

EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, PERSPECTIVA ARGENTINA Y COMPARADA

Alfonso SANTIAGO¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Argumentos favorables a limitar el control de constitucionalidad de las políticas públicas a la exclusiva determinación de si ellos lesionan el contenido esencial de un derecho reconocido constitucionalmente. III. Argumentos a favor de un control amplio de razonabilidad de las políticas públicas al momento de ejercer el control de constitucionalidad, que comprende el juicio de estricta necesidad. IV. Postura propuesta. V. Fuentes de información.

RESUMEN

El rol que está llamado a cumplir el Poder Judicial en el ámbito de las políticas públicas ha sido y es uno de los temas más controvertidos desde el inicio y expansión del control de constitucionalidad a cargo de los jueces que pusiera el juez Marshall en el ya célebre caso *Marbury* a comienzos del siglo XIX.

En el presente trabajo nos planteamos analizar el grado e intensidad que está llamado a tener el control de razonabilidad de las políticas públicas.

PALABRAS CLAVE

Control constitucional. Políticas públicas. Razonabilidad. Proporcionalidad. Oportunidad. Necesidad. Derechos humanos.

ABSTRACT

The role that the Judiciary is called to play in the field of public policies has been and is one of the most controversial issues since the beginning and expansion of the constitutional control by judges that Judge Marshall put in the already celebrated *Marbury* case at the beginning of the 19th century.

In this work, we intend to analyze the degree and intensity is called to have the control of reasonability of public policies.

KEY WORDS

Constitutional control. Public politics. Reasonableness. Proportionality. Opportunity. Need. Human rights.

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y miembro correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene cuatro partes bien diferenciadas. En la primera de ellas, pretendemos hacer una presentación del tema, mediante distintas referencias jurisprudenciales del Derecho comparado y la formulación de la cuestión que nos proponemos resolver. En la segunda y tercera parte daremos argumentos tanto a favor o en contra de una y otra postura acerca del alcance del control de razonabilidad judicial de las políticas públicas. Finalmente, en la cuarta parte expondremos y fundaremos nuestra postura sobre la cuestión planteada.

La creciente y progresiva juridización y judicialización de los procesos sociales como políticos ha provocado que los tribunales no solo definan sino tutelen los derechos constitucionales de quienes son parte en el proceso, sino que, en ocasiones, examinen en profundidad y se pronuncien sobre la razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Incluso parecería que, en muchos casos, el eje central de discusión se ha trasladado de la determinación y protección del derecho constitucional afectado en el caso concreto a la razonabilidad de la política pública en sí misma considerada.

Por otra parte, se advierte una tendencia creciente a configurar aquellas políticas en sede judicial cuando, a criterio de los magistrados, se descubre una omisión inconstitucional o una determinada insuficiencia legislativa en la protección de determinados derechos o bienes tutelados en las cartas magnas. Esta última tendencia ha llevado en ocasiones a los tribunales constitucionales a transformarse de legisladores negativos en legisladores positivos, con todas las consecuencias y dificultades que ello acarrea².

Un reciente proyecto de ley, elaborado en Brasil, propone la creación de un proceso específico para el control de constitucionalidad y razonabilidad de las políticas públicas por parte del Poder Judicial, regulando minuciosamente todos los aspectos relativos a ese control³. Se trata de la propuesta de un nuevo tipo de proceso constitucional que se sumaría a los ya existentes en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

La intensificación del control de la razonabilidad de las políticas públicas plantea importantes cuestiones constitucionales en relación con el principio de división de poderes y a posibles riesgos de extralimitación judicial, que han dado lugar a un fuerte debate público y doctrinario sobre el rol que les corresponde a los jueces en las modernas democracias constitucionales. Se habla también así del riesgo de la "sobrejudicialización" de los procesos políticos y sociales⁴.

² Puede verse sobre este tema el libro *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge University Press, que recoge –bajo la coordinación de Allan Brewer– los informes de más de 50 países del mundo, presentados en el XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law, llevado a cabo en Washington, Estados Unidos, entre los días 25 y 31 de julio de 2010.

³ *Cfr.* Berizonce, Roberto y Verbic, Francisco, "Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño", *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, número 56, septiembre de 2013, pp. 106-121.

⁴ *Cfr.* Lo sostenido por la Corte Suprema argentina en Fallos, 328:2429 y 3573 (2005).

En el ámbito del Derecho Constitucional norteamericano, a partir del fallo del caso “*Brown*” sobre integración racial en las escuelas en 1954, se ha planteado un intenso debate doctrinal⁵ y político acerca de la legitimidad y efectividad de las decisiones judiciales para brindar “remedios estructurales” (*structural remedies*) a los problemas sociales de cierta envergadura que se dan en determinada sociedad⁶. Así, se ha señalado que el “remedio estructural” que persigue esta novedosa forma de intervención judicial en la administración de la cosa pública, parte de la premisa de que la calidad de nuestra vida social se ve afectada en gran medida por la acción u omisión de organizaciones burocráticas de gran escala y no tanto por la acción de individuos que pueden actuar fuera o dentro de estas organizaciones.

En particular, esta postura parte de la creencia de que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser plenamente asegurados si no se lleva a cabo la reforma profunda de las estructuras y políticas públicas vinculadas con aquellos. Por tanto, si la demanda “estructural”, que solicita un “remedio estructural”, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública, a fin de eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del *statu quo* gubernamental o administrativo. De esta manera, el remedio estructural no se pone en marcha ante incumplimientos episódicos o puntuales de las mandas constitucionales, por lo que el juez no busca sancionar una conducta puntual o eliminar del sistema jurídico una norma que no se adecua al texto de la Ley Suprema.

Por el contrario, aquel se ve enfrentado a corregir una “condición social” o una interacción continua, que no depende necesariamente del marco jurídico aplicable, sino del modo en que determinada organización viola o amenaza sistemáticamente ciertos derechos fundamentales.

⁵ Pueden verse al respecto, entre otros, los siguientes trabajos: Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995. Jacob, Herbert *et. al.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.

Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges*, New York, Oxford University Press, 2000.

Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Amar, Vikram y Tushnet, Mark, *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind, *Comparative Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2011.

⁶ Sigo en este punto la muy interesante exposición del Dr. Martín Oyhanarte sobre “*Structural Remedies* y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en las II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina, organizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en mayo de 2011.

Durante las décadas de 1970 y 1980, la doctrina estadounidense saludó con entusiasmo y defendió enfáticamente la utilización de estas herramientas⁷. La doctrina actual, en cambio, tiene una visión más madura y matizada de las decisiones judiciales que buscan brindar remedios estructurales a ciertos problemas sociales. En particular, es casi unánime la doctrina que rescata al menos algunos valores positivos que ha entrañado la utilización de la teoría de los remedios estructurales, siempre que ello ocurra en el contexto adecuado. Esto se hace especialmente evidente en materia de segregación racial y valoración positiva, conforme fue sostenido en los casos “*Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*” y su progenie⁸.

En junio del 2012, la Corte Suprema norteamericana ha convalidado por estrecho margen la constitucionalidad de la Ley de Salud impulsada por el gobierno de Obama en el 2010 –*Obamacare*– en un claro ejemplo de control judicial de constitucionalidad de una ley que contenía una política pública decidida por los poderes políticos. Sin embargo, el 30 de junio de 2014 el mismo Tribunal en los casos “*Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services et. al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et. al.*”(Docket 13–354) y “*Conestoga Wood Specialties Corporation et. al., v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services et. al.*” (Docket 13–356) dispuso, por 5 a 4 votos, que el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS), que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo, lesionaba la libertad religiosa protegida por la Constitución y la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (*Religious Freedom Restoration Act*, RFRA). Integrandó ambas decisiones se puede apreciar una convalidación general de la política de salud decidida por los órganos políticos y una declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa norma por entender que en el caso concreto se lesionaban los contenidos esenciales del derecho de libertad religiosa de los actores.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana –tal vez el tribunal constitucional más activista en nuestros días– ha creado la categoría jurisprudencial de la declaración de “estado de cosas inconstitucional”, que tiene lugar cuando un número importante de causas que llegan a su instancia plantean problemas similares

⁷ En este punto es inevitable citar el clásico trabajo de Fiss, Owen, “The Supreme Court 1978 Term Forward: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, número 1, noviembre de 1979, pp. 1-58. Así como el de otros autores que en aquel momento impulsaron este instituto: Fletcher, William A., “The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, *The Yale Law Journal*, número 4, marzo 1982, pp. 635-697. Frug, Gerald E., “The Judicial Power of the Purse”, *University of Pennsylvania Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 715-794. Gewirtz, Paul, “Remedies and Resistance”, *The Yale Law Journal*, número 4, marzo de 1983, pp. 587-681. Nagel, Robert F., “Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies”, *Stanford Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 661-724.

⁸ V. gr. Balkin, Jack M. “What Brown teaches us about Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, número 6, octubre de 2004, pp. 1537-1577 y los trabajos allí citados.

en relación a la posible afectación de derechos constitucionales como consecuencia de determinadas políticas públicas decididas u omitidas por los poderes públicos.

La mencionada declaración habilita al Tribunal Constitucional a analizar la conformidad de las políticas públicas con los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el marco de problemas sociales que están produciendo crisis masivas de gran repercusión social. En esta línea, el “estado de cosas inconstitucional” es considerado como el último recurso institucional dentro del orden estatal, en manos del Tribunal, para resolver o prevenir problemas sociales que tienen una marcada proyección e incidencia públicas. Es así que la resolución de estas cuestiones, con frecuencia relacionadas con los derechos sociales, demanda la adopción de determinados procedimientos y medidas judiciales que desbordan el tradicional control de constitucionalidad de leyes y normas. De allí que su adopción se traduzca en la necesidad de establecer procedimientos para el análisis y debate de las políticas públicas, elaborar programas, estándares e indicadores, asignar recursos y efectuar su posterior control y seguimiento, etc.

El Tribunal Constitucional colombiano ha recurrido a esta modalidad de actuación en al menos cuatro oportunidades para:

- a) Atender la grave situación carcelaria colombiana;
- b) Invalidar un sistema de crédito para la vivienda cuyas condiciones fueron consideradas altamente perjudiciales para los deudores;
- c) Proteger a las poblaciones desplazadas con motivo de la violencia política, que experimentaban las graves consecuencias sociales del desarraigo; y
- d) Remediar la demora de las cajas jubилatorias en reconocer u otorgar las prestaciones jubилatorias.

La postura adoptada por la Corte colombiana en estos casos ha provocado un profundo debate social y académico acerca del rol de los tribunales constitucionales en un sistema de democracia constitucional.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha incursionado en el análisis de razonabilidad de las políticas públicas y ordenado la instrumentación de algunas de ellas, especialmente cuando en sus sentencias impone al Estado condenado el dictado de medidas para que no se repitan en el futuro las violaciones ya advertidas y condenadas, de modo que se haga efectiva la garantía de no repetición⁹.

⁹ Se puede consultar al respecto la excelente tesis doctoral elaborada por María Carmelina Londoño Lázaro, *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*, defendida en la Universidad Austral en septiembre de 2013.

Consideramos que si bien las problemáticas antes señaladas se pueden verificar en relación a toda clase de derechos constitucionales, son aun más frecuentes en materia de derechos sociales.

A lo largo de su historia, y más intensamente en las últimas décadas, la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar acerca de la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas en numerosísimas ocasiones. Baste citar, entre otros muchos, los siguientes casos: Empresa Plaza de Toros¹⁰, Hileret¹¹, Ercolano¹², Avico¹³, Inchauspe¹⁴, Cine Callao¹⁵, Peralta¹⁶, Cocchia¹⁷, Montalvo¹⁸, Arriola¹⁹, Quisbert Castro²⁰, Clarín²¹, etc. En los últimos años, nuestro máximo Tribunal convocó a audiencias públicas en relación a algunos casos con relevancia y repercusión social que tenía a su decisión, en las que se expusieron y debatieron las políticas públicas decididas por los otros poderes²². También, el Presidente de la Corte Suprema comenzó a hablar de la necesidad de que los tres poderes acordaran políticas públicas y se creó dentro del Tribunal un ámbito para su estudio y discusión. No deja de llamar la atención y sorprender, por lo novedoso, esta aproximación de nuestro máximo Tribunal a la temática del análisis, discusión y, en algunos casos, definición de las políticas públicas que tradicionalmente le era ajeno.

A la vez, hay quienes advierten en los últimos años un progresivo paso de un control judicial de constitucionalidad y razonabilidad más general, limitado, discrecional²³, a otro más intenso, estricto, reglado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Ese paso vendría de la mano de la creciente adopción por parte de nuestro máximo

¹⁰ Fallos, 7:150 (1869).

¹¹ Fallos, 98:20 (1903).

¹² Fallos, 136:161 (1922).

¹³ Fallos, 172:21 (1934).

¹⁴ Fallos, 199:483 (1944).

¹⁵ Fallos, 247:121 (1960).

¹⁶ Fallos, 313:1513 (1990).

¹⁷ Fallos, 316:2624 (1993).

¹⁸ Fallos, 313:1333 (1990).

¹⁹ Fallos, 332-1963 (2009).

²⁰ Caso "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", CS, 24-IV-12.

²¹ CS, 29-X-2013.

²² *Cfr.* Las audiencias públicas convocadas en relación al saneamiento del Riachuelo, el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, la ley de medios, responsabilidad de los buscadores en internet, etc.

²³ Afirma Mariano Sapag que: "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"; Sapag, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Dikaion*, año 22, número 17, diciembre de 2008, pp. 168 y ss.

Tribunal del examen de proporcionalidad elaborado por jurisprudencia alemana a la hora de juzgar la constitucionalidad de leyes que reglamentan los derechos constitucionales. Dicho examen comprende la realización de los tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²⁴. Así, se pueden mencionar una serie de pronunciamientos recientes de nuestro máximo Tribunal en los que hace referencia a ese triple análisis de proporcionalidad, más allá de que efectivamente lo realice o no de modo estricto y preciso en la práctica²⁵.

²⁴ En un prolijo estudio de la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal que desarrolla esta evolución, señala Juan Cianciardo: “La Corte Suprema durante largo tiempo se limitó a evaluar si la norma cuestionada en el litigio afectaba o no ‘de modo sustancial’ los derechos en juego y de forma evidente o manifiesta. En caso de que se produjese una afectación de ese tipo, esa norma era declarada inconstitucional por ‘irrazonable’. El Tribunal, sin embargo, no elaboró una teoría acerca del tema, sino que se limitó –siguiendo también en esto a su par estadounidense a un proceso de inclusión y exclusión, es decir, a elaborar una serie de casos en los que resolvió si una norma concreta pasaba o no el *test*, eludiendo mayores abstracciones. A la genérica definición precedente, la Corte agregó lo siguiente: escapa de su competencia el examen de la ‘oportunidad, mérito o conveniencia’ de la norma analizada. Ese examen corresponde, según la visión expuesta, al Poder Legislativo. Dicho con otras palabras, una norma inoportuna, sin mérito o inconveniente no era considerada por nada de esto irrazonable o inconstitucional. Durante los últimos años la Corte Suprema o algunos de los jueces han revisado las dos afirmaciones del párrafo anterior. Esto se llevó a cabo del siguiente modo: a) Se amplió el análisis de la razonabilidad de la ley tomando en cuenta el rol que juega la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se examina; b) Se asumió como un deber del Poder Judicial –expreso o indirecto– el examen de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que reglamentan algunos derechos constitucionales (no todos)...; c) El juicio acerca de qué tan ‘sustancial’ es la afectación de los derechos en juego por parte de la norma cuya constitucionalidad se evalúa, en el caso, fue unido o relacionado con los dos juicios anteriores. También, en otro supuesto, se dividió el análisis de la restricción de un derecho en dos planos, según el contenido de la norma que amenaza el pleno goce de una garantía o derecho y el modo en que se decide poner práctica la operatividad de aquella disposición. Estos cambios tuvieron su origen en tres fuentes: la doctrina constitucionalista europea inspirada en la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de igualdad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como resultado de esto, la Corte Suprema argentina ha establecido en casos recientes que el principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios o subjuicios: adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto”. Cianciardo, Juan y Romero, Maximiliano J., “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 425-492. Hemos tomado de este excelente trabajo algunas citas jurisprudenciales que agradecemos a sus autores.

²⁵ Así, en el caso Gualtieri del año 2009, ha sostenido nuestro máximo Tribunal que: “El balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad”; Fallos, 332:1769 (2009), voto concurrente del Dr. Maqueda, Considerando 10°. Más recientemente, ha dicho también que: “Una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el Considerando 3°, este Tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas

En este trabajo nos proponemos tratar la compleja cuestión acerca sobre qué es lo que corresponde que hagan los jueces al resolver un caso en el que se plantea la constitucionalidad de una norma que establece una política pública. ¿Deben ellos limitarse a examinar si ella lesiona o no el contenido esencial de un derecho constitucional o han de examinar ampliamente la razonabilidad de la política pública fijada en esa norma? ¿Deben hacer las dos cosas? ¿Deben atender principalmente a uno de esos dos aspectos? Más allá de haberlo invocado en varios casos, ¿la Corte Suprema argentina ha aplicado con todas sus consecuencias el juicio de necesidad que integra el examen de proporcionalidad de la doctrina alemana? ¿El control de razonabilidad o proporcionalidad debe tener en todos los casos el mismo alcance o puede ser diferenciado según los distintos derechos que aparezcan involucrados?

Expondremos los argumentos a favor de un control judicial limitado a la afectación del contenido esencial de los derechos constitucionales, luego exponer los que fundamentan un control amplio de razonabilidad para, finalmente, dar nuestra opinión personal sobre el punto.

II. ARGUMENTOS FAVORABLES A LIMITAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A LA EXCLUSIVA DETERMINACIÓN DE SI ELLOS LESIONAN EL CONTENIDO ESENCIAL DE UN DERECHO RECONOCIDO CONSTITUCIONALMENTE

Para afirmar esta tesis se pueden mencionar, entre otros, los siguientes argumentos:

1) Corresponde distinguir claramente la función legislativa encargada de la fijación de las políticas públicas, del ejercicio del control de constitucionalidad en el marco de la función jurisdiccional encaminado a la protección de los derechos constitucionales que ellas pueden lesionar. Como bien ha señalado el juez Petracchi:

En el campo de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común que persiguen los poderes de policía tal como, con amplitud, los define la jurisprudencia del tribunal, el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a deci-

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"; Fallos, 334:799 (2011), voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. En el mismo caso, en su voto, los ministros Highton y Maqueda manifestaron que: "Una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos anteriormente, este Tribunal debe finalmente 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, teniendo en cuenta que ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones". Otras menciones a estos tres juicios que conforman el principio de proporcionalidad pueden verse también en los distintos votos que conforman el caso Clarín, CS, 29-X-2013.

siones al menos aceptables, en virtud del compromiso o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica en un Estado de Derecho: garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica²⁶.

Esta función de garantía de los derechos constitucionales es la propia y específica que tienen encomendada los jueces, mientras que la determinación de las políticas legislativas tendientes al bien común es una función propia y específica de los poderes legislativo y ejecutivo. Principalmente los poderes políticos fijan las políticas públicas orientadas al bien común y de modo derivado reglamentan los derechos constitucionales, mientras que los jueces primariamente velan por la tutela del contenido esencial de los derechos constitucionales, y de modo derivado, examinan de forma general la razonabilidad de las políticas públicas contenidas en las leyes. Así, tiene dicho la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes que:

En ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre para adoptar cualquier política económica que pueda razonablemente ser considerada conveniente para promover el bienestar general, y poner en vigor esa política por medio de la legislación adecuada a sus finalidades. Las Cortes carecen de autoridad para declarar esa política, o para ponerla de lado cuando ya ha sido declarada por el Poder Legislativo. Si las leyes sancionadas tienen una relación razonable con el justo propósito legislativo, y no son ni arbitrarias ni discriminatorias, las exigencias del debido proceso legal están satisfechas y el fallo judicial, a ese efecto, hacen de una Corte "*funtus officio*"²⁷.

En cambio, si las políticas públicas instrumentadas a través de alguna ley lesionan el contenido esencial de un derecho, corresponde claramente la intervención judicial. Así en el caso "*Smith*"²⁸, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que instauraron la indisponibilidad de los depósitos y prohibían el retiro en efectivo de las cuentas en una entidad financiera de montos superiores a los doscientos cincuenta pesos argentinos o dólares estadounidenses, por entender que esas normas violaban el contenido esencial del derecho a disponer de la propiedad. 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

²⁶ Fallos, 308-2:2287.

²⁷ Fallos, 172:21 (1934).

²⁸ Fallos, 325:28 (2002).

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”.

El procedimiento legislativo, con base en la legitimidad democrática y la deliberación técnica, es el medio idóneo para la determinación de las políticas públicas, mientras que el proceso judicial en el que se ejerce el control de constitucionalidad es la vía adecuada para ver si ellas, en un caso concreto, lesionan el contenido esencial de un determinado derecho constitucional²⁹. Cabe distinguir ambos procedimientos constitucionales, que tienen finalidades propias y distintas. El control judicial de razonabilidad está encaminado a la protección del contenido esencial e indisponible de los distintos derechos constitucionales³⁰.

Se puede mencionar también aquí la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el *parlaméntsvoorbbehalt* o reserva del parlamento, desarrollada a partir de 1972, la cual establece que los principios democráticos y del Estado de Derecho exigen que sea aquel quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto las que se refieren a las derechos constitucionales como a la organización estatal, las políticas públicas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad. Esas decisiones no pueden ser adoptadas en sede administrativa ni en sede judicial.

2) Es jurisprudencia permanente de la Corte Suprema que cabe distinguir entre el control de constitucionalidad y el examen de la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones legislativas y administrativas. Lo primero es función de los jueces, lo segundo les está claramente vedado en razón del principio de separación de poderes.

²⁹ El concepto de contenido esencial del derecho ya fue propuesto por Alberdi en el Artículo 20 de su proyecto de Constitución, fuente del actual Artículo 28, que señalaba: “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”; Alberdi, Juan B., *Proyecto de Constitución*, julio de 1852. Más recientemente, el artículo 19.2 de la Constitución alemana y el 53.1 de la Constitución española receptan este concepto del “contenido esencial de los derechos” y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de ambos países lo han ido desarrollando y concretando. El Artículo 19.2 de la Constitución alemana señala que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, mientras que el 53.1 de la Constitución española señala que “sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

³⁰ Bidart Campos señala en relación al concepto de razonabilidad 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, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II-A, p. 809.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema que es “extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido *manifiesta incompatibilidad* con los preceptos constitucionales”³¹.

En otros pronunciamientos señaló que ello no solo era extraño al Poder Judicial, sino que le estaba constitucionalmente vedado. Así, el voto de mayoría en el caso Montalvo señaló que:

Los motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (Fallos, 308:1392, voto de la minoría), salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales que, como se verá, no es el caso; o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos³².

Las normas constitucionales ofrecen, en general, un marco de posibilidades y opciones igualmente válidas entre las que cabe elegir a los poderes políticos. Señalar que solo una de estas alternativas es la única constitucionalmente válida implica forzar la interpretación constitucional y extralimitar la función de control a cargo de los jueces. De modo general, corresponde una actitud deferente hacia el criterio legislativo que se ha fijado luego de la deliberación y decisión adoptada por los poderes políticos³³.

3) Los derechos humanos protegidos constitucionalmente son vallas infranqueables a la consecución y logro de los objetivos de gobiernos, buscados a través de las políticas públicas, y es esta defensa la misión propia y específica del Poder Judicial.

Toda política pública que se encare desde los poderes públicos debe respetar los derechos que la Constitución Nacional reconoce a las personas y grupos sociales. De

³¹ Fallos, 332:640 (2009), Considerando 7°.

³² Caso Montalvo, Fallos, 313:1333 (1990).

³³ Así tiene dicho la Corte Suprema norteamericana que “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.” *Cfr. Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 547 (1934).

acuerdo a la concepción personalista y democrática que inspira a nuestro sistema político³⁴, ellos actúan como vallas infranqueables a los objetivos comunitarios por legítimos y urgentes que ellos pudieran parecer a los poderes públicos³⁵. Es esta función de protección de los derechos constitucionales y de control del poder público la que nuestro sistema político asigna a los tribunales integrantes de los poderes judiciales tanto nacionales como locales³⁶.

En consonancia de lo que venimos exponiendo, ha dicho más recientemente nuestro máximo Tribunal que:

La mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno –por más loable que este sea– en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integridad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los artículos 1º y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones (Fallos, 247:646)³⁷.

³⁴ El Dr. Petracchi en su disidencia en el caso Montalvo sostiene que nuestra Ley Fundamental “prohíbe utilizar a la personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas”; Fallos, 313:1333 (1990).

³⁵ *Cfr.*, entre otros, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Dòmenec, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 279 a 293.

³⁶ “Las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política. Pero como esta, necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas –*ubi societas ibi ius*–. Y bajo este aspecto, cabe la valoración judicial de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional”; Fallos, 307:326 (1985), dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, al que se remitió el Tribunal.

³⁷ Fallos, 333:935 (2010), voto de la mayoría, Considerando 15º.

En la materia específicamente tributaria ha señalado la Corte Suprema que “escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98)”; caso Hermitage, Fallos, 333:993 (2010), voto de la mayoría, Considerando 11º.

De acuerdo con esta concepción personalista que informa la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal³⁸, la persona humana es un cierto fin en sí misma y no puede ser utilizada como medio³⁹. Mediante la protección del contenido esencial de los distintos derechos humanos frente a las políticas públicas que pretendan desconocerlos, los tribunales constitucionales preservan este carácter personalista de nuestro sistema político y jurídico en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Así, en relación al alcance del derecho a la vivienda y la razonabilidad de la política pública en la materia, sostuvo la Corte Suprema al resolver el caso Quisbert Castro:

[H]ay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces⁴⁰.

La misión del Poder Judicial queda, por tanto, mejor definida, caracterizada y acotada si se expresa, en términos precisos, el contenido esencial de los derechos humanos.

Cabe diferenciar entre el derecho humano formulado como aspiración ética-jurídica, de lo que es estrictamente exigible ante los tribunales. Lo primero ha de inspirar a los poderes públicos, mientras que lo segundo es la guía que orienta el trabajo de los magistrados judiciales.

³⁸ “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”; Fallos, 316:479, votos concurrentes.

³⁹ “El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen solo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales, y por esto se llaman cosas; pero los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismo, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio.” Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996, p. 50. Ver también Spaemann, Robert, *Personas, acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.

⁴⁰ Caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, CSJN, 24-IV-12.

4) Entre los derechos constitucionales que han de ser tutelados por los tribunales del Poder Judicial se encuentra el del debido proceso sustancial, conforme al cual toda ley, norma o acto estatal tiene que ser mínimamente razonable y legítima en cuanto a los fines que persigue y a los medios que elige⁴¹.

Sí, es función propia de los jueces proteger ese derecho y para ello verificar, al momento de realizar el control de constitucionalidad, que todas las decisiones estatales satisfacen estándares básicos de razonabilidad⁴². Entre estos criterios se pueden señalar los siguientes:

- Legitimidad del fin perseguido;
- Legitimidad, adecuación al fin y proporcionalidad del medio elegido, que debe satisfacer parámetros básicos de racionalidad⁴³;
- Ello no abarca la posibilidad de declarar la invalidez de la decisión si se considera que existe otro medio que el juzgador, estima más conveniente o menos restrictivo de los derechos⁴⁴, salvo los supuestos de evidente y grave despro-

⁴¹ Ya en el caso *Mugler vs. Kansas* de 1887, la Corte Suprema norteamericana, en un caso en que se analizaba la constitucionalidad de una ley que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, había sostenido: “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”; *Cfr.* *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887).

⁴² A los jueces “les está encomendado establecer, en los casos concretos sometidos a su decisión, si los otros poderes del Estado actuaron dentro de los límites de su competencia; si ejercieron sus facultades en forma razonable y no absurda o arbitraria”; Fallos, 300:700 (1978).

⁴³ En este sentido, ha expresado nuestro máximo Tribunal que las “leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad”; Fallos, 319:2151. También ha sostenido que “la razonabilidad –según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada– quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador” (Fallos, 171:348; 199:483; 200:450; 248:800, entre otros). En otras oportunidades ha afirmado que “las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y que eviten conducir a una desnaturalización de los derechos constitucionales del afectado...” (CSJN, Fallos, 332:2468, 333:993 y otros). También se ha dicho que aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran”; caso *Arriola*, Fallos, 332:1963 (2009).

⁴⁴ “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos, 273:418) y que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (Fallos, 277:225)”; “Es extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los

porción entre ellos, lo que llevaría a considerar irracional la elección realizada por la autoridad pública⁴⁵.

Sintetizando su propio criterio jurisprudencial en la materia, ha establecido recientemente nuestro máximo Tribunal que:

Tradicionalmente, ha sostenido este Tribunal que si bien los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional no son absolutos y deben ejercerse en el marco de las leyes que los reglamentan, ello se encuentra supeditado a que éstas sean razonables, lo que implica que deben satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido y carecer de iniquidad manifiesta (Fallos, 248:800; 243:449; 243:467). Asimismo, cabe recordar que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos (Fallos, 313:1638), de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan deben valorarse en función de la identidad de la crisis que busca superarse (Fallos, 330:855, Considerando 34º)⁴⁶.

Con el alcance limitado que hemos expuesto, corresponde que los jueces examinen la razonabilidad de las políticas públicas formuladas legislativamente para preservar de este modo el contenido esencial del derecho al debido proceso sustantivo⁴⁷.

medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales"; Fallos, 332:640 (2009).

⁴⁵ Así, en el voto del Dr. Zaffaroni en el caso Arriola se puede leer que "si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno".

⁴⁶ Fallos, 334:516 (2011).

⁴⁷ Miller, Gelli y Cayuso hacen una acotación muy interesante en relación a la diferente utilización y alcance del derecho al debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de las Cortes Supremas norteamericana y argentina: "El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Aunque quizá conceptualmente en ambos países la garantía del debido proceso podría ser considerada la que hace posible la protección de la generalidad de los derechos de la Constitución, en la práctica de los tribunales norteamericanos pocos jueces la invocaron para interpretar la razonabilidad de derechos constitucionales específicos, sino que la usan como alternativa a su enmienda IX –similar al artículo 33 de la Constitución Nacional– para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de la libertad. Recuerde que el juez Harlam en el caso 'Griswold v. Connecticut' utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad. En los Estados Unidos es una garantía general contra la acción arbitraria que es invocada cuando no hay otra norma constitucional más específica aplicable. Cuando el derecho afectado es un derecho enumerado en la Constitución, la Corte estadounidense siempre evalúa la limitación de este derecho a la luz de reglas de interpretación específicas que su jurisprudencia ha desarrollado sobre este mismo derecho"; Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica, Cayuso, Susana, *Constitución y*

5) Si el Poder Judicial considera que en algún caso concreto hay una omisión o insuficiencia de la política pública en relación a la protección de un determinado derecho, debe limitarse a declararlo así en el caso concreto y exhortar a los poderes políticos a sanar ese vicio, pero sin reemplazarlo en lo que son sus legítimas competencias y atribuciones, mediante el dictado en sede judicial de la política pública.

Esa es la actitud que les corresponde adoptar a los jueces ante las omisiones o insuficiencia de los desarrollos legislativos.

6) La falta de respeto de estos límites naturales convertiría al Poder Judicial, en particular a la Corte Suprema, en una tercera cámara legislativa, en una superlegislatura, desequilibrando fuertemente la división de poderes y haciendo inviable en buena medida el gobierno de un Estado.

Los tribunales no están para desplazar, reemplazar ni suplir las funciones propias de los poderes políticos con base electoral. No son actores ni jugadores del juego político sino árbitros finales, limitados y autolimitados del juego democrático.

Recientemente, el *Chief Justice* Roberts de la Corte Suprema norteamericana, en su decisivo voto en el caso en el que se decidió la constitucionalidad de la ley que obligaba la contratación de un seguro de salud a todos los norteamericanos, afirmó: "No consideramos si la ley representa una buena política. Ese juicio es confiado a los líderes elegidos de este país. Solo cuestionamos si el Congreso tiene el poder, bajo la Constitución, de promulgar las disposiciones". Sin embargo, ello no es óbice para examinar en una situación concreta si la política establecida en esta ley viola un determinado derecho constitucional, por ejemplo, la libertad religiosa de quienes consideran inmorales y contrarias a sus convicciones religiosas algunas de las prácticas médicas que obligatoriamente deben ser atendidas de acuerdo con las disposiciones normativas, como lo ha hecho en los casos citados en el apartado inicial de este trabajo.

derechos humanos, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, p. 225. Esto responde a los distintos modos en que se elabora y opera el derecho y la jurisprudencia en la tradición jurídica norteamericana y argentina. En el ámbito estadounidense hay una cierta y connatural resistencia a elaborar y actuar de acuerdo con concepto y categorías jurídicas generales y abstractas, aplicables a todos los asuntos y derechos. Prefieren elaborar y aplicar criterios y estándares jurisprudenciales derecho por derecho. Hay jurisprudencia específica sobre libertad de expresión, igualdad, libertad religiosa, etc. En cambio, la tradición jurídica y jurisprudencial argentina, más afín a la tradición continental europea, tiende a elaborar criterios y categorías generales aplicables, en principio, a los distintos derechos y garantías constitucionales. Esto es lo que ha ocurrido en nuestro medio respecto del concepto de razonabilidad y del derecho al debido proceso sustantivo aplicable a las distintas cuestiones y materias. Esa diversidad de tradiciones y enfoques también incide en los distintos modos en que el principio de proporcionalidad, de origen europeo, ha sido recibido en nuestro medio y en Estados Unidos. Mientras que en este último país lo ha resistido por su carácter general y abstracto, no elaborado con base en los contenidos y características propias de cada derecho, en nuestro medio se está acogiendo de modo abierto y positivo, empleándolo en el análisis de validez de toda clase de normas y actos que involucran derechos de muy diversas clases.

III. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN CONTROL AMPLIO DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AL MOMENTO DE EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, QUE COMPRENDE EL JUICIO DE ESTRICTA NECESIDAD

Expondremos aquí los principales argumentos que fundan la postura acerca de que los jueces deben realizar un control amplio e intenso de la razonabilidad de las leyes y políticas públicas decididas por los poderes políticos, incluido el juicio de necesidad. Es decir, han de determinar si la limitación legislativa de los derechos constitucionales era imprescindible para alcanzar el objetivo establecido y si no existía otro medio alternativo, menos limitativo del derecho, para alcanzarlo. En caso de no ser imprescindible o de existir otro medio idóneo que limite menos el derecho, corresponderá la declaración de inconstitucionalidad de la norma examinada.

1) Los derechos humanos son, según la concepción de Alexy, mandato de optimización que exigen la protección más amplia posible de cada uno de los derechos y ello solo es posible mediante un examen intenso de razonabilidad en todos los casos.

Debe darse a los derechos constitucionales la tutela más amplia posible. Por eso, si la restricción no era necesaria o existen otros medios alternativos que son menos restrictivos del derecho, corresponde la invalidación de la ley reglamentaria⁴⁸. El principio *pro homine*, cenit y guía de toda la problemática *iushumana*, refuerza esta interpretación.

2) El derecho al debido proceso sustantivo, si es tomado en serio y protegido con la intensidad que es debida, exige el examen a fondo del medio elegido por el legislador para instrumentar la política pública y verificar si era el menos restrictivo del derecho constitucional afectado.

⁴⁸ Juan Cianciardo critica la postura tradicional que exige a los tribunales de hacer el control de oportunidad, mérito y conveniencia de las leyes y da para ello 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 promoverla y asegurarla; en tercer lugar, considera el autor que, si no se analiza la conveniencia de las regulaciones, se puede terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o al menos, admitirlas sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio, propia de todo derecho, 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 *última ratio* del ordenamiento jurídico. Cfr. Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp. 80 y ss.

No es plenamente razonable y proporcional la limitación de un derecho si existen otros medios menos restrictivos igualmente idóneos para alcanzar las finalidades de una determinada política pública⁴⁹.

3) La ciencia jurídica y la jurisprudencia constitucional han ido desarrollando metodologías que permiten examinar con más profundidad la razonabilidad de las políticas públicas y de ese modo lograr una mayor protección de los derechos humanos. Así, la Corte Suprema norteamericana ha elaborado su doctrina de los diversos grados de escrutinio judicial⁵⁰. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la doctrina

⁴⁹ Ha señalado el Tribunal Constitucional alemán que el juicio de necesidad exige que “la medida sancionada por el legislador sea apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es apropiado, cuando por su naturaleza favorece el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no tiene la posibilidad de elegir otro medio así de eficaz, pero que no conlleve un daño al derecho fundamental o que signifique un daño menor”; y que la restricción de los derechos “no debe tener una intensidad que no guarde relación con la importancia del objeto y los inconvenientes que se imponen al ciudadano”.

⁵⁰ Sintetizando la doctrina de los escrutinios elaborada por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano Sapag: “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 leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el ‘escrutinio estricto’ (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental o aquellas ‘libertades preferidas’, 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*). 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 fines. 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 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 perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen

constitucional europea han ido desarrollando una metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad, que está integrado por los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, que permite realizar un análisis profundo acerca de la razonabilidad de una política pública⁵¹. Estando disponible esa metodología de análisis corresponde su recepción jurisprudencial en nuestro país.

La Corte Suprema argentina ha comenzado a utilizar este instrumento. Dado que esta metodología de análisis jurídico se encuentra disponible, corresponde que ella sea empleada en el examen de la razonabilidad de toda política pública que limita derechos constitucionales.

4) La Corte IDH ha señalado expresamente en su Opinión Consultiva 5/85 que en materia de libertad de expresión corresponde la aplicación del principio de necesidad y solo sería "convencional" una limitación a este derecho si no existiese otro medio menos limitativo a ese derecho humano⁵². Cabría considerar el carácter vinculante de dicha juris-

por excelencia de leyes que regulan la propiedad. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar. 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"; Sapag, Mariano, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

⁵¹ Javier Barnes ha definido el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: "[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 con más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades"; Cfr. Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, número 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500. Para un panorama general del contenido del concepto de proporcionalidad y su recepción en los distintos ordenamientos jurídicos, puede consultarse: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, New York, Cambridge University Press, 2013.

⁵² En relación al derecho de libertad de expresión, ha dicho la Corte IDH que "la 'necesidad' y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo"; Cfr. Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

prudencia y extenderla a los demás derechos constitucionales, especialmente a aquellos que tengan un valor particular.

Es sabido que nuestra Corte Suprema ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es pauta insoslayable e imperativa para los jueces argentinos que deben seguir los estándares que ella fija. Entre estos está el principio de proporcionalidad con su regla de la necesidad.

5) De acuerdo a lo que venimos sosteniendo, este análisis intensivo de razonabilidad debe extenderse a toda clase de derechos constitucionales pero, sin duda, cabe reconocer que la Corte Suprema argentina ya lo está empleando en la práctica en relación a algunos derechos o libertades preferidas, entre las que cabe mencionar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde ya se han utilizado las metodologías y estándares del escrutinio estricto proveniente de la jurisprudencia norteamericana⁵³, el derecho de

⁵³ *Cfr.*, caso Repetto, Inés María v. Prov. de Buenos Aires, Fallos, 311:2272 (1988), Considerando 7° del voto de los jueces Petracchi y Bacqué, en el que se establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto contradigan el Artículo 20 de la Constitución Nacional, se hallan afectadas por una “presunción de inconstitucionalidad” que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un interés estatal insoslayable que justifique la medida; caso Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Prov. de Buenos Aires, Fallos, 327:5118 (2004) en el que se sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los Artículos 1 y 23, Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso; caso Gottschau, Evelyn Patrizia v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fallos, 329:2986 (1006), en igual sentido a Hooft; caso Mantecón Valdés, Julio v. Estado Nacional Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 331:1715 (2008), en igual sentido a Hooft. y Gottschau. También puede mencionarse el caso González de Delgado, Cristina y otros v. UNC, Fallos, 323:2659, Considerandos 8° y 9° del voto concurrente del juez Petracchi, que analizando la validez de distinciones basadas en el sexo se afirmó que aun cuando alguna distinción o discriminación sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican a los fines de la eventual justificación son muy exigentes; y se citó tanto el Derecho europeo (donde tales distinciones se ven afectadas por una presunción de ilegitimidad que implica el desplazamiento de la carga probatoria), como el derecho estadounidense (donde se aplica un escrutinio intermedio de acuerdo con el cual quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquella sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos). Estas referencias están tomadas del trabajo de Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José S., “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina*, JA 2012-IV, pp. 903-925.

libertad de expresión en lo que hace a sus contenidos⁵⁴, la inviolabilidad de la correspondencia⁵⁵ y el domicilio⁵⁶, etc.

Correspondería extender a las distintas clases de derechos constitucionales los criterios estrictos de control de razonabilidad ya adoptados por la Corte Suprema para algunos derechos constitucionales.

6) A través de algunos mecanismos como las acciones de clase, las audiencias públicas y la posibilidad de los *amicus curiae*, se puede permitir la participación y representación de todos los que se sientan afectados por una determinada política pública que está siendo sometida a revisión judicial de razonabilidad, permitiéndose de ese modo escuchar las distintas voces interesadas en su concreción.

7) Es necesario advertir y tomar debida cuenta del cambio significativo del rol que le corresponde a los jueces, en particular a los tribunales constitucionales, que han asumido funciones suprajurisdiccionales y han comenzado a tener un creciente peso en el gobierno del Estado moderno. Esto le permite intervenir de manera más activa que en el pasado, en el control, diseño y efectividad de las políticas públicas del Estado.

⁵⁴ En el ámbito de la libertad de expresión, los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni sostuvieron que “las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo... cuando el gobierno intenta restringir el discurso (...) basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad (...) El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés, CS, 7/6/2005, Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Fallos, 328:1825, Considerando 9° del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni.

⁵⁵ Sintetizando el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, en el caso Dessy [Fallos, 318:1894 (1995)], donde estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, señalan Sánchez Brígido y Elías que “atento el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego... para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere (...) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes y que cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental (...) no pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con estos jueces existen distintas apreciaciones, cotejos y escrutinios cuyas modalidades de aplicación traducen (...) respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que viene dado, principalmente, del sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental”; *op. cit.*

⁵⁶ Así, en el voto del Dr. Petracchi en el caso Fiorentino [Fallos, 306:1752 (1984)], sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio, se puede leer que “la íntima conexión existente (...) con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías y que, por ello, deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas”.

IV. POSTURA PROPUESTA

Una vez examinados los argumentos que sostienen una y otra postura, nos inclinamos por la siguiente tesis:

Cuando un tribunal analiza la constitucionalidad de una política pública su función ha de estar guiada por las siguientes pautas:

1) Principal y fundamentalmente tiene que examinar si las determinaciones de la ley en el caso concreto sometido a su juzgamiento lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional de las partes del pleito, y en tal caso, invalidarla⁵⁷. Este juicio es distinto y más decisivo que el de la razonabilidad de la política pública establecida en la ley⁵⁸. A la hora de la definición de ese contenido esencial de los distintos derechos es importante atender al bien humano que está protegido y a su mayor o menor disponibilidad, a la finalidad que se pretende alcanzar con su reconocimiento⁵⁹, a su armonización con otros derechos⁶⁰ y con las justas exigencias del bien común en una

⁵⁷ En este sentido ha afirmado la Corte Suprema argentina que “la compatibilidad constitucional de un sistema, como el establecido en las leyes de consolidación, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir, que en el supuesto concreto no se destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia”; Fallos, 331:391 (2008). También el juez Maqueda en su disidencia parcial en el caso Clarín (CS, 29-X-2013) ha sostenido que “[d]entro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente su derecho a la libertad de expresión...” (disidencia parcial del juez Maqueda, Considerando 34°).

⁵⁸ Afirma Juan Cianciardo 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, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, op.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 complican: 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”; *Ibidem*, p. 99.

⁵⁹ “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”. 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 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1258-1259.

⁶⁰ Por eso consideramos que en el reconocimiento de cada derecho hay junto a un mandato de “optimización”, otro más relevante que es de “armonización” con otros derechos y con las exigencias del bien común.

sociedad democrática⁶¹, para lo cual puede ser muy útil la jurisprudencia ya establecida por el propio tribunal.

2) Deben también examinar la razonabilidad básica de la ley que contiene la política pública⁶²: que ella persiga fines constitucionalmente válidos y que haya elegido medios legítimos y proporcionales para alcanzarlos⁶³. El juzgador debe, por tanto, realizar los juicios de adecuación y de proporcionalidad, según lo que propone la doctrina alemana en la materia, para asegurar esos parámetros básicos de razonabilidad y verificar así el respeto de los contenidos esenciales del derecho constitucional al debido proceso substantivo.

3) De modo general, no corresponde a la función judicial evaluar la conveniencia de una política pública⁶⁴ ni controlar o invalidar, por irrazonable, una determinada política pública por entender que existe otra mejor o menos restrictiva de los derechos en

⁶¹ Cfr. Artículo 32 de Convención Americana de los Derechos Humanos.

⁶² “El gran desafío legal para el abogado que pugna por los derechos humanos en nuestro tiempo es darle contenido a este concepto de ‘razonabilidad’ y abogar a favor de métodos de análisis de control de constitucionalidad de mayor intensidad”; Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica, Cayuso, Susana, *op. cit.*, p. 225.

⁶³ Así, en el voto de los doctores Lorenzetti y Highton en el caso Clarín (CS, 29-X-2013) se puede leer: “corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma” (voto de los doctores Highton y Lorenzetti, Considerando 38°, en la causa “Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, decidida el 29 de octubre de 2013).

⁶⁴ Ha señalado al respecto la Corte Suprema en el caso Verbitsky: “A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”; Fallos, 328:1146 (2005), Considerando 27° del voto de la mayoría.

juego⁶⁵, salvo supuestos donde sean claras, manifiestas e innegables las ventajas de uno sobre otro, ya que en ese caso estaríamos frente a un supuesto de irrazonabilidad notoria que encuadraría en el supuesto mencionado en el punto anterior⁶⁶. Por tanto, en principio no corresponde aplicar con toda su fuerza y alcance el juicio de necesidad estricto tal como ha sido formulado por la doctrina europea.

4) Existen materias muy determinadas donde cabe admitir un control de razonabilidad diferenciado y más intenso, como ocurre en el caso de las leyes que establecen

⁶⁵ Así, en el voto mayoritario del caso Clarín, se puede leer que “los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos, 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda). La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos, 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos, 313:1333) Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la Ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines. Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley...” (Considerando 50°). En el mismo sentido, en lo concerniente a otro tramo de la regulación presente en la Ley 26.522, se reforzó la idea al señalarse que “...si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era *necesario* fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas –inclusive hasta la posibilidad de no regular el mercado– es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante...” (Considerando 51°). En el mismo sentido, el Dr. Petracchi sostiene en su voto que “...la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en examinar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquéllos. Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la Ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces...” (Considerando 39°). Por su parte, ha sostenido el juez Maqueda en su voto en el caso Clarín que “la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta...” (Considerando 19°).

⁶⁶ Como bien, señala el Tribunal Constitucional español, la “Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de razonabilidad viene a hacer efectivo el cumplimiento de dicha prohibición.”

distinciones en razón de la raza, el sexo, la nacionalidad, etc., regulan algunos aspectos de la libertad de expresión⁶⁷, o afectan la libertad religiosa⁶⁸. Allí el control de razonabilidad puede ser más intenso, como lo viene haciendo ya nuestro máximo Tribunal.

5) Debido a lo anterior, no obstante que en más de un pronunciamiento nuestra Corte Suprema haya dicho que ella realiza un control de razonabilidad con base en los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, nos parece que solo efectúa dos de ellos: el de adecuación y el de proporcionalidad. Expresamente ha señalado que no le corresponde y le está vedado juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones de otros poderes. Tampoco existen casos en los que haya dicho que ella debe únicamente considerar como constitucional la decisión legislativa que menos restrinja un determinado derecho, ni ha invalidado una decisión legislativa por considerar que existía otra menos limitativa del derecho en cuestión. Más allá de invocar y hacer referencia al juicio de necesidad, no lo ha aplicado en la práctica⁶⁹. Por suerte ello ha sido así, porque de haberlo empleado de modo serio y consistente habría invadido competencia de otros poderes y producido un desequilibrio institucional.

Tutela del contenido esencial de todos los derechos humanos, aseguramiento de la razonabilidad básica de las políticas públicas y control diferenciado e intensivo para algunos derechos relacionados con bienes humanos fundamentales, son los tres aspectos centrales de nuestra postura. Nos parece que la solución propuesta:

- a) Se funda en los principios de legitimidad democrática y equilibrio de poderes;
- b) Preserva el diseño constitucional del proceso judicial a su finalidad específica, sin confundirlo con el procedimiento legislativo;

⁶⁷ Remitimos a lo señalado en la nota 50. Por su parte, la doctora Argibay en su voto en disidencia del caso Clarín sostuvo que “si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos” (Considerando 22°).

⁶⁸ Así, la ley norteamericana que reglamenta la libertad religiosa prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego. Según el fallo de la Corte norteamericana en el caso Hobby Lobby, el mandato contra-ceptivo del Departamento de Salud “opreme gravemente el ejercicio de la religión” de quienes se oponen por convicciones morales a dichas prácticas. “Si los propietarios se adhieren al mandato de HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas.” “Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión.”

⁶⁹ En relación a la utilización en la práctica de la doctrina de los escrutinios por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano Sapag que “salvo en materia de derecho de 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 dificultoso franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas”; *op. cit.*, p. 169.

- c) Reserva a los jueces la delicada y trascendente misión de definir y proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales;
- d) Evita que los tribunales se pronuncien sobre temas complejos y debatidos cuya definición requiere de estudios técnicos y decisiones políticas que trascienden al Poder Judicial;
- e) Se basa en la concepción de los derechos constitucionales no solo como mandatos de optimización sino, fundamentalmente, de armonización;
- f) Impide que los jueces definan políticas públicas que luego serían de difícil instrumentación y cumplimiento efectivo, afectando así la credibilidad del Poder Judicial, no serían susceptibles de revisión por otros órganos de gobierno y que requieran de un manejo presupuestario ajeno al quehacer judicial;
- g) Mantiene abierto el cauce constitucional, el debate político, sin pensar que para los diversos, complejos problemas humanos y sociales, la Constitución consagra una sola solución que debe ser hallada y definida por los jueces.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ALBERDI, Juan B. *Proyecto de Constitución (1852)*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2113/16.pdf>.
- AMAR, Vikram y TUSHNET, Mark, *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- BALKIN, Jack M. "What Brown teaches us about Constitutional Theory", *Virginia Law Review*, número 6, octubre de 2004, pp. 1537-1577.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- BARNES, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, número 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500.
- BERIZONCE, Roberto y VERBIC, Francisco, "Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño", *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, número 56, septiembre de 2013, pp. 106-121.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II-A, p. 809.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Constitutional Courts as positive legislators. A Comparative Law study*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- CIANCIARDO, Juan y ROMERO, Maximiliano J., "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad", *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 425-492.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp. 80 y ss.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Dòmenec, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 279 a 293.
- FISS, Owen, "The Supreme Court 1978 Term Forward: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, número 1, noviembre de 1979, pp. 1-58.
- FLETCHER, William A., "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", *The Yale Law Journal*, número 4, marzo 1982, pp. 635-697.
- FRUG, Gerald E., "The Judicial Power of the Purse", *University of Pennsylvania Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 715-794.

- GEWIRTZ, Paul, "Remedies and Resistance," *The Yale Law Journal*, número 4, marzo de 1983, pp. 587-681.
- GINSBURG, Tom y DIXON, Rosalind, *Comparative Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- JACOB, Herbert *et. al.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996, p. 50.
- LONDOÑO LÁZARO, Carmelina, *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*, tesis doctoral, Universidad Austral, 2013.
- MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, p. 225.
- NAGEL, Robert F., "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies," *Stanford Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 661-724.
- OYHANARTE, Martín, "Structural Remedies y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 2011.
- SÁNCHEZ Brígido, Rodrigo y ELÍAS, José S., "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia," *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina*, JA 2012-IV, pp. 903-925.
- SAPAG, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado," *Díkaion*, año 22, número 17, diciembre de 2008, pp. 168 y ss.
- SPAEMANN, Robert, *Personas, acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges*, New York, Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. Neal y VALLINDER, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.
- 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 FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1258-1259.

2. Otras fuentes

BREWER, Allan, *XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law*, Washington, Estados Unidos, 25 y 31 de julio de 2010.

Caso Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa (CS, 29-X-2013).

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

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

Caso "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", CS, 24-IV-12.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Convención Americana de los Derechos Humanos, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos.

Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina, JA 2012-IV, pp. 903-925.