

[Anterior](#) [Siguiente](#)

El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad

por JUAN CIANCIARDO

2003

[EL DERECHO 185-898.](#)

Id SAIJ: DACF030013

INTRODUCCIÓN El punto de partida de este trabajo bien puede ser la perplejidad que produce, al menos inicialmente, considerar que los derechos constitucionales -reconocidos con la finalidad de limitar al legislador- requieren para su vigencia plena y desarrollo de la actividad legislativa, hasta cierto punto limitadora. Aquí, en su condición de límites-limitados por el limitado, radica una de las "paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder", en expresión de Rafael de Asís (1). Un planteamiento científico de esta perplejidad inicial conlleva la necesidad de determinar la naturaleza de la actividad legislativa en relación con los derechos fundamentales: ¿es delimitadora o limitadora? ¿hasta qué punto debe ser una cosa u otra? Estas preguntas y otras conexas implican importantes cuestiones del Derecho Constitucional, como la vigencia efectiva de la Constitución; de la Dogmática iusfundamental, como la estructura de los derechos fundamentales; de la Filosofía del Derecho, como el control de la racionalidad legislativa por los jueces y la teoría de la argumentación; y cuestiones mixtas, como las de hermenéutica constitucional (2). En última instancia, se encuentra en juego el concepto mismo de Derecho como forma humana coexistencial. Una visión que niegue o ahogue el rol limitador de los derechos humanos condena la vida social al predominio de la fuerza sobre la razón.

Este marco teórico rodea a nuestro objeto de estudio: el principio de razonabilidad (3). Se trata, precisamente, del instrumento técnico-jurídico más frecuentemente utilizado por los jueces para controlar la constitucionalidad de las regulaciones legislativas con materia iusfundamental. Constituye, por tanto, la herramienta judicial utilizada para hallar un término que satisfaga las exigencias de regulación de los derechos fundamentales sin sacrificar su contenido normativo supra-legal. Pese a que la razonabilidad es aplicada por numerosísimas jurisdicciones constitucionales, y también por tribunales internacionales, su tratamiento teórico no es, curiosamente, demasiado abundante. En Argentina este déficit se deja sentir con peculiar intensidad (4).

El principio de razonabilidad está compuesto por tres subprincipios, a saber: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto. En este artículo se examinarán algunos aspectos del subprincipio de necesidad, sin pretensiones de agotar la problemática que a raíz de su aplicación se plantea. La referencia a los otros subprincipios no tendrá otra finalidad que la de dotar a las consideraciones centrales de un marco conceptual elemental.

El trabajo está dividido en cinco partes. En la primera se procurará dar cuenta de qué cosa es el subprincipio de necesidad, sin hacer referencia a un ordenamiento jurídico concreto. Para ello será necesario examinar el principio de razonabilidad en sentido amplio, esto es, el concepto y la estructura de los tres subprincipios que integran la máxima de razonabilidad, así como la relación existente entre cada uno de ellos. A continuación, en las partes segunda y tercera, serán estudiados de manera breve dos aspectos del subprincipio de necesidad, a saber: el juicio de eficacia y la elección de la medida necesaria. El epígrafe cuarto estará dedicado a la exposición y crítica de un caso reciente de la jurisprudencia constitucional argentina, que servirá para poner de relieve, en primer lugar, la importancia de la determinación de los fines legislativos en orden a la aplicación del subprincipio de adecuación, y, en segundo lugar, los problemas que plantea la conocida posición de la Corte Suprema en torno al juicio de oportunidad o conveniencia de una medida legislativa. Como consecuencia de mantener esta doctrina, la Corte se ha negado sistemáticamente a aplicar el subprincipio de necesidad, limitando el principio de razonabilidad a las restantes dimensiones enunciadas (el subprincipio de adecuación y el de razonabilidad stricto sensu). La quinta parte del trabajo contiene una crítica de esta posición habitual de nuestro Máximo Tribunal.

Resta realizar un par de aclaraciones. No nos detendremos, dada la naturaleza de este artículo, en los antecedentes del principio de razonabilidad en el derecho comparado y en Argentina, excepto en aquello que resulte indispensable para el desarrollo del plan trazado (5). Tampoco serán tratadas las numerosas cuestiones que se plantean como consecuencia de la aplicación de cada uno de los subprincipios mencionados (6).

1. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD Como ya se ha dicho, la máxima de razonabilidad o proporcionalidad prescribe, simplemente, que toda regulación de los derechos fundamentales debe ser razonable. Y esto último ocurre si la norma en cuestión respeta cada uno de los tres subprincipios que integran el principio general.

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

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

Una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable stricto sensu. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (7). Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al momento de precisar en qué consiste una "relación razonable". La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida (8). Con expresión ilustrativa, se habla en el derecho francés de "balance entre costos y beneficios" (9). También en el Derecho español tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la doctrina han llegado a una conceptualización similar (10). Por ejemplo, se ha sostenido en la STC 66/1995 que una restricción de un derecho fundamental es proporcionada stricto sensu si es "ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto" (11).

Esta posición conduce a no pocas dificultades, sobre las que no corresponde extenderse aquí por no ser el estudio del subprincipio de razonabilidad stricto sensu el objeto de este trabajo (12).

El juicio de necesidad es el más controvertido en su aplicación de los tres que forman la máxima de proporcionalidad. Ha sido también llamado juicio de indispensabilidad (13). Mediante él se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces (14). Se exige, por tanto, la adopción de la "alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos" (15). A continuación se analizarán dos de los problemas que plantea el juicio de necesidad: a) el juicio de eficacia; y b) la elección de la medida necesaria. Quedará para el final el análisis de una cuestión que, en verdad, es previa a estas dos: la posibilidad del juicio de necesidad. Conviene, no obstante, por las razones que se darán más adelante, entrar en ella a la par que se examina el fallo de la Corte Suprema in re: Irizar.

2. EL JUICIO DE EFICACIA ¿Cuál es el alcance del juicio de necesidad? En la definición inicial se apuntó que la medida necesaria es aquella que menos repercute sobre la norma iusfundamental de entre las igualmente eficaces. Por ende, el juicio de necesidad presupone otro juicio, el de eficacia, que le sirve de límite.

Mientras que el juicio de adecuación se presentaba como un juicio bilateral-vertical entre el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional y dicho fin, el juicio de eficacia aparece como un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos. Representado esquemáticamente, en la adecuación el juicio se lleva a cabo entre:

(1) Me (medio elegido) = F (fin) En tanto que el juicio de eficacia tiene lugar entre: (2) 1

Es un juicio horizontal y vertical porque tiene lugar, primero, entre cada medio y el fin, y, después, entre el medio y los

medios alternativos. La eficacia presupone la adecuación (16). De la primera comparación, de la que tiene lugar aisladamente entre el medio escogido y el fin, y cada uno de los medios alternativos y el fin, surge la asignación de un grado de eficacia. Por grado de eficacia se entiende las posibilidades que brinda el medio de alcanzar el fin. Imaginemos que la eficacia pudiera ser calificada según un baremo de 1 a 10. Sería posible encontrarnos con el siguiente cuadro:

(3) Me = e (eficacia) 8 (3) M2 = e 5 (3) M3 = e 8 (3) M4 = e 9

Si además del medio elegido sólo existiera M2 el examen de necesidad no podría llevarse a cabo, por falta de medios alternativos igualmente eficaces. Por otro lado, la existencia de medios alternativos más eficaces que los elegidos por el legislador (en el esquema, M4) no determina la innecesariedad del medio escogido.

El juicio de eficacia tiene una apariencia paradójica. De un lado, representa un límite al juicio judicial de necesidad: dicho juicio no podrá realizarse teniendo como término cualquier medio alternativo, sino sólo aquel que sea igualmente eficaz en la consecución del fin que el empleado por el legislador. Del otro, acentúa las facultades judiciales, al permitir que los jueces indaguen el grado de capacidad de la medida y de otras alternativas para alcanzar el resultado deseado. La interpretación de dichas facultades debe ser restrictiva, puesto que el ámbito de las atribuciones examinadas es preferentemente legislativo. Este criterio debe guiar las delicadas cuestiones procesales que emergen de lo dicho hasta este momento, que no serán tratadas aquí (17). Y también la determinación del grado de eficacia de los distintos medios.

3. LA ELECCIÓN DE LA MEDIDA NECESARIA Una vez determinada la existencia de varios medios idóneos e igualmente eficaces -y/o la existencia de medios alternativos más eficaces que el elegido- para el cumplimiento del fin constitucional, debe examinarse el grado de restringibilidad de la norma iusfundamental en juego. La medida adoptada sólo será constitucional en el caso de que sea la menos restrictiva de todas -o, al menos, igualmente restrictiva que las alternativas. Resulta necesario hallar el grado de restringibilidad de la medida adoptada. Las facultades de los jueces en este campo son, nuevamente, de interpretación restrictiva, puesto que rozan las que la Constitución confiere a los restantes órganos de gobierno (18).

Se ha sostenido que el juicio de restringibilidad es doble: de un lado, habría que examinar los perjuicios a los afectados, del otro, los perjuicios a la generalidad (19). Desde nuestro punto de vista, el juicio es único: sólo hay que evaluar si la ley reglamenta inconstitucionalmente la norma iusfundamental alegada por el afectado. No parece posible imaginar supuestos en los que una ley que persigue fines constitucionales (puesto que ha superado el test de adecuación) simultáneamente perjudique los intereses comunitarios.

Si el grado de restricción de una norma pudiera ser medido de 1 a 10 sería posible obtener el siguiente esquema:

Me = r (restringe) 7 M2 = r 8 M3 = r 7 M4 = r 6 Si además de Me existieran sólo M2 y M3, la medida adoptada superaría el juicio de necesidad. Obsérvese que a idéntico grado de restricción -Me y M3- predomina la constitucionalidad del medio elegido. De existir también M4, la medida adoptada sería innecesaria, puesto que existiría una alternativa menos restringente.

No cabe duda que la dificultad del juicio de restringibilidad radica en la asignación de los distintos grados de restricción (20).

4. UNA APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL De entre la abundantísima jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en la que se ha hecho aplicación de la razonabilidad hemos seleccionado un caso reciente que deja ver con claridad los problemas que se plantean en la aplicación concreta del subprincipio de idoneidad y los que derivan de la doctrina del Tribunal acerca del subprincipio de necesidad. Luego de una exposición de los hechos del caso serán tratadas, sucesivamente, la solución propuesta por la mayoría y las opiniones de las dos disidencias. Por último, se llevará a cabo una crítica de la sentencia.

4.1. EL CASO IRIZAR a) Los hechos José M. Irizar era propietario de un inmueble situado en el departamento de El Dorado, en la provincia argentina de Misiones, donde llevaba a cabo una explotación agrícola forestal en el marco de una serie de planes aprobados por el gobierno provincial. En un momento determinado, solicitó a la autoridad competente la expedición de las correspondientes guías forestales, único instrumento habilitante para la salida de la madera fuera de los límites de su propiedad y para el tránsito dentro y fuera de la provincia (21). La solicitud le fue negada en cumplimiento de lo dispuesto por la ley provincial 2256, que supedita su trámite a que el peticionario acredite que ha satisfecho las tasas municipales e impuestos provinciales que afectan las tierras en las que se realiza la explotación (22), lo que en el caso no ocurría. Como consecuencia de ello, Irizar promovió acción contra la provincia de Misiones, pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley mencionada, por constituir, a su juicio, una regulación irrazonable del

ejercicio del comercio y la libre circulación de mercaderías, tutelados por la Constitución Nacional (arts. 9 a 11), "toda vez que en los hechos los tributos cuyo pago se requiere funcionan como un derecho aduanero que interfiere la entrada, el tránsito y la salida de un producto" (23). Por otra parte, sostuvo que se había violado su derecho de defensa en juicio, al verse privado de las defensas que, aunque de manera limitada, le proporciona el procedimiento de ejecución fiscal (24).

La Corte hizo lugar la demanda, y declaró, en consecuencia, la inconstitucionalidad de la ley provincial controvertida; aunque hubo dos disidencias, una de ellas suscrita por tres jueces. A continuación se analizarán brevemente los argumentos más relevantes de las distintas opiniones.

b) El voto de la mayoría El voto de la mayoría parte de reconocer dos clases de atribuciones a los Estados provinciales (25). De un lado, aquellas que les permiten "intervenir por vía reglamentaria en el desenvolvimiento de ciertas industrias y actividades en la medida en que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, el orden público o los intereses económicos de la comunidad" (26); del otro, facultades impositivas "para establecer tributos locales y todas las contribuciones que conduzcan al logro de su bienestar y desarrollo (...), los que pueden recaer sobre todas las cosas que forman parte de su riqueza general. Esas facultades conllevan la elección de los objetos imponibles, la determinación de los medios para distribuirlos en la forma y alcance que les parezca más conveniente y, en tanto no contraríen los principios consagrados en la Ley Fundamental, pueden ser ejercidas en forma amplia y discrecional" (27). A continuación, la mayoría sostiene, remitiéndose al dictamen del Procurador General, que la exigencia de guías forestales está impuesta "por razones de policía, de higiene y de seguridad en el tráfico de bienes" (28). Este marco le sirve para sentar el principio que rige el caso, y su aplicación a los hechos:

"en el presente, la irrazonabilidad aparecería manifiesta si el requisito exigido para la obtención de las guías forestales (...) importara para el actor la imposibilidad de ejercer la industria lícita que es su actividad. (...) La modalidad escogida, ejercitada dentro de la órbita de que es materia el poder de policía, excede el marco de razonabilidad antes señalado y encubre bajo esa apariencia una pretensión fiscal que obra, en los hechos, como una suerte de impedimento para la circulación de los productos forestales, de modo tal que gravita negativamente sobre la actividad productiva al punto de dificultarla, en contradicción con los planes de desarrollo que la legislación específica debe perseguir. De esa manera, los medios escogidos para la recaudación de tributos carecen de relación real con el objetivo perseguido por la legislación forestal de proveer a la policía, higiene y seguridad en el tráfico de los bienes" (29).

Las disidencias realizaron un planteamiento de caso distinto al de la mayoría. Aunque el razonamiento que en ambas se realiza es similar, por razones de claridad serán examinadas por separado.

c) Disidencia triple La primera disidencia, que llamaremos triple (30), comienza su argumentación determinando el quid del pronunciamiento:

"(...) la cuestión de fondo a resolver radica en decidir si la ley 2256, con el objeto de asegurar el cumplimiento de obligaciones tributarias, condiciona de manera inconstitucional la explotación forestal (...)" (31).

A continuación, luego de asegurar que la Corte reconoce que la valiosa función del impuesto justifica el establecimiento de medidas coercitivas para su cobro (32), la disidencia triple concluyó lo siguiente:

"(...) el medio elegido por la disposición atacada no peca -a juicio del Tribunal- de irrazonabilidad alguna ni vulnera derechos constitucionales. En efecto, el pago puntual y ajustado a las normas tributarias no configura sino una de las variadísimas expresiones del deber jurídico de todos los ciudadanos de someterse al cumplimiento del orden jurídico vigente. En este sentido, su demostración en la situación prevista en la ley local 2256 no supone más que acreditar ese ajuste; situación normal en la que -no puede presumirse de otra manera- deben encontrarse quienes habitan una nación en que rige el estado de derecho" (33).

Por último, se sostiene que la circunstancia de que el legislador tuviera a su alcance otros medios para acreditar la percepción de los tributos provinciales y municipales no determina la inconstitucionalidad del medio elegido, puesto que:

"(...) no es de resorte del Poder Judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones" (34).

d) Disidencia del juez Boggiano Resta el examen de la disidencia del juez Boggiano. El objeto del pronunciamiento fue expuesto en este voto con las siguientes palabras:

"es menester verificar, en primer término, si la norma impugnada limita sustancialmente los derechos mencionados (35). En segundo lugar, corresponde constatar la existencia de una relación proporcionada entre el medio empleado por la ley y los fines que el legislador persiguió mediante su dictado" (36).

Según el juez Boggiano, los derechos al libre comercio interprovincial y de tránsito no se encuentran afectados sustancialmente. En su opinión, que parte de las diferencias entre el caso y dos precedentes parecidos (37), esto es así porque "(...) la ley cuestionada no crea una tasa o tributo que tenga como hecho imponible el tránsito o el comercio interprovincial, sino que se limita a vedar la expedición de guías a quienes no acrediten el pago de los tributos inmobiliarios municipales y provinciales. (...) [L]a aplicación de la ley 2256 no significa para el actor un aumento económico de las obligaciones fiscales a su cargo, aunque lo constriña fuertemente a cumplirlas" (38).

Tampoco está vulnerado en su sustancia, para esta disidencia, el derecho a comerciar, pues "(...) no se ha acreditado en autos que el cumplimiento de la exigencia que [la ley 2256] (...) impone torne económicamente imposible el desenvolvimiento de la explotación forestal. Por otra parte, la satisfacción de este requerimiento hubiera conducido necesariamente al actor a pedir la declaración de inconstitucionalidad de las tasas e impuestos municipales y provinciales, petición ésta que no ha sido formulada" (39).

A continuación, el juez disidente expresa el fin de la ley cuestionada de acuerdo con lo expresado por la propia demandada:

"impedir que la utilización y extracción de los recursos naturales se realice sin la adecuada contraprestación de los particulares" (40).

Luego de afirmar que la finalidad de la ley está de acuerdo con la Constitución provincial y con otra ley de ese carácter, concluye lo siguiente:

"existe relación entre los medios arbitrados por la ley provincial en análisis y los propósitos perseguidos por el legislador al dictarla. En efecto, la norma sólo exige la acreditación del pago de las tasas municipales y de los impuestos provinciales que afectan las tierras en que se realiza la explotación para la cual se solicitaren las guías forestales. Se advierte de este modo una adecuada proporción entre el requisito exigido y su finalidad, por un lado, y los derechos que se limitan para el logro de esta última, por otro" (41).

Por último, el juez Boggiano entiende, adhiriendo en este punto al criterio de la disidencia restante, que escapa a la judiciabilidad el examen "de la eficacia de los fines que el legislador se ha propuesto" (42).

4.2 CRÍTICA DEL CASO IRIZAR Tanto la mayoría como las dos disidencias se plantearon el caso, más o menos explícitamente, mediante dos preguntas. En primer lugar, buscaron determinar cuál era la finalidad que buscaba el legislador mediante el dictado de la ley, y si esa finalidad era admisible constitucionalmente. En segundo lugar, procuraron establecer si los medios previstos en la ley para el cumplimiento de los fines eran o no efectivamente idóneos o aptos para alcanzarlos. Las disidencias, como hemos visto, dieron un paso más, al afirmar que no podían plantearse si la medida empleada era la más benigna de entre las disponibles. En otras palabras, al renunciar al juicio de necesidad. Corresponde en este punto criticar los tres votos expuestos.

a) **Crítica de la mayoría** Para la opinión mayoritaria, la legislación provincial cuestionada era inadecuada, es decir, no tenía idoneidad para alcanzar el fin que el legislador procuraba con su dictado. Ahora bien, tan importante como determinar correctamente cuáles fueron los medios empleados por el legislador para la obtención de los fines que procura alcanzar es, con carácter previo, la determinación de estos últimos. Un error sobre los fines viciará de manera irremediable el juicio de idoneidad, y, como consecuencia de ello, la aplicación de la proporcionalidad será indudablemente des acertada. El establecimiento de los fines está seguido de un juicio acerca de su constitucionalidad. Ya se ha dicho más arriba: sólo pueden perseguirse finalidades constitucionales. La mayoría de la Corte Suprema atribuyó a la ley cuestionada en el caso una finalidad de policía. Resultaba inevitable, desde esta perspectiva, la declaración de inidoneidad de la medida. Las dos disidencias, en cambio, y a nuestro juicio con acierto, dejaron claro desde el principio que la ley cuestionada era de naturaleza tributaria, y que con ella se procuraba disuadir a un grupo de

personas -quienes explotaban comercialmente los bosques misioneros- de que cumplieran sus obligaciones impositivas. Para el logro de esta finalidad las disposiciones de la ley sí que resultaban idóneas.

b) Crítica de las disidencias: la posibilidad del juicio de necesidad La Corte Suprema ha sostenido en numerosas ocasiones que no se encuentra dentro de sus facultades la de analizar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador (43). Bajo ese standard el Tribunal se ha resistido a la valoración de la necesidad o indispensabilidad de la legislación. "El verdadero razonamiento del Tribunal es éste: no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el elegido es no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin (...)" (44). No obstante esta expresa auto-restricción, hay numerosas ocasiones en las que el Tribunal, so capa de examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, juzgó acerca de su indispensabilidad (45). Las dos disidencias llevadas a cabo en el caso Irizar defienden la posición tradicional de la Corte. Luego de concluir, con acierto, que la medida cuestionada era idónea para alcanzar el fin que realmente se proponía el legislador mediante su dictado, renunciaron a compararla con otras medidas alternativas, a fin de comprobar si existía alguna igualmente eficaz pero menos restrictiva. Renunciaron, en una palabra, a aplicar el subprincipio de necesidad. El epígrafe siguiente estará dedicado a examinar la aceptabilidad de esta posición.

5. EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Desde nuestro punto de vista, la eliminación del subprincipio de necesidad -que más allá de sus idas y venidas, es la posición habitual de la Corte Suprema- constituye un grave desacierto. Justificaremos esta afirmación con cinco tesis o líneas de argumentación. Aunque las distintas tesis tienen independencia, existen entre unas y otras una cierta relación, según se verá.

5.1. LA TESIS DE LA OPERATIVIDAD Que las normas iusfundamentales son en principio operativas es algo que no se discute desde hace tiempo (46). De acuerdo con esta tesis, prescindir de la aplicación del subprincipio de necesidad atenta contra la plena operatividad de las normas iusfundamentales, al desentenderse el juez del grado en que ellas son respetadas y aplicadas por los restantes poderes.

5.2. LA TESIS DE LA "VERTIENTE POSITIVA" DE LOS DERECHOS La postura criticada trasluce una visión parcial de las normas iusfundamentales, propia de los inicios del constitucionalismo: aquella que sólo les reconoce un rol negativo, esto es, de resguardo contra las intromisiones en los derechos fundamentales de los órganos de gobierno -rol que la Corte defiende mediante el control de razonabilidad stricto sensu. Junto con esta vertiente, el constitucionalismo contemporáneo reconoce otra, a la que se suele denominar, por oposición, "vertiente positiva", de acuerdo con la cual los poderes públicos tienen no sólo un papel pasivo, sino también uno activo, de promoción de los derechos fundamentales (47).

La negación del subprincipio de necesidad constituye un desconocimiento de la vertiente positiva. En efecto, dadas las leyes A y B, y admitiendo que ninguna viola la norma iusfundamental 1, pero que A afecta a 1 más que B, la vertiente positiva ("el Estado debe promover la vigencia efectiva de las normas constitucionales") ordena preferir B a A, mandato que debe concretarse, en el caso del poder judicial, mediante el subprincipio de necesidad o alguna técnica análoga.

5.3. LA TESIS CONSECUENCIALISTA La eliminación del juicio de necesidad conduce -al menos en un buen número de casos- a dos alternativas igualmente indeseables: o bien transforma al principio de razonabilidad en un medio para justificar fuertes injerencias estatales en las normas iusfundamentales, lo que le haría perder buena parte de su sentido (48); o bien da lugar a sentencias en las que so capa de hacer uso del subprincipio de razonabilidad en sentido estricto se está juzgando en realidad acerca de la necesidad o indispensabilidad de la medida cuestionada (49).

La primera alternativa es inaceptable, puesto que atenta -al menos en casos extremos- contra la finalidad del conjunto de la teoría general de los derechos constitucionales. La segunda alternativa corre la misma suerte, puesto que constituye un modo de esconder detrás de razones formalmente impecables las premisas reales del razonamiento judicial, que no son explicitadas ni sometidas a discusión.

5.4. LA TESIS DE LOS PRINCIPIOS Una cuarta crítica tiene como base la conocida distinción estructural entre principios y reglas. La naturaleza de este trabajo impone la necesidad de argumentar aquí desde dos puntos de partida que no son verdaderamente tales, puesto que su explicación requeriría de un cierto desarrollo del que aquí se prescindirá (50). El primer punto de partida es el siguiente juicio de constatación: la mayor parte de las normas iusfundamentales son principios. El segundo punto de partida consiste en definir a los principios como prescripciones de optimización. Con esto quiere decirse, siguiendo parcialmente a R. Alexy, que el principio reconoce un derecho fundamental y prescribe, a la

vez, su optimización, tanto fáctica como jurídica. Estos dos puntos de partida permiten ensayar una argumentación cuya conclusión conviene adelantar: el principio de razonabilidad en su conjunto, incluido el subprincipio de necesidad, es una exigencia del carácter de principios que tienen las normas iusfundamentales. En efecto, como ha mostrado Alexy, de la optimización de las posibilidades fácticas se siguen tanto las máximas de adecuación como la de necesidad (51). Y en lo que a la máxima de necesidad se refiere, el razonamiento es como sigue. Dado el caso más simple de juicio de necesidad:

el Estado fundamenta la prosecución del fin F con el principio P1 o F es idéntico a P1 y existen, por lo menos, dos medios, M1 y M2, que son igualmente adecuados para lograr o promover F. M2 afecta menos intensamente que M1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, P2.

Bajo estos presupuestos, para P1 es igual que se elija M1 o M2. P1 no exige que se elija M1 en lugar de M2 o M2 en lugar de M1. Para P2 no es igual que se elija M1 o M2 (52). Pero P2 impone, por su carácter de principio, la optimización de sus posibilidades de realización fácticas y jurídicas. "Con respecto a las posibilidades fácticas, P2 puede ser realizado en una mayor medida si se elige M2 y no M1. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el supuesto de la validez tanto de P1 como de P2, sólo M2 está permitido y M1 está prohibido" (53).

La argumentación anterior permite concluir que la eliminación del subprincipio de necesidad constituye una negación del carácter de principios que tienen preferentemente las normas iusfundamentales.

5.5. LA TESIS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL COMO TAREA VALORATIVA La postura criticada es una consecuencia, quizá remota, pero consecuencia al fin, de una de las tesis más duramente cuestionadas del primer positivismo jurídico, el llamado "positivismo legalista". A saber, la tesis de la aplicación mecánica de las normas. En efecto, según N. Bobbio, el positivismo, "concibe la actividad de la jurisprudencia no como algo destinado a producir, sino a reproducir el Derecho, esto es, a hacer explícito con medios puramente lógico racionales el contenido de unas normas jurídicas dadas". Por tanto, "la tarea de la jurisprudencia no es la creación, sino la interpretación del Derecho". Y "la interpretación que, según el positivismo jurídico, es la actividad propia de la jurisprudencia, consiste en obtener, a partir de los signos contenidos en los textos legislativos, la voluntad que el legislador expresa por medio de tales signos" (54).

Si la actividad del juez se reduce a la de mero explicitador de la voluntad legislativa no cabe duda que le estará vedado, entre otras cosas, pronunciarse acerca de si la medida escogida por el legislador ha sido o no la menos restrictiva de los derechos constitucionales de entre las igualmente efectivas. Sin embargo, la teoría jurídica contemporánea reconoce, incluso desde posiciones iuspositivistas, que la tesis de la aplicación mecánica es insostenible (55). Incluso en aquellos casos en los que la interpretación parece más clara el juez debe enfrentarse a disyuntivas de las que sólo puede salir mediante elecciones (56), cuyo contenido valorativo es casi evidente (57).

Por otro lado, la propia Constitución contiene valoraciones vinculantes para el juez. Dichas valoraciones se traducen en principios. Y su operatividad depende, en buena medida, de que frente a dos medios para obtener un fin se escoja aquel que menos afecta los derechos en juego.

Resumiendo: a) el juez no debe -no puede- aplicar la ley mecánicamente. Las múltiples elecciones a las que debe enfrentarse no pueden eludirse sin valoraciones; b) la Constitución da pautas con contenido valorativo, muchas de las cuales significan algo si y sólo si a través de ellas puede encontrarse una guía para la selección de los medios a través de los cuales el Estado alcanzará sus fines. Debe asumirse, por tanto, que la tarea judicial tiene una dimensión valorativa insoslayable, sobre todo en el caso de los tribunales con jurisdicción constitucional.

5.6. RELACIONES ENTRE LAS DISTINTAS TESIS. LA TESIS DE LA AUTOCONTENCIÓN Las tesis expuestas en los epígrafes anteriores pueden ser agrupadas según el nivel del conocimiento jurídico en el que se ubican (58). Por niveles del conocimiento jurídico se alude aquí a las diversas perspectivas formales de conceptualización del conocimiento del Derecho, de acuerdo con su grado abstracción (59).

En el nivel prudencial o decisorio se encuentra la tesis de la operatividad de las normas constitucionales, que se opone al argumento o tesis de la no operatividad. Se halla también en este nivel la tesis de la función judicial como tarea valorativa, opuesta a aquella que la concibe como pura mecánica.

En el nivel casuístico se halla una de las vertientes de la tesis consecuencialista, opuesta a la tesis según la cual los

jueces pueden prescindir -y de hecho prescinden- de la aplicación del subprincipio de necesidad. Como se ha dicho, un análisis de la jurisprudencia de la Corte muestra que esto no es así en muchos casos. La otra vertiente de la tesis consecucialista tiene repercusiones en los niveles científico y iusfilosófico. En efecto, se trata de un argumento que se asienta sobre la necesidad de fundamentar las decisiones -nivel dogmático-constitucional- y de no encubrir las premisas reales del razonamiento -nivel iusfilosófico-.

En el nivel de la ciencia jurídica se encuentra, además, la tesis de los principios, que se opone a la tesis según la cual el ordenamiento constitucional es un sistema de reglas.

En el nivel iusfilosófico se sitúa la tesis de la vertiente positiva de los derechos constitucionales, opuesta a la que afirma que los derechos sólo obligan a omisiones por parte del Estado. También se encuentra en este nivel -además de en el nivel decisorio- la tesis de la función judicial como tarea valorativa.

La conexión de sentido entre las distintas tesis se encuentra dada por la orientación de todo el Derecho Constitucional hacia la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Es en este punto donde conviene tratar el argumento de la autocontención. Se trata de la tesis empleada generalmente por la Corte Suprema para no aplicar el subprincipio de necesidad. Su formulación habitual es como sigue:

"(.) los jueces tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia; si el más alto tribunal hace esto último, desplaza a los poderes políticos y se convierte en una "superlegislatura" (.)" (60).

Al argumento de la autocontención se oponen las cinco tesis expuestas precedentemente si se las considera desde su conexión de sentido. Desde este punto de vista puede verse con claridad la resistencia del Derecho Constitucional y de los derechos constitucionales a las versiones más extremas de la autocontención judicial. El argumento de la conexión puede ser llamado también argumento de la supremacía de los derechos constitucionales. La Corte argentina identifica el juicio que viene implicado por el subprincipio de necesidad con un juicio acerca de la conveniencia de la medida. Aceptar el argumento de la supremacía permite refutar esta última identificación; el juicio de necesidad es un juicio de constitucionalidad y no un juicio de conveniencia.

La autolimitación y, a fortiori, la identificación entre juicio de necesidad y conveniencia tienen al menos dos fundamentos. Por un lado, se persigue -paradójicamente- preservar el propio poder de la Corte (órgano de gobierno que, como sostenía Hamilton, carece de la bolsa y de la espada) (61). Por otro lado, con la autocontención se busca preservar la eficacia gubernamental, que podría verse en peligro con una "sobrejudicialización de los procesos de gobierno" (62). Ambos fundamentos deben ser fuertemente matizados si se los considera desde el prisma de la tesis de la supremacía. Con carácter general, la aceptación de esta última tesis conlleva la inaceptabilidad de consideraciones sistémicas tales como las propuestas por la jurisprudencia de la Corte argentina para rechazar la aplicación del subprincipio de necesidad. En otras palabras: la supremacía de los derechos se impone tanto frente a temores del desbordamiento de la propia función como frente a los peligros de ineficacia gubernamental. Aquí se defiende que la preservación del poder de la Corte y la eficacia del gobierno son sólo medios en relación con la finalidad más alta del constitucionalismo, a saber: la vigencia plena de los derechos fundamentales. Esta última, por tanto, no debe ser sacrificada en aras de aquellas.

No obstante lo anterior, existe un grado de autocontención saludable, y exigido por la propia Constitución al separar las funciones de los órganos de gobierno. De su ejercicio se derivan, entre otros, los principios de la presunción de constitucionalidad, de la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio, y aquel según el cual en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma debe estarse a favor de su constitucionalidad. Principios que, cabe apuntarlo, juegan de diversos e importantes modos en la aplicación del subprincipio de necesidad tal como aquí se la propone (63). Por otro lado, la vigencia de estos principios y la propia experiencia constitucional conducen a proponer una aplicación diferenciada de la necesidad -esto es, de mayor o menor intensidad- según que la norma enjuiciada sea de naturaleza legal o no, y según cual sea el derecho constitucional afectado. En efecto, el control debe ganar en intensidad cuando lo controlado es, por ejemplo, un decreto, y no una ley, o cuando están en juego los derechos constitucionales más elementales (p. ej., la vida o la salud), y no aquellos que por su propia índole necesitan una amplia regulación positiva (p. ej., el derecho de propiedad). Tan indeseable resulta la proscripción absoluta del subprincipio de necesidad como su aplicación desorbitada.

Si la supremacía de los derechos es la conexión de sentido, el topoi en el que comparecen los cinco argumentos expuestos no es otro que el caso concreto. Es allí donde se lleva a cabo la tarea de determinación del Derecho,

simultáneamente cognoscitiva y creadora, entre otras cosas mediante el "ir y venir de la mirada" judicial (64), desde los hechos a las normas y a los bienes, o dicho de otro modo, desde un nivel a otro del conocimiento jurídico.

CONCLUSIONES Resta enumerar las principales conclusiones a las que se ha ido llegando a lo largo del trabajo.

- El subprincipio de necesidad es el más controvertido de los tres que forman el principio de razonabilidad. Mediante él se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces.

- El subprincipio de necesidad es un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional, el fin buscado y otros medios hipotéticos.

- El subprincipio de necesidad presupone el juicio de eficacia; tras éste, requiere la elección de la medida necesaria, es decir, la determinación de cuál de las medidas igualmente eficaces restringe en menor medida las normas iusfundamentales en juego.

- El caso Irizar deja ver, de un lado, la importancia que tiene la determinación precisa de los fines que realmente persiguió el legislador con el dictado de la ley. Y, de otro, que la Corte Suprema considera que no debe aplicar el subprincipio de necesidad, limitando la aplicación de la razonabilidad a las dos dimensiones aludidas al comienzo del trabajo: el subprincipio de adecuación y el de razonabilidad en sentido estricto.

- La doctrina habitual de la Corte, negadora de la vigencia del subprincipio de necesidad, se enfrenta a múltiples dificultades. En efecto, las tesis de la operatividad de los derechos, de la vertiente positiva, consecuencialista, de los principios, de la función judicial como tarea valorativa y de la supremacía conducen todas a la misma conclusión: la postura de la Corte no es aceptable. Es deseable, por todo lo dicho, que el Máximo Tribunal argentino aplique íntegramente el principio de razonabilidad, sin rechazar ninguna de sus dimensiones.

- Los riesgos que entraña la aplicación del subprincipio de necesidad -el desbordamiento de la función judicial y la pérdida de eficacia de las decisiones- se eluden en buena medida con la aceptación de un cierto grado de autocontención. Y la medida en que no son eludibles viene justificada por la tesis de la supremacía de los derechos constitucionales.

Notas al pie:

* Este trabajo fue preparado como exposición para el seminario: "La Corte Suprema y el Derecho de los argentinos", que tuvo lugar en Buenos Aires durante los días 28 y 30 de septiembre de 1999, organizado conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Se encuentra publicado en E. D. 185-898.

** Profesor de Filosofía del Derecho (Universidad Austral). Correo electrónico: juan.cianciardo@fd.austral.edu.ar.

1) Cfr. DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992.

2) He abordado algunos de estos problemas en CIANCIARDO, J., "Los límites de los derechos constitucionales", Pamplona-Buenos Aires, pro manuscrito, 1999, *passim*.

(3) Se utilizará indistintamente el nombre de razonabilidad y proporcionalidad. Las diferencias entre uno y otro vocablo son poco importantes: "razonabilidad" tiene su origen en el Derecho anglosajón, y "proporcionalidad" en el Derecho europeo continental. Se ha afirmado, en este sentido, que los elementos del principio de proporcionalidad coinciden sustancialmente con los elementos del juicio de razonabilidad [cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, C. E. C., 1997, p. 22. Cfr., asimismo, DE LUCAS, J. y VIDAL, E., "Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales", en ÁLVAREZ CONDE, (ed.), *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 15-21]. El sustantivo "máxima" resulta más adecuado que

"principio", teniendo en cuenta el significado que este último término ha adquirido desde mediados del presente siglo, a partir de los trabajos de J. Esser, y especialmente en la década del 80', como consecuencia de la teoría de los derechos humanos de R. Dworkin. No obstante, siguiendo el uso habitual, emplearemos también indistintamente una y otra palabra; sobre la conveniencia de uno u otro vocablo, cfr. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994. Ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1a. reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112, nota 84.

(4) En efecto, de un modo u otro, la máxima de razonabilidad es aplicada en Estados Unidos, Argentina, Alemania, Gran Bretaña, España, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suiza; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Cfr., sobre este punto, SCHWARZE, J., *European Administrative Law*, Luxembourg, Sweet and Maxwell, 1992, pp. 680-702; EMILIOU, N., *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996, *passim*; AKEHURST, M., "The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Year Book of International Law* 1981, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 29-51, esp. p. 38-39; BOYRON, S., "Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?", *Oxford Journal of Legal Studies* 12, 1992, pp. 237-264; BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", R.A.P. 135, septiembre-diciembre de 1994, pp. 495-499; BERMANN, G. A., "The Principle of Proportionality", *The American Journal of Comparative Law* XXVI 1978, pp. 415-432; BRAIBANT, G., "Le principe de proportionnalité", en AAVV., *Mélanges offerts a Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1974, t. II, pp. 297-306; AUBY, J.-M., "Le contr le juridictionnel du degré de gravité d' une sanction disciplinaire", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, enero-febrero 1979, pp. 227-238; LINARES, J. F. Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina, Buenos Aires, Astrea, 1989, *passim*; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 293-326; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 111-112; WILLOUGHBY, W. W., *The Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis and Company, 1929; JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite al legislador", en R.E.D.C. 9, 1983, pp. 71-114, p. 72. Se ha dicho con acierto: "[el] parámetro de la racionalidad -problemática restauración de la racionalidad de la cultura jurídica medieval- puede reconocerse en la jurisprudencia constitucional de prácticamente todos los sistemas liberal-democráticos de nuestros días. Es, con todas las matizaciones que se quieran, la indagación por la razonable base de la diferenciación en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, la pregunta por la "justificación razonable" que se plantea el Tribunal Supremo Federal suizo, el criterio de "no arbitrariedad" que, siguiendo en buena parte la obra de Leibholz, emplea el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania o la regla de la *ragionevolezza*, elevada al rango de principio general del Derecho por el Tribunal Constitucional italiano desde su sentencia 81, de 1963. También entre nosotros el criterio de la 'razonabilidad' de las diferenciaciones normativas introducidas por el legislador ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, siguiendo, en parte, aquellas orientaciones jurisprudenciales" (JIMÉNEZ CAMPO, J., art. cit., p. 72). La importancia de la proporcionalidad es actualmente tan grande que se ha podido afirmar que es "el principio general más importante del derecho comunitario" (GÜNDISCH, J., "Allgemeine Rechtsgrundsätze und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof", *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung*, 1983, Baden-Baden, pp. 97 et seq., p. 108, cit. por SCHWARZE, J., op. cit., p. 677).

(5) Sobre el principio de proporcionalidad en Argentina, cfr. LINARES, J. F. Razonabilidad de las leyes, op. cit., *passim*. Cfr. los antecedentes en el derecho estadounidense en: WILLOUGHBY, WESTEL W., *The Constitutional Law of the United States*, op. cit. *passim*. Cfr. también los casos: *Davidson v. New Orleans*, 96 U.S. 97 (1877) y *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908).

(6) He abordado estos temas en profundidad en: CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, en prensa, cap. 4. Cfr., asimismo, CIANCIARDO, J., "La máxima de razonabilidad y el respeto de los derechos fundamentales", *Persona y Derecho* 40-41, Pamplona (1999), en prensa, *passim*.

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

(8) Aunque el Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, lo ha descrito de diversas maneras: "la medida no debe representar una carga excesiva para los afectados, la medida debe ser racional para los afectados o los límites de la

racionalidad deben ser garantizados". Con frecuencia se utilizan combinaciones de estas formulaciones. Cfr. GAVARA DE CARA, J. C., Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (...), op. cit., p. 309, con cita de BVerfGE 17, 306; 37,1; 30, 292; y 43, 79.

(9) Cfr. LEMASURIER, "Expropriation: "Bilan-cout-avantages"", en *Revue administrative* 32, 1979, pp. 502-505. Cfr., asimismo, EMILIOU, N., *The Principle of Proportionality* (...), op. cit., pp. 67-114, esp. pp. 92-95; AUBY, J.-M., "Le contr le juridictionnel (...)", art. cit., pp. 227-238; y, sobre todo, BRAIBANT, G., "Le principe de proportionnalite", en AAVV., *Mélanges offerts a Marcel Waline* (...), op. cit., t. II, pp. 297-306.

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

(11) STC 66/ 1995, FJ 5°.

(12) Cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., "La máxima de razonabilidad y el respeto de los derechos fundamentales", art. cit., *passim*.

(13) Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador* (...), op. cit., p. 129.

(14) Cfr. STC 66/1995, cit., FJ 5°. Para el Tribunal Constitucional alemán una medida es necesaria para la obtención del fin deseado cuando "otra igualmente efectiva pero sensiblemente menos restrictiva de un derecho básico no pudo haber sido elegida" (BVerfGE 30 S 292, p. 325. Asimismo, BVerfGE 38, 281, p. 302). Cfr. EMILIOU, N., *The Principle of Proportionality* (...), op. cit., p. 29, y GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo* (...), op. cit., p. 304.

(15) STC 178/1989, R.T.C. 1989-IV-265, FJ 5°.

(16) Por ello, hay quienes han sugerido que esta última no sea considerada como elemento independiente dentro de la máxima de proporcionalidad.

(17) Por ejemplo, el problema de la atribución de la carga de la prueba: ¿corresponde al actor o al Estado la aportación de medios alternativos? ¿O pueden los jueces examinarlos ex officio? (18) Ha dicho el Tribunal Constitucional, en este sentido: "(...) el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitada, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (...), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento" (SSTC 961/1994, 1125/1995 y 2736/1995 -acumuladas, FJ 8°. Cfr., asimismo, SSTC 66/1985, R.T.C. 1985-I-728, FJ 1°; 19/1988, R.T.C. 1988-I-218, FJ 8°; 50/1995, R.T.C. 1995-I-533, FJ 7°).

(19) Esta posición es la de J. C. Gavara de Cara, quien ha escrito: "el mínimo de intervención se vincula a una escala en la que las distintas medidas igualmente adecuadas son ordenadas en virtud del grado de carga para el afectado. El principio de necesidad puede implicar que se elija el medio que menos perjudique a los afectados y a la generalidad al mismo tiempo. Este criterio permite deducir la insuficiencia de las anteriores reglas de decisión, ya que presupone que las medidas que menos perjudiquen a los individuos también son las que perjudican menos a la generalidad. Sin embargo, esta situación ideal no siempre se cumple, ya que es posible la existencia de normas que perjudiquen menos a la generalidad, pero que impliquen una mayor carga para los individuos. Se hace necesaria la existencia de dos escalas:

una, en relación a los perjuicios de los afectados y, otra, en relación a los perjuicios de la generalidad. Cuando una medida sea adecuada desde el punto de vista de ambas escalas se podrá determinar el mínimo de perjuicio" [GAVARA DE CARA, J. C., Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (...), op. cit., pp. 306-307].

(20) Aunque hay casos que, al menos aparentemente, no presentan mayores dificultades. V. gr., el juicio de necesidad sobre una ley expropiatoria. El Tribunal Constitucional alemán tiene dicho sobre el tema que: "la expropiación no será necesaria cuando la finalidad perseguida pueda ser alcanzada por cualquier otra forma menos lesiva para el derecho de propiedad, como, por ejemplo, mediante un contrato de compraventa, una carga real o incluso un contrato forzoso" [cfr. la referencia en: BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad (...)", art. cit., p. 514].

(21) Se establece en el art. 56 de la ley 854 de Forestación: "[l]os productos forestales no podrán ser transportados fuera del lugar de extracción o apeo sin: a) estar marcados o individualizados, y b) sin las correspondientes guías parciales, expedidas por la Dirección General de Bosques, que tendrán carácter de documento público" (A.L. 1977-B, pp. 1904-1913).

(22) En la ley 2256 se dispone textualmente lo siguiente: "[l]a Dirección General de Bosques y Forestación, para dar curso a las solicitudes de guía forestal, que presenten los interesados en explotaciones madereras, requerirá la acreditación en forma fehaciente que se han abonado las tasas municipales e impuestos provinciales, que afectan a las tierras donde se realiza la explotación, sin cuyo requisito no se dará curso a petición alguna (...)" (cfr. el dictamen del Procurador General de la Nación in re: Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, sentencia del 12 de diciembre de 1996, VII. Ha sido publicado en L.L., diario del 7 de mayo de 1997, pp. 11-13).

(23) Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., voto de la mayoría, I, p. 12.

(24) Cfr. ibidem.

(25) La mayoría estuvo integrada por los jueces Nazareno, Belluscio, Petracchi, López y Bossert.

(26) Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., voto de la mayoría, cons. 4, p. 12.

(27) Idem, cons. 5, p. 12. Con cita de [Cerro Castillo S.A. c/ Prov. de Chubut s/ repetición](#), Fallos 310:2443 (1987).

(28) Idem, cons. 7, p. 12.

(29) Idem, cons. 8 y 9, p. 12.

(30) Fue suscripta por los jueces Moliné O'Connor, Fayt y Vázquez.

(31) Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., disidencia de los jueces Moliné O'Connor, Fayt y Vázquez, cons. 3, p. 13. La afirmación es reiterada más adelante con estas palabras: "(...) el único punto a considerar es la constitucionalidad de la exigencia de acreditar el pago de los tributos, contenida en la disposición cuestionada como requisito para la expedición de las guías forestales" (cons. 4).

(32) Con cita de la sentencia dictada en la causa Provincia de Santiago c/ Y.P.F. -Sociedad del Estado-, S.152.XXII. (1993). Cfr. Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., disidencia de los jueces Moliné O'Connor, Fayt y Vázquez, cons. 5, p. 13.

(33) Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., disidencia de los jueces Moliné O'Connor, Fayt y Vázquez, cons. 6, p. 13.

(34) Idem, cons. 8, p. 13; con cita del precedente de Fallos 306:655.

(35) Se refiere a los derechos de comerciar, al libre tránsito y al libre comercio interprovincial, consagrados en los arts. 9, 10, 11, 14 y 67 inc. 12 de la Constitución Nacional (texto anterior a la reforma de 1994). Cfr. Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., disidencia del juez Boggiano, cons. 5, p. 13.

(36) Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., disidencia del juez Boggiano, cons. 5, p. 13.

(37) Se trata de los casos Urrutia Hnos. S.C.A. c/ Prov. de Misiones, Fallos 298:341 (1977) y L.L. (A.) 1977-D-600; y Transportes Vidal S.A. c/ Provincia de Mendoza, Fallos 306:516 (1984) y L.L. (A.) 1984-C-225; J.A. 1984-III-153; E.D. 109-520.

(38) Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., disidencia del juez Boggiano, cons. 6, p. 13.

(39) Idem, cons. 7, p. 13.

(40) Idem, cons. 8, p. 13.

(41) Idem, cons. 9, p. 13.

(42) Idem, cons. 10, p. 13, reiterando la cita del precedente de Fallos 306:655.

(43) Ha dicho la Corte, entre numerosísimos casos: "el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues como se afirmó en Fallos 171:348 y se recordó el Fallos 199:483, el Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecen impuestos o tasas" [Cine Callao, Fallos 247:121 (1960)]. Y también: "[e]l acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces" [Cook, Carlos Augusto Vocal Cámara de Apelaciones del C. del Uruguay s/ amparo, C. 557. XXII. (1990)]. Cfr. opiniones análogas en los siguientes casos: Avegno c/ Pcia. de Buenos Aires, Fallos 14:425 (1874); Hileret y Rodríguez c/ Pcia. de Tucumán, Fallos 98:20 (1903); Banco Hipotecario Nacional c/ Pcia. de Córdoba, Fallos 112:63 (1909); Ercolano c/ Lanteri, Fallos 136:161 (1922); Jewish Colonization Association c/ Pcia. de Santa Fe, Fallos 147:402 (1926); Gallino, Fallos 160:247 (1931); Compañía Swift de La Plata, etc. c/ Gobierno de la Nación, Fallos 171:348 (1934); Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes, Fallos 199:483 (1944); Degó, Fallos 242:73 (1958); Federación de Obreros, etc. c/ S. A. Flaiban, Fallos 244:309 (1959); Rendon c/ Siam di Tella, Fallos 251:53 (1961); López Villanueva, Fallos 256:235 (1963); Muñiz Barreto de Álzaga c/ Destéfanis, Fallos 270:374 (1968); Grosso, Bartólo c/ San Sebastián S.A.C.I.F.I.A. s/ cobro de pesos, G. 240. XXII. (1990); Logitex S.A. s/apelación ley 11683, L. 56.XXIV. (1993), voto del juez Boggiano; Incidente de excarcelación promovido en favor de Mario Eduardo Firmenich, I. 74. XXI. (1987), voto del juez Carlos S. Fayt; Gamberale de Mansur, María Eugenia c/ UNR. s/ nulidad de resolución, G. 21. XXII. (1989); Stegemann, Oscar Antonio s/ apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, S. 204. XXII. (1989), disidencia del juez Carlos S. Fayt; Maulhardt, Juan H. y Cía. S.A. s/ apelación clausura Dirección General Impositiva, M. 14.XXIV. (1993), voto del juez Antonio Boggiano; Productos La Vascongada S.A. s/ ley 11683, P. 25.XXIV. (1993), voto del juez Antonio Boggiano; Partido Justicialista Santiago del Estero s/incompetencia, P. 431.XXIV. (1993); Dos Arroyos SCA c. Dirección Nacional de Vialidad s/nulidad de acto, D. 135.XXII. (1993); Carbonaro, Raúl c/ Secretaría de Justicia, C. 394. XXII. (1988); Wortman, Jorge Alberto y otros s/ apelación clausura (Dirección General Impositiva), W. 6.XXIV. (1993), disidencia parcial del juez Antonio Boggiano; sentencia del 28 de julio de 1987, E.D. 124-569, voto del juez Carlos S. Fayt; Montalvo Fallos 313:1333 (1990), cons. 8 y 9 del voto de la mayoría. Un ejemplo lo brinda el caso Peralta. El voto mayoritario, al plantearse como requisito de la constitucionalidad de las medidas de emergencia que ellas debían ser limitadas en el tiempo [cfr. Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-) (1990), E.D. 141-519, voto de la mayoría, cons. 40], estaba obligado a examinar, consecuentemente, si el canje de los depósitos a plazo fijo por bonos públicos a diez años cumplía efectivamente con ese requisito. Este examen no fue llevado a cabo, lo que revela una incoherencia difícilmente justificable. Una crítica al Tribunal por no considerar "alternativas menos restrictivas" en el comentario al caso Peralta de

G. A. Kaufman. Cfr. KAUFMAN, G., A., "Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso Peralta", E.D. 146-666, esp. pp. 678-679.

(44) LINARES, J. F. Razonabilidad de las leyes (...), op.cit, pp. 138-139. Sobre la situación del juicio de necesidad en Estados Unidos (the least drastic means test), cfr. BERMANN, G. A., "The Principle of Proportionality", art. cit., pp. 430-432. Este autor concluye que el derecho estadounidense, tal como lo interpreta la Suprema Corte, no requiere que en todos los casos el gobierno elija la medida menos drástica para los derechos fundamentales (cfr. p. 432).

(45) Cfr. los casos: Destilería Franco-Argentina c/ Gobierno de la Nación, Fallos 132:402 (1920); Jewish Colonization Association c/ Pcia. de Santa Fe, Fallos 147:402 (1926); Guardian Assurance Co. Ltd. c/ Gobierno Nacional, Fallos 150:89 (1927); Gallino, Fallos 160:247 (1931); Fernández Orquín c/ Ripoll, Fallos 264:417 (1966).

(46) Quizá debería llevarse a cabo alguna matización para el caso de las normas iusfundamentales que reconocen los llamados "derechos económicos, sociales y culturales". Al respecto cfr. SERNA, P., "Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo", Humana lura 7, 1997, pp. 265-288.

(47) Vertiente que en el caso argentino, además, recibe una consagración, al menos implícita, en el "Preámbulo" de la Constitución Nacional donde se declara como objetivo a cumplir por los representantes del pueblo la promoción del "bienestar general" -dentro del cual quedan incluidos, evidentemente, los derechos fundamentales. Cfr. un desarrollo interesante, aunque no completo puesto que está referido sobre todo a la garantía del contenido esencial, en MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., La garantía del contenido esencial (.), op. cit., pp. 75-96, (48) Cfr. este aspecto concreto de la crítica en KAUFMAN, G., A., "Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso Peralta", art. cit., esp. pp. 678-679; HULSEBOSCH, "The New Deal Court, Emergence of a new Reason", Columbia Law Review 90, 1990, pp. 1983 et seq.

(49) Cfr. los casos citados en n. 45. Cfr., asimismo, el "Dictamen del Procurador General" en el caso Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones, cit., cons. VI, 2do. párr., VIII, 3er. párr., y IX, 3er. párr. Aunque el Procurador parte de negar que el examen de constitucionalidad incluya un juicio sobre la "eficacia de los medios arbitrados" y a fortiori, sobre su indispensabilidad, no resulta sencillo escindir en casos como Irizar entre razonabilidad stricto sensu y necesidad. Una prueba de ello es este dictamen. Un ejemplo similar se puede ver en el caso Montalvo, cit., en el cual, como es sabido, se enjuició la constitucionalidad el art. 13 de la ley 23.737, que tipifica penalmente la tenencia de drogas para consumo personal. La mayoría de la Corte comienza sosteniendo 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 pueda 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 (.), 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 alcanzarlos" (cons. 8). A pesar de esta declaración "metodológica", a lo largo de todo este voto se enjuicia la idoneidad del medio empleado por el legislador (la tipificación de la tenencia) para alcanzar el fin propuesto (la represión del narcotráfico); cfr. cons. 12, 14, 15, 16, 17, 18 y passim. Otro tanto ocurre en la disidencia del juez Petracchi. Cfr., p. ej., el cons. 6.

(50) Sobre la distinción entre principios y reglas, y el carácter principal de las normas constitucionales, cfr. CIANCIARDO, J., El conflictivismo en los derechos fundamentales, op. cit., cap. 3, epígrafes 2.3 y 2.4. Cfr., asimismo, CIANCIARDO, J., "La Corte Suprema y el constitucionalismo de principios: una aplicación", en El Derecho, diario del 10 de junio de 1999, y la bibliografía citada en ambos trabajos.

(51) Cfr. ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 113.

(52) Cfr. idem, pp. 112-113.

(53) . Idem, p. 113.

(54) BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, Turín, Giappachelli, 1979. Trad. de R. de Asís y A. Greppi: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho* reunidas por el doctor Nello Morra, Madrid, Debate, 1993, pp. 216-217.

(55) Como admite el propio Kelsen. Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, octava ed., México, Porrúa, 1995. Se dice allí: "[s]i hubiera que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales y órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra" (p. 354).

(56) Para una muestra contundente de que esto es así, cfr. LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1995, cap. I.

(57) Aunque Kelsen no lo diga expresamente, aceptar la existencia de elecciones conlleva la aceptación de valoraciones. Sin embargo, como es sabido, para el fundador de la escuela de Viena no existe racionalidad en el ámbito de la praxis. Cfr. al respecto, p. ej., KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp. 79-82. Una concepción de este tipo conduce a una separación completa entre Derecho y justicia: "[e]n esto reside esencialmente la pureza de la teoría pura del derecho: ella quiere ser sólo ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional" (KELSEN, H., *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1993, p. 53).

La necesidad de valoraciones se hace particularmente evidente en el Derecho Constitucional. Cfr. sobre este punto, p. ej., ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1997, pp. 120-126, y *passim*.

(58) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, J.M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, *passim*.

(59) Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 591-609. Se dice allí: "[c]uatro son los niveles del conocimiento de la realidad jurídica que, de acuerdo con la doctrina filosófica-jurídica más reciente, podemos señalar: el nivel fundamental, el científico o ciencia jurídica en sentido estricto, el casuístico y el prudencial. De estos cuatro niveles, sólo los dos primeros son ciencia en sentido propio (conocimiento por las causas con validez general). La diferencia entre el nivel fundamental y el científico reside en que el primero se mueve en el plano de la abstracción ontológica, mientras el segundo opera dentro de un nivel de abstracción fenoménica" (p. 596).

(60) Montalvo, cit., voto de la mayoría, cons. 9. Cfr. formulaciones análogas, aunque no siempre referidas al subprincipio de necesidad, en Gómez Díez, Ricardo y otros c/ P. E. N. y Congreso de la Nación, G.405.XXXIII, sentencia del 31 de marzo de 1999, voto de la mayoría, cons. 18; Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, F.100.XXXV, sentencia del 19 de agosto de 1999, voto de la mayoría, cons. 16; y los casos citados en n. 43.

(61) Cfr. OYHANARTE, J., "Historia del Poder Judicial", *Todo es Historia* 61, mayo de 1972, p. 90.

(62) Gómez Díez, Ricardo y otros c/ P. E. N. y Congreso de la Nación, cit., cons. 18.

(63) Cfr., *ut supra*, epígrafes 2 y 3.

(64) Se trata de la conocida fórmula de Karl Englich. Cfr. ENGICH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1943, p. 15.