717&portal=4>
- VACCARI, Giulia (2008): *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale. Il caso del diritto alla salute* (174 f. Tese-Università degli Studi di Ferrara, Ferrara).
- VILANOVA, Lourival (2005): *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo* (São Paulo, Noeses).
- WARAT, Luis Alberto (1995): *O direito e sua linguagem*. Segunda edición (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *El derecho dúctil: lei, derechos, justicia*. Oitava edición (Traducc. Marina Gascón Abellán, Madrid, Editora Trotta).