

LA RELEVANCIA DE LOS HECHOS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.

UNA REVISIÓN A PARTIR DEL CONTROL ABSTRACTO*

The relevance of facts in assessing the constitutionality of legislation. An analysis based on abstract review mechanisms

AGÜERO-SAN-JUAN, SEBASTIÁN**

PAREDES-PAREDES, FELIPE***

Universidad Austral de Chile

Resumen

En los ordenamientos jurídicos de la tradición del *civil law*, la evidencia empírica no es considerada relevante para declarar inconstitucional una ley. Este artículo cuestiona dicha asunción, supuestamente basada en el diseño institucional del control de constitucionalidad, especialmente, de los denominados mecanismos de control abstracto, centrados únicamente en comparar los enunciados lingüísticos de la Constitución y la ley. Se demuestra que, en la práctica, los tribunales consideran frecuentemente hechos en sus argumentos, ya sea que declaren conforme o no con la Constitución a la ley impugnada. Poner de manifiesto esto resulta crucial, pues indica que el razonamiento constitucional no se basa únicamente en un análisis lógico-lingüístico, sino también requiere analizar y discutir hechos. Como resultado, la inexistencia de un marco conceptual relativo a la incorporación y utilización de evidencia empírica en el control de constitucionalidad redundaría en un ámbito de pura discrecionalidad judicial, que es imposible controlar y que afecta la equidad de dichos procedimientos, los fundamentos de las decisiones judiciales, erosionando en último término su legitimidad.

Palabras clave

Hechos; razonamiento constitucional; control abstracto de constitucionalidad.

Abstract

In legislations belonging to the civil law tradition, factual evidence is disregarded in assessing the unconstitutionality of legal provisions. This understanding, allegedly based on the institutional design of judicial review, particularly in the so-called abstract review mechanisms that focus solely on comparing linguistic statements from the Constitution and statutory provisions, is contested by this article. It demonstrates that courts often consider in their arguments factual evidence whether they uphold or deem unconstitutional challenged legislation. This finding is crucial, as it shows that constitutional reasoning is not only based on linguistic and logic analysis but also requires taking facts into consideration. As a result, the lack of a framework for incorporating and utilizing empirical evidence in judicial review creates a realm of pure judicial discretion, which is unverifiable and potentially can undermine the fairness of such processes and the rationales of constitutional court decisions, ultimately affecting their legitimacy.

Key words

Facts; constitutional reasoning; abstract judicial review of legislation.

* Los autores declaran sus contribuciones al presente artículo de investigación, utilizando la taxonomía CRediT: Conceptualización: Sebastián Agüero (50%), Felipe Paredes (50%); Investigación: Sebastián Agüero (50%), Felipe Paredes (50%); Redacción - borrador original: Sebastián Agüero (50%), Felipe Paredes (50%); Redacción - revisión y edición: Sebastián Agüero (50%), Felipe Paredes (50%).

** Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, Chile. Correo electrónico: sebastian.aguero@uach.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>.

*** Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, Chile. Correo electrónico: felipe.paredes@uach.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0232-1919>.

Introducción

Tradicionalmente, en la cultura jurídica del *civil law* se ha entendido que los hechos son irrelevantes para determinar si una norma infraconstitucional es o no compatible con la Constitución. Este artículo cuestiona dicha aserción, demostrando que los hechos son determinantes en la evaluación de la constitucionalidad de la ley, lo que revela la necesidad de un marco conceptual sobre la incorporación, discusión y utilización de evidencia empírica en los procesos constitucionales. La consecuencia de eludir la *questio facti* en sede constitucional es la existencia de un ámbito de pura discrecionalidad judicial, que resulta prácticamente imposible controlar, de acuerdo con las exigencias de motivación racional a las que están sujetos los tribunales constitucionales.

Para efectos de este trabajo se define al proceso constitucional como aquel asociado exclusivamente a la función de controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, ya sea que esta competencia se atribuya al tribunal constitucional o al poder judicial (v. gr., la Corte Suprema, una sala de esta, etc.). Dado que frecuentemente los tribunales constitucionales, allá donde existen, también asumen otro tipo de competencias (v. gr., amparo de derechos fundamentales, conflictos de competencias, etc.), el presente estudio se concentra únicamente en el control de constitucionalidad, excluyendo toda otra atribución distinta de esta¹. Con esto en mente, el artículo razona a partir de un diseño específico: el denominado control abstracto, que asume, casi axiomáticamente, que los hechos carecen de toda relevancia². Ello porque si la tesis es correcta, *a fortiori*, en cualquier otra modalidad de control de constitucionalidad se deberá aceptar la relevancia de la evidencia empírica, por ejemplo, en términos procedimentales, a propósito de aspectos como su admisibilidad, valoración, y apreciación.

Igualmente, es necesario aclarar que el análisis se remite a los modelos de control de constitucionalidad del *civil law*, porque es allí donde el tema resulta novedoso. Respecto a los modelos del *common law* el trabajo solo incluye una breve referencia a título ilustrativo para un desarrollo ulterior del tema entre nosotros. Igualmente, asumimos dos premisas. La primera considera al proceso constitucional una manifestación de la actividad jurisdiccional del Estado y la segunda exige que, en un Estado constitucional y democrático de derecho, las sentencias deban estar correctamente motivadas³.

Asumiendo los presupuestos anteriores, el artículo tiene por objeto formular un diagnóstico del problema, que permita impulsar una reflexión sobre un asunto aún escasamente discutido. El arduo debate que se ha generado en los sistemas constitucionales del *common law* pone en evidencia que se trata de una cuestión compleja, cuya solución adecuada excede las posibilidades y dimensiones máximas de este artículo. De todas formas, diagnosticar adecuadamente un problema y comprender sus consecuencias representa una vía útil capaz de estimular una reflexión para el diseño de soluciones en el futuro.

El trabajo consta de cuatro secciones. En la primera de ellas se delimita el problema, tomando como caso paradigmático de análisis el control abstracto de constitucionalidad. En la segunda se analiza dicha noción y sus implicancias para la cuestión estudiada. En la tercera se controvierte la concepción tradicional sobre el control abstracto de constitucionalidad, mostrando cómo resulta inadecuada para explicar correctamente la práctica del control de constitucionalidad, que indefectiblemente utiliza elementos fácticos. La cuarta sección examina tipos de hechos que son relevantes en los procesos constitucionales y cómo podría pensarse su

¹ La delimitación resulta iluminada con la distinción que formula FERRERES (2009), p. 6, al clasificar a los tribunales constitucionales en puros e impuros. Él denomina puros a los tribunales que únicamente se encargan de revisar la constitucionalidad de la ley e impuros a aquellos que igualmente asumen otras funciones.

² Ello explica por qué no abordamos directamente modalidades concretas del control de constitucionalidad como aquellas consagradas en el artículo 93 N° 6 de la constitución chilena, en el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana, en el artículo 260 N° 1 constitución paraguaya, entre otros ejemplos. Puesto que en algunos países –probablemente Chile sea el mejor ejemplo– estas modalidades han soportado gran parte de la litigación constitucional, la doctrina ha dedicado considerables esfuerzos a dichos mecanismos. Incorporaremos algunas de estas reflexiones más adelante, en la medida que sean pertinentes.

³ En el contexto chileno estas ideas se encuentran desarrolladas en: AGÜERO-SANJUAN Y PAREDES (2021).

inclusión en los procesos de control de constitucionalidad a la luz de la experiencia del *common law*. Se finaliza el trabajo con la enunciación de sus conclusiones, afirmando que, dada la ya referida omisión, en la práctica son los jueces constitucionales quienes terminan decidiendo a voluntad qué hechos son relevantes, cómo estos son valorados y sobre qué litigante recae el *onus probandi*.

1. Identificación del problema: ¿qué es lo discutido en los procesos constitucionales?

Más allá de las particularidades de cada país, mediante la función de controlar la constitucionalidad de las normas, la jurisdicción constitucional debe asegurar el principio de supremacía constitucional. Independientemente de las diferencias institucionales o terminológicas, la sentencia de inconstitucionalidad declarará la norma controlada incompatible con la Constitución, en virtud de un juicio de contrastación entre ambas. Al respecto, una primera cuestión que surge es determinar cuáles son los elementos que componen dicho juicio, elucidando si aquel comprende solo un razonamiento de carácter lógico-lingüístico, o como en el resto de la actividad jurisdiccional, incluye también elementos de carácter fáctico.

La jurisdicción constitucional del derecho continental sistemáticamente ha guardado silencio sobre la incorporación, discusión y utilización de evidencia empírica en los procesos constitucionales. A nuestro juicio, esta circunstancia representa un problema que debe ser relevado y discutido. Este artículo lo hace a partir de un diseño institucional específico: el de los sistemas de control abstracto, entendiendo que, si la tesis funciona respecto de estos, *a fortiori*, es válida para cualquier diseño institucional.

Para caracterizar el problema con mayor detalle, considérense los siguientes tres ejemplos de control abstracto: España⁴, Chile⁵ y Francia⁶. Para el análisis se recurrirá a las normas constitucionales y legales respectivas, así como a una sentencia a título ejemplar del respectivo tribunal constitucional, relativamente reciente y de alta significación pública. Además de las normas constitucionales ya citadas, las regulaciones procesales observadas son: para España la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁷; para Chile, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸; y para Francia, la Ley Orgánica del Consejo Constitucional⁹. Las sentencias son las siguientes: para España la sentencia 198/2012 sobre la ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹⁰; para Chile, la sentencia rol 3729-17-CPT, sobre la ley que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales¹¹; y para Francia, la sentencia n° 2021-824 DC, sobre la ley relativa a la gestión de la crisis sanitaria por la pandemia. Al tratarse en todos estos casos de asuntos de alta relevancia pública, se puede presumir que el estándar argumentativo ha sido especialmente acucioso.

⁴ España, Constitución de 1978:

“Artículo 161

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁵ Chile, Constitución de 1980 (reformada en 2005):

“Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

3º.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

⁶ Francia, Constitución de 1958 (Traducción oficial al español, Senado de la República Francesa):

“Artículo 61. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores”.

⁷ Ley Orgánica 2/1979.

⁸ Ley N° 17.997, de 1981

⁹ Ordonnance N° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel.

¹⁰ Tribunal Constitucional español, Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

¹¹ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 3729 (3751) -17-CPT, de 28 de agosto de 2017.

Estudiado el problema desde una perspectiva dogmática en los tres países señalados, en ninguno de ellos se encontró disposición alguna que se refiera a la evidencia empírica en la respectiva reglamentación constitucional o legal, que disponga cuándo o cómo esta debe ser alegada, ni tampoco cómo el tribunal puede o debe incorporarla en su razonamiento. Tampoco se encontró jurisprudencia significativa en la materia, lo que revela que el tema no ha sido objeto de discusión en dicha sede. No obstante, como veremos más adelante, paradójicamente en las tres sentencias citadas se discuten hechos, los que resultan esenciales para la resolución de la controversia. En ninguno de los casos la sentencia explica cómo se dan por acreditados estos hechos, ni cómo estos inciden en el examen de constitucionalidad realizado por el respectivo tribunal.

2. El control abstracto de constitucionalidad, paradigma del derecho puro

La doctrina constitucional no se ha detenido a analizar la paradoja antes expuesta. La razón obedece a que se asume que el control abstracto de constitucionalidad presenta una configuración que prescinde del análisis de los hechos para determinar si se ha producido una infracción a la Constitución, siendo solo necesario a tal efecto recurrir a herramientas lógico-lingüísticas. El propósito de esta sección es indagar el origen y justificación de esta asunción. El asunto reviste cierta complejidad, pues generalmente la literatura ha caracterizado al control abstracto en contraposición con el “control concreto”, sin observar que, al oponer dicotómicamente lo “concreto” y lo “abstracto” como formas de control constitucional, se ocultan ambiguamente dos versiones de la distinción.

Una primera versión apela a consideraciones de tipo procedimental-formal. Por ejemplo, para Ferreres el control abstracto se caracteriza porque la acción de inconstitucionalidad carece de conexión con otro proceso¹². En la misma línea, Fromont plantea que el control abstracto no tiene por propósito proteger derechos subjetivos de los individuos dentro de un proceso ordinario, sino que su objetivo está relacionado con disciplinar el funcionamiento de los órganos del Estado, añadiendo que, por ello, la legitimación activa está reservada a instituciones del Estado (v.gr. el ejecutivo, el *Ombudsman*, el parlamento, etc.)¹³. Similar opinión presentan Mendonca y Guibourg, para quienes en dicha modalidad «las cuestiones de constitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas». Incluso, dentro de esta primera aproximación, se discute si el carácter abstracto deriva de las reglas sobre legitimación, o bien, de su desconexión con algún otro proceso en curso¹⁴. Al respecto, Ferreres ha sostenido que, si bien la gran mayoría de los procedimientos de control abstracto son de legitimidad restringida, la cuestión del *standing* es diferente de la referida a la abstracción¹⁵.

Una segunda versión de la distinción se basa en el tipo de razonamiento jurídico utilizado. Esta mirada suele aparecer formulada de forma críptica o tautológica. Por ejemplo, se ha señalado que la Corte Constitucional italiana considera control abstracto a un proceso que, en términos generales, prescinde de los hechos del caso¹⁶. Para Huerta, a través del control abstracto se constata el enfrentamiento u oposición entre normas jurídicas que no pueden ser aplicadas de manera simultánea; mientras que, el control concreto se emplea para superar conflictos normativos que afectan a situaciones jurídicas concretas¹⁷. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha afirmado, que el control abstracto de la norma impugnada se realiza desvinculado de cualquier consideración concreta sobre su aplicación a un específico supuesto de hecho, operando al margen de cualquier posible o hipotético acto de aplicación, limitándose

¹² FERRERES (2011), p. 114.

¹³ FROMONT (1996), p. 65.

¹⁴ MENDONCA Y GIBOURG (2002), p. 56.

¹⁵ FERRERES (2009), p. 67.

¹⁶ RANDAZZO (2013), p. 32.

¹⁷ HUERTA (2003), p. 929.

a contrastar de manera abstracta el precepto recurrido y las normas y principios constitucionales que se estiman infringidos¹⁸.

De ahí que la dicotomía en comento sea abstrusa, no solo debido a su ambigüedad, sino también porque en ocasiones ambas versiones de la distinción parecen entremezclarse. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español afirma que el control concreto se presenta cuando el juez de instancia plantea una duda cuya resolución es determinante para la decisión que se debe adoptar sobre la eventual aplicación de una norma legal, en contradicción con la Constitución a la luz del caso en concreto; mientras que, a través del control abstracto la vulneración puede atribuirse directamente a la dicción del precepto legal enfrentado con la Constitución prescindiendo de las circunstancias de la especie¹⁹.

La situación anterior se enmaraña aún más cuando se asocian conclusiones que no se siguen lógicamente de ninguno de los dos criterios anteriores. Por ejemplo, cuando se sostiene que: (i) el control abstracto es más imparcial porque no se presentan las parcialidades propias de los litigantes²⁰; (ii) es más objetivo porque constituye una actividad de clarificación de la situación constitucional y no la decisión de una controversia constitucional²¹, o bien, (iii) directamente se le atribuye un carácter objetivo porque la regla controvertida ha de ser enjuiciada en atención a su propio sentido, y no por las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último²².

Para resolver el problema de la ambigüedad, es necesario tomar partido por una de las dos versiones de la distinción. Aparentemente, la versión procedimental-formal no exhibe ninguna razón que permita inferir la irrelevancia de los hechos en la justificación de la decisión. Ello porque en el derecho comparado existen múltiples procesos con una legitimación restringida a órganos de naturaleza política y/o desvinculados de otro proceso previo o simultáneo, y que, no obstante, requieren que el tribunal examine hechos y justifique cuáles se dan por válidos. Por tanto, la exclusión de los hechos en los procesos constitucionales solo podría explicarse en virtud de la versión argumentativa de la distinción. De ser ello efectivo, el control abstracto de constitucionalidad exigiría únicamente razonamientos de carácter lógico y lingüístico, al margen de cualquier acto real o hipotético de aplicación. En este escenario, el juicio de compatibilidad se debe formular prescindiendo de cualquier consideración relativa a la aplicación de la norma.

Dicha concepción es coherente con una conocida clasificación teórica, que diferencia entre interpretación jurídica en abstracto y en concreto. La primera, también denominada interpretación orientada en los textos, consiste en «identificar el contenido del sentido expresado por un texto normativo»; mientras que la segunda, denominada interpretación orientada en los hechos, consistiría en «subsumir un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma». La interpretación en abstracto permitiría atribuir significados a enunciados normativos completos; mientras que, la interpretación en concreto permitiría determinar el significado de predicados en sentido lógico. En el primer caso se identificarían las normas vigentes; en cambio, en el otro, los casos regulados por esas normas²³. Así, aplicándose esta clasificación al problema en estudio, se podría argüir que, bajo esta segunda perspectiva, el control abstracto busca verificar un acto de interpretación de la Constitución sin que exista o se represente la aplicación de la norma constitucional interpretada. Denominaremos a esta manera de entender el control abstracto la concepción lógico-lingüística²⁴.

La pregunta que surge es si esta reconstrucción lógico-lingüística del control abstracto se corresponde con algún modelo de jurisdicción constitucional existente en la práctica. Si bien un

¹⁸ SSTC 185/2016, de 03 de noviembre, FJ 7 b). En el mismo sentido, SSTC 49/2008, FF JJ 3 y 4, y 128/2016, de 7 de julio, FJ 5 A) a).

¹⁹ STC 42/2018 de 26 de abril, FJ 5 b).

²⁰ FERRERES (2009), p. 67.

²¹ ROERIG (2021), p. 19.

²² STC 139/2017 de 29 de noviembre, FJ 2 c); STC 105/2019 de 19 de septiembre, FJ 2 c).

²³ GUASTINI (2015), pp. 14-15.

²⁴ Asumir la versión lógico-lingüística del control abstracto para luego criticarla, no implica necesariamente diluir la distinción, sino más bien sugerir que su sustento se debe buscar en consideraciones distintas a la presencia o ausencia de juicio factuales.

estudio histórico de la justicia constitucional austriaca y una exégesis de la obra kelseniana requerirían por sí mismas de una investigación, consideramos que la manera como se han entendido algunas de las ideas de Kelsen sobre el tribunal constitucional y su función representa la principal influencia de la justicia constitucional en el *civil law*, especialmente en relación con los mecanismos de control abstracto. Explicaremos dicha idea en lo que sigue de esta sección.

Para Nino, los mecanismos de control constitucional abstracto responden al diseño ofrecido por Kelsen para el tribunal constitucional en la Constitución austriaca de 1920. Este órgano jugaba un rol clave en la concepción que Kelsen tenía del derecho como un sistema normativo. Como es sabido, el autor austriaco intentó construir una teoría pura del derecho en dos sentidos: exenta de valoraciones y depurada de la descripción de hechos sociales, los que quedan entregados al dominio de la sociología, la historia o la antropología, pero no a una ciencia normativa como la ciencia jurídica. Para cumplir con su segunda exigencia de pureza en sede constitucional, el razonamiento no debe ocuparse, según Kelsen, de proposiciones descriptivas de ciertos hechos, sino solo de proposiciones normativas²⁵.

Por consiguiente, la Constitución operaría como una especie de *norma normarum*, es decir, la norma positiva que regula la producción de las normas jurídicas generales²⁶. Por ende, para Kelsen el acto de declarar inconstitucional una disposición normativa vendría a ser acto de naturaleza legislativa. Dicha conclusión se refuerza con la expresión “legislador negativo” que el propio autor utilizaba para referirse al tribunal constitucional²⁷. Según Prieto, esto es un indicio de que Kelsen siempre pensó en el tribunal constitucional como “*un tribunal que expresamente formara parte del poder legislativo*”²⁸. Con el tiempo esta idea pasó a formar parte de la ortodoxia constitucional. Por ejemplo, Habermas ha sostenido que la función de un tribunal constitucional del tipo kelseniano está lejos de ceñirse a meros actos de aplicación del derecho e ineludiblemente su actividad forma parte de la legislación²⁹. Y si bien otros autores, como Gascón, sostienen que un tribunal constitucional se encuentra en una posición intermedia entre la legislación y la jurisdicción, prácticamente nadie defiende que su función sea un tribunal de justicia en el sentido tradicional del término³⁰.

Ciertamente, una lectura atenta muestra que la cuestión es opinable. Inclusive el propio Kelsen parece dudar al respecto, afirmando, al comienzo de un conocido artículo, que el tribunal constitucional austriaco es un tribunal de justicia y que su función no es crear normas, sino aplicar las de la Constitución, pero solo un poco más adelante, califica a dicho órgano como un legislador –aunque uno de carácter negativo–³¹. Estas afirmaciones, aparentemente en tensión, siguen alimentando el debate hasta la actualidad, pero la posición dominante ha sido aquella que vincula directamente la versión lógico-lingüística del control en abstracto con la función de los tribunales constitucionales.

Cualquiera haya sido la opinión de Kelsen, lo que resulta clave a estos efectos, es que la exclusión del análisis fáctico en los procesos constitucionales ha sido asumida como un elemento estándar de los modelos de control de constitucionalidad que intentan llevar a la práctica sus ideas, usualmente denominados modelos de control abstracto³². He aquí la explicación del origen y justificación de la asociación entre control abstracto y mera actividad interpretativa que hoy forma parte de la cultura constitucional en Europa y Latinoamérica. En virtud de lo anterior, existe la creencia de que mientras más concreto sea el mecanismo, habrá que prestar atención también a las circunstancias de la especie, lo que incluye elementos de carácter fáctico; en cambio, a mayor abstracción el cometido de la jurisdicción constitucional se define esencial y exclusivamente como una operación de carácter lógico-lingüística.

²⁵ NINO (1992), p. 98.

²⁶ KELSEN (1982), p. 231.

²⁷ FABBRINI (2008), p. 1299.

²⁸ PRIETO (2000), p. 169.

²⁹ HABERMAS (1996), p. 242.

³⁰ GASCÓN (1994).

³¹ KELSEN (1942), pp. 186 y 187.

³² PULIDO (2011), p. 167.

Todo lo anterior resulta coherente con la ausencia de regulación dirigida a incorporar y debatir elementos fácticos en los procesos abstractos de control de constitucionalidad, y con la escasísima discusión doctrinal en torno a cómo alegar, probar y juzgar hechos en los juicios de constitucionalidad.

3. Desmontando el mito de la inexistencia de hechos en el proceso constitucional

Ahora es posible afinar la mirilla para sostener que las consideraciones y desacuerdos fácticos se presentan inclusive en la caracterización más pura del control abstracto. En efecto, el punto fundamental de esta sección consiste en dilucidar si la versión lógico-lingüística del control abstracto es una reconstrucción adecuada de cómo funciona en la práctica la dinámica del control de constitucionalidad.

De acuerdo con esta, para controlar la constitucionalidad de una norma se requiere, primero, interpretar la Constitución, luego interpretar la norma controlada, para entonces determinar si existe una antinomia entre ambas. Si fuera el caso, la antinomia se salda declarando la norma controlada inconstitucional. De ahí que la pregunta clave es si ello es posible utilizando solamente la lógica formal y las reglas del lenguaje jurídico. Afirmamos que, salvo contadas excepciones, para controlar la constitucionalidad de la ley es necesario recurrir a determinados hechos del mundo para interpretar la Constitución y el precepto infraconstitucional controlado, determinar si existe o no una antinomia entre ellas y, de ser posible, resolverla³³. Los hechos importan a propósito de varias dimensiones, de forma tal que, suprimidos estos, no es posible llevar a cabo con éxito la operación intelectual de interpretar y aplicar racional y sistemáticamente la Constitución.

A continuación, daremos cuenta de tres de estas dimensiones relacionadas con: la estructura de las normas jurídicas, el funcionamiento de los conceptos jurídicos y el uso de estrategias de ponderación. Somos conscientes de que estas tres dimensiones son meramente ejemplares, aunque reflejan adecuadamente que el uso de una técnica de control de constitucionalidad, basada exclusivamente en la versión lógico-lingüística del control abstracto, resulta muy poco productiva e incluso superflua en la práctica³⁴.

a. La estructura de las normas jurídicas

En la literatura iusfilosófica se describe la estructura de las normas jurídicas como juicios hipotéticos o condicionales, es decir, enunciados que correlacionan un supuesto de hecho con alguna consecuencia jurídica³⁵. A continuación, presentamos esquemáticamente tres propuestas centrales e influyentes en este sentido, para luego exponer sus implicancias y consecuencias.

Kelsen en su primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* sugiere entender las normas jurídicas como juicios hipotéticos que, a través de la imputación, vinculan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, con el propósito de transformar la norma de derecho (*Rechtsnorm*) en proposición jurídica (*Rechtssatz*)³⁶.

³³ De acuerdo con Guastini las posibilidades de que se produzcan antinomias en términos únicamente lógico-gramaticales en sede constitucional son escasas. Estas antinomias, también denominadas antinomias en abstracto, dependen de la estructura conceptual del discurso de las fuentes; mientras que, las antinomias en concreto dependen de aquello que sucede en el mundo, es decir, de las circunstancias de hecho. Según este, las antinomias en abstracto son de muy rara ocurrencia. La mayoría de las antinomias se producen en concreto, es decir, solo pueden ser identificadas en sede de aplicación. GUASTINI (2014), p. 120.

³⁴ Dado el carácter ejemplar de estas tres dimensiones, reconocemos que ellas aluden a relaciones muy diversas entre normas y hechos, e inclusive, a hechos de distinta naturaleza. Trazar una tipología exhaustiva de los hechos constitucionales que incluya sus fuentes, medios de prueba, y forma de valoración excede notoriamente las pretensiones de este trabajo. Pretendemos emprender prontamente dicha tarea como complemento a este trabajo.

³⁵ Según BOBBIO (1993[1957/58]), p. 57, la distinción entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos se remonta a los trabajos de Immanuel Kant, sin embargo, la discusión teórica actual ha tomado distancia de su caracterización originaria.

³⁶ Kelsen (2011[1934]), p. 55.

Dworkin, en su crítica al positivismo hartiano, sostiene que la diferencia entre reglas y principios es de carácter lógico. Si bien ambos estándares establecen obligaciones jurídicas, ellos se diferencian entre sí por el carácter de la orientación que consagran. Las reglas presentan una aplicación de todo o nada, aunque pueden contemplar excepciones; en cambio, en los principios las consecuencias no se siguen automáticamente cuando concurren las condiciones previstas, porque en ellos la formulación del supuesto de hecho no pretende establecer exhaustivamente sus condiciones de aplicación, sino únicamente una razón que argumenta en una dirección determinada³⁷.

Por su parte, Alexy caracteriza la distinción entre principios y reglas como una distinción cualitativa y no de grado. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida de las posibilidades jurídicas y fácticas disponibles. Estos contienen mandatos *prima facie*, en virtud de que razones antagónicas pueden desplazar la decisión. En cambio, las reglas exigen que se cumpla exactamente lo que ordenan al contener una determinación precisa del ámbito de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ende, ante una imposibilidad fáctica o jurídica la determinación fracasa; aunque esto no obsta a que resulte posible establecer en las reglas cláusulas de excepción³⁸.

En definitiva, más allá de las perspectivas teóricas defendidas, es generalmente aceptado en la literatura jurídica que la estructura de las normas está formada por un supuesto de hecho (descripción de una clase de personas, objetos, acciones o estados de cosas) y una consecuencia jurídica (calificación normativa de una acción o la atribución de una propiedad institucional a lo descrito)³⁹. Por lo mismo, es a partir de esta constatación que se deben precisar las condiciones de identificación y solución de los conflictos normativos, incluyendo aquellos producidos entre normas constitucionales e infraconstitucionales. Al respecto, Caracciolo explica que dichas inconsistencias pueden presentarse, al menos, en dos situaciones diferentes. Por un lado, en la asignación de consecuencias jurídicas contradictorias a un mismo supuesto de hecho y, por otro lado, en la asignación de una misma consecuencia jurídica a conductas contradictorias. Así, la oposición normativa se puede presentar tanto en relación con el antecedente como con el consecuente de la norma jurídica⁴⁰.

En la primera hipótesis, dado que el antecedente corresponde a una descripción de hechos o estados de cosas, en la mayoría de las ocasiones, resulta un ejercicio infértil identificar una oposición simplemente realizando una mera contrastación entre enunciados lingüísticos, porque aquellos enunciados pueden desempeñar funciones diversas y poseer significados distintos según el contexto. Es decir, generalmente los significados de los términos utilizados para redactar las disposiciones normativas no producen por sí solos una incompatibilidad, requiriéndose, además, atender a las circunstancias en que estos son aplicados⁴¹.

Según Strawson, para identificar las inconsistencias entre enunciados se debe considerar si estos fueron: (i) enunciados por la misma persona, (ii) enunciados en el mismo tiempo, y (iii) enunciados en el mismo lugar, entre otras consideraciones⁴². En el plano jurídico, este énfasis en las circunstancias se plasma en la conocida precisión introducida por Bobbio, quien señala que una definición de las antinomias requiere de dos condiciones: (i) la pertenencia de las normas al mismo ordenamiento jurídico, o bien, a dos ordenamientos no independientes (ordenamientos coordinados o subordinados); y (ii) la identidad en el ámbito de validez de las normas: material, personal, temporal y espacial, es decir, que las normas coincidan en qué es aquello que debe ser realizado u omitido, quién debe realizarlo, y en qué tiempo y lugar⁴³.

³⁷ DWORKIN (1978), pp. 23-26.

³⁸ ALEXY (1993[1986]), pp. 86-87 y pp. 99-100.

³⁹ MORESO Y VILAJOSANA (2004), p.72.

⁴⁰ CARACCILO (1994), p.11.

⁴¹ AGÜERO-SANJUAN (2015b), pp. 41-42.

⁴² STRAWSON (1963), pp. 3-4.

⁴³ BOBBIO (1960), pp. 88-90.

Por lo mismo, dos normas no pueden entrar en conflicto cuando presentan condiciones de aplicación que no son compositibles⁴⁴. De ahí que, para identificar una antinomia jurídica, no solo se debe examinar el significado atribuido a los términos empleados en la descripción factual del antecedente, sino también a la coincidencia que se debe presentar en relación con el sujeto destinatario, la situación condicionante y la ocasión de ocurrencia⁴⁵.

Todavía más, aún sería necesario precisar que, del hecho de que existan dos normas con condiciones de aplicación contradictorias, no se sigue que necesariamente se produzca una antinomia. Por ejemplo, es posible que ambas normas funcionen conjuntamente, como si fuesen una misma norma con un antecedente formado por una conjunción y un consecuente, o bien, que ambas funcionen de manera disyunta, como si fuesen una misma norma con un antecedente formado por una disyunción y un consecuente. En el primer caso, la norma no podrá ser aplicada por presentar una condición imposible y en el segundo el antecedente será tautológico. Ambos casos pueden ser considerados defectuosos, pero no implican necesariamente una contradicción normativa⁴⁶.

De modo abreviado, podemos traer estas consideraciones para analizar uno de los ejemplos aludidos en la sección primera de este trabajo, referido al juicio de contraste entre el art. 32.1 de la Constitución Española que dispone: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» y el art. 44.2 Código Civil español que establece: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». En dicho caso, el tribunal debía determinar si la disposición legal resultaba compatible con la garantía institucional del matrimonio reconocida constitucionalmente. Al respecto, se puede entender que las normas en liza presentan idéntica consecuencia jurídica frente a distintas condiciones de aplicación. Una de ellas establecería que solo personas de diferente sexo pueden contraer matrimonio (N1); mientras que la otra indicaría que, tanto personas de diferente sexo como del mismo sexo, pueden contraer matrimonio (N2)⁴⁷.

Como sugiere Ratti, en los casos en que el legislador ha establecido una norma con condiciones de aplicación tautológicas, podría precisamente pretender excluir la relevancia de una propiedad, como hace en N2 al indicar que los contrayentes pueden ser del mismo o de diferente sexo, es decir, el sexo de los contrayentes resulta irrelevante para contraer matrimonio. Por ende, si según N2, el sexo de los intervinientes resultaría irrelevante para contraer matrimonio, esta conclusión es la que precisamente buscaban controvertir los recurrentes⁴⁸.

Pero, incluso si lo anterior fuera acertado, aún no se ha conseguido detectar una antinomia entre ambas disposiciones, porque para ello no basta con desentrañar el sentido de las palabras, sino también se requiere hacer lo propio respecto de las circunstancias de su concurrencia. Con tal propósito, podemos asumir la pertenencia de ambas normas al mismo ordenamiento jurídico, que lo garantizado es el derecho a contraer matrimonio y aceptar que las exigencias para ambos casos son idénticas. Sin embargo, aún faltaría dilucidar quiénes son capaces de celebrar un matrimonio, para lo cual se requiere cierta información del mundo que no puede extraerse únicamente del análisis lógico-lingüístico.

Al respecto, resulta patente que los términos “hombre y mujer” no son equivalentes a “diferente sexo” y, en consecuencia, opuestos a “mismo sexo”. Se podría sostener que, inclusive si asumimos que (i) “hombre” alude a una persona de sexo masculino y “mujer” a una persona de sexo femenino; y (ii) “sexo” refiere a la condición orgánica de animales y plantas, aún es posible admitir la falta de equivalencia, porque solo generalmente (no siempre) los cromosomas XX se vinculan con el sexo femenino (mujer) y los cromosomas XY con el sexo masculino

⁴⁴ RATTI (2013), p. 98.

⁴⁵ CARACCILO (1994), p.14.

⁴⁶ CARACCILO (1994), p.14; RATTI (2013), pp. 98-100.

⁴⁷ Probablemente, ahora se vea más claramente el caso de una norma inaplicable por presentar una condición imposible, por ejemplo, el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo y de diferente sexo.

⁴⁸ RATTI (2013), p. 100.

(hombre), existiendo una parte de la población mundial cuya biología no puede clasificarse binariamente, sino que a través de la categoría de intersexuales. Si esto es correcto el contenido conceptual o semántico de los términos por sí mismo es insuficiente para la determinación de una antinomia.

En resumen, la comprensión de la estructura de las normas jurídicas como juicios condicionales, que correlacionan descripciones factuales con consecuencias normativas, releva que la autoridad normativa al dictar una norma: (i) manifiesta una preferencia, (ii) sustrae un determinado hecho, estado de cosas, o acción de la indiferencia y (ii) espera que los destinatarios de la regulación ajusten su conducta a ella⁴⁹. Dicho acto de autoridad permite capturar el carácter normativo de toda regulación (diferenciándolo de las descripciones, constataciones o meras definiciones de comportamientos) y enfatiza la selección de ciertos hechos del mundo (acotando dicha regulación a una serie de circunstancias empíricas determinadas)⁵⁰. Por consiguiente, si los hechos son elementos constitutivos de toda norma y un criterio necesario para identificar sus antinomias, es imposible que el razonamiento jurídico pueda quedar completamente desvinculado de toda consideración empírica, particularmente en sede constitucional. Ya que un tribunal constitucional, como en este caso, no se pronuncia acerca de, por ejemplo, el matrimonio en general, sino con base en la ley o proyecto de ley impugnado, ni menos busca resolver todas las posibles objeciones que la nueva ley suscite, sino únicamente aquellas formuladas en el requerimiento de constitucionalidad⁵¹.

En otras palabras, toda instancia jurisdiccional, siempre exige una delimitación de los hechos del caso, y en este tipo de juicios de contrastación constitucional estos están determinados por las normas jurídicas en juego en un doble sentido. Por un lado, determinan los hechos del mundo respecto de los cuales la autoridad manifiesta alguna preferencia y, por el otro, entregan el soporte factual sobre el cual se delimitan las impugnaciones o requerimientos.

b. El funcionamiento de los conceptos jurídicos

La dictación o promulgación de normas jurídicas de manera escrita a través del lenguaje natural constituye un rasgo propio del Estado Moderno de Derecho. En esta sección, se desarrollan las consecuencias derivadas de esta constatación a partir de la caracterización del lenguaje jurídico y, especialmente, de la determinación de sus conceptos.

En la sección precedente argumentamos que las antinomias no se presentan entre enunciados lingüísticos sin más, sino que entre los significados expresados o atribuidos a ellos. De ahí que, cuando en el terreno jurídico se utilizan expresiones como “el significado del artículo”, “el concepto expresado por los términos”, o “la corte resolvió en el mismo sentido”, nos enfrentamos con sintagmas nominales o pronominales que no refieren a un conjunto específico de palabras, sino al significado de lo expresado (por el legislador, los autores o los tribunales). O sea, una cosa es el sintagma y otra es el pensamiento o el contenido proposicional expresado en su virtud. Solo este último puede ser objeto de actitudes proposicionales, tales como: creer, negar, aseverar, rechazar, ordenar, cuestionar, etc.⁵². Por ello, la posibilidad de entender qué se está diciendo, pensar abstractamente y, en consecuencia, atribuir sentido a aquello que se está diciendo, descansa en la existencia de objetos del pensamiento que presentan relaciones entre sí. Estos objetos se corresponden con nuestros conceptos, los cuales

⁴⁹ BAYÓN (1991), pp. 243, 313 y 319. En sentido similar ROSS (1971[1967]), pp. 42, 66 y 70, señala que el discurso directivo agrupa distintas manifestaciones del fenómeno normativo cuyo elemento compartido es el uso del lenguaje con el propósito de motivar o influir en el comportamiento de otros a través de mandatos, peticiones, consejo, exhortaciones, reglas de un juego o jurídicas.

⁵⁰ Como sostuvo KELSEN (1982[1960]), p. 24: “...la posibilidad de una conducta que no corresponde a la norma tiene que darse también. La norma que prescribe algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse”.

⁵¹ Una posición distinta a la defendida en este trabajo se encuentra en SZCZARANSKI (2021), quien postula una concepción semántica de las contradicciones normativas.

⁵² STRAWSON (1985), p. 70.

dan cabida a objetos del pensamiento generales o abstractos, ideas o universales, identificables, pero no localizables en el mundo físico natural⁵³.

El derecho utiliza los lenguajes naturales, entre otras razones, por consideraciones de seguridad jurídica. Estos lenguajes poseen criterios de corrección derivados de su carácter social, lo que permite identificar un uso correcto de los mismos⁵⁴. Esto último deriva de su conformidad con la práctica común existente en una comunidad determinada. La formación de dichas prácticas descansa en la posibilidad de tener un acceso compartido a las “circunstancias donde los miembros de la comunidad lingüística concuerden el uso de la expresión”, es decir, la presencia de bases públicamente observables para su aplicación. De ahí que, mediante la aceptación de criterios de corrección, se admita la posibilidad de que existan tipos generales que son o pueden ser ejemplificados una y otra vez en casos particulares distintos, y dichos tipos generales abstractos, para algunos filósofos, son denominados conceptos⁵⁵.

Sin embargo, el lenguaje jurídico es también un lenguaje técnico, ya que sus términos o expresiones suelen designar conceptos especializados que se apartan del significado generalmente atribuido a ellos. Por consiguiente, si bien el derecho utiliza el lenguaje natural para enunciar sus normas, algunos de sus conceptos requieren de una comprensión o conocimiento adicional de tipo profesional⁵⁶. En los lenguajes técnicos como el derecho, tanto la configuración como el contenido de sus conceptos están determinados por la disciplina o área del conocimiento en la cual estos se desarrollan. Dichos términos están cargados con el equipaje de la teoría y la práctica en la cual ellos son utilizados y desarrollados⁵⁷. Así, para conocer un concepto técnico es necesario tener algún grado de comprensión e internalización de la disciplina matriz, junto con una comprensión de las teorías en las cuales ellos son utilizados⁵⁸.

De lo anterior se desprenden tres precisiones sobre el carácter técnico de los conceptos jurídicos. Primero, si bien el derecho utiliza como modo de expresión preferentemente el lenguaje natural, ello no impide que este sea considerado un lenguaje técnico a partir del significado específico atribuido autoritativamente a determinadas palabras o expresiones o del modo en que estas son interpretadas en la práctica. Segundo, el carácter técnico del lenguaje jurídico se presenta con independencia de las palabras escogidas para designar sus conceptos especializados, es decir, con independencia de si para ello se utiliza un término del lenguaje ordinario con un significado técnico, como en la voz “persona”, o un término o expresión *ad-hoc*, como en la máxima “inconstitucionalidad”⁵⁹. Tercero, los conceptos jurídicos son dependientes de una práctica especializada y necesariamente están cargados de un equipaje determinado por las teorías y prácticas de la comunidad de referencia, de manera que para su adecuado conocimiento se requiere formación profesional⁶⁰. Pero, adicionalmente y sin perjuicio de lo anterior, en numerosas ocasiones, al regular cuestiones complejas desde el punto de vista científico o tecnológico, el lenguaje jurídico importa términos técnicos provenientes de otras disciplinas, por ejemplo, de la medicina, la robótica, etc. Esto último significa que el derecho es un lenguaje técnico que, para el logro de sus fines también debe relacionarse con otros lenguajes técnicos.

⁵³ STRAWSON (1985), pp.91-94.

⁵⁴ AGÜERO-SANJUAN (2018), pp. 114-115; AGÜERO-SANJUAN (2022), pp. 18-19.

⁵⁵ STRAWSON (1985), pp. 76-79; STRAWSON (2011), p. 187. Un mayor desarrollo y aplicación de estas ideas en AGÜERO-SANJUAN (2018); AGÜERO-SANJUAN (2015a), p. ix-xiv; AGÜERO-SANJUAN (2022), pp. 18-19.

⁵⁶ A este respecto es preciso tener presente dos distinciones. La primera, entre lenguajes naturales (español, italiano, etc.,) y lenguajes formales (matemática, lógica, etc.), donde estos últimos definen estrictamente tanto sus símbolos como sus reglas de composición, evitando la ambigüedad y la vaguedad propias de los lenguajes naturales. La segunda, entre el lenguaje ordinario y el lenguaje técnico, según si el sentido de sus expresiones se obtiene o no del uso común de las palabras. En español, un claro énfasis del carácter técnico del lenguaje jurídico en: REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2017), pp. 2-3. También en AGÜERO-SANJUAN (2018), pp. 114-115; y AGÜERO-SANJUAN (2015a), pp. ix-xiv.

⁵⁷ AGÜERO-SANJUAN (2018), pp. 114-115; AGÜERO-SANJUAN (2015a), pp. ix-xiv; AGÜERO-SANJUAN (2022), pp. 18-19.

⁵⁸ RYLE (1964), pp.89-91.

⁵⁹ AGÜERO-SANJUAN (2022), p. 18-19.

⁶⁰ Un mayor desarrollo de estas ideas en torno a los conceptos jurídicos en: AGÜERO-SANJUAN (2018); y una utilización de ello en AGÜERO-SANJUAN (2015a), p. ix-xiv.

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que todo análisis en “abstracto” implica necesariamente un análisis de hechos en el plano interpretativo, hechos lingüísticos que determinan y configuran los conceptos jurídicos de cada comunidad. Esta conclusión resulta inevitable (y obvia) una vez hemos aceptado que el lenguaje (natural y técnico) es siempre un producto social y que, precisamente, en casos de lenguajes técnicos como el derecho, el significado de sus términos y conceptos está condicionada por las teóricas y prácticas dominantes dentro de una determinada comunidad lingüística y epistémica.

Para ejemplificar lo anterior recurrimos a la ya citada sentencia rol 3729 (3751)-17 del Tribunal Constitucional chileno, que resolvió sobre la constitucionalidad del art. 199 del Código Sanitario. Específicamente, el tribunal se pregunta si el art. 19 N°1 inciso segundo de la CPR que indica: «*La ley protege la vida del que está por nacer*», resulta compatible con una modificación del citado precepto legal, que autoriza la interrupción del embarazo en los casos y concurriendo las condiciones indicadas en su texto. La repercusión pública del caso impuso al tribunal la obligación de explicar detalladamente sus criterios o lineamientos interpretativos. Entre estos deseamos destacar dos de dichos lineamientos interpretativos: el criterio de la interpretación dinámica y el criterio de la interpretación sistemática.

Según el tribunal, el criterio de la interpretación dinámica permite la adaptación del texto constitucional a las distintas realidades y, al mismo tiempo, exige sujetarse a los cambios de contexto que pueden haberse producido entre la fecha de dictación de la Constitución y el momento de su aplicación (c. 29). Como parte de dicha evolución, la sentencia constató que existen cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar (c. 30). Ello significa excluir un criterio originalista de interpretación constitucional con base en los años transcurridos desde la dictación de la constitución, las más de cuarenta reformas sufridas por el texto constitucional, y los cambios ocurridos en el contexto jurídico y político desde la época de su dictación (c. 31).

Por su parte, el criterio de la interpretación sistemática entiende que la interpretación de los preceptos constitucionales no se puede realizar aisladamente, sino más bien en armonía con otros preceptos constitucionales, legales y/o de derecho internacional (c. 26 y 28). El tribunal utiliza este criterio para dotar de contenido al art. 19 N° 1 inciso segundo, mediante su relación con las normas vigentes del ordenamiento jurídico chileno que regulan su mismo ámbito. Fruto de este análisis sostiene dos tesis de interés, una al precisar el concepto de “el que está por nacer” y otra delinear la noción de “nacer o nacimiento”. En relación con la primera precisión, reconoce que la Constitución guarda silencio al respecto; añade que en su sentencia rol 740/2007 se sostuvo que ello ocurría desde la concepción, pero considera que, en esta oportunidad, no le corresponde establecer algo en este sentido, especialmente, dada la controversia científica en la materia y las encontradas posiciones morales sobre este aspecto (c. 50 y 51). Y, al delinear el concepto de “nacer o nacimiento”, opta por un sentido distinto al hecho biológico, pero toma este último como una de las razones contribuyentes para vincular las nociones de persona y nacimiento (c. 60, 68, 70).

En el desarrollo de la argumentación reviste especial interés el diálogo que la sentencia traza con la legislación biomédica que aborda aspectos como el inicio y término de la existencia natural y legal, los derechos y deberes de los pacientes, entre otros espacios de interacción entre el derecho y las ciencias biológicas. Como botón de muestra se pueden destacar dos pasajes donde el tribunal debe lidiar con cuestiones fácticas, utilizando en ambos casos una aproximación deferente para con el conocimiento científico. En un caso, al abordar la cuestión del inicio de la existencia humana, en otro pasaje, al justificar la constitucionalidad de la interrupción voluntaria cuando el embarazo es producto de una violación, recuerda que el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer, aludiendo que en las audiencias públicas una profesional médica presentó datos que mostraban que, el 66% de los embarazos por violación corresponden a adolescentes. De ellos, el 12% son

menores de 14 años; y el 7% son menores de 12 años. Y en el 92% de esos casos, la violación la cometen familiares; y en casi la mitad de esos casos, son reiteradas (c. 108)⁶¹.

En definitiva, para dotar de contenido a las expresiones que integran el texto constitucional, el tribunal debe recurrir a hechos del mundo. Por un lado, debe ajustarse a la realidad vigente al tiempo de dictar sentencia y, en consecuencia, precisar cómo se entienden los conceptos jurídicos dentro de aquel contexto. Y, por otro lado, al tiempo de formular una interpretación sistemática necesariamente recurre a consideraciones empíricas (médicas, biológicas y de moral social) para precisar cuáles son los hechos o estados de cosas regulados por la normativa vigente. Todas estas son cuestiones factuales, mas no lógicas ni meramente lingüísticas, muestran la necesidad de regular la determinación, presentación y valoración de cierto tipo de evidencia factual en sede constitucional⁶².

c. El uso de estrategias de ponderación

Una tercera dimensión en que la concepción lógico-lingüística del control abstracto no permite reconstruir adecuadamente la práctica de los tribunales constitucionales conectada con las estrategias de razonamiento típicamente utilizadas para interpretar y aplicar la Constitución. Este argumento se asienta en la difusión mundial de técnicas para resolver conflictos que involucran derechos constitucionales, denominadas estrategias de balanceo o de ponderación, entre las cuales el principio de proporcionalidad ha tenido un uso preponderante.

En algunos países dicho principio se ha establecido expresamente en la Constitución o la ley, mientras que en otros su recepción se ha desarrollado jurisprudencialmente. De acuerdo con Cohen y Porat⁶³, la difusión mundial de esta estrategia está bien documentada y representa un hecho incontrovertido. El principio de proporcionalidad, originado en el derecho administrativo prusiano del siglo XIX, fue incorporado en el derecho constitucional alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial. Luego fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que ayudó a su diseminación por Europa. En la actualidad, también forma parte de la cultura constitucional de una larga lista de países como Canadá, Israel, Sudáfrica, Nueva Zelandia, India, y la gran mayoría de países latinoamericanos. En la práctica, la única excepción es el derecho constitucional de los EE. UU., país que ha desarrollado estrategias propias de balanceo o ponderación⁶⁴.

Desde luego, existen diferentes versiones del principio de proporcionalidad. Lo relevante para nuestro trabajo, es que todas ellas introducen un tipo de razonamiento que busca medir figurativamente el grado de afectación en un determinado bien jurídico en compensación con el beneficio que recibe otro valor o principio en juego. Para resolver la ecuación, normalmente se apela a las circunstancias de la especie, lo que requiere capturar y analizar información empírica para decidir si en el caso concreto la limitación es constitucionalmente tolerable.

Por ejemplo, si tomamos la versión de Alexy, se debe recordar que los principios son considerados mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Esta idea permite un cumplimiento gradual de los principios y explica por qué las colisiones entre estos deben resolverse (no en abstracto) sino con base en las circunstancias del caso, como muestra la

⁶¹ En la causa se recibieron noventa y nueve audiencias públicas, en que diversas organizaciones sociales plantearon alegaciones respecto al conflicto constitucional sometido a decisión del Tribunal Constitucional. Nuevamente, para este argumento específico el tribunal cita únicamente una de dichas intervenciones, sin justificar cómo los datos por ella expresados se dan por acreditados.

⁶² Precedentemente reconocimos la existencia de una diversidad de hechos que pueden impactar de alguna manera en el razonamiento constitucional, de modo que, ahora corresponde indicar que, en el mismo sentido, somos conscientes de la existencia de una diversidad de fuentes que poseen distinta autoridad epistémica (informes médicos, estadísticos, *amicus curiae*, etc.). La clasificación y ordenación de dichas fuentes es otra dimensión de la agenda investigativa que abre este artículo, que esperamos retomar en un trabajo ulterior.

⁶³ COHEN Y PORAT (2011), p. 465.

⁶⁴ Entendemos que, en la literatura teórico-jurídica, la estrategia de la ponderación ha sido vinculada a la figura de R. Alexy; mientras que, el razonamiento del balance con la obra de R. Dworkin, de modo que, en un sentido estricto no serían equivalentes. Sin embargo, para efectos de este trabajo las entenderemos como intercambiables.

célebre fórmula propuesta por el autor: $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C}$, donde C representa las circunstancias del caso que condicionan la prevalencia de un principio sobre otro⁶⁵.

En línea con lo anterior, al aplicar el test de proporcionalidad y determinar la constitucionalidad de la norma, se requiere demostrar que la medida legislativa es necesaria para perseguir un fin constitucionalmente legítimo, que es adecuada para este propósito y que el beneficio que conlleva su adopción es proporcionado al sacrificio que ocasiona sobre otro interés en juego. Para justificar que el legislador ha dado cumplimiento a estas tres exigencias, o incluso para demostrar lo contrario, no existe otro camino que aportar evidencia empírica.

Esa es precisamente la estrategia que utiliza la sentencia n°2021-824 del Consejo Constitucional francés ya citada. Lo hace en varios pasajes. Solo a título ejemplar consideremos el fundamento 22, donde defendiendo la estrategia de vacunación contra la pandemia, asegura que sin ella se produciría un colapso del sistema sanitario en determinadas zonas del Estado. Al respecto afirma que: «el estado de emergencia sanitaria pretende permitir las autoridades públicas tomar medidas para hacer frente a una crisis salud grave», añadiendo que «el legislador consideró, a la luz de los datos científicos disponibles sobre la situación sanitaria de los territorios de Reunión, Martinica, Guadalupe, San Bartolomé y San Martín [...] que, por su naturaleza, y su gravedad, y dadas las capacidades hospitalarias de estos territorios y las coberturas de vacunación de sus poblaciones, pone en peligro, la salud de la población»⁶⁶. Acto seguido, cuando se refiere a la duración del estado de emergencia sanitaria, con el fin de reafirmar su decisión de declarar la norma conforme con la Constitución, nuevamente apela a información empírica, señalando que: «esta apreciación es corroborada por la opinión del 16 de julio de 2021 del comité de científicos previsto por el artículo L. 3131-19 del código de salud pública. No corresponde al Consejo Constitucional, que no tiene un poder general de evaluación y decisión de la misma manera naturaleza como la del Parlamento, cuestionar la apreciación del legislador de la existencia de un desastre sanitario y del riesgo de que persiste en los próximos dos meses, siempre que, como es el caso en la especie, esta evaluación no es, en el estado del conocimiento, manifiestamente inadecuada en relación con la situación actual de estos territorios»⁶⁷.

Este ejemplo muestra claramente el uso de evidencia empírica en sede de control abstracto de constitucionalidad. Por supuesto, es indiscutible que en Francia en el año 2021 se produjo una emergencia sanitaria debido a la pandemia por el virus SARS-CoV-2. Esto ha sido un hecho público y notorio a nivel mundial, pero lo que no lo fue son las estrategias para combatir la pandemia. Lo relevante es que en dicho contexto esas medidas fueron revisadas en sede de control abstracto, fueron justificadas a la luz del principio de proporcionalidad, y como no podía ser de otra manera, dicha justificación se basó en evidencia científica. Hasta cierto punto, la sinceridad de esta sentencia también es excepcional, puesto que en muchas ocasiones el análisis de la *questio facti* en sede de control de constitucionalidad aparece maquillada de consideraciones puramente normativas.

El punto se ha debatido solo incipientemente en el *civil law*, particularmente en la doctrina alemana. En un estudio sobre el principio de proporcionalidad, Schlink se pregunta por algunos de los problemas asociados a su aplicación práctica, mencionando uno que él denomina “el problema de la información insuficiente o ambigua”⁶⁸. Adicionalmente, plantea que, como los tests de adecuación y necesidad remiten a problemas empíricos, la ciencia, la academia o las probanzas empíricas podrían ayudar a solucionarlos de mejor forma. Por ende, postula la introducción de reglas de *onus probandi* para materias constitucionales, señalando que ninguna jurisdicción constitucional conocida por él sigue reglas de este tipo. Seguramente él se refería a

⁶⁵ ALEXY (2007), pp. 85-87.

⁶⁶ La traducción es nuestra.

⁶⁷ La traducción es nuestra.

⁶⁸ SCHLINK (2012), p. 299.

jurisdicciones del *civil law*, puesto que en países como Canadá⁶⁹ Irlanda⁷⁰ o India⁷¹, la carga de la prueba en la aplicación del principio de proporcionalidad ha sido un tema largamente tratado.

Otros autores han planteado inquietudes similares. Según Petersen, la exclusión de consideraciones fácticas es insensata, si en el razonamiento constitucional se utilizan argumentos consecuencialistas. Para este, tan pronto como consideramos a las consecuencias como elemento de análisis, necesitamos del auxilio de las ciencias para demostrar el impacto de una decisión (aunque él alude únicamente a las ciencias sociales, no parece haber razón para excluir a las ciencias naturales), porque se necesita, justamente, evaluar profesionalmente sus consecuencias⁷². El mismo autor señala dos ejemplos de instrumentos evaluativos ampliamente utilizados en el derecho constitucional contemporáneo basados en argumentos consecuencialistas: el juicio de igualdad y el test de proporcionalidad. Incluso él descarta que el uso de estas herramientas sea opcional para los tribunales de justicia, sino que más bien resultan impuestas por las propias constituciones, cuando establecen límites a los derechos basados en bienes colectivos que se expresan a través de cláusulas como la salud pública, la conservación del medio ambiente, entre otras⁷³.

En suma, las implicancias empíricas de la ponderación y el test de proporcionalidad son obvias. El punto es tan evidente que la literatura que explica su éxito ha ensayado la hipótesis de que este mecanismo se ha diseminado por todo el mundo, porque justamente resulta útil para evitar pronunciarse sobre los complejos desafíos que conlleva la composición de valores en sociedades heterogéneas, reemplazando las preguntas valorativas por decisiones acerca de hechos que evalúan, aparentemente de forma más objetiva, los costos y beneficios de una medida⁷⁴.

Como epílogo para esta sección, es importante referirnos brevemente al tratamiento de la doctrina en español ha dado a la cuestión. Este ha sido poco sistemático, aunque sí existen menciones que pudiesen entenderse que comparten la preocupación levantada en estas páginas. Por ejemplo, Rubio ha afirmado que «hoy puede tenerse por superada la vieja polémica sobre la posibilidad de categorizar como jurisdicción una función en la que no se enjuician hechos, sino normas», aunque sin explicar esa idea en detalle ni tampoco desarrollarla posteriormente⁷⁵. Hardy ha estudiado cómo la Suprema Corte de Justicia mexicana ha incorporado el conocimiento experto como insumos para el fallo de recursos de amparos⁷⁶. En Chile se ha criticado la manera cómo el Tribunal Constitucional ha resuelto casos relativos a salud reproductiva incorporando estándares probatorios propios del derecho penal⁷⁷, se ha criticado la forma como aplica el test de proporcionalidad⁷⁸, o incluso cómo en mecanismos de control concreto omite toda justificación en torno a las circunstancias del caso concreto⁷⁹. Incluso es posible encontrar autores que asumiendo la distinción tratada en estas páginas parecen insistir en la tesis clásica⁸⁰. De todas formas, creemos que la cuestión merece un tratamiento sistemático y general, cuestión que aún no ha sido desarrollada entre nosotros.

4. ¿Qué tipo de evidencia empírica es relevante en sede constitucional?

El análisis antes expuesto demuestra que el control de constitucionalidad requiere ser comprendido como una operación intelectual que exige computar elementos fácticos. No

⁶⁹ CHOUDHRY (2006).

⁷⁰ KENNY (2018).

⁷¹ BEDDY (2023).

⁷² PETERSEN (2013), p. 298.

⁷³ PETERSEN (2013), p. 302.

⁷⁴ BEATTY (2004), p. 171.

⁷⁵ RUBIO (1988), p. 12.

⁷⁶ HERDY (2021).

⁷⁷ MARSHALL et al. (2007), pp. 160-166.

⁷⁸ ZÚÑIGA (2010), p. 264.

⁷⁹ COUSO Y CODDOU (2010), pp. 396-410; NUÑEZ (2012); SALAS (2018).

⁸⁰ ALDUNATE (2006), p. 297; COVARRUBIAS (2012), p. 472.

obstante, es necesario relevar que, en ninguna de las tres dimensiones antes explicadas, los hechos identificados revisten una configuración similar a la que presentan en la jurisdicción común, entendiendo por tal aquella que conoce y resuelve materias distintas de la constitucional. Esto muestra lo imperativo de una reflexión sobre qué hechos merecen desplegar actividad justificatoria en sede constitucional y cómo hacerlo. A diferencia de sus análogos del *civil law*, en varios ordenamientos del *common law* este debate se ha desarrollado durante ya varias décadas, aunque, por cierto, ello no significa que allí el debate se encuentre cerrado. En lo que sigue revisaremos brevemente la discusión en los EE. UU., aunque también mencionaremos algunos desarrollos particulares en otros países del *common law*. Lo anterior, solo a título de ilustrar uno de los posibles escenarios para el debate entre nosotros.

En los EE. UU. durante el siglo XIX la preocupación por el tema fue inexistente. El silencio en la literatura y la jurisprudencia permite inferir una posición similar a la que se impondría en Europa con el surgimiento de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, esta visión puede observarse en la seminal sentencia *Marbury vs. Madison*, la que entiende las cuestiones de constitucionalidad exclusivamente como un mero ejercicio de contrastación entre enunciados normativos⁸¹. Esta comprensión se reafirma en el hecho de que los grandes precedentes del siglo XIX se abocan a resolver conflictos competenciales entre los estados y el gobierno federal, cuestión que emerge como el gran asunto constitucional de dicho período.

Sin embargo, hubo casos que indudablemente plantearon cuestiones de naturaleza empírica. El más célebre fue *Plessy v. Ferguson*, referido al problema de la segregación racial, tema sobre el que la Corte Suprema volverá seis décadas después. *Plessy* consagró la doctrina “separados, pero iguales”, resolviendo que la existencia de instalaciones y servicios sociales racialmente segregados no vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley reconocido por la enmienda XIV, siempre que fueran de la misma calidad y funcionalidad⁸². En dicha sentencia las cuestiones empíricas fueron eludidas. La Corte Suprema tendrá en 1953 una mirada radicalmente distinta en la sentencia *Brown v. Board of Education*, que declaró inconstitucional la segregación racial en el sistema educativo⁸³. En *Brown* se analizó en profundidad, en la nota al pie 11, la evidencia empírica acompañada por los litigantes que acreditaba el daño psicológico causado a los niños víctimas de segregación racial⁸⁴. La nota al pie 11, además de operar como una de las *rationes decidendi* de la sentencia, adquirió el extraño estatus de ser la nota al pie más comentada doctrinalmente del derecho estadounidense.

Dicho panorama ya había comenzado a cambiar cinco décadas antes con *Muller v. Oregon*, fallado en 1908⁸⁵. En aquella oportunidad se planteó una cuestión que terminaría siendo el gran tema constitucional del primer tercio del siglo XX: la constitucionalidad de la legislación social. En síntesis, la sentencia se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de una ley estatal que limitaba la jornada laboral de las mujeres, estableciendo un número máximo de horas semanales. En el juicio, Louis Brandeis –por entonces, *Counsel of the Oregon State* y quien posteriormente se convertiría en uno de los jueces más importantes de la historia de la Corte Suprema– intentó defender la constitucionalidad de la ley proporcionando al tribunal un informe con evidencia obtenida de investigaciones científicas en el área de las ciencias sociales, que mostraba los impactos que producían en las mujeres una jornada laboral demasiado extendida⁸⁶.

A la postre, estos informes serían conocidos como *Brandeis Briefs* y se convertirán en un tipo de evidencia frecuentemente utilizado en estos casos. Las primeras décadas del siglo XX constituyeron un contexto propicio para ello, pues la legislación del *New Deal* poseía una fuerte vocación regulatoria, que abordaba complejos aspectos técnicos que requerían la intervención de especialistas en distintas materias. Esos informes se presentaban como argumentos técnicos

⁸¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁸² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁸³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁸⁴ MODY (2001).

⁸⁵ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

⁸⁶ DORO (1958).

en el marco de diferentes tests de control desarrollados por la Corte Suprema, como el *test of strict scrutiny*, empleado para el caso en que hubiera derechos fundamentales en liza, o el *test of rational basis*, utilizado para controlar la constitucionalidad de la legislación social.

La emergencia de los *Brandeis Briefs* permitirá vislumbrar los desafíos de la introducción de evidencia empírica en el derecho constitucional. En efecto, el principal argumento del informe *Brandeis* en el caso *Muller* fue que las mujeres estaban menos capacitadas que los varones para empeñarse en largas jornadas laborales. Esta conclusión, que hoy estaríamos dispuestos a controvertir y que con toda seguridad sería descartada científicamente, muestra que la evidencia empírica no puede darse por descontada, tal como si se tratara de un hecho público y notorio, y que merece ser debatida y contrargumentada. Las complejidades que presenta la introducción de evidencia empírica también explican por qué las normas reguladoras de la prueba en los EE. UU. –las *General Rules of Evidence*– no estaban preparadas para este tipo de prueba, lo que generaría un arduo debate en las décadas posteriores.

Este debate, aún abierto, versa específicamente sobre la identificación de los hechos que típicamente aparecen en los procesos constitucionales y la determinación de la vía idónea para valorarlos y darlos por acreditados. Asumiendo que las consideraciones empíricas resultan significativamente importantes en la jurisdicción constitucional, la pregunta relevante es por qué los medios de prueba tradicionales no son adecuados o suficientes para incorporar dichas consideraciones a este tipo de procesos. En otras palabras ¿cuál sería la especialidad de estos hechos que han terminado generando esta vía oblicua? La respuesta de Kenneth Culp Davis ha sido la de mayor aceptación a nivel doctrinal y jurisprudencial. En su artículo de 1942 Davis planteó que se debe distinguir entre hechos jurisdiccionales (*adjudicative facts*) y hechos legislativos (*legislative facts*), definiendo a los primeros como sigue: “Cuando una agencia [o tribunal] encuentra hechos que afectan directamente a las partes (qué hicieron estas, o cuáles fueron las circunstancias y condiciones del caso), la agencia [o tribunal] está desempeñando una función adjudicativa, y los hechos pueden convenientemente denominarse hechos adjudicativos”⁸⁷. Y a los segundos de la siguiente manera: “Cuando una agencia [o tribunal] lidia con una cuestión de política jurídica, está actuando legislativamente, [y] los hechos que informan su juicio legislativo pueden convenientemente denominarse hechos legislativos”⁸⁸.

Aunque el artículo se proponía reflexionar sobre el control de la Administración del Estado, sus conclusiones fueron rápidamente extrapoladas al derecho constitucional. La posición de Davis fue que las reglas reguladoras de la prueba deben ser distintas en ambos casos⁸⁹. La gran influencia de la distinción de Davis ha justificado que las *General Rules of Evidence*, aún no hayan incorporado la prueba de las cuestiones empíricas en casos constitucionales. En definitiva, en estos casos no se trata de probar hechos específicos que han sucedido en el pasado, sino más bien hechos que ocurrirán como consecuencia de la aprobación y entrada en vigor de la norma, por tanto, solo son susceptibles de ser acreditados a través de conocimiento científico⁹⁰.

A pesar de que a la fecha siguen careciendo de una regulación expresa, la presentación de pruebas empíricas en materia constitucional se ha convertido en un lugar común cuya existencia y debate se ha documentado largamente en la literatura y la jurisprudencia. Todo lo anterior, ha tenido como consecuencia que la práctica ha ido estandarizando la forma cómo se presenta y discute la evidencia empírica, aunque también esas prácticas han sido sometidas a constante discusión y revisión. Incluso existen propuestas que plantean que la distinción de Davis es inoficiosa y debería ser abandonada⁹¹. No es nuestro propósito abordar los debates de mayor detalle que se han producido en el contexto del derecho estadounidense. Lo que a

⁸⁷ DAVIS (1942), p. 402. La traducción es nuestra.

⁸⁸ DAVIS (1942), p. 402. La traducción es nuestra.

⁸⁹ DAVIS (1942), p. 364.

⁹⁰ KARST (1960), p. 61.

⁹¹ MONAHAN Y WALTER (1991).

nuestro juicio interesa relevar es que la cuestión no es nimia y merece ser discutida entre nosotros. Un itinerario similar se ha producido en Canadá⁹², Irlanda⁹³ y Australia⁹⁴.

Por ejemplo, si bien cada país presenta particularidades que resultan imposibles de tratar en detalle, consideramos que, en términos generales, las ideas acuñadas por la doctrina estadounidense se han difundido de modo uniforme en otras jurisdicciones del *common law*. En este sentido, Gageler muestra cómo la distinción antes aludida se ha extendido a diferentes jurisdicciones del *Common Law* manteniendo los mismos términos⁹⁵. Por ejemplo, la misma distinción y con idéntica terminología también han sido adoptada por la Corte Suprema de Canadá⁹⁶, la Corte Constitucional de Sudáfrica⁹⁷ y la Corte Suprema de Nueva Zelanda⁹⁸. En Australia, el primer reconocimiento judicial de la distinción se produjo en 2002, cuando el Tribunal Superior también adoptó dicha distinción⁹⁹. Adicionalmente, se puede mencionar que en Canadá el debate se ha producido a partir de un procedimiento denominado *reference*, el que concentra un gran número de casos de control constitucional, y que no contempla la posibilidad de ofrecer y discutir prueba¹⁰⁰.

Más allá de las particularidades procesales de cada ordenamiento jurídico, el debate presenta elementos comunes. De este modo, la evidencia comparada indica que la cuestión es importante, y que no obstante ser de difícil solución, requiere ser discutida. Ocultarla no soluciona el problema, debido a que la práctica del control constitucional indefectiblemente termina incorporando y valorando los hechos del caso. Por ende, que los litigantes no puedan discutirlos con igualdad de armas procesales y bajo el principio de bilateralidad de la audiencia, solamente ocasiona que el tribunal devenga en soberano para determinar qué hechos son relevantes y cuándo y cómo se deben dar por acreditados.

5. Conclusiones

A pesar de que la irrelevancia de los hechos opera como una asunción común en los sistemas constitucionales y la cultura jurídica del *civil law*, en la práctica los tribunales constitucionales recurren a consideraciones fácticas al momento de elaborar y formular juicios de constitucionalidad. Situación respecto de la cual, las normas constitucionales y legales guardan silencio.

El modelo de control abstracto basado en la concepción lógico-lingüística representa una reconstrucción inadecuada de la práctica. Así concebido, este no existe ni se presenta en ningún sistema jurídico del mundo. Por diversas razones examinadas en este trabajo los hechos son un elemento necesario, inclusive inmanente del razonamiento jurídico, en específico, en las operaciones intelectuales que supone el control de constitucionalidad.

En relación con la jurisdicción común, los tribunales y procesos constitucionales presentan ciertas peculiaridades. Estas circunstancias inciden en que los hechos relevantes para resolver un asunto de esta naturaleza no necesariamente comparten las mismas características que sus homólogos del derecho común, lo que sugiere la necesidad de explorar vías alternativas.

Como mostramos de manera ejemplar, en los sistemas constitucionales del *common law* esta discusión ha transitado por un largo recorrido. Allí existe consenso que es necesario discutir y evidenciar la relevancia de los elementos empíricos en los procesos constitucionales. A pesar de que siguen existiendo varios debates aún irresueltos, el enfoque más utilizado entiende que los hechos que resultan relevantes en materia constitucional son aquellos denominados hechos

⁹² MANFREDI Y MAIONI (2022).

⁹³ SHERLOCK (1991).

⁹⁴ TRAN (2012).

⁹⁵ GAGELER (2008), p. 18.

⁹⁶ Danson v Ontario (Attorney-General) [1990] 2 SCR 1086.

⁹⁷ S v Lawrence, S v Negal; S v Solberg (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) ZACC 11; 1997 (10) BCLR 1348; 1997 (4) SA1176, [6 October 1997].

⁹⁸ Hansen v The Queen [2007] NZSC 7, de 20 February 2007

⁹⁹ Woods v Multi-Sport Holdings Pty Ltd (2002) 186 ALR 145.

¹⁰⁰ HOGG (1976), p. 390.

legislativos. En estos casos no se trata de probar hechos específicos que han sucedido en el pasado, sino más bien hechos del mundo que no pueden entenderse sino como consecuencia de la norma, por tanto, solo son susceptibles de ser acreditados a través de conocimiento científico.

Lo anterior es un indicio que las dificultades antes referidas no son óbice para que el problema sea abordado en los ordenamientos del *civil law*. De la circunstancia de que los textos jurídicos omitan la consideración de los hechos en los procesos constitucionales no se sigue su desaparición o irrelevancia. Por el contrario, los hechos siguen siendo relevantes, pero se incorporan al proceso y se valoran en la sentencia de forma discrecional por parte del tribunal. En dicho escenario son los jueces constitucionales quienes deciden qué hechos son pertinentes, sustanciales y controvertidos, cómo deben valorarse y quién debe soportar el *onus probandi*, sin que exista la posibilidad de que los litigantes puedan discutir esa decisión con igualdad de armas procesales y bajo el principio de bilateralidad de la audiencia.

Por último, en distintas partes del texto hemos indicado que somos conscientes de que el presente ejercicio de explicitación que supone mostrar la relevancia de los hechos en los procesos de constitucionalidad de la ley, trae aparejada una amplia agenda de investigación. Esta se vincula con una serie de temas conexos como, por ejemplo, trazar una taxonomía de los diversos hechos con relevancia en sede constitucional, que incluya la manera de acreditarlos en juicio y su forma de valoración, como asimismo una clasificación y ordenación de las eventuales fuentes (informes médicos, estadísticos, *amicus curiae*, etc.) según su autoridad epistémica. Dicha tarea desborda los límites y posibilidades de este trabajo. Sin embargo, al mismo tiempo, aquella limitación representa un incentivo para abordar la referida agenda de investigación en trabajos futuros sobre estas materias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGÜERO-SANJUAN, SEBASTIÁN (2015a): “La Derogación. Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídico (Tesis de doctoral. Universidad Pompeu Fabra)”. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/323897#page=4> [visitado el 05 de mayor de 2024].
- AGÜERO-SANJUAN, SEBASTIÁN (2015b): “Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 28, N° 2), pp. 31-46.
- AGÜERO-SANJUAN, SEBASTIÁN (2018): “¿Qué conlleva un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N° 41), pp. 101-109.
- AGÜERO-SANJUAN, SEBASTIÁN (2022): “Apuntes sobre la seguridad jurídica y las antinomias. Una propuesta de estudio”, en: *Saber y Justicia* (Vol. I, N° 21), pp. 7-29.
- AGÜERO-SANJUAN SEBASTIÁN Y PAREDES, FELIPE (2021): “La exigencia de motivar las sentencias del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 34, N° 2), pp. 181-201.
- AGUIAR, LUIS (1987): “El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en: *Revista de Derecho Político* (N° 24), pp. 9-30.
- ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO (1974[1971]): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- ALDUNATE, EDUARDO (2006): “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 33, N° 2), pp. 285-303.
- ALEX, ROBERT (2007): *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

- ALEX, ROBERT (1993[1986]): Teoría de los derechos fundamentales (Traducc. Ernesto Garzón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BAYÓN, JUAN CARLOS (1991): La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BEATTY, DAVID (2004): The ultimate rule of law (Nueva York, Oxford University Press).
- BEDI, SHRUTI (2023): "Proportionality and Burden of Proof: Constitutional Review in India", en: The Indian Journal of Constitutional Law (Vol. 10), pp. 73-91.
- BLASCO, MARÍA DEL CARMEN (1994): "Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad", en: Revista Española de Derecho Constitucional (Nº 41), pp. 35-62.
- BOBBIO, NORBERTO (1960): Teoria dell'ordinamento giuridico (Torino, G. Giappichelli Editore).
- CARACCILO, RICARDO (1994): La noción de sistema en la teoría del derecho, 2ª edición (México, D.F., Fontamara, S.A.).
- CHOUDHRY, SUJIT (2006): "So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1", en: The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference (Vol. 34), pp. 501-535.
- COHEN-ELIYA, MOSHE Y PORAT, IDO (2011): "Proportionality and the Culture of Justification", en: The American Journal of Comparative Law (Vol. 59, Nº 2), pp. 463-490.
- COUSO SALAS, JAVIER Y CODDOU MACMANUS, ALBERTO (2010): "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente", en: Estudios Constitucionales (Vol. 8, Nº 2), pp. 389-430.
- COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO (2012): "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 39, Nº 2), pp. 447-480.
- DAVIS, KENNETH CULP (1942): "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", en: Harvard Law Review (Vol. 55, Nº 3), pp. 364-425.
- DORO, MARION (1958): "The Brandeis Brief", en: Vanderbilt Law Review (Vol. 11, Nº 3), pp. 783-799.
- DWORKIN, RONALD (1978): Taking rights seriously (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- FABBRINI, FEDERICO (2008): "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation", en: German Law Journal (Vol. 9, Nº10), pp. 1297-1312.
- FERRERES, VÍCTOR (2009): Constitutional Courts and Democratic (Values New Heaven, Yale University Press).
- FERRERES, VÍCTOR (2011): Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad (Madrid, Marcial Pons).
- FROMONT, MICHEL (1996): La justice constitutionnelle dans le monde (Paris, Dalloz).
- GAGELER, S. (2008). "Fact and law", en: Newcastle Law Review (Nº11), pp. 1-30.
- GARRORENA, ÁNGEL (1981): "La sentencia constitucional", en: Revista de Derecho Político (Nº 11), pp. 7-27.
- GASCÓN, MARINA (1994): "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", en: Revista Española de Derecho Constitucional (Nº 41), pp. 63-87.

- GUASTINI, RICCARDO (2014): Interpretar y argumentar (Traducc. Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- GUASTINI, RICCARDO (2015): "Interpretación y construcción jurídica", en: Isonomía (N° 43), pp. 11-48.
- HABERMAS, JURGEN (1996): Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy (Traducc. William Rehg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press).
- HERDY, RACHEL (1996): "Formas de acudir a los expertos en las cortes constitucionales: una reflexión a partir de la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en: Vásquez, Carmen (Coord.), Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ciudad de México, Suprema Corte Suprema de la Nación), pp. 93-128.
- HOGG, PETER (1976): "Proof of facts in constitutional cases", en: The University of Toronto Law Journal (Vol. 26, N° 4), pp. 386-408.
- HUERTA, CARLA (2003): "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (N° 108), pp. 927-950.
- KARST, KENNETH (1960): "Legislative facts in constitutional litigation", en: The Supreme Court Review (Vol. 1960), pp. 75-112.
- KELSEN, HANS (1982[1960]): Teoría pura del derecho, 2ª edición (Traducc. Roberto Vernengo, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México).
- KELSEN, HANS (2011[1934]): Teoría pura del derecho (Traducc. Gregorio Robles y Sánchez Félix, Madrid, Trotta).
- KENNY, DAVID (2018): "Proportionality and the Inevitability of the Local: A Comparative Localist Analysis of Canada and Ireland", en: The American Journal of Comparative Law (Vol. 66, N° 3), pp. 537-578.
- MANFREDI, CHRISTOPHER Y MAIONI, ANTONIA (2002): "Courts and health policy: Judicial policy making and publicly funded health care in Canada", en: Journal of Health Politics, Policy and Law (Vol. 27, N° 2), pp. 213-240.
- MARSHALL, PABLO; ZÚÑIGA, YANIRA; ACCATINO DANIELA Y BORDALÍ, ANDRÉS (2008): "Sentencia sobre inconstitucionalidad del decreto supremo nº 48 del ministerio de salud en la parte que autoriza la distribución de la píldora del día después en el sistema público de salud (tribunal constitucional)", en: Revista de derecho (Valdivia) (Vol. 21, N° 1), pp. 155-170.
- MENDONCA, DANIEL (2001): "Introducción", en: Discusiones (N° 2), pp. 7-10.
- MENDONCA, DANIEL Y GIBOURG, RICARDO (2004): La odisea constitucional (Madrid, Marcial Pons).
- MODY, SANJAY (2001): "Brown footnote eleven in historical context: Social science and the Supreme Court's quest for legitimacy", en: Stanford Law Review (Vol. 54, N° 4), pp. 793-829.
- MONAHAN, JOHN Y WALKER, LAURENS (1991): "Judicial use of social science research", en: Law and Human Behavior (Vol. 15, N° 6), pp. 571-584.
- MORESO, JOSÉ Y VILAJOSANA, JOSEP (2004): Introducción a la teoría del derecho (Madrid, Marcial Pons).
- NINO, CARLOS (1992): Fundamentos de Derecho Constitucional (Buenos Aires, Astrea).
- NUÑEZ, MANUEL (2012): "Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad", en: Revista de Derecho (Coquimbo) (Vol. 19, N° 2), pp. 191-236.
- PETERSEN, NIELS (2013): "Avoiding the common-wisdom fallacy: The role of social sciences in constitutional adjudication", en: International Journal of Constitutional Law (Vol. 11, N° 2), pp. 294-318.

- PIBERNAT DOMENECH, XAVIER (1987): "La sentencia constitucional como fuente del derecho", en: *Revista de Derecho Político* (Nº 24), pp. 57-85.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS (2000): "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 23), pp. 161-195.
- PULIDO, FABIO (2011): "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista", en: *Prolegómenos. Derechos y valores* (Vol. 14, Nº 27), pp. 165-180.
- RATTI, GIOVANNI (2013): *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica* (Madrid, Marcial Pons).
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2017): *Libro de la justicia* (Madrid, Espasa).
- ROSS, ALF (1971[1967]): *Lógica de normas* (Traducc. José Hierro, Madrid, Editorial Tecnos).
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO (1988): "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 22), pp. 9-51.
- RYLE, GILBERT (1964): *Dilemmas. The Tarner lectures 1953* (Cambridge UK, Cambridge University Press).
- SCHLINK, BERNARD (2011): "Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here", en: *Duke Journal of Comparative & International Law* (Nº 22), pp. 291-302.
- RANDAZZO, BARBARA (2013): "Il sindacato sulla ragionevolezza della legge e lo scrutinio di proporzionalità sul margine di apprezzamento riservato allo Stato in rapporto a misure generali avanti natura legislativa", en: *Servizio Studi Corte Costituzionale*. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20italia%202013.pdf> [visitado el 19 de mayo de 2024].
- ROERIG, MARIA (2021): "La configurazione del giudizio in via principale in Belgio, Germania e Spagna", en: *Studi e Documenti*. Disponible en: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp__277_ricorso_in_via_principale_20211116103513.pdf [visitado el 28 de noviembre de 2022].
- SALAS, RICARDO (2018): "Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional", en: *Estudios Constitucionales* (Vol. 16, Nº1), pp. 187-226.
- SHERLOCK, ANN (1991): "Facts, Evidence and Opinion in Constitutional Litigation: The Experience in Ireland", en: *International & Comparative Law Quarterly* (Vol. 40, Nº 2), pp. 425-437.
- STRAWSON, PETER (1963): *Introduction to logical theory* (London, Methuen & Co.Ltd.).
- STRAWSON, PETER (1985): *Skepticism and naturalism: some varieties* (London, Methuen).
- STRAWSON, PETER (2011): *Philosophical writings* (Oxford, Oxford University Press).
- SZCZARANSKI, FEDERICO (2021): *Adjudicación en revisión judicial: una aproximación inferencial* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- TRAN, CHRISTOPHER (2012): "Facts and evidence in litigation under the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (VIC) and the Human Rights Act 2004 (ACT)", en: *Melbourne University Law Review* (Vol. 36, Nº 1), pp. 287-332.
- ZÚÑIGA, YANIRA (2010): "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en: *Ius et Praxis* (Año 16, Nº 2), pp. 249-272.

JURISPRUDENCIA CITADA

AUSTRALIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, *WOODS V MULTI-SPORT HOLDINGS PTY LTD* (2002) 186 ALR 145.

CANADÁ

CORTE SUPREMA, *DANSON V ONTARIO (Attorney-General)* [1990] 2 SCR 1086.

CHILE

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES (2017): Tribunal Constitucional 28 de agosto de 2017 (requerimiento de inconstitucionalidad), Rol N° 3729-17-CPT, en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl>.

ESTADOS UNIDOS

MARBURY V. MADISON, (5 U.S. 137 1803).

PLESSY V. FERGUSON, 163 U.S. 537 (1896).

MULLER V. OREGON, 208 U.S. 412 (1908).

BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA, 347 U.S. 483 (1954).

ESPAÑA

STC 49/2008, de 11 de marzo (BOE núm. 91, de 15 de abril de 2008).

STC 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).

STC 185/2016, de 03 de noviembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2016).

STC 139/2017, de 29 de noviembre (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2018).

STC 42/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018).

STC 105/2019, de 19 de septiembre (BOE núm. 247, de 14 de octubre de 2019).

FRANCIA

DECISION N°2021-824 DC DU 5 AOUT 2021 (JORF n° 0181 du 6 août 2021).

NUEVA ZELANDA

CORTE SUPREMA, *HANSEN V THE QUEEN* [2007] NZSC 7, de 20 February 2007.

SUDAFRICA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *S V LAWRENCE*, *S V NEGAL*; *S V SOLBERG* (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) ZACC 11; 1997 (10) BCLR 1348; 1997 (4) SA1176, [6 October 1997].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CHILE

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

LEY N° 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional. Diario Oficial, 10 de agosto de 2010.

ESPAÑA

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

LEY ORGÁNICA 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 05 de octubre de 1979.

FRANCIA

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958. JORF n°0234, du 5 octobre 1958.

ORDONNANCE n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel. JORF n°0263, du 9 novembre 1958.