

## EL CONTROL DE RAZONABILIDAD, PAUTAS DE REVISION

SUSANA G. CAYRANO \*

### I. INTRODUCCION

En un tiempo durante el cual el sistema republicano necesita fortalecerse mediante el redescubrimiento de los valores que lo animan, no podemos dejar de reflexionar acerca de la cuota de responsabilidad que le cabe a la función judicial respecto a la internalización de los principios democráticos. Desde ya, participamos de la convicción de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en su carácter de «cabeza» de una de las funciones de gobierno— combina en su accionar las características de un tribunal político y de un tribunal jurisdiccional.

Resulta ingenuo, o hipócrita, negar que cada resolución del Superior Tribunal descansa sobre una decisión política, que variará su intensidad y/o explicitación según los supuestos en juego.

Cuando el Juez Marshall se pronunció en el caso «*Marbury v/Madison*»<sup>1</sup> parece haber tenido muy claro lo que signifi-

\* Prof. Adjunta (R) de Derecho Constitucional (Cátedra Alberto A. Spota) a cargo con carácter de Titular del curso «Bases Constitucionales del Derecho Privado» - C.P.O. Facultad de Derecho U.B.A.

Prof. Adjunta de la materia Derecho I en la Universidad de San Andrés.

<sup>1</sup> *Marbury v/Madison*. 1. Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803), en *Constitución y Poder Político*, Miller-Galli-Cayrano, Ed. Astrea, 1987, T. I, pág. 5.

caba, para el poder judicial en general y para la Suprema Corte de Justicia en particular, defender la cuota de poder político que la estructura constitucional había reservado para el poder menos representativo pero —en la filosofía política jurídica de los constituyentes— el que mayor independencia podía alcanzar.

En aras de tal objetivo rescató para los jueces el control de constitucionalidad. Luego, la Constitución es lo que los Jueces dicen que es.

Entonces, el gran interrogante es de qué modo garantiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación —y el Poder Judicial en su totalidad— la efectividad y vigencia de la axiología de la Constitución Nacional en cada oportunidad en que es llamada a ejercer su control político jurisdiccional.

## II. EL BUENO PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DIGNOMINADA

La cuestión constitucional clave a resolver parece centrarse en las relaciones entre: derechos individuales, poder reglamentario del Estado y control judicial.

El art. 14 de la Constitución Nacional dispone que: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...», sentando un principio general que nos indica que no hay derechos que sean absolutos en su ejercicio o, lo que es lo mismo, que los derechos se ejercen dentro del marco establecido por la ley, único instrumento idóneo para limitar la convivencia en sociedad.

Este principio general está dirigido al hombre dentro del sistema y encuentra su correlato en lo dispuesto en la última parte del art. 19 de la Constitución Nacional que dispone: «...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Esto significa que para el individuo la capacidad para actuar es la regla y la incapacidad la excepción.

No hay duda que la necesidad de algún principio para limitar el ejercicio de los derechos es fácil de demostrar pero, ¿es suficien-

te garantía para el hombre y su libertad —traducida en la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la norma base— disponer que la ley constituye el marco de tal ejercicio? ¿Es suficiente exigir, jurídicamente, que se cumplan un conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos para sostener que una ley, decreto, sentencia o resolución administrativa, en la que se regula la libertad individual, es válida?

El art. 28 de la Constitución Nacional establece que, además de mecanismos formales para controlar el ejercicio del poder, es necesario un control del contenido sustantivo de las normas. Dice: «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio». Idéntica limitación está consignada para los decretos, en la disposición del art. 86, inc. 2° de la C.N.

El juego de las normas constitucionales indicadas configura la garantía inominada del debido proceso legal. Esta garantía reconoce, pues, dos aspectos: a) *el debido proceso adjetivo*, que hace a la faz procesal y constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos y b) *el debido proceso sustantivo* que hace al contenido de fondo de las normas y que permite analizar si la restricción es axiológicamente compatible con la filosofía del sistema y ha sido establecida dentro del marco de facultades de los respectivos órganos.

Cada uno de los aspectos reseñados resguardan, respectivamente, los principios de legalidad y razonabilidad.

Ahora bien, ¿es posible imaginar una Constitución que no requiriese el control de constitucionalidad de la sustancia de la ley, y que sólo se conformara con revisar sus aspectos formales?

Si tenemos en cuenta los antecedentes iusnaturalistas de la Constitución, y especialmente los de su declaración de derechos y garantías, ¿no está implícito que estos tienen que ser interpretados y protegidos por los tribunales? ¿Es posible el ejercicio efectivo de la función moderadora del Poder Judicial sin el control sustantivo?

Según el profesor Juan Francisco Linares: «...la garantía del

debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción establece dicho acto...<sup>1</sup>

Este tipo de análisis, que se ha convertido en el eje del control por parte de los tribunales, distingue dos aspectos: el primero destinado a precisar si el fin de la legislación es legítimo; el segundo destinado a establecer la existencia o no de un vínculo razonable entre el medio elegido y el fin propuesto.

El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Si bien en ambos países esta garantía puede ser considerada como el instrumento apropiado para la protección de los derechos, los jueces norteamericanos pocas veces la invocan para interpretar y proteger derechos constitucionales específicos. En cambio, si recurren a ella, para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de libertad. Como ejemplo puede citarse el caso *Griswold v Connecticut*<sup>2</sup> en el cual se utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad. (Invocación de las enmiendas IX y XIV de la Constitución de los Estados Unidos). Es utilizada como una garantía general contra la acción arbitraria y es invocada cuando no hay norma constitucional específica. Cuando el derecho afectado es de los enumerados, la Corte estadounidense siempre evalúa la restricción a ese derecho a la luz de las reglas de interpretación que su jurisprudencia ha ido desarrollando al respecto.

<sup>1</sup> Linares, Juan F., *Reserva Política y de los Derechos. El "debido proceso" como expresión incorporada en la Constitución Argentina*, 2 Ed. Bs. As., Astrea, 1970, págs. 16

<sup>2</sup> *Griswold v Connecticut* 381 - U.S. 479, 1965, en *Constitución y Derechos Humanos*, Milker-Gelii-Cayuso, Ed. Astrea, 1981, Tº I, pág. 208. Del Justo Harlan voto: "...En mi opinión, la pregunta constitucional apropiada en este caso es estatuto de Connecticut infringe la cláusula del debido proceso de la enmienda porque viola valores básicos implícitos en el concepto de "libertad ordenada..." , p

El control de razonabilidad es, pues, el instrumento que posee el poder judicial para fijar los alcances del ejercicio del poder de policía. Lo importante, entonces, es tratar de identificar qué tipo de «estándar» utiliza la Corte para determinar si un derecho constitucional ha sido o no violado.

Uno de los grandes desafíos legales es darle al concepto de razonabilidad un contenido que nos permita elaborar métodos de análisis —para este tipo de control— de mayor intensidad.

### III. PAUTAS DE CONTROL DE RAZONABILIDAD — TIPO DE ANÁLISIS

Al exigirle al control de razonabilidad una mayor intensidad a través de pautas más precisas, debemos preguntarnos ¿cuál es el límite a la capacidad de la Corte para revisar la legislación de manera de no invadir zonas del Poder Legislativo exentas de fiscalización judicial? ¿Sobre qué aspectos de la ley se realiza o puede realizarse el control? ¿Qué pautas pueden utilizarse para verificar el cumplimiento del debido proceso sustantivo? Al realizar el control de razonabilidad ¿distinguen los tribunales entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales? ¿Es ajustado a la filosofía político-jurídica del sistema que la Corte aplique el mismo tipo de análisis tanto en supuestos en los cuales están en juego derechos fundamentales, como en aquellos donde no lo están?

Siguiendo, como ya lo hicéramos antes, al profesor Juan Francisco Linares<sup>4</sup> podemos distinguir dos especies de razonabilidad jurídica: la de la ponderación y la de la selección. Casi cualquier norma puede ser analizada en ambos aspectos.

En efecto, cuando el legislador se dispone a reglamentar determinados derechos debe, necesariamente, evaluar las circunstancias fácticas —que son las que lo motivan a dictar la norma— los fines que tiene en mira y los medios de los que se va a valer para alcanzarlos.

Para revisar cada uno de estos aspectos no puede dejar de

<sup>4</sup> Linares, Juan Francisco, *Conf. obra citada*, págs. 114-118.

ponderar las implicancias que rodean a cada uno de ellos, las alternativas posibles y, finalmente seleccionar; todo ello merituando y balanceando la equivalencia entre los hechos, derechos, valores e intereses en juego.

Nos parece que en esta tarea se puede distinguir la interrelación entre la ponderación y la selección.

Ahora bien, entendemos que el análisis de estos dos aspectos debe efectuarse de modo tal que resulte resguardado el principio de libertad dentro del sistema o, lo que es lo mismo, en contra de las excesivas limitaciones al mismo.

La razonabilidad ponderativa de la ley indica que para obtener ciertos fines, que se aprecian como valiosos, se utilizan ciertos medios. Entonces, debemos suponer que el legislador considera que el medio elegido satisface el objetivo propuesto.

El control debería determinar si existe una relación de causalidad entre motivos, fines y medios. Dicha relación de causalidad parece ser la condición para reconocer la existencia de proporción entre los medios y los fines.

En lo que hace a la razonabilidad en la selección, y conforme lo expuesto, consideramos que la misma puede ser analizada no sólo respecto del criterio por el cual se dispone afectar los derechos de algunas personas y/o grupo y/o situación en forma distinta, sino que puede ser aplicada a la elección de medios.

De manera tal que, conforme el tipo de análisis que se adopte, podemos concluir sosteniendo:

a) Que el poder judicial sólo puede efectuar un control entre medios y fines. La eficacia dependerá del criterio o pauta a la que se recurra para establecer la relación entre ambos extremos. La eficacia resulta —a nuestro entender— directamente ligada a la mayor o menor intensidad de la revisión.

b) Que el poder judicial nunca puede cuestionar el criterio de selección que encierra la norma, entendiendo la selección como elección de personas, grupos o situaciones y, también de medios.

Pareciera que aceptar estos dos presupuestos como únicas alternativas significa transar con una revisión de razonabilidad meramente formal e insuficiente.

#### IV. GRADOS DE INTENSIDAD DEL CONTROL.

Previo a plantear pautas o criterios para efectuar el control de razonabilidad, es conveniente recordar algunos principios generales enunciados por nuestra Corte Suprema cuando se aboca al control de constitucionalidad.

Al respecto, y recurriendo a una apretada síntesis, podemos señalar que:

a) El Estado, en cumplimiento de la primera parte del art. 14 de la Constitución Nacional, tiene facultad para restringir el ejercicio de los derechos. El principio constitucional es que el ejercicio de aquellos no es absoluto sino relativo.

b) La ley es el instrumento idóneo para la reglamentación de los derechos y garantías reconocidos. (Conf. art. 14 y 2da. parte del art. 19 C.N.).

c) Esa facultad de restricción a los derechos individuales será más o menos amplia de acuerdo al criterio de poder de policía en que se enrola la Corte.

No parece haber duda que a partir de 1922 la Suprema Corte adopta el concepto amplio de poder de policía y, en consecuencia, enfrenta—de alguna manera— los derechos individuales a los de bienestar general y/o bien común. Sin embargo olvidó interrogarse acerca de cómo mantener el necesario equilibrio entre la ampliación de facultades a los poderes esencialmente políticos y la función del poder judicial. El espíritu del sistema republicano nos indica que a mayor poder mayor control.

d) Es función del poder judicial en general—y del Superior Tribunal en particular— revisar si la reglamentación ha excedido el marco constitucional—interpretado conforme los presupuestos que sintéticamente expusieramos en los puntos 1 a 3—.

Para ello aplicará el control de razonabilidad—debido proceso sustantivo— cuyo fundamento es el art. 28 de la Constitución Nacional.

e) La Suprema Corte ha elaborado determinados subprincipios acerca de su propia capacidad para controlar actos de los otros poderes. En este sentido, ha explicitado que carece de facultades para revisar el mérito, oportunidad y conveniencia de la ley. Lo

contrario implicaría la violación a un caro principio del sistema: la división de poderes.

f) Luego, el control sólo puede efectuarse alrededor de la proporcionalidad entre los medios y los fines.

Es en torno a este último aspecto que aparece una de las mayores dificultades. En efecto ¿qué significa enunciar que el medio es proporcional al fin? ¿Elaboró la Corte alguna pauta objetiva que permita, en cada supuesto, caracterizar la proporcionalidad? El término «proporcional» ¿está identificado con la necesidad de relación causal entre medios y fines? ¿Ha analizado el tribunal los términos de esa causalidad? ¿Resulta suficiente —para lograr un adecuado resguardo del debido proceso sustantivo— sostener que el medio elegido es proporcional tan sólo porque los fines de la norma aparecen como aceptables en el contexto de las circunstancias de hecho que ponderó el legislador?

Nuestra impresión es que durante muchos años la Corte no contestó satisfactoriamente estos interrogantes. La consecuencia ha sido un débil control de razonabilidad y, por lo tanto, un inadecuado resguardo al debido proceso sustantivo.

A partir de algunos fallos relativamente recientes, la Suprema Corte ha introducido algunos elementos de análisis que permiten aplicar una revisión más intensa y que pueden ser útiles para elaborar una estrategia que obligue al poder judicial a un control más estricto. Volveremos más adelante sobre el punto, indicando algunos ejemplos.

#### IV. 1. EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Resulta útil e interesante conocer —en una primera aproximación al tema— algunas de las pautas de revisión que ha elaborado la Corte de Justicia de los Estados Unidos. La intensidad de tales pautas dependerá de que los jueces consideren que se encuentra involucrado un derecho fundamental, de que exista o no norma constitucional expresa y del interés estadual en juego.

Veamos algunas de las elaboradas para aquellos supuestos en los cuales se plantearon cuestiones de discriminación y fue invocada la garantía de igualdad.

a) *Análisis de revisión estricta con una presunción casi irrefutable de inconstitucionalidad.*

Esta pauta ha sido elaborada para revisar cuestiones en las que se invocaba discriminación racial, según su explicitación la segregación fundada en motivos de raza priva a los sujetos involucrados de la igual protección de la ley, garantizada por la enmienda XIV (último párrafo). Esta disposición expresa hace innecesaria cualquier discusión sobre si la segregación viola o no la garantía del debido proceso, también amparada por la misma enmienda al enunciar: «...Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico...».

Extraemos como conclusión que cualquier tipo de segregación racial es, a priori, violatoria del principio de igualdad. La cláusula de «igual protección» de la enmienda XIV sirvió de parámetro expreso para efectuar un escrutinio rígido sobre aquellas normas que contenían clasificaciones raciales. Tal tipo de escrutinio parece indicar que toda vez que se halle en juego la cláusula de «igual protección» es necesario analizar el criterio de selección y no sólo de ponderación del legislador.

Conforme esta pauta, los objetivos del legislador resguardando el interés del Estado nunca podrían sustentarse en aspectos raciales<sup>4</sup>.

De esta manera, en aquellos casos en que a la Corte de los Estados Unidos le tocó resolver cuestiones relacionadas con cuotas o cupos reconocidos por la ley a minorías desprotegidas, sostuvo que el escrutinio estricto que el Poder Judicial debe utilizar para analizar si una cuota reparatoria es constitucional debe constar de dos partes. Primero, debe existir prueba sólida de que el

<sup>4</sup> *Conférence fallon: "Brown v. Board of Education" (I. Regla Constitucional; II. Implementación); "Loving v. Virginia"; Regents of University of California v. Bakke; en Constitución y Derechos Humanos, Miller-Galli-Cayuso... etc., págs. 154-155.*

legislador recurrió a ella con el objeto de subsanar una limitación de participación, de esa minoría ocasionada por una discriminación del pasado.

Segundo, la cuota establecida debe guardar una estricta relación con la reparación buscada.

En conclusión, el Tribunal norteamericano ha elaborado el criterio de que las categorías formuladas por el legislador con fundamento en diferencias raciales, merecen el calificativo de sospechosas «a priori», pues han surgido de un concepto discriminatorio y, por lo tanto, motivan una presunción —difícil de refutar— de ser violatorias del principio de igualdad.

#### b) *Análisis intensivo*

Esta regla de revisión puede sintetizarse del modo siguiente: el legislador tiene facultad para reglamentar sobre personas, grupos y/o situaciones siempre que se funde en un criterio de diferenciación que tenga una vinculación sustantiva y justa con el propósito de la ley.

En este supuesto ya no se habla de categoría sospechosa, sino que se trata de revisar el interés concreto del Estado para regular una situación determinada y la relación entre dicho interés y la restricción impuesta.

Vemos, pues, que el control recae sobre el interés gubernamental que motivó la norma y el nexo existente entre el medio elegido y el logro del fin propuesto.

La decisión del caso radica en determinar si el medio adoptado tiene una relación razonable y sustancial con el objetivo perseguido. No parece ser suficiente sostener que el fin es legítimo sino que es imprescindible que quede demostrado que era imperioso para el Estado recurrir a esa clasificación o restricción para obtenerlo.

Pareciera que la Corte norteamericana recurre a este tipo de análisis en casos en los cuales utiliza la garantía general del debido proceso sustantivo para fundar derechos no enumerados o cuando se encuentra cuestionada la cláusula de igual protección por reglamentaciones que no son «a priori» sospechosas pero que

deben ser sometidas a una revisión crítica a los efectos de demostrar la relación entre intereses estaduales y medio seleccionado.<sup>4</sup>

#### IV. 3. EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Nuestra Corte Suprema al ejercer el control de razonabilidad ha recurrido —casi en forma constante— a un mero análisis de medios a fines. Análisis que ha aplicado con absoluta independencia de los derechos constitucionales involucrados. En la práctica, según nuestra opinión, tal regla de revisión se ha limitado a enunciar que ante un fin legítimo —expuesto por el legislador— el medio elegido resultaba proporcional o razonable.

Nos parece que tal regla no tiene contenido y, en consecuencia, no nos permite conocer qué extremos serán considerados a los efectos de realizar un cuestionamiento crítico.

Sin embargo, en jurisprudencia de hace algunos años, podemos identificar algunas señales que nos muestran que el Tribunal argentino comenzó a incorporar matices al control de razonabilidad, con el propósito de intensificar el escrutinio.

##### a) *Análisis clásico de medios a fines pero con un control más intenso de la relación de causalidad.*

La Corte ha introducido, de modo más explícito y concreto, el criterio que acentúa la necesidad de una relación causal objetiva entre el fin perseguido por la norma o acto y el medio elegido para lograrlo.

Que en la medida que estos últimos aparezcan como exigencias arbitrarias y/o puramente discrecionales, no esenciales al objetivo pretendidamente protegido, la razonabilidad no resultaría acreditada. La restricción a los derechos involucrados no puede ser ajena a los motivos que le dieron origen. Además pare-

<sup>4</sup> Confrase fallos: "Grissold v. Connecticut"; "Row v. Wade" en Constitución y Derechos Humanos, Miller-Gold-Cayote...etc., T<sup>o</sup> I, págs. 202 y 242 y "Reed v. Reed"; "Craig v. Borez". Constitución y Derechos Humanos, T<sup>o</sup> I, págs. 1574/1580.

ce insinuarse la necesidad de fundar y demostrar los argumentos esgrimidos para justificar la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Tal justificación tiene estrecha vinculación con el interés estadual invocado.<sup>7</sup>

#### b) Comienzo de un análisis intenso

Así como hemos sostenido, en el punto anterior, que la pauta de revisión era de medios a fines pero con un análisis crítico del nexo de causalidad, encontramos otros fallos en los que creemos visualizar la incorporación del control intenso a que nos hemos referido al mencionar la jurisprudencia de la Corte norteamericana.

En efecto, en fallos como «Portillo»<sup>8</sup> y «Repetto»<sup>9</sup> el tribunal no se limita a analizar el alcance del derecho invocado frente a la obligación o prescripción legal cuestionada sino que indica que deberá evaluarse el interés esgrimido por el Estado para justificar la restricción u obligación que establece la norma. Tal evaluación tiene por objeto sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquel —interés estadual— pueda producir privilegiar los derechos individuales involucrados.

Asimismo, tal evaluación tendrá por objeto merituar la posibilidad de que los propósitos perseguidos por la disposición puedan ser satisfechos a través de medios alternativos que, a la vez que satisfacen el interés del Estado, resguardan —en mayor medida— los derechos en juego. A su vez, la existencia de un interés legítimo por parte del Estado no puede ser invocado en forma genérica para aceptar la validez constitucional de la norma impugnada.

<sup>7</sup> Ver fallos: «Alejo de la Nación Argentina» C.S.J.N. F. 306: 1488 y «Areación de Nación Argentina» F. 306: 406, en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Cayuso... etc., T° I, págs. 197/807.

<sup>8</sup> «Portillo», C.S.J.N., E.D. 133: 372 en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Cayuso... etc., T° II, págs. 667/680.

<sup>9</sup> «Repetto», Inés «Provincia de Bs. As., C.R. 338—LXX—, en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Cayuso... etc., T° II, págs. 1610/1618.

En el fallo «Repetto» citado, los doctores Petracchi y Bacqué hicieron referencia a que aquel que sostenga la legitimidad de la norma cuestionada debe acreditar la existencia de un interés estatal urgente, no siendo suficiente sostener que la medida adoptada resulta razonable.

Es preciso señalar que en los casos en los cuales la Corte ha comenzado a intensificar el control de razonabilidad estaban en juego derechos personalísimos y, por lo tanto, interpretados como fundamentales para el concepto de libertad concebido por el sistema constitucional.

## V. CONCLUSIÓN

La efectiva vigencia de la garantía del debido proceso sustantivo requiere un poder judicial activo que, sin violar el principio de división de poderes, extienda los recaudos para exigir del poder reglamentario el máximo respeto por los derechos constitucionales. La búsqueda de pautas concretas que permitan revalorizar el principio de razonabilidad parece ser el camino adecuado para asegurar el prudente equilibrio entre los intereses estatales y los intereses individuales.

Conforme lo que hemos expuesto, por análisis de medios a fines entendemos una forma de realizar la evaluación de una norma. En este análisis la Corte debe evaluar, por lo menos, si el fin de la legislación es legítimo y, luego, si hay causalidad suficiente entre el medio elegido y el fin. Negándose a revisar la conveniencia.

En cambio, en análisis más intensos el Juez evalúa la razonabilidad de la selección balanceando todos los valores constitucionales en juego y la existencia de medios alternativos. La mera causalidad entre el medio y el fin no es suficiente para que la selección sea razonable.

En nuestro caso, la realidad nos demuestra que el tradicional control de medios a fines efectuado por la Corte no ha hecho más que avalar la conveniencia de la ley, en los términos del poder político.