
MARIANO A. SAPAG
DOCTORANDO EN DERECHO. ESPECIALISTA EN DERECHO TRIBUTARIO.
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO
TRIBUTARIO, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUSTRAL.
BUENOS AIRES, ARGENTINA.
MSapag@austral.edu.ar

**EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y
DE RAZONABILIDAD COMO
LÍMITE CONSTITUCIONAL AL
PODER DEL ESTADO:
UN ESTUDIO COMPARADO**



RECIBIDO OCTUBRE 23 DE 2008, APROBADO DICIEMBRE 9 DE 2008

RESUMEN

El análisis de la validez constitucional de una norma no puede limitarse a un mero control formal o adjetivo; es necesario un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido mismo de la norma: los medios arbitrados y sus fines, y su respeto por los derechos fundamentales. El trabajo pretende exponer las cualidades principales del principio de razonabilidad –o de proporcionalidad, tal como se lo reconoce en el derecho continental–, y esbozar las pautas y reglas para una correcta aplicación. La máxima de razonabilidad se analiza en este trabajo a partir de un estudio comparado de su funcionamiento en el derecho estadounidense, el derecho continental y el derecho argentino. El principio en cuestión no puede ser analizado sin referencia a la problemática de la interpretación de los derechos fundamentales, por lo que se realiza una aproximación a este tema, también a partir de la visión jurisprudencial, doctrinaria y constitucional en las distintas tradiciones jurídicas.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad, principio de proporcionalidad, razonabilidad, debido proceso sustantivo, ley de ponderación, interpretación de derechos fundamentales.

ABSTRACT

The analysis of the constitutional validity of a rule cannot be limited to a mere compliance of the adjective or procedural due process requirements; it is also necessary a substantive due process analysis of reasonableness on the actual content of the rule: its means and purposes, and its respect for the constitutional and fundamental rights and freedoms. This work aims to outline the main aspects of the reasonableness principle, which is known as well as the principle of proportionality or as the substantive due process, and the guidelines and rules for a proper implementation. The principle is approached in this work by a comparative study of its performance in the United States legal system, Europe and Argentina. Moreover, the reasonableness maxim cannot be analyzed without reference to the question of the interpretation of fundamental rights. For this reason, this topic is reviewed, also, from the perspective of the jurisprudence and the constitutional doctrine in the different legal systems.

KEY WORDS

Constitutional oversight, principle of proportionality, reasonableness, due process of substantive law, laws of ponderation, interpretation of fundamental rights.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. SURGIMIENTO Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE. 1.1 EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA BÚSQUEDA DE UNA HERRAMIENTA DE CONTROL SUSTANTIVO. 1.2 EL DEBIDO PROCESO LEGAL SUSTANTIVO Y SU GLORIFICACIÓN. LA “ERA LOCHNER”. 1.3 LA CAÍDA DE LOCHNER. 1.4 LA EXIGENCIA DE RAZONABILIDAD Y EL SISTEMA DE ESCRUTINIOS. 1.5 BALANCE: ALCANCES ACTUALES DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE. 2. LA VERSIÓN EUROPEA: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 2.1 EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ALEMÁN. 2.2 ESPAÑA: LA APLICACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE LOS SUBPRINCIPIOS. 2.3 BALANCE: EL ENCAUZAMIENTO DEL PRINCIPIO. 3. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. 3.1 EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y SU VINCULACIÓN A LA DOCTRINA DEL PODER DE POLICÍA. 3.2 DE “ERCOLANO” A LA SITUACIÓN ACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. 3.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. 3.4 BALANCE: LA GARANTÍA DE RAZONABILIDAD DE LAS LEYES Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL. 4. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD. 5. DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD. 5.1 LA RAZONABILIDAD COMO PRINCIPIO. 5.2 EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL “CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD”. 5.3 EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA AFECTACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 5.4 BALANCE: PUNTOS DE PARTIDA PARA UN COMPLETO CONTROL DE RAZONABILIDAD. 6. EL CONTROL DE RAZONABILIDAD EN LA PRÁCTICA. LOS CINCO JUICIOS. 6.1 TRES SUBPRINCIPIOS, SIETE PREGUNTAS, CINCO JUICIOS. 6.2 CONTROL DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA EN SU LETRA Y EN SU APLICACIÓN. 6.3 LOS CINCO JUICIOS DEL CONTROL DE RAZONABILIDAD. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La pregunta por la razonabilidad de una ley, de una sentencia, de un acto administrativo o de cualquier acto normativo tiene implicancias que se vinculan con la noción misma del derecho y de la justicia¹. ¿Tiene algo de “razón” el derecho?² Para la comprensión de la noción de razonabilidad se debe partir de dos premisas básicas: la primera es que el derecho es una herramienta fundamental de los hombres para la ordenación de la vida social. La segunda premisa es que el derecho busca cumplir un fin que, bien puede decirse, es lograr relaciones justas entre los hombres: el logro de la justicia y el bien común. Desde que el derecho es un orden

¹ Como sostiene Cianciardo: “El problema del fundamento de la exigencia de la razonabilidad es reconducible (...) a la pregunta por el fundamento del Derecho”. Juan Cianciardo, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en AA.VV., Juan Cianciardo (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 30

² Cfr. Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de Diputados, Madrid, 1996, *passim*. Señala el autor: “[l]a peculiaridad de la tarea jurídica consiste en que lleva consigo un ejercicio de razón práctica con efectos vinculantes. Intentar separar tajantemente lo que tiene de opción política y de contenido ético llevaría a hacer ininteligibles el derecho y la razón”, *ibid.*, p. 434.

humano requiere el recurso a la razón; de aquí se deriva la idea de que el derecho es un orden racional y será orden humano en la medida que sea razonable³.

La idea de razonabilidad, en un sentido lato, implica un examen de las “razones” del derecho. En una primera aproximación vale decir que, ya que lo propio de la razón –como explica Santo Tomás de Aquino– es ordenar hacia el fin⁴, por el análisis de la razonabilidad se examina la racionalidad de los medios y fines del derecho. Se vislumbra así una íntima conexión entre razón, verdad y justicia⁵.

La razonabilidad actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma, cuando el juez dicta una sentencia, o el administrador emite un acto administrativo, se busca en todos los casos generar los medios necesarios para lograr una finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad⁶. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, sólo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa.

El logro de los objetivos constitucionales y los fines del Estado en función de las exigencias del bien común es sólo posible mediante el ejercicio de las facultades que la misma carta constitucional otorga a los órganos creados a tales efectos. Dentro de las más importantes se halla la potestad de establecer disposiciones legislativas con eficacia normativa. Claro está que el ejercicio de estos poderes debe, en todo supuesto, conformarse a la Constitución. En este marco, los derechos constitucionales o fundamentales fueron, desde los inicios del constitucionalismo, límites al poder del Estado. Empero, esto no significa que sean límites absolutos –conforme los cuales el poder legislativo no puede interferir de ningún modo– sino que es necesaria la reglamentación por vía legislativa para la delimitación de la esfera de ejercicio regular, o razonable, del derecho fundamental tutelado, y para la efectiva promoción de los bienes jurídicos protegidos⁷.

³ Cfr. Juan Cianciardo, El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 115.

⁴ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 1.

⁵ Esta vinculación lleva a Linares a identificar los conceptos: “[e]n ciencia del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. (...) por razonabilidad en sentido estricto sólo se entiende el fundamento de verdad o justicia”. Juan F. Linares, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2 ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 108.

⁶ Cfr. Lawrence H. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, *passim*.

⁷ De acuerdo con Toller: “Los derechos tienen (...) un fin al que tienden, que les da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia, los derechos son en realidad delimitables o determinables: a través de la interpretación y decisión constitucionales es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos –el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina–, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo”. Fernando M. Toller, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, II, pp. 1258-1259.

Frente a la dicotomía entre los derechos y la potestad del Estado de regularlos⁸, surge la necesidad de encontrar técnicas que permitan descubrir una verdadera conformidad de la ley “reglamentadora” con la Constitución, y realizar una delimitación correcta de los derechos. En primer lugar, es menester que la norma se sancione conforme a los procedimientos constitucionales y por el órgano competente; es lo que se conoce como el debido proceso legal o principio de legalidad. En este sentido, el control de constitucionalidad⁹, en su sentido primordial, es una herramienta que permite a los tribunales¹⁰ ejercer un examen de validez de la norma en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, el procedimiento para su sanción y la competencia del órgano que la pronunció¹¹.

El análisis de la validez constitucional de una norma no puede limitarse a un mero control de conformidad con las reglas formales o adjetivas, es necesario que también la materia que efectivamente se regula sea conforme a la Constitución. Es por ello que, en segundo lugar, es necesario un control de constitucionalidad con un sesgo sustantivo. El control sobre el contenido o la sustancia de una norma se hace teniendo en consideración la finalidad o finalidades de ésta, y los medios empleados, y analizando la relación entre unos y otros, y su conformidad con la Constitución¹². Este control se conoce como la exigencia de la razonabilidad o proporcionalidad de las leyes.

Dado que es una máxima del Derecho –el que las leyes deban guardar cierto grado de razonabilidad o proporcionalidad para ser conformes a la Constitución–, se ha elevado esta exigencia a nivel de principio constitucional; así, en los distintos países, se suele hablar del principio de razonabilidad o principio de proporcionalidad¹³.

⁸ Se parte de la idea de que el Estado regula, reglamenta o delimita los derechos fundamentales, no los restringe ni los limita. Se puede decir que el Estado delimita los derechos a efectos de encontrar los contornos del contenido esencial del derecho y la esfera de actuación regular de la conducta contemplada por el ámbito material del derecho en cuestión. Cfr. Pedro Serna y Fernando M. Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 64-74. Cfr. Toller, “Resolución de los conflictos...”, ob. cit., pp. 1260-1262.

⁹ Para un desarrollo completo del control de constitucionalidad en su faz formal, véase Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, *passim*.

¹⁰ El control de constitucionalidad puede ser jurisdiccionalmente difuso o concentrado. El control difuso significa que todos los jueces pueden controlar la constitucionalidad de las normas. En cambio, en el sistema concentrado, sólo un órgano, generalmente el máximo tribunal de cada país, o el tribunal “constitucional”, será el encargado de realizar este control. Por tanto, la posibilidad de control de razonabilidad de las leyes dependerá de cómo está organizado el sistema político y jurisdiccional de cada Estado.

¹¹ Si bien este control constitucional es hoy indiscutible, ya que no se concibe la validez de una norma en el ordenamiento jurídico sancionada en forma contraria a la constitución, la posibilidad de su empleo fue fruto del hito jurisprudencial que marcó el fallo *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), de la Suprema Corte estadounidense, con la corte Marshall, a partir del cual se entendió propio de los tribunales realizar un control de constitucionalidad sobre las normas con un sesgo meramente formal. En Argentina, los primeros fallos que realizaron este control fueron “Sojo”, Fallos 32:120 (1887) y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo”, Fallos 33:162 (1888).

¹² Como se verá más adelante, se trata de un control sobre la eficacia (adecuación o idoneidad), la eficiencia (necesidad o indispensabilidad) y la proporcionalidad (en sentido estricto) de los medios con respecto a los fines de la norma o el acto.

¹³ Como se verá más adelante, se suele hablar de razonabilidad en los Estados Unidos y otros países latinoamericanos, como en Argentina; y de proporcionalidad en Europa continental.

La preocupación de la doctrina y la jurisprudencia en torno al principio de razonabilidad se puede resumir en dos objeciones externas. La primera cuestión se refiere a la legitimación para realizar este tipo de control: ¿qué es lo que habilita que un juez o un tribunal pueda realizar un examen de razonabilidad sobre las normas?¹⁴ La segunda objeción radica sobre los alcances de este control y el peligro del subjetivismo judicial: ¿es posible un control objetivo de razonabilidad de las normas? ¿Existen criterios o juicios concretos para ejercer este tipo de control? Internamente, es decir, desde una aproximación teórica que admite las bondades del principio de razonabilidad y proporcionalidad, se pueden plantear otras inquietudes: ¿sirve este principio como criterio delimitador del contenido esencial de los derechos fundamentales? ¿De qué modo es compatible con una postura que no ve a los derechos fundamentales y a los principios jurídicos en conflicto?

En este trabajo se abordará y desarrollará el principio de razonabilidad como una garantía constitucional frente al poder legislativo del Estado. En primer lugar, se realizará un estudio de su desarrollo y funcionamiento en el derecho estadounidense, en el derecho europeo-continental y en el derecho argentino. Luego se buscará traducir el principio de razonabilidad en un legítimo y efectivo control constitucional de razonabilidad. Finalmente, se desglosará el principio en una serie de juicios o tests que permitirán un empleo correcto y objetivo de esta herramienta que permita a los magistrados arribar a soluciones justas y correctamente fundamentadas.

1. SURGIMIENTO Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

El principio de razonabilidad hunde sus raíces tanto en el derecho anglosajón como en el europeo continental; su nacimiento y desarrollo se ha dado en forma simultánea, pero con alcances similares en ambas tradiciones. El punto de partida consiste en analizar cómo en los distintos ordenamientos jurídicos se han empleado criterios de control sobre el contenido de las leyes y su conformidad con el ordenamiento constitucional. En el derecho anglosajón, y en los países en los que ha influenciado de modo preponderante, se suele hablar de “principio de razonabilidad” para referirse a este tipo de control o, según la terminología estadounidense, el estándar del *substantive due process of law*.

1.1 El debido proceso legal y la búsqueda de una herramienta de control sustantivo

La evolución jurisprudencial acaecida en el siglo XX en torno a la cláusula del debido proceso legal, contenida en las enmiendas V y XIV a la Constitución de

¹⁴ El planteo se vincula a la problemática de la división de poderes: ¿hasta qué punto pueden los jueces interferir y controlar la actividad legislativa? Un control de razonabilidad implica inmiscuirse en los fundamentos de la norma, en la finalidad perseguida por el legislador, en los medios arbitrados a tales efectos, etc. ¿Es tarea de los jueces examinar la validez de las normas en cuanto a su contenido?

los Estados Unidos, dio luz al análisis y control de la razonabilidad de las leyes federales y estatales por parte de los jueces¹⁵. Esta garantía de razonabilidad es reconocida como la cláusula del debido proceso legal sustantivo (*substantive due process of law*).

La expresión “debido proceso legal” no es un concepto originario del derecho norteamericano; se trata de una antigua noción que surgió de la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 en la que se estableció que “ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”¹⁶. A mediados del siglo XIV se comenzó a emplear la expresión “*due process of law*” en los estatutos del reino¹⁷. Se trataba de una garantía procesal: era necesario cumplir determinadas reglas y procedimientos para que los actos estatales pudieran gozar de validez. Era también una garantía contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, pero no del Parlamento¹⁸.

Con estos alcances llegó la figura a la V enmienda del *Bill of Rights* estadounidense de 1791 conforme a la cual “nadie estará obligado (...) a declarar contra sí mismo en juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”. La Suprema Corte estadounidense utilizó por primera vez esta enmienda en 1855¹⁹, y en muy pocas ocasiones hasta después de la guerra civil.

Si bien la Constitución de Filadelfia ofrecía poco margen a la Suprema Corte para asumir el control de la actividad legislativa, luego de *Marbury v. Madison*²⁰ el tribunal ha ido desarrollando ciertas herramientas que le permitieron el control sobre el contenido de la legislación del poder de policía. La Suprema Corte estadounidense utilizó la cláusula contractual (*contract clause*) a partir de 1810 para invalidar legislación que afectaba los derechos de propiedad de particulares que surgían de contratos con el Estado²¹. Así mismo, se valió de la teoría de los derechos adquiridos (*doctrine of vested rights*) para declarar la inconstitucionalidad de leyes de policía que afectaban derechos ya existentes sobre la propiedad²². Antes de la llegada del debido proceso sustantivo, la Corte ya había hecho uso también de la cláusula de comercio²³ (*commerce clause*), y la supremacía del derecho federal (*supremacy clause*). De todos modos, en este periodo anterior a la guerra civil, la Suprema Corte carecía de reglas férreas de carácter general que la habilitaran

¹⁵ Este desarrollo constitucional es resumido por el profesor Tribe en siete modelos históricos. Cfr. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2 ed., New York, Foundation Press, 1988, pp. 769-1435.

¹⁶ Artículo 39 de la Carta Magna del 15 de junio de 1215.

¹⁷ Cfr. Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 14 ed., Princeton, Princeton University Press, 1978, p. 386.

¹⁸ Linares, ob. cit., p. 16.

¹⁹ Cfr. *Murray v. Hoboken Land & Imp. Co.*, 59 U.S. 272 (1855).

²⁰ 5 U.S. 137 (1803).

²¹ Cfr. *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 135 (1810); *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819).

²² Cfr. *Proprietors of Charles River Bridge v. Proprietors of Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837).

²³ Por ejemplo, *Brown v. Maryland*, 25 U.S. 419 (1827).

para limitar el ejercicio arbitrario del poder de policía; la garantía del *due process of law* no sería, hasta el año 1886, una garantía sustantiva sino meramente adjetiva, formal o procesal²⁴.

En 1868 se incorporó la enmienda XIV a la Constitución norteamericana que establece: “Ningún Estado podrá (...) privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin un debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la protección igualitaria de la ley”. El triunfo de los estados del Norte y el impacto del movimiento en contra de la esclavitud marcó el inicio de una línea jurisprudencial hacia el debido proceso legal con un sesgo sustantivo²⁵; la Suprema Corte encontraría una nueva herramienta para controlar el contenido de la legislación federal y estadual a la luz de criterios de razonabilidad y justicia.

1.2 El debido proceso legal sustantivo y su glorificación. La “era Lochner”

En un primer momento la Corte sostuvo que la Enmienda XIV no garantizaba la justicia de las normas sancionadas por el Congreso. Así lo entendió en la decisión de los *Slaughterhouse Cases*²⁶ de 1872, en un voto de 5 a 4, en donde se afirmó que la creación de un monopolio por parte del Estado de Luisiana no violaba las enmiendas XIII y XIV. Esta postura se vio repetida en veintiséis casos posteriores²⁷.

En 1886, en los *Railroad Commission Cases*²⁸, la Corte adoptó la postura disidente de los *Slaughterhouse Cases*, y marcó el paso hacia la sustantividad de la garantía del debido proceso. La Corte expresó:

[d]e lo que se lleva dicho no debe inferirse que este poder de limitación o regulación es ilimitado en sí mismo. El poder de regular no es el poder de destruir, y “limitación” no equivale a “confiscación”. Bajo la pretensión de regular tarifas y fletes, el Estado no puede exigir a un ferrocarril transportar personas o cosas sin remuneración; ni puede ese poder hacer aquello que en derecho implica tomar la propiedad privada para un uso público, sin justa compensación o sin el debido proceso legal. (...) [P]uede demostrarse por la defensa que dicha tarifa fijada es injusta²⁹.

²⁴ Cfr. John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, Minnesota, West Group, 2000, pp. 398-402

²⁵ Dos fallos anteriores a la guerra civil fueron premonitores de esta garantía, que no sería aplicada por la Corte sino recién a fines del siglo XIX. El primero de ellos fue un fallo de la Corte de Apelaciones de Nueva York de 1856: *Wynehamer v. People*, 13 N.Y. 378 (1856). La Corte estatal entendió que la norma en cuestión afectaba los derechos adquiridos de los que habían adquirido el licor en forma previa a la sanción del estatuto; se violaba, por tanto, la garantía del debido proceso sustantivo. Cfr. Nowak y Rotunda, ob. cit., p. 403. La primera aparición en la Suprema Corte del *substantive due process of law* se da en el caso *Dred Scott*. La Corte opinó en el sentido de que un esclavo, al no ser ciudadano estadounidense, no puede beneficiarse de la garantía del debido proceso cuando una ley del Congreso lo ha privado de su libertad y propiedad. Cfr. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 450-451 (1857). Cfr. Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 14 ed., New York, Foundation Press, 2001, p. 455.

²⁶ 83 U.S. 36 (1872).

²⁷ Un fallo relevante fue *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). Si bien la Corte rechazó el argumento del debido proceso, manifestó que esta garantía contiene algún tipo de limitaciones implícitas al poder de los Estados. Cfr. 94 U.S. 113, 142-143 (1876).

²⁸ 116 U.S. 307 (1886); conocidos también como *Stone v. Farmers' Loan & Trust Co.* y *Stone v. Illinois Cent. R. Co.*

²⁹ *Railroad Comm'n Cases*, 116 U.S. 307, 331 (1886). Cfr. Linares, ob. cit., p. 21.

Al año siguiente, la Corte decidió el caso *Mugler v. Kansas*³⁰. Si bien sostuvo la constitucionalidad de un estatuto que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, aclaró que estaría preparada para analizar la razonabilidad de la legislación estatal para determinar su conformidad o no con la Constitución³¹. Se dijo entonces que “si la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública, no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución”³².

La garantía adquiere carta de ciudadanía en el año 1890 con el fallo *Chicago Milwaukee & St. Paul v. State of Minnesota*³³ donde la Corte declaró la inconstitucionalidad e irrazonabilidad de una tarifa que no brindaba una ganancia “prudente” a una empresa de transporte. El proceso jurisprudencial se completa en 1897 con el caso *Allgeyer v. Louisiana*³⁴ en el que la Corte manifestó que utilizaría el debido proceso sustantivo para invalidar cualquier tipo de legislación económica o social considerada por la Corte como irrazonable o violatoria de la cláusula contractual³⁵.

La doctrina del debido proceso sustantivo obtuvo su máximo esplendor entre los años 1900 y 1937. El test podía ser fácilmente invocado: la ley regulatoria de la propiedad se presumía inconstitucional y el Estado, para preservarla, debía probar que los medios empleados (legislación) mantenían algún tipo de relación razonable con un fin legítimo³⁶. Este periodo es conocido como la “era *Lochner*” a raíz del fallo *Lochner v. New York*³⁷ de 1905 en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley laboral al considerar que era una irrazonable, innecesaria y arbitraria³⁸ interferencia a la libertad de contratación, y entendió que el gobierno no tiene un propósito legítimo para regular las condiciones y prácticas de trabajo³⁹.

1.3 La caída de *Lochner*

Luego del fallo *Lochner* se sucedieron varios fallos relativos a regulaciones sobre el comercio y la industria, consideradas irrazonables interferencias sobre la economía. Los jueces Holmes y Harlan, en posición siempre disidente, opinaban que la Corte no debía invalidar legislación simplemente porque los jueces no la creían apropiada ya que la Constitución fue fundada por personas con visiones

³⁰ 123 U.S. 623 (1887).

³¹ Cfr. Sullivan y Gunther, 457.

³² *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887).

³³ 134 U.S. 418 (1890).

³⁴ 165 U.S. 578 (1897).

³⁵ Cfr. *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 591 (1897).

³⁶ Cfr. Nowak y Rotunda, ob. cit., p. 408.

³⁷ 198 U.S. 45 (1905).

³⁸ Cfr. 198 U.S. 45, 62 (1905). La Corte fundamenta su decisión en la necesidad de controlar el “ejercicio razonable y apropiado del poder de policía”, 198 U.S. 45, 65 (1905).

³⁹ Cfr. 198 U.S. 45, 54-55 (1905).

fundamentales diferentes⁴⁰. El subjetivismo judicial que reinó en esta época es lo que llevó al debilitamiento del debido proceso sustantivo en los años posteriores, y hasta el día de hoy, al menos en lo que respecta a legislación que afecta los intereses económicos de los individuos.

El primer caso que marcó el principio del fin del debido proceso sustantivo –con los alcances sentados en *Lochner*– fue *Nebbia v. New York*⁴¹ de 1934, fallado en una época de grandes cambios y crisis económicas y sociales. La Corte sostuvo la constitucionalidad de una legislación de precios mínimos para la leche: “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines”⁴². La aplicación del test del *substantive due process of law* a leyes que protegían el bienestar económico estaba llegando a su fin. Aún así, la Corte siguió aplicando este principio a normas que intervenían sobre la economía. La “era *Lochner*” termina en el año 1937 con el fallo *West Coast Hotel Co. v. Parrish*⁴³ con el cual se abandonó definitivamente el control estricto al estilo *Lochner* de legislación económica bajo el debido proceso legal de la enmienda XIV.

A partir de 1937, se puede decir que el control judicial sobre el contenido de la legislación de policía bajo la enmienda XIV se subdividió en dos aspectos o juicios generales: el debido proceso (*due process clause*) y la protección de la igualdad (*equal protection clause*). Prácticamente todo el análisis constitucional sobre el contenido de la norma parte de esta distinción: cuando una ley regula un derecho o una libertad que afecta a todos los hombres por igual, se la somete al test del debido proceso sustantivo; pero cuando una norma establece clasificaciones mediante las cuales se regula el ejercicio de un determinado derecho o libertad de un modo distinto a diversos grupos o personas, la Corte analiza el caso a la luz de la protección de la igualdad. En definitiva, el debido proceso sustantivo juzga la justicia general de la norma; el principio de igualdad (*equal protection*) juzga la justicia respecto de la clasificación establecida. Muchas veces la distinción entre ambos aspectos no es del todo clara ya que los juicios y criterios de análisis son similares; en efecto, si una ley establece distintas categorías de aplicación, la Corte deberá determinar si la clasificación responde a criterios de razonabilidad. Lo que interesa en ambos casos es que la ley mantenga una relación razonable frente a un interés legítimo del Estado.

⁴⁰ En *Lochner*, el juez Holmes dijo: “(...) una Constitución no pretende acoger determinada teoría económica, ya sea el paternalismo y la relación orgánica del ciudadano al Estado, o el *laissez faire*. Está hecha por personas con visiones fundamentales diferentes (...)”. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75-76 (1905). Cfr. Nowak y Rotunda, ob. cit., p. 409.

⁴¹ 291 U.S. 502 (1934).

⁴² *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 547 (1934).

⁴³ 300 U.S. 379 (1937). En este fallo, la Corte aplicó la doctrina jurisprudencial sentada en *Nebbia* y señaló que: “[si] [l]as regulaciones a la propiedad privada guardan una relación razonable con un legítimo fin legislativo, y no son discriminatorias o arbitrarias, los requerimientos del debido proceso se encuentran satisfechos; los tribunales son incompetentes para controlarlas si resulta adecuada y practicable; (...) no puede ser invalidada salvo que el exceso legislativo sea palpable”, 300 U.S. 379, 398 (1937).

1.4 La exigencia de razonabilidad y el sistema de escrutinios

Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica, y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de tests o estándares de revisión legal, denominados “escrutinios” (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última. Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes⁴⁴.

El primer escrutinio, y el más exigente, es el “escrutinio estricto” (*strict scrutiny*)⁴⁵ según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas “libertades preferidas”⁴⁶, se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra “confeccionado a la medida” (*narrowly tailored*)⁴⁷.

El segundo test se conoce como el “escrutinio intermedio” (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino “importantes”. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines⁴⁸. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas “menos discriminatorias”. Lo cierto es que la distinción entre este

⁴⁴ Cfr. Lucas Giardelli, Fernando Toller y Juan Cianciardo, “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, Marcial Pons, 2008, pp. 301-343.

⁴⁵ El escrutinio estricto tiene su antecedente en la nota 4 del voto del juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938), en donde se señaló que determinadas normas discriminatorias “podían demandar un análisis judicial más intenso”. Más adelante, en el fallo *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), la Corte aplicaría por primera vez este test.

⁴⁶ Se trata de “un conjunto de derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación. Son derechos de los llamados ‘personalísimos’, que carecen de contenido económico, como el derecho de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad, los derechos de participación política, etcétera”, Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., p. 37. Cfr. Tribe, *American...*, ob. cit., pp. 769-1435.

⁴⁷ Este aspecto del escrutinio estricto significa que la norma debe ser la menos discriminatoria o la menos restrictiva de la libertad entre todas las alternativas posibles para conseguir el mismo fin. De este modo, la Corte realiza un juicio de necesidad o conveniencia, comparando otros posibles e hipotéticos medios que podrían haberse empleado. Cfr. Nowak y Rotunda, ob. cit., p. 639. El juicio de necesidad es un aspecto del control de razonabilidad que será analizado en el apartado § 7 de este trabajo.

⁴⁸ Esta adecuación de los medios hacia los fines “tiende a adoptar un carácter técnico, tal como podrá apreciarse, por ejemplo en *Craig v. Boren*, en donde la Corte echa mano de estadísticas para resolver la cuestión”, Giardelli, Toller y Cianciardo, “Los estándares...”, ob. cit., nota al pie n. 36 en p. 316-317. Cfr. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales aunque, a diferencia de este test, el escrutinio estricto se aplica generalmente a aquellas “libertades preferidas”.

El tercer escrutinio es el *rational basis review*, o control de relación razonable. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este test exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida⁴⁹, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad⁵⁰. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar⁵¹.

Estos tres niveles de control de razonabilidad son aplicados con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, particularmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad. En cuanto al debido proceso legal, en general, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el *rational basis review*, lo que implica que resulta muy difícil franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas.

1.5 Balance: alcances actuales del principio de razonabilidad en el derecho estadounidense

A partir de 1937, el debido proceso sustantivo se inclinó hacia la protección firme de los derechos fundamentales que se ven afectados por legislación o clasificaciones irrazonables. Empero, el análisis de razonabilidad de la legislación económica bajo las enmiendas V y XIV se basó, en general, en un mínimo control de razonabilidad. Únicamente podrá aplicarse el escrutinio estricto e intermedio en los casos en que esta legislación económica o de bienestar social prive o afecte el ejercicio de derechos fundamentales. De lo contrario, quedan sujetas al *rational basis review*; las leyes de contenido económico se presumen constitucionales y sólo pueden declararse inconstitucionales en los casos en que se pruebe la exis-

⁴⁹ La Suprema Corte modera la exigencia de la adecuación a la finalidad al decir que debe guardar una relación razonable con “alguna finalidad legítima”: mientras la ley tenga alguna finalidad legítima, será declarada constitucional. Cfr. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996).

⁵⁰ Cfr. *FCC v. Beach*, 508 U.S. 307, 313 (1993); *Sullivan v. Stroop*, 496 U.S. 478, 485 (1990); *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587, 600-603 (1987); *United States Railroad Retirement Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166, 174-179 (1980); *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 484-485 (1970). En *Hodel v. Indiana*, la Corte ratificó su doctrina al decir que “la legislación económica y social como ‘ley de superficie minera’ no emplea clasificaciones sospechosas ni infringe derechos fundamentales (...). Esta legislación carga con una presunción de racionalidad que sólo puede traspasarse mediante una clara demostración de su arbitrariedad e irracionalidad”, 452 U.S. 314, 331-332 (1981).

⁵¹ Han sido pocos los fallos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley con base en este escrutinio. Entre ellos se puede señalar el caso *United States Dept. of Agriculture v. Moreno* en el que el máximo tribunal estadounidense declaró la inconstitucionalidad de una ley que establecía una exención mediante una clasificación “claramente irrelevante” y que “racionalmente no perseguía ningún legítimo interés estatal”, 413 U.S. 528, 534 (1973).

tencia de un fin ilegítimo o que los medios no guardan una relación razonable con la finalidad legítima⁵². Una ley de este tipo solamente violará el debido proceso legal sustantivo cuando en forma total prive arbitrariamente a una persona del ejercicio de una libertad⁵³.

De este desarrollo de la evolución jurisprudencial de la cláusula del debido proceso legal (enmiendas V y XIV) en los Estados Unidos se puede afirmar la vigencia del control de razonabilidad de las normas –que se conoce como la exigencia del *substantive due process of law*– incluso de aquellas que afectan el ejercicio de derechos meramente económicos o de propiedad. Aun en su aplicación más débil, el debido proceso legal sustantivo se ha afianzado como una garantía constitucional contra la irrazonabilidad de los actos estatales y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

2. LA VERSIÓN EUROPEA: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El control de constitucionalidad de las normas, en cuanto a su contenido, ha transitado en el derecho continental una evolución de modo independiente del derecho estadounidense. El control de razonabilidad de los actos estatales trasunta sobre la exigencia de la “proporcionalidad” cuya génesis se puede ubicar en el derecho alemán.

2.1 El surgimiento del principio de proporcionalidad en el derecho alemán

La idea de proporcionalidad se remonta a un criterio tradicional del derecho penal: la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido⁵⁴. Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la “prohibición de exceso”⁵⁵, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia (1875-1941)⁵⁶.

A lo largo del siglo XIX, el principio de proporcionalidad transitó del derecho penal al derecho administrativo y fue acuñado como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de

⁵² En un fallo de fines de siglo XX, la Corte sostuvo este criterio respecto de una legislación de inmigración. La Corte consideró que la norma debía mantenerse hasta tanto no se probara que no guardaba una relación razonable entre “alguna” finalidad gubernamental y los medios escogidos. Cfr. *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 306 (1993).

⁵³ Nowak y Rotunda, ob. cit., p. 422.

⁵⁴ Cfr. José I. López González, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988, pp. 16-17.

⁵⁵ Cfr. Hans H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4 ed., trad. de José L. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 22.

⁵⁶ Cfr. Martin Ibler, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 50/51, p. 17.

policía⁵⁷. En efecto, Otto Mayer explica que la medida del poder de policía exige que sea proporcionada, que deriva del derecho natural y la propia naturaleza del ejercicio de esta potestad: se trata de una medida natural que “adquiere la importancia de un límite jurídico serio”⁵⁸.

El Tribunal Federal alemán rápidamente consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales,⁵⁹ y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales⁶⁰. Tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional alemana entienden a este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos⁶¹, y es considerado una institución primordial del derecho constitucional alemán⁶².

El principio de proporcionalidad ha sido definido como:

[E]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades⁶³.

De este modo, son tres subprincipios los que se derivan de la máxima de proporcionalidad: el subprincipio de idoneidad o adecuación, el subprincipio de necesidad o indispensabilidad, y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de tres aspectos conforme a los cuales se compara la proporción existente entre el principio protegido por el medio arbitrado y el principio protegido por la

⁵⁷ El factor desencadenante de este desarrollo ha sido la “preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado”, Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 42.

⁵⁸ Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, trad. de H. Heredia y E. Krotoschin, 2 ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, II, p. 31.

⁵⁹ Cfr. Ibler, ob. cit., p. 17.

⁶⁰ Cfr. Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2 ed., Durham and London, Duke University Press, 1997, p. 46. El fallo que marcó la tendencia de la aplicación del principio de proporcionalidad a las regulaciones de derechos fundamentales ha sido la “sentencia sobre las farmacias”, del 11 de junio de 1958, en el cual el Tribunal Constitucional Federal consideró que se afectaba el derecho a la libertad de elección de profesión. El Tribunal elaboró una doctrina de escalones, fundamental para comprender la aplicación en el derecho alemán del principio de proporcionalidad. En efecto, su aplicación adquiere diversos grados de acuerdo con el grado de afectación de la norma sobre los derechos fundamentales y el interés público comprometido. BVerfGE 7, 377. Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pp. 47-48; Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., pp. 47-48.

⁶¹ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 291. Bernal Pulido simplifica la cuestión y afirma que “lo que es desproporcionado, vulnera el contenido esencial”. Bernal Pulido, ob. cit., p. 595.

⁶² El Tribunal Constitucional alemán ha dicho que la máxima de proporcionalidad resulta “en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales”. BVerfGE 19, 342. Cfr. Alexy, ob. cit., p. 112.

⁶³ Javier Barnes, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 500.

finalidad querida. En definitiva, se controla la constitucionalidad de los actos de gobierno sobre la base de un análisis entre la medida y los fines pretendidos o, dicho de otro modo, entre los costos y los beneficios de una medida. El primer subprincipio exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida. El subprincipio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos “restrictivo” sobre el derecho fundamental en juego⁶⁴. Por último, mediante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las ventajas y los sacrificios de la medida⁶⁵. Estos subprincipios se aplican de una manera sucesiva y escalonada, de modo que si no se logra atravesar uno de ellos, la norma debe ser declarada inconstitucional.

2.2 España: la aplicación al derecho constitucional y la adopción del sistema de los subprincipios

En el derecho español, el principio de proporcionalidad comienza a manifestarse a mediados del siglo XX como una herramienta de control de la discrecionalidad administrativa; empero, el principio se aplicaba de un modo impreciso y asistemático: no será sino hacia fines de siglo cuando el Tribunal Constitucional adoptaría la estructura de los tres subprincipios proveniente del derecho alemán. En la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de febrero de 1959, se anuló una orden del Ministerio de Educación al entender que la finalidad podría haberse conseguido por “otros medios más adecuados”⁶⁶.

Posteriormente, el principio de proporcionalidad sería llevado al ámbito del derecho constitucional. El Tribunal Constitucional ha llegado a decir que “[e]l ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”⁶⁷. El Tribunal señaló que el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo del derecho constitucional:

[E]l principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales –y en particular de los aquí invocados– y, como tal, opera esencialmente como

⁶⁴ Esta aproximación al subprincipio de necesidad es parcialmente correcta. Si bien este punto será cuestión de análisis más adelante en este trabajo, preliminarmente se puede decir que por el subprincipio o juicio de necesidad se examina y compara la medida adoptada con otros medios para evaluar cuál es el más proporcionado. De existir medios más proporcionados a la finalidad que pretende, la norma no superaría este juicio y debería ser declarada inconstitucional. No es lo mismo a decir que se examina la “restricción” de los medios alternativos posibles con el medio normado ya que se parte de la idea de que toda restricción a un derecho es inconstitucional per se. Una restricción legal a un derecho implica una contradicción. Si una conducta está protegida por el derecho, no podrá ser restringida.

⁶⁵ Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pp. 686-798. Los subprincipios serán objeto de estudio en el apartado § 7.

⁶⁶ STS, 20 de febrero de 1959. Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., p. 52.

⁶⁷ STC, 55/1996, 28 de marzo de 1996, FJ 3°.

un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad (...) ⁶⁸

El Tribunal llega al principio, por un lado, partiendo de la prohibición de arbitrariedad, que tiene rango constitucional según el artículo 9.3 de la Constitución española que establece: “la Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Cabe destacar que arbitrariedad e irrazonabilidad son asimilables; “más precisamente, el principio de razonabilidad garantiza el cumplimiento efectivo de la prohibición de arbitrariedad” ⁶⁹. Por el otro lado, también se lo ha hecho derivar del valor justicia ⁷⁰, del principio del Estado de derecho ⁷¹, y de la dignidad de la persona ⁷².

2.3 Balance: el encauzamiento del principio

Con todo, el principio de proporcionalidad, en su versión europea, ha sido entendido como una herramienta para dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja, y constituye, a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos. De este modo, opera como un verdadero test mediante el cual se realiza un control sobre los actos normativos a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución, y como una herramienta para brindar razones de lo decidido.

El principio de proporcionalidad se subdivide en tres subprincipios o juicios. Una norma será proporcional cuando exista: adecuación o idoneidad del medio con respecto a su finalidad, necesidad del medio, y proporcionalidad (en sentido estricto) entre unos y otros. De este modo, en el derecho continental se ha logrado encauzar y sistematizar el principio de razonabilidad en tres juicios que posibilitan la seguridad jurídica y favorecen la objetividad en el proceder de los tribunales encargados de aplicar la Constitución. Sin embargo, como se verá más adelante, el sistema no es perfecto ya que los derechos aún pueden resultar afectados en su contenido esencial frente a una finalidad “importante” o mediante la realización

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., p. 57. Algunos fallos en los que se ha hecho referencia al principio de interdicción de la arbitrariedad son: STC, 6/1988, 21 de enero de 1988, y STC, 50/1995.

⁷⁰ STC, 160/1987. Cfr. STC, 55/1996.

⁷¹ Ibid. El Tribunal ha aludido a este principio “en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derecho constitucionales de los ciudadanos”. Cfr. STC, 55/1996.

⁷² STC, 160/1987.

de un “balance” o jerarquización entre derechos fundamentales (regla de ponderación o *balancing test*).

3. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

En el derecho argentino el principio de razonabilidad ha transitado un desarrollo similar al acontecido en los Estados Unidos⁷³, del cual ha obtenido su máxima influencia. Como ocurre en el derecho norteamericano, en Argentina el principio carece de una concreción o definición precisa; la Corte Suprema de Justicia de la Nación –si bien ha sido la responsable de su consagración en el derecho argentino– ha aplicado la exigencia de razonabilidad con gran flexibilidad.

3.1 El surgimiento del principio de razonabilidad y su vinculación a la doctrina del poder de policía

El principio de razonabilidad se desarrolló, desde un primer momento, de la mano del concepto de poder de policía y su paso desde su concepción restringida a la amplia, y la aplicación novedosa del artículo 28 de la Constitución Nacional. El primer paso consistió en la admisión –por parte de la Corte Suprema– de la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser regulados o delimitados en aras del interés público⁷⁴; con este proceder el tribunal supremo divisaba la distribución de competencias entre el gobierno federal y los provinciales. La Corte empezó así a abrir camino hacia un control de constitucionalidad, no ya sobre aspectos formales del acto únicamente, sino también sobre su contenido.

Uno de los primeros fallos en los que se declaró la inconstitucionalidad de una norma utilizando un control constitucional de razonabilidad fue en el caso “Hileret”⁷⁵. La norma impugnada pretendía gravar con un impuesto al excedente de la producción de azúcar que por cuota establecía la propia ley de la provincia de Tucumán. El máximo tribunal sostuvo la inconstitucionalidad de la norma –haciendo aplicación de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional– al entender que se alteraban los derechos de trabajar, ejercer industria lícita, igualdad ante la ley

⁷³ Según Bianchi, los siete modelos históricos de Tribe, señalados en nota al pie en el apartado anterior, que explican el desarrollo constitucional de los Estados Unidos, podrían ser también trasladados al derecho argentino para explicar su propio desarrollo constitucional. Cfr. Alberto B. Bianchi, “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *Rev. Régimen de la administración pública*, Año 13, noviembre 1990, núm. 146, pp. 7-49.

⁷⁴ Algunos fallos relevantes ya habían reflejado la voluntad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina de comenzar a controlar la sustancia de las leyes. Por ejemplo, en el caso “Plaza de Toros”, la Corte convalidó una ley que prohibía las corridas de toros. Cfr. CSJN, “Plaza de Toros c/ Prov. de Buenos Aires”, Fallos 7:152 (1870). El caso “Saladeristas de Barracas” fue otro de los primeros fallos en donde el máximo tribunal, al hacer uso de la teoría del poder de policía, abrió paso al control de razonabilidad. Cfr. CSJN, “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros c/ Pcia. de Buenos Aires”, Fallos 51:274 (1887).

⁷⁵ CSJN, “Hileret c/ Pcia. de Tucumán”, Fallos 98:20 (1903). No fue el primer fallo en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley; ya había implementado un control de constitucionalidad en el fallo ya citado “Municipalidad de la Capital c/ Elorondo”, Fallos 33:162 (1888). En “Hileret”, la Corte Suprema por primera vez declaró la inconstitucionalidad de una ley basada en un control sustantivo de la norma.

e igualdad como base del impuesto (art. 16 CN). La Corte Suprema dejó sentada su postura inflexible a la hora de controlar legislación en materia de regulación de la propiedad: dio a entender que recae sobre estas normas una fuerte presunción de inconstitucionalidad que el Estado debe sortear mediante una prueba contundente que permita acreditar que la finalidad es de orden público, que justifica los medios empleados y que los derechos y las garantías constitucionales no se ven alterados (conforme al art. 28 de la Constitución)⁷⁶.

Junto con “Hileret”, otra serie de fallos marcaron esta línea jurisprudencial; entre ellos se encuentra el caso “Canale”⁷⁷, en el que la Corte manifestó que, de acuerdo con los artículos 14, 17, 19, 20 y 28 de la Constitución Nacional, debe existir una relación entre la medida legislativa y sus fines, y conformidad con el ordenamiento constitucional, aunque –según la postura del máximo tribunal, que se sostuvo en el tiempo– los jueces no están llamados a examinar la oportunidad y conveniencia de la medida legislativa. Si bien en el año 1922 el fallo “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”⁷⁸ marcó un quiebre en este periodo jurisprudencial de fuerte protección a la propiedad, en este mismo año y en 1925 dos fallos confirmaron la postura de la Corte sentada en “Hileret”: “Horta c/ Harguindeguy”⁷⁹ y “Mango c/ Traba”⁸⁰ respectivamente.

3.2 De “Ercolano” a la situación actual en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina

El fallo “Ercolano” de 1922 pronosticó la declinación de este periodo jurisprudencial. La Corte se pronunció en favor de la constitucionalidad de una ley que congelaba los precios de los alquileres. En este caso la Corte por primera vez hace uso de la locución “razonabilidad” al expresar que la ley en cuestión satisfacía las “condiciones necesarias de razonabilidad”. Si bien no detalló cuáles eran estas condiciones, sostuvo que quien alega la inconstitucionalidad de la norma debe probar su irrazonabilidad⁸¹. La exigencia de la razonabilidad de las leyes se convierte, a partir de este fallo, en una garantía constitucional que el interesado puede invocar y probar para obtener una declaración de inconstitucionalidad⁸².

⁷⁶ Se puede entrever una similitud entre este fallo y la época que marcó, en los Estados Unidos, el caso *Lochner*, a punto tal que en la doctrina se ha llegado a llamar a esta etapa jurisprudencial la “era Hileret”, en paralelismo con la “era *Lochner*”. Cfr. Bianchi, “Las llamadas ‘libertades...’”, ob. cit., p. 12-17.

⁷⁷ CSJN, “Canale c/ Pcia. de Mendoza”, Fallos 118:278 (1913).

⁷⁸ CSJN, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922).

⁷⁹ CSJN, “Horta c/ Harguindeguy”, Fallos 137:47 (1922).

⁸⁰ CSJN, “Mango c/ Traba”, Fallos 144:219 (1925). La Corte entendió, en este fallo, que la ley impugnada impedía que el locador pudiera disponer de la cosa arrendada por un plazo de cuatro años y resultaba inconstitucional ya que consistía en una irrazonable restricción a la propiedad.

⁸¹ Se invierte así la carga de la prueba con respecto a lo sentado en “Hileret”, quien alega que la inconstitucionalidad debe probar su irrazonabilidad. En “Ercolano” la Corte manifestó que: “[n]o habiéndose (...) acreditado en el juicio que el alquiler devengado el 1° de enero de 1920 por la habitación de que se trata, no fuese razonable en el momento de la promulgación de la ley y dado el corto tiempo transcurrido entre esas dos fechas, cabe presumir que el límite fijado por la ley 11.157 satisface en el caso las condiciones necesarias de razonabilidad y que, por consiguiente, no ha sido vulnerada la garantía del art. 17 de la Constitución”. CSJN, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922).

⁸² Esta postura se ve confirmada en los fallos posteriores en los que la Corte exige que las normas sean razonables.

La carga de la prueba siempre, y sin distinción de supuestos, recae sobre quien alega la inconstitucionalidad.

La postura de la Corte en “Ercolano” quedó confirmada con “Avico c/ de la Pesa”⁸³ fallado en el año 1934. En “Avico” se discutía la constitucionalidad de una ley que establecía una prórroga de tres años a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y una reducción de la tasa de interés al 6% durante este periodo. El máximo tribunal, con una extensa fundamentación, tomó como modelo la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense en torno a la noción de poder de policía y el principio de razonabilidad como su límite (el debido proceso legal sustantivo)⁸⁴.

Realizó una vinculación entre tres cuestiones de derecho constitucional: la noción y justificación del poder de policía en sentido amplio y sus límites, los alcances del control de la legislación de emergencia, y la garantía de razonabilidad como criterio de control y límite al ejercicio del poder de policía. Luego de justificar la aplicación de un poder de policía en sentido amplio, la Corte penetró en el análisis de la norma en cuestión y sostuvo que la misma debe guardar un fin legítimo, y que las disposiciones deben ser justas y razonables⁸⁵.

Más adelante, en “Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes”⁸⁶ de 1944, la Corte confirmó estos alcances del principio de razonabilidad sentados en “Avico”, y sostuvo que la agremiación obligatoria –que establecía la ley que creaba la Junta Nacional de Carnes– no aparecía como una imposición “arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país, y la economía nacional, afectados por la crisis de la ganadería”⁸⁷. Se pueden entrever, en la argumentación del tribunal, dos datos de interés: en primer lugar, hace referencia a la arbitrariedad como concepto antinómico de razonabilidad; en segundo lugar, realiza un análisis entre los medios y la finalidad de la norma para legitimar su contenido razonable y no arbitrario o caprichoso.

En el fallo “Cine Callao”⁸⁸ (1960) la Corte realizó un examen más sistemático de los medios y fines de la norma a efectos de comprobar su razonabilidad. Analizó la constitucionalidad del fin de la norma para luego comprobar si los medios eran o no adecuados y proporcionados a dicha finalidad. Sin embargo, aclara que no

En el ya citado fallo “Mango c/ Traba” el máximo tribunal, entendió que “no es posible considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad” que establecía la prórroga de la ley que impedía disponer de la propiedad arrendada.

⁸³ CSJN, “Avico c/ De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934).

⁸⁴ La Corte destacó, citando la postura estadounidense en torno a las Enmiendas 5ª y 14ª, que “la garantía del debido proceso legal (...) sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa, y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar”. CSJN, “Avico c/ De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934), §. 8.

⁸⁵ CSJN, “Avico c/ De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934), §. 12.

⁸⁶ CSJN, “Inchauspe Hnos. c/ Junta Nac. de Carnes”, Fallos 199:483 (1944).

⁸⁷ *Ibid.*, §. 9.

⁸⁸ CSJN, “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960).

corresponde juzgar acerca del “mérito” o “eficacia” de la misma, tal como lo había hecho en el caso “Inchauspe”⁸⁹.

Un fallo relevante en materia de razonabilidad es el caso “Irizar”. En éste, la Corte Suprema se ocupó de sistematizar un poco más las condiciones de razonabilidad e hizo una aplicación implícita de los subprincipios del principio de proporcionalidad tal como se venía haciendo en el derecho continental⁹⁰. La Corte primero analizó si los medios empleados por la norma se corresponden con la finalidad perseguida y, para esto, se ocupó de examinar la finalidad. Luego examinó la relación entre los medios y los fines, su proporcionalidad y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional de modo que no se impidiera el ejercicio de un derecho fundamental⁹¹.

Otros fallos más actuales, como “Peralta”⁹², “San Luis”⁹³ y “Bustos”⁹⁴, entre otros, confirman esta línea jurisprudencial sentada en “Avico”⁹⁵. En definitiva, la Corte exige que las leyes sean razonables, y esto significa varias cosas: 1) que la norma debe perseguir una finalidad constitucional; 2) que los medios deben ser adecuados (exigencia de eficacia) con respecto a los fines; 3) que los medios deben guardar algún grado de proporcionalidad con respecto a los fines; 4) que no es función de los jueces juzgar acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida –lo que excluye la posibilidad de realizar un juicio de necesidad–; y 5) que no se deben alterar los derechos fundamentales, conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional. Quien debe probar la irrazonabilidad, en todos los casos, es aquel que alega la inconstitucionalidad⁹⁶.

⁸⁹ Se verá más adelante que “eficacia” y “eficiencia” no son conceptos equivalentes. La Corte, en este punto, se refiere en realidad a la eficiencia de la medida con respecto a sus fines. El concepto de “eficacia” hace referencia a la exigencia de que los medios logren, de alguna medida, la finalidad propuesta.

⁹⁰ La aplicación de estos subprincipios se puede observar con mayor claridad en el voto en disidencia del juez Boggiano. Empero, se encarga de aclarar que el juicio de necesidad, o conveniencia, mérito y oportunidad de la medida, es tarea ajena a la labor de los jueces. Cfr. CSJN, “Irizar c/ Peia. de Misiones”, Fallos 319:1934 (1996), voto en disidencia de Boggiano.

⁹¹ Este último punto resulta de gran importancia ya que la Corte incluye en el análisis de razonabilidad el juicio de inalterabilidad de los derechos fundamentales, de modo que, para que una ley sea razonable, debe, además de ser adecuada y proporcionada, no restringir un derecho fundamental.

⁹² Cfr. CSJN, “Peralta c/ Estado Nacional”, Fallos 313:1513 (1990).

⁹³ Cfr. CSJN, “San Luis c/ Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).

⁹⁴ Cfr. CSJN, “Bustos c/ Estado Nacional”, Fallos 327:4495 (2005).

⁹⁵ Una excepción se da con el caso “Smith”, Fallos 325:28 (2002), en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que instauraron la indisponibilidad de los depósitos prohibiéndose así el retiro en efectivo de las cuentas en una entidad financiera de montos superiores a los doscientos cincuenta pesos argentinos o dólares estadounidenses. La Corte sostuvo que la normativa era violatoria del principio de razonabilidad. Según el voto mayoritario: “la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”, “Smith”, §. 15. La Corte vinculó, nuevamente, razonabilidad e inalterabilidad de los derechos y las garantías constitucionales conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional. La Corte aplica el principio de razonabilidad con toda su fuerza, tal como lo hacía en la “era Hileret”, aunque sin una argumentación firme. En otras palabras, utiliza este principio como “caballo de Troya” a efectos de imponer una solución más bien política que jurídica. Cfr. Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., p. 102-110.

⁹⁶ Sin embargo, en materia de derechos de índole no económica, como por ejemplo, el derecho de igualdad, la Corte aplicó, en algunos fallos recientes, unos criterios de control más estrictos y trasladó la carga de la prueba al propio Estado quien debió probar la constitucionalidad de la norma regulatoria y presumiblemente violatoria

3.3 Fundamento constitucional del principio de razonabilidad en el derecho argentino

El principio de razonabilidad en el derecho argentino se fundamenta en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional⁹⁷. Según el primero: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Este artículo consagra la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. Si bien una ley no puede alterar un derecho en su esencia⁹⁸, puede delimitarlo o regular su contenido, o su ejercicio razonable.

Por vía indirecta, a partir del artículo 28 de la Constitución Nacional, se llega al principio de razonabilidad⁹⁹. La ley reglamentadora, a efectos de no alterar el derecho reglamentado, debe delimitarlo de un modo razonable sin afectar ni restringir su “contenido esencial”¹⁰⁰. El artículo 33 también permite el reconocimiento de la garantía de razonabilidad de las leyes, en cuanto establece: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

del derecho a la igualdad. Cfr. CSJN, “Mantecón Valdés c/ Estado Nacional”, del 12-VIII-2008, rev. *La Ley* 10-IX-2008, p. 11; “Hooft c/ Pcia. de Buenos Aires”, Fallos 327:5118 (2004); y “Gottschau c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos 329:2986 (2006). En esta reciente línea jurisprudencial la Corte ha señalado que sobre ciertas leyes, que manifiestamente hacen discriminaciones difíciles de conjugar con la Constitución, pesa una presunción de inconstitucionalidad. Al Estado se le exige una fuerte prueba de razonabilidad de estas medidas para poder mantenerlas en pie. De este modo, la Corte argentina se aproxima, una vez más, a la Suprema Corte de los Estados Unidos. Aunque vale hacer una aclaración: en el derecho argentino la cláusula de igualdad no constituye un examen diferenciado del principio de razonabilidad; en el control sustantivo de las normas, el principio de igualdad se subordina al principio de razonabilidad. El último opera como garantía de inalterabilidad de todos los derechos constitucionales, incluido el derecho a la igualdad.

⁹⁷ También en el preámbulo de la Constitución Argentina se puede encontrar el fundamento del principio de razonabilidad en cuanto menciona a Dios como “fuente de toda razón y justicia”, y se señala como objetivo constitucional el de “afianzar la justicia”. Cfr. Catalina García Vizcaino, “Razonabilidad de la tributación”, *La Ley*, 1992-D-1009.

⁹⁸ Según la redacción de Alberdi, fuente de este artículo: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia” (art. 20), Juan B. Alberdi, *Proyecto de Constitución*, julio de 1852. Una noción de “contenido esencial” de los derechos fundamentales estaba presente en las fuentes de la Constitución. La evolución europea sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales empieza a partir del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que establece que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. La Constitución española también establece que se deberá respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Para Alexy el contenido esencial se determina a través de la aplicación del principio de proporcionalidad: “La garantía de contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 LF [Ley Fundamental de Bonn] no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales”, Alexy, *Teoría...*, ob. cit., p. 291.

⁹⁹ Esto ha llevado a Linares a consagrar la razonabilidad como una garantía innominada en la Constitución Nacional. Cfr. Linares, ob. cit., pp. 159-166.

¹⁰⁰ Señala Bidart Campos que “[l]a alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad, y como la ley no puede incurrir en tal alteración –ni tampoco, por supuesto, los otros órganos del poder en el ejercicio de sus funciones– toda actividad estatal, para ser conforme a la constitución, debe ser razonable”, Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, II-A, p. 806. Según el mismo autor, afectar el contenido esencial de un derecho (tal como se entiende en el derecho alemán, español y colombiano), es ir contra la regla de razonabilidad. Germán J. Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 221; Bidart Campos, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 730. Para una definición y delimitación de la noción de contenido esencial, véase Serna y Toller, *La interpretación...*, ob. cit., pp. 44-49.

Frecuentemente, la doctrina ha visto en el instituto del debido proceso legal sustantivo del derecho estadounidense el modelo del principio de razonabilidad en su versión argentina¹⁰¹.

3.4 Balance: la garantía de razonabilidad de las leyes y su reconocimiento constitucional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores hacen uso de este principio a la hora de examinar la validez constitucional del contenido de las normas. Si bien se lo suele aplicar con gran flexibilidad, se puede decir que conduce siempre al análisis de la relación entre los medios y los fines de una norma y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional. El ejercicio del poder del Estado de regular los derechos fundamentales –el ejercicio del poder de policía– encuentra una valla infranqueable: para ser razonable, los medios deben guardar una relación adecuada y proporcionada¹⁰² con los fines y, además, la medida no debe alterar el “contenido esencial” de los derechos y las garantías constitucionales.

La historia de la jurisprudencia de la Corte demuestra que el principio de razonabilidad ha sido aplicado con menor vehemencia en casos de regulación de la propiedad, o de derechos de contenido económico; aunque los últimos fallos, “Smith”¹⁰³ y “San Luis”¹⁰⁴, en gran medida demuestran lo contrario. Es dable presumir que la Corte se seguirá aferrando a su criterio tradicional en materia de derechos económicos: el principio de razonabilidad es un límite débil y flexible por el cual quien alega la irrazonabilidad debe destruir la fuerte presunción de constitucionalidad.

En suma, en el derecho argentino el principio de razonabilidad es una garantía constitucional que surge del artículo 28 de la Constitución Nacional, y goza de reconocimiento jurisprudencial aunque su aplicación dista de tener un grado de concreción tal como lo tiene el principio de proporcionalidad en el derecho alemán.

¹⁰¹ Una aplicación muy difundida en el país de esta garantía, que surgió de una formulación de Linares, consiste en dividirla en dos aspectos: la razonabilidad en la ponderación y la razonabilidad en la selección. Según el primer aspecto, el jurista deberá realizar una comparación entre el antecedente de la norma y su consecuente, sanción o consecuencia jurídica. La razonabilidad en la selección compara el hecho de que el legislador a escogido para funcionar como antecedente de la norma, con otros hechos que podría haber elegido. La razonabilidad en la selección no sería otra cosa que una aplicación del principio de igualdad, según el cual la norma que establece criterios de distinción, para ser válida, debe haberse realizado con algún grado de razonabilidad. La razonabilidad en la ponderación exige una proporcionalidad entre el antecedente y el consecuente para resultar razonable. Lo cierto es que estas pautas no aportan luz a la cuestión de analizar la razonabilidad de una norma bajo ciertos criterios objetivos. Cfr. Linares, ob. cit., pp. 114-125.

¹⁰² De acuerdo con la doctrina de la Corte, ya sentada en “Inchauspe”, los jueces no pueden juzgar acerca del mérito, conveniencia u oportunidad de una medida legislativa, lo que significa que se excluye el nivel de análisis de la “necesidad” del medio empleado, lo que en el derecho continental se conoce como *subprincipio de necesidad*.

¹⁰³ CSJN, “Smith c/ Estado Nacional”, Fallos 325:28 (2002).

¹⁰⁴ CSJN, “San Luis c/ Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003). En ambos casos la Corte declaró la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas a raíz de la crisis económica producida en el año 2001, en este último la llamada “pesificación” de los depósitos a plazo fijo en dólares, y en el caso “Smith” el llamado “corralito” financiero por el cual se impedía la extracción de cuentas bancarias de montos superiores a los \$250 (en pesos argentinos o dólares estadounidenses) en forma semanal.

4. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Son muchas las semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad (*substantive due process* o *reasonableness*) de cuna anglosajona, pero lo que une fundamentalmente a uno y otro es la posibilidad, por parte del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad –sea un sistema difuso o concentrado–, de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales.

En el derecho continental, la locución “razonabilidad” se reserva en general a la “constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado”¹⁰⁵; lo que vendría a significar que se relaciona con la interpretación y aplicación del principio de igualdad¹⁰⁶. Por el contrario, la proporcionalidad se refiere al examen de la relación entre los medios y los fines del acto normativo. Usualmente se entiende que el test de proporcionalidad es un examen de ponderación entre dos principios jurídicos: se dice que cuando una norma “restringe” (reglamenta) un derecho fundamental, sólo es admisible si el Estado tiene razones suficientes para su implementación, con lo que el principio perseguido por la norma debe ser “proporcionado” al principio que protege el derecho fundamental restringido (regulado). Teóricamente, se denomina principio de proporcionalidad al criterio de análisis estructurado por medio del examen de los tres subprincipios, que permite poner de relieve la proporcionalidad entre los principios en conflicto a los efectos de saber si una norma es legítima (constitucional).

El principio de proporcionalidad, tal como es aplicado en diversos países de Europa, tiene tres juicios internos por los cuales se encauza el control de constitucionalidad de la norma. Se examina tanto la eficacia (subprincipio de idoneidad o adecuación) como la eficiencia de la norma (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto). El análisis de proporcionalidad es un criterio de fundamentación de las decisiones que implica un control riguroso que se aplica, sobre todo, a las normas que regulan derechos fundamentales. Una norma que no atraviesa alguno de estos juicios que se aplican escalonadamente será aquella que interfiera en el contenido esencial del derecho fundamental.

Cabe advertir que este sistema de análisis de proporcionalidad no es perfecto ya que, aun habiendo atravesado una ley los tres juicios, indirectamente se puede llegar al sacrificio de un derecho fundamental cuando, ante una finalidad importante, se arbitran medios adecuados, necesarios y proporcionados, pero que avasallan el contenido esencial de un derecho impidiendo su ejercicio justo y ra-

¹⁰⁵ José Ignacio López González, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 117.

¹⁰⁶ El principio de razonabilidad (*principio di ragionevolezza*) es utilizado con frecuencia en Italia como una herramienta para evaluar los criterios diferenciadores contenidos en las leyes. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, “Su tre aspetti della ragionevolezza”, en *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 179-185.

zonable. Es por ello necesario perfeccionar, tal como se intentará en los próximos epígrafes, el modo de funcionamiento del principio de proporcionalidad a través de la aplicación de un juicio de afectación o alteración al contenido esencial del derecho fundamental regulado.

El principio de razonabilidad, o el debido proceso legal sustantivo que es aplicado en el derecho estadounidense, es un control riguroso de aquellas normas que versan sobre determinadas materias sensibles, sobre todo cuando se regulan las llamadas “libertades preferidas”, o en ciertas materias del derecho a la igualdad como sexo, raza, religión, etc. Sin embargo, el debido proceso legal sustantivo es muy débil a la hora de controlar leyes de contenido económico ya que se recurre al escrutinio más laxo: el *rational basis review*. Después de la “era *Lochner*”, la Suprema Corte estadounidense invalidó, sobre la base de este test, muy pocas leyes que perseguían fines económicos. De todos modos, se sigue admitiendo la posibilidad de un control de constitucionalidad sobre estas normas a partir de un examen de la relación y ponderación entre los medios y los fines.

En el derecho argentino se ha tomado, sobre todo, el modelo norteamericano de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación. Aun cuando pueda realizarse alguna diferencia conceptual entre la noción de razonabilidad y el principio de proporcionalidad del derecho continental, suele admitirse un concepto más general y polivalente del “juicio de razonabilidad” que abarcaría, más allá de las fórmulas que se utilizan, todo control respecto del contenido del acto¹⁰⁷. A los efectos de este trabajo, se identifican los dos conceptos.

5. DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD

5.1 La razonabilidad como principio

Ya se ha dicho que el derecho exige una base racional ya que en sí mismo se trata de un juego entre medios y fines: los fines últimos del derecho (justicia, bien común), los fines intermedios o mediatos, y los mismos medios que se emplean para lograr la finalidad. Al ser el derecho un orden humano, es imprescindible recurrir a las “razones” del derecho para otorgarle justificación¹⁰⁸. La razonabilidad opera como un criterio que permite arribar a una solución justa dentro del derecho, ya sea una solución normativa, una solución en un proceso contencioso, etc. Esta solución justa exige que sea humana, no violenta, no arbitraria: de algún modo, conforme a ciertas razones.

¹⁰⁷ Cfr. López González, ob. cit., p. 117.

¹⁰⁸ Según sostiene Bidart Campos, “la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia, que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente”. Bidart Campos, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. II-A, p. 805.

De este modo, desde un primer plano, la razonabilidad es un factor que legitima el derecho. Ahora bien, ¿de qué modo se articula esta exigencia en el ordenamiento jurídico?

A lo largo de este trabajo se ha hecho referencia a varios conceptos vinculados con la razonabilidad: se ha hablado de “exigencia” de razonabilidad, “principio”, “máxima”, “estándar”, “test”, “criterios”, “juicios”, “control” de razonabilidad, etc. Ahora bien, esta exigencia de razonabilidad o proporcionalidad es, en primer lugar, un principio; así es reconocida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en Alemania y España. El hecho de que sea considerada como principio significa que –a diferencia de las reglas que son normas que no admiten grados– un principio admite su aplicación en grados pero exige su máximo cumplimiento posible; son “mandatos de optimización”, según la definición de Alexy¹⁰⁹.

Esta diferencia entre principios y reglas resulta esencial para comprender la problemática de los derechos fundamentales. En efecto, cuando coexisten dos reglas contrapuestas, una excluye a la otra y se aplica en toda su extensión. Frente a dos principios, ninguno debe ser excluido, sino que debe procurarse una armonización entre ellos procurando optimizarlos, es decir, el logro en su mayor grado posible. Al exigir la razonabilidad del ordenamiento jurídico, se busca el mayor grado de concreción de razonabilidad, minimizando la arbitrariedad y procurando una armonización con otros principios como pueden ser otros derechos fundamentales (que operan como principios).

El principio de razonabilidad es un principio general del derecho. Esto significa, en primer lugar, que goza de juridicidad: es obligatorio en la aplicación del derecho en general. En otras palabras, el operador jurídico debe buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, en su aplicación y control¹¹⁰. En segundo lugar, significa que forma parte del ordenamiento jurídico independientemente de que sea o no declarado en forma expresa.

El principio de razonabilidad, o proporcionalidad, así entendido, es un principio general del derecho, opera como un límite constitucional al poder del Estado, y como un criterio de control de las normas de modo que su contenido sea conforme a derecho y que los derechos fundamentales no se vean afectados o alterados en su contenido esencial.

¹⁰⁹ Alexy, ob. cit., pp. 86-87. Aún así, Alexy sostiene que la máxima de proporcionalidad no es tanto un principio sino más bien un concepto que regula la aplicación de todos los principios en el ordenamiento jurídico cuando entran en conflicto, y que engloba tres reglas: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cfr. Alexy, ob. cit., p. 86.

¹¹⁰ Si bien el autor Pérez Luño considera a los principios generales del derecho “mitos jurídicos”, acepta que estos operan como “reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas”, Antonio E. Pérez Luño, “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997, p. 17.

5.2 El principio de razonabilidad como control de constitucionalidad: el “control constitucional de razonabilidad”

El estatus de principio significa un grado de abstracción e indeterminación; por esto se ha dicho que el principio de razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado¹¹¹. Sin embargo, cumple la función de operar como criterio en el control de constitucionalidad de las normas; es así que ciertas reglas se pueden derivar de su propia razón de ser. El hecho de que estas reglas se deriven no les quita el carácter de principio ya que son tests, o juicios de comprobación de la razonabilidad o proporcionalidad de una norma¹¹². En efecto, si lo que se busca es el mayor grado de proporcionalidad o razonabilidad posible, y detectar la irrazonabilidad de una norma, unos juicios concretos son imprescindibles.

El principio de razonabilidad puede ser llamado también “control constitucional de razonabilidad”, poniendo el énfasis en la función que cumple el principio y en los juicios que se desprenden del mismo. Estos juicios, o reglas, que serán desarrollados más adelante, son pautas que otorgan un cierto grado de objetividad y determinación al principio de razonabilidad. Para evitar el regreso a la “era *Lochner*”, estos juicios o reglas de análisis deben ser empleados.

De todos modos, como se verá, no se excluye la valoración jurídica, ya que el principio de razonabilidad supone la inevitabilidad de los juicios de valor por parte de los jueces. Tampoco significa petrificar esta herramienta, sino permitir que los jueces puedan fundamentar suficiente y correctamente sus decisiones, y arribar a soluciones más justas. Cabe advertir que el control constitucional de razonabilidad no es infalible ya que sus resultados dependerán, en buena medida, del operador jurídico, y su valoración e interpretación de los hechos la interpretación de los derechos constitucionales, sus visiones fundamentales, la interpretación de los medios empleados por la norma y la comprensión del fin o los fines de la misma. De todos modos, el principio de proporcionalidad permite que las sentencias sean fundadas brindando razones y argumentos de un modo claro y preciso para decidir en uno u otro sentido.

5.3 El control constitucional de razonabilidad como criterio para determinar la afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales

El control constitucional de razonabilidad opera como criterio sustancial de control en la aplicación e interpretación del derecho. Para esto, en primer lugar, los jueces que tienen esta potestad deben analizar la norma de modo que ésta guarde

¹¹¹ Enseña Bidart Campos que: “cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse, o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad”, Bidart Campos, *Tratado elemental...*, ob. cit., II-A, p. 809.

¹¹² Bernal Pulido señala que “los subprincipios de la proporcionalidad tienen el carácter de reglas”, Bernal Pulido, ob. cit., p. 591.

una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales. En segundo lugar, y para que la norma sea constitucionalmente válida, corresponde que la misma –y con esto, la finalidad o finalidades propuestas y los medios empleados para conseguirlas– esté de acuerdo con el resto de las finalidades constitucionales y sus principios (para lograr también la optimización de éstos). En este sentido, un completo control constitucional de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial.

No se pretende, en este trabajo, entrar en detalle en la problemática del contenido esencial que ha dividido a la doctrina europea. Las teorías en torno al “contenido esencial” surgen a partir de la mención en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949¹¹³, y se vincula con la idea de que los derechos fundamentales pueden ser regulados por las leyes, pero no pueden verse afectados en un núcleo que constituye la razón de ser. Dos teorías se vinculan a este concepto: la teoría absoluta, conforme a la cual existe un núcleo duro del derecho que debe ser protegido siempre, y un núcleo blando que es disponible por el legislador. La teoría relativa, por su lado, señala que el contenido esencial es el que surge luego de aplicar el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: lo que es desproporcionado y sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial¹¹⁴. Las dos teorías tienen el defecto de admitir la restricción de los derechos por límites externos: la teoría absoluta conduce al conflicto entre derechos y a la jerarquización, lo que implica relegar un derecho fundamental frente a otros considerados más importantes¹¹⁵. La teoría relativa conlleva la idea de limitación de los derechos en cuanto la aplicación de los tres subprincipios –al ser un examen entre los costos y beneficios–, y puede llevar a la justificación de la postergación de un derecho cuando la finalidad, o el beneficio, sea importante.

La solución de la problemática del contenido esencial pasa por comprender que los derechos fundamentales no tienen límites externos; el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple¹¹⁶. El contenido esencial es, en definitiva, el contenido del derecho mismo¹¹⁷ que no viene limitado de manera externa sino que surge internamente. Las leyes no limitan los derechos sino que delimitan el contenido esencial de los mismos y regulan su ejercicio razonable. Si esto es así,

¹¹³ Como se ha señalado, la garantía de contenido esencial también aparece reconocida en el artículo 53.1 de la Constitución española de 1978. En el derecho argentino la garantía goza de reconocimiento en el artículo 28 de la Constitución Nacional que establece la inalterabilidad de los derechos; este artículo fue tomado de la constitución de Alberdi que ya hablaba de una esencia de los derechos fundamentales.

¹¹⁴ Bernal Pulido, ob. cit., p. 560.

¹¹⁵ Cfr. Serna y Toller, *La interpretación...*, ob. cit., pp. 46-47.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 46-47 y 66-69.

¹¹⁷ Como sostiene Martínez Pujalte: “[...] en la medida en que la garantía del contenido esencial expresa una vinculación incondicionada de los poderes públicos al contenido de los derechos fundamentales, ello implica, en concreto, que tal contenido no puede ser limitado por el legislador. La cláusula de respeto al contenido esencial supone, por tanto, la resistencia frente a toda limitación legislativa: los derechos fundamentales son ilimitables”, Antonio L. Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 48.

entonces el control de razonabilidad no debe llevar a la restricción o limitación de un derecho, sino al contrario: debe conducir a la armonización de los derechos, sin afectar, limitar o alterar el contenido esencial de los mismos.

5.4 Balance: puntos de partida para un completo control de razonabilidad

En primer lugar, corresponde decir que es necesario superar la idea de que el principio de razonabilidad o proporcionalidad es un análisis de ponderación entre principios. Es, más bien, un control constitucional que examina específicamente la relación entre los medios y los fines de una medida. Pero no se limita únicamente a esto; además, se debe analizar la constitucionalidad de la finalidad, ya que no cualquier finalidad propuesta es compatible con la Constitución de modo que permita el logro de los objetivos constitucionales. Luego también, convendrá examinar si el medio afecta, limita, restringe, o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales de acuerdo con la finalidad de los mismos, y el bien humano protegido. Esto a efectos de dar máxima eficacia a la Constitución y lograr la armonización de los derechos. En ningún caso se puede postergar un derecho ya que, quien tiene derecho, merece su protección.

La teoría absoluta del contenido esencial, o una postura que examine los derechos fundamentales o los principios en conflicto, se opone a esta concepción ya que supone que las leyes limitan los derechos y que un derecho puede quedar relegado frente a otro “más importante” o a una finalidad social relevante. Bajo esta óptica, el control de razonabilidad carece de relevancia y su aplicación –que no incluiría la garantía de no afectación de los derechos fundamentales– puede conducir, contradictoriamente, a soluciones arbitrarias, irrazonables y desproporcionadas.

Según la teoría relativa del contenido esencial también se llega a consecuencias no deseadas ya que se queda en un mero análisis de costos y beneficios, y se excluye el juicio de no afectación de los derechos fundamentales. Los resultados son semejantes a los de la teoría absoluta. Se han sostenido otras teorías, por ejemplo, la teoría de la implicación, que sostiene que el principio de proporcionalidad es un criterio para determinar el contenido esencial, pero no el único¹¹⁸. La Corte Suprema argentina suele analizar la razonabilidad de una medida y, en segunda medida, la alteración de otros derechos fundamentales conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., p. 561.

¹¹⁹ Cianciardo explica que “[l]a postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios, y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego”, Cianciardo, *El principio de...*, ob. cit., p. 98. El mismo autor sostiene que “(...) desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se coimplican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”, *Ibid.*, p. 99. De todos modos, y como se señala en la nota siguiente, la Corte no ha sido consecuente todas las veces con esta línea.

Conforme a la tesis sostenida, la razonabilidad debe integrar en su campo el examen razonable de los medios y los fines, y la afectación o la alteración del contenido esencial de los derechos fundamentales en juego¹²⁰. De este modo, una medida que altera un derecho fundamental es irrazonable o desproporcionada.

6. EL CONTROL DE RAZONABILIDAD EN LA PRÁCTICA. LOS CINCO JUICIOS

6.1 Tres subprincipios, siete preguntas, cinco juicios

El control constitucional de razonabilidad se realiza aplicando una serie de reglas o juicios a las leyes que son sometidas a su rigor, en general, en un caso contencioso. La jurisprudencia continental realiza tres juicios basados en el sistema de los tres subprincipios. En este trabajo se proponen cinco juicios. En todo caso, la idea es la misma: que el control de razonabilidad, para gozar de un rigor científico, debe estar sistemáticamente organizado en una serie de tests que sirvan para determinar la validez constitucional del contenido de una norma.

De acuerdo con el sistema de los tres subprincipios corresponde analizar la razonabilidad o proporcionalidad de una medida aplicando los siguientes juicios en forma escalonada y excluyente. Sin perjuicio de que serán desarrollados los cinco juicios que se consideran apropiados para un control de razonabilidad en el siguiente apartado, los tres subprincipios se aplican del siguiente modo:

- a) *El juicio o subprincipio de adecuación (o idoneidad)*: en primer lugar corresponde detectar la finalidad de la medida para luego determinar si es constitucional y socialmente relevante. Una vez detectado el fin, se debe analizar si el medio es idóneo para alcanzarlo. Se trata de un juicio de eficacia, es decir, el medio de lograr de algún modo la finalidad propuesta.
- b) *El juicio o subprincipio de necesidad (o indispensabilidad)*: se debe examinar el grado de proporcionalidad de la medida con respecto a otras igualmente eficaces o más eficaces aún¹²¹. Para ello, en primer lugar, se buscarán otras medidas

¹²⁰ Alguna crítica se ha proferido contra el principio de razonabilidad el cual, tal como es aplicado por la Corte Suprema argentina, tiende al olvido del control de la alteración de los derechos fundamentales, lo que ha dado lugar a sentencias caprichosas teñidas de subjetivismo por parte del máximo tribunal. Los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son suficientes, es necesario un juicio acerca del respeto al contenido esencial de los derechos en juego. Con esto se pretende responder a la tajante postura de Manóvil para quien "(...) el órgano guardián de la Constitución se ha desentendido en repetidas ocasiones del real contenido de su art. 28, que se limita a imponer el análisis de la posible alteración de la sustancia de un derecho constitucional, para entronizar otro principio constitucional (el de la proporcionalidad y no arbitrariedad de las leyes), que no se desprende del artículo referido y que sólo debe ser evaluado una vez satisfecho el primer y principal requisito que impone la Carta Magna: la compatibilidad entre la ley del caso y todas las garantías constitucionales, que pueden ser afectadas en su remedio mas nunca alteradas en su sustancia", Ezequiel Manóvil, "Razonabilidad de las leyes: ¿un principio 'supraconstitucional'?", *La Ley*, 2006-E-1049. La tesis superadora consiste en integrar todos los juicios bajo el mismo prisma de la razonabilidad incluyéndose aquí el juicio de alteración de los derechos fundamentales.

¹²¹ En general, la doctrina y jurisprudencia señalan que la medida adoptada debe ser la "menos restrictiva" de un derecho entre otras igualmente eficaces. Cfr. BVerfGE 30, 292, 325. Este criterio debe ser dejado de lado y reemplazado por el criterio de la eficiencia -que, tal como se explicará más adelante, no examina el grado de

igualmente eficaces o más eficaces. Una medida más eficaz no necesariamente atravesará este test ya que lo que se busca mediante éste es la eficiencia, es decir, que sea la medida más eficaz y más proporcionada. Si existen otras medidas más eficientes, la implementada no superará este juicio y deberá ser declarada inconstitucional¹²².

- c) *El juicio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*: de acuerdo con una concepción bastante extendida, se trata de una ponderación entre los principios en juego; Alexy diseñó, para este test, unas reglas de ponderación, de carácter matemático, por las cuales se analiza y cuantifica el peso abstracto de los principios en juego, y el peso concreto en el caso a los efectos de determinar la validez o inconstitucionalidad¹²³. Según la visión que se adopta aquí, este subprincipio requiere, en realidad, que la medida mantenga una “relación razonable” con la finalidad: se examina la relación costo-beneficio de la medida con respecto a su finalidad, es decir, entre lo obtenido mediante la medida y lo que se impide por ello¹²⁴. Sin embargo, y como ya se ha señalado, para un examen completo de razonabilidad se debe insertar aquí el juicio de alteración o afectación del contenido esencial¹²⁵.

Los juicios del control de razonabilidad pueden ser desglosados en siete preguntas¹²⁶ que el operador jurídico se debe plantear:

- a) ¿Cuáles son las finalidades mediatas e inmediatas de la norma?
- b) La finalidad, ¿es constitucional?
- c) La finalidad, ¿es socialmente relevante?
- d) ¿Es adecuado el medio empleado?
- e) ¿Es necesario, o indispensable, el medio empleado?
- f) ¿Es proporcionada la medida con respecto a los fines?
- g) ¿Respeto el contenido esencial de los derechos en juego?

Las preguntas a), b) y c) pueden unificarse en un solo juicio acerca de la finalidad de la norma. El punto d) viene a ser el juicio de adecuación de la norma; el punto e), el juicio de necesidad; la pregunta f), el juicio de proporcionalidad; y la pregunta g) el juicio de afectación o alteración del contenido esencial de los derechos en juego. De este modo, el control de razonabilidad supone cinco juicios que luego serán analizados.

restricción sino la eficiencia, de acuerdo con diversos parámetros, con respecto a otras medidas igualmente o más eficaces-; una medida restrictiva de un derecho fundamental es irrazonable ya que el objeto del principio de razonabilidad y de proporcionalidad consiste en otorgar máxima eficacia a la Constitución y garantizar que el contenido esencial de los derechos fundamentales no se vea afectado.

¹²² La Corte Suprema argentina no aplica este principio ya que considera que entiende que las razones de mérito, oportunidad o conveniencia de una norma no son justiciables (véanse, por ejemplo, “Inchauspe”, Fallos 199:483 (1944), § 6; “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960), § 13; entre otros). Cianciardo justifica la aplicación de este subprincipio en seis argumentos. Cfr. Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., pp. 80-90.

¹²³ Cfr. Alexy, ob. cit., pp. 89 y ss.

¹²⁴ Cfr. Toller, “La resolución de los conflictos...”, ob. cit., p. 1271.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 95-102.

¹²⁶ El modelo conforme a estas siete preguntas es tomado del profesor Fernando Toller tal como lo expone en sus clases de Derecho Constitucional.

6.2 Control de razonabilidad de la norma en su letra y en su aplicación

La jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense ha elaborado una serie de criterios para juzgar la inconstitucionalidad de una ley que se conocen como la doctrina del “desafío facial”¹²⁷ (*facial challenge*), y la doctrina de la “aplicación” (*as applied challenge*). Quien plantea la inconstitucionalidad de una norma lo puede hacer de dos modos: alegando la inconstitucionalidad de la norma en su letra (*on its face*), es decir, que la norma es inconstitucional para todos los supuestos de aplicación; o planteando la inconstitucionalidad en su aplicación (*as applied*), es decir, que la norma es inconstitucional sólo en la aplicación a su caso concreto¹²⁸. Detectada la inconstitucionalidad en la letra de la ley el juez deberá declararla en su totalidad. La declaración de inconstitucionalidad surte efectos *erga omnes*, es decir, para todos los casos de aplicación, con lo que la ley virtualmente queda derogada. En cambio, si la norma es inconstitucional en su aplicación, podrá hacerlo respecto de una parte de la norma o modificar sus alcances para el caso en análisis¹²⁹.

El control constitucional de razonabilidad debe realizarse en toda su extensión, sobre la letra, y en los casos de aplicación. Una norma podrá ser irrazonable respecto de una situación particular de aplicación y, por ello, podrá ser declarada inconstitucional respecto del caso concreto. No es una regla universal el que los jueces puedan modificar los alcances de la legislación una vez considerada la inconstitucionalidad en la aplicación de la ley. De todos modos, no existe inconveniente en que el juez declare la inconstitucionalidad respecto de aquel caso particular. Por ejemplo, una medida puede resultar adecuada a su finalidad ya que la experiencia indica que la misma se cumple empleando los medios regulados; sin embargo, la ley puede ser inadecuada en el caso particular. Tampoco es óbice para que el juez mantenga vigente una parte de disposición o modifique sus alcances de la misma con respecto al caso concreto.

En el derecho argentino, la declaración de inconstitucionalidad de las normas tiene efectos *inter partes*, es decir, sólo para el caso resuelto, por lo que esta jurisprudencia norteamericana no es trasladable con todos sus alcances al derecho argentino¹³⁰. De todos modos, la remisión al derecho norteamericano es válida para explicar que la ley, considerada en forma abstracta, puede resultar adecuada, necesaria, proporcionada, etc.; pero, analizada en el caso concreto, puede ocurrir que no se supere alguno de estos juicios. Por lo demás, el juez en el caso concreto, y habiendo detectado la irrazonabilidad en su aplicación, está obligado

¹²⁷ Cfr. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

¹²⁸ Cfr. David L. Franklin, “Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause”, 92 *Iowa L. Rev.* pp. 41, 53-54.

¹²⁹ Los clásicos ejemplos de inconstitucionalidad *as applied* de la Suprema Corte estadounidense se dan con respecto a los casos sobre aborto. Cfr. *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320 (2006).

¹³⁰ Aún así, en ciertos casos la declaración de inconstitucionalidad ha tenido efectos *erga omnes*. Cfr. CSJN, “*Monges c/ Universidad de Buenos Aires*”, Fallos 319:3148 (1996). Aún cuando este caso ha sido excepcional, el mismo efecto *erga omnes* se produce cuando la pretensión se vincula con los derechos de incidencia colectiva, por lo que se admite, en ciertos casos y para ciertos derechos, un control de constitucionalidad “*on its face*”.

a declarar la inconstitucionalidad, y puede invalidar una parte de la disposición manteniendo vigente la otra para el caso en análisis.

6.3 Los cinco juicios del control de razonabilidad

a) Primer test: el juicio de finalidad

El primer juicio que corresponde hacer sobre la norma a efectos de evaluar su razonabilidad versa acerca de la finalidad o las finalidades de la medida¹³¹. Tres cuestiones quedan abarcadas en este juicio:

- ¿Cuál es la finalidad?
- ¿Es constitucional?
- ¿Es socialmente relevante?

En primer lugar, para un correcto control de constitucionalidad sobre la base de la razonabilidad, es imprescindible investigar y determinar la finalidad o las finalidades que persigue la norma¹³². Cabe advertir que es posible que una norma, o una disposición particular, no persiga finalidad alguna, por lo cual deberá declararse su inconstitucionalidad ya que toda norma debe perseguir alguna finalidad legítima.

Examinar correctamente la finalidad es lo que determinará una acertada aplicación de los siguientes juicios. Es preciso que el juez realice una interpretación teleológica de la norma y que no solamente desentrañe la intención del legislador o evalúe la exposición de motivos, sino que descubra la finalidad real detrás de ella¹³³. Para esto último, el operador jurídico deberá tener en cuenta, entre otros aspectos, las

¹³¹ En el derecho continental, que llama principio de proporcionalidad al control constitucional del contenido de las leyes, muchas veces se considera a este juicio de finalidad como el "juicio de razonabilidad". Es decir, emplean el concepto de "razonabilidad" para realizar este juicio de manera que no exista "arbitrariedad" en la elección del fin legislativo. Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., p. 689.

¹³² Tan importante es esta indagación que un análisis incorrecto puede llevar a un resultado adverso a la verdad y a la justicia. Un claro ejemplo se dio en el caso "Irizar" en el que el voto de la mayoría de la Corte Suprema argentina interpretó que la ley provincial –que exigía el pago de los tributos provinciales y municipales para poder liberar las guías forestales que permitían la salida de la madera de la propiedad del explotador– tenía como finalidad de "proveer a la policía, higiene y seguridad en el tráfico de los bienes", Fallos 319:1934 (1996), § 9. La Corte declaró la inconstitucionalidad al sostener que los medios carecían de una relación real con esta finalidad (§ 9). Sin embargo, ésta no era la finalidad de la ley. La ley perseguía, en verdad, fines de recaudación fiscal: asegurar el pago de los tributos. El juez Boggiano, que votó en disidencia, entendió correctamente que el fin de la medida era "impedir que la utilización y extracción de los recursos naturales se realice sin la adecuada contraprestación de los particulares" (§ 8 del voto en disidencia del juez Boggiano). Cfr. Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., pp. 65-71.

¹³³ En el caso *Lochner*, la Suprema Corte estadounidense señaló que: "la finalidad de un estatuto debe determinarse desde el efecto natural y legal del lenguaje empleado y, si es o no repugnante a la Constitución de los Estados Unidos, debe determinarse a partir de los efectos naturales de dichas leyes al aplicarse, y no a partir de la mera finalidad declamada", 198 U.S. 45, 64 (1905). Cfr. *Minnesota v. Barber*, 136 U.S. 313 (1890); *Brimmer v. Rebnan*, 138 U.S. 78 (1891); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886). Sin embargo, actualmente en el escrutinio del *rational basis review* –el escrutinio más usual para leyes que regulan la propiedad o con fines económicos– la Corte hace un control mucho más flexible de la finalidad de la norma al entender que toda norma persigue varios fines y basta que "alguno de ellos" sea constitucional. Así lo ha sostenido el máximo tribunal en *Romer v. Evans* al decir que: "si una ley no impone restricciones a un derecho fundamental ni apunta a determinada

circunstancias fácticas y jurídicas extrínsecas a la sanción de la norma, es decir, los hechos que motivaron la medida, los antecedentes y las fuentes jurídicas, etc. En cuanto a su análisis intrínseco, generalmente los propios medios empleados delatan la finalidad de la medida; el juez puede tener en cuenta la finalidad de los medios, de acuerdo con lo que la experiencia demuestra como efectos de los mismos.

Se deberá tener en cuenta las finalidades mediatas e inmediatas de la norma. La finalidad inmediata es la primera que surge de la propia ley luego de realizar una interpretación teleológica. Las finalidades mediatas son aquellas que se logran a partir de esa finalidad y se puede llegar a un ordenamiento jurídico superior. La finalidad mediata puede ser el logro de un determinado objetivo constitucional, puede consistir en la función que cumple la norma dentro de un determinado campo del derecho, etc.

El siguiente paso consiste en verificar la legitimidad del fin normativo. La finalidad de la norma debe ser conforme a la Constitución¹³⁴, y no estar prohibida explícita o implícitamente¹³⁵.

Luego corresponde determinar si la finalidad es socialmente relevante¹³⁶. Esto significa que la finalidad debe tender a la justicia y al bien común; no al interés de ciertas personas particulares. Por otra parte, también quiere decir que la finalidad que se pretende lograr no debe vulnerar el principio de subsidiariedad: si la misma finalidad se puede lograr igual o más eficientemente sin intervención del Estado por parte de los grupos o personas que lo componen, el Estado se debe abstener de legislar en la materia.

En definitiva, una norma que no persiga ninguna finalidad pública, o que su finalidad sea inconstitucional o socialmente irrelevante, deberá ser declarada inconstitucional por el juez interviniente.

b) Segundo test: el juicio de adecuación

El juicio de adecuación, o de idoneidad, examina la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma. En otras palabras, una norma que establezca medios que no sean capaces de lograr la finalidad deseada debe

clase sospechosa, sostendremos la clasificación legislativa mientras tenga una relación razonable frente a *algún fin legítimo*" (énfasis agregado), 517 U.S. 620, 631 (1996).

¹³⁴ Por ejemplo, en el caso *Plyler v. Doe* la Suprema Corte estadounidense manifestó que "en la aplicación de la cláusula que protege la igualdad frente a todo tipo de acción estatal, nosotros buscamos solamente asegurar que la clasificación en cuestión tenga algún tipo de relación justa con una finalidad pública legítima", 457 U.S. 202, 216 (1982).

¹³⁵ Cfr. Bernal Pulido, ob. cit., pp. 690-712.

¹³⁶ De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, "(...) debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el *príus* lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 C.E., al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes", STC 55/1996, BOE 102, § 7.

ser declarada inconstitucional por irrazonabilidad. Este juicio de adecuación, y el juicio de finalidad, conforman el subprincipio de adecuación.

La adecuación se debe analizar en el momento y las circunstancias de la aplicación de la norma. De modo que si era inadecuada al momento de su sanción, pero resulta adecuada posteriormente, es razonable. La adecuación también debe analizarse en forma abstracta, si es que en general los medios no logran la finalidad, o en el caso concreto, si para tal situación, o para tal sujeto, la norma es inadecuada. En ambos casos se deberá declarar la inconstitucionalidad.

Por último, la adecuación puede evaluarse y probarse por distintos medios. Muchas veces el juicio será técnico en cuanto se deberá probar científicamente la adecuación de la medida. En caso de duda, en general, se estará a favor de la constitucionalidad, ya que la prueba suele recaer sobre quien alega la inconstitucionalidad¹³⁷. Basta que la norma alcance de algún modo, incluso parcialmente, la finalidad ya que lo que aquí se juzga es la eficacia y no la eficiencia que es objeto del juicio de necesidad que será analizado a continuación.

c) Tercer test: el juicio de necesidad

El juicio de necesidad es el que se conoce como subprincipio de necesidad o de indispensabilidad, y responde a la cuarta pregunta que corresponde plantearse para realizar el control de razonabilidad. Generalmente este juicio se formula en términos negativos: la norma debe ser la que menos restrinja el derecho fundamental entre otras normas eficaces. Esta formulación es incorrecta ya que una norma que restrinja un derecho fundamental es inconstitucional. Bernal Pulido mejora la definición al señalar que la medida debe ser la más “benigna”¹³⁸ entre otras medidas igualmente eficaces.

Lo que se debe analizar, ante todo, es la eficiencia¹³⁹ de la medida en comparación con otras medidas eficaces: de acuerdo con el principio de necesidad, la norma constitucional debe ser la más eficiente entre otras alternativas posibles. En otras palabras, debe implementarse la medida que mejor logre la finalidad propuesta; una norma ineficiente no superará el test.

¹³⁷ En algunos casos no será así; ya se ha visto el caso de los escrutinios estricto e intermedio que presumen la inconstitucionalidad de la norma, y la carga de la prueba recae sobre el Estado quien debe probar, muchas veces con rigor técnico, la adecuación de la medida.

¹³⁸ El autor señala que la medida debe ser “la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”. Bernal Pulido, ob. cit., p. 734. Sin embargo, se parte en esta definición de la suposición de que la medida ya es restrictiva del derecho fundamental, por lo que no brinda una respuesta adecuada a los problemas señalados en el trabajo, y específicamente en cuanto a los que plantea este juicio de necesidad.

¹³⁹ Esta aproximación implica una distinción, que debe resaltarse, entre las nociones de “eficacia” y “eficiencia”. La eficacia es la idoneidad de la medida para alcanzar la finalidad: es decir, los efectos obtenidos son los deseados, de modo que se puede afirmar que la medida es eficaz o que goza de efectividad. Una medida eficiente no sólo es aquella que logra la finalidad, sino la que lo hace del mejor modo. La eficiencia supone eficacia, o efectividad, por lo que el análisis de idoneidad es siempre previo al de necesidad.

El juicio de necesidad no es otra cosa que un control de calidad de las normas que regulan los derechos fundamentales. Es una exigencia del principio de razonabilidad que la norma que se adopte para alcanzar la finalidad requerida, sea la mejor, y no sólo la eficaz (adecuada). Para esto es necesario considerar las circunstancias de la medida: tiempo, modo y lugar; en este sentido, la norma razonable será, entre otras cosas, la que resulte más económica, la que logre la finalidad en el menor tiempo posible, la que conlleve los menores costos y esfuerzos para la comunidad, la que regule la menor cantidad de supuestos de hecho y sujetos alcanzados, etc.

Esta aproximación al juicio de necesidad responde otro planteo que se le puede hacer a la definición conocida de los medios alternativos “menos restrictivos” –a más de la objeción ya formulada de que todo medio restrictivo es inconstitucional–, y consiste en que una definición de tal tipo no contempla, o no incluye de modo correcto, las regulaciones de los derechos sociales: en éstos al Estado le es requerido un deber de prestación efectiva. ¿Cómo puede decirse que la prestación efectiva es la menos restrictiva del derecho social afectado? En cambio, si se define esta exigencia de modo positivo como la necesidad de regular del modo más eficiente, claramente se incluye aquí toda regulación de un derecho de prestación efectiva¹⁴⁰.

Por último, el juicio de necesidad será relevante también en la aplicación del control de constitucionalidad para el caso concreto¹⁴¹. En efecto, una norma considerada en forma abstracta puede no resultar irrazonable, pero llevada a los casos de aplicación puede resultar que hayan quedado incluidos algunos supuestos que no merecían quedar comprendidos por la norma, ya sea porque se generaría respecto de ellos una suerte de carga no igualitaria, o porque no son relevantes para el logro de la finalidad. Es lo que en el derecho estadounidense se conoce como los defectos legales de la sobrecomprensión (*overinclusiveness*) de las leyes, es decir, que comprende más supuestos de los que debería alcanzar; o también el defecto de la vaguedad (*vagueness*), en cuanto la ley no define con precisión los supuestos alcanzados de modo que se genera cierta incertidumbre. En la vereda opuesta, una norma también puede resultar infracomprensiva (*underinclusiveness*), es decir, que deja afuera supuestos que deberían quedar comprendidos. Todos estos defectos legales podrían ser atacados mediante el juicio de necesidad.

En el derecho argentino, los jueces se eximen de realizar este juicio de necesidad ya que entienden que no pueden juzgar la oportunidad, el mérito o la convenien-

¹⁴⁰ Un ejemplo de aplicación del principio de razonabilidad en materia de derechos de prestación efectiva se puede ver en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Badaro (II)”. En lo que respecta al derecho a la movilidad jubilatoria, la Corte ha dicho que: “ese mandato no fue cumplido en las oportunidades y con el alcance exigidos por el art. 14 bis CN. Para conferir eficacia a la finalidad protectora de la Ley Fundamental, su reglamentación debe guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan al estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender, con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos”. Cfr. CSJN, “Badaro c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, del 26-XI-2007, en *La Ley* 2007-F, 688, § 16.

¹⁴¹ Vendría a ser una suerte de control *as applied*, de acuerdo con la jurisprudencia norteamericana.

cia de la medida¹⁴². Sin embargo, el control de necesidad puede verse justificado en determinados casos de existencia manifiesta de otros medios que son a todas luces más eficientes¹⁴³. Cabe decir que en el derecho argentino, en varias oportunidades se ha realizado este juicio encubiertamente a la hora de analizar la proporcionalidad de la medida.

d) Cuarto test: el juicio de proporcionalidad (en sentido estricto)

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, más que una ponderación entre dos principios en conflicto, significa una comparación de los costos y beneficios de la norma: se propugna que si los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional. Para esto se deberá evaluar el carácter de la medida y la relevancia de la finalidad que implicarán, de algún modo, una valoración por parte de los jueces que deberá estar suficientemente fundada. Este juicio se corresponde con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto que se suele aplicar en el derecho continental.

Este juicio no debe realizarse mediante un balance entre los derechos en juego. El *balancing test* que se aplica en el derecho estadounidense para resolver problemas de derechos fundamentales consiste en balancear el derecho regulado o afectado frente al derecho que busca proteger la finalidad de la medida. Un sistema similar se aplica en el derecho continental con la regla de ponderación o de conflicto. No es esto lo que debería buscarse mediante el juicio de proporcionalidad; debe excluirse la idea de jerarquizar los derechos, sea en forma abstracta o concreta. Más bien se pretende que, mediante este juicio, se cuantifiquen y califiquen de algún modo los medios con respecto a los fines que se pretende alcanzar a efectos de vislumbrar la proporción que debe existir entre los costos y los beneficios y, así, se brinden razones para ello. Los beneficios deben resultar siempre mayores que los costos, de lo contrario, la norma no tendría “razón” de ser.

No se debe realizar un mero análisis cuantitativo, sino también tener todos los factores en cuenta como por ejemplo: costo económico, sujetos alcanzados y sujetos beneficiados, prolongación de la medida en el tiempo y el espacio, etc.

¹⁴² Explica Linares que el razonamiento de la Corte Suprema para evitar este juicio es que: “no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga cierta proporcionalidad con el fin (...)”. Linares, ob. cit., pp. 138-139.

¹⁴³ Cianciardo argumenta que es un desacierto que los jueces se eximan de este control, y resume su postura en seis argumentos: en primer lugar, los derechos se consideran operativos y corresponde a los jueces otorgar máxima operatividad a ellos; en segundo lugar, los derechos tienen una “vertiente positiva” de acuerdo con la cual los órganos públicos cumplen una función activa de promoción, por lo que los jueces también están llamados a ella; en tercer lugar, considera el autor que se puede convertir al principio de razonabilidad en un medio para terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o al menos, se lo juzga encubiertamente sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio significa que deben ser optimizados, y entonces no cabe limitar su aplicación cuando están llamados a su maximización; en quinto lugar, considera que la teoría jurídica contemporánea reconoce que es imposible una aplicación mecánica de la ley y que los jueces no pueden escapar de la valoración; por último, el juicio de necesidad debe armonizarse con el de autocontención o la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Cfr. Cianciardo, *El principio...*, ob. cit., pp. 80-90.

e) *Quinto test: el juicio de respeto al contenido esencial de los derechos regulados*

Ya se ha dicho que el control de razonabilidad o proporcionalidad no se puede limitar a un mero control de costos frente a los beneficios de la medida, o medios y fines ya que esto no garantiza la intangibilidad de los derechos fundamentales en juego. Además de los juicios anteriores, es necesario controlar la norma a la luz de los distintos fines constitucionales (principios constitucionales y derechos fundamentales) y del ordenamiento jurídico. Es imprescindible verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que aparecen en juego o que regula la ley.

Este examen requiere que se realice una interpretación teleológica del derecho fundamental a partir del bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto. De este modo, el juez evaluará si la ley en cuestión altera el ejercicio de un derecho fundamental. Una norma puede atravesar todos los juicios anteriores, pero violar la garantía de la inalterabilidad de los derechos. Una norma así no puede convivir en el ordenamiento jurídico, y el juez debe declarar su irrazonabilidad e inconstitucionalidad.

CONCLUSIONES

En este artículo se han esbozado las cualidades principales del principio de razonabilidad que sirven como base para comprender su correcto funcionamiento como límite jurídico al poder del Estado. En la práctica opera como un control de constitucionalidad de toda la actuación del Estado sobre la base de la exigencia de razonabilidad que los actos deben guardar. Se trata no ya de un juicio de competencia o de legitimidad de origen, sino de legitimidad del contenido de la norma.

La aplicación del principio en el derecho comparado ha servido para comprender sus alcances actuales y su funcionamiento en los distintos países. El principio ha estado unido generalmente al concepto de poder de policía; la razonabilidad vendría a ser el principio que modera y limita el poder de policía para que la legislación sea conforme a la Constitución, razonable y justa. Empero, el recurso a la noción de poder de policía es superfluo ya que no hace falta crear categorías cuando el poder de legislar para el bien común es una facultad o un poder propio del Estado. Todo poder implica en sí mismo una toma de decisión respecto de determinada materia entre diversas alternativas o vías de acción posibles. El criterio en general aceptado es que la facultad del Estado de legislar no es un poder ilimitado, como ningún otro lo es: debe respetar la Constitución, tanto en los fines buscados como en los medios escogidos, y deben guardar, unos y otros, una relación de razonabilidad o proporcionalidad. Sin embargo, es a la hora de precisar el principio donde se concentran la mayor cantidad de discusiones, particularmente en torno a cuestiones de interpretación de los derechos fundamentales.

Según la visión que se adopta en este trabajo, las leyes no restringen derechos, los delimitan o regulan. Decir que un derecho limita a otro, o que una norma restringe o limita un derecho es un contrasentido ya que frente a un derecho no corresponde restringirlo, sino otorgarle la máxima protección. El desafío consiste en determinar lo que es y lo que no es derecho, y para esto la legislación debe delimitar el contenido de los derechos a efectos de buscar la armonización. Armonización y razonabilidad son conceptos que van unidos. Es por este motivo que se rechaza una aproximación al principio de proporcionalidad que ve a los derechos fundamentales en conflicto y con determinada jerarquía (en abstracto y en concreto), o que pretende una ponderación de los principios. El principio de razonabilidad, tal como se lo expone aquí, pretende la armonización de los derechos fundamentales impidiéndose así la posibilidad de que uno resulte relegado por medio de argumentos arbitrarios.

Los mayores problemas en torno al principio de razonabilidad se dan a la hora de precisar sus alcances. ¿Bajo qué criterios se debe examinar la razonabilidad de las leyes? El derecho estadounidense ha establecido algunos parámetros para evitar que, mediante este principio, se pueda imponer la visión fundamental del juez, frente a la del legislador. En su nivel más elemental se admite un control de razonabilidad de todas las leyes que deben guardar una relación adecuada con alguna finalidad legislativa constitucional. Sin embargo, algunas leyes merecen un control más exigente de razonabilidad, particularmente aquellas que pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad (las llamadas categorías sospechosas). El examen de razonabilidad de estas normas es más intenso y llega incluso a establecer una presunción de inconstitucionalidad que el Estado debe superar probando la razonabilidad de la ley con base en cánones muy estrictos. En los Estados Unidos, las leyes que regulan la propiedad o que persiguen fines económicos se someten al control más básico de razonabilidad; rara vez la Suprema Corte ha declarado la inconstitucionalidad de alguna de ellas.

En el derecho continental el control de razonabilidad goza de tres juicios o subprincipios que son sistemáticamente aplicados en las decisiones acerca de derechos fundamentales. Sin embargo, esta aproximación de los subprincipios es insuficiente ya que todavía los derechos fundamentales no quedan protegidos frente a determinadas leyes.

En Argentina el principio de razonabilidad se aplica frecuentemente para analizar la constitucionalidad de todas las normas cuando se cuestiona la justicia del contenido de las mismas. El principio se suele complementar con el juicio de inalterabilidad de los derechos fundamentales conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional. Tal como es aplicado en la actualidad, el principio dista de ser una herramienta de control sistemática que permita a los jueces arribar a soluciones justas, objetivas y correctamente fundamentadas. Esta circunstancia ha dado pie a un sinnúmero de sentencias arbitrarias y con fundamentación deficiente.

El principio de razonabilidad, tal como se propone en este trabajo, es un control constitucional sustantivo que supone la aplicación de una serie de juicios sobre

el contenido de los actos normativos del Estado por los cuales éste ejerce su poder. Se examina, de este modo, la finalidad de estos actos y los medios empleados bajo la luz de la Constitución ya que, como se ha dicho, todo ejercicio de poder debe ser conforme a la Constitución. Un examen completo de razonabilidad no podrá omitir estos juicios que someten la norma a un estricto análisis a efectos de lograr la justicia, y que la Constitución y los derechos fundamentales resulten operativos y optimizados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 1.
- Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Bianchi, Alberto B., "Las llamadas 'libertades preferidas' en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", *Rev. Régimen de la administración pública*, Año 13, noviembre 1990, núm. 146.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, II-A.
- Cianciardo, Juan, "Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad", en AA.VV., Juan Cianciardo (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

- Corwin, Edward S., *The Constitution and what it means today*, 14 ed., Princeton, Princeton University Press, 1978.
- Franklin, David L., "Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause", 92 *Iowa L. Rev.*
- García Vizcaíno, Catalina, "Razonabilidad de la tributación", *La Ley*, 1992-D-1009.
- Giardelli, Lucas, Fernando Toller y Juan Cianciardo, "Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, Marcial Pons, 2008.
- Ibler, Martin, "Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 50/51.
- Jescheck, Hans H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4 ed., trad. de José L. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2 ed., Durham and London, Duke University Press, 1997.
- Linares, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2 ed., Buenos Aires, Astrea, 2002.
- López González, José I., *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988.
- Martínez Pujalte, Antonio L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, trad. de H. Heredia y E. Krotoschin, 2 ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, II.
- Nowak, John E. y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, Minnesota, West Group, 2000.
- Ollero Tassara, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de Diputados, Madrid, 1996.
- Pérez Luño, Antonio E., "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997.

- Serna, Pedro y Fernando M. Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Sullivan, Kathleen M. y Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 14 ed., New York, Foundation Press, 2001.
- Toller, Fernando M., “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, II.
- Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2 ed., New York, Foundation Press, 1988.
- Tribe, Lawrence H., *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- Zagrebelsky, Gustavo, “Su tre aspetti della ragionevolezza”, en *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994.