

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Denise L. Bloch - Ezequiel Cassagne - Analía Conde - Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Fernando E. Juan Lima - Jorge I. Muratorio - Marisa L. Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)

José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martín Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

JUNIO 2012

81

Director

Juan Carlos Cassagne

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471
(C1050AAC),
Cdad. de Buenos Aires,
Argentina

Director Editorial
Alejandro P. F. Tuzio

Editor
Leandro T. Pacheco Barassi

Redacción
Pablo G. Gliemann

ISSN 1851-0590

 **AbeledoPerrot®**

Pons ediciones, Madrid, 2005; Javier Ruy Pérez, El constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización, UNAM, México 2005; Sabino Cassese, La crisis del Estado, Lexis-nexis, Buenos Aires 2003 y Eugenio L. Parada, Introducción a las políticas públicas, FCE, Santiago de Chile 2008.

Sobre el Estado de bienestar o Estado social, cfr. la voz "estado de bienestar" por Regonni, G., *Dimanaría de Política*, Siglo XXI, México, 2000, a cargo de Bobbio, Norberto - Matteucci, Nicola - Pasquino, Gianfranco, y más ampliamente en Abendroth, Wolfgang - Forsthoff, Ernst - Doehring, Karl, *El Estado Social*, CEC, Madrid, 1986; García Cotarelo, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado del malestar*, CEC, Madrid, 1986; De Cabo Martín, Carlos, *La crisis del Estado social*, Pub. Universitarias, Barcelona, 1986; Picó, Josep, *Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Siglo XXI, Madrid, 1999; Luhmann, Niklas, *Teoría política del Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, y Sotelo, Ignacio, *El Estado Social. Antecedentes, orígenes, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid, 2010 (estupendo análisis de conjunto). Dos libros pioneros en nuestro ámbito son los de Verdú, Pablo L., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955 y Bonavides, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, Malheiros, São Paulo, 2009 (la primera edición es de 1958). De gran influencia por su claridad y concisión ha sido el pequeño libro de Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1969 (la primera edición es de 1966 y ha tenido ediciones posteriores).

Sobre la problemática actual de los derechos sociales, cfr. Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Libro Libre, San José, 1986; Baldares, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; Abramovich, Víctor - Añón, María José - Courtis, Christian, *Derechos sociales*, Fontamara, México, 2006; Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009; Gambino, Silvio, "Derechos sociales, Carta de Derechos fundamentales e integración europea", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, nro. 4, 2009; AA.VV., *La judicialización de los derechos humanos*, dir.: Víctor Bazán, Asociación Argentina de Derecho Internacional - Ediciones Legales, Lima, 2009; Zapatero, Virgilio - Garrido Gómez, María Isabel (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2009, y Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (debate de varios autores en torno a las tesis de Alexy). El tema de las cláusulas económico-sociales en las Constituciones está ampliamente tratado en el número monográfico de "Derecho Comparado", nro. 2, 1978, órgano de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Dentro de un contexto más amplio, cfr. Kresalja, Baldo - Ochoa, César, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

por JUAN CIANCIARDO*

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte los tribunales con jurisdicción en casos iusfundamentales vienen aplicando cada vez con mayor frecuencia el principio de proporcionalidad, como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales. De un modo u otro, la proporcionalidad es aplicada en Alemania, Gran Bretaña, España, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suiza; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹. Dicho principio prescribe, muy genéricamente, que toda

* Este artículo es una nueva versión de un trabajo anterior ya publicado. Se expone ahora un planteamiento algo distinto del argumento central, se hicieron correcciones y se agregó nueva bibliografía. La primera versión se encuentra en CIANCIARDO, Juan, "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales", *Persona y Derecho*, nro. 41, Pamplona, 1999, ps. 45/55.

¹ Cfr., sobre este punto, SCHWARZE, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Luxembourg, 1992, ps. 680/702; EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, London, 1996, *passim*; AKEHURST, Michael, "The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Year Book of International Law* 1981, Clarendon Press, Oxford, 1992, ps. 29/51, esp. ps. 38/39; BOYRON, Sophie, "Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?", *Oxford Journal of Legal Studies*, num. 12, 1992, ps. 237/264; GEORGIADOU, A., "Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la Jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 81, 1995, ps. 532/541; BARNES, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *RAP*, nro. 135, septiembre-diciembre 1994, ps. 495/499; BERMAN, George A., "The Principle of Proportionality", *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXVI, 1978, ps. 415/432; BRAIBANT, Guy, "Le principe de proportionnalité", en AA.VV., *Mélanges offerts a Marcel Waline. Le Juge et le droit public*, t. II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1974, ps. 297/306; AUBY, J.-M., "Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, janvier-février 1979, ps. 227/238; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido*

regulación legislativa en materia de derechos fundamentales debe ser razonable o proporcionada. A la hora de determinar concretamente el alcance de la proporcionalidad se sostiene que se encuentra integrada por tres subprincipios, a saber: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

En los Estados Unidos y en la Argentina, entre otros países, la historia constitucional muestra la utilización reiterada del llamado principio de razonabilidad, semejante en su finalidad y su función al de proporcionalidad, aunque con un alcance —al menos inicialmente— algo más amplio².

esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, ps. 293/326; ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimpr., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 111/112; WILLOUGHBY, Westel W., *The Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis and Company, New York, 1929; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 9, 1983, ps. 71/114, p. 72. Se ha dicho con acierto: "[el] parámetro de la racionalidad —problemática restauración de la racionales de la cultura jurídica medieval— puede reconocerse en la jurisprudencia constitucional de prácticamente todos los sistemas liberal-democráticos de nuestros días. Es, con todas las matizaciones que se quieran, la indagación por la razonable base de la diferenciación en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, la pregunta por la 'justificación razonable' que se plantea el Tribunal Supremo Federal suizo, el criterio de 'no arbitrariedad' que, siguiendo en buena parte la obra de Leibholz, emplea el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania o la regla de la *ragionevolezza*, elevada al rango de principio general del Derecho por el Tribunal Constitucional italiano desde su sentencia 81, de 1963. También entre nosotros el criterio de la 'razonabilidad' de las diferenciaciones normativas introducidas por el legislador ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, siguiendo, en parte, aquellas orientaciones jurisprudenciales" (Jiménez Campo, Javier, "La igualdad jurídica...", cit., p. 72). La importancia de la proporcionalidad es actualmente tan grande que se ha podido afirmar que es "el principio general más importante del derecho comunitario" (GÜNDISCH, Jürgen, "Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof", *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung*, 1983, Baden-Baden, ps. 97 y ss., p. 108, citado por SCHWARZE, Jürgen, *European Administrative Law...*, cit., p. 677). Por lo demás, el concepto de razonabilidad ocupa una lugar central en las teorías de la argumentación jurídicas más difundidas (cfr. ATIENZA, Manuel, "Para una razonable definición de lo razonable", *Doxa*, nro. 4, 1987, ps. 189/200, p. 190, y sus citas). Entre la bibliografía existente en español destaca BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, prólogo de J. L. Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. Dentro de la bibliografía producida en la Argentina cabe resaltar, entre otros trabajos, LINARES, Juan F. *Razonabilidad de las leyes*. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina, Astrea, Buenos Aires, 1989; CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009; SAGGESE, Roberto, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

² En el caso argentino con la expresión "principio de razonabilidad", la Corte Suprema aludió tanto a un estándar con el que se pretendió evaluar la razonabilidad de la ley (coincidente, al menos en su finalidad, con el principio de proporcionalidad) como a la razonabilidad de la interpretación de la ley (coincidente con el "principio de razonabilidad" tal como se lo aplica, por ejemplo, en España). En casos recientes se ha distinguido entre una y otra dimensión. Cfr., al respecto, por ejemplo, 22/11/2011, "Barbieri, Ángel P. s/ causa 8702", B. 232. XLV., disidencia

El propósito del presente trabajo puede ser sintetizado en los siguientes puntos: a) exponer en qué consiste tanto el principio de proporcionalidad en sentido amplio como cada uno de los elementos que lo integran; b) llamar la atención sobre un punto relativamente poco abordado cuando se examina la proporcionalidad; a saber, que su aplicación resulta insuficiente, al menos en algunos casos, para garantizar la preeminencia de los derechos fundamentales; c) por último, puntualizar muy brevemente aquellos requisitos que debe reunir la proporcionalidad para que no ocurra lo señalado en el pto. b), es decir, para que no se acabe frustrando su razón de ser, la protección de los derechos fundamentales.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como ya se ha dicho, el principio de proporcionalidad prescribe, simplemente, que toda regulación de los derechos fundamentales debe ser razonable. Y esto último ocurre si la norma en cuestión respeta cada uno de los tres subprincipios que integran el principio general.

El primer subprincipio es el de adecuación, el cual establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado. Es decir, establecido el fin que busca el legislador y el medio que emplea, debe verificarse que este último resulta apto para el logro del primero³.

Presupuesto el test de adecuación, el subprincipio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La medida legislativa superará el subprincipio de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego⁴.

del Juez Zaffaroni; 23/8/2011, "Cía. Gral. de Gas S.A. v. Enargés y otros s/damanda ordinaria", C. 511. XLV.; 24/5/2011, "Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E.I v. Deutsche Bank S.A.s/cumplimiento de contrato", J. 6. XLIII., consid. 10; 24/5/2011, "Cabrera, César G. y otros s/causa 6770", C. 137B. XLIII., disidencia parcial del Juez Zaffaroni; y, muy especialmente, 28/6/2011, "Aceval Pollacchi, Julio C. v. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A s/despido", A. 998. XLI., en la que la Corte dijo textualmente: "Una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el consid. 3º, este tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas en su aspecto sustancial, es decir, su contenido. Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad" (consider. 9º, con cite de Fallos 98:20; 136:161; 162:21; 315:142; 318:1154; 319:2151; 327:3677; "entre muchos otros"). Sobre este tema puede verse CIANCIARDO, Juan - ROMERO, Maximiliano, "Los principios de proporcionalidad y de razonabilidad en la Corte de los siete", inédito.

³ Una explicación detallada de este subprincipio en CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actual. y ampli., Ábaco, Buenos Aires, 2009, cap. II, 6.

⁴ Para un desarrollo más amplio cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, cit., cap. II, 7; y, del mismo autor, "El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad", ED 185-898.

Una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable *stricto sensu*. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar⁵. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al momento de precisar en qué consiste una "relación razonable". La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida⁶. Con expresión ilustrativa, se habla en el derecho francés de "balance entre costos y beneficios"⁷. También en el derecho español tanto la jurisprudencia del TC como la doctrina han llegado a una conceptualización similar⁸. Por ejemplo, se ha sostenido en la STC 66/1995 que una restricción de un derecho fundamental es proporcionada *stricto sensu* si es "ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"⁹.

La expresión "balance entre costos y beneficios" parece indicar que será razonable toda medida que suponga un coste proporcionado con los beneficios. Por tanto, a mayores beneficios, tanto mayor es el grado de restrictividad de la norma iusfundamental afectada¹⁰. Esquemáticamente, en escalas de restricción de 1 a 3 (en la que

⁵ "El principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas" (GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., p. 308, con cita de BVerfGE 7, 377; 8, 71; 13, 97; 78, 77; y 79, 29).

⁶ Aunque el Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, lo ha descrito de diversas maneras: "la medida no debe representar una carga excesiva para los afectados, la medida debe ser racional para los afectados o los límites de la racionalidad deben ser garantizados". Con frecuencia se utilizan combinaciones de estas formulaciones. Cfr. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., p. 309, con cita de BVerfGE 17, 306; 37, 1; 30, 292; y 43, 79.

⁷ Cfr. LEMASURIER, Jeanne, "Expropriation: 'Bilan-cout-avantages'", *Revue Administrative*, nro. 32, 1979, ps. 502/505. Cfr., asimismo, Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality...*, cit., ps. 67/114, esp. ps. 92/95; AUBY, J.-M., "Le contrôle juridictionnel...", cit., ps. 227/238; y, sobre todo, BRAIBANT, Guy, "Le principe de proportionnalité", ps. 297/306.

⁸ Según Medina Guerrero, la proporcionalidad en sentido estricto prescribe que "debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto". Reitera el mismo autor más adelante que la ponderación es "la equilibrada relación que debe existir entre el medio y el fin en término de costes y beneficios" (MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, ps. 132 y 134).

⁹ STC 66/1995, fj. 5°.

¹⁰ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Edlar, Buenos Aires, 1984, p. 107. He dicho la Corte Suprema que "cuanto más alta es la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la medida de la reglamentación" ("Partido Obrero [Cap. Fed.] s/personería", Fallos 253:154—1962—). No obstante, ha mantenido vigente el principio de que la reglamentación no puede alterar el derecho, sino que debe conservarlo incólume y en su integridad, sin degradarlo ni extinguirlo en todo o en parte. Cfr. el caso "Hileret

3 es la medida más restrictiva) y de importancia del fin de a a c (en la que a es el fin de mayor importancia):

- 1) Si la medida 1 (M1) restringe (r) en un grado 2, y conduce a un fin (F) de importancia b, es proporcionada;
- 2) Si M2r 3, y Fc, la medida es desproporcionada;
- 3) Si M3r 1, basta que F sea constitucional para que la medida sea proporcionada.

III. RAZONABILIDAD Y RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Planteamiento del problema

Una norma razonable será, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, aquella que sea: a) adecuada al fin; b) la menos restrictiva de los derechos fundamentales de entre todas las adecuadas; y, finalmente, c) respetuosa de una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causa.

A mi juicio, y ésta es la médula del presente artículo, este planteamiento de la razonabilidad no impide siempre y en todos los casos que el legislador o el administrador violen los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, una conceptualización del principio de proporcionalidad que culmine en un balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción determina, en última instancia, que los derechos fundamentales pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder. En efecto, bastará el concurso de "razones de Estado" más o menos convincentes para que los derechos sean dejados de lado. Ahí están para comprobarlo, por ejemplo, los excesos de los gobiernos de facto de algunos de los países latinoamericanos durante las décadas del 70 y 80. Las consecuencias de este modo de ver no pueden ser más nefastas para la teoría general de los derechos fundamentales: en el mejor de los casos, los derechos quedarán en manos del consenso; siempre habrán dejado de ser "triumfos frente a las mayorías"¹¹.

El peligro al que se alude aquí se pone de manifiesto con claridad en el siguiente esquema:

y Rodríguez v. Provincia de Tucumán", Fallos 98:20—1903—, p. 24. Sobre la necesidad de este límite y su operatividad no resulta posible extenderse aquí.

¹¹ Se trata de una conocida expresión de Dworkin. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978; ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1995, p. 37. Dice allí Dworkin: "Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio". Agrega de inmediato que "una caracterización tal de un derecho es formal, en el sentido de que no indica qué de derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno". Sobre las implicancias que tiene esto último para la consistencia de la primera afirmación, cfr. ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México DF, 2009, esp. ps. 37/53.

M4r 3. Si Fa, la medida sería proporcionada. Pero M4 restringe la norma N4 de modo tal que resulta afectado el contenido esencial del derecho fundamental que esa norma reconoce.

Por tanto, como ya se ha dicho, sería suficiente encontrar un fin elevado y un medio inocuo en relación con el peligro que se intenta conjugar para hacer de la razonabilidad un criterio meramente formal¹².

Antes de pasar a las posibles soluciones corresponde puntualizar que lo dicho precedentemente tiene dos presupuestos implícitos aún no explicitados, y que aquí, como su estudio no es el objeto del trabajo, sólo mencionaré: a) que existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Es decir, se ha asumido tácitamente que una defensa de los derechos fundamentales implica —al menos, aunque no sólo— la utilización del principio de proporcionalidad; b) que el empleo del principio de proporcionalidad —en el ámbito del derecho constitucional de los derechos fundamentales, que es el que aquí se ha abordado— sólo tiene sentido si conduce al —y en la medida en que conduzca al— respeto de los derechos fundamentales¹³.

2. Posibles soluciones

Ante el panorama descrito se abren dos alternativas para salvar al principio de proporcionalidad de su pérdida de sentido. La primera es agregar al test de proporcionalidad en sentido estricto el del contenido esencial¹⁴. Es decir, sostener que la garantía del contenido esencial opera como control de constitucionalidad de las medidas proporcionadas, que ya han superado el test de proporcionalidad¹⁵. Para quienes

¹² Esto es señalado con acierto por Alberto B. Bianchi en su crítica del caso argentino "Peralta, Luis A. y otro v. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)" —1990—, ED 141-519. Cfr. BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL 1991-C, ps. 141/171, esp. p. 151.

¹³ Con respecto al primer punto, cfr. mi trabajo "Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad", en CIANCARDO, Juan (coord.), *La Interpretación en la era del Neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Abaco, Buenos Aires, 2006, ps. 21/36, lugar en el que se sugiere la existencia de una conexión necesaria. El tema ha sido abordado en profundidad, recientemente, por Robert Alexy en "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", trad. de Jorge Alexander Portocarrero Quispe y revisión de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 91, 2011, ps. 11/29.

¹⁴ Tal como propone Medina Guerrero. Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador...*, cit., ps. 145/165. No resulta posible tratar aquí el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales. Puede verse un examen completo del tema en GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., *passim*. Cfr., asimismo, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, *passim*.

¹⁵ Sostiene M. Medina Guerrero que "por difícil que sea la empresa y, consiguientemente, por fuerte que sea la tentación de reducir el contenido de los límites al juicio de proporcionalidad, es claro que la garantía contenida en el art. 53.1, CE, reclama su aplicación autónoma en cuanto técnica destinada al control de los límites proporcionados" (MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador...*, cit., p. 165).

defienden esta tesis, es posible que una medida proporcionada sea inconstitucional, por afectar el contenido esencial de un derecho fundamental.

La segunda alternativa niega que pueda darse esta última posibilidad. Por un lado, parece poco conveniente aceptar la razonabilidad de una medida atentatoria contra un derecho fundamental, tanto desde un punto de vista teórico (por contradictorio) como pragmático (por dar lugar a malas interpretaciones). Pero además, y esto es lo más importante, el examen de la proporción entre costos y beneficios no puede ser llevado a cabo satisfactoriamente sin contar con el contenido de los derechos en juego. Desde esta segunda perspectiva, por tanto, una medida sólo puede ser proporcionada si no afecta el contenido esencial del derecho involucrado. Es la posición de la Corte Suprema argentina, para quien la máxima de razonabilidad constituye el instrumento técnico de aplicación del art. 28, CN, que prescribe la inalterabilidad de los derechos fundamentales¹⁶.

La 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 inalterabilidad. Lo que cambia es el orden en que los juicios son llevados a cabo. Lo primero es comprobar que no se ha afectado el contenido del derecho. A partir de ahí se efectuará el balanceo de las ventajas y cargas. Pueden presentarse las siguientes alternativas:

- 1) Si la medida 1 (M1) altera (a) el contenido del derecho fundamental 1 (D1), es desproporcionada;
- 2) Si M2 ~ (a) D2, pero r 3, y F c, es desproporcionada;
- 3) Si M3 ~ (a) D3, y r 2, y F a, es proporcionada.

Lo anterior permite advertir que la razonabilidad de una medida 3) presupone dos cosas: a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora restringe las normas iusfundamentales en un grado tolerable teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido. Surgen, entonces, dos modos de irrazonabilidad: a la posibilidad 1) la llamaremos desproporcionalidad o irrazonabilidad por alteración; y a la 2), desproporcionalidad por injustificación.

El juicio de alteración debe tener carácter previo al de justificación por la siguiente razón: la justificación requiere determinar el grado de restricción del derecho involucrado. Para ello resulta indispensable conocer en qué consiste concretamente ese derecho, cuáles son sus perfiles o límites, su relación con los restantes derechos constitucionales —conocimiento este que sólo puede adquirirse mediante la indagación del contenido del derecho—. Asimismo, hay que indagar acerca de la medida del interés público presente en la reglamentación estatal¹⁷. Dicho esto, debe agregarse

¹⁶ Se establece en el art. 28, CN: "[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

¹⁷ Ha dicho la Corte Suprema que: "(l)a medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar, determinará la medida de las regulaciones en cada caso" ("Pedro Inchausti y Hnos. v. Junta Nacional de Carnes", Fallos 199:483 —1944—). La afirmación resulta excesivamente tajante; desde nuestro punto de vista, el juego entre interés público y derecho fundamental no es unidireccional, sino que existe entre ambos una influencia recíproca. Así como no puede resultar indiferente el grado de interés público comprometido, tampoco puede serlo que esté involucrado uno u otro derecho constitucional.

que la precedencia temporal del examen de alteración sobre el de justificación no impide que ambos pasos se encuentren relacionados entre sí por un ir y venir de la mirada judicial; es decir, no obsta a que en muchos casos la importancia de la medida para el bien común influya en la determinación del contenido del derecho fundamental involucrado en el caso. No obstante, el juicio de alteración resulta, por lo visto, el punto de partida y la clave de bóveda de la razonabilidad *stricto sensu*¹⁸. Su luz ilumina las oscuridades del juicio de justificación y ahuyenta toda tentación de utilitarismo.

Ahora bien, ¿cómo llevar a cabo el juicio de alteración? Parece evidente que la determinación de si una medida altera o no un derecho fundamental presupone una previa indagación acerca del contenido inalterable o esencial del derecho fundamental de que se trate. Establecido el contenido inalterable, sólo restaría examinar si la medida en cuestión interfiere o no en él. La cuestión crucial resulta ser, por ello, la identificación del contenido inalterable. Se trata de una tarea a cargo del intérprete constitucional, especialmente de los jueces constitucionales, y que debe realizarse "a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección"¹⁹. Lo decisivo será, en mi opinión, una indagación teleológica de los derechos fundamentales²⁰, atenta a los bienes o intereses cuya protección se pretende mediante su reconocimiento²¹, como explícitamente

¹⁸ A punto tal que sin este juicio el principio de proporcionalidad pierde su sentido. Por ello, además, no advertir este paso decisivo puede conducir a proponer una inaplicación lisa y llana de todo el principio, como hace J. Jiménez Campo. Para este autor, "el enjuiciamiento de la ley no perdería gran cosa, y ganaría alguna certeza, si se invocara y practicara menos —o se excluyera, sin más— el principio de proporcionalidad como canon autónomo o directo. Juzgar la proporcionalidad de una medida, legal o no, es sólo, en síntesis, comparar, sopesar o ponderar 'pérdidas' y 'ganancias' que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables y que apenas dejan margen —esto es lo que importa— a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad" (JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales", en ÁLZAGA VILLAMIL, Oscar, Comentarios a la Constitución española de 1978, t. IV, Edersa, Madrid, 1996, ps. 438/529, esp. p. 488).

¹⁹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 73.

²⁰ Cfr. BIELSA, Rafael, "La locución justo y razonable en el derecho y en la jurisprudencia", *Estudios de derecho público, derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1950.

²¹ Cfr. SERNA, P., "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", *Humana lura*, nro. 4, Pamplona, 1994, ps. 197/234, ps. 225 y ss.; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 72. En contra, GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., ps. 309/310, quien afirma: "...el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe ser entendido como un principio formal a partir del cual no se deriva ningún contenido material para el control de constitucionalidad, siendo tan sólo aplicado como fundamentación de una decisión". Para A. Boggiano, "juzgar acerca de la razonabilidad del derecho positivo es juzgar acerca de su fundamento en los principios de derecho natural" (BOGGIANO, Antonio, *Por qué una teoría del derecho. Introducción a un derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 42).

ha reconocido el Tribunal Constitucional español, por ejemplo²², sin olvidar el relevante papel de los hechos del caso de que se trate²³.

Para concluir, debemos resaltar una de las consecuencias deseables y particularmente relevantes que se seguirían si se adoptara la propuesta aquí formulada: se trata de un camino que permite evitar el surgimiento, la multiplicación y la irresolubilidad de los conflictos entre derechos fundamentales. Como ha dicho la Corte Suprema argentina: "Cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de los otros"²⁴. A través del principio de proporcionalidad y de la garantía del contenido esencial se pretende asegurar la intangibilidad de determinados bienes junto con la necesaria articulación o armonización de pretensiones contradictorias: la de los particulares entre sí o las de los particulares con el Estado. Desde mi punto de vista, no se trata de finalidades contradictorias: la intangibilidad supone armonización, y viceversa. En efecto, de un lado, un bien humano —cada derecho lo es— es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos²⁵. Hablar de "humano" supone entender el bien no como algo abstracto, sino referido a un sujeto, el hombre, que supone para el bien no la condición de bien en sí,

²² Cfr. STC 18/1991, RTC 1991-I-195, en donde se afirma que "la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental" (fj. 2º). Asimismo, STC 11/1981, RTC 1981-173, fj. 10, y STC 22/1984, RTC 1984-I-227, fjs. 2 y 5. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 72.

²³ Se recalca la importancia de esta dimensión en BRAIBANT, Guy, "Le principe de proportionnalité", cit., ps. 297/306.

²⁴ Corte Sup., "Larocca, Severo en 'Scotti o Scotti Bruzone, Humberto s/suc.'" —1964—, consid. 8º del voto de la mayoría, ED 9-290. Ollero plantea, en línea con lo que se afirma en el texto, la necesidad de llevar a cabo una "ponderación delimitadora de los derechos". Cfr. OLLERO, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, presentación de J. Saldaña, UNAM, México DF, 2007, p. 136. Poco antes afirma: "Delimitar derechos, precisando su efectivo y real alcance, no supone aplicar límites a una realidad ya existente, sino dar paso a una ponderación del juego que ajustadamente cabe reconocerles. Cuando se plantea que la obligada garantía de la libertad de expresión no ampara el recurso a expresiones vejatorias innecesarias, no estamos imponiendo un límite al derecho a expresarse, sino excluyendo conductas que 'se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido'. Eso llevará a reconocer, en consecuencia, que nunca nadie ha podido disfrutar de un 'derecho al insulto'. Quien insulta puede estar ejerciendo una libertad asilvestrada, pero nunca un derecho ¿o sea, una libertad delimitada?, porque no trata al otro como a un igual, sino que desconoce el obligado respeto a esa dignidad personal que con él se comparte" (ps. 133/134, con citas de diversas sentencias del Tribunal Constitucional español).

²⁵ "Si a pesar de la multiplicidad de preceptos puede hablarse de una ley natural, esto se debe, en primer término, a que, formalmente, todos esos bienes constituyen partes integrantes de un único bien —el bien humano—, cuya realidad depende finalmente de que la razón práctica, a la hora de la acción, los integre formalmente mediante un único precepto de manera consistente" (GONZÁLEZ, A. M., *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Euns, Pamplona, 1998, ps. 151/152). Sobre esta base es posible fundamentar, en primer lugar, la negativa a establecer una jerarquía de bienes y de principios morales, y en segundo lugar, más específicamente, la negativa a jerarquizar los derechos. Cfr., en este sentido, GRISEZ, Germain, "The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2 Question 94, Article 2", en KENNY, Anthony (ed.), *Aquinas: A Collection of Critical Essays*, Macmi-

que no posee, sino la de bien desde un cierto punto de vista, el del hombre, con un determinado fin, el humano. Por tanto, se trata de un bien delimitado por la naturaleza y la teleología propia de un ser que es una unidad, aunque se despliega en diferentes dimensiones existenciales y constitutivas, y, por ello, será un bien en la medida en que se armonice con otros bienes que también lo son para el sujeto y, en consecuencia, para cualquier otro sujeto.

Por otro lado, la armonía de un conflicto entre los bienes depende de que éstos vengán referidos a una naturaleza, a una instancia objetiva. Si, por el contrario, se la hace depender de la voluntad de los sujetos, se pierde la referencia universal y, con ella, la posibilidad de pensarlos armónicamente, pues si bien es común la naturaleza a todos los individuos, el objeto del querer de la voluntad de cada uno es indeterminado y, por tanto, variable de unos sujetos a otros. Ahí es donde surge la necesidad imperiosa de una jerarquización desde fuera que, en rigor, será una jerarquización de las personas, pues tan persona es aquella cuya pretensión resulta postergada como aquella cuya pretensión o derecho resulta privilegiado. La jerarquización de derechos oculta en realidad, no una jerarquización de bienes, sino una jerarquización de las personas.

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

por PATRICIO M. E. SAMMARTINO

I. INTRODUCCIÓN

El tránsito del Estado de derecho al *Estado constitucional social de derecho* plantea un conjunto de cuestiones que conciernen, de manera principalísima, al derecho administrativo.

Además de su significación jurídica, uno de los problemas capitales que enfrenta el Estado constitucional en la Argentina reside en discernir hasta dónde los principios basilares que lo sustentan irradian su potencialidad transformadora sobre las diferentes funciones del Estado.

Va de suyo que las matrices directivas del Estado constitucional gravitan, de manera específica, sobre el derecho que rige a la función administrativa. Básicamente ellas impactan sobre el sentido y alcance del interés público —que no es sino la genérica finalidad que justifica el otorgamiento de prerrogativas administrativas— y, correlativamente, inciden sobre la estructura y funcionalidad de los dispositivos jurídicos instrumentales que, en la práctica, lo concretizan.

En este trabajo introductorio examinaremos los desajustes que este modelo produce sobre las diferentes parcelas en que se fragmenta metodológicamente la teoría del acto administrativo. A la vez, señalaremos los criterios orientativos que permiten compatibilizar las bases normativas y jurisprudenciales vigentes del acto con los principios cardinales del Estado constitucional de derecho vigente en la República.

II. ESTADO DE DERECHO: CONCEPTO, FINES Y PRINCIPIOS

El Estado de derecho contemporáneo viene mostrando una vital evolución que transforma sus notas tradicionales. A partir de sucesivas modulaciones de fines, contenidos y medios, ese modelo, sustentado en reglas jurídicas predominantemente formales, ha reconducido gradualmente sus valores y principios hasta convertirse de un modelo de organización al servicio de la persona, de su dignidad y de los derechos que le son inherentes y preexistentes a su reconocimiento normativo.

En efecto:

llan, London - Melbourne, 1969, ps. 340/383, esp. ps. 346 y ss.; FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, ps. 92 y ss.