

### **Autoridades de la Universidad**

Dr. Fernando Fragueiro  
Rector

Dr. Alfonso Santiago  
Vicerrector de Asuntos Académicos

Prof. Cristina Fernández Cronenbold  
Vicerrectora de Estudios

Cdor. Edgardo Narbais  
Vicerrector de Asuntos Económicos

Dr. Ricardo F. Crespo  
Vicerrector de Investigación

Dr. Julio Durand  
Secretario General

### **Autoridades de la Facultad de Derecho**

Mag. Jorge Albertsen  
Decano

Dr. Carlos González Guerra  
Vicedecano

Dr. Rodolfo L. Vigo  
Dr. Gustavo Schötz  
Consejeros

### **Autoridades del Departamento de Derecho Judicial**

Dr. Rodolfo Vigo  
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía  
Directora Ejecutiva de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial

Mag. María Rosa Dabadie  
Coordinadora del Departamento de Derecho Judicial

### **Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

María Gattinoni de Mujía  
Domingo Sesín  
Enrique V. del Carril  
Rafael Nieto Navia  
Néstor Sagués  
Rodolfo L. Vigo

© Federico Martín Feldtmann, 2013  
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

MAESTRIA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

**Federico Martín Feldtmann**

Dirección: Dres. Juan Cianciardo y Pilar Zambrano

PROPORCIONALIDAD Y PRUDENCIA.  
REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO INTELIGENTE Y PRÁCTICO

Junio de 2013



## **AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL**

Federico M. Feldtmann nació en la ciudad de Buenos Aires el 12 de febrero de 1973. Obtuvo el grado de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, donde actualmente es docente de la Cátedra de Derecho Constitucional y Garantías Constitucionales. Accedió mediante concurso público al cargo de secretario letrado de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Nación, y con anterioridad se desempeñó en distintos tribunales federales de la Capital Federal, Ushuaia y San Isidro. En diciembre de 2012 se graduó como Magíster en Derecho y Magistratura Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, alcanzando la máxima calificación en su trabajo final de dogmática jurídica. Este trabajo fue dirigido por los doctores Juan Cianciardo y Pilar Zambrano. Desde ese año integra el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral. Actualmente vive en San Fernando, provincia de Buenos Aires, junto con su esposa Lucila Ugalde y sus cuatro hijos: Francisco, Josefina, Guillermo y Mateo.



## PRÓLOGO

Es para mí un gran honor y un gusto prologar este excelente libro “*Proporcionalidad y prudencia. Reflexiones sobre el derecho inteligente y práctico*” de Federico Martín Feldtmann, que como miembro del tribunal de evaluación de la tesis de Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, recomendé para su publicación que hoy felizmente se concreta.

No conocí al autor hasta el día de la defensa de la tesis, ni me une una amistad o relación anterior, ni conocía de su existencia, hasta que llega a mí un ejemplar de su trabajo para su evaluación. Desde la primera lectura me pareció una tesis muy solvente desde el punto de vista del rigor científico con que trata el tema y sobre todo de gran originalidad, pues vincula con gran acierto dos temáticas aparentemente desconectadas como ser el moderno principio de proporcionalidad, con la tradicional doctrina de la prudencia o *phronesis*.

Como señala el autor, su obra tiene por objeto dos propósitos: 1) describir el desarrollo que el principio de proporcionalidad ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, con especial tratamiento en nuestra Constitución como también en la Convención americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia; 2) Probar que existen profundas conexiones entre el moderno principio de proporcionalidad y la antigua noción de la prudencia en la determinación del derecho.

A fin de cumplimentar ambos propósitos, el autor divide la obra en dos partes claramente diferenciadas:

**Primera Parte:** *El principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Justificación constitucional: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.* Donde aborda de una manera descriptiva y muy documentada temas como, el principio de proporcionalidad y el debido proceso; el principio de proporcionalidad y la intangibilidad de los derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad y la Convención Americana de Derechos Humanos; el principio de proporcionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y por último el principio de proporcionalidad y el control de convencionalidad de las disposiciones de derecho interno.

**Segunda Parte: Proporcionalidad y prudencia.** Donde aborda de una manera argumentativa y valorativa con una sólida fundamentación la conexión entre estas dos nociones de matrices diferentes (moderna en el principio de proporcionalidad y clásica en la prudencia) pero con elementos comunes (ambos se refieren a la razón práctica y tienen como objeto el obrar humano). Así distingue cinco similitudes: la operación indicativa y preceptiva de los medios (elemento funcional); el quehacer jurídico sobre el cual recae la operación es lo agible humano (elemento material); el método deliberativo utilizado para la concreción del resultado (elemento metodológico); los presupuestos para fundar la decisión: ascenso y descenso de los principios fundamentales a lo debido en concreto (elemento formal) y por último la finalidad (elemento teleológico).

Si bien ambas partes están tratadas con rigor y profundidad, surge evidentemente que lo más importante y original de la tesis propuesta por el autor se encuentra en la segunda parte donde aporta una mayor y enriquecedora reflexión personal, aunque para hacerlo tuviera que plantear y describir minuciosamente el tema en cuestión en la primera parte.

En cuanto a la primera parte es poco lo que se puede agregar a la descripción exhaustiva que realiza el autor respecto a las distintas dimensiones (procesal, constitucional e internacional) en la aplicación del principio de proporcionalidad que tiene por objeto analizar si las leyes son proporcionadas como medio adecuado para el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos por la constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en nuestra Constitución en la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22), entre los que se destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica. De esta manera, el *principio de proporcionalidad* con sus subprincipios de *adecuación* (si el medio estatuido en la ley resulta idóneo para alcanzar una finalidad constitucional), *necesidad* (que además de idónea, sea necesaria sin restringir de modo innecesario otro derecho constitucional) y *proporcionalidad stricto sensu* (que los beneficios que proporciona la aplicación de la ley sean mayores que sus desventajas), son analizados minuciosamente en todas las dimensiones mencionadas.

En cuanto a la segunda parte, es allí donde se puede hacer una mayor valoración del tema y de la obra en cuestión. Al respecto, más allá de la coincidencia fundamental en cuanto a los cinco elementos comunes entre el principio de proporcionalidad y la prudencia señalados por el autor (funcional, material, metodológico, formal y teleológico), voy a remitirme a una observación que le hice al momento de la defensa de la tesis, en cuanto a que el campo de la prudencia era mucho más amplio e idóneo para juzgar la concreción del acto que el moderno principio de proporcionalidad, que como señala el propio autor “tiene por objeto enjuiciar leyes y no conductas concretas”, por lo cual se relaciona más con la prudencia legal que con la judicial o individual. En consecuencia, a mi modo de ver la doctrina de la pru-

dencia o *phronesis* sería mucho más adecuada que el principio de proporcionalidad (sin perjuicio de sus semejanzas) para alcanzar el fin propuesto, dado que abarca tanto la dimensión *general* de las normas cuya valoración tiene en común con el principio de proporcionalidad, como la dimensión *particular y singular* de la concreción del acto humano que incluye además del objeto y fin las circunstancias que lo rodean, excediendo el objeto propio del principio de proporcionalidad que como dijimos antes serían las leyes y no las conductas concretas, más allá de las vinculaciones que existen necesariamente entre ambas realidades.

En suma, es un motivo de gran alegría la aparición de este libro, que nos interpela desde nuevos lugares (*topois*), sobre cuestiones de siempre que tienen que ver con la justicia y el derecho. Felicito al autor y al editor por llevar a buen puerto esta importante obra para el bien común de toda la comunidad en general y de la comunidad jurídica en particular.

DANIEL ALEJANDRO HERRERA (1)

Buenos Aires, 17 de junio de 2013.

---

(1) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.



## ÍNDICE GENERAL

Autobiografía profesional .....	V
Prólogo de Daniel Alejandro Herrera .....	VII
Introducción.....	1

### PRIMERA PARTE

El principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Justificación constitucional: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad .....	7
a) El principio de proporcionalidad como derivado del principio del debido proceso legal .....	7
a.1) El debido proceso como garantía procesal.....	7
a.2) El debido proceso como garantía sustancial.....	9
b) El principio de proporcionalidad como derivado del principio de inalterabilidad de los derechos fundamentales .....	12
b.1) La garantía de inalterabilidad de los derechos fundamentales	12
b.2) La protección de la inalterabilidad de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad .....	16
b.3) Balance parcial.....	18
c) El principio de proporcionalidad como derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	19
c.1) Restricciones permitidas. Principios de soberanía popular y bien común .....	19
c.2) Restricciones de derechos fundamentales. Necesidad de ley en sentido formal.....	21
c.3) Restricción de los derechos fundamentales. Límite: el bien común.....	21
d) El principio de proporcionalidad en los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.....	23
d.1) El caso “Sra. X v. Argentina”, de la Comisión IDH (del 15/10/1996) .....	23
d.2) El caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay”, de la Corte IDH (31/8/2004).....	26

	Pág.
d.3) El caso “Kimel vs. Argentina”, de la Corte IDH (02/05/2008) ...	28
d.4) El caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, de la Corte IDH (20/11/2009).....	37
e) El principio de proporcionalidad y el control de convencionalidad de las disposiciones de derecho interno.....	39
f) Balance final de la primera parte. ....	41
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
Proporcionalidad y prudencia.....	43
a) La prudencia en general.....	43
a.1) Primera aproximación.....	43
a.2) ¿Por qué hablar de nuevo de la prudencia? .....	44
a.3) La virtud de la prudencia en general.....	48
a.4) La prudencia judicial en particular.....	51
b) El principio de proporcionalidad y la prudencia. Identidades .....	52
b.1) Operación indicativa y preceptiva de los medios (elemento funcional) .....	52
b.2) El quehacer jurídico sobre el cual recae la operación es lo agible humano (elemento material) .....	55
b.3) El método deliberativo utilizado para la concreción del resultado (elemento metodológico) .....	61
b.4) Los presupuestos para fundar la decisión: descenso y ascenso de los principios fundamentales a lo debido en concreto (elemento formal) .....	67
b.5) El objeto de la prudencia es el bien (elemento final o teleológico).....	70
Conclusiones.....	77
Bibliografía.....	81

## INTRODUCCIÓN

La aplicación de la ley nunca está exenta de problemas. A menudo ocurre que el bien que procura la aplicación de una norma jurídica supone, al mismo tiempo, un menoscabo o afectación a otro bien garantizado por un principio fundamental. En tales supuestos, el operador jurídico se enfrenta ante el dilema de tener que optar entre dos o más principios constitucionales, a los que la propia ley remite de modo directo o indirecto. Estos principios protegen bienes humanos básicos<sup>(1)</sup>, tales como la vida, la libertad, la dignidad, el honor, la seguridad, etc. Puede ocurrir también que la preferencia del principio fundamental que autoritativamente protege la ley disminuya la eficiencia de otro principio fundamental o bien directamente lo suprima, desnaturalizando su sustancia, o que la propia ley sea el resultado de la interacción entre dos o más principios, y que su interpretación obligue a un re-examen de esos principios. En uno y otro supuesto, la decisión sobre los principios no está resuelta en abstracto por la norma jurídica (no puede estarlo ni sería conveniente que lo estuviera), ni se cuentan con medios que proporcionen una solución definitiva (en el sentido preciso de solución pre-tasada, a la que quepa remitir cada vez que se plantea un conflicto que envuelve a los principios en cuestión). En este marco concreto la dogmática constitucional ha creado una herramienta destinada a establecer o determinar justificadamente la precedencia de un principio sobre el otro (que siempre, como se verá, es relativa).

El objeto central de este trabajo consiste en exponer el principio de proporcionalidad y en proponer una de sus posibles interpretaciones: se sostendrá que estamos frente a un procedimiento de elección razonable que procura armonizar los principios en juego y darles operatividad a todos en su mayor medida posible. Se harán algunas referencias sobre los antecedentes normativos y jurisprudenciales, la justificación en el ordenamiento constitucional argentino y en el sistema interamericano de derechos humanos y se hará mención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la materia. En la segunda parte de este trabajo, se intentará demostrar una aproximación entre el principio de proporcionalidad y la prudencia judicial.

---

(1) FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, ps. 117-121.

El primer escollo a sortear está relacionado con las fuentes del derecho Constitucional. Al igual que en la mayoría de los sistemas jurídicos, el principio de proporcionalidad carece en el ordenamiento argentino de una norma específica que lo consagre dentro de la Constitución. No obstante, por obra de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, en alguna medida, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el principio va adquiriendo una dimensión cada vez más importante en nuestro derecho como instrumento necesario para analizar la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales. Este reconocimiento tiene como antecedente inmediato el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Supremo Tribunal Constitucional Español (STC) y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerGe).

Con esta herramienta constitucional se trata de analizar a la ley como un medio para el cumplimiento de los derechos fundamentales directamente estatuidos por la ley fundamental. Esta característica medial de la ley obliga a poner la mirada en un aspecto sustancial de la norma; a saber, en qué medida la conducta obligada, permitida o prohibida por la ley satisface las exigencias constitucionales. Para visualizar esos niveles de satisfacción y perjuicio, el principio de proporcionalidad ofrece un test compuesto por tres preguntas que vincula a la ley con los derechos y las libertades fundamentales. Se trata de los sub-principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Si la medida prevista en la ley responde satisfactoriamente a esas tres preguntas, se concluirá en la constitucionalidad de la norma. En cambio, si el medio estatuido en la ley no resulta idóneo para el cumplimiento del fin (déficit de adecuación); o existe otra medida idónea para alcanzar el fin y menos restrictiva de un derecho constitucional (déficit de necesidad); o los desventajas que supone la aplicación de la ley son mayores que los beneficios que ella comporta (déficit de proporcionalidad en sentido estricto), en todos estos casos se arribará a un veredicto de invalidez.

La importancia del tema es cada vez más evidente, como han resaltado distintos autores<sup>(2)</sup>. No sólo por la omnipresencia del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia acerca de los derechos, sino también por lo que su utilización implica para la Teoría del Derecho: se trata de uno de los *topoi* más frecuentemente mencionados cuando se trata del llamado Neoconstitucionalismo<sup>(3)</sup>. Su impacto en la visión de la figura del juez y en

---

(2) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., Madrid, 2003; CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009; CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, obra colectiva, Carbonell Ed., Quito, 2008.

(3) ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1997; CARBONELL, M., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid,

su trabajo cotidiano es muy notable. Frente al planteamiento dogmaticista decimonónico, emerge hoy el operador jurídico como jurista constitucional, directamente vinculado por la Constitución y con competencia para declarar la inconstitucionalidad de toda norma u orden que se oponga a ella (es decir, en lo que a los derechos respecta, a los principios).

Mediante estas reflexiones se quiere señalar que el principio de proporcionalidad es hijo de nuestro tiempo. Resulta el necesario corolario de un sistema caracterizado por la comparecencia de los principios constitucionales en la resolución de los conflictos que suscitan las particulares condiciones (jurídicas y fácticas) de los casos sometidos al conocimiento de los jueces. Esta concepción principista es la característica distintiva del nuevo paradigma del derecho (4). En este sentido, el principio de proporcionalidad se proyecta como una respuesta razonable para la justificación de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales.

La reciente doctrina nacional que estudia el principio de proporcionalidad, su estatus normativo, sus dimensiones y los casos jurisprudenciales que lo receptan resulta una muestra de la actual vigencia y problemática que suscita esta nueva herramienta del derecho constitucional (5).

Como se adelantó un poco más arriba, el presente trabajo tiene por objeto dos propósitos. Uno es claramente descriptivo, y consiste en reseñar brevemente el desarrollo que ha tenido el principio de proporcionalidad en

---

Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007; CRUZ, L. M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Ed. Porrúa, México, 2006.

(4) VIGO, R., *Interpretación Jurídica. Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 13 a 45.

(5) En nuestro medio, cabe mencionar los trabajos de CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009; CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007; M. SAPAG, *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado*, Dikaion. Vol. 22, Núm 17, Colombia, 2008, ps. 157-198; CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009; SAGGESE, R., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010. Las fechas de publicación de las obras citadas pone de relieve la actualidad de la temática. En la literatura jurídica extranjera, cabe mencionar ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición en castellano traducida por Carlos Bernal Pulido, Madrid, 2007 (título original de la primera edición: *Tehorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986); BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., Madrid, 2003; VIDAL FUEYRO, C., *El principio de proporcionalidad como parámetro de la constitucionalidad de la actividad del juez*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, ps. 27/447; SÁNCHEZ GIL, R., *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007; CARBONELL, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, obra colectiva, Carbonell Ed., Quito, 2008.

nuestro ordenamiento jurídico. En esta primera parte, se intentara exponer sobre la justificación normativa del principio de proporcionalidad, como derivado del principio de inalterabilidad de los derechos fundamentales (art. 28 CN) y del debido proceso legal (art. 18 CN). Además, se reseñará brevemente la evolución que experimentó la exigencia de razonabilidad de las leyes en la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos (Corte U.S.) y su implicancia en el desarrollo del principio de proporcionalidad. Por último, se estudiará el estado actual de la jurisprudencia de la Corte IDH con relación a la temática propuesta y su connotación en nuestro derecho interno. En este aspecto, se harán algunas referencias al llamado control de convencionalidad.

El segundo propósito que se pretende con este trabajo consiste en probar que existen profundas conexiones entre el moderno principio de proporcionalidad y la antigua noción de la prudencia en la determinación del derecho. Esta simetría entre la *phrónesis* aristotélica y el moderno principio de proporcionalidad está dada porque ambos conceptos contienen elementos comunes que permiten asimilarlos en el contexto de la toma de decisiones judiciales.

Se propondrá, entonces, poner a prueba esta posible identidad mediante la enunciación de elementos o ejes comunes que se pueden observar en ambos procesos intelectuales; a saber:

a) El primer elemento está relacionado con la función de ambas operaciones. La prudencia y el principio de proporcionalidad tienen por objeto la elección del medio más adecuado para la realización del bien del hombre. En ambos supuestos, se trata del análisis racional de los medios para configurar del modo más efectivo y eficiente los derechos fundamentales.

b) Otro elemento en común que se observa tiene que ver con la materia sobre la cual recaen la prudencia y el juicio de proporcionalidad. Se advierte que ambas operaciones actúan sobre lo agible particular del hombre. La persona es un ser histórico que vive en unas circunstancias concretas. En el momento de la decisión, debe integrar en armónica síntesis los principios generales y el conocimiento de lo singular y concreto. Tendrá que tener en cuenta los principios direccionales comunes y cognoscibles por todos como persona y también las situaciones con sus condicionantes y con las consecuencias claras o presumibles que pueden derivarse de la acción (6). Mediante el principio de proporcionalidad se ponderan las razones que justifican la elección del medio más eficiente para alcanzar fines constitucionales. Se relacionan los medios legales y los fines constitucionales, en una situación concreta. Esta operación de ponderación resulta esencialmente prudencial, según se desarrollará más adelante.

---

(6) DE PAZ, H., *Introducción a las Cuestiones 47 a 56*, Suma de Teología de Santo Tomás de Aquino, T. III, Parte II-II (a), BAC, Madrid 1995, p. 381.

c) También cabe advertir una semejanza en la estructura del razonamiento que se observa en ambas operaciones intelectuales. El método utilizado en el juicio prudencial y en el principio de proporcionalidad es el deliberativo, que se encamina a la selección del medio más acorde para el logro de los derechos fundamentales.

d) Debe considerarse además que tanto la proporcionalidad cuanto el juicio prudencial están estructurados sobre la base preceptiva formulada por los principios que regulan el caso. Es decir, se procura arribar a la solución a partir de los principios fundamentales. El camino que conduce a la decisión parte de las ideas más generales a la menos generales y, desde ese lugar, se juzga la proporcionalidad de la ley para satisfacer sus exigencias. La naturaleza de los principios lleva a que sean aplicados en la mayor medida posible de acuerdo a sus posibilidades jurídicas y fácticas. El profesor de la Universidad de Kiel Robert Alexy denomina "*mandato de optimización*" a esta característica de los principios (7). De modo que se procura la aplicación de todos los principios que regulan el caso, en la mayor medida posible y, de esa manera, elaborar "el precepto particular que es preciso para regular, de modo inmediato, la situación de derecho con que hemos de enfrentarnos" (8).

e) En último término, es preciso destacar que ambas operaciones tienen por objeto la búsqueda de la verdad, pero no como una manifestación puramente intelectual o dogmática, sino que tienden al buen consejo encaminado al acto humano: el bien o justo concreto que debe obrarse en el aquí y ahora. En otras condiciones fácticas, la decisión puede ser distinta, sin que por ello se desnaturalice o quede sin valor el principio dejado de lado. Ambas operaciones son manifestaciones del conocimiento práctico que tiene por objeto el bien del hombre.

Mediante el análisis de estas posibles identidades se intentará poner a prueba una intuición, que consiste en resaltar la estrecha vinculación que se observa entre el juicio prudencial y el principio de proporcionalidad; en una palabra, el procedimiento para lograr un razonamiento jurídico correcto. Estas cuestiones serán tratadas en la segunda parte de este trabajo.

No quiero terminar la introducción sin dejar de agradecer profundamente a los directores de esta tesina, doctores Juan Cianciardo y Pilar Zambrano. Sus indicaciones, correcciones, estudios y, fundamentalmente, su enorme paciencia (más de la que se puede tolerar) fueron los materiales imprescindibles de este trabajo. Ellos han sido insistentes y, al mismo tiempo, comprensivos; exigentes y motivadores; pero, sobre todo, verdaderos iluminadores. A medida que avanzaba en el proyecto aparecían como rayos de

---

(7) ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., ps. 67 y 68.

(8) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 79.

luz los saberes por ellos transmitidos. Muchas gracias por su dedicación y oportunísimas intervenciones.

También aprovecho para agradecer muy especialmente a los profesores de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial de la Universidad Austral y, en particular, al Director del Departamento, doctor Rodolfo Vigo y a la Directora Ejecutiva, Mag. María Gattinoni de Mujía. En este caso es justo destacar el incansable entusiasmo que evidencian en cada una de las actividades que se desarrollan desde ese espacio académico (¡que son muchísimas!), contribuyendo todos los días con la formación de verdaderos gerenciadore de la Justicia.

Por último quiero dar gracias, y en un lugar muy especial, a mis seres queridos: mi esposa Lucila y mis hijos Francisco, Josefina, Guillermo y Mateo. Ellos también tuvieron una enorme paciencia, supieron comprender la importancia que tuvo para mí esta Maestría y, fundamentalmente, alentaron para terminarla. Mis padres contribuyeron en mi formación académica y, sobre todo, personal, y por eso les voy a estar siempre agradecido.

## PRIMERA PARTE

### EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL: DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO AL MODERNO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

#### **a) El principio de proporcionalidad como derivado del principio del debido proceso legal**

##### *a.1) El debido proceso como garantía procesal*

La garantía del debido proceso legal reconoce sus raíces en la Carta Magna del año 1215, impuesta por los nobles ingleses al rey Juan Sin Tierra. Se establecía que “ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído, o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectado; ni iremos sobre él, ni enviaremos a nadie sobre él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de la tierra (*per legem terrae*)”. Esta última referencia probablemente tuvo el significado técnico de que ningún reclamo civil o criminal contra un ciudadano podía progresar hasta tanto se le hubiera dado la oportunidad de aducir la prueba acostumbrada, que el derecho, tal como regía, reconocía y le permitía ofrecer (9).

La Carta Magna fue el fruto de una legítima reacción de los nobles ingleses contra las violaciones a la libertad personal y a la propiedad cometidas por el monarca y tenía por objeto garantizar el derecho a un juicio justo. A partir de este documento y los distintos estatutos emitidos por los reyes ingleses a instancias de los reclamos de la nobleza, se fue elaborando el derecho público inglés del siglo XIV (10). La voz debido proceso legal (*due process of law*) se halla inscrita por primera vez en el estatuto del Rey Eduardo III, en el año 1355, con la siguiente formulación: “ningún hombre, cualquiera

---

(9) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, op. cit., ps. 34 a 40. Se cita a WILLOGHBY, W. W., *The Constitutional law in the United States*, Baker, Voorhis and Company, New York, 1929, p. 1686. Para el desarrollo de este capítulo se alude al contenido y fallos explicitados en la obra citada.

(10) Los más destacados fueron los emitidos por Enrique III, en 1225, Eduardo I en 1297 y Eduardo III, en 1355.

sea su estado o condición, será privado de sus tierras, ni de su casa, ni detenido, apresado o acusado, ni condenado a muerte, sin que sea escuchado de acuerdo con el *debido proceso legal*" (11).

En el desarrollo de la función protectora del derecho en favor del individuo contra las arbitrariedades del poder absoluto es preciso mencionar el concepto de *rule of law*, que se traduce en la preeminencia del parlamento por sobre el poder real, el gobierno del derecho por sobre el poder de los hombres. La *Petición de Derechos* del año 1628 afirmó que ningún hombre libre podía ser arrestado sin garantías de un juicio justo y el *Bill of Rights* de 1689 incrementó aún más las garantías individuales del derecho constitucional inglés. El término *garantías* fue utilizado por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia 1789), en el art. 16: "toda sociedad en la que no esté asegurada *la garantía de los derechos...* carece de constitución".

Los antecedentes citados constituyeron la fuente directa de la Enmienda V de la Constitución estadounidense, incorporada en el año 1791. Mediante dicha cláusula se estableció que en un asunto criminal "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin el debido proceso legal" (12).

En nuestro Derecho Patrio se desarrolló un proceso de similares características con raíces en esos antecedentes y desembocó en la cláusula protectora del *debido proceso legal* consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. La norma, al igual que la evolución histórica que la originó, tenía por objeto una serie de garantías procesales formales para el desarrollo de un juicio equitativo. El primer texto legal del debido proceso en nuestro Derecho Público fue el Decreto de Seguridad Individual del Triunvirato, sancionado en noviembre de 1811. Establecía que todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. Para ello detallaba una serie de garantías específicas del proceso y de la sentencia, los recaudos formales para la procedencia del arresto, la pesquisa de los papeles privados, el allanamiento de morada, el término para prestar declaración ante el juez, etc. (13). Posteriormente, la

---

(11) CIANCIARDO, J., op. cit., p. 35.

(12) CIANCIARDO, J., op. cit., Pág. 35.

(13) Art. 1: "Ningún ciudadano puede ser penado, ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal".

Art. 2: "Ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en un proceso informativo dentro de los tres días perentorios. En el mismo término se harán saber al reo la causa de su detención, y se remitirá con los antecedentes al juez respectivo".

Art. 3: "Para decretar el arresto de un ciudadano, pesquisa de su papeles o embargo de bienes, se individualizará en el decreto u orden que se expida, el nombre o señales que distingan su persona y objetos... tomando inventario que firmará el reo y dejándole copia autorizada para su resguardo".

Asamblea del año XIII promulgó leyes que prohibían el uso de tormentos y el Estatuto Provisional de 1815 reiteró el concepto de seguridad individual e incluyó los *principios y garantías individuales*, que luego fueron incorporados tal como se encuentran en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. De igual modo, cabe mencionar las Constituciones de 1819 y 1826.

En definitiva, de los antecedentes expuestos se puede concluir que en su origen la garantía del debido proceso legal tuvo por objeto una protección formal a favor del individuo contra las arbitrariedades del poder público.

### **a.2) El debido proceso como garantía sustancial**

No obstante el carácter eminentemente formal o procedimental con que nació la garantía, la evolución de la jurisprudencia norteamericana hizo que extendiera su alcance al (así llamado) debido proceso sustantivo (*substantive due process of law*).

La interpretación amplia de la garantía que habilitó a enjuiciar la sustantividad de la ley comenzó en la jurisprudencia de la Corte U.S. (1869) con un voto en minoría del juez Waite: afirmó por primera vez en disidencia que el debido proceso legal de la Enmienda V limitaba los poderes del Congreso no sólo respecto de los derechos procesales, sino también con relación a los derechos sustantivos (14). Tres años después, la Corte U.S. mantuvo la interpretación acotada de la garantía a lo meramente procedimental pero con una ajustada mayoría de cinco contra cuatro. Esta situación se prolongó hasta el año 1887 (15). El argumento utilizado durante ese período tenía base en una concepción epistemológica del derecho de corte positivista: “el remedio para las malas leyes debe buscarse no ante los jueces sino en las urnas, y que la Corte no era un puerto donde se pudiera buscar refugio contra todo acto que emanara de una legislación inoportuna u opresiva” (16).

---

Art. 4: “La casa de un ciudadano es sagrada, cuya violación es un crimen... su allanamiento se hará con la moderación debida, y personalmente por el juez de la causa. Si algún motivo urgente impide su asistencia, dará al delegado una orden por escrito... dando copia de ella al dueño de la casa, si la pide”.

Art. 5: “Ningún reo estará incomunicado después de su confesión, y nunca podrá la incomunicación dilatarse más allá del término de diez (10) días”.

Art. 6: “las cárceles serán para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente”.

(14) Caso “Hepburn v. Griswold”, 8 Wall. 603 (1869) mencionado en CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, op. cit., p. 19.

(15) Caso “Slaughter Houses Cases”, 83 U.S. 36 (1872), *ibidem*, p. 19.

(16) Casos “Munn v. Illinois”, 94 U.S. 113 (1876) y “Missouri Pacific Ra. v. Humes”, 115 U.S. 512 (1885). En “Davidson v. New Orleans”, 96 U.S. 97 (1877) se expresó que “el sustantivo derecho de la vida, libertad y propiedad está protegido por la limitación del debido proceso”. *Ibidem*, p. 36.

El cambio de postura hacia una interpretación extendida de la garantía del debido proceso legal se dio en el caso “*Stone v. Farmers Loan Co.*”. En esa oportunidad, la Corte abandonó la presunción *iure et de iure* de constitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos, exigiendo la prueba de la invalidez a quien la invocaba y sometida a un estricto control judicial (17). Se afirmó en dicho precedente que “El poder de regular no es el poder de destruir, y limitación no es equivalente de destrucción. Bajo la pretensión de regular tarifas y fletes, el Estado no puede exigir a un ferrocarril transportar personas y cosas sin remuneración; ni puede ese poder hacer eso que en derecho implica tomar la propiedad privada para un uso público, sin justa compensación o sin debido proceso legal” (18).

Pocos años después se consolidó la interpretación amplia respecto de la posibilidad de analizar las restricciones legislativas de los derechos fundamentales en el caso “*Chicago Milwaukee & Saint Paul v. Minnesota*”. En ese precedente se declaró la inconstitucionalidad de una tarifa sobre la base de que era *irrazonable*, puesto que impedía a una empresa una ganancia *prudente* en relación con el capital que había invertido en el negocio. A partir de este pronunciamiento, el debido proceso sustancial fue reconocido como garantía de razonabilidad de las leyes, consagrada en la Constitución (19). Esta doctrina perduró hasta 1937, período conocido como la “*era Lochner*” debido al fallo que lleva su nombre de 1905. En ese caso la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley laboral pues consideró que era una irrazonable, innecesaria y arbitraria interferencia a la libertad de contratación, y entendió que el gobierno no tenía un propósito legítimo para regular las condiciones y prácticas de trabajo (20).

En una etapa posterior la Corte U.S. mantuvo el control judicial de constitucionalidad con una competencia más amplia para interpretar los objetivos propuestos por el legislador. Entendía que se podía utilizar para su evaluación criterios estadísticos, sociológicos o de otras disciplinas científicas. El Tribunal admitió entre sus atribuciones controlar criterios de oportunidad, eficacia, mérito o conveniencia de los medios restrictivos de derechos y los fines propuestos por el Legislador (21).

---

(17) EKMEDKJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, T. III, p. 84 y cita de CUSHMAN, R., *The social and economical interpretation of fourteenth amendment*, S.E. II., ps. 64 y ss.

(18) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, op. cit., p. 36. Caso “*Stone v Farmers Loan & Trust Co.*”, 116 U.S. 307 (1886).

(19) Caso 134 U.S. 418. *Ibidem*, p. 37. Se destaca el término prudente utilizado en este fallo, por la tesis que se pretende demostrar con este trabajo.

(20) Caso 198 U.S. 45 (1905), mencionado en SAPAG, M., *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 165 y 166.

(21) LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989, ps. 31 y ss. y EKMEDKJIAN, M. A., *Tratado de derecho constitucional*, op. cit., T. III, ps. 83 y ss.

También cabe hacer mención al modelo caracterizado como el de *las libertades preferidas*, que se inició a mediados del siglo pasado. Estas libertades consisten en un conjunto de derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la menor de las intromisiones de regulación. Son derechos llamados personalísimos, que carecen de contenido económico, como el derecho de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad, los derechos de participación política, etc. (22).

En el caso “*West Virginia Board of Education v. Barnette*”, la Corte U.S. estableció que “El propósito mismo de la Declaración de Derechos fue el de retirar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la controversia política, de ponerlas fuera del alcance de las mayorías y de los funcionarios y de establecerlas como principios legales que debían ser aplicados por los tribunales. El derecho de una persona a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la libertad de creencia y de reunión, y de otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a voto, no depende del resultado de las elecciones” (23).

La Corte norteamericana diseñó tres tipos de test para la revisión de las leyes, denominados escrutinios. La utilización de uno u otro escrutinio o estándar depende de la importancia del derecho fundamental de que se trate. El primer test, denominado *escrutinio estricto (strict scrutiny)*, establece que una norma legal que formule clasificaciones desiguales o interfiera en las llamadas libertades preferidas, se presume inconstitucional. En este caso, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un *interés estatal imperioso (compelling state interest)* y, además, que es necesario y se encuentra confeccionado a la medida de esa finalidad (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el *escrutinio intermedio*, mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino *importantes*. La norma se presume inconstitucional y el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad importante. El tercer escrutinio exige que el medio legal tenga una *relación razonable* con relación a la finalidad estatal (*rational basis review*). La norma se presume constitucional y quien alegue su invalidez, debe cargar con la prueba de su irrazonabilidad (24).

---

(22) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, op. cit., ps. 39 y 40, y la cita de TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, 2nd. Ed., The Foundation Press, New York, 1988.

(23) 319 US. 624-1943.

(24) GIARDELLI, L.; TOLLER, F. y CIANCIARDO, J., *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio...*, T. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Marcial Pons, 2008 ps. 301 a 343. También SAPAG, M., *El principio de proporcionalidad*, op. cit., ps. 168 y

El sistema de *justicia estructural* toma los elementos de los modelos anteriores y los combina para armonizar los derechos individuales con las instituciones estatales y el interés público. Su característica principal radica “en su capacidad para reconectar los derechos individuales con las instituciones estatales, y en que en él se procura lograr finalidades sustantivas, no mediante un proceso preestablecido, sino a través de una combinación de procesos, determinada en cada caso según las características del contexto particular en el que dichas finalidades deben ser alcanzadas” (25). Cuando se cuestionan actos que restringen derechos especialmente protegidos por la Constitución, éstos deben ser sometidos a un *cuidadoso control judicial*, y quien pretende fundarse en ellos debe acreditar un objetivo constitucionalmente válido y que tal restricción es necesaria para alcanzar dicho objetivo, es decir que no existe otra alternativa menos restrictiva o perjudicial a los derechos para obtener aquél (26).

La evolución descrita se caracteriza por la inescindible vinculación material entre la decisión judicial y los preceptos de derecho ius-fundamental. El juez tiene competencia constitucional para controlar la efectiva vigencia de los principios fundamentales estatuidos en la Constitución. Estos principios fundamentales dejaron de estar dirigidos exclusivamente hacia el legislador como límites para la formación de las leyes, como se entendía en la teoría política constitucional del siglo XIX. En la actualidad regulan toda la actividad judicial. El juez dejó de ser “*la boca de la ley*” para convertirse en destinatario directo de los principios fundamentales y, desde esa función, tiene el deber de controlar el medio legal para hacerlos efectivos. Por ende tiene plena capacidad jurídica para controlar la relación o razonabilidad del medio establecido en la ley para alcanzar las finalidades constitucionales (27).

## **b) El principio de proporcionalidad como derivado del principio de inalterabilidad de los derechos fundamentales**

### ***b.1) La garantía de inalterabilidad de los derechos fundamentales***

Es sabido por todos que a partir de la doctrina de índole pretoriana establecida en el precedente *Marbury vs. Madison*, el Poder Judicial cuenta con una herramienta fundamental para determinar la conformidad de las

---

169 y DIDIER, M. M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, Marcial Pons, 2011.

(25) CIANCIARDO, J., *El Principio de Razonabilidad*, op. cit., p. 40.

(26) EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 83-85. Casos “San Antonio Indep. School vs. Rodríguez”, 411 U.S. 1, 16-17 (1973); “Dunn vs. Blumstein”, 405, U.S. 330 (1972); “Califano vs. Webster”, 430 U.S. (1977).

(27) VIGO, R., *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones*, *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, ps. 403-451 y, más recientemente, *Fuentes del Derecho en el Estado de Derecho y el Neoconstitucionalismo*, La Ley, 24/02/2012.

intervenciones legislativas con los postulados de la ley fundamental, que se dio en llamar control de constitucionalidad o *judicial review*.

En los modernos estados democráticos, transformados por el constitucionalismo iniciado a fin del siglo XVIII, a partir de la Revolución Francesa, se presentó como una preocupación común de la sociedad la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas de derecho fundamental. Esta preocupación se puso de manifiesto con la idea fundamental que inspiró a estos procesos constitucionales, vinculada con la necesidad de asegurar los derechos individuales frente a un poder que por su naturaleza propende a la desmesura (28). La idea de la separación del poder estatal en las tres funciones ejecutiva, legislativa y judicial del Estado de Derecho tuvo por objeto poner un límite al poder absoluto. En este modelo, la legitimidad de las decisiones de gobierno estaba dada por la representación de la soberanía del pueblo, mediante la elección popular del titular del poder ejecutivo y de la asamblea de representantes reunida en torno el parlamento (principio de la soberanía popular).

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico argentino, el poder constituyente originario estableció límites materiales a los poderes constituidos. El propósito fue el mismo: asegurar la supremacía de la Constitución Nacional. Concretamente, mediante la cláusula del art. 28, la carta fundamental consagró el *principio de inalterabilidad* de los derechos fundamentales (29). En esa norma se estatuyó que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Esta disposición tuvo por objeto establecer un límite sustancial a las atribuciones del poder legislativo. El constituyente consideró la posibilidad de que los representantes de la *soberanía del pueblo* pudieran extralimitarse en su función de reglamentar la vigencia los derechos fundamentales. Con el afán de promocionar una finalidad constitucional, el legislador también puede perturbar o directamente desconocer el contenido de uno u otros principios ius-fundamentales. El objeto de la limitación material establecida por el principio de inalterabilidad no es otro que impedir que esa competencia legislativa de configuración de la Constitución invada el contenido esencial de los principios fundamentales y termine por convertirse en el caballo de Troya de la propia Constitución (30).

Esta limitación material de la competencia legislativa es conocida en la doctrina alemana como *límite de los límites* de los derechos fundamenta-

---

(28) Lord Acton: “el poder corrompe, y el poder absoluto, corrompe absolutamente”.

(29) Sobre la importancia del principio de inalterabilidad para el desarrollo del principio de razonabilidad, ver CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad....*, op. cit., ps. 34-47.

(30) MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 115 y ss.

les(31). De acuerdo con el principio de la soberanía popular, se reconoce a los representantes del pueblo la atribución de limitar los derechos fundamentales por medio de las leyes que los reglamentan. El principio de legalidad constituye una garantía que protege al individuo contra la posible arbitrariedad del poder público, pues resulta el único procedimiento admisible en el Estado de Derecho para la intervención de los derechos fundamentales. Pero a su vez, la Constitución establece las condiciones materiales que debe cumplir toda intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales para ser válida. Esta barrera consiste, precisamente, en la prohibición de alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales. El principio de inalterabilidad tiene por objeto, entonces, la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales(32).

De lo expuesto se deduce que la propia Constitución asume como principio que la representación popular no es, por sí sola, suficiente para imbuir de validez constitucional a sus decisiones. En este sentido, el artículo 28 añade al principio de la soberanía popular una exigencia material, relativa a la necesaria efectividad que debe tener el contenido de cada uno de los derechos fundamentales estatuidos por la Constitución.

La citada exigencia de efectividad de los derechos fundamentales fue lúcidamente advertida por Juan Bautista Alberdi en las *Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional*. Esta obra es un antecedente muy importante del citado artículo 28. El autor en el capítulo titulado “La Constitución debe precaverse contra leyes orgánicas que pretendan destruirla por excepciones”, expresa que “...no basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de estas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el *medio honesto y legal* de faltar a todo lo que promete” (33).

---

(31) CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 231-293 y los trabajos allí citados de MARTÍNEZ-PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 y 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*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

(32) Sobre la garantía del contenido esencial y su relación con el principio de proporcionalidad, ver CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...* op. cit., ps. 107 a 117; además, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., ps. 523-539.

(33) ALBERDI, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, Cap. XXXIII, p. 247. La cursiva no es original del texto.

La expresión utilizada por Alberdi desvincula la legalidad formal, entendida ésta como el procedimiento formal establecido por la Constitución para la sanción de las leyes, de la validez constitucional. Puede existir una ley formal que sea contraria al derecho sustantivo establecido en la Constitución Nacional. En esta línea de pensamiento, Alberdi criticaba la disposición del art. 23 de la Constitución de Bolivia dada en 1851, pues siendo dicha Constitución rica y abundante en materia de libertades y garantías para sus ciudadanos, al mismo tiempo establecía que su goce estaba subordinado a las limitaciones y restricciones que establecen las leyes. En tales condiciones, se preguntaba entonces el creador de las “Bases”: “¿qué importa tener entonces una constitución si la ley puede concebirse como un *medio* de derogarla?” (34). Para aventar este riesgo, resultó necesario que nuestra Constitución “como todas las constituciones leales y *prudentes*” (35) —sostenía Alberdi— establezca una valla de protección de índole sustancial contra la ley. Se consideró conveniente realizar una declaración expresa que impidiera al Congreso la sanción de leyes que pudieran limitar o suprimir las garantías de derecho público con ocasión de reglamentar su ejercicio. Ese deber de política fundamental se estimó de trascendencia decisiva para la vida de la Constitución (36).

A su vez en el art. 20 del Proyecto de Constitución de J. B. Alberdi, antecedente directo del art. 28, se establecía que “las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público, pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere su esencia”.

Señala Juan Cianciardo que esta fue la primera vez que se habló explícitamente de la *esencia de los derechos*, expresión que luego sería incorporada a la Constitución alemana (art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn) y española (art. 53.1 de la Const. Española). Además, destaca el autor “la conexión existente entre el reconocimiento de un derecho y la razonabilidad como técnica para su protección”. Expresa que “el reconocimiento supone la existencia de algo previo, valioso, y que reclama o exige respeto. La razonabilidad permite acceder a la determinación del contenido de un derecho en un caso concreto” (37).

Se observa entonces que desde un principio de la historia constitucional argentina, se concibió la relación de medio a fin que vincula la ley con los principios fundamentales consagrados en la Constitución. No solamente eso: se advierte que el medio puede ser *honesto* y *legal* en el sentido de

---

(34) *Ibíd*em, p. 247 y ss.

(35) Por la relevancia que tiene para este trabajo, destaco el término prudente utilizado por Alberdi en su obra.

(36) *Ibíd*em, p. 247.

(37) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, op. cit., p. 42, en especial, nota 34.

haber observado todos los requisitos procedimentales y de competencia legislativa para su nacimiento en el mundo jurídico. Sin embargo, el medio no queda eximido por esta sola condición —la de seguir el procedimiento formal de sanción— de la posibilidad de reglamentar inadecuadamente un derecho fundamental, de modo que lo anule o lo deje sin efecto en un caso concreto. Esta relación de medio a fin, que vincula el contenido de la ley con finalidades constitucionales, constituye el elemento esencial a partir del cual se construye el principio de proporcionalidad.

**b.2) La protección de la inalterabilidad de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad**

El objeto del principio de proporcionalidad consiste en la evaluación de la medida en que el medio empleado por la ley permite alcanzar los derechos fundamentales estatuidos en la Constitución y, por otro lado, enjuiciar en qué medida dicho medio legal restringe, limita o anula ese u otro derecho fundamental. Esta herramienta se propone contestar el interrogante planteado a partir de un detenido escrutinio escalonado en tres pasos o niveles de análisis. Estos tres pasos conforman los subprincipios del principio de proporcionalidad, que consisten en el *juicio de adecuación*, el *juicio de necesidad* y el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Para clarificar la cuestión, se propondrá la consideración de la alternativa más sencilla que puede existir entre esta relación de las leyes consideradas como medios (M), y los principios constitucionales considerados como fines (P). La constelación más simple está compuesta por dos principios (P1 y P2), dos medios (M1 y M2) y dos sujetos jurídicos.

En un primer nivel de análisis se verifica que el medio establecido en la ley sea adecuado o idóneo para satisfacer una finalidad constitucional (*juicio de adecuación*). Se evalúa si la medida dictada es capaz de causar la finalidad que la Constitución autoriza perseguir al Estado. El subprincipio de adecuación podría explicarse del siguiente modo:

Si el medio uno (M<sub>1</sub>) no es idóneo para la promoción u obtención del fin exigido por el principio uno (P<sub>1</sub>), entonces el P<sub>1</sub> no exige la adopción del M<sub>1</sub>; pero si, en estas circunstancias, el M<sub>1</sub> afecta la realización del principio dos P<sub>2</sub>, entonces, en lo que concierne a la exigencia material del principio dos P<sub>2</sub>, el M<sub>1</sub> está prohibido por alterarlo (38).

Sin embargo para determinar la validez constitucional del medio empleado por la ley, no basta con un análisis circunscripto a la idoneidad o *adecuación* de la medida legal. El principio de proporcionalidad exige que esta medida, además de idónea, sea necesaria (*juicio de necesidad o de indispensabilidad*). Ciertamente, el medio legal puede satisfacer una finalidad

---

(38) Este razonamiento es enunciado con mayor profundidad en la teoría de los principios de ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 92.

constitucional, pero a la vez puede restringir de modo innecesario (puesto que existe otro medio al menos igualmente idóneo) otro fin público. En este orden, dentro de las posibilidades fácticas que admite el principio para su realización, el juicio de necesidad se propone encontrar y aplicar un medio distinto al contenido en la ley, que satisfaga en igual medida el principio y restrinja con menor intensidad el otro fin público involucrado. Dicho de otro modo, deben considerarse otras medidas fácticas que también puedan ser adecuadas para satisfacer el requerimiento constitucional y, a la vez, sean menos restrictivas de otros derechos constitucionales. El subprincipio de necesidad podría explicarse del siguiente modo:

Si  $M_1$  y  $M_2$  son igualmente idóneos para lograr o promover  $P_1$  y si  $M_2$  afecta menos intensamente que  $M_1$  o no afecta en absoluto la realización de aquello que exige  $P_2$ , entonces está ordenado la realización de  $M_2$ . Está prohibido elegir  $M_1$ .

Finalmente, mediante el tercer subprincipio (*juicio de proporcionalidad stricto sensu*) no se trata ya de la elección del medio más benigno. En este caso, ya se observó que ambos medios ( $M_1$  y  $M_2$ ) son adecuados y necesarios para lograr el fin establecido en el principio  $P_1$ . Además, se verifica que estos dos medios son los únicos posibles para lograr el fin exigido por  $P_1$ . Es decir, no se puede alcanzar  $P_1$  sino solo a través de estos dos medios. Pero, al mismo tiempo y desde el punto de vista de las posibilidades fácticas, solamente es posible alcanzar la satisfacción de  $P_2$  si no se adoptan  $M_1$  y  $M_2$ . La elección de cualquiera de esos medios resulta indiferente para la no realización de  $P_2$ . En este caso, señala Alexy, debe acudir al mandato de ponderación de principios de acuerdo con sus posibilidades jurídicas. El autor explica que “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de colisión” (39).

La ley de colisión expresa que “las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituye el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (40). Alexy grafica este razonamiento del siguiente modo:  $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C } 1,2,3,4$ , donde  $P_1$  resulta el principio precedente;  $P_2$  el principio precedido;  $C_{1,2,3,4}$  las condiciones en las cuales sucede esa precedencia. Esas condiciones constituyen el supuesto de hecho en que se aplica la regla; el principio precedente ( $P_1$ ), la consecuencia jurídica que debe aplicarse.

Deberá ponderarse, entonces, las ventajas y desventajas que suponen la aplicación de uno u otro principio, de acuerdo a las condiciones que presen-

(39) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 92.

(40) *Ibidem*, ps. 70 a 76.

ta el caso. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente o de otra manera. Cabe expresarlo mediante la siguiente fórmula:

Si  $M^1$  y  $M^2$  son los únicos medios necesarios para lograr o promover el fin establecido en el  $P^1$  y, a la vez, ambos medios impiden la realización del fin propiciado por el  $P^2$ , entonces está ordenado la realización de una ponderación de  $P^1$  y  $P^2$  de acuerdo a sus posibilidades jurídicas, teniendo en consideración las condiciones de cada caso.

Es necesario aclarar que el resultado de la ponderación de los principios ius-fundamentales según sus posibilidades jurídicas, de acuerdo con la regla de precedencia condicionada, tiene como límite infranqueable la afectación del contenido esencial. Por ello se dice que el principio de proporcionalidad y, más precisamente, el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, está en realidad implicado en la garantía del contenido esencial. Esto quiere decir que nunca podrá estar justificada una medida legal de cuya aplicación resultare nugatorio el contenido esencial de un derecho ius-fundamental. En el sentido indicado, el profesor Cianciardo afirma que “el principio de razonabilidad se orienta, en definitiva, hacia la justificación de la medida enjuiciada. No alcanza para garantizar la vigencia plena de los derechos fundamentales. Esta garantía se alcanzará solo si al juicio de proporcionalidad de la medida se agrega el del contenido esencial, orientado hacia la tutela de la intangibilidad de los derechos” (41).

### **b.3) Balance parcial**

Hasta el momento se pueden extraer de lo expuesto las siguientes conclusiones: *i)* en la evolución histórica constitucional la garantía del debido proceso legal (*due process of law*) establece una protección procedimental y sustancial para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales; *ii)* la Constitución argentina, además, impone un límite material a la actividad legislativa que reglamenta los derechos y libertades fundamentales. Esta limitación material se expresa en el art. 28 de la CN que garantiza la inalterabilidad de los derechos fundamentales; *iii)* esta exigencia de inalterabilidad supone la aceptación de un contenido esencial de los derechos fundamentales; *iv)* para controlar la razonabilidad de las leyes se construyó en la dogmática constitucional el principio de proporcionalidad. Este principio propone un análisis fragmentado en tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) que permite determinar la razonabilidad en la reglamentación de los derechos fundamentales. Si se logra superar los tres niveles de análisis, se podrá concluir entonces que el medio previsto en la ley no altera la sustancia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional.

---

(41) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 114.

### **c) El principio de proporcionalidad como derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

#### ***c.1) Restricciones permitidas. Principios de soberanía popular y bien común***

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se establece en sus dos primeros artículos la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que fueran necesarias para hacerlos efectivos. Estas disposiciones de derecho interno pueden considerarse límites o regulaciones del contenido de las normas ius-fundamentales establecidos en la Convención (42).

Artículo 1: Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de cualquier otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En la Convención se admiten, entonces, que pueden existir en los ordenamientos internos de los Estados Partes justificadas regulaciones de los derechos y libertades fundamentales. Esta necesidad de regulación o limitación responde a la amplitud característica de las normas fundamentales y a la naturaleza bifronte de ese tipo de disposiciones (43). Esta naturaleza implica por parte de los Estados una serie de obligaciones: reconocer los derechos fundamentales, promoverlos, tutelar contra la propia actuación y proteger contra la actuación de terceros. En consecuencia, la Convención se preocupa en realizar declaraciones sobre el alcance que debe otorgarse a las disposiciones legales de los Estados miembros que pudieran generar restricciones para la efectividad de tales derechos y libertades.

---

(42) Se utilizarán aquí las nociones mencionadas en CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos...* op. cit., ps. 231-254. En particular, la distinción que realiza entre el contenido de las normas ius-fundamentales (es limitado y regulable) y los derechos fundamentales (son limitados pero ilimitables).

(43) La naturaleza bifronte significa que si se acepta que las normas ius-fundamentales imponen al legislador una obligación de abstención (un no-hacer), y al mismo tiempo una obligación de promoción (un hacer), también debe aceptarse que el legislador tiene las facultades adecuadas para el logro de esta finalidad. CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos...*, op. cit., p. 233 y STC 25/18/98, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1981-354, FJ. 5º, citado por el autor.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razón de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos... 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Dos garantías se reconocen mediante estas normas: una procedimental, que consiste en la exigencia de que la limitación de los derechos fundamentales sea de conformidad con el principio de la soberanía popular; es decir, por el órgano que representa la voluntad popular y el procedimiento para la sanción de las leyes. La otra exigencia tiene naturaleza sustancial, y está relacionada con los límites de los derechos fundamentales.

Sin embargo, a primera vista, la textura abierta del artículo 32 pareciera que presenta al operador más complicaciones que respuestas. Coloca al intérprete en un estado de perplejidad que impide, al menos, dar una solución rápida. En efecto: ¿cómo es posible que un Estado Parte se comprometa a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y, al mismo tiempo, la Convención autorice una restricción de tales derechos y libertades con términos tan amplios e indeterminados?; ¿cuál es el límite máximo tolerable por parte de la Convención para dichas restricciones? (44); ¿Qué alcance debe otorgarse al término *interés general* o el *propósito* o *finalidad* que persigan tales restricciones? Finalmente, el límite externo establecido para los derechos de cada persona, consistente en los “*derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”, ¿no resultan conceptos algo vagos, abiertos o imprecisos para establecer la medida del derecho y sus restricciones?

Para cubrir de sentido a la indeterminación de los términos empleados por la Convención y definir el alcance de las restricciones permitidas a los derechos y libertades previstos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos resulta aconsejable acudir a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que es el órgano creado por esa Convención encargado de su aplicación y, por ende, de la in-

---

(44) Sin embargo, es preciso dejar aclarado que estas restricciones no se aplican a los derechos fundamentales formulados en términos negativos y concluyentes, como son aquellos enunciados que comienzan: “nadie será sometido a torturas”. Dentro de este contexto, P. ZAMBRANO explica que la proscripción a la esclavitud podría entenderse como un caso claro de referencia para el principio ius-fundamental básico de respeto a la dignidad de las personas. El margen o espacio de la creatividad interpretativa jurídica es directamente proporcional al margen de penumbra de los conceptos y de los enunciados normativos. Cfr. “Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, *Persona y Derecho*, 60 (2009), ps. 131-132.

terpretación de sus cláusulas (45). A continuación se mencionarán algunos pronunciamientos que podrán iluminar el sentido de las cláusulas mencionadas.

**c.2) Restricciones de derechos fundamentales. Necesidad de ley en sentido formal**

En primer lugar, se debatió si el vocablo *ley* empleado en el art. 30 de la Convención para autorizar una restricción válida al goce y ejercicio de los derechos, se refiere al sentido formal o material del término en cuestión.

Esta indeterminación del sentido de la palabra *ley* utilizada en el artículo 30 de la Convención fue objeto de la Opinión Consultiva N° 6/86 de la Corte IDH, por requerimiento de la República Oriental del Uruguay (46).

En dicho pronunciamiento, la Corte declaró que el término *ley* como exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana, no puede tener otro sentido que el de *ley formal*, es decir, una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (47).

**c.3) Restricción de los derechos fundamentales. Límite: el bien común**

En la Opinión Consultiva N° 6/86 la Corte consideró insuficiente la exigencia de una ley en sentido formal como única limitación para la validez de una restricción constitucional. Consideró que debía decir algo más al respecto y avanzó sobre un aspecto de la indeterminación semántica de la norma del artículo 30 que no había sido objeto de consulta por parte del Estado Parte. Se refirió, en este sentido, a una exigencia de naturaleza sustancial que debe contener la ley para que sea considerada una restricción permitida y, por ende, lícita. En la norma en cuestión se estatuye que las leyes deben ser dictadas "*por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*".

La Corte interpretó que *razones de interés general* significa que la restricción debe ser adoptada en función del *bien común*. En este sentido, remite a la norma del artículo 32.2 mencionada anteriormente, en cuanto se impone como límite de los derechos reconocidos por la Convención *las justas*

---

(45) El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que las obligaciones que impone el Derecho Internacional deben ser cumplidas de buena fe. En el caso de la CADH, la Corte Interamericana es el órgano jurisdiccional encargado de su interpretación auténtica para determinar el alcance de las obligaciones que deben cumplir los Estados partes.

(46) OC-6/86, La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986.

(47) OC-6/86, párrafo 27.

*exigencias del bien común*. Haciendo una interpretación sistemática de la Convención en conjunto con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte afirmó que *bien común* y *orden público* en la Convención son términos que, por un lado, requieren de una organización política que presuponga el ejercicio efectivo de la democracia representativa y, al mismo tiempo, se reconoce que los derechos del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y deben ser objeto de protección internacional. En este aspecto, remarcó dos exigencias de la autoridad de la ley en los Estados americanos: a) la potestad que proviene del principio de representación democrática y b) la autoridad que surge del mínimo de sustancialidad del derecho reconocido por la Convención (o contenido esencial). Superadas estas dos exigencias, se podrá decir que resulta lícita (o razonable o proporcional) la restricción al goce y ejercicio del derecho o libertad establecido en la Convención.

En este orden de ideas, cabe agregar que no se podría invocar en ningún caso el *orden público* o el *bien común* como medios para suprimir un derecho o libertad garantizados por la Convención o para desnaturalizarlos o vaciarlos de su contenido esencial, según las normas de interpretaciones que se establecieron en el art. 29.a de la Convención (48).

Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella...

Como se puede deducir de lo expuesto, la Corte no se conformó con una definición formalista de la ley para que ésta sea susceptible de interferir en el goce y ejercicio de un derecho fundamental. En la Opinión Consultiva Nº 6/86 consideró el elemento teleológico que conforma la existencia misma del Estado. Esta finalidad esencial del Estado, según señala la propia Opinión Consultiva, es "*la felicidad del hombre dentro de la sociedad*" (49). Sostuvo el Tribunal que deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. Dijo que el hombre americano no concibe vivir sin justicia, ni sin libertad, y señaló como propósito de todos los Estados americanos la necesidad de consolidar dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

En definitiva, la Corte Interamericana adscribió el concepto de ley formal al enunciado normativo "*ley*" directamente estatuido en el art. 30 de la

---

(48) OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Serie A. No. 5, párrafos 66 y 67.

(49) La Corte IDH utiliza esta definición en la citada Opinión Consultiva, que extrae de la Declaración de México del 6 de marzo de 1945, inc. 12, Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954, Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, p. 25.

Convención. Pero este requisito de carácter procedimental que se fundamenta en el principio de la soberanía popular no resulta, por sí solo, suficiente para la validez de las posibles restricciones de los derechos y libertades convencionales. La Corte también interpretó que la *ley formal* debe contener una finalidad legítima del poder público estatal. Para ello debe tenerse en consideración el elemento teleológico que conforma la existencia misma del Estado, que es el *bien común* o, en términos utilizados por la Corte Interamericana, *la felicidad del hombre en sociedad*.

El primer elemento señalado —ley formal— no ofrece mayores dificultades. Debe consultarse las distintas constituciones de los Estados Partes para determinar cuál es el proceso de formación de normas jurídicas de carácter obligatorio, emanadas del Poder Legislativo, de acuerdo a los procedimientos allí establecidos.

El segundo requisito para considerar válida una restricción a los derechos fundamentales expresados en la Convención —*finalidad legítima, bien común o la felicidad del hombre en sociedad*—, requiere una relación de fundamentación mayor, atendiendo a la apertura semántica y estructural de los términos empleados (50). Esta relación de fundamentación no puede expresarse en abstracto, tampoco es conveniente que así sea. Deberá analizarse en cada caso en particular si el medio empleado por la ley que interviene en un derecho fundamental es apropiado para alcanzar la finalidad que conforma la esencia misma del Estado.

Con este propósito, a continuación se enunciarán algunos informes y sentencias de los órganos del sistema interamericano en donde se utilizó el principio de proporcionalidad como una herramienta para resolver esta problemática.

#### **d) El principio de proporcionalidad en los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

##### ***d.1) El caso “Sra. X v. Argentina”, de la Comisión IDH (del 15/10/1996)***

Como primer antecedente, es necesario referirse al informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), en el precedente “*Sra. X v. Argentina*” (51).

Se trató de un caso donde se cuestionaba la realización de inspecciones vaginales a la esposa de una persona detenida y a su hija menor de edad, por

---

(50) ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 45 y ss.

(51) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, op. cit., ps. 100 a 106. El fallo analizado es mencionado por el autor como un caso del subprincipio de necesidad para enjuiciar una medida legal restrictiva de un derecho fundamental (informe N° 38/96, del 15/10/1996, Inter-Am. C.H.R., OEA/Serv.L/V/II.95 Doc. 7 rev. En 50 (1997).

parte de funcionarios de una penitenciaría. Luego de agotada la instancia judicial interna, el caso fue presentado ante la Comisión IDH. La víctima alegó que la práctica cuestionada lesionaba la dignidad de las personas (artículo 11); constituía una medida de carácter penal degradante que transciende la persona del penado (artículo 5.3) y era discriminatoria en perjuicio de las mujeres (artículo 24, en relación al artículo 1.1).

En este precedente la Comisión estableció el estándar requerido para la validez de una restricción de los derechos y libertades establecidos en la Convención. Al respecto, dijo que debe ser:

“1) prescripta por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículos 32.2 y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos” (52).

No basta entonces que la medida restrictiva haya superado el procedimiento estatal para la producción de leyes y, por consiguiente, emanar de una legítima representación democrática. El órgano político creado por la Convención exigió, además, que:

“la restricción a los derechos humanos debe ser **proporcional** al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo... [en el caso] se trata de buscar un **balance** entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad de las penitenciarías”. En este sentido, señaló que “la razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por vía del **examen de un caso específico**” (53).

Es preciso detenerse, aunque sea brevemente, en remarcar la exigencia del examen del “*caso específico*” mencionado por la Comisión. Esta exigencia será analizada con mayor profundidad en el capítulo siguiente, pero en este apartado es necesario adelantar que las circunstancias que informan el caso constituyen el material argumentativo que permitirá fundamentar una decisión razonable. Precisamente, estos datos de la realidad son los que inclinarán la decisión sobre el adecuado ámbito de funcionamiento de los principios en aparente oposición, mediante una iusfundamentación correcta (54). En el caso analizado: la dignidad de la mujer revisada y la seguridad pública del establecimiento penitenciario.

---

(52) Comisión IDH, caso: “*Sra. X v. Argentina*”, párrafo 60.

(53) *Ibidem*, párrafos 70 y 71.

(54) R. ALEXANDER enseña que “una norma adscripta tiene validez y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible aducir una fundamentación iusfundamentalmente correcta”. La fundamentación iusfundamentalmente correcta hace alusión a los criterios de validez sistemático (inclusión en el derecho positivo), sociológico y ético. En definitiva, “las normas de derecho fundamental son todas aquellas a favor

Con el objeto de analizar la proporcionalidad de la medida para el cumplimiento de los fines estatales, la Comisión sometió la validez de la restricción que suponía una inspección vaginal, al cumplimiento de una serie de condiciones, de las cuales aquí interesan mencionar solamente dos: “1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad; 2) *no debe existir alternativa alguna...* (55).

El primer requisito significa que las inspecciones de esta naturaleza se deben realizar únicamente en casos específicos cuando existen *razones* para creer que haya un peligro real para la seguridad o que la persona en cuestión puede estar transportando sustancias ilícitas. En cuanto a la segunda exigencia (inexistencia de alternativa), la Comisión entendió que había otras medidas alternativas menos restrictivas de los derechos fundamentales, tales como las inspecciones de los internos y de sus celdas con posterioridad a las visitas. Estos medios (o, en términos de Alexy, *posibilidades fácticas*) son más razonables (o eficientes) para garantizar la seguridad interna de un penal. En el sentido indicado la Comisión razonó que “hubiera sido entonces más sencillo y más razonable inspeccionar a los internos después de una visita de contacto personal, en lugar de someter a todas las mujeres que visitan las penitenciarías a un procedimiento tan extremo” (56).

La Comisión Interamericana adscribió entonces el cumplimiento de tres recaudos a los enunciados de los arts. 30 y 32.2 para validar restricciones de derechos convencionales; a saber:

1) que debe respetar el principio de soberanía popular y, en consecuencia, provenir de una *ley formal* sancionada democráticamente por el órgano representativo de la comunidad y de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución del Estado Parte (*principio de legalidad*);

2) que la medida establecida por la ley debe guardar una *relación proporcional* con una finalidad legítima del Estado (*principio de proporcionalidad*) y,

3) esta relación de proporcionalidad tiene como presupuesto la inexistencia de una medida que suponga una restricción menor a los derechos fundamentales interferidos por esa la ley. En este punto, la Comisión formuló un análisis de la indispensabilidad o necesidad del medio legal para el cumplimiento del fin convencional. En tanto que hubiese un medio legal de menor afectación de los derechos fundamentales (*subprincipio de necesidad*), la medida prevista en la ley resulta ilegítima.

Es necesario destacar que el análisis de necesidad no se realiza en abstracto. La Comisión no atendió en forma dogmática a una posible genera-

---

de las cuales es posible aducir una fundamentación correcta”. *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., ps. 45 a 55.

(55) Párrafo 72.

(56) Comisión IDH, caso “Sra. X v. Argentina”, párrafo 76.

lidad de casos en que se podría aplicar la medida establecida por la ley. La Comisión insistió en que dicha ponderación debía realizarse en concreto, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso. Repárese que, en un supuesto distinto, donde pudieran existir sospechas razonables y objetivas de que la persona que ingresara a un establecimiento carcelario pudiera llevar en su cuerpo elementos que pongan en peligro la seguridad del establecimiento, existiría entonces una necesidad absoluta de revisión. Esto implica que en esas circunstancias especiales la medida sería proporcionada y, por ende, una legítima restricción de los derechos convencionales.

**d.2) El caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay”, de la Corte IDH (31/8/2004)**

En el caso se debatió la validez de una restricción al derecho a salir del país impuesta judicialmente a un ciudadano paraguayo por estar sometido a un proceso penal. El Estado alegó que la medida era legítima, pues tenía naturaleza cautelar, había sido adoptada por los tribunales del Estado Parte con posterioridad a la sentencia condenatoria y tenía por finalidad asegurar la sujeción del infractor al proceso.

Al decidir el caso la Corte Interamericana reconoció que el derecho de circulación y de residencia (incluido el derecho a salir del país), pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con las cláusulas previstas en los arts. 22.3 y 30 de la Convención (57).

Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia.

*1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*

*2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*

*3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable, en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*

La Corte adscribió a esta norma el cumplimiento de tres recaudos para que sea válida la restricción al derecho de salir del país impuesta al actor: el requisito de legalidad en una sociedad democrática, el requisito de necesidad en una sociedad democrática y el requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática.

---

(57) Esta formulación del derecho de circulación puede ser entendida como un derecho fundamental con reservas de limitación directa, pues en la norma se establece esta posibilidad en forma expresa.

Con respecto al primer recaudo la Corte sostuvo que “las condiciones en que pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley, por lo que las restricciones no previstas en la ley..., serían violatorias de los referidos derechos. Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la **esencia del derecho**” (58). La Corte subrayó, en este sentido, la necesidad de una definición “*precisa y clara*” de los supuestos excepcionales de restricción previstos en la ley y la prohibición de realizar “*interpretaciones extensivas de la restricción*”, particularmente, cuando tales medidas afecten severamente bienes fundamentales como la libertad.

En cuanto al segundo requisito (necesidad), la Corte sostuvo que “las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”. El Tribunal interpretó que debía analizarse en este caso concreto si la medida cautelar era indispensable para asegurar que la persona afectada en su derecho de libre circulación no se evadiera del proceso y su eventual responsabilidad penal.

Tras considerar la totalidad de las circunstancias concretas del caso, descartó cualquier afectación de este tipo. Argumentó que el actor había sido condenado en segunda instancia a la pena de dos meses de penitenciaría y a una multa en dinero; había ofrecido caución personal y real; se comprobó su arraigo en el Paraguay; existía un informe de una autoridad pública que justificaba la salida del país y descartaba cualquier hipótesis de fuga y, finalmente, durante el tiempo en que duró el proceso —más de ocho años—, las veces en que había sido autorizado a salir del país la persona siempre había regresado y comunicado esto oportunamente al juzgado.

Finalmente, con respecto a la tercera exigencia (*proporcionalidad*), la Corte se limitó a transcribir un fragmento de la Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos:

“14... Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15... El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

---

(58) La cita de la Corte es transcripción del Comentario General N° 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU. El destacado no es textual.

En definitiva se concluye de lo expuesto que para considerar válida una restricción a la libertad de circulación en el sistema interamericano se exige una ley formal clara y precisa del Estado Parte que autorice la restricción. Esta disposición legal no puede afectar el contenido esencial de un derecho o libertad convencional. También se requiere demostrar la necesidad del medio empleado para satisfacer una finalidad pública importante. En especial, se debe analizar en el caso concreto que esta restricción sea indispensable para satisfacerla y que no existan otros medios igualmente idóneos y menos restrictivos del derecho a la libre circulación para obtener el citado fin público. En suma, para ser válida la restricción, se deben sobrepasar las exigencias del principio de proporcionalidad, teniendo en consideración las condiciones fácticas y jurídicas que presenta el caso concreto.

### **d.3)** *El caso “Kimel vs. Argentina”, de la Corte IDH (02/05/2008)*

#### **d.3.i.** Los hechos

Se debatió la aplicación de una sanción penal por el delito de calumnias a un periodista (Eduardo Kimel) por el contenido de su publicación. El señor Kimel publicó en noviembre de 1989 un libro titulado *“La Masacre de San Patricio”*, donde analizó el asesinato de cinco religiosos ocurrido en Argentina, durante el último gobierno militar. En su publicación, el periodista investigó las actuaciones judiciales dirigidas a esclarecer la masacre y se preguntó si realmente el juez quería descubrir a los verdaderos victimarios. En concreto, señaló que “la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial... y en el caso de los palotinos, el juez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.

Tras una querrela por calumnias e injurias, el periodista Kimel fue condenado a la pena de un año de prisión, en suspenso, y al pago de una indemnización de 20.000 pesos, en concepto de reparación por el daño causado y las costas. Luego de agotar todas las instancias judiciales internas, la sentencia quedó firme. El periodista acudió al sistema interamericano de protección de derechos humanos. Alegó que existía responsabilidad del Estado argentino por haber afectado la libertad de pensamiento y expresión, reconocida por el artículo 13 de la Convención. En lo pertinente, esta norma señala:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y Expresión.

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por*

*escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

### d.3.ii. Necesidad de armonización de derechos ius-fundamentales

Al igual que en los supuestos anteriores, se presentó como una necesidad del Tribunal establecer el justo ámbito de funcionamiento de los principios convencionales que protegen, por un lado, la libertad de expresión (art. 13) y, por el otro, la honra de la persona agraviada por la publicación (art. 11). Una vez más se trató de determinar los límites internos y externos del contenido de los derechos fundamentales, en un caso donde el ámbito material de cada derecho se encontraba superpuesto (59).

Según la máxima de optimización que define el funcionamiento de los principios fundamentales, ambos derechos deben ser aplicados en la mayor medida posible, según sus posibilidades fácticas y jurídicas (60).

La ley que protegía la honra de las personas —en este caso, el querellante— estipulaba sanciones penales de singular importancia. De modo que se presentaba como una medida idónea que satisfacía ese derecho fundamental. Pero, al mismo tiempo, interfería en la libertad de pensamiento y expresión, pues generaba graves responsabilidades ulteriores que podrían actuar como factores de autocensura.

Para determinar el adecuado ámbito de funcionamiento de los derechos fundamentales implicados en el caso, la Corte Interamericana analizó la validez de la ley a la luz del principio de proporcionalidad.

El Tribunal afirmó que ambos derechos (libertad de expresión y protección a la honra) están reconocidos en la Convención y, por ende, es necesario garantizar su ejercicio. Para armonizar el uso y goce de ambos derechos se precisa evaluar la justa proporción en que se debe ejercitar en un caso determinado. Al respecto la Corte señaló: “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia

---

(59) F. TOLLER distingue entre ámbito material y formal de los derechos. El primero se refiere a toda dación, acción u omisión que realiza lo en principio apuntado en el *nomen iuris*. El ámbito material precisa concreciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias. De este modo, se establece, dentro de esas acciones, el ámbito jurídico o formal o ámbito de funcionamiento razonable del derecho, su ejercicio legítimo, el verdadero alcance. En *Interpretación constitucional...*, op. cit., ps. 1262 y ss.

(60) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., ps. 91 a 95.

de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio..." (61).

La Corte advirtió la existencia de un conflicto o tensión entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. Respecto del contenido de la libertad de pensamiento y expresión, señaló que consiste "en el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, como así también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás" (62). Sin embargo, expresó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y fundamentó esa afirmación en que el art. 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Indicó que "estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión..." (63).

A su vez, también resaltó la importancia del derecho al respeto de la honra que tiene toda persona y a la protección de su dignidad (art. 11 de la Convención) (64). Esta regulación implica límites externos a las injerencias de los particulares y del Estado.

Frente al reconocimiento de ambos derechos en la Convención (libertad de expresión y protección a la honra) y, una vez que la Corte determinó en el

---

(61) Corte IDH, caso "Kimel vs. Argentina", párrafo 51.

(62) *Ibidem*, párrafo 53. Sostiene la Corte que el derecho a la libertad de expresión tiene una dimensión individual y social. "Requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (Casos "La Colegiación Obligatoria de Periodistas", OC-5/85, del 13/11/ 1985, Serie A No. 5; "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile", sentencia del 05/02/2001, Serie C No. 73, párr. 64; "Ivcher Bronstein", sentencia del 06/02/2001, Serie C No. 74 y "Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", sentencia del 02/07/2004, Serie C No. 107).

(63) *Ibidem*, párrafo 54 y las citas de los casos "Herrera Ulloa" ya citado, y "Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia del 31/08/ 2004, serie C No. 111, párr. 96 y "Palamara Iribarne vs. Chile", sentencia de 22/11/ 2005, serie C No. 135.

(64) Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

caso específico que existían tensiones o conflictos entre ellos (65), el Tribunal observó la existencia de límites fijados por la propia Convención.

La solución para determinar la justa medida de cada uno de los derechos implicados con relación al medio legal que promueve uno y que restringe el otro, está dada por el análisis de la proporcionalidad de ese medio legal, a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre el particular, el Tribunal señaló:

58. ... [P]ara resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión”.

#### d.3.iii. La restricción debe cumplir el principio de legalidad

En cuanto al primer interrogante —si la tipificación del delito de calumnias e injurias afectaba la legalidad estricta que es preciso observar en materia penal—, el Tribunal entendió que existía una violación a dicho principio. Sostuvo que la ambigüedad con que era expresado el tipo penal de los delitos de calumnias e injurias no satisfacía el principio de estricta legalidad. En razón de lo anterior, la Corte consideró que la tipificación penal correspondiente infringía los artículos 9 (Principio de Legalidad) y 13.1 (Libertad de Pensamiento y Expresión), en relación con los artículos 1.1 (Obligación

---

(65) La teoría del ejercicio regular de los derechos niega la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales. Expresa que en realidad existen puntos de contacto en el ámbito material de funcionamiento de esos derechos Siguiendo la teoría hilemórfica de Aristóteles, F. TOLLER distingue entre el ámbito formal y el ámbito material de los derechos fundamentales. Señala que “existe por un lado una suerte de ámbito o causa material del derecho, esto es, toda aquella dación, acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado en su *nomen iuris*”. En cambio, el ámbito formal un derecho se refiere al “verdadero y propio derecho fundamental y deben considerarse sinónimos las expresiones ámbito jurídico de ejercicio del derecho..., ejercicio legítimo del derecho, legítimo alcance de un derecho, esfera de funcionamiento razonable del derecho, contenido esencial del derecho, contenido del derecho o simplemente, derecho. Por esto, fuera del ámbito formal el derecho no deviene restringible o limitable..., sino inexistente”. TOLLER, F., *Resolución de los Conflictos entre los Derechos Fundamentales*, en *Interpretación Constitucional*, FERRER MAC-GREGOR, E., Coordinador. Ed. Porrúa, México, 2005, T. II, ps. 1262 a 1268. También, CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos*, op. cit., p. 41-134.

de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención (66).

Esta cuestión, que fue admitida por el propio Estado, sellaba de manera definitiva la resolución del caso. Pero lo interesante de este pronunciamiento es que la Corte Interamericana consideró necesario, aún así, continuar con el análisis de la proporcionalidad de la medida. Una explicación de esta decisión se observa en el párrafo 40, donde la Corte expresó que “a pesar de la confesión de los hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de los derechos humanos” (67).

En virtud de lo señalado por el Tribunal, se destaca la importancia de este pronunciamiento como *leading case* del sistema interamericano de protección de derechos humanos, en materia de interpretación de las libertades fundamentales. El enunciado general de la sentencia estableció la necesidad de que los jueces de los Estados Partes acudan al principio de proporcionalidad para definir, en los casos concretos, el adecuado ámbito de funcionamiento de cada uno de los derechos y libertades fundamentales establecidas en la Convención.

#### d.3.iv. El subprincipio de idoneidad (también llamado adecuación)

La Corte seguidamente analizó la idoneidad de la medida cuestionada que tenía por objeto proteger la honra del funcionario público y, al mismo tiempo, intervenía en el ámbito de funcionamiento de la libertad de expresión. Este nivel de análisis se corresponde con el subprincipio de adecuación o idoneidad.

Como se expresó anteriormente, este juicio procura analizar la relación entre la medida legal y el fin constitucional que se promueve mediante ella. La doctrina señala que la medida establecida en la ley: a) debe tener una finalidad concreta; b) el fin que persigue no debe estar prohibido constitucionalmente y c) la finalidad debe ser socialmente relevante (68).

Sobre esta cuestión, la Corte Interamericana expresó lo siguiente:

**Idoneidad y finalidad de la restricción...** 70. En este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con

(66) Corte IDH, caso “*Kimel Vs. Argentina*”, párrafo 59 a 67.

(67) *Ibidem*, párrafo 40.

(68) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 65; en igual sentido. TOLLER, F., *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 1271.

la Convención. 71.... los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá *infra*.

Superado el juicio de idoneidad, por considerar que la sanción penal resultaba eficaz para salvaguardar adecuadamente el derecho a la honra y reputación de toda persona, lo cual es un fin legítimo acorde con el art. 13.2.a) de la Convención, la Corte estimó que debía transitar al segundo escalón del análisis de la proporcionalidad de la medida legislativa.

#### d.3.v. El subprincipio de necesidad

Este segundo nivel del principio de proporcionalidad consiste en determinar la eficiencia del medio elegido por la ley en comparación con otros medios alternativos que pueden satisfacer al menos en igual grado la consecución del fin constitucional. Se trata de un análisis en el que se encuentran en relación el medio elegido por la ley, el fin constitucional promovido por él, otros medios hipotéticos de igual o mayor eficacia y otros fines constitucionales que pueden ser eventualmente restringidos por la aplicación de dichos medios.

Juan Cianciardo explica que “el juicio de adecuación se presenta como un juicio bilateral entre el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional y dicho fin”, mientras que el juicio de necesidad o menor lesividad “aparece como un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos” (69).

En el caso *Kimel* se puede advertir que la Corte Interamericana realizó un análisis de esta naturaleza. El Tribunal evaluó la figura de las calumnias e injurias a la luz de su capacidad para satisfacer la protección de la honra y reputación del querellante y, a la vez, ponderó el grado de afectación que dicha figura legal podía provocar en la libertad de pensamiento y expresión.

Sobre esta cuestión la Corte señaló:

**Necesidad de la medida utilizada.** 74. En el análisis de este tema, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas.

---

(69) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 95.

75. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito...

En el análisis del nivel restrictivo que suponía la medida legal, la Corte consideró que el derecho penal es el medio más severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. Señaló que “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado” (70).

Con la finalidad de establecer una razonable conciliación entre las exigencias de tutela del derecho a la libertad de expresión, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, la Corte señaló que “en determinadas circunstancias el empleo de la vía penal puede considerarse necesario para tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. En este sentido, no estimó contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones” (71). Consideró, de todos modos, que esa posibilidad se debía analizar con especial cautela, evaluando “la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de [las informaciones u opiniones], el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales” (72).

También colocó en cabeza del periodista un deber profesional concreto de “constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar *equidad y diligencia* en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes” (73).

Luego de reconocer que la sanción penal puede ser necesaria, en ciertos casos de graves abusos en el derecho de expresión, donde se verifiquen los estándares señalados anteriormente, la Corte consideró que en el caso del periodista Kimel era notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo, tomando en cuenta los hechos imputados, su repercusión sobre los bienes

---

(70) Corte IDH, caso “*Kimel vs. Argentina*”, párrafo 76.

(71) *Ibidem*, párrafo 77.

(72) *Ibidem*, párrafo 78.

(73) *Ibidem*, párrafo 79.

jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción de privación de libertad aplicada al periodista.

#### d.3.vi. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu

La Corte Interamericana estimó que también debía realizar una ponderación orientada a verificar que del sacrificio que implicaba la aplicación de la medida legal que protegía el derecho a la honra, no resultara una afectación tal que deje sin efecto el contenido esencial de la libertad de pensamiento y expresión. En palabras utilizadas por la Corte, que no hiciera “*nugatorio*” el ejercicio de ese derecho.

En términos no conflictivistas se puede decir que la Corte procuró determinar el ámbito formal de funcionamiento de cada uno de los derechos que comparecen para resolver el caso y, bajo este prisma, establecer la validez o no del medio legal que los afecta (74). Este tercer paso constituye el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre esta cuestión, el Tribunal señaló la siguiente afirmación:

**Estricta proporcionalidad de la medida...** 83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

La Corte se propuso evaluar el grado de afectación que el delito de calumnias e injurias (medio legal) podía proyectar sobre el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Sobre esta cuestión, el

---

(74) Cfr. TOLLER, F., *Interpretación Constitucional...*, *supra* notas 57 y 63.

Tribunal regional consideró que “las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades posteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario” (75).

Por otra parte, en la sentencia se valoró que el ámbito de funcionamiento del derecho que protegía la honra del querellante tampoco había sufrido un menoscabo en su contenido esencial, puesto que la condición de servidor público derivado de la calidad de magistrado de la nación del querellante, lo colocaba en una situación que debía tolerar una mayor injerencia del periodismo en los asuntos públicos de su incumbencia.

En este punto, la Corte afirmó que “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático [...] en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso” (76).

En la sentencia se consideró como parte integrante del contenido esencial de la libertad de expresión, una función esencialmente democrática de este derecho fundamental, cual es la de controlar la transparencia y regularidad de los actos de gobierno. En este aspecto, se sostuvo que “el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático [...] En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas [...] El señor Kimel emitió una opinión que no tenía relación con la vida personal del Juez querellante ni le imputaba una conducta ilícita, sino que se relacionaba con la causa judicial a su cargo [...] no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos

---

(75) *Ibidem*, párrafo 85.

(76) *Ibidem*, párrafo 81.

verificados por el propio periodista [...] Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo” (77).

Teniendo en cuenta el contenido esencial de la libertad de pensamiento y expresión, tanto en la faz individual del derecho del periodista como en la función colectiva que desempeña en una sociedad democrática, la Corte concluyó que fue desproporcionada la medida legislativa que disponía una severa sanción penal y pecuniaria por la emisión de una opinión periodística relativa a temas de interés públicos, referidos a la actuación de un magistrado judicial en un caso determinado, durante el último gobierno de facto.

En este punto cabe hacer una consideración con respecto a la regla de precedencia condicionada de Alexy; se podría afirmar que la Corte Interamericana elaboró un enunciado general adscrito a una norma de derecho fundamental directamente estatuida en la Convención Americana (78). El supuesto de hecho de esta norma está formado por las condiciones en que precede (**P**) el derecho a la libertad de expresión ( $P_1^o$ ), sobre el principio que protege la honra de los ciudadanos ( $P_2^o$ ). Las condiciones fácticas de esta regla: (C1) la existencia de una publicación periodística;

(C2) donde se exprese una opinión o un juicio de valor; (C3) sobre hechos verificados por el periodista; (C4) que sea un asunto concerniente al interés general; y (C5) que sea relacionado con la actuación pública de un funcionario del Estado.

En este enunciado adscrito a la norma directamente estatuida en el artículo 13 de la CADH, las indicadas condiciones constituyen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica expresa que el principio del citado artículo 13 precede sobre la protección de la honra de las personas (79). Señalado gráficamente: ( $P_1^o$  **P**  $P_2^o$ ) C1, 2, 3, 4 y 5. Esta nueva norma elaborada por la Corte IDH constituye para los Estados Partes una importante fuente del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en casos análogos.

#### **d.4) El caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, de la Corte IDH (20/11/2009)**

El señor Usón Ramírez era General de Brigada retirado de las Fuerzas Armadas y había desempeñado varios cargos públicos, inclusive el de Ministro de Finanzas de Venezuela. Fue invitado a participar en dos programas de televisión (16 de abril y 10 de mayo de 2004), donde se trató la hipó-

(77) *Ibidem*, párrafos 87 a 93.

(78) ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., ps. 63 a 79. Cfr. Además punto b.2 de este trabajo.

(79) En términos no conflictivistas se puede referir que en tales condiciones se ejerce regularmente el contenido expresado en el  $P_1$ .

tesis planteada en un artículo de prensa escrito por una periodista (también invitada a los programas), sobre la supuesta utilización de un “lanzallamas” como medio de castigo en contra de unos soldados.

En tales ocasiones el señor Usón Ramírez explicó cómo funcionaba un lanzallamas y cuáles eran los procedimientos necesarios para utilizarlo en las Fuerzas Armadas. Expresó además que “el funcionamiento y la forma como este equipo se prepara para su uso evidencia que existió una premeditación” y que tal situación sería “muy grave si resulta ser cierta”.

Como consecuencia de las declaraciones emitidas en dichos programas de televisión, el señor Usón Ramírez fue juzgado y condenado a cumplir la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de “*injuria contra la Fuerza Armada Nacional*”, bajo el tipo penal establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar Venezolano (80).

Siguiendo el criterio establecido en *Kimel*, la Corte Interamericana acudió nuevamente al principio de proporcionalidad para enjuiciar la validez de esta medida legal que restringe la libertad de pensamiento y expresión. Expresó:

49. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto, la Corte 1) verificará si la tipificación del delito de injuria contra las Fuerzas Armadas afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 2) estudiará si la protección de la reputación de las Fuerzas Armadas sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; 3) evaluará la necesidad de tal medida, y 4) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Usón Ramírez garantizó en forma amplia el derecho a la reputación de las Fuerzas Armadas, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

Al igual que en el caso *Kimel*, la Corte Interamericana consideró que la medida legal no superaba el principio de legalidad estricta que debe exigirse en el derecho penal por contener una descripción amplia y vaga de la conducta incriminada. No obstante dicha invalidez de la ley penal, la Corte siguió con el análisis de la proporcionalidad de la medida y, tras desarrollar cada uno de los subprincipios, concluyó que “la imposición de una responsabilidad ulterior al señor Usón Ramírez por el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas violó su derecho a la libertad de expresión, ya que en la restricción a dicho derecho no se respetaron las exigencias de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Consecuentemente, el Estado violó el principio de legalidad y el derecho a la libertad de expresión reconocidos en los artículos 9 y 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, respectivamente,

---

(80) El tipo penal establece que “[i]ncurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”.

en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de dicho tratado y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno estipulado en el artículo 2 del mismo, en perjuicio del señor Usón Ramírez” (81).

### **e) El principio de proporcionalidad y el control de convencionalidad de las disposiciones de derecho interno.**

El precedente *Kimel* fue el primero donde la Corte IDH definió con toda precisión la función y alcance del principio de proporcionalidad en el control de convencionalidad de las leyes internas de los Estados Partes que intervienen o restringen derechos fundamentales.

El caso apuntado cobra aún mayor dimensión, si se tienen en cuenta los precedentes de la misma Corte IDH, en los casos *Almonacid Arellana* y *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros). En la primera de estas sentencias, el Tribunal internacional estableció que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. No obstante, estableció que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, pues es el intérprete último de la Convención Americana” (82).

Cabe mencionar también la regla establecida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como fundamento del importante valor que tiene la interpretación de la Corte IDH en su función de control de convencionalidad. Según esta regla las obligaciones

---

(81) Corte IDH, caso “Usón Ramírez”, párrafo 87.

(82) Corte IDH, caso “Almonacid Arellana Vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, parr. 124 y 125. En el caso caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2006, la Corte IDH reiteró la misma doctrina, agregando que el control de convencionalidad debe efectuarse *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y material de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Cfr. parr. 128).

que impone el Derecho Internacional deben ser cumplidas por los Estados Partes de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. De modo que el órgano encargado de la aplicación de la Convención es el último intérprete de las normas contenidas en ella.

En el caso del Estado argentino, este último criterio ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “*Mazzeo*” sobre la inconstitucionalidad de los indultos dictados en los casos de delitos de *lesa humanidad*. La Corte sostuvo que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘*control de convencionalidad*’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana” (83).

En definitiva, de los indicados precedentes se pueden extraer tres conclusiones importantes para destacar en este apartado. La primera consiste en que el principio de proporcionalidad resulta un juicio ineludible para verificar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. La segunda conclusión está relacionada con la obligación de los Estados Partes de la Convención Americana de ejercer el control de adecuación de la legislación interna a los estándares normativos establecidos en el Pacto Internacional, aún de oficio. Por último, que los jueces de los Estados Partes tienen la obligación de seguir la doctrina judicial establecida en los casos contenciosos por el intérprete final de la Convención Americana —la Corte IDH— y, en lo que se refiere al tópico de este estudio, los jueces de los Estados Partes tienen la obligación de analizar la estricta proporcionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, de acuerdo con las pautas proporcionadas por

---

(83) Considerando 21 del voto de la mayoría en “*Mazzeo*, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, CSJN M. 2333. XLII (2007). Un criterio de interpretación distinto se puede observar en el dictamen de la Procuración General de la Nación en “A., J. E. y otro s/recurso de casación” (C.S.A. 93, L XLV), del 10/03/2010, donde se consigna que “el Derecho Argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana más allá de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana”, es decir, en los casos en que los Estados sean parte. En igual sentido, ROSATTI, H., *El llamado ‘Control de Convencionalidad’ y el ‘Control de Constitucionalidad’ en la Argentina*, Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 2012; Cfr. además GELLI, M. A., “El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso *Mazzeo*”, La Ley, 07/12/2007; V. BAZÁN, *Control de convencionalidad, influencias jurisdiccionales recíprocas*, La Ley, 04/04/2012; HITTERS, J. C., “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, La Ley, 06/06/2012. Un retroceso jurisprudencial sobre la intensidad del estándar de control de contravencionalidad, Cfr. GELLI, M. A., “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso ‘Bayarri’ en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, La Ley, 1/06/2010 y, recientemente, sentencia de la CSJN “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”, del 8/5/2012.

los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, señaladas en los citados casos Kimel y Usón Ramírez.

#### **f) Balance final de la primera parte.**

De las consideraciones efectuadas en esta primera parte se pueden extraer las siguientes conclusiones: *i*) en la evolución histórica constitucional la garantía del debido proceso legal (*due process of law*) establece una protección procedimental y sustancial para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales; *ii*) la Constitución argentina, además, impone un límite material a la actividad legislativa que reglamenta los derechos y libertades fundamentales. Esta limitación material se expresa en el art. 28 de la CN que garantiza la inalterabilidad de los derechos fundamentales; *iii*) esta exigencia de inalterabilidad supone la aceptación de un contenido esencial de los derechos fundamentales; *iv*) para controlar la razonabilidad de las leyes se construyó en la dogmática constitucional el principio de proporcionalidad. Este principio propone un análisis fragmentado en tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) que permite determinar la razonabilidad en la reglamentación de los derechos fundamentales. Si se logra superar los tres niveles de análisis, se podrá concluir entonces que el medio previsto en la ley no altera la sustancia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional; *v*) la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizó el principio de proporcionalidad como un procedimiento constitucional para determinar la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales establecidos en la Convención; *vi*) los órganos de interpretación y aplicación de las normas de derecho interno de los Estados parte de la Convención (como lo es el Estado argentino), tienen la obligación de realizar un “*control de convencionalidad*” de dichas normas, utilizando para ello el principio de proporcionalidad establecido en los precedentes de la Corte IDH.



## SEGUNDA PARTE

### PROPORCIONALIDAD Y PRUDENCIA

#### a) La prudencia en general

##### *a.1) Primera aproximación*

Esta parte del trabajo tiene por objeto señalar las íntimas conexiones que se pueden encontrar entre el moderno principio de proporcionalidad y la antigua noción de la prudencia en la determinación del derecho.

Se ha dicho en la primera parte que la aplicación del derecho positivo contiene exigencias procedimentales y sustantivas. La limitación o intervención en el ejercicio de un derecho fundamental sólo puede ser realizada por el mecanismo previsto para la formación de las leyes. Esta restricción en el ejercicio de un derecho fundamental tiene como límite el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Un mecanismo razonable para establecer ese límite interno inalterable es dado por el principio de proporcionalidad mediante los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* (84). Este análisis tiene como presupuesto la relación o proporción que existe entre el medio legal empleado, el fin constitucional que se pretende satisfacer y el derecho o libertad iusfundamental que se ve restringido por la aplicación de ese medio legal. Se pondera, entonces, la razonabilidad de la relación entre los fines propuestos y los medios legales utilizados para alcanzarlos, en las circunstancias concretas de un caso determinado. Si existe una adecuada proporción entre el medio y los fines considerados, se puede afirmar que la ley los reglamenta razonablemente. En las páginas que siguen se argumenta que esta tarea de discernimiento acaba en la formulación de un juicio prudencial.

---

(84) Sobre la cuestión del principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial, ver el desarrollo en BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., ps. 566 a 569; en igual sentido, CIANCIARDO, J., *Los límites de los derechos fundamentales...*, op. cit., ps. 54 a 73; SAPAG, M., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado", *Dikaion*. Vol. 22, Núm 17, 2008, ps. 157-198.

a.2) *¿Por qué hablar de nuevo de la prudencia?*

En la moderna teoría positivista del siglo XIX se pretendía escindir con toda rigurosidad entre derecho y moral, entre justicia y derecho, entre la dimensión valorativa y la dogmática jurídica. No era posible aceptar que el derecho se “contaminara” con valoraciones morales, sociales o de cualquier otra disciplina. La Teoría del Derecho debía resultar una ciencia pura, rigurosa, dogmática, coherente y sin filtraciones de ninguna otra ciencia que excediera lo establecido por la norma jurídica.

Estas aspiraciones metodológicas se explicaban en función de una concepción previa del derecho como un sistema cerrado de normas, adscrito a un determinado lugar y a un espacio temporal.

En este contexto, la aplicación del derecho se comprendía como una operación lógica de subsunción de los hechos en la norma, que conducía al hallazgo o descubrimiento de una única respuesta correcta. La premisa mayor de esta operación lógica jurídica estaba dada por el supuesto de hecho establecido en la norma; los hechos del caso configuraban la premisa menor y la conclusión derivaba de la consecuencia jurídica prevista en la norma. Cuando el juez subsumía el caso dentro del supuesto previsto en la norma no estaba autorizado a enjuiciar o valorar la medida de la justicia aportada por ella. Las normas constitucionales vinculaban exclusivamente al Legislador y el juez debía aplicar sin cuestionar el derecho establecido por aquél.

Entre otros factores que incidieron en el progresivo abandono de esta visión sesgada de la actividad jurídica, ocuparon un lugar de relevancia las nuevas premisas que renacieron a partir de los juicios de Núremberg. Ante la visible iniquidad de una legislación positiva que validaba actos criminales, se estableció que “*la injusticia extrema no es derecho*” (85). Estas nuevas premisas se reafirmaron tras la crisis de los estados totalitarios de la Europa oriental, fundamentalmente, en los casos que se dieron en llamar los juicios de los “*Guardianes del Muro*” (86). En este marco conceptual, el estricto cumplimiento de las normas jurídicas positivamente establecidas por los estados nacionales no constituye la totalidad del derecho, sino que existen otras normas jurídicas no explicitadas por el ordenamiento positivo establecido en un determinado lugar y en una época específica. Estas normas también tienen carácter obligatorio y el incumplimiento genera obligaciones jurídicas.

---

(85) VIGO, R., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. *La axiología jurídica de Gustav Radbruch*, Ed. La Ley, ps. 15-21.

(86) Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht), “*Guardianes del Muro*” (Mauerschützen), BverfGE 95, 96, versión abreviada de la traducción del alemán por SODERO, E., *La injusticia extrema no es derecho*, op. cit., ps. 73 a 133.

Esta transformación del derecho o nuevo paradigma jurídico, que se ha dado en llamar el cambio del Estado de Derecho Legal (EDL) por el Estado de Derecho Constitucional (EDC), conlleva la aceptación de nuevas fuentes de decisión en orden a determinar lo justo concreto (87). En efecto, la solución justa está ahora vinculada a una adecuada proporción entre los derechos y libertades fundamentales, las justas exigencias del bien común y los medios legítimos para alcanzarlos.

La moderna dogmática constitucional ha dejado de lado la tesis legalista del positivismo jurídico, que afirmaba a la ley como la fuente exclusiva de calificación jurídica, para considerar otras fuentes jurídicas que permiten una comprensión más abarcativa del derecho. La antigua fuerza justificatoria de la ley procedía solamente de las razones procedimentales de su nacimiento. Las facultades exclusivas y excluyentes del legislador para dictar la norma jurídica y que determinaban *per se* su plena validez, se someten cada vez con mayor frecuencia a un estricto juicio de razonabilidad por el órgano judicial. Este juicio no se agota en la validez normativa de la disposición jurídica que regula el caso, sino que incluye también un juicio de validez sociológica y axiológica (88).

Estas consideraciones permiten concluir que ya no se puede afirmar seriamente que la actividad jurídica se limite a una operación mecánica consistente únicamente en seleccionar la norma que contiene el supuesto de hecho de la realidad y cumplir de la manera más fielmente posible la consecuencia jurídica que ella impone, prescindiendo de toda valoración. El nuevo escenario propone superar la noción científicista y aséptica de la interpretación y aplicación de la norma, para abrir paso a una concepción realista del derecho, en la cual prima el saber práctico y prudencial.

El objeto de la interpretación y aplicación del derecho ya no es la búsqueda de una única respuesta jurídica prevista por el Legislador. Se trata ahora de determinar una solución justa dentro de los márgenes de interpretación, lo cual supone en parte descubrir y en parte crear o, si se quiere, ele-

---

(87) VIGO, R., *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 105-201; mismo autor, *Constitucionalización y neconstitucionalismo: riesgos y prevenciones*; en Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, ps. 403-351; y más recientemente, "Fuentes del derecho en el estado de derecho y el neoconstitucionalismo", *La Ley*, 24/02/2012; "Los hechos en los paradigmas legalistas y constitucionalistas", *La Ley*, 15/06/2012; ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, 1997; CARBONELL, M., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007; CRUZ, L. M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Ed. Porrúa, México, 2006.

(88) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 53; GOLDCHMIDT, W., *Introducción al derecho. La teoría legalista del mundo jurídico y sus horizontes*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, en especial, la concepción tridimensional del mundo jurídico, ps. 22-35.

gir (89). Y la legitimidad de la parte creativa de la interpretación requiere un esfuerzo de argumentación y persuasión, que incluye el uso de argumentos jurídicos y lógicamente válidos, pero también valoraciones éticas y sociales. Se trata en última instancia de mostrar que la respuesta jurídica propuesta se aproxima en mayor medida a la justicia que requiere el caso (90).

Además del paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional en el plano político, el cambio de paradigmas fue también incitado por el denominado “giro interpretativo” en las ciencias sociales. Sobre esta cuestión, Pilar Zambrano señala que durante la segunda mitad del siglo XX se gestó, y continúa gestándose aún hoy, un nuevo giro o hito que algunos denominan “giro interpretativo”. Explica que este nuevo cambio es el resultado de la influencia de la hermenéutica en el espectro total de las ciencias, incluido el derecho y la filosofía del derecho. En especial, remarca la toma de conciencia de que el objeto es siempre interpretado por un sujeto, y del rol que le toca al sujeto —su historia y sus pre-conceptos— en la relación de conocimiento (91).

---

(89) P. ZAMBRANO señala que “la determinación interpretativa de los fines de las normas jurídicas mediante el juicio justificativo o teleológico, abre un espacio de creatividad interpretativa, donde el intérprete agrega o pone algo que sólo está prefigurado en la norma interpretada”. Cfr. de la citada autora, “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, Año 23 - Num. 18, Colombia, 2009, ps. 109-133. Sobre la inevitabilidad de la creación jurisprudencial, hace mención a DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 47-53, 62-72; DWORKIN, R., “In Praise of Theory”, en *Arizona State Law Journal* 29, 1997, p. 361; DWORKIN, R., *Reply*, en *Arizona State Law Journal* 29, 1997, p. 447; DWORKIN, R., “Darwin's New Bulldog”, en *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, p. 1731-1732; DWORKIN, R., “The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?”, en *Journal of International Criminal Justice* 4, 2003, p. 9.

(90) AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, amplía considerablemente las fuentes del derecho con el concepto de aceptabilidad racional. Explica que la fuente de legitimación del derecho es la aceptabilidad racional: “...la fuente última de la legitimidad se encuentra en la sociedad misma (en el *lebenswelt*). Sólo aquella interpretación que toma en cuenta las expectativas de la mayoría de la sociedad puede, a la larga, obtener aceptabilidad por parte de esa mayoría. Lo importante en este respecto es la expectativa de certeza jurídica. Ella es una medida de cómo y cuándo puede lograrse aceptabilidad racional. Como hemos visto, la certeza jurídica está estrechamente vinculada con el sistema de valores de la sociedad y por ello las interpretaciones aceptables tienen que ser no sólo racionales sino razonables”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 296.

(91) ZAMBRANO, P., *El Derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho en John Finnis*, Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 4, México, UNAM, 2010, ps. 327-371. Explica la autora que una consecuencia de este cambio fue el viraje dentro del positivismo jurídico analítico inglés desde una perspectiva “externa” del derecho hacia lo que Hart denominó “la perspectiva interna”. Señala Zambrano que este viraje supuso una especial consideración a las “razones para obedecer al derecho” que habían sido descuidadas en el seno del positivismo analítico. Sobre esta cuestión, la autora cita la obra de HART, H. L., *The Concept of Law*, 2ª. Ed., Oxford, Clarendon Press, 1994,

En este esquema el ordenamiento jurídico se concibe como un sistema abierto a otros órdenes normativos y, en última instancia, a los fines existenciales y naturales que el derecho pretende realizar. Es inevitable en cualquier práctica humana (y también en la del derecho) la pregunta por el *qué* y el *para qué* de lo mandado. Las razones para el actuar humano sólo pueden ser inteligibles si se considera la intención deliberada del fin. Por ello la participación en la práctica social que denominamos derecho se realiza siempre a través de una interpretación teleológica de su modo de expresión (que es a través de las normas jurídicas). La interpretación teleológica resulta en definitiva una indagación de los fines lingüísticos y pragmáticos de las normas interpretadas. La experiencia indica que estos fines del derecho no pueden ser considerados uniformes ni evidentes. Entonces es inevitable la creación en la interpretación jurídica, es decir, que el intérprete crea o pone algo que no está enteramente en la norma (92). Pero se debe aclarar que esta creatividad interpretativa no es absoluta sino que tiene límites referidos: a) al objeto interpretado (las normas jurídicas) y b) a la justificación teleológica de la norma interpretada, que debe encajar con el contenido de los principios que rigen en el área del derecho en que se inserta la norma y en el resto de la práctica (juicio de encaje). Finalmente, Zambrano menciona como última frontera de la creatividad interpretativa el fin global del derecho que no necesita de justificaciones ulteriores: la consideración de la persona y su dignidad como perspectiva del juicio teleológico (93).

En este despliegue de creatividad interpretativa el juez al esclarecer y mandar una conducta justa se vale de la totalidad del derecho, de manera que en ese punto al que refiere el juez en su sentencia estará presente todo el derecho u ordenamiento. El juez deriva creativamente su solución no desde la ley, sino desde el derecho y ordenamiento jurídico. No se puede reducir el contenido de dicho ordenamiento a sólo normas; por el contrario, en él se incluyen, y en lugar destacado, el ámbito de los principios jurídicos y el de los valores (94).

La apertura de nuevas fuentes del derecho que supone toda interpretación teleológica obliga a volver sobre la antigua noción de la prudencia, virtud intelectual del hombre que designa el acto de discernir entre el bien

---

p. 56 y ss. y RAZ, J., *Razón práctica y normas*, trad. De J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, entre otros. Cfr., también, ETCHEVERRY, J. B., "La relevancia del derecho que remite a la moral", *Problema*, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 4, México, UNAM, 2010, ps. 205-242.

(92) ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2009, ps. 58 -60.

(93) ZAMBRANO, P., "El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", *Dikaion*, Año 23 - Núm. 18, 2009, ps. 119-123.

(94) VIGO, R., *Paradigma prudencial retórico*, ob. cit., p. 231.

y el mal, entre lo bueno y lo mejor (Alberto Magno) (95). En los casos antes apuntados (juicios de Nüremberg y “*Guardianes del Muro*”), claramente se puede visualizar que la seguridad jurídica estatal nunca puede incluir, en una concepción que la armonice con la justicia, el poder público de avasallar la vida y la dignidad de las personas. Esta desproporción entre el medio legal establecido por un estado totalitario en un determinado momento y el derecho que se origina a partir de la dignidad que supone la vida humana, se puede establecer en cualquier momento y lugar, mediante el proceso de discernimiento que supone el juicio prudencial.

En suma, la transformación del concepto del derecho ocurrida a fines del siglo pasado, tanto a partir de aquellas experiencias humanas traumáticas, como de movimientos académicos, entraña un cambio en la metodología de su aplicación.

Del método a-valorativo de la subsunción legal para la determinación de lo debido (más allá de la justicia o no de la solución), se pasó al análisis de proporcionalidad entre los medios elegidos por el Legislador y los fines que expresan los principios fundamentales estatuidos en la Constitución, mediante una iusfundamentación correcta desde un criterio de validez normativa, sociológica y axiológica (96). En este análisis de la aplicación del medio legal para resolver un caso concreto, teniendo en consideración su capacidad para satisfacer un bien fundamental y el riesgo de restringir el principio constitucional en aparente contradicción, desde una perspectiva teleológica, la prudencia juega un papel fundamental. La decisión prudencial es, en definitiva, el juicio concreto del aquí y ahora, según las circunstancias verificadas en el caso, que permite demarcar razonablemente la proyección expansiva de los principios fundamentales que comparecen para resolverlo. Por esta razón es necesario hablar de nuevo de prudencia.

### *a.3) La virtud de la prudencia en general*

En la tradición clásica la prudencia es inseparable de la virtud moral. Más aún, desde el momento en que perfecciona el conocimiento práctico, es la condición de posibilidad del ejercicio recto de las demás virtudes morales. La justicia, la fortaleza y la templanza no alcanzarán su perfección mientras no se funden en la prudencia, esto es, en la facultad perfectiva que dispone a determinarse rectamente. En este sentido, la prudencia forma parte de la definición del bien.

---

(95) DE PAZ (O.P.), H., *Tratado de la prudencia, Introducción a las cuestiones 47 a 56*, Suma de Teología, Ed. BAC, Madrid, 1995, p. 375.

(96) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 53. Sobre la fundamentación de la interpretación jurídica que supone el criterio de corrección de la fundamentación iusfundamental de Alexy. Cfr. GOLDSCHMIDT, W., *Introducción al derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, ps. 5-32.

El nombre prudente se toma del verbo *provideo*, que significa ver de lejos, ver antes, anticiparse o prever. La palabra indica un cierto conocimiento y alude a la facultad intelectual del hombre que es principio de sus actos (97). La prudencia, por tanto, es una virtud intelectual que tiene por objeto el orden de la praxis humana, es decir, indica lo que se debe hacer aquí y ahora, para que la acción sea considerada buena.

El primero de los pensadores griegos que desarrolló el tema de la prudencia o *phronesis* en el siglo V A.C. fue Demócrito, reconociéndole una triple función: *deliberar bien, hablar bien y obrar como es debido*. La *phronesis* es un conocer del tipo práctico, que involucra tanto la dimensión intelectual, como la parte afectiva del hombre: “el objeto de la acción —escribe Gauthier— es, a la vez e indisolublemente, objeto de conocimiento y objeto de deseo, para obrar, es necesario a la vez y al mismo tiempo, conocer con verdad y desear con rectitud” (98).

Para Sócrates la prudencia es la inteligencia del bien, ya que virtud y conocimiento se identifican en su ética intelectualista. Platón también conoció la noción de la *phronesis* como sabiduría práctica, ordenada a la dirección de la vida moral y política. La prudencia es la cualidad por la que se acierta en las determinaciones que se toman en la ciudad (99).

Aristóteles consideraba que la prudencia es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan hacia la felicidad. Incluye a la prudencia dentro del género de las virtudes intelectuales, cuyo objeto es la *praxis*, el obrar ético del hombre, lo que supone una compenetración en la prudencia entre la parte intelectual y la parte afectiva o volitiva del hombre. Puede afirmarse que la prudencia es, en el pensamiento aristotélico, una virtud intelectual, concretamente, del intelecto práctico, que tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano. La prudencia, entonces, refiriere a un hábito operativo de la razón práctica, inmediatamente ordenado a regular y dirigir todas las acciones humanas a su verdadero fin (100).

El conocimiento de lo que es bueno moralmente para el hombre y debe por lo tanto ser buscado y lo que es malo (también moralmente), y por ello debe evitarse es propio del hábito moral denominado “sindéresis”, por medio del cual conocemos o captamos lo bueno abstractamente. Lo propio de la prudencia, en cuanto virtud, es que perfecciona la capacidad del hombre de conocer *qué* es lo bueno operable aquí y ahora. Podría en este

---

(97) SELLÉS, J., *La virtud de la prudencia según Santo Tomás de Aquino*, Cuadernos de Anuarios Filosóficos, Pamplona, 1999, p. 17.

(98) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 33 y la cita de GAUTHIER, R., *La morales d'Aristote*, Paris, P.U.F., 1973, ps. 89-92.

(99) *Ibídem*, p. 32.

(100) *Ibídem*, p. 34.

sentido decirse que la prudencia perfecciona el razonamiento práctico en algunas de sus operaciones. En concreto, en la formulación del denominado “*juicio prudencial*”, que es el juicio por medio del cual se ve o razona cómo debe acomodarse el obrar a lo bueno aquí y ahora. Este juicio puede o no ser aceptado por el hombre. Esta capacidad de aceptar o no el juicio prudencial se denomina “*elección*”. La elección es, pues, un acto de la voluntad (101).

La prudencia tiene una primacía sobre las restantes virtudes cardinales (justicia, templanza y fortaleza), pues indica que la realización del bien presupone el conocimiento de la realidad. Josef Pieper entendía que “sólo aquel que sabe cómo son y se dan las cosas puede considerarse capacitado para obrar bien. El principio de la primacía de la prudencia nos enseña que en modo alguno basta la buena intención ni lo que se denomina buena voluntad. La realización del bien presupone la conformidad de nuestra acción a la situación real (esto es, al complejo de realidades concretas que circunstan la operación humana singular) y por consiguiente, una atenta, rigurosa y objetiva consideración por nuestra parte de tales realidades concretas” (102).

Por eso, como ya se dijo, la prudencia es la primera de las virtudes morales pues el bien presupone la verdad y la verdad presupone las cosas reales (103). La realización del bien exige, entonces, el conocimiento de la verdad de las cosas reales. Lo primero que se exige de quien obra es que conozca la verdad. Se trata de la realidad de las cosas humanas, de aquellas que son debidas, prohibidas o permitidas en unas circunstancias dadas, de la medida de lo que debe hacerse aquí y ahora para la perfección total del hombre, sin la cual el justo no podrá saber qué cosa es justa o el valeroso en qué consiste el valor de una situación determinada (104).

La prudencia se refiere a la potencia mediante la cual el hombre es capaz de dirigir su conducta en función del conocimiento recibido de las cosas reales. El conocimiento de los datos de la realidad obtenido por la razón se transforma en motivos o razones para el obrar, de lo cual resulta una conducta razonable. Se trata de una especie de bisagra que vincula en unidad las potencias intelectivas y volitivas del espíritu y, de este modo, permite transformar el conocimiento de la realidad, en conductas debidas en consideración de la perfección o plenitud del hombre. En definitiva, dirigir el obrar humano hacia el bien integral.

---

(101) PIEPER, J., *El descubrimiento de la realidad*, Ed. Rialp, Madrid, 1974, ps. 90 a 93.

(102) PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, Ed. Rialp, tercera edición, 1980, Madrid, p. 33.

(103) S.T. 2-2, q. 47, a. 5, ad. 3. El ser es antes que la verdad y la verdad antes que el bien.

(104) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 40.

Para el objeto de este trabajo, se debe precisar entonces los dos sentidos en que se puede hablar de prudencia: como virtud y como juicio. Si se refiere a la prudencia como virtud, se alude al hábito moral e intelectual que perfecciona al hombre en su aspecto moral. Perfecciona la capacidad de conocer el bien operable. En concreto, la capacidad de formular un juicio sobre el qué debe hacerse en este caso. Si se quiere, el juicio de conciencia o juicio prudencial sin más.

En cuanto a la prudencia como juicio se refiere a la capacidad de la persona de identificar el modo de obrar que permite alcanzar el bien en el caso concreto. A los efectos de la disciplina jurídica interesa la prudencia como juicio, pues el objeto del derecho es determinar con una cierta dosis de objetividad que es lo justo en el caso concreto.

#### *a.4) La prudencia judicial en particular*

La prudencia se puede clasificar según que la acción dirigida por ella tenga una dimensión individual o social. Cuando ordena los actos referidos a uno mismo o al individuo, la virtud lleva el nombre de prudencia propiamente dicha. En cambio, si los actos se refieren al bien común, lleva el nombre de prudencia política. Dentro de esta última, se sitúa la prudencia del gobernante.

La aplicación concreta de la prudencia política a la tarea judicial fue desarrollada por el profesor Carlos I. Massini en su libro "*La Prudencia Jurídica*". Explica el autor que lo jurídico no agota toda la dimensión política del Estado. Pueden llamarse jurídicas a aquellas conductas estrictamente debidas a otro para el logro del fin de la comunidad política. En este sentido, se afirma que la prudencia jurídica (que también se refiere al ámbito legislativo) pertenece a la prudencia política y, dentro de ésta, abarca a la que Aristóteles llama prudencia judicial. Como su nombre lo indica, es la virtud propia del juez (105).

La función de este tipo de prudencia consiste en delimitar el contenido concreto de *lo debido* al otro, según el derecho dado. Varios sujetos intervienen en esta determinación de la conducta debida: *el legislador*, a quien compete establecerla por medio de la leyes, con carácter general y para la gran mayoría de los casos; *los sujetos jurídicos*, quienes motivan su conducta particular a partir de los preceptos generales de la ley (106); *los asesores jurídicos* (del estado o de los particulares), quienes aconsejan acerca de aquello en qué consiste el derecho u obligación que se debe cumplir; y de un modo más decisivo, *el juez* que establece en forma definitiva y manda a cumplir la conducta debida conforme al derecho en una situación controvertida. Por

---

(105) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, ps. 44 a 45.

(106) Santo Tomás afirma que la prudencia también reside en los súbditos como ejecutores del plan establecido en la legislación (2-2, q. 49, a. 12).

estas razones, la prudencia judicial es la prudencia jurídica por excelencia. Es al juez a quien le compete determinar de una manera autoritativa, definitiva y, en última instancia, inapelable, lo justo concreto que se debe en una situación determinada (107).

En resumen: la prudencia es la virtud que permite al sujeto, con un adecuado conocimiento de las cosas reales, dirigirse rectamente en el ámbito de la praxis en general, y la prudencia judicial es la parte de esa cualidad perfecta del hombre que corresponde al juez cuando decide de manera definitiva e inapelable lo justo concreto en un caso dado.

En los puntos que siguen se intentará demostrar que el moderno principio de proporcionalidad es una manifestación concreta de este juicio prudencial.

## **b) El principio de proporcionalidad y la prudencia. Identidades**

Entre el actual principio de proporcionalidad y la prudencia judicial existe una identidad conceptual. La noción de proporcionalidad es, en rigor, una manifestación en concreto de la prudencia judicial en la determinación del justo concreto en un caso dado, teniendo en consideración los medios legales disponibles para resolverlo y, en particular, los principios ius-fundamentales aplicables, en esa situación concreta.

Esta asimilación entre ambas operaciones intelectuales se intentará probar a partir del desarrollo de cinco elementos que son comunes a ambos procesos intelectuales para la determinación del derecho.

En los siguientes apartados se mencionarán los cinco elementos que son constitutivos de las indicadas operaciones de la inteligencia; a saber: b.1) la función que desempeña la operación intelectual en la determinación del medio justo (elemento funcional); b.2) el campo o materia del quehacer humano en el cual se desempeñan dichas operaciones (elemento material); b.3) el método deliberativo utilizado para la concreción del resultado (elemento metodológico); b.4) los presupuestos a partir de los cuales se parte para fundar la decisión (elemento formal) y b.5) la finalidad que se procura alcanzar al cabo de tales procesos de intelección (elemento final o teleológico).

### ***b.1) Operación indicativa y preceptiva de los medios (elemento funcional)***

El principio de proporcionalidad impera que la relación (adecuación, eficiencia y justificación) entre el medio y el fin (constitucional) de las normas legales sea razonable. La esencia de la proporcionalidad está configu-

---

(107) MASSINI, C. I., La prudencia jurídica, p. 46.

rada justamente en esa relación que vincula medios legales con fines constitucionales. En la medida en que el análisis de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto sea satisfactorio, se concluye que el medio legal reglamenta en una proporción adecuada los derechos ius-fundamentales. Se destaca, entonces, que el principio de proporcionalidad es una operación indicativa y preceptiva de los medios para el cumplimiento de los fines constitucionales.

En la relación que debe mediar entre la solución legal y los fines constitucionales que expresan los principios ius-fundamentales, para que sea razonable y proporcionada a dichos fines, resulta insuficiente el mero balanceo entre las ventajas y desventajas de la aplicación del medio legal. El subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* (limita la proyección de los principios afectados por el medio legal en lo que se refiere a sus posibilidades jurídicas) supone una apertura al análisis del contenido esencial. En este sentido, se ha dicho que la garantía del contenido esencial está implicada en el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, de modo de evitar que la sobreestimación del fin que expresa el principio ius-fundamental conlleve una violación a los derechos humanos (108).

Al igual que el mentado principio, el juicio prudencial también tiene por objeto la elección del medio adecuado para la realización del bien del hombre. En este sentido, Pieper mencionaba que “no es el sentido ni el oficio de la prudencia el descubrir los fines, o mejor, el fin de la vida, ni el establecer las disposiciones fundamentales de la esencia humana. El sentido de la prudencia es encontrar las vías adecuadas a esos fines y determinar así la actualización, conforme el aquí y ahora, de esas disposiciones fundamentales... La más característica función de la prudencia es su referencia al plano de los caminos y medios, que es el de la última y concreta realidad” (109).

---

(108) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, op. cit., ps. 108-117. Expresa que “a través del principio de razonabilidad y de la garantía del contenido esencial se pretende asegurar la intangibilidad de determinados bienes junto con la necesaria articulación o armonización de pretensiones contradictorias: la de los particulares entre sí o las de los particulares con el Estado. En nuestra opinión, no se trata de finalidades contradictorias: la intangibilidad supone armonización, y viceversa. En efecto de un lado, un bien humano —cada derecho lo es— es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos. Hablar de humano supone entender el bien no como algo abstracto, sino referido a un sujeto, el nombre, que supone para el bien no la condición de bien en sí que no posee, sino la de bien desde un cierto punto de vista, el del hombre, con un determinado fin, el humano. Por tanto, se trata de un bien delimitado por la naturaleza y la teleología propia de un ser que es una unidad, aunque se despliega en diferentes dimensiones existenciales y constitutivas, y, por ello, será un bien en la medida que se armonice con otros bienes que también lo son para el sujeto y, en consecuencia, para cualquier otro sujeto”, ps. 116-117. Sobre la coimplicación entre la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad *stricto sensu*, Cfr. también BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad*, op. cit., p. 566 a 569.

(109) PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, op. cit., p. 43.

En ambos casos (proporcionalidad y prudencia judicial), presupuesto el conocimiento de los fines que procura la medida legal (norma aplicable) y los fines de los principios ius-fundamentales involucrados, se trata del análisis racional sobre la capacidad de aquella norma para configurar del modo más inmediato los derechos fundamentales del hombre. Esta afirmación supone la no afectación de la garantía del contenido esencial, según se ha expresado antes. Más concretamente, se procura analizar la posibilidad que tiene la norma de realizar esos fines y, en última instancia, los fines globales del derecho (la dignidad de la persona) en el caso concreto.

¿Qué quiere decir que la prudencia señala medios y no fines? Con esto se quiere significar que la prudencia en general ordena los actos en cuanto a los medios adecuados para alcanzar los fines que recibe por mandato de los principios universales de la razón práctica. La prudencia no crea los fines, ni tampoco es su tarea contemplarlos, sino que los recibe como un mandato. Inclusive, dentro del plano natural, la virtud de la prudencia ordena los actos de las demás virtudes, en cuanto le muestra el camino para acceder a esos fines. El bien al que se pretende acceder no es descubierto por la prudencia, sino que es recibido en la forma de mandato.

En este punto es preciso aclarar para evitar confusiones que la prudencia no trabaja en forma independiente de esos fines; ni siquiera descubre medios sin considerar los fines, sino que más bien descubre los medios *en los fines*. En la dimensión natural del hombre estos fines están indicados por la sentencia de la *sindéresis*, que consiste en que “*hay que hacer el bien y evitar el mal*”, es decir, que hay que vivir virtuosa y racionalmente. Este mandato proviene de un principio generalísimo en el cual se contienen todos los fines comunes a toda operación de las virtudes (110).

El papel de la prudencia consiste entonces en buscar los medios más aptos y oportunos para conseguir los fines recibidos ya por la ley natural a través de la *sindéresis* y, en el caso de la prudencia judicial, por los principios fundamentales de orden constitucional, a través de las leyes.

Aquí es donde puede visualizarse la íntima conexión entre prudencia y proporcionalidad. Mediante esta operación el sujeto es capaz de graduar, medir y ponderar las condiciones fácticas y jurídicas en que se justifica emplear un medio legal para satisfacer un fin constitucional, en las condiciones materiales de los casos que debe decidir. El principio de proporcionalidad

---

(110) DE PAZ, H., *Tratado de la prudencia*, op. cit., Pág. 385. Sobre esta cuestión, señala Pieper que: “La prudencia no apunta directamente a los últimos fines de la vida humana, sino a las vías conducentes a tales fines. Su función más peculiar no es la contemplación actual de esos principios universales. La más característica función de la prudencia es su referencia al plano de los “caminos y medios”, que es el de la última y concreta realidad. La prudencia, o mejor dicho, la razón práctica perfeccionada por la virtud de la prudencia, es la conciencia de situación, a diferencia de la *sindéresis* o conciencia de los principios”.

resulta una aplicación concreta y singular del juicio prudencial, mediante el cual se señala la medida del bien que se procura mediante la aplicación del medio legal y la medida de afectación (mal que se pretende evitar) del principio ius-fundamental intervenido. No es tarea prudencial reconocer dichos principios, sino más bien indicar el camino justo (o medio virtuoso) en que resulta preciso, proporcional, sensato o aconsejable que transite el medio legal para reglamentar los principios constitucionales involucrados en el caso. La última frontera lo constituye la prohibición de afectación del contenido esencial que, como se vio más arriba, resultaba el límite de la reglamentación de los derechos fundamentales (111).

Este aspecto es preciso dejarlo aclarado: no obstante que el objeto prudencial eminente es la búsqueda de los medios, los fines que expresan los principios jurídicos no son ajenos a su conocimiento.

El juicio prudencial, expresado a través del principio de proporcionalidad, otorga la justa medida en que ha de emplear el medio legal escogido y dicta su recta ejecución para concretar de la mejor manera posible los derechos fundamentales. El oficio propio del principio es la obtención del justo medio, que resulta un término clave dentro de la teoría clásica de la prudencia. Esta medida no significa algo geométrico, objetivable o que pueda ser practicado en cualquier circunstancia. Con este término se refiere algo que en cada caso, según las cosas y sujetos involucrados, determina un modelo de conducta concreta debida según el dictado de la razón: “*actuar como conviene, para lo que conviene y del modo como conviene...* Buscar el medio es buscar el camino y modo de alcanzar en cada caso el fin propuesto” (112).

De lo expuesto se concluye que el ámbito funcional del principio de proporcionalidad está configurado por una operación preceptiva de medios para el cumplimiento de fines constitucionales. En este aspecto, se remarca la significativa similitud con relación al juicio prudencial (o prudencia judicial) en la determinación del derecho.

### ***b.2) El quehacer jurídico sobre el cual recae la operación es lo agible humano (elemento material)***

Se observa también una aplicación concreta de la prudencia cuando por medio del principio de proporcionalidad se relacionan los medios legales y los fines constitucionales, en una situación concreta. Mediante el principio

---

(111) CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, op. cit., p. 114. Afirma que “desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se coimplican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”; acerca de la implicación del principio de proporcionalidad sobre el contenido esencial; Cfr., además, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, ps. 566 a 569.

(112) DE PAZ, H., *Tratado de la prudencia*, op. cit., p. 385.

de proporcionalidad se ponderan las razones que justifican la elección del medio más eficiente (entre todos los disponibles) para alcanzar fines constitucionales. Estas razones (Alexy las llama posibilidades fácticas y jurídicas) tienen un indudable anclaje en las condiciones particulares que configuran el supuesto fáctico concreto.

El elemento material sobre el cual recae la actividad judicial de determinación del derecho está constituido por la dimensión agible particular del hombre. No es posible que el Legislador pudiera tener la previsión de establecer de una vez y para siempre todos los hechos de la realidad del hombre que puedan tener algún tipo de significación jurídica y asignarle una consecuencia específica. La persona es un ser histórico que vive en unas circunstancias concretas. En el momento de la decisión, debe integrar en armónica síntesis los principios generales establecidos en las disposiciones y el conocimiento de lo singular y concreto. Tendrá que tener en cuenta los principios direccionales comunes y cognoscibles por todos como persona y, en el ámbito propio de lo jurídico, los principios fundamentales que regulan el ordenamiento jurídico. Pero también debe considerar las situaciones con sus condicionantes y con las consecuencias claras o presumibles que pueden derivarse de la acción (113).

Dentro de este contexto se sostiene que el ámbito material de la prudencia es lo operable, lo agible, las acciones libres en orden a los medios, las decisiones, las elecciones. No existe (ni tampoco es posible que pudiera existir) un arte preestablecido de la prudencia, una técnica más o menos refinada que permita actuar de una vez y para siempre, en cualquier circunstancia, con certeza de bien en el orden de lo agible. A diferencia de lo que acontece con lo *factible*, que tiene por objeto la perfección del aparato o de la obra exterior y que en algunas materias existe una suerte de catálogo o manual para el logro del mejor producto, en el ámbito de lo *agible* humano la determinación de la decisión debe ponderar los fines y medios en las condiciones particulares de las cosas y de las personas involucradas en el caso, en un determinado momento y espacio. Una decisión justa en un caso puede convertirse en inadecuada para resolver una situación análoga, donde solo se ha verificado la modificación de una condición apenas perceptible. Por ello se dice que la perspicacia, que es la capacidad de advertir los alcances y efectos de todas las condiciones que presenta un caso, constituye una parte configurativa de la prudencia. Es la recta razón práctica que delibera, aconseja, investiga, escudriña, indaga, interpela y dialoga, procura saber y entender cada uno de los datos de la realidad para determinar el justo medio objetivo que permitirá la concreción de la finalidad establecida en las normas fundamentales.

Para el adecuado ejercicio de las distintas disciplinas del *facere* (medicina, ingeniería, los distintos oficios) y, su producto el artefacto, existen mu-

---

(113) *Ibíd.*, p. 381.

chos conjuntos de reglas que estipulan el modo de conducirse y aplicarlas. Pese a sus múltiples formas y expresiones, por lo general son fijas y uniformes para todos los casos. Cada una de estas disposiciones tiene su fin particular que es la perfección técnica de la obra hecha por el artífice. Las reglas de la prudencia, en cambio, son infinitamente variables y cambiantes. Existe una sola y única prudencia que opera sobre toda la actividad libre del hombre en orden a su fin último que es la felicidad o bienaventuranza (114).

Ahora bien, dentro de este marco conceptual, conviene repasar brevemente la distinción entre la prudencia personal (o meramente moral) y la prudencia política y, dentro de esta última categoría, la prudencia jurídica (o legal) y la judicial.

En el ámbito moral sin más la acción de la prudencia tiene una dimensión individual pues ordena los actos referidos a uno mismo o al individuo. El punto de partida son los primeros principios de la ley natural, que son evidentes por sí mismos y mandados de modo espontáneo mediante el juicio de la *sindéresis*. Este mandato implica que el bien se constituye en el fin necesario de todo obrar humano. Los actos del hombre se activan siempre en pos de un fin, y el fin que activa el querer obrar es el bien conocido: cada vez que obra el hombre, busca o procura algo que se le presenta como bueno (115). Desde este punto de vista, podría decirse que el hombre siempre actúa de modo razonable (salvo que haya perdido la razón), pues siempre dirige la voluntad a algo que tiene "*razón de bien*". Aún cuando actúa algo indebido lo hace movido por una cierta razón de bien (116).

La prudencia también tiene una dimensión social. Cuando ordena los actos que se refieren al bien común se denomina prudencia política. Dentro de este esquema se incluye el conocimiento y aplicación del derecho, ya que esta disciplina se caracteriza por su radical politicidad (117). En este sentido, se denomina prudencia jurídica (que también se refiere al ámbito legislativo) a aquellos actos que tienen por objeto dirigir las conductas estrictamente debidas a otro para el logro del fin de la comunidad política. Dentro de esta dimensión se incluye la prudencia judicial, su última concreción, que es la virtud propia del juez (118).

Cuando la prudencia es judicial, los fines expresados en las normas ordinarias ya no son tan evidentes. El intérprete se enfrenta con una serie de dificultades en la determinación de la intención pragmática del derecho expresado en la norma. Entre otros factores, se enuncian que la intencionalidad de la norma no tiene un único objeto o fin, sino una cadena o sucesión

---

(114) *Ibíd.*, p. 381.

(115) ZAMBRANO, P., *El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis*, op. cit., p. 335.

(116) *Ibíd.*, p. 340.

(117) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 44-45 y citas.

(118) *Ibíd.*

de fines u objetos (intencionalidad próxima, medita o remota); que el emisor no se trata de una sola persona sino que está constituido por una autoridad colegiada, de modo que el intérprete debe unificar la intencionalidad con las motivaciones de los individuos y de los grupos que ejercen la autoridad que pueden ser variadas e inclusive contrapuestas; que en el otro extremo de la comunicación, no hay un único intérprete sino un público difuso con convicciones, intereses, concepciones comprensivas y pre-conceptos del mundo diversos y hasta contrapuestos; que tampoco existe intermediación entre el comunicador y el intérprete, de modo que pueda darse un diálogo para dilucidar los aspectos menos claros. Además, las normas se refieren a las aspiraciones propias de una comunidad política determinada, con todas sus circunstancias históricas y están expresadas en un lenguaje abstracto, escrito y general (119).

Esta característica del contexto comunicativo en que se formula el derecho demuestra que la intencionalidad expresada no es cognoscible con la evidencia con que se manifiestan los fines naturales. De modo que cuando se procura la determinación interpretativa de los fines de las normas jurídicas (intencionalidad) mediante el juicio justificativo o teleológico se abre un espacio de creatividad interpretativa, donde el intérprete agrega o pone algo que sólo está configurado en la norma interpretada. Siempre, por supuesto, ateniéndose al doble margen de restricción para la creatividad interpretativa: a) las posibilidades interpretativas que permite el texto (las reglas de uso del lenguaje); b) los fines indiscutibles del derecho constitucional (realizar la dignidad de la persona) (120).

El principio de proporcionalidad tiene por objeto enjuiciar leyes y no conductas concretas. Por esta razón se podría afirmar en principio que el juicio de proporcionalidad se distingue de la prudencia individual y judicial porque éstas tienen por objeto dirigir o enjuiciar actos humanos individuales y concretos. En este entendimiento, el juicio de proporcionalidad se acerca más a la prudencia jurídica o legal en cuanto enjuicia la razonabilidad de las reglamentaciones de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las circunstancias históricas particulares del lugar y del momento en que se ha dado la norma.

Sin embargo también es cierto que el material sobre la cual versa la prudencia moral está dado por la última aplicación concreta e individual de los primeros principios en el orden moral (sentencia de la *sindéresis*). De igual manera ocurre en el ámbito de lo jurídico, donde en el acto decisivo de la determinación del derecho en la sentencia, entran en vigor las normas

---

(119) ZAMBRANO, P., *Los derechos ius-fundamentales...*, op. cit., ps. 144-151; misma autora, *El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación*, op. cit., ps. 119-128.

(120) *Ibídem*.

fundamentales y sus reglamentaciones legales, teniendo en consideración también todas las circunstancias del caso que debe regular.

Sobre esta cuestión, enseñaba Santo Tomás que “como la acción se despliega en concreto rodeada de una serie de circunstancias, es necesario que la persona actuante conozca los principios que tiene que aplicar, pero sobre todo que conozca aquello a lo cual se han de aplicar” (121). Inclusive Aristóteles señalaba que en caso de escasear el conocimiento de uno de esos dos extremos, es preferible que lo sea de lo universal y no de lo particular (122).

En el mismo sentido Josef Pieper afirmaba que el prudente tiene conciencia de los principios y conciencia de la situación. “Las resoluciones o actos de imperio de la prudencia, toman sus aguas de dos fuentes distintas: el prudente precisa conocer tanto los primeros principios universales de la razón [en el ámbito judicial se agregan los principios ius-fundamentales], cuanto las realidades concretas sobre las que versa la acción moral” (123). De esta manera se evita caer por una parte en una conducta dogmática, abstracta y desencarnada de la realidad que se desatiende inclusive de la justicia del caso; en el otro extremo, el prudente no se debe circunscribir a decisiones motivadas solamente en el mero casuismo arbitrario, o en un consecuencialismo utilitarista, que sólo tiene en cuenta las circunstancias o los resultados. No se puede sacrificar ninguno de los dos extremos: ni la canonización *a priori* de la norma, ni la anomia que resulta de la sobrevaloración de la situación concreta. En definitiva, ninguna de las dos posturas extremas es auténticamente humana, pues, parciales en su apreciación, no pueden servir a la realización del hombre, sino a base de una armónica integración (124).

Aplicado estos conceptos al principio de proporcionalidad, se podría señalar sin equivocarse que este juicio también se asimila al tipo especial de prudencia judicial, donde se juzga hasta qué punto una norma general (medio legal) se adecua a los fines que expresan los principios fundamentales, teniendo en consideración las particulares circunstancias del caso a resolver. La prudencia judicial no se limita sólo a aplicar leyes, también implica determinar si el medio es adecuado para cumplir los fines constitucionales que requiere el caso, elegir qué ley es la más eficiente para satisfacer las exigencias de los derechos y libertades que se estatuyen en la Constitución Nacional (entre todas las posibles y aplicables al supuesto de la realidad) y determinar el sentido que cabe asignarle a esta norma a la luz de los fines de la práctica legal en su totalidad que no son auto-evidentes.

---

(121) S. T. 2-2, q. 47 a.3.

(122) E.N., l. 6 n. 1196.

(123) PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales...*, ps. 42 a 43.

(124) DE PAZ, H., *Tratado de la prudencia...*, op. cit., p. 382.

En el sentido indicado Alexy distingue entre norma de derecho fundamental y disposición de derecho fundamental (125). La norma es la expresión escrita de un enunciado normativo determinado en el texto de la Constitución. En cambio, una disposición de derecho fundamental expresa algo más: está relacionada con el contenido de aquello que está ordenado, prohibido o permitido por el texto de la norma. Este contenido es discernido por el intérprete cuando determina el verdadero alcance de los términos empleados en el texto, en función de los bienes que se procuran realizar. Para que una adscripción se lleve a cabo conforme a derecho es necesario aducir una *fundamentación iusfundamentalmente correcta* sobre la base de criterios de validez normativos, sociológicos y axiológicos, según ya se ha expresado numerosas veces (126).

El juicio es normativo en la medida en que remite a normas jurídicas positivas, sociológico en la medida en que considera los efectos de su sentencia sobre el orden social y axiológico porque remite a valores. Ahora bien, claramente es el juicio axiológico el que los atraviesa a los otros dos. Así se considera, porque para interpretar una norma es necesario preguntarse por sus *finés*, esto es, qué bienes o valores pretende realizar. Y para juzgar los efectos sociales también se debe hacer a la luz de unos bienes o valores que estos efectos realizan o vulneran, según el caso. En la prudencia judicial hay un margen interpretativo para la determinación de los fines, bienes o valores de cada principio ius-fundamental, del derecho constitucional en su totalidad (fin global), de las normas reglamentarias y de su última concreción, que es la sentencia.

En este marco conceptual, interesa destacar en este punto que una misma norma legal puede ser razonable y, por ende, proporcionada con los fines que expresan las normas constitucionales en las condiciones especiales de un caso determinado y, por el contrario, desproporcionada para regular otras situaciones fácticas diferentes. Es lo que ocurre, verbigracia, con el criterio aplicado en el caso “Arriola” en materia de penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (127). Efectivamente, en los casos en que la conducta incriminada no tuviere transcendencia a terceros, la norma legal no resulta proporcionada con los fines que expresa el principio que protege la libertad de las acciones privadas y por ende resulta inaplicable por ser inconstitucional. Una solución jurídica diferente cabe en el caso contrario en que se demostrase que dicha tenencia pudiere afectar los derechos de terceros, como pudiera ser el consumo ilegal de drogas en presencia de niños a la entrada de una escuela.

Otro ejemplo de la manifestación de la prudencia judicial en el principio de proporcionalidad podría ser la sentencia del caso Kimel de la Corte Inte-

---

(125) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ps. 46 a 55.

(126) *Ibíd.*, ps. 53 y 54.

(127) Sentencia de la CSJN, A. 891. XLIV, del 25/08/2009.

americana de Derechos Humanos (128) (esto se trató en la primera parte, punto d.3). En este caso el Tribunal regional consideró que la situación de funcionario público de la persona afectada en su honor por una publicación de un periodista constituía una condición fáctica determinante a los efectos de analizar la proporcionalidad de la medida. En concreto, si la ley que protegía su honra (delito de calumnias e injurias) resultaba proporcionada con el aseguramiento de la libertad de pensamiento y expresión. La Corte consideró que esta medida afectaba los fines que protegen la libertad de expresión del periodista, en tanto que las publicaciones tuvieran ciertas condiciones y se refirieran sobre actos de funcionarios en el ejercicio de tareas públicas. En otras condiciones fácticas, la medida legal podría ser proporcionada con los fines convencionales.

En este punto cabe volver nuevamente a mencionar la regla de preferencia condicionada del profesor R. Alexy en cuanto resalta la importancia que debe asignarse a las condiciones del caso para establecer la relación de preferencia de los principios involucrados en el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*. En ciertas condiciones debe inclinarse por la solución que expresa el principio precedente, mientras que en otras la respuesta puede ser distinta (129). El resultado de esta ponderación, realizada en un caso concreto, puede dar lugar a la creación jurisprudencial de un nuevo enunciado normativo (disposición de derecho fundamental) adscripto a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, con carácter de regla, bajo la cual pueden subsumirse casos análogos (130). Este juicio, según se ha visto, es eminentemente prudencial.

### **b.3) El método deliberativo utilizado para la concreción del resultado (elemento metodológico)**

También cabe advertir una particular identidad entre prudencia y proporcionalidad en aquello que se relaciona con la estructura del razonamiento judicial. El método utilizado en el juicio prudencial y en el principio de proporcionalidad es el deliberativo, que se encamina a la elección racional del medio legal más acorde para el logro de los derechos fundamentales. En este punto, se evidencia más que en ningún otro aspecto, la proximidad que media entre la noción de la proporcionalidad con el concepto del derecho como disciplina práctica, ya que la premisa mayor del silogismo judicial está atravesada en forma transversal por el mandato de optimización de los principios. El principio de proporcionalidad, a través de la deliberación, se propone escoger entre todos aquellos disponibles el medio legal que reglamenta del modo más eficiente los principios ius-fundamentales.

---

(128) Caso "Kimel vs. Argentina", de la Corte IDH, del 02/05/2008.

(129) La fórmula empleada es  $(P^1 \text{ } P^2)$ <sup>C1, C2, C3...</sup> y señala que Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídicas del principio precedente.

(130) *Ibídem*.

En la teoría clásica sobre la prudencia, se mencionan tres grados por los que transita el conocimiento práctico: deliberación, juicio e imperio. La actividad receptivo - perceptiva de los dos primeros grados (la deliberación y el juicio), representa el carácter cognoscitivo de la prudencia (131). En este apartado se considerarán la deliberación y el juicio, mientras que el imperio o mandato será desarrollado al momento de analizar el elemento teleológico de prudencia y proporcionalidad.

El profesor Massini recuerda en su ya comentada obra que el primero de los actos propios de la prudencia es la deliberación, consejo o *consilium*. Explica que este último término designa con mayor propiedad el acto eminente de la prudencia, pues hace referencia a una conferencia o intercambio de opiniones entre quienes “*se han sentado juntos*” (132). Los griegos consideraban a esta disposición como una de las partes constitutivas de la prudencia. La denominaban *eubulia* que significa el buen consejo o buen sentido para juzgar lo que sucede ordinariamente. Tomás Aquino señalaba que la *eubulia* constituye una virtud anexa a la prudencia, cuyo objeto es la deliberación (133). En la actualidad, podría representar esta disposición aquello que se conoce con el término “*sentido común*”, que alude a unas reglas algo indefinidas, pero que de alguna manera son explicitadas por la experiencia común, la psicología y la lógica y que permiten tomar decisión razonables.

Todos estos términos (deliberación, consejo, concilio, experiencia común) hacen mención a una actividad que es esencialmente propia del ser humano: el diálogo. Esta capacidad de interlocución e interrelación de la inteligencia es la característica propia de la prudencia. El diálogo exige una actitud abierta, dispuesta a escuchar, a tomar en serio el punto de vista contrario, esforzarse por encontrar algún punto que permita armonizar las diferentes miradas sobre un mismo punto (134). En este sentido, el profesor Emilio Komar enseñaba en sus clases de filosofía que, al igual que la creación, las cosas hechas por el hombre también están puestas entre dos inteligencias: la que la concibió y la ha hecho y el intelecto de quien la conoce. Todo conocimiento tiene una estructura dialogal. En alguna medida, la hermenéutica jurídica toma esta cuestión como punto de partida (135).

---

(131) PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, op. cit., p. 45.

(132) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica...*, op. cit., p. 52.

(133) S.T.: 1-2, q. 14 a. 3.

(134) El lema basado en que “el otro puede tener razón” ha inspirado la obra de H. G. Gadamer. Este autor dibuja la hermenéutica como el arte del acercamiento al propio pasado a través del entendimiento del otro: tratar de percibir el mundo como lo hace el otro. Para entender un texto no tratamos de entrar en la constitución psíquica del autor, sino que lo que intentamos hacer es trasladarnos hacia la perspectiva bajo la cual el otro ha ganado su opinión. Cfr. LLAMAS POMBO, E., *La interpretación Jurídica. Una reflexión retrospectiva y presente*, La Ley, 2011-B, 950, del 04/04/2011.

(135) SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, E. Porrúa, México 2006, p. 105.

La idea del diálogo como parte integrante del método deliberativo del conocimiento práctico también está presente en el desarrollo que hace Aulis Aarno del concepto de aceptabilidad racional: “es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos. A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de comunicación humana” (136).

En los anteriores apartados de este capítulo *proporcionalidad y prudencia* se ha señalado que la prudencia recae sobre aquella dimensión existencial que versa sobre la razonabilidad de las decisiones. La prudencia opera sobre el ámbito del conocimiento práctico (lo agible humano) que debe ponderar las razones para llegar a una determinación. También se ha explicitado que la prudencia es indicativa y preceptiva de medios (lo cual no implica, cabe aclararlo, la desconsideración del fin).

Precisamente el primer acto de la prudencia, que es la deliberación, versa sobre la búsqueda de los medios o caminos que han de considerarse para alcanzar el fin que es objeto de intención. Esta es la función propia del acto deliberativo: la consideración de los caminos más eficientes para dirigir la acción en las realidades prácticas que están signadas por su contingencia. La indefinición *a priori* de estas situaciones impide la posibilidad de un conocimiento teórico anticipado y, por esa misma razón, sustrae la cuestión de la consideración de los medios prácticos del ámbito del conocimiento teórico. La razón no puede abarcar todos los casos singulares y contingentes que han de suceder. En la dimensión de lo agible humano los pensamientos son inseguros y aventurados los cálculos. El hombre necesita de la capacidad del consejo en esa investigación deliberativa. En este sentido, Massini indica que “el ámbito del derecho es uno de aquellos en que la deliberación tiene su lugar propio y que el discurso deliberativo es la parte fundamental de todo conocimiento de lo justo en concreto” (137).

Con respecto al método dialógico de conocimiento que supone el deliberativo propio de la virtud de la prudencia y, en particular, del consejo, Tomás Aquino afirmaba en el tratado de los actos humanos que “la elección sigue a un juicio de la razón acerca de lo que hay que hacer. Pero en lo que hay que hacer se encuentra mucha incertidumbre, porque las acciones se refieren a cosas singulares y contingentes, que por su propia variabilidad son inciertas. Por otra parte, en lo dudoso e incierto la razón no emite juicio sin una investigación previa. Por consiguiente, es necesaria una investigación de la razón antes del juicio acerca de lo que hay que elegir, y esta investigación se llama consejo”. En esta cuestión cita al filósofo Aristóteles, en

---

(136) AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 241.

(137) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, ps. 52-53 y 91-119.

el sentido que “*la elección es el apetito de lo aconsejado previamente*” (138). Sobre la característica dialogal del conocimiento práctico, objeto de la deliberación, escribió que “el consejo propiamente implica confrontación entre muchos, como su mismo nombre lo indica, pues consejo equivale a sesión conjunta, porque muchos se sientan a conferenciar juntos. En los contingentes particulares, para llegar a conocer algo cierto, es necesario considerar muchas condiciones y circunstancias que no son fáciles para considerarlas uno solo, sino que las perciben con más certeza muchos, pues lo que uno advierte, otros no” (139).

Para que la decisión judicial sea una determinación prudente, resulta necesario que antes sea preparada mediante el buen consejo o deliberación de los diversos medios. El método deliberativo consiste en investigar, conocer y consultar sobre la decisión correcta, discernir sobre los medios más aptos para la consecución del fin. El concepto que mejor expresa esta idea es el de “comparación”. El juez (y antes el legislador) debe comparar entre opciones. Ahora bien, para comparar hay que tener un punto de vista común desde el cual valorar las distintas alternativas. En nuestro caso son los principios de derecho fundamental, y más concretamente los bienes que estos principios buscan realizar por separado y conjuntamente (la dignidad de la persona).

Se advierte entonces que la deliberación tiene por objeto la consideración de la mayor cantidad de caminos o vías para la consecución del fin y, mediante un buen juicio, discernir el mejor entre todos los disponibles. En este proceso deliberativo, caracterizado por el intercambio dialógico, el juicio de la prudencia requiere del sujeto llamarse al silencio para “sentir la voz la verdad de las cosas reales y, merced al informe brindado por la propia realidad, se precisen con nitidez los contornos del camino adecuado... implica la humildad del percibir en silencio, es decir, con sencillez; la fidelidad de la memoria al ser” (140).

En el ámbito de la prudencia judicial la realidad que hay que mirar para comparar y deliberar adecuadamente es el de los bienes que expresan el objeto por medio del cual se comunica el derecho (las normas), su encaje con los bienes que aspiran los principios fundamentales y el fin global de toda la práctica jurídica que es la coordinación de conductas sociales desde la perspectiva de la dignidad de la persona. En este punto el intérprete se topa con un fin objetivo cuya validez (o encaje, en términos de Dworkin) se muestra como evidente, en el sentido de no necesitado de justificaciones ulteriores. La práctica del derecho —sostiene Zambrano— tiende a lo razonable sin recortes; y lo razonable es lo bueno según lo que queremos no porque somos *quienes* somos, sino porque somos lo *que* somos (personas).

---

(138) 1-2, q. 14, a. 1.

(139) 1-2, q. 14, a. 3.

(140) PIEPPER, *Las virtudes fundamentales*, ps. 54-55.

En definitiva, lo bueno es lo apropiado a un concepto metafísico (no político) de persona” (141).

Ahora bien: ¿qué relación media entre el acto de la deliberación y el principio de proporcionalidad? Sobre esta cuestión, es preciso volver nuevamente sobre la conexión existente entre el principio de proporcionalidad y la estructura de las normas de derecho fundamental, en particular, el mandato de optimización de los principios. Se ha dicho más arriba que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de sus posibilidades jurídicas y reales existentes” (142). También se ha mencionado que el principio de proporcionalidad resulta un criterio estructural para la concreción y la fundamentación de normas adscriptas de derecho fundamental (143). Resulta un procedimiento de la dogmática constitucional para reducir la apertura semántica que contiene el texto de las normas, de manera tal que permite asignar un enunciado concreto a una disposición de derecho fundamental (144). Mediante el principio de proporcionalidad se precisan los contornos y límites del ámbito de funcionamiento razonable de los derechos ius-fundamentales (145).

Por otra parte, se señaló que el principio de proporcionalidad resulta un criterio de armonización en concreto de derechos, pues los mentados subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* permiten calibrar la intensidad de la afectación que el medio legal puede provocar sobre un derecho o libertad fundamental, teniendo en miras, además, la calidad de la promoción del fin indicado por otro principio constitucional. De modo que la decisión sobre esta cuestión remite, en realidad, a una determinación sobre el ámbito de funcionamiento de los derechos fundamentales.

Finalmente se ha visto en las páginas anteriores que las condiciones particulares que presentan los casos singulares tienen una significación decisiva en la regla de precedencia condicionada de Alexy. Para la adscripción de un enunciado normativo es necesario aducir una ius-fundamentación correcta desde el punto de vista normativo, sociológico y axiológico, como se dijo reiteradamente.

---

(141) ZAMBRANO, P., *El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación*, op. cit., p. 128.

(142) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 67.

(143) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad*, op. cit., ps. 103 a 135.

(144) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., ps. 31 a 55.

(145) F. TOLLER sostiene que los derechos no tienen límites externos, pero son delimitables o determinables; a través de la interpretación y decisión constitucionales es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos. *Interpretación Constitucional. Una metodología alternativa de interpretación constitucional y toma de decisiones que reconcilie derechos*. Ed. Porrúa, México 2005, ps. 1245 a 1284.

Es en este aspecto que se vincula el principio de proporcionalidad con el método deliberativo. Esta herramienta no brinda una solución anticipada, sino que se trata de un modo de razonar, tres ejes sin contenido concreto —en el sentido de descripción de hechos— que relacionan medios y fines, a partir de las distintas razones que presentan como conveniente una decisión concreta. El material autoritativo que da contenido al principio de proporcionalidad es deliberativo: procede de una indagación, investigación, compulsu y encuesta de cada uno de los elementos relevantes del caso y de la solución aplicable. Descubrir el modo de realizar los fines que expresan las normas constitucionales en el caso concreto a través de los medios establecidos por la ley. Este material es descubierto en el caso a resolver, con todas esas características que presenta y que sólo es posible encontrarlas en la verdad de las cosas reales.

En un primer momento se delibera sobre los medios legales disponibles y el alcance que cabe asignarles para ajustarlos del modo más adecuado a los fines constitucionales, de acuerdo a las particularidades del caso; en segundo lugar, se delibera cuando se confrontan las pretensiones de las partes y se establece de un modo definitivo la selección del medio legal aplicable y su real alcance; en tercer lugar, se delibera para indagar casos anteriores decididos por la jurisprudencia (la memoria es una parte integrante de la prudencia); en cuarto lugar, se delibera entre los cuerpos colegiados de jueces, y cuanto mayor complejidad o más graves consecuencias jurídicas, mayor es el número de jueces o instancias intervinientes; por último, el producto de la sentencia es objeto de una nueva deliberación entre las partes y los jueces revisores de las otras instancias. La consulta en doctrina, finalmente, es otra característica deliberativa sobre la solución.

Todas estas instancias procuran lo mismo: determinar el bien que intencionadamente señala la expresión lingüística contenida en la norma legal y su encaje con el bien integral al que aspiran los principios ius-fundamentales, de modo de coordinar las conductas sociales de un modo acorde con la razón, esto es, una conducta razonable.

Se dijo al comienzo de este apartado que la premisa mayor del razonamiento judicial está atravesada transversalmente por el mandato de optimización de los principios fundamentales (146). Esta es la clave que altera de un modo decisivo el método de conocimiento de lo debido en concreto, pues la solución que estipula la ley se constituye en un medio para alcanzar los fines señalados por los principios fundamentales. En la medida en que

---

(146) Como un rasgo característico de esta noción debe subrayarse la tendencia actual de atemperar la rigidez de las decisiones legales que estipulan decisiones *iure et de iure*, tales como las cuestiones atinentes a los antiguos delitos no excarcelables por el monto de la sanción, las presunciones de incapacidades civiles de hecho por la edad o por la condición mental, en material procesal los requisitos para la procedencia de los recursos, etc.

dicho medio legal sea razonable en el sentido que marca el principio de proporcionalidad, a través de un análisis racional deliberativo (Alexy denomina *fundamentación iusfundamentalmente correcta*), podrá establecerse el correcto ámbito de funcionamiento de los principios constitucionales (147).

En suma, la actual transformación en el concepto del derecho reconoce su raíz esencial en el cambio de consideración de la función que cumplen las leyes. En la tesis positivista legalista la ley es considerada como un fin en sí mismo, ya que toda su legitimidad proviene del proceso para su nacimiento, mientras que en las nuevas concepciones neoconstitucionalistas el mandato legal es considerado como un medio para el cumplimiento de los fines que expresan los principios, derechos y libertades constitucionales. En esta concepción, el método deliberativo cobra un papel decisivo, pues su objeto es indicar, precisamente, el camino más adecuado para el cumplimiento del fin constitucional.

*b.4) Los presupuestos para fundar la decisión: descenso y ascenso de los principios fundamentales a lo debido en concreto (elemento formal)*

Tanto el juicio de proporcionalidad cuanto el prudencial están estructurados sobre una base eminentemente preceptiva formulada, en primer lugar, por los principios más generales que resultan aplicables al caso; el segundo escalón está conformado por el derecho secundario que regula *prima facie* el supuesto contenido en la pretensión jurídica; en último término y de un modo más concreto, las condiciones singulares del caso particular.

El camino que conduce a la decisión judicial parte de las ideas más generales a las menos generales, de los principios fundamentales a las normas más concretas, hasta sumergirse en las condiciones particulares del caso concreto. Desde esas circunstancias singulares, nuevamente se enjuicia la solución más razonable que brinda el ordenamiento legal secundario, compatibilizándola una vez más con los fines que expresan aquellos principios fundamentales. De este modo se procura obtener una decisión razonable que mantenga la incolumidad del contenido esencial de los derechos, principios y garantías constitucionales.

Este proceso de construcción de la norma jurídica aplicable al caso no es automático, ni tampoco se desatiende de los mandatos que derivan del

---

(147) En algún sentido similar, JERZY WRÓBLEWSKI distinguía entre justificación interna y justificación externa de las proposiciones normativas: “El objeto de la justificación interna es establecer si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, por consiguiente, tal problemática remite al ‘silogismo jurídico’, mientras que el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna”. *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision in Rechtstheorie* 5 (1974) p. 39; VIGO, R., *La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy. La injusticia extrema no es derecho*, Ed. La Ley, ps. 39 - 40.

ordenamiento legal vigente en un lugar y tiempo determinado. Es un modelo decisorio que desciende preceptivamente desde los principios jurídicos más generales hacia los medios legales y se detiene en el caso concreto; luego, vuelve a ascender para justificar la razonabilidad de la solución, en vista de los bienes y fines constitucionales (148). Sobre este ascenso y descenso del caso particular al precepto, se ha dicho que “lo que al juez viene objetivamente dado es una norma legal abstracta junto a un *caso amorfo*, que aún no son derecho ni juntos ni cada uno por sí mismo. Se los puede comparar a una materia prima. Para que puedan surgir de ellos un ‘supuesto de hecho’ y un ‘hecho típico’, necesitan norma y caso ser tratados de manera que muestren su significación. Mas para ello no basta un acto aislado, sino que es necesario un intercambio cíclico de vaivén desde la ley hacia el caso, y viceversa. Si, de un lado, la adecuación de la ley al caso depende de la forma como se haya entendido previamente el caso, no es posible en contrapartida captar esta significación del caso sin una previa inteligencia de la ley. Únicamente se podrá hacer el ajuste de uno a otra, mediante subsunción, cuando supuesto de hecho y hecho típico hayan tomado cuerpo en un contacto mutuo que establezca entre ellos una relación de correspondencia” (149).

En el sentido indicado Massini expresa que el juicio (resultado de la prudencia) juega en la conducta la función de “un modelo o paradigma, de un marco ejemplar, conforme al cual debe estructurarse el acto humano libre para alcanzar la rectitud que le es debida” (150). En la base preceptiva de aquella conducta debida, el autor distingue entre la “*causa formal extrínseca remota*” y la “*causa formal extrínseca próxima*”. La primera está constituida por las normas generales (en particular, los principios fundamentales y el derecho secundario), que establece un ordenamiento sistemático sobre los tipos de conductas debidas para una categoría de situaciones establecidas *a priori*. En cambio la ejemplaridad próxima consiste en el precepto singular referido a la conducta concreta y que determina desde fuera el modo de ser del obrar humano, en su máxima proximidad (151).

El mandato legal tiene un carácter ejemplar sobre la conducta debida en lo concreto y el juez no puede apartarse impensadamente de él, so riesgo de incurrir en imprudencia o, en términos jurídicos, arbitrariedad o desproporción. Precisamente, la medida de la proporción está dada por la causa ejemplar extrínseca remota que es la ley. Sobre este carácter ejemplar del precepto legal se ha dicho que “la luz de la ley pasa al acto por intermedio de

---

(148) Sobre la implicancia de los principios fundamentales en el orden del derecho secundario, Cfr. CASSAGNE, J. C., *Proyección de los principios generales al acto administrativo*, La Ley, 18/06/2012.

(149) SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Ed. Porrúa, México, 2006, p. 114. La cita mencionada en el texto es de KAUFMANN, A., *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*.

(150) MASSINI, C. I., *La prudencia judicial...*, op. cit., ps. 35 y 36.

(151) *Ibidem*.

la prudencia política e individual. Estas virtudes dirigen la vida apoyándose en los principios de la ley y la sellan en su efigie. La ley es, pues, la causa ejemplar del derecho y por medio del ministerio de la prudencia, ella comunica su forma al obrar exterior. Esto es lo que nos autoriza a decir que ella es la causa del derecho en el orden formal” (152).

La causa ejemplar remota de la conducta se proyecta sobre el modelo de decisión que está próximo a la situación, para darle un sentido determinado a los hechos que debe juzgar y dirigir el mandato de lo debido hacia lo justo en concreto. En este aspecto, prudencia se relaciona con equidad “en que ambas poseen una dimensión preceptiva y creadora, esto es, no se limitan a una interpretación teórica de la realidad jurídica, sino que más bien se encuentran sumergidas en esa misma realidad, ordenando normas de acción y de conducta y creando asimismo normas individuales, a través de la sentencia y que contribuyen a la solución justa del caso particular” (153).

Este ascenso y descenso del caso singular a la causa ejemplar próxima y remota, y viceversa, está muy bien expresado por Massini cuando se refiere al silogismo judicial y al carácter analítico y sintético del conocimiento práctico. El citado autor explica que la prudencia, mediante la deliberación, opera de manera analítica; es decir: “de los efectos a las causas, de los hechos a las leyes que los rigen, de los textos legales a su auténtico sentido, de los medios de prueba a las causas que dieron origen a los hechos probados, de las realidades fácticas a los principios de interpretación y normación” (154). En cambio cuando el conocimiento práctico se mueve en búsqueda del medio adecuado para operar lo debido, lo hace mediante un proceso sintético. En este caso se pasa “*de los principios a las consecuencias, de las causas a sus efectos, de las ideas más generales a las menos generales*” (155).

En todo este camino ascendente y descendente de justificación de la decisión judicial, el principio de proporcionalidad cobra un papel singular, según se ha visto antes. Mediante este juicio estratificado en los tres pasos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se permite al operador judicial seleccionar, entre todos los disponibles y conocidos a través del acto deliberativo, aquel medio legal que resulta más adecuado para la solución justa. En este análisis cobran especial relieve las particulares circunstancias del caso singular, el medio legal previsto y los principios que rigen la situación jurídica involucrada en la realidad, en un ascenso analítico del caso a los principios y un descenso sintético de los principios al caso. El principio de proporcionalidad es, pues, una manifestación concreta del

---

(152) LACHANCE, L., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, 1953, p. 176.

(153) PORTELA, J. G., *Introducción al derecho*, Vol. 6. La justicia. Director J. A. Casabon. Ed. Jurídicas Ariel, Buenos Aires, ps. 47-59.

(154) MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 78 y su cita.

(155) *Ibíd*em, p. 77.

entendimiento práctico cuyo mandato dirige la decisión más adecuada en función de la ejemplaridad de una conducta próxima y remota.

*b.5) El objeto de la prudencia es el bien (elemento final o teleológico)*

La virtud de la prudencia tiene por objeto la búsqueda de la verdad, pero no como una manifestación puramente intelectual o dogmática, sino que tiende al buen consejo encaminado al acto humano: el bien o justo concreto que debe obrarse en el aquí y ahora. Como ya se ha dicho repetidas veces, la prudencia es una manifestación del conocimiento práctico que tiene por objeto el bien del hombre.

El último acto de la prudencia se denomina *mandato*. Tiene un sentido ordenativo pues dispone al hombre a tomar decisiones con la pretensión de alcanzar algún grado de corrección. En esta instancia se introduce en el orden prudencial la acción de la voluntad que tiene por cometido propio mover al hombre a la realización de lo que la razón le presenta como bueno (156). Precisamente, la razón es la ordenadora de los actos humanos; de allí, la posibilidad de realizar un juicio de valor sobre la razonabilidad de una determinada decisión. Por eso se dice que la voluntad, en este sentido, está inmiscerada en el conocimiento. En la dimensión natural de la conducta humana no es indiferente la bondad de la acción. Más bien, debe decirse que la pretensión de corrección en el ámbito de las operaciones está ínsita en la naturaleza racional del hombre y conforma toda su dimensión moral.

Josef Pieper realiza una inteligente descripción sobre la capacidad de la prudencia de transformar el conocimiento de la verdad en praxis del bien y, en última instancia, en bienaventuranza, prosperidad y felicidad humana. Sus palabras no pueden expresarlo mejor: “la prudencia, fundamento y madre de las restantes virtudes humanas, es, por consiguiente, esa potencia plasmatoria de nuestro espíritu, solícita y perentoria, que *metamorfosea el conocimiento de la realidad en práctica del bien...* cierra las líneas rotundas del anillo de la vida activa que tiende a la propia perfección: partiendo de la experiencia de la realidad, el hombre dirige sus operaciones sobre la propia realidad de que parte, y de forma que, a través de sus decisiones y acciones, se va realizando a sí mismo... en la prudencia, soberana de la conducta, se consuma esencialmente la felicidad de la vida activa” (157).

Párrafos antes se ha expresado que la prudencia no sólo tiene una dimensión individual y, por tanto, tiende al bien y felicidad personal, sino que también tiene una dimensión política y, en este sentido, constituye la virtud del gobernante que procura el bien de la comunidad. Por eso se ha dicho que la prudencia es la virtud específica del gobernante (158). Es interesante

---

(156) *Ibíd.*, p. 38.

(157) PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, op. cit., p. 57.

(158) DE PAZ, H., *Tratado sobre la prudencia...*, op. cit., p. 391.

mencionar aquí las razones que expuso Tomás Aquino para objetar la tesis según la cual la prudencia tiene por objeto únicamente el bien para sí mismo. Sobre esta cuestión, señaló: “quien busca el bien común de la multitud busca también, como consecuencia, el suyo propio por dos razones. La primera: porque no puede darse el bien propio sin el bien común. De ahí que se dijera de los antiguos romanos que *preferían ser pobres en un imperio rico a ser ricos en un imperio pobre*. La segunda razón: siendo el hombre parte de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para sí por el prudente cuidado del bien de la colectividad, porque la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo” (159).

El corolario de la característica esencial de la coexistencia del ser humano, su sociabilidad, es la dimensión política o social de la prudencia que tiene por finalidad el bien común. Como ya se ha mencionado antes, se llama prudencia política al conocimiento práctico que dirige la operación de la voluntad en orden a las relaciones del hombre con los demás y que tiene por objeto el bien común. En este sentido, la prudencia jurídica (que también se refiere al ámbito legislativo) pertenece a la prudencia política y, dentro de la jurídica, ésta inmersa la prudencia judicial que es la propia del juez. La función de este tipo de prudencia consiste en delimitar el contenido concreto de *lo debido* al otro según el derecho dado (160). El objeto de este tipo de prudencia es el bien de la comunidad que consta de muchas cosas y se realiza de distintas maneras en los diferentes pueblos, lugares y situaciones (161).

Para relacionar el principio de proporcionalidad con el objeto de la prudencia política y, especialmente, con el de la judicial, que es la concreción del bien común en un caso determinado, es necesario volver nuevamente sobre la naturaleza bifronte de los derechos ius-fundamentales y la necesidad de regular el ejercicio razonable del contenido de los derechos y libertades fundamentales. Esta cuestión fue abordada en la primera parte de este estudio, donde se ha mencionado que el principio de proporcionalidad tiene por objeto establecer el límite de las regulaciones de los normas de derechos fundamentales y proteger su intangibilidad o contenido esencial. Se ha mencionado que la propia Corte IDH, al explicitar los alcances del término “*restricciones permitidas*” aludidos en el art. 30 de la CADH, ha exigido (amén del procedimiento democrático de la formación de las leyes), que ellas sean dictadas por razones de *interés general*. Esta exigencia significa que las restricciones deben ser adoptadas en función de *las justas exigencias del bien común*, de conformidad con la finalidad que conforma la existencia

---

(159) S.T. 2-2 q. 47, a 10, ad. 2.

(160) Cfr. en esta segunda parte, el apartado a.4) La prudencia judicial en particular.

(161) S.T. 1-2 q. 96 a.1.

misma del Estado: “*la felicidad del hombre dentro de la sociedad*” (162). De esta manera, se deben armonizar los intereses de la colectividad con los derechos del individuo para consolidar dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre (163).

Este requisito de índole material o substantivo para considerar válida una intervención en el ámbito funcional de los derechos fundamentales —*finalidad legítima, bien común o la felicidad del hombre en sociedad*—, requiere una relación de fundamentación mayor (164). La relación de fundamentación —como se dijo reiteradamente— deberá analizarse en cada caso en particular, donde se podrá establecer si el medio empleado por la ley que interviene en un derecho fundamental es apropiado para alcanzar las finalidades que conforma la esencia misma del Estado.

En este punto se remarca que el análisis del nivel de afectación de un derecho fundamental, que supone la elección de un medio legal y, por contrapartida, la intensidad de la promoción de la finalidad que propugna el derecho o libertad al cual se ordena, es esencialmente una decisión prudencial. Los tres subprincipios que integran la proporcionalidad presuponen juicios de esta naturaleza. La adecuación, benignidad y ponderación de costos y beneficios tienen por objeto brindar razones (conocimiento práctico de la razón adquirido mediante la deliberación y el juicio) que fundamentan la bondad o no del medio escogido y el consecuente mandato de aplicarlo en las concretas particularidades que presenta el caso. Se intenta encontrar el camino menos oneroso para la realización de los derechos fundamentales. Mediante el principio de proporcionalidad se busca el medio justo que armoniza los derechos en procura del bien del hombre. El mandato de proporcionalidad resulta entonces, en lo que respecta al elemento teleológico de dicha operación, una manifestación del juicio prudencial.

La cuestión del bien como objeto de la prudencia también está relacionada con lo que Alexy denomina *pretensión de corrección* de la solución jurídica y con el asunto atinente a si existe una o varias respuestas mandadas por el ordenamiento legal (165). La cuestión relativa a la corrección tiene su

---

(162) La Corte IDH utiliza esta definición en la citada Opinión Consultiva N° 6/86, que extrae de la Declaración de México del 6 de marzo de 1945, inc. 12, Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954, Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, p. 25.

(163) Cfr. la ya citada Opinión Consultiva N° 6/86, La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986.

(164) Como se ha visto, R. ALEXY la denomina “*fundamentación iusfundamentalmente correcta*”. Alude a criterios formales y materiales de validez (conceptos normativos, sociológicos y axiológicos) y argumentación jurídica. Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., ps. 31-55.

(165) Cfr. el desarrollo elaborado en los puntos que anteceden, sobre la base de la obra de R. ALEXY. Además, del mismo autor, *Justicia como corrección*. Título

manifestación en el principio de proporcionalidad: la búsqueda de una decisión razonable. En este punto puede verse claramente cómo lo jurídico debe acudir o incorporar nociones provenientes de otras ciencias particulares para justificar la construcción de la premisa mayor que conforma el silogismo jurídico.

El profesor Rodolfo Vigo, comentando la obra de Alexy, señala que “en toda aserción se plantea una pretensión a la verdad o a la corrección, y esta exigencia universal pragmática se proyecta sobre el derecho cuando se afirman o se postulan normas o decisiones jurídicas. La conclusión que se impone, en consecuencia, es que la *pretensión de corrección* presente en el derecho no es un mero rasgo contingente sin ninguna proyección para la definición del derecho” (166). Sin embargo, sostiene que el argumento de la corrección no exige una identidad total entre moral y derecho, de manera tal que si las normas o los sistemas jurídicos no satisfacen aquella pretensión, ellos no perderán su carácter jurídico sino que se convertirán en jurídicamente deficientes. Esa tolerancia hacia la validez del derecho in-moral o injusto tiene el límite de un umbral: “no hay derecho cuando se supera cierto umbral de injusticia o cuando esa injusticia es de una medida insoportable” (167).

Aulis Aarnio coincide con la idea de que existen grados de corrección con un límite a partir del cual la decisión deja de ser jurídica y se convierte en arbitraria. En su libro “*Lo racional como razonable*” explica que “las exigencias (o expectativas) de certeza jurídica están cumplidas si: a) puede evitarse la arbitrariedad y b) el resultado coincide con el código valorativo, es decir, es “*correcto*” en el sentido sustancial de la palabra. Evitar la arbitrariedad significa aproximadamente lo mismo que previsibilidad. Más aún, la previsibilidad puede ser definida por medio de la racionalidad. Todo procedimiento que satisface los criterios del discurso racional da como resultado decisiones previsibles” (168).

Sobre la pretensión de corrección de la decisión jurídica Massini destaca el pensamiento de Damiano Canale que sostiene que “hablar de corrección [de las interpretaciones judiciales] impone a la teoría del derecho el abandonar toda forma de no-cognitivism normativo, en base al cual los juicios valorativos y de obligación no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, ni aparecen como racionalmente justificables... la interpretación de un texto jurídico es correcta cuando nuestra comprensión se ajusta al objeto de la comprensión (*adaequatio rei et intellectus*). El predicado de la corrección

---

original *Gerechtigkeit als Richtigkeit*, publicado en *Ragion practica*, 1997/9, p. 103-113, con traducción de Burno Celano y del italiano por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de Rodolfo Luis Vigo.

(166) VIGO, R., *La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy...*, op. cit., ps. 40 - 53.

(167) *Ibidem*.

(168) AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, op. cit., p. 84.

reenvía por lo tanto, ya a nivel intuitivo, a la relación de correspondencia que media entre el resultado de la interpretación (aquello que un enunciado normativo significa) y aquello que ha sido interpretado... la interpretación resultará correcta cuando restituya el significado propio o directo de un cierto texto normativo” (169).

En este contexto el principio de proporcionalidad se enmarca como un criterio de corrección en la búsqueda de la respuesta jurídica porque justamente esta operación tiene por objeto analizar si las vías empleadas por el Legislador son adecuadas para el desarrollo de los fines contemplados por el Constituyente. En la tarea de control de constitucionalidad el juez es garantizador de esa corrección. Y, como se ha dicho antes, esta noción está emparentada con la idea del bien como fin de los actos del hombre. Es en este sentido que la proporcionalidad es una manifestación del juicio prudencial, pues ambos tienen por objeto la ordenación del bien en concreto.

La prudencia emite un juicio particular adecuado a circunstancias concretas. Este juicio particular es la síntesis de dos juicios: uno universal, que indica lo que debe hacerse según los principios morales universales, válidos para todos y que se aplican al caso; y el otro circunstancial, que expresa de qué forma el juicio universal se encarna en la realidad concreta. Tanto el juicio universal como el particular tienen un carácter objetivo, en el sentido de que su validez no depende de nuestra aceptación, sino de su adecuación a lo real. Por lo mismo, el juicio prudencial es “objetivo” aunque sea particular. La corrección del juicio no depende del procedimiento por el cual se haya hecho, sino de su adecuación a las dos realidades que sintetiza: la norma universal, la realidad particular y, en concreto, el bien de la persona o las personas involucradas.

Siguiendo este mismo orden de ideas es importante señalar que la pretensión de corrección del derecho no es tal si, además, no es una pretensión de objetividad en el criterio de corrección. Se trata de arribar a respuestas correctas desde el punto de vista substantivo. Más allá de que las posibles respuestas correctas puedan ser uno o muchas, es necesario que la decisión tenga por fin realizar verdaderamente el bien de la persona que es inseparable del bien común. El criterio de corrección es un valor objetivo en la medida en que sea objetivo el concepto de dignidad humana que la justicia pretende realizar.

En procura de esclarecer el valor objetivo de la corrección, cabe recordar que la creatividad interpretativa no es absoluta sino que tiene límites referidos al objeto interpretado (las normas jurídicas), al contenido de los

---

(169) CMASSINI CORREAS, . I., “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica. Consideraciones a partir de las ideas de Owen Fiss”, *Prudentia Iuris*, Nº 71, Diciembre 2011, ps. 107-110. La cita es de CANALE, Damiano, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Milano, Cdam, 2003, ps. 71-75.

principios que rigen el área del derecho en que se inserta la norma y en el resto de la práctica (juicio de encaje) y, finalmente el fin global del derecho que no necesita de justificaciones ulteriores: la consideración de la persona y su dignidad como perspectiva del juicio teleológico (170).

En definitiva, en lo que se refiere al mandato de corrección en la interpretación del enunciado que contiene la norma jurídica de carácter fundamental, desde la perspectiva que ofrece el principio de proporcionalidad, se advierte claramente que esta cuestión no le es ajena. Bien por el contrario, este mecanismo intelectual se propone como objeto inmediato evaluar, precisamente, las proporciones —que es lo mismo que la corrección o bondad— entre el medio previsto en la ley (entendido como la vía para desarrollar los principios ius-fundamentales) y los fines que expresan los derechos y libertades fundamentales. Pues si media proporcionalidad entre los medios y los fines que protegen los derechos fundamentales y, en última instancia, la consideración de la persona y su dignidad, existe sensatez, armonía y razonabilidad. Y donde existe razonabilidad se desarrolla plenamente la justicia.

---

(170) ZAMBRANO, P., *El derecho como práctica y como discurso...*, op. cit., ps. 119-123.



## CONCLUSIONES

De las consideraciones efectuadas en la primera parte se puede concluir lo siguiente:

1) En la evolución histórica constitucional, fundamentalmente, a raíz de la doctrina judicial de la Corte U.S., la garantía del debido proceso legal (*due process of law*) establece una protección procedimental y sustancial para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales.

2) En el caso del ordenamiento jurídico argentino, la Constitución impone un límite material a la actividad legislativa que reglamenta los derechos y libertades fundamentales. Esta limitación material se expresa en el art. 28 de la CN que garantiza la inalterabilidad de los derechos fundamentales. La exigencia de inalterabilidad supone la aceptación de un contenido esencial de los derechos fundamentales. Una ley es razonable en la medida en que no altere dicho contenido esencial.

3) Para controlar la razonabilidad de las leyes se construyó en la dogmática constitucional comparada el principio de proporcionalidad. Este principio propone un análisis fragmentado en tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) que permite determinar la razonabilidad en la reglamentación de los derechos fundamentales. Si se logra superar los tres niveles de análisis -lo cual implica también la garantía del contenido esencial-, se podrá concluir entonces que el medio previsto en la ley no altera la substancia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional.

4) La Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizó el principio de proporcionalidad como un procedimiento constitucional para determinar la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los órganos de interpretación y aplicación de las normas de derecho interno de los Estados parte de la Convención (como lo es el Estado argentino), tienen la obligación de realizar un "*control de convencionalidad*" de dichas normas, utilizando para ello el principio de proporcionalidad establecido en los precedentes de la Corte IDH. En consecuencia, el principio de proporcionalidad es un mandato que deriva de la Convención y que permite determinar

la posible afectación de los derechos y libertades convencionales por parte de la legislación interna de los Estados Partes.

5) De la segunda parte de este estudio se puede concluir que el moderno principio de proporcionalidad es una manifestación de la antigua noción de prudencia judicial. Esta nueva construcción de la doctrina constitucional comparada supone el abandono de la tesis legalista del positivismo jurídico que afirmaba a la ley como la fuente exclusiva de calificación jurídica y amplía considerablemente las fuentes jurídicas desde una comprensión más abarcativa del derecho. El cambio de paradigmas fue también incitado por el denominado “giro interpretativo” en las ciencias sociales como resultado de la influencia de la hermenéutica en el espectro de las ciencias, incluido el derecho y la filosofía del derecho. En particular se destaca la necesaria interpretación teleológica de la norma jurídica (o intención deliberada del fin) que se pregunta por el qué y el para qué de lo mandado por el derecho. En este contexto es necesario hablar nuevamente de la virtud de la prudencia y su manifestación en la determinación del derecho en concreto, que es la prudencia judicial.

6) Se identifica particularmente el juicio de proporcionalidad con la prudencia judicial a partir de encontrar una identidad en cinco elementos constitutivos de ambas operaciones.

6.1) El primer elemento está relacionado con que ambos juicios (proporcionalidad y prudencia) son operaciones intelectuales indicativas y preceptivas de medios. En los dos casos, presupuesto el conocimiento de los fines que procura la medida legal (norma aplicable) y los fines de los principios involucrados, se trata del análisis sobre la capacidad de aquella para configurar del modo más inmediato los derechos fundamentales del hombre. Esta afirmación supone la no afectación de la garantía del contenido esencial. Se procura examinar la posibilidad que tiene la norma de realizar esos fines y, en última instancia, el fin último del derecho que es la consideración de la persona y su dignidad.

6.2) El segundo elemento radica en el materia sobre el cual recae la operación de concreción del derecho que es lo agible humano. En este caso, la estructura expansiva de los principios como mandatos de optimización según sus posibilidades fácticas o jurídicas y el principio de proporcionalidad como un criterio para la fundamentación de enunciados adscriptos a una norma de derecho fundamental supone una consideración específica sobre las condiciones particulares del caso. Este juicio es eminentemente prudencial.

6.3) El tercer elemento que permite afirmar una manifestación prudencial mediante el moderno principio de proporcionalidad está conformado por el método deliberativo utilizado para la concreción del resultado judicial. Esta operación no indica una solución anticipada, sino un modo de razonar que relaciona medios y fines, a partir de las distintas razones que

presentan como conveniente una decisión concreta. El material autoritativo que da contenido al juicio es deliberativo, es decir, procede de la indagación de cada uno de los elementos relevantes del caso y de la solución aplicable, a partir de los casos anteriores y la doctrina judicial, y del diálogo entre las partes, los jueces entre sí y los que integran las distintas instancias del proceso.

6.4) El cuarto elemento está relacionado con los presupuestos necesarios para fundar la decisión, consistente en un descenso y un ascenso de los principios fundamentales a lo debido concreto y viceversa. La base preceptiva para determinar la conducta debida está constituida por las normas generales (los principios fundamentales y el derecho secundario) y por la ejemplaridad próxima, consistente en el precepto singular referido a la conducta concreta. En este análisis cobran especial relieve las particulares circunstancias del caso singular, el medio legal previsto y los principios que rigen la situación jurídica involucrada en la realidad, en un ascenso analítico del caso a los principios y un descenso sintético de los principios al caso.

6.5) El quinto elemento a partir del cual es posible afirmar una asimilación del juicio prudencial con el de la proporcionalidad está referido a la finalidad que se procura mediante dicha operación, que es el bien humano. Este mecanismo intelectual se propone como objeto inmediato evaluar, precisamente, las proporciones —que es lo mismo que la corrección o bondad— entre el medio previsto en la ley (entendido como la vía para desarrollar los principios ius-fundamentales) y los fines que expresan los derechos y libertades fundamentales. Este criterio tiene un valor objetivo a partir de la consideración de los límites de la creatividad interpretativa. La proporcionalidad en última instancia supone sensatez, armonía y razonabilidad. En definitiva, el presupuesto para que se desarrolle plenamente la justicia.



## BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. Edición en castellano traducida por Carlos Bernal Pulido, Madrid, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ra. edición, Madrid, 2003.

BAZÁN, Víctor, *Control de convencionalidad, influencias jurisdiccionales recíprocas*, La Ley, 04/04/2012.

CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, obra colectiva, Quito, 2008.

CARBONELL, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Proyección de los principios generales al acto administrativo*, La Ley, 18/06/2012.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009;

CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

CIANCIARDO, Juan, *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*, coautoría con Fernando Toller y Lucas Giardelli, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio...*, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Marcial Pons, 2008.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Ed. Porrúa, México, 2006.

ETCHEVERRY, Juan Bautista, *La relevancia del derecho que remite a la moral*, Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 4, México, UNAM, 2010.

DE PAZ, Herminio, *Introducción a las Cuestiones 47 a 56*, Suma de Teología de Santo Tomás de Aquino, T. III, Parte II-II (a), BAC, Madrid 1995, pág. 381.

DIDIER, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

EKMEDKJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, págs. 117 - 121.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GELLI, María Angélica, *El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo*, La Ley, 07/12/2007.

GELLI, María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso "Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, La Ley, 01/06/2010.

GIARDELLI, Lucas, *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*, coautoría con Fernando Toller y Juan Cianciardo, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio... Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, Marcial Pons, 2008.

GOLDCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.

HITTERS, Juan Carlos, *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana*, La Ley, 06/06/2012.

LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *La interpretación Jurídica. Una reflexión retrospectiva y presente*, La Ley, 2011-B, 950, del 04/04/2011.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio *La Prudencia Jurídica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica. Consideraciones a partir de las ideas de Owen Fiss*, Prudentia Iuris, N° 71, Diciembre 2011.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*. Ediciones Rialp, tercera edición, Madrid, 1980.

PIEPER, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1974.

PORTELA, Jorge Guillermo, *Introducción al derecho*, Vol. 6. La justicia. Director J.A. Casaubón. Ed. Jurídicas Ariel, Buenos Aires.

ROSATTI, Horacio Daniel, *El llamado "Control de Convencionalidad" y el "Control de Constitucionalidad" en la Argentina*, Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 2012.

SAGGESE, Roberto M.A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2010.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007.

SAPAG, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado*, Dikaion. Vol. 22, Núm. 17, Colombia, 2008.

SELLÉS, Juan Fernando, *La virtud de la prudencia según Santo Tomás de Aquino*, Cuadernos de Anuarios Filosóficos, Pamplona, 1999.

SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Ed. Porrúa, México, 2006.

TOLLER, Fernando, *Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad*, coautoría con Lucas Giardelli y Juan Cianciardo, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio...* Derechos fundamentales y tutela constitucional, Ed. Marcial Pons, México, 2008.

TOLLER, Fernando, *La resolución de los conflictos entre los derechos fundamentales*. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test, en E. Ferrer Mac-Gregor, Coordinador,

Interpretación Constitucional, Porrúa UNAM, México, 2005, Tomo II, ps. 1199-1284.

VIDAL FUEYRO, Camino, *El principio de proporcionalidad como parámetro de la constitucionalidad de la actividad del juez*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

VIGO, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica. Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores.

VIGO, Rodolfo L., *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Derechos fundamentales y tutela constitucional, Marcial Pons, México, 2008.

VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy). La axiología jurídica de Gustav Radbruch*, Ed. La Ley.

VIGO, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

VIGO, Rodolfo L., *Fuentes del derecho en el estado de derecho y el neoconstitucionalismo*, La Ley, 24/02/2012.

VIGO, Rodolfo L., *Los hechos en los paradigmas legalistas y constitucionalistas*, La Ley, 15/06/2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1997.

ZAMBRANO, Pilar, *Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia*, Persona y Derecho, 60 (2009).

ZAMBRANO, Pilar, *El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación*, Dikaion, Año 23 - Num. 18, Colombia, 2009.

ZAMBRANO, Pilar, *El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho en John Finnis*, Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 4, México, UNAM, 2010.

ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2009.