

El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano

Hermann-Josef Blanke *

En el presente artículo el autor nos describe como se ha desarrollado el Principio de Proporcionalidad en algunos ordenamientos jurídicos de Europa y Latinoamérica, mostrándonos la forma en que ha venido siendo aplicado tanto en el Derecho Constitucional como en el Derecho Administrativo, así como las medidas y consideraciones que se deben tener en cuenta cuando dos normas se hallan en conflicto y ponen frente a frente a dos derechos tutelados..

La dimensión individual tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Administrativo se pone de manifiesto, fundamentalmente, en el principio de prohibición de exceso, en particular, por medio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y los criterios de adecuación y exigibilidad o necesidad¹. Como otros principios, por ejemplo, el de la igualdad o no arbitrariedad y el de la confianza legítima, se le puede encuadrar en una suerte de *supraprincipio* general, sea con respecto a la obligación del legislador o la potestad de la Administración, de actuar conforme a equidad circunscribiendo los derechos y los deberes de los ciudadanos en las leyes sobre la base de los derechos fundamentales del conjunto de los individuos, o aplicando estas normas en casos concretos.

Así, tanto en el área de la legislación como en el de la Administración, el principio de proporcionalidad es la aplicación de los derechos fundamentales según la vertiente que lo deriva de estas normas de la Constitución² o del principio del Estado de Derecho, otra ubicación del mismo (sub) principio³. "El mandato de establecer una relación adecuada entre el medio y el fin es el núcleo original y la forma más general de control del Estado"⁴ en todas sus articulaciones. En la terminología de ALEXY, la

proporcionalidad, sin embargo, no es un principio⁵ sino una regla de segundo grado, que determina la estructura de la aplicación de otras reglas, normas o principios. Un principio, al contrario, contendría mandatos que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible ("mandatos de optimización"); por lo que, su cumplimiento podría ser medido en diferentes grados, a diferencia de las reglas, que sólo podrían ser cumplidas o no cumplidas⁶. El carácter de regla del mandato de la proporcionalidad se señala, además, por no estar sometida a una ponderación con otros mandatos⁷. A pesar de estas diferenciaciones dogmáticas, el concepto de proporcionalidad está considerado como "principio general" del Derecho Internacional⁸.

I. LA PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE LA LEGALIDAD MATERIAL

Según buena tradición de los juristas alemanes, se enseña el Derecho Constitucional partiendo siempre de tres planos para examinar una posible lesión de uno o varios derechos fundamentales por un acto del Estado, sea del legislador o sea de la Administración, que dicta un acto con efectos agravantes. Estos tres planos indican la legalidad material de una intervención del poder público en la esfera de la libertad de

* Profesor Catedrático de Derecho Público y Derecho Internacional Público en la Universidad de Erfurt, Alemania.

1 SCHMIDT-ABMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, 2003, p. 89 (II. 64); Lerche, P., *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961; Chaib, L., *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*, São Paulo, 2008, p. 70 y ss.; Bergmann Ávila, H., *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin, 2006, pp. 98, 118, distingue de modo acentuado entre la prohibición de exceso y la proporcionalidad. Mientras que considera a la primera como prohibición del efecto mínimo de principios, incluso si no existiera un fin, explica la última por la relación proporcional entre medio y fin. En la teoría alemana la prohibición del exceso es un sinónimo de la proporcionalidad y un término preferible a la proporcionalidad para distinguir su tercer mandato (la proporcionalidad en sentido estricto) de la regla general: ver Stern, K., *Übermaßverbot und Abwägungsgebot*, en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Munich, 1994, § 84 sub I.1.

2 KUNIG, Ph., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, p. 355.

3 STCF (sentencia del Tribunal Constitucional Federal, sala 1ª), t. 19, p. 342 (349); 69, 1 (35).

4 HAVERKATE, G., *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, Tübingen, 1983, p. 13.

5 Así, JAKOBS, M. Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Colonia, 1985, pp. 58, 52-55.

6 Ver ALEXY, R., *Teoría de derechos fundamentales*, Madrid, 1997, p. 99 f; de la misma opinión: Haverkate, G., *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, Tübingen, 1983, p. 11; Bergmann Ávila, H., *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin, 2006, pp. 89 y ss. (97).

7 CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, p. 21.

8 Ver DELBRÜCK, J., *Proportionality*, en Bernhardt, R. (coord.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam, 1997, p. 1440 (1444).

los individuos. En primer lugar, se debe determinar el derecho fundamental que puede ser violado por el acto. De ahí que se tiene que definir el ámbito de protección del derecho fundamental, ya sea el radio de acción u omisión de un individuo protegido en esta norma, o sea, la "cobertura" de este comportamiento del individuo por la Norma Fundamental, en la cual el poder público interfirió (primer plano). Entonces, es indispensable concretar los límites que están articulados por el legislador constituyente, explícita o implícitamente, en la Norma Fundamental y que restringen el ejercicio del derecho al respecto. Normalmente, estas restricciones de la libertad del individuo están plasmadas en las leyes ordinarias (segundo plano). Al fin y al cabo se examinan los llamados "límites de los límites", es decir, la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental afectado por la Ley⁹ y el principio de proporcionalidad¹⁰. Entre estos dos se destaca en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán el principio de proporcionalidad. Toda limitación o restricción legal de los derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, que, con su punto de partida en la dogmática alemana, desempeña entretanto una función capital tanto en la legislación ordinaria como en la jurisdicción administrativa y constitucional en Europa, sea con respecto a la limitación normativa de las injerencias del poder público o sea con respecto al control de estas medidas por los jueces de la justicia administrativa o de los Tribunales Constitucionales. Con toda razón la proporcionalidad está considerada como "límite negativo" constituido por una regla general de Derecho¹¹.

Paralelamente, la legalidad material de un Acto Administrativo se fiscaliza en un primer plano con respecto a la conformidad con las leyes y los principios de derecho; en un segundo plano, en cuanto a la conformidad del Acto con la reserva de Ley; en un tercer plano, con respecto al ejercicio correcto de la potestad discrecional; y en un cuarto plano, bajo los aspectos de la proporcionalidad. No obstante, estas aproximaciones similares a la hora de fiscalizar una Ley, por un lado, y un Acto Administrativo, por otro lado, conviene destacar que en el control de la proporcionalidad de una Ley el Tribunal Constitucional

Alemán respeta siempre el margen de apreciación del legislador, que es, sin excepción, más amplio que aquel de la Administración Pública.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El grupo del principio de proporcionalidad comprende -después del examen de la finalidad válida de la intervención por el poder público a la luz de la Constitución- los mandatos de adecuación, de exigencia o necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez se ramifican sectorialmente en obligaciones de tener en cuenta determinados intereses o en cláusulas dispensatorias para supuestos excepcionales. El mandato de adecuación (idoneidad o congruencia) quiere decir que el contenido de la actuación legislativa o administrativa debe ser el que corresponda a los fines que persigue y a los intereses públicos que la requieran. La adecuación es un criterio fáctico en virtud del cual debe existir un cierto grado de probabilidad de que mediante la medida (legislativa o administrativa) va a ser logrado el objetivo establecido expresa o implícitamente en la ley. La medida limitadora de los derechos o intereses debe ser útil para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por el legislador o la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico de la materia o del caso para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento¹². El rigor que se ejerza en el control de la idoneidad de la limitación o restricción legal dependerá de la profundidad de la injerencia en el derecho fundamental, ya que cuanto mayor sea ésta, tanto mayor será la aptitud exigible a la medida respectiva en orden a la realización del fin previsto. El órgano contralor concede al legislador un margen de apreciación bastante amplio cuando se trata de decisiones en pronóstico¹³.

El subprincipio de exigencia o necesidad significa que la ley o la acción administrativa ha de limitarse a lo necesario, o, en otras palabras, a lo exigido por la concreta finalidad que ha de perseguir. Este requisito se satisface cuando no existe una medida alternativa menos gravosa, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales o infraconstitucionales,

9 Ver STERN, K., *Übermaßverbot und Abwägungsgebot*, en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Munich, 1994, § 85; Casal H., J. M., *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, 2006, p. 72 ss.

10 Ver STERN, K., *Übermaßverbot und Abwägungsgebot*, en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., vol. III/2, Munich, 1994, § 84 sub I. 1 y III.9.

11 Ver Consejo de Estado de Colombia, sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 3ª), sent. 13.074, de fecha 30/11/2006, sub V. 5.2.

12 Ver Consejo de Estado de Colombia, sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 3ª), sent. 13.074, de fecha 30/11/2006, sub V. 5.2.3.3.

13 Ver FASSBENDER, B., *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, en Isensee y Kirchhof (coords.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV, 3ª ed., Heidelberg, 2006, § 76, nota 19; Ossenbühl, F., *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, en Badura y Scholz (coords.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, libro de homenaje para P. Lerche, München, 1993, p. 151, deduce de la estructura del examen de la proporcionalidad que se funde en valoraciones de objetivos y fines, pronósticos y apreciaciones, determinadas restricciones en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad; ver también Casal H., J. M., *Los derechos humanos y su protección*, cit., p. 71, respecto de asuntos controvertidos en el plano científico o técnico.

que sea a la vez tan efectiva para alcanzar, con igual grado de efectividad, el objetivo propuesto.

También con respecto a esta etapa claro está que se debe partir de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse¹⁴.

El mandato de proporcionalidad en sentido estricto, como tercer elemento del grupo de proporcionalidad, versa sobre una relación justa y adecuada entre los fines que persigue el poder público y los medios que determina en consonancia con sus finalidades (relación causal entre medios y fines)¹⁵. El fin es un estado deseable extrajurídico. El examen de esta relación exige una ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. El método de la ponderación aparece como el más adecuado para resolver situaciones de real o aparente colisión entre derechos fundamentales (las “antinomias”), estableciendo mediante pautas racionales cuál de estos principios debe prevalecer sin descartar totalmente el derecho de peso menor sino guardando, siempre su esencia, el proceso de la ponderación (“concordancia práctica”)¹⁶. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. Este concepto, que exige sólo lo que es posible desde el punto de vista del derecho¹⁷, se aplica tanto a los actos administrativos—dictados tanto en actos reglados como en actos discrecionales¹⁸— como también en el examen de constitucionalidad de las leyes.

III. LAS RAÍCES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU DIVULGACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO

Cierto es que los tribunales alemanes junto con la doctrina dieron alumbramiento a la institución en gestión y forjaron el derecho público también como forma de proteger a los derechos públicos subjetivos¹⁹. Aunque el concepto del principio de proporcionalidad no está vinculado de manera indisoluble a la protección de los derechos subjetivos, no se pueden entender sus raíces sin conocer esta característica del Ordenamiento Jurídico alemán, que garantiza un control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos *a posteriori* y el recurso de amparo (artículo 93° I) núm. 2° y 4° b LF). Luego este parámetro fue trasladado al derecho comunitario, donde se constituye en el más importante de sus principios jurídicos y manifiesta una contribución alemana al ordenamiento jurídico europeo (artículo. 5° III TCE: “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”). Este principio fue reformado en el artículo 5° IV TUE-Lisboa (todavía en el proceso de ratificación): “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados...”. En el sentido de los artículos 5° III TCE y 5 IV TUE-Lisboa este principio tiende al equilibrio más moderado entre las necesidades de la integración política y económica de la Unión, de un lado, y las exigencias de la protección de la identidad de los Estados miembros, de otro (artículo 6° III TUE-Niza).

14 Por eso se pueden considerar los subprincipios de la adecuación y de la necesidad como elementos de relevancia fáctica (lo que exige conocer el presupuesto de hecho), mientras que, la proporcionalidad *sensu stricto* implica una ponderación de los valores en juego, lo que abre en cierta medida una *subjetivación* de la decisión sobre la proporcionalidad. Ver en este sentido también la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 3°), sent. 13.074, del 30/11/2006, sub V. 5.2.3.3. Ver también: Emiliou, N., *The principle of proportionality in European law*, London, 1996, p. 39; Braga, Valeschka e Silva, *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*, 2° ed., Curitiba, 2008, p. 167: “Isso quer dizer que, ao contrário da razoabilidade, que possui forte conteúdo subjetivo, tendo seu campo de atuação guiado pelo senso comum predominante em determinado grupo, a proporcionalidade, principalmente pelo fato de seus subcritérios serem objetivos, volta-se para a ampla esfera da ciência jurídica, tendo pretensões de aplicação em todos os ordenamentos jurídicos”. Bergmann Ávila, H., *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin, 2006, p. 118, distingue además de la diferenciación entre prohibición de exceso y proporcionalidad (ver nota 1) entre proporcionalidad y ponderación de valores. Mientras que, la última exige “la atribución de una dimensión significativa a valores entrelazados, sin implicar alguna definición respecto del modo en que la ponderación está realizada, la primera contiene mandatos claros en cuanto a la estructura lógica a aplicar a la hora de la aplicación del principio”. Según Stern, K., *Übermaßverbot und Abwägungsgebot*, en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Munich 1994, § 84, sub IV. 4 b, la inadecuación de modelos cuantitativos para realizar la ponderación no significa que se debe renunciar a un método racional para la ponderación. Como tales señala: a) el descubrimiento de los valores e intereses a ponderar; b) definir su peso; y c) la propia ponderación.

15 Ver CHAIB, L., *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*, cit., p. 84 y ss.; ver, en cuanto a la necesaria causalidad entre los dos elementos empíricamente distintos (medio-fin), Bergmann Ávila, H., *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin, 2006, p. 114 ff.

16 Ver HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, reimpr. de la 20° ed., Heidelberg, 1999, nota 72; con respecto a las colisiones de derechos fundamentales y a su ponderación ver Braga, Valeschka e Silva, *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*, cit., p. 205 y ss., 223 y ss.

17 Ver ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 100.

18 Ver CHAIB, L., *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*, cit., especialmente p. 36 ss. y 87 y ss., que destaca la relevancia de la proporcionalidad con respecto a los actos discrecionales. En este contexto, el principio se aplica en el marco de una interpretación teleológica-objetiva de las normas que tienen como finalidad la protección de dos principios que se encuentran en una tensión recíproca. El principio alivia una reducción del margen discrecional, contribuyendo a la concretización de los conceptos normativos indeterminados que estén redefinidos ante las circunstancias del caso concreto.

19 CORVIELLO, J. R., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, 2004, p. 418.

Su codificación más articulada ahora se encuentra en el artículo 52° I de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza, que tendrá vigor normativo con la ratificación del Tratado de Lisboa en veinticinco de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea: “Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. En esta fórmula se articula de manera más precisa el núcleo material del principio de proporcionalidad. De tal manera, el principio, en su versión codificada, está destinado a dirigir la futura jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que, en el marco de la interpretación de las cuatro libertades del mercado único europeo, restringe todavía la revisión de las restricciones de los Estados miembros a los elementos de la adecuación y exigencia²⁰. De ahí resulta una limitación del parámetro del control judicial y una reducción de la “densidad” del control en la aplicación del principio por la Corte Comunitaria. Según su jurisprudencia actual, una medida resulta sólo desproporcionada en tanto que sea evidentemente inadecuada²¹. En el marco de la exigencia, el Tribunal de Justicia no examina de manera suficiente las medidas alternativas que tengan una injerencia menor en la esfera de la libertad del ciudadano²². No obstante la jurisprudencia del Tribunal Comunitario, las tradiciones distintas de los Estados miembros siguen careciendo de unidad: por consiguiente, la *Corte Costituzionale* italiana enjuicia la adecuación o la arbitrariedad de una ley según el criterio de la “ragione”, que consiste en una comparación entre los fines perseguidos por el legislador y los valores constitucionales (“la ragionevolezza”)²³. La *Corte Costituzionale* pronuncia la inconstitucionalidad de una ley sólo en el caso de que sea imposible encontrar una necesidad que tenga precedencia a la restricción del derecho²⁴ o una evidente desproporcionalidad entre los medios previstos y el fin perseguido²⁵.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

El Tribunal Constitucional Federal destacó en su jurisprudencia que el principio de proporcionalidad domina todo el Derecho público con el Derecho Constitucional²⁶ y forma una directriz para todas las actuaciones del poder público. De ahí que, injerencias en la esfera de la libertad del individuo se admiten sólo en tanto que sean necesarias para proteger los intereses públicos; por eso las medidas seleccionadas deben ser proporcionadas con respecto a los fines perseguidos²⁷. En la rica jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la proporcionalidad como límite de la legalidad material de medidas legislativas o ejecutivas se encuentran especialmente dos casos que ilustran claramente la aplicación del principio como instrumento de la ponderación de los intereses en conflicto. Esta referencia a la jurisprudencia aclara al mismo tiempo que la teoría sobre el principio mismo refiere poco o nada del alcance, prácticamente ilimitado, de que se revierta para enfrentar los desafíos que, a toda instancia, estén lanzados a los aplicadores de la Constitución por una realidad social en permanente transformación. Sólo en su aplicación a los casos ocurridos y en la concretización de que así, necesariamente se procede, es que se releva su contenido significativo y la función que cumple para regular situaciones de la vida²⁸.

a) *La toma de líquido encefálico - STCF 16, 194 y ss.*

El Tribunal Constitucional decidió sobre una toma de líquido encefálico que un juez había ordenado para controlar la imputabilidad del acusado. Se trata de una operación que el Tribunal Constitucional cualifica como “no insignificante”, es decir, grave. Con este fondo, el Tribunal Constitucional declara que el interés general de esclarecer crímenes no es suficiente para intervenir de manera grave en la esfera de la libertad del afectado. Para juzgar la

20 Cfr., por ej., TJCE, asunto 265/1987 (“Schröder”), rec. 1989, 2237, nota 21: “Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. En virtud de este principio, la legalidad de medidas que imponen cargas financieras a los operadores está subordinada al requisito de que estas medidas sean apropiadas y necesarias para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos con la normativa de que se trate, quedando claro que, cuando deba elegirse entre varias medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos gravosa, y que las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos”.

21 TJCE, asunto C-280/1993 (“La organización común de mercados en el sector del plátano”), rec. 1994-I-4973, nota 90; véase la crítica de Danwitz, T. V., en Tettinger y Stern (coords.), *Europäische Grundrechte-Charta*, comentarios, Munich, 2006, artículo 52, nota 19 s.; Trimidas, T., en Ellis, Ritz y Blumers, *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, 1999, p. 65 (71).

22 TJCE, asunto 261/1981 (“Rau”), rec. 1987-1069, nota 33.

23 PALADIN, L., “Osservazioni sulla discrezionalità e sulleccesso di potere del legislatore ordinario”, *Riv. Trim. di Dir. Pubblico*, 1956, p. 993 y ss.; Sandulli, A. M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, *Dir. Soc.*, 1975, p. 565 y ss.; Scaccia, G., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

24 *Corte Cost. italiana* 254/1991, *Giur. Cost.* 1994, 2061 y ss.

25 *Corte Cost. italiana*, 78/1994, *Giur. Cost.* 1994, 786 y ss.

26 STCF, t. 39, p. 1 (47).

27 STCF, t. 35, p. 382 (401).

28 Ver ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2ª ed., Heidelberg, 1960, p. 14 y ss.; habla “de la mirada que vaga” entre la ley y los hechos de la vida (*das “Hin und Herwandern des Blicks” zwischen Gesetz und Lebenssachverhalt*); FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I. y GONET BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, 2008, p. 121.

proporcionalidad entre fin y medida se debe, por consiguiente, considerar también qué gravedad tiene el hecho ejecutado. Tanto más agravante una medida del proceso criminal, tanto más importante es que la autoridad pública considere la proporcionalidad de la medida. Aun cuando una medida tiene fundamento jurídico en la Ley, el juez debe considerar si la ejecución de la medida puede afectar al acusado de forma excesiva y por eso no es más proporcional con respecto a la pena que está prevista en la Ley. En el caso concreto se trató de un litigio de mínima cuantía, de lo que resultó la inadmisibilidad de la medida que había ordenado el juez.

b) *Uso de drogas (Cannabis) - STCF 90, 145 y ss.*

El derecho penal alemán sanciona el uso de drogas. El Tribunal Constitucional, considerando el derecho fundamental de la libertad general de actuar (artículo 2° I LF), no reconoce un derecho a drogarse dentro del núcleo de esta libertad. Por consiguiente, el legislador puede penalizar el uso de drogas y tiene un margen de discrecionalidad en cuanto a la aptitud y necesidad de las medidas que toma para conseguir el fin de la prohibición del uso de las drogas. Esto es también válido con respecto a la fijación de la cuantía de la pena, siempre que el legislador respete el límite de la proporcionalidad. De un control sobre la base de este principio puede resultar, sin embargo, que el legislador, no obstante la adecuación y la necesidad de sus remedios para proteger los bienes jurídicos, no debe tomarlos por la falta de consonancia entre las restricciones de los derechos fundamentales, por un lado, y el aumento de la protección de los bienes jurídicos, por el otro.

El Tribunal Constitucional admite bajo aspectos general-preventivos que se sanciona también el uso privado de drogas —y no sólo su tráfico—, en tanto que el legislador fija una cláusula en el Derecho Penal que permite a las autoridades de persecución penal abstenerse del procesamiento penal o de la sanción en el caso de un consumo mínimo. Así las autoridades competentes pueden, dentro del marco de la proporcionalidad, considerar la futilidad del injusto y de la culpa²⁹.

V. EL VICIO DE IRRAZONABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO COMPARADO CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El concepto de razonabilidad tiene su origen en la garantía del debido proceso legal norteamericano (*due process of law*) y es producto del desarrollo realizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como un parámetro de justicia. Aquí se distingue entre el tradicional y blando *rational basis test* (aplicación del parámetro de la razonabilidad, sobre todo en los casos de la *equal protection clause*³⁰), el *strict scrutiny test* (examen de la relación medios-fines y requisito de un interés público predominante, por ej., en el caso de restricciones de los derechos de voto, de intimidad³¹, de la libertad de expresión o de la protección de matrimonio y familia) y el *intermediate level of scrutiny* (no se exige una *óptima* relación medios-fines, y con respecto al interés público, sólo un objetivo importante pero no predominante, lo que se aplica sobre todo en el caso de clasificaciones según el sexo³²). La razonabilidad permitiría determinar si las decisiones y los actos resultan materialmente justos —en el sentido de un debido proceso sustantivo— y, en consecuencia, si son válidos desde el punto de vista constitucional³³.

En una primera vista la irrazonabilidad, que constituye uno de los vicios del acto administrativo en el Derecho argentino, parece muy semejante al principio de proporcionalidad. Esta conclusión se deduce sobre todo del concepto restringido que utiliza Agustín Gordillo. Este maestro argentino cualifica “la irrazonabilidad...”, en parte, como ilegalidad flagrante —caso de normas lógicamente incoherentes y ontológicamente absurdas— y en parte irrazonabilidad de la ponderación: falta de proporcionalidad entre circunstancias del caso operativa y consecuente o entre el entuerto y la sanción³⁴. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina tiene establecido que: “las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador”³⁵ para actos dictados en virtud del estado de sitio, pero aplicable a todo tipo de actos administrativos. En el fallo “Cine Callao” la Corte Suprema argentina declara que, “acreditando que la Ley en revisión [Ley 14.226] no transgrede los

29 Cfr. STCF, t. 90, p. 145 (187 y ss., fundamento 3).

30 Cfr. 165, US 150, 17 S. Ct. 255, 41° ed. 666 (1897) (“Gulf, Colorado & Santa Fe Railway Co. v. Ellis”): “...it must appear [that a classification is] based upon some reasonable ground —some difference which bears a just and proper relation to the attempted classification— and is not a mere arbitrary selection”.

31 Cfr. 410 US 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973) (“Roe v. Wade”).

32 Cfr. 429 US 190, 97 S. Ct. 451, 50 L. Ed. 2d 397 (1976) (“Craig v. Boren”): “...classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to the achievement of those objectives”.

33 Con respecto al derecho penal (*unreasonableness* de la cuantía de una pena) cfr. 551 US... (2007) (“Rita v. United States”); para el campo específico de la proporcionalidad de las penas puede verse Barnes, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nro. 5 (1998), p. 15 (29 y ss.).

34 GORDILLO, Agustín, *El acto administrativo*, 1969, pp. 249 a 253, interpretado por Linares, J. F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 1975, p. 316 y ss.

35 Corte Sup., Fallos 248:800, 815 (“Sindicato Argentino de Músicos”, y sus precedentes), 171:348, 362; 199:483, 530. La Corte se refiere a actos dictados en virtud del estado de sitio; sus deducciones, sin embargo, son aplicables a todo tipo de actos administrativos.

principios que rigen el legítimo ejercicio del poder de policía, a esta Corte sólo está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador, o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la Ley impone y los fines cuya realización procura...³⁶. La consagración legal se expresa en el artículo 7º, inc. f) del Dec. Ley Argentino 19.549/1972 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo), donde se dispone que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata. Resumiendo, la jurisprudencia y la legislación escasa se ha anotado que “en nada se opone el principio de proporcionalidad del Derecho Alemán al concepto de razonabilidad explicitado” en la doctrina argentina³⁷.

Sin embargo, la aplicación de este principio en el Ordenamiento argentino corresponde más a un control de la plausibilidad (o de la aceptabilidad³⁸) de las decisiones, sea del legislador o de la Administración Pública, bajo aspectos “de la lógica en el derecho” (“ciertas reglas de lógica”)³⁹, que a un verdadero control de los derechos, de un lado, y de los intereses públicos, de otro. Mientras que, la proporcionalidad se materializa, principalmente, en el examen de la relación medio-fin, la razonabilidad apenas exige la motivación racional de la medida, evaluando los intereses concretamente estudiados⁴⁰. En la doctrina argentina aun se ha respaldado un concepto respecto del tema de la razonabilidad (de las leyes) que “desglosa [esta razonabilidad] de la legalidad o razón de esencia, quedando ésta como la mera coherencia lógica de la ley, o del acto administrativo, con su norma superior aplicada”⁴¹. Esta dicotomía que se construye entre razonabilidad y legalidad reduce la razonabilidad forzosamente a un mero parámetro de la observación de las reglas de la lógica o de los amplios principios de la justicia o de los valores jurídico-políticos que no tiene nada que ver con un límite “materializado” que persigue la protección jurídica de los derechos subjetivos de los ciudadanos, vale decir, de su espacio de libertad. Además, la razonabilidad es un concepto distinto de la lógica. Mientras que, ésta requiere una con-

clusión que se deduce de las premisas alegadas (no obstante las premisas de la razonabilidad), aquélla requiere la conformidad de la conclusión con las premisas racionales.

La fraseología tradicional de la *unreasonableness* de la Corte británica de apelación en el caso “Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation”, sobre una decisión de una autoridad administrativa — “...a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it”⁴²— o en una dicción semejante — “...so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it”⁴³—, resulta una petición de principios⁴⁴, y no sirve de un parámetro sustancial para fiscalizar la legalidad material de un acto del poder público. No cabe duda de que la interpretación del concepto de la razonabilidad, inspirada por esta jurisprudencia anglosajona, coincide con otra “convicción” reiteradamente explicitada por la Corte Suprema argentina, que reconoce “la presunción de la constitucionalidad de las leyes, lo que naturalmente, supone la de su razonabilidad...”⁴⁵. Se ha anotado, de modo acertado, que el comunitarismo conservador de la Corte Suprema argentina no atribuye importancia particular a las posiciones individuales. Esto significa que en el caso de una colisión entre los bienes comunes y los derechos individuales, esta jurisprudencia tiende a dar a los primeros una primacía *prima facie*. Así, los fundamentos que se refieren a la tradición, a la moral de la mayoría o a los valores de la comunidad tienen una relevancia mayor en comparación con los argumentos que se basan en los derechos individuales⁴⁶.

Con esta presunción en favor del legislador o de la Administración Pública, el principio de razonabilidad no puede desempeñar un papel tan articulado en la jurisprudencia argentina como en el Ordenamiento alemán, donde la proporcionalidad tiene el perfil del límite por antonomasia (*katexochen*) en cuanto a las actuaciones del poder público. ¿Quién define, en vista de esta vaguedad de la “razonabilidad”, lo que es (o no es) sentencia derivada razonable-

36 Corte Sup., en Aberastury, P., *Legislación Administrativa usual con jurisprudencia*, 3º ed., Buenos Aires, 2001, pp. 607, 609.

37 ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 118.

38 Ver Indacochea Prevost, Ú., “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”, en *Themis - Revista de Derecho*, nro. 55, Lima, febrero de 2008, p. 97; resumen parcial de su investigación previa “Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano entre los años 1996 - 2006”, Palestra, Lima, 2008.

39 GUASTAVINO, E. P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, La Rocca, t. I, 1992, p. 548; más abundante la explicación del concepto por Sagüés, N. P., *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, t. 2, 1984, pp. 547 y ss., 596, con respecto a la sentencia arbitraria: “Los factores de ‘irrazonabilidad’... son múltiples, e implican una infracción tanto a normas jurídicas como a principios y valores jurídico-políticos o a creencias y pautas sociales de comportamiento”.

40 BRAGA, Valeschka e Silva, *Principios da Proporcionalidade...*, cit., pp. 171 y ss., 180.

41 LINARES, J. F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 317.

42 (1948) 1 KB 223, 223-4 (Wednesbury).

43 “Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service” (1985) AC 374, 410.

44 AIRO-FARULLA, G., *Rationality and Judicial Review of Administrative Action*, Melbourne, 2000, sub IV. C.

45 Corte Sup., “Cine Callao”; Corte Sup., en Aberastury, P., *Legislación Administrativa usual con jurisprudencia*, cit., p. 612.

46 CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, p. 338.

mente del derecho en vigor⁴⁷ y lo que es “desacierto axiológico-jurídico (injusticia)”⁴⁸? ¿Es el arbitrio de los jueces lo que concreta la noción casi indefinible de justicia como sinónimo de razonabilidad?

Es, en consecuencia, “un nivel mayor de concretización” en que el principio de proporcionalidad y su aplicación se encuentran en el sistema europeo comparado con la situación del principio de razonabilidad en los Ordenamientos latinoamericano y norteamericano. De ahí que “el juez debe exteriorizar el análisis de la razonabilidad de la norma dando una mayor explicación, en cuanto a argumentos, para considerar su ajuste o desajuste con el orden jurídico”⁴⁹. El concepto de razonabilidad jurídica, al contrario, elimina por completo de su contenido al elemento fáctico, reduciéndose únicamente a una apreciación de la justicia de una determinada decisión o medida, por lo que su ámbito de aplicación ya no coincidiría con el concepto de ponderación, el cual comprende necesariamente una evaluación de las circunstancias fácticas⁵⁰. Por consiguiente, el defecto del contenido de razonabilidad hace de esta fórmula más bien un *slogan* de la lengua política que un verdadero parámetro de la interpretación jurídica.

Para superar esta situación parece oportuno que la Corte Suprema de la Argentina siga recogiendo, en sus futuras sentencias, el concepto de razonabilidad según la doctrina de Linares, J. F., brindándole, sin embargo, una definición abstracta de lo razonable, es decir, de lo que exige una relación adecuada entre los fines públicos de una medida y los medios utilizados en consonancia con sus fines. Además, esta pauta que se manifiesta en el examen de la

adecuación de una medida (“razonabilidad técnica”) y de su proporcionalidad⁵¹ debe ser ampliada y refinada en su aplicación judicial, en cuanto al examen de una medida alternativa menos gravosa para el derecho, que sea a la vez adecuada para alcanzar el fin perseguido, y en cuanto a la diferenciación más precisa entre la estructura de la aplicación de las reglas de razonabilidad, de un lado, y su intensidad, por el otro⁵². Con esto se aborda la irrenunciabilidad de una “tecnificación” del juicio de proporcionalidad (J. Barnes).

Como la aplicación del principio de razonabilidad en la jurisprudencia argentina carece todavía de un contenido determinado por varios criterios materiales —es decir, el conjunto de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— y una casuística “cortante”, se lo confunde, a consecuencia de su orientación en el modelo del *rational basis test* de la *Supreme Court* norteamericana, también con otro principio, el de la prohibición de la arbitrariedad⁵³. La arbitrariedad se define, sin embargo, por el hecho de que se trata de modo igual a un estado de cosas que se distinguen y que se trata de modo desigual a un estado de cosas que están conformes (Aristóteles). La intermediación del concepto de la razonabilidad al interdicto de la arbitrariedad como evidencia de la falta de una diferenciación objetiva habla del origen de la razonabilidad en la regla norteamericana del debido proceso legal⁵⁴.

Resulta, sin embargo, que los argumentos para fundamentar una irrazonabilidad, de un lado, y una arbitrariedad, de otro, son intercambiables lo que provoca que se apliquen los dos tópicos como fórmulas casi idénticas⁵⁵. Equiparar los dos conceptos

47 Ver SAGÜÉS, N. P., *Recurso extraordinario*, t. 2, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 597.

48 LINARES, J. F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 318.

49 ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 119.

50 Ver INDACOCHEA PREVOST, Ú., “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos?...”, cit., p. 97 (105 s.).

51 Linares, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 107 y ss.; ver también Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, 2004, p. 41.

52 Ver CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, pp. 267 y ss., 335; ver también Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, 2004, p. 41; de modo semejante, Indacochea Prevost, Ú., “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos?...”, cit., pp. 97 (98).

53 Ver Corte Constitucional colombiana, C-022 de 1996 (magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz), citada en C-1410/2000, de fecha 19/10/2000, sub 4: “El ‘test de razonabilidad’ es una guía metodológica para dar respuesta a la... pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? O, en otras palabras: ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”; ver igualmente la jurisprudencia de la *Supreme Court* norteamericana, por ej., en el caso “*McGowan v. Maryland*”, 366 US 420 (425 s.) (1961): “*The constitutional safeguard is offended only if the classification rests on grounds wholly irrelevant to the achievement of the States objective. States legislatures are presumed to have acted within their constitutional power despite the fact that, in practice, their laws result in some inequality*”. En cuanto al riesgo de esfumarse el principio de igualdad con el de la adecuación en el jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana ver Mangiameli, St., *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, en Pace, A. (coord.), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Giur. Cost. 2006, p. 471 (529).

54 Braga, Valeschka e Silva, *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*, cit., pp. 50 y ss., 165 s., 182.

55 LARENZ, K., *RICHTIGES Recht*, Munich, 1979, p. 124 y ss., distingue entre los mandatos de “la igualdad relativa, es decir, de la proporcionalidad” en el sentido de la “justicia distributiva” en cuanto a los agravios del ciudadano por actos del poder público (por ej., el servicio militar obligatorio), de un lado, y el principio de prohibición de exceso en el sentido del *juste milieu* que se deduce de la idea de la justicia como un principio del “derecho justo”, de otro. Sólo la idea de la “justicia distributiva” está vinculada a la idea de la igualdad, es decir, de la prohibición de arbitrariedad. Kirchhof, P., *Die grundrechtliche Gleichheit*, en Isensee y Kirchhof (coords.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg, 1992, § 124, nota 163, distingue igualmente entre los dos tipos, el de “la igualdad proporcional”, que considera una mayoría de tipos objetivos, y el de la proporcionalidad, que se refiere al fin de una medida y el gasto necesario para perseguirlo. Ver también Barnes, J., “El principio de proporcionalidad”.

uno al otro desconoce su propósito distinto, ya que el principio de la igualdad actúa separando e individualizando, mientras que el principio de la proporcionalidad funciona armonizando y conciliando. Privado de una sustancia propia, el control del vicio de la razonabilidad corre el riesgo de hacer de este principio nada más que una espada sin filo.

VI. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

Sin embargo, la marcha triunfal del mandato de proporcionalidad continúa su camino en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los altos tribunales de otros países latinoamericanos, que, a veces, incluso han codificado el principio en su Carta Magna Nacional. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de San José ha recogido en algunos de sus pronunciamientos las implicaciones del principio de proporcionalidad, aunque sin partir de las mismas categorías. En este sentido ha observado, refiriéndose a la libertad de expresión, que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión... dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

Entre varias opciones, para alcanzar este objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (*The Sunday Times case*, párr. 62, p. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985*, serie A 90, párr. 59, p. 26)⁵⁷.

La Corte Constitucional colombiana distingue en su jurisprudencia continua y claramente entre el derecho de igualdad y la proporcionalidad. Según su jurisprudencia, “el concepto de la razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad”⁵⁸. En este contexto, la Corte Constitucional colombiana se refiere explícitamente a la teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. El Consejo de Estado de

Colombia, a su vez, elaboró con todo detalle en su jurisprudencia la regla general de la proporcionalidad, prevista igualmente en el artículo 36° del Código Contencioso Administrativo colombiano. “En su más común acepción”, según el Consejo de Estado, “el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada...”⁵⁹. Con este fondo sometió las decisiones adoptadas en los actos administrativos respecto del reajuste de las tarifas por encima de los límites establecidos en las cláusulas del contrato de concesión dentro de la relocalización de las casetas de recaudo de peaje y declaró lícitas las resoluciones del Ministerio de Transporte⁶⁰.

También en el derecho brasileño el mandato de proporcionalidad ha ganado en importancia. El Supremo Tribunal Federal brasileño lo aplica cada vez más respecto de actos del poder público⁶¹. Este Tribunal Federal declaró inconstitucional una Ley que previó la necesidad de pesar las bombonas de gas delante del consumidor por ser agravatoria de modo inadecuado con respecto al comerciante y por la posible protección de los consumidores de otra manera menos agravante⁶². Sin embargo, se puede observar una confusión de los conceptos de la “proporcionalidad” y de la “razonabilidad” todavía en la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal brasileño. Parcialmente el tribunal aplica estos conceptos como sinónimos, parcialmente como distintos, parcialmente como integrantes uno del otro y parcialmente como criterios independientes —sean disociados o asociados—⁶³.

La concepción de la razonabilidad, recogida en las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema ha sido citada en gran cantidad de casos por el Tribunal Constitucional peruano. La Constitución Política de Perú de 1993, mediante una recepción, ha recogido en su artículo 200° la razonabilidad y la proporcionalidad como “par conceptual” dis-

56 Ver TOLEDO BARROS, S., *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed., Brasília, 2000, p. 186.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-5/1985, de fecha 13/11/1985, párr. 46 (“La colegiación obligatoria de periodistas” —artículos 13° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—).

58 SCCC nro. C-022 de 1996, sub 6.3.3; C-371 de 2000.

59 Consejo de Estado de Colombia, sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 3ª), sent. 13.074, del 30/11/2006, sub V. 5.2.3.3.

60 Ver Consejo de Estado de Colombia, sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 3ª), sent. 13.074, del 30/11/2006, sub V. 5.2.3.3. (*in fine*); otras sentencias en las cuales el Consejo de Estado se refirió al principio de proporcionalidad son, por ej., sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 4ª), sent. del 6 de marzo 2003 (proporcionalidad de la clase de sanción); sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 1ª), sent. del 10/3/2005, sub V (necesidad de una “graduación de la sanción”); sala de lo Contencioso Administrativo (secc. 1ª), sent. de fecha 26/3/2004, sub VI (necesidad y adecuación de medidas policíacas).

61 BERGMANN ÁVILA, H., “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, RDA (Rio de Janeiro) 215 (1999), p. 151 y ss.

62 Supremo Tribunal Federal brasileño, sent. 855-2, DJ del 1/10/1993.

63 BRAGA, Valeschka e Silva, *Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade*, 2ª ed, Curitiba, 2008, p. 186 y ss.

puesto para evaluar la legitimidad de toda clase de medidas que intervengan o limiten la libertad o los derechos fundamentales de los individuos⁶⁴.

La jurisprudencia peruana hasta ahora no podía crear un criterio claro para determinar cuándo una decisión es materialmente justa, lo que no sólo dificulta su aplicación a los casos concretos, sino también la tarea de esbozar una relación con el concepto de ponderación⁶⁵. Además, en esta jurisprudencia se entremezclan los términos de la razonabilidad, de la proporcionalidad y de la arbitrariedad, lo que da prueba del papel todavía adicional que juega la “lógica” de proporcionalidad en los nuevos ordenamientos constitucionales latinoamericanos. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “cuando se dicten medidas destinadas a la restricción o suspensión de derechos en las cuales deba examinarse la razonabilidad del acto restrictivo, deberá ponderarse, en el caso concreto, los derechos individuales del interno y los derechos o bienes constitucionales colectivos, así como la observancia de los principios de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad de la medida”⁶⁶. En un intento de aproximarse a ambas “guías metodológicas”, de la razonabilidad y de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional peruano se ha vuelto hacia un concepto más bien de composición (“convergencia”) que de distinción de los dos parámetros: “Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa, puede establecerse, *prima facie*, una *similitud* entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de *convergencia* de los principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable.

En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de

adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁶⁷.

Esta coexistencia de los dos principios se encuentra también, aunque menos acentuada, en la jurisprudencia colombiana⁶⁸. Teniendo en cuenta que la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su justificación racional, Ú. Indacochea Prevost considera “que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que limite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo”. En tal sentido, la razonabilidad permitiría, según esta autora, “rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas, o que se justifiquen en la búsqueda de objetivos proscritos por el texto constitucional de Perú, de manera explícita o implícita”⁶⁹. Sin embargo, el examen de la proporcionalidad contiene siempre el examen de la finalidad válida de la intervención por el poder público en la luz de la Constitución (sub II), lo que implica la exclusión de medidas manifiestamente irracionales.

Por lo tanto, los ordenamientos latinoamericanos parecerán enriquecidos si su jurisprudencia enfocara en el futuro la regla de proporcionalidad e hiciera así un salto cualitativo hacia el reconocimiento de una metodología comparable al *strict scrutiny test*, que como manifestación de la proporcionalidad ya acabó de sustituir en la jurisprudencia norteamericana la función del principio de razonabilidad, al menos en algunos de los ámbitos de la protección constitucional de derechos fundamentales (sub III). Entrada una vez en la jurisprudencia de los Estados latinoamericanos la “optimización” de los valores constitucionales en conflicto, deberá dirigir las ponderaciones en los supuestos de limitaciones de un derecho fundamental por intervención del poder público en el ámbito protegido por los derechos fundamentales —sin extender en exceso sus mandatos, que siempre tienen tendencia a surtir el efecto de un “plastificante de los parámetros constitucionales”⁷⁰. CA

64 En el artículo 200°, párr. 6°, la Constitución Política de Perú de 1993 ha codificado dentro del título V, sobre las garantías constitucionales: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo...”.

65 Ver INDACOCHEA PREVOST, Úrsula., “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos?...”, cit., p. 97 (103), que habla de una concepción “demasiado genérica”.

66 Tribunal Constitucional peruano, sent. 00774-2005-HC, de fecha 8/3/2005, sub 14.

67 Ver Tribunal Constitucional peruano, sent. 2192-2004-AA, de fecha 11/10/2004.

68 Ver, por ej., la fundamentación de la Corte Constitucional colombiana en su sent. C-1410/2000, de fecha 19/10/2000, sub 4: “Dicho test de razonabilidad se aplica una vez determinada la existencia fáctica de un tratamiento desigual... verificando que en efecto el contenido de la disposición acusada así lo establece... La pregunta que surge en tercer lugar es la siguiente: ¿existe relación de proporcionalidad entre el trato diferente que establece la disposición impugnada y el fin perseguido por la misma?... Para responder este interrogante es preciso remitirse a la jurisprudencia de esta Corporación, a través de la cual se han desarrollado los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad...”.

69 Indacochea Prevost, Ú., “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos?...”, cit., p. 97 (107 s.).

70 Ver Ossenbühl, F. *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, en Badura y Scholz (coords.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, libro de homenaje para P. Lerche, Munich, 1993, p. 151: “*Gleich und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe*”; del mismo modo, Stern, K., *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*, en Badura y Scholz (coords.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, libro de homenaje para P. Lerche, Munich, 1993, p. 165 (175).