
RODRIGO RUIZ-ESQUIDE



**DEL DEBIDO PROCESO
SUSTANTIVO AL MODERNO
JUICIO DE PROPORCIONALIDAD
DE JUAN CIANCIARDO**

RECIBIDO MAYO 26

CIANCIARDO, Juan, *Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004. ISBN 950-569-215-3, 308 p.

El profesor Juan Cianciardo se ocupa de un tema que no tiene demasiado tratamiento teórico, particularmente en la Argentina: el principio de razonabilidad. Muy relacionado con su anterior obra, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Pamplona, Eunsa, 2000), puede decirse que *El principio de razonabilidad* es una profundización de ella en ciertos aspectos.

El trabajo está estructurado de la siguiente manera: luego de un prólogo elogioso del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Palermo en Italia, Francesco Viola, el autor desarrolla una breve introducción, donde expone los lineamientos básicos. En el primer capítulo examina el origen de la razonabilidad en Estados Unidos, Argentina, Alemania y España, y las justificaciones intrasistemáticas del principio en estos regímenes constitucionales. El segundo capítulo trata las tres dimensiones de la razonabilidad, y los problemas que surgen en la aplicación del principio. El tercero procura sentar ciertas bases para una teoría general del principio, y finalmente en el cuarto, el autor analiza normas y sistemas constitucionales a luz de la razonabilidad.

El capítulo primero comienza por plantear el problema: el principio de razonabilidad está presente en los derechos anglosajón y continental, y a pesar de que en ambos sistemas responde a la preocupación común de asegurar la supremacía de los derechos fundamentales frente a la regulación legislativa, el origen histórico en una y otra tradición jurídica es diferente.

Respecto a la tradición anglosajona el capítulo la analiza en los Estados Unidos. El punto de partida del desarrollo que concluiría con la formulación de la idea de razonabilidad lo constituye la garantía del debido proceso legal, que hunde sus raíces en el derecho inglés. Los antecedentes de la expresión *due process of law* (debido proceso legal) se encuentran en la Carta Magna emitida por el Rey Juan Sin Tierra, en la cual se hablaba de restricciones a ciertos derechos de los ciudadanos solo “de acuerdo con la ley de la tierra”. En el siglo siguiente, durante el reinado de Eduardo III, la expresión mutó a la conocida actualmente: *due process of law* (debido proceso legal).

Estos antecedentes son la base de las enmiendas V y XIV de la Constitución estadounidense, que hablan de debido proceso legal.

En un principio la Suprema Corte interpretaba que en ella se reconocía una garantía de índole exclusivamente procesal. Luego esto varió y para fines del siglo XIX ya se entendía que el debido proceso restringe los poderes del Congreso también con respecto a los derechos sustantivos.

A su vez la máxima de razonabilidad ha atravesado en los Estados Unidos por distintas etapas en las que ha prevalecido uno u otro derecho fundamental. Este desarrollo ha sido dividido en siete modelos históricos, al final de los cuales se observa cómo la Corte reconoció como garantía constitucional el principio de razonabilidad.

Luego de analizar el tema en ese país, el profesor continúa con el mismo en Argentina. El tratamiento comienza por indicar los artículos de la Constitución Nacional que permitieron a la Corte Suprema crear el principio de razonabilidad: los números 28 y 33. Igualmente señala sus orígenes –Las Bases de Alberdi–, y destaca su mayor especificidad con respecto a sus símiles estadounidenses. Luego tiene lugar un desarrollo de la evolución del principio de razonabilidad en sí, en el cual también subraya los paralelismos con el caso estadounidense, y al concluir señala que no obstante haber la Corte Suprema evitado pronunciarse con exactitud acerca de qué es la razonabilidad, ha dicho que es una adecuada proporción entre medios y fines.

En cuanto al tratamiento de la tradición del continente, el autor comienza con Alemania, el origen de la máxima de razonabilidad en el mismo. Concretamente la raíz está en las sentencias de fines del siglo XIX del Tribunal Supremo Administrativo, en el área del derecho de policía. Posteriormente, se extendió a todo el derecho público, y se han establecido “escalones” en la regulación de los derechos individuales.

En España el Tribunal Constitucional ha utilizado muy frecuentemente el concepto de proporcionalidad, especialmente en casos donde se encontraba involucrado el derecho a la igualdad ante la ley. Se estableció la necesidad de tres requisitos en cuanto a las regulaciones: fin constitucional, coherencia entre fin y medios, y consecuencias proporcionadas con respecto al fin. El capítulo menciona dos sentencias recientes del Supremo Tribunal Constitucional donde la aplicación del principio en cuestión fue relevante.

Por lo que atañe a la justificación constitucional de la razonabilidad, en Alemania se lo ha hecho recurriendo a la noción del “Estado de derecho”. En España, apelando al “valor justicia”, al “Estado de derecho”, a “la dignidad de la persona”, y a “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. En Estados Unidos, la justificación se halla en la Enmienda XIV, y finalmente en Argentina, en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

El segundo capítulo desarrolla los tres aspectos del principio de razonabilidad, y comienza por el juicio de adecuación, el primer subprincipio, que exige que una medida tenga un fin, y que sea adecuada para lograrlo.

La primera cuestión que se plantea con respecto a este subprincipio es si corresponde a los jueces examinar la idoneidad de una medida. Cianciardo ofrece dos razones por la respuesta positiva. La primera, que la exigencia de adecuación viene aneja al control de constitucionalidad *sensu stricto*. La segunda, que el carácter de principios que tienen las normas iusfundamentales permite basar el subprincipio de adecuación, y consecuentemente, la competencia judicial para llevarlo a cabo.

Hay otros tres problemas que se plantean con respecto a esta cuestión: 1) en qué medida es importante determinar con precisión la finalidad que se procura alcanzar mediante el dictado de la ley; 2) si la adecuación que se exige debe ser *ex ante* o a posteriori del dictado de una norma, y 3) si el juicio de idoneidad tiene carácter técnico o si se reduce a una evaluación de la mera posibilidad que tiene la norma cuestionada de alcanzar su objetivo.

Con respecto al primer problema, se dice que debe existir un fin, no debe estar prohibido constitucionalmente, y debe ser socialmente relevante. Además, que ante una hipotética colisión entre los fines explícitos e implícitos o reales de una norma, debe estarse por los segundos. Para ilustrar esta cuestión el capítulo analiza el caso “Irizar c/Provincia de Misiones” del 12 de diciembre de 1996, que, a juicio del autor, considera erróneamente el tema.

El segundo problema trata sobre si al juzgar la idoneidad de la medida el intérprete debe retrotraerse al momento de su dictado, o situarse al tiempo de la producción de los efectos de la medida. En suma, Cianciardo aquí cree que la medida deber ser adecuada al momento de producirse el examen de constitucionalidad, y por tanto, la única regla es la adecuación a posteriori.

Acerca del tercer problema, del libro se desprende la posibilidad de un juicio técnico de adecuación, aunque acompañado indispensablemente de un ofrecimiento amplio de alegación a los órganos ejecutivo y legislativo de gobierno, y en caso de duda debe estarse a favor de la idoneidad. Aquí, el autor ilustra con un caso del Supremo Tribunal Constitucional español y con otro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El juicio de necesidad es el más controvertido de los tres que forman la máxima de proporcionalidad. Mediante él se examina si la medida adoptada es la menos restrictiva de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Tres problemas surgen: 1) la posibilidad misma del juicio; 2) el juicio de eficacia, y 3) la elección de la medida necesaria.

Sobre el primer problema, la Corte argentina ha sostenido que no es facultad suya la de analizar la conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador.

Cianciardo expresa su desacuerdo con esta tesis con cinco argumentos, que a la vez tienen cierta relación entre sí. La conclusión última de estos es que resulta tan indeseable la proscripción absoluta del subprincipio de necesidad como su aplicación desorbitada. El dilema se plantea a la hora de trazar la línea que separa un extremo del otro, y para esto el autor diferencia entre que la norma en análisis sea un acto del poder ejecutivo, o una de alcance general. Atento al principio de igualdad, en el primer caso la aplicación será más intensa; en el segundo, será más tenue o podrá prescindirse de él.

Con respecto al segundo problema, se dice que la medida necesaria es aquella que menos repercute sobre la norma iusfundamental de entre las igualmente eficaces. El autor cree que las facultades judiciales en este punto deben ser interpretadas restrictivamente y que debe tenerse presente la presunción de constitucionalidad de las normas.

El tercer problema consiste en que debe examinarse el grado de restrictividad de la norma iusfundamental en juego. La medida adoptada solo será constitucional en el caso de que sea la menos restrictiva de todas. Las facultades de los jueces son nuevamente de interpretación restrictiva.

El juicio de proporcionalidad *sensu stricto* es el último de los tres subprincipios. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Sin embargo, existen disidencias acerca de qué entender por "relación razonable". La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida.

El autor muestra su disconformidad con esta, puesto que no se sabe cómo identificar y valorar los intereses en juego, y además, una proporcionalidad así entendida no parece justificable, ya que puede conducir a una justificación de violaciones a los derechos fundamentales, so pena de lidiar con un interés importante. Este panorama, señala Cianciardo, permite advertir que se exige una conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial.

Aquí, el autor analiza el caso "Smith", del 1º de febrero de 2002, y muestra una opinión general desaprobadora de la aplicación del principio de razonabilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la nación. Según él, esta no aplicó el subprincipio de razonabilidad en sentido estricto, ya que omitió toda referencia a los intereses de las demás partes en juego, los cuales urgían armonizar el derecho cuya protección se reclamaba con otros derechos y con el bien común.

En lo que concierne al tercer capítulo, Cianciardo procura sentar ciertas bases para una teoría general del principio de razonabilidad. La justificación extrasistemática (que se refiere a los argumentos que justifican el empleo de la proporcionalidad más allá de lo establecido en un sistema jurídico concreto) puede plantearse en tres niveles: lógico, ontológico y filosófico-político.

Del último no se realiza un análisis más que tangencial. Sí, en cambio, se tratan los dos primeros.

La justificación lógica se toma de un razonamiento de Robert Alexy, presente en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Esta tiene como punto de partida la estructura de las normas iusfundamentales y sostiene que entre la teoría de los principios y la máxima de razonabilidad existe una estrecha conexión.

En su desarrollo de la justificación ontológica, dada la dificultad de la cuestión, Cianciardo propone el análisis desde un plano que tenga en cuenta el principio de razonabilidad y su asociación con el derecho.

Refiriéndonos al análisis que hace el autor de la relación existente entre razonabilidad y valoración, él mismo rechaza la posibilidad de una aplicación avalorativa de la razonabilidad y considera que no es factible hacerlo de ese modo con el tercer subprincipio; que prescinda, por ejemplo, del examen de las finalidades de los derechos en juego, de las normas iusfundamentales y de la legislación ordinaria. Tampoco acepta que quienes reducen la proporcionalidad en sentido estricto a una comparación entre las ventajas y desventajas estén manteniendo un mero cálculo empírico. Esto, porque tres argumentos destruyen la coherencia interna del intento, demuestran lo inadmisibles sus consecuencias y su infidelidad como descripción de la realidad jurídica.

Luego de esta cuestión, profundiza en las causas mismas de la existencia de los tres subprincipios, y de las relaciones entre sí.

El de adecuación se deriva de la exigencia de que toda medida busque un fin. El de necesidad, de la vertiente positiva de los derechos fundamentales. De estos dos subprincipios, no se sigue el de razonabilidad en sentido estricto, aunque este último sí implica a los dos primeros. Además, el autor aquí brinda una justificación integral de este principio, resaltando que la aplicación del mismo no es necesariamente lineal. Esto último, Cianciardo lo explica con mayor detalle en un apartado, llamado justamente *La determinación del derecho*.

Finalmente, en el quinto y último capítulo, el autor analiza normas y sistemas constitucionales a luz de la razonabilidad, y comienza por señalar la diferencia estructural existente entre normas fundamentales y derechos fundamentales. En efecto, la máxima de razonabilidad excluye la identificación entre ambos; las normas constituyen el punto de partida de la aplicación del principio, en tanto que el derecho es el punto de llegada. Normas y derechos se presentan desde una perspectiva dinámica como realidades distintas y conectadas entre sí como potencia y acto. De esto se desprenden consecuencias, tanto para la teoría de los límites del derecho como para el establecimiento de la naturaleza del llamado "contenido esencial".

Continúa el autor con un razonamiento en el que afirma que no es posible trazar una frontera clara entre principios y reglas, aunque como él dice citando

a Alexy, esta distinción constituye la base de la fundamentación iusfundamental, y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Aunque no fácil, la distinción es posible, y ella es la que se realiza más que satisfactoriamente en los párrafos siguientes, en un desarrollo que incluye una reseña de las críticas más importantes que tal distinción ha recibido últimamente –por parte de Aarnio y de Prieto Sanchís–, y una respuesta acabada a las mismas.

Los párrafos siguientes, Cianciardo los destina a justificar la hipótesis de que la razonabilidad es causa y manifestación del fenómeno de la globalización jurídica, con razones originales e interesantes. El trabajo continúa con una reflexión sobre el concepto de derecho fundamental y su relación con la sociabilidad y la democracia, en la que se vinculan todas las partes del libro.

La obra se cierra con la mención de la bibliografía y un índice de la jurisprudencia citada.

El libro del profesor Cianciardo viene a llenar un vacío importante que existía en nuestro país con relación a la razonabilidad. Se trata, además, de un tema cuya importancia crece día a día. Esto último obedece, en mi opinión, a dos razones: la primera, la necesidad de justificar lo más democráticamente posible las decisiones de los poderes políticos, y la segunda y mucho más importante, la obligación absoluta y permanente del poder judicial de controlar la validez constitucional de los actos de sus pares legislativo y ejecutivo. Frente a las recurrencias crónicas de las crisis, y la tendencia de los gobiernos a lidiar con ellas a través de medidas reñidas con los derechos fundamentales, el principio de razonabilidad debe transformarse en una máxima indispensable en la actividad de los jueces.

Por todo lo dicho este trabajo de Cianciardo merece un lugar destacado dentro de la literatura jurídica reciente. El libro está formado por razonamientos acabados y originales, que proporcionan un amplio material jurisprudencial, doctrinario y teórico. En síntesis, con esta nueva producción Cianciardo confirma que es un agudo filósofo del derecho, y además poseedor de un gran rigor científico y lógico, características que ya se notaban en *El conflictivismo en los derechos fundamentales*.

