

CAPÍTULO SÉPTIMO

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RESPETO DE LOS DERECHOS

I. INTRODUCCIÓN²⁸⁶

De un tiempo a esta parte los tribunales con jurisdicción en casos iusfundamentales vienen aplicando cada vez con mayor frecuencia la máxima de razonabilidad o 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 razonabilidad es aplicada en Estados Unidos, Argentina, Alemania, Gran Bretaña, España, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suiza, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.²⁸⁷ Dicha máxima o principio prescribe, muy genéricamente, que

²⁸⁶ Una versión anterior de este trabajo fue publicada como “The Principle of Proportionality: the Challenge of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies* 3, Center of Civil Law Studies of the Louisiana State University Paul M. Hebert Law Center, 2010, 177-186.

²⁸⁷ *Cfr.*, sobre este punto, Schwarze, 1992: 680-702; Emiliou, 1996, *passim*; Akehurst, 1992: 29-51, esp. 38 y 39; Boyron, 1992: 237-264; Barnes, 1994: 495-499; Bermann, 1978: 415-432; Braibant, 1974, t. II, 297-306; Auby, 1979: 227-238; Linares, 1989, *passim*; Gavarra de Cara, 1994: 293-326; Alexy, 1997: 111 y 112; Willoughby, 1929; Jiménez Campo, 1983: 71-114, 72. Se ha dicho con acierto: “[el] parámetro de la racionalidad —problemática restauración de la *rationabilitas* 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 *reasonable basis* 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 juris-

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

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 razonabilidad para que no ocurra lo señalado en el punto *b)*, es decir, para que no se acabe frustrando su razón de ser, la protección de los derechos fundamentales.

II. LA MÁXIMA DE RAZONABILIDAD

Como ya se ha dicho, la máxima de razonabilidad o 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 primero.

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

prudenciales” (Jiménez Campo, J., art. cit., 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, 1983: 97 y ss., 108, citado por Schwarze, *cit.*, 677).

de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego.

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 alcanzar.²⁸⁸ 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 medida.²⁸⁹ Con expresión ilustrativa, se habla en el derecho francés de “balance entre costos y beneficios”.²⁹⁰ También en el derecho español tanto la jurisprudencia del TC como la doctrina han llegado a una conceptualización similar.²⁹¹ 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”.²⁹²

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 restrictivi-

²⁸⁸ “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, 1994: 308, con cita de BVerfGE 7, 377; 8, 71; 13, 97; 78, 77; y 79, 29).

²⁸⁹ 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, 1994: 309, con cita de BVerfGE 17, 306; 37, 1; 30, 292; y 43, 79.

²⁹⁰ Cfr. Lemasurier, 1979: 502-505. Cfr., asimismo, Emiliou, 1996: 67-114, esp. 92-95; Auby, 1979: 227-238, y, sobre todo, Braibant, 1974, t. II, 297-306.

²⁹¹ Según M. 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, 1996: 132 y 134).

²⁹² STC 66/ 1995, FJ 5o.

dad de la norma iusfundamental afectada.²⁹³ Esquemáticamente, en escalas de restricción de 1 a 3 (en la que 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 (M_1) restringe (*r*) en un grado 2, y conduce a un fin (*F*) de importancia *b*, es proporcionada;
- (2) Si M_2 *r* 3, y *Fc*, la medida es desproporcionada;
- (3) Si M_3 *r* 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 nuestro juicio, 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 acabe 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 de los setenta y ochenta. Las conse-

²⁹³ Cfr. Bidart Campos, 1984: 107. Ha dicho la Corte Suprema (en adelante, CS) 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 y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán*, Fallos 98:20 (1903), 24. Sobre la necesidad de este límite y su operatividad no resulta posible extenderse aquí.

cuencias 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”.²⁹⁴

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

M_4 r 3. Si F a, la medida sería proporcionada. Pero M_4 restringe la norma N_4 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 formal.²⁹⁵

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 la razonabilidad el del contenido esencial.²⁹⁶ 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 la razonabilidad.²⁹⁷ Para quienes defienden esta tesis, es posible que una medida proporcionada sea inconstitucional, por afectar el contenido esencial de un derecho fundamental.

²⁹⁴ Según una conocida frase de R. Dworkin, los derechos humanos son “triumfos políticos en manos de los individuos”. Por tanto, no pueden ser alterados ni siquiera por consenso. *Cfr.* Dworkin, 1995: 37.

²⁹⁵ Esto es señalado con acierto por A. B. Bianchi en su crítica del caso argentino *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)* (1990), *El Derecho* 141-519. *Cfr.* Bianchi, 1991: 5 y 6.

²⁹⁶ Tal como propone M. Medina Guerrero. *Cfr.* Medina Guerrero, 1996: 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, 1994 y Martínez-Pujalte, 1997, *passim*.

²⁹⁷ 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 artículo 53.1 CE reclama su aplicación autónoma en cuanto técnica destinada al control de los límites proporcionados” (Medina Guerrero, 1996: 165).

La segunda alternativa niega que pueda darse esta última posibilidad. De 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 artículo 28 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), que prescribe la inalterabilidad de los derechos fundamentales.²⁹⁸

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 (M_1) altera (a) el contenido del derecho fundamental 1 (D_1), es desproporcionada;
- (2) Si $M_2 \neg (a) D_2$, pero $r 3$, y $F c$, es desproporcionada;
- (3) Si $M_3 \neg (a) D_3$, 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

²⁹⁸ El artículo 28 de la CN señala: “[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

qué consiste concretamente ese derecho, cuáles son sus perfiles o límites, su relación con los restantes derechos constitucionales —conocimiento éste 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 estatal.²⁹⁹ Dicho esto, debe agregarse 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*.³⁰⁰ 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 encuen-

²⁹⁹ Ha dicho la Corte Suprema de la Argentina que “[l]a medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar, determinará la medida de las regulaciones en cada caso” [*Pedro Inchauspe y Hnos. c/ 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.

³⁰⁰ 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, 1996, t. IV, 438-529, esp. 488).

tran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección”.³⁰¹ Lo decisivo será, a nuestro juicio, una indagación teleológica de los derechos fundamentales,³⁰² atenta a los bienes o intereses cuya protección se pretende mediante su reconocimiento,³⁰³ como explícitamente ha reconocido el TC,³⁰⁴ sin olvidar el relevante papel de los hechos del caso de que se trate.³⁰⁵

³⁰¹ Martínez-Pujalte, 1997: 73.

³⁰² *Cfr.* Bielsa, 1950, t. 1.

³⁰³ *Cfr.* Serna, 1994: 197-234, 225 y ss.; Martínez Pujalte, 1997: 72. En contra, Gavara de Cara, 1994: 319 y 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, 1992: 42).

³⁰⁴ *Cfr.* STC 18/1991, R.T.C. 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, R.T.C. 1981-173, FJ 10o., y STC 22/1984, R.T.C. 1984-I-227, FFJJ 2o. y 5o. *Cfr.* Martínez Pujalte, 1997: 72.

³⁰⁵ Se recalca la importancia de esta dimensión en Braibant, 1974, t. II, 297-306.