

Estudios de Derecho Administrativo
EN HOMENAJE AL
Prof. Emérito Dr. Carlos E. Delpiazzo

CRISTINA VÁZQUEZ Y GRACIELA RUOCCO
COORDINADORAS



Fundación de Cultura Universitaria

NOTAS SOBRE EL CONTROL DE RAZONABILIDAD EN ARGENTINA EN ESPECIAL, EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

ESTELA B. SACRISTÁN¹

I. INTRODUCCIÓN

El recaudo de razonabilidad aparece, en cierto sentido, en la base misma de nuestra apreciación de lo que nos rodea. Tal vez el lego no sepa exactamente qué es razonabilidad², pero sí puede advertir, alcanzada cierta madurez intelectual, cuándo algo le resulta irrazonable, y puede formar el juicio correspondiente a nivel mental, o exteriorizarlo mediante las distintas formas de expresión. Esa afirmación relativa al carácter básico de nuestro discernimiento hacia lo que es razonable (o, en su caso, no razonable) podría incluso ser considerada como obvia.

Pero esa afirmación no parece apta para ser trasplantada, sin más, a cualquier otro ámbito subjetivo: cuando se trata de juzgar o apreciar la razonabilidad o irrazonabilidad de algo, y ese juicio tiene que ser emitido por un órgano o ente estatal, aparece en escena un nuevo componente. Es que el órgano o ente estatal tiene que motivar o brindar las razones para su decisión o juicio: ese órgano o ente estatal tendrá que motivar o fundar su juicio de razonabilidad, brindando, precisamente, razones. Esa conjunción entre razones y juicio o decisión la que dotará de una mínima legitimidad a estos últimos, al menos de cara a la dignidad humana y los mínimos que esta reclama. Por ende, cualquier lego podría prescindir de brindar razones (incluso bajo riesgo de parecer irrazonable), pero no sería este el caso de los órganos y entes estatales si de una organización centrada en la persona se trata. De allí la importancia del renglón razonabilidad en el ámbito iuspublicístico. Y esa importancia se potencia cuando los jueces son llamados a emitir juicio sobre la razonabilidad —más modernamente, proporcionalidad— de las decisiones de los órganos y entes estatales, juicio que podrán emitir por sí mismos atento los extremos detectados en la causa, previa demostración de la razonabilidad o proporcionalidad por parte de una u otra parte en el caso.

Estos párrafos transitan por un derrotero muy específico o restringido, en especial ante la existencia de una rica doctrina argentina sobre la materia³. En el presente, se trata de brindar

¹ Doctora en Derecho (UBA); especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA); directora ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral); directora ejecutiva de la *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería - RADEHM*, Ábaco, Buenos Aires.

² Expresa la doctrina: “¿Qué es la razonabilidad? ¿Cuáles son sus componentes? No existe consenso en esta materia (...) ¿Quién es la persona razonable? ¿Cuándo es razonable el comportamiento de una persona?”, conf. Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, (Doron Kalir, transl.), Cambridge University Press, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge, 2012, p. 373.

³ Linares, Juan Francisco, *El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1944, 224 páginas y su segunda edición actualizada de 1970, 241 páginas; Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 2000, 424 páginas y, del mismo

lineamientos generales de la razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo órgano judicial de la República Argentina. A tal fin se repasará lo relativo al rango constitucional de las razones y de la razonabilidad (sección II), y se reseñará muy sucintamente el desarrollo histórico de aquélla en la jurisprudencia del citado Tribunal (sección III). Ese desarrollo permitirá inferir los distintos sentidos del término “proporcionalidad” (sección IV) y conducirá a considerar algunos aspectos en particular, de tinte procesal y también sustancial (sección V). Finalmente, se formularán las conclusiones relevantes (sección VI).

II. RAZONES, RAZONABILIDAD, EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La mención literal a las “razones” aparece, en la Constitución argentina, en tres ocasiones: en el Preámbulo, así como en los arts. 99.3 y 99.18.

a) La “razón” en el Preámbulo

En el Preámbulo se invoca “la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”, lo cual no guarda similitud con preámbulos de otras constituciones americanas⁴. Si se considera la acepción de “razón” como “orden”, se infiere que la referencia comprende a Dios como causa originadora o creadora de ese orden, que se complementará con la justicia, de igual fuente. También podría interpretarse que, en el Preámbulo, Dios –o la deidad que cada uno venerare– será fuente de lo razonable y fuente de lo justo, lo cual implica rechazar la ética kantiana de la racionalidad y optar por el elevado objetivo de derecho natural de lograr razonabilidad y justicia en la vida en común.

b) Las “razones” en los decretos de necesidad y urgencia

En el art. 99.3, Const. Nac., donde se regulan los decretos de necesidad y urgencia, se exige la expresión de “razones” de necesidad y urgencia. Por ende, no se tratará de alegaciones, o de una mera enumeración de motivos o excusas o afirmaciones dogmáticas sino que se tratará de razones, es decir, “argumentos o demostraciones que se aducen en apoyo de algo⁵”.

autor, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, 165 páginas y su segunda edición de 2009, 179 páginas; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, 363 páginas y, de la misma autora, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Universidad de Buenos Aires, EUdeBA, Buenos Aires, 2009, 409 páginas; Saggese, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010, 311 páginas.

⁴ Ver sin autor, *Comparación de Constituciones (Preámbulos)*, contenida en: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Preambulo/pretext.html> (último acceso: 2018)

⁵ Ver Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, voz “razón”, cuarta acepción, en: (último acceso: 07/06/2018)

c) *Las “razones” en régimen de ausencias del Presidente de la Nación*

Similar temperamento se advierte en el art. 99.18, Const. Nac., donde se regula el régimen de ausencias del Presidente de la Nación: el Presidente podrá ausentarse del territorio de la Nación, durante el receso del Congreso, sin la licencia otorgada por éste, solo cuando medien “razones” justificadas de interés público.

d) *La “razonabilidad” en el art. 28, Const. Nac. Las leyes.*

Ahora, no se menciona, literalmente, la “razonabilidad” en la Constitución argentina. Sin embargo, coincide la doctrina argentina en que la razonabilidad emerge del art. 28, Const. Nac.⁶, que opera como directriz para toda clase de legislador, formal o sustancial. No se podría, entonces, dudar de su carácter de regla de derecho, como ha apuntado distinguida doctrina uruguaya⁷.

e) *La “razonabilidad” en los restantes reglamentos*

Al apuntar dicho art. 28 a toda clase de legislador sustancial, puede decirse que la razonabilidad impregna el art. 99.2, Const. Nac., sobre reglamentos de ejecución⁸; el art. 99.1, Const. Nac., sobre reglamentos autónomos; y el art. 76, Const. Nac., sobre reglamentos delegados. De otra parte, si la razonabilidad alcanza a los reglamentos enumerados, también alcanzará a los emanados de los restantes órganos y entes de la Administración.

En todos los supuestos de ejercicio de la potestad legisferante o en el ejercicio de la potestad reglamentaria —se trate de medidas de necesidad y urgencia o bien de alguno de los reglamentos enumerados en el párrafo precedente—, la razonabilidad opera también como límite a la discrecionalidad del legislador. Si opera como límite a la discrecionalidad legislativa en sentido amplio, también podría operar como recaudo en las políticas públicas⁹, pudiéndose exigir la razonabilidad de las mismas.

⁶ Linares, Juan Francisco, *El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución argentina. Razonabilidad de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 161-162; Fiorini, Bartolomé A., *Poder de policía*, Alfa, Buenos Aires, 1962, p. 145; Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2.ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 164; Cayuso, Susana G., Control de razonabilidad. Pautas de revisión, en *Lecciones y Ensayos*, N° 57, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 1992, pp. 11-23, esp. p. 13; Gelli, María Angélica, La Corte Suprema de la República Argentina en las emergencias económicas, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, 2004, pp. 165-207, esp. p. 199; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2.ª ed. act. y ampl., Ábaco, Buenos Aires, 2009, pp. 40-41; entre otros; Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid y Barcelona, 2009, p. 35; Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho constitucional*, 3.ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, La Ley, t. I, p. 677.

⁷ En este sentido, Delpiazzo, Carlos, E., Trascendencia práctica de los principios generales del derecho en el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en *El Derecho*, 31/10/2018, pp. 1-6, esp. p. 1.

⁸ Acerca de las dos clases de reglamentos de ejecución —adjetivos y sustanciales, ver, con provecho, Barra, Rodolfo G., *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 559 y ss., esp. pp. 563-564, donde se explica que los primeros se integran a la ley reglamentada, y los segundos son aquellos “donde más se destaca su integración a la ley reglamentada, con la cual forma un único sistema”.

⁹ Ampliar, con provecho, en Santiago, Alfonso, El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada, en *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, Año IX, N° 22, julio-diciem-

Lo dicho hasta aquí permite afirmar la consagración constitucional de las razones, y el rango francamente constitucional de la razonabilidad.

III. ETAPAS

La historia del concepto de razonabilidad, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, puede ser visualizada en tres etapas. Así tenemos: una primera etapa, que corre entre la época del nacimiento de nuestra Nación, hasta el año que parece marcar, oficialmente, el inicio del rol interventor estatal (1853-1930); una segunda etapa que corre desde el inicio de esa etapa interventora hasta los albores de la regularización institucional democrática de nuestro país (1930-1983); y una tercera etapa a partir de entonces (1983-2018).

a) Primera etapa

En la primera etapa, los fallos más paradigmáticos, que se apoyaron en el recaudo constitucional de razonabilidad, son *Hileret* (1903)¹⁰, *Horta* (1922)¹¹ y *Mango c/ Traba* (1925)¹². El primero de ellos versó sobre la constitucionalidad de un impuesto dirigido a impedir la sobreproducción de azúcar, medida de corte intervencionista que fue declarada inconstitucional. La Corte Suprema consideró que la ley en cuestión era contraria al art. 28, Const. Nac., pues no mantenía incólume y en su integridad el derecho que estaba llamada a reglamentar¹³. En el segundo y en el tercero de los fallos enumerados, se impugnaron constitucionalmente leyes modificatorias de los contratos de alquiler dispuestas como medidas de emergencia. En *Horta* se retrotraían los precios; en *Mango c/ Traba* se prorrogaba el término de las locaciones en hasta cuatro años con subsistencia de los precios originarios. Ambas medidas fueron invalidadas por la Corte Suprema por resultar contrarias al art. 28, Const. Nac. Puede decirse que, en esta primera etapa, la razonabilidad fue empleada para proteger los derechos de propiedad ante las leyes formales. Por ende, el art. 28, Const. Nac., y su manda de razonabilidad, cumplió su rol predefinido de servir como límite a la discrecionalidad del legislador en su tarea de reglamentar los derechos constitucionales.

b) Segunda etapa

En la segunda etapa, que corre entre 1930 y 1982, se destacan los fallos *Avico c/ de la Pesa* (1934)¹⁴, sobre quita y espera en mutuos hipotecarios, que abreva directamente en el célebre fallo de la Corte Suprema estadounidense *Home Building v. Blaisdell* (1934), dictado pocos meses antes¹⁵;

bre 2017, pp. 1-29, disponible en: http://cesmdfa.tja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-1.pdf (último acceso: 19/02/2019), esp. jurisprudencia citada en p. 9.

¹⁰ *Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán*, Fallos: 98: 20.

¹¹ *Horta, José c/ Hardíndeguy, Ernesto*, Fallos: 137: 47.

¹² *Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto. Podestá, Bartolomé c/ Etchegorry, Pedro*, Fallos: 144: 219.

¹³ *Hileret* cit., esp. p. 37.

¹⁴ *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Fallos: 172: 21. Acerca de este fallo, puede verse: Cianciardo, Juan y Sacristán, Estela B., El caso "Avico" y sus ecos ochenta años después, en *Revista La Ley, La Ley*, abril 2014-C, pp. 635-652.

¹⁵ *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

Pedro Inchauspe (1944)¹⁶, sobre obligación de los ganaderos a pagar una contribución o aporte que no era un impuesto; y *Cine Callao* (1960)¹⁷, que obligaba a los dueños de cines a contratar artistas de “números vivos”. En los tres casos se convalidaron las medidas de emergencia por no hallarse comprometida la razonabilidad del art. 28, Const. Nac.

c) Tercera etapa

A partir de 1983, la razonabilidad aparece en pluralidad de fallos que comprenden no ya materias económicas, sino también derechos no patrimoniales. En *Arenzón* (1984)¹⁸, sobre derecho de enseñar y aprender, se halló irrazonable una reglamentación que fijaba la estatura mínima para ingresar a un profesorado; en *Bazterrica* (1986)¹⁹, sobre punición de tenencia de estupefacientes para uso personal, se efectuó un control consecuencialista a efectos de la despenalización; en *Montalvo* (1990)²⁰, sobre igual cuestión, se concluyó en que la razonabilidad no imponía la necesidad de analizar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga; en *Ekmekdjian* (1992)²¹, sobre derecho de réplica, al convalidarse este derecho, no se lo consagró en forma infinita sino sobre una base de razonabilidad y buena fe para que no peligraran otros derechos comprometidos.

Y en materia de derechos con contenido patrimonial, cabe detenerse en *Aceval Pollacchi* (2011)²², sobre convalidación judicial de la doble indemnización para impedir los despidos, “herramienta tan razonable como urgente”, dispuesta originariamente por ley, y prorrogada por decreto de necesidad y urgencia, para neutralizar el empeoramiento de la crisis entonces vigente.

d) Conclusiones parciales

Según puede colegirse de la breve —y arbitraria, si se quiere— reseña efectuada, la Corte Suprema ha apelado a la razonabilidad para controlar medidas, pero no ha brindado una conceptualización de razonabilidad.

Además, a partir de la muestra ofrecida se advierte, al menos, que la razonabilidad tributa hacia consideraciones de costos y beneficios, de consecuencias, y de proporcionalidad, entre otros esquemas de análisis.

Al mismo tiempo, la muestra jurisprudencial reseñada indica que el control de la razonabilidad puede ser ejercido por los jueces. Mas, cuando éstos lo ejercen, ¿qué significa ese control? Aquí advertiremos distintos sentidos de la expresión “control de razonabilidad”. Veamos.

¹⁶ *Pedro Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes. Junta Nacional de Carnes c/ Baurin, Juan J. Junta Nacional de Carnes c/ Corbett Hnos.*, Fallos: 199: 483.

¹⁷ *Cine Callao*, Fallos: 247: 121.

¹⁸ *Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina*, Fallos: 306: 400.

¹⁹ *Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo*, Fallos: 308: 1392, esp. cons. 9.

²⁰ *Montalvo, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771*, Fallos: 313: 1333.

²¹ *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos: 315: 1492, esp. cons. 29.

²² *Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido*, Fallos: 334: 799.

IV. DIFERENTES SENTIDOS

Controlar la razonabilidad de las medidas sustancialmente legislativas puede conllevar concretas determinaciones en casos de contenido patrimonial y de contenido no patrimonial. Esas determinaciones pueden ejemplificarse así:

a) Asegurar el contenido esencial del derecho

Primero, puede concebirse a la razonabilidad como una suerte de medio para asegurar el contenido esencial del derecho tal que éste se nos aparecerá como escudo²³: en el supuesto de casos en los que se debate la confiscatoriedad de una medida legislativa, puede verificarse, desde la razonabilidad, una imposición que resulte ser confiscatoria²⁴.

b) Otorgar protección mínima

Segundo, y en sentido similar, razonabilidad puede implicar una protección o garantía mínima. Al exigirse una vivienda digna, y ser este reclamo convalidado judicialmente, se ha afirmado que, además de la efectividad y la operatividad, “la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado (...) es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (...) En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos²⁵”.

c) Considerar costos y beneficios

Tercero, razonabilidad también conlleva consideración de costos y beneficios. En un caso en el que se impugnaba una medida de emergencia dispuesta por decreto de necesidad y urgencia, se afirmó que “es una actitud de enfermiza contradicción social la que pretende que dichas instituciones sociales cumplan con la prestación de beneficios con los que no puedan cumplir, o previstos en épocas distintas, al costo de verse confrontadas con la imposibilidad de su subsistencia²⁶”. En casos anteriores, esa confrontación entre costos y beneficios se había efectuado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero sin expresa invocación de los costos y beneficios involucrados²⁷.

²³ Sobre los derechos como escudos, ampliar en Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, (Doron Kalir, transl.), Cambridge University Press, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge, 2012, p. 530.

²⁴ *Candy S.A. c/ A.F.I.P. y otro s/ acción de amparo*, Fallos: 332: 1571 (2009) y *Banco Bradesco Argentina S.A. c/ Estado Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos - D.G.I. Resol. 48/07 s/ Dirección General Impositiva*, Fallos: 335: 661 (2012).

²⁵ *Q.C.S.T. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo*, Fallos: 335: 452 (2012).

²⁶ *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo*, Fallos: 313: 1513 (1990), cons. 59, 2° párr.

²⁷ Pueden verse, en este sentido, *Rojas, Joaquín y Fita, Juan c/ Ferrocarril Central Argentino*, Fallos: 142: 238 (1924), con fórmula reiterada en *Mangieri, Antonio A. c/ Ferrocarril Central de Buenos Aires*, Fallos: 152: 99 (1928): “la instalación de barreras en los lugares apartados y de escaso tráfico, no tendrá otro resultado que encarecer la explotación ferroviaria en perjuicio directo del público...”. La conclusión judicial, de que se encarecería la explotación, importaría, bajo esta perspectiva, haber tenido en cuenta los beneficios (seguridad) y costos (a reflejar en la tarifa) de cara al público usuario y los beneficios (prevención de siniestros) y costos (de construcción y operación de las barreras) frente a la firma prestadora.

d) *Efectuar un balance*

Cuarto, razonabilidad también puede implicar efectuar un balance o *balancing test*. Por cierto, el *balancing test*, en sí mismo, ha sido pasible de objeciones dado, enunciativamente, su necesidad de guía, su indefinición²⁸ o bien ciertos vicios²⁹, con la consiguiente álea para el actor racional. Ello, aun cuando la doctrina se ha explayado claramente sobre la cuestión³⁰.

Puede apuntarse aquí que, a veces, ese *test* no ha operado en forma aislada, sino en conjunción con otros significados del término razonabilidad; así, en un caso en el que se logró la invalidación judicial de una arbitraria discriminación en razón de ciudadanía, la Corte Suprema argentina afirmó que el “ámbito del art. 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos ‘habitantes de la Nación’³¹”.

e) *Ponderar restricciones ante el interés público*

Quinto, razonabilidad también puede significar ponderación de restricciones ante el interés público³². Ciertamente, la noción de interés público es de ardua definición: puede considerárselo como lo opuesto al interés privado, pero la delimitación no es tan sencilla pues puede haber intereses generales que, al mismo tiempo, sean privados y públicos, como ser el caso de los empleos, precios, salud, seguridad, protección ambiental, entre otros³³. En forma aislada, la verificación de un interés público no podría bastar para justificar la limitación de un derecho, según cierta doctrina³⁴. En la jurisprudencia de la Corte Suprema, un voto separado, se consideró que, dado que

²⁸ Cfr. Henkin, Louis, voz “Balancing”, en AA.VV., *The Guide to American Law*, West, St. Paul, Minn., 1983, vol. 2, p. 23, por un lado, y Urbina, Francisco J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 6.

²⁹ McFadden, Patrick M., *The Balancing Test*, *Boston College Law Review*, vol. 29, Issue 3, # 3: pp. 585-656 (1988), disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol29/iss3/2> (último acceso: 20/02/2019), esp. p. 636 y ss.: “I hope I have generated grave doubts about whether judges in fact balance, and even if they do, whether that is a good reason to adopt the balancing test”.

³⁰ Ver Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, (Julian Rivers, transl.), Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 102; Alexy, Robert, *Proportionality and Rationality*, en Vicki C. Jackson - Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Comparative Constitutional Law and Policy, Cambridge, 2017, pp. 13-29, esp. p. 16.

³¹ *Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*, Fallos: 329: 2986 (2006).

³² Acerca de ellas, ampliar, con provecho, en Cayuso, Susana G., *Control de razonabilidad. Pautas de revisión*, en *Lecciones y Ensayos*, N° 57, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 1992, pp. 11-23, esp. p. 22.

³³ Ampliar, en este sentido, en United States Dept. of Commerce, *Toward Regulatory reasonableness*, Reprint from the collections of the University of California Libraries, prepared for publishing by HP, Washington DC, pp. 3-4.

³⁴ Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, (Doron Kalir, transl.), Cambridge University Press, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge, 2012, p. 530. Cfr. Alexy, Robert, *Proportionality and Rationality*, en Vicki C. Jackson - Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Comparative Constitutional Law and Policy, Cambridge, 2017, pp. 13-29, esp. p. 19, donde señala que el interés público como razón para la interferencia tiene que estar completamente expresado en la fórmula de peso, que es uno de los cinco componentes de la proporcionalidad, junto con la adecuación, la necesidad, la proporcionalidad *stricto sensu* y el propósito o fin adecuado.

la publicación de una nota editorial del diario demandado tuvo por finalidad expresarse acerca de un tema de interés público —funcionamiento del Cuerpo Médico Forense—, la distinción entre hechos y opiniones es jurídicamente relevante para establecer qué tipo de regla debe aplicarse para juzgar la responsabilidad civil. Y se afirmó que, en el supuesto de “hechos”, se aplicarán las doctrinas *Campillay* y de la real malicia³⁵. En cambio, si se tratare de opiniones críticas, y en tanto no es posible predicar de ellas verdad o falsedad, no se aplicarán dichas doctrinas, sino “un criterio de ponderación con fundamento en el estándar del ‘interés público imperativo’³⁶”. La doctrina del interés público imperativo abrevia en la doctrina de la Corte Suprema estadounidense sobre *compelling interest test*, que habilita una suerte de control de razonabilidad y que establece que el gobierno debe demostrar que la restricción al derecho sirve a un interés elevado o imperioso que motiva suficientemente la limitación³⁷.

f) *Excluir la ilegalidad o la irrazonabilidad*

Sexto, razonabilidad puede significar exclusión de la ilegalidad y de la irrazonabilidad. Se ha afirmado que los jueces pueden ejercer el control de medidas estatales cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines³⁸. Y en un célebre caso en que se intentaba frenar judicialmente una obra pública, la Corte Suprema argentina fue más allá, vedando la irrazonabilidad: sostuvo que la realización de una obra pública “constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal e irrazonable, a la par que ocasione un daño a terceros que no sea susceptible de una adecuada reparación³⁹”. De tal modo, solo se podría impedir la misma mediando irrazonabilidad, extremo que debería ser demostrado por el particular que intentare frenarla.

g) *Apreciación subjetiva*

Asimismo, razonabilidad puede trasuntar una impresión subjetiva en el titular del órgano judicial: en un caso de gran resonancia⁴⁰ en el que se impugnaban las tarifas de los servicios públicos de transporte y distribución de gas, la Corte Suprema consideró que debía haber audiencia pública previa a la fijación de esas tarifas de servicios públicos. Pero el Alto Tribunal fue más allá, y afirmó que resultaba “razonable” —tal el único recaudo— exigir audiencia pública previa a la fija-

³⁵ Esta doctrina, originada en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, fue adoptada por la Corte Suprema argentina en *Vago c/ Ediciones de La Urraca S.A.*, Fallos: 314: 1517 (1991), y se la ha aplicado con posterioridad, por ejemplo, en *Barrantes c/ Arte Radiotelevisión Argentino S.A.*, Fallos: 336: 879 (2013).

³⁶ *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros s/ daños y perjuicios*, Fallos: 331: 1530 (2008), voto de la Dra. Highton de Nolasco.

³⁷ Este *test*, criticado por la doctrina norteamericana en general —porque la Corte no define qué se entiende por interés sustancial o imperativo, mas sabe definir cuándo en un caso el mismo se halla ausente— ha sido empleado en pluralidad de ocasiones, siendo el fallo más representativo *U.S. v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1986).

³⁸ *Softa, Antonio, y otro*, Fallos: 243: 504 (1959).

³⁹ *Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN) s/ daños y perjuicios (incidente)*, Fallos: 314: 1202 (1991).

⁴⁰ *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, Fallos: 339: 1077 (2016).

ción de algo distinto: el precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte. Tal extremo resulta harto llamativo atento la producción de gas no amerita tarifa (propia de servicios públicos) sino precio (en tanto actividad libre sujeta solo a las reglas del mercado) bajo la ley vigente⁴¹. A los fines de sujetar a ese precio de producción a las formalidades procedimentales administrativas propias de las tarifas de un servicio público, la fundamentación⁴² de esa razonabilidad fue escueta, lindando lo dogmático, trasuntando más un parecer que la provisión de razones jurídicas. Cabe recordar que, en el caso, se impugnaban los nuevos cuadros tarifarios aprobados para dar fin al congelamiento dispuesto en 2002⁴³ y marcar un retorno a la normalidad regulatoria.

V. ASPECTOS PARTICULARES

A partir de la sintética enumeración efectuada en el acápite precedente, se advierte que la razonabilidad se aplica para controlar restricciones o limitaciones a los derechos, pero también hay otros renglones en los que aparece la razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

a) Razonabilidad en el renglón procesal

La razonabilidad aparece en una suerte de faz procesal cuando surte efectos en materia de carga de la prueba. La pregunta aquí es si corresponde al demandado, o, en su caso, al actor, demostrar la razonabilidad (o, en su caso, la irrazonabilidad). Ya vimos que es a veces el actor quien tiene que demostrar la irrazonabilidad⁴⁴; en otras ocasiones, la carga de demostrar la razonabilidad recaerá en el demandado, quien defiende la constitucionalidad de la medida⁴⁵; entre otros supuestos.

b) Manda dirigida al quehacer de los órganos estatales

Al esquema se suman consideraciones principios interpretativos cardinales, tal como el de que el quehacer de los órganos estatales debe ser razonable⁴⁶.

⁴¹ Ver Ley 24076, art. 1.

⁴² *Centro de Estudios...* cit., esp. cons. 20.

⁴³ Ley 25.561, de enero del 2002, art. 8 y conscs., que dejó de tener vigencia parcial en enero de 2018, es decir, después de 16 años.

⁴⁴ *Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente)*, Fallos: 314: 1202 (1991).

⁴⁵ Ver, por ej., *R.A.D c/ Estado nacional y otro s/ sumarísimo*, Fallos: 330: 3853 (2007), voto de los Dres. Petracchi y Argibay y *Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Resol. 13/IX/2004 (Concurso Biblioteca) s/ amparo*, Fallos: 331: 1715 (2008).

⁴⁶ *Cuiña, Rodolfo y otros s/ contrabando e infracción a la ley 23.771 (causa N° 39.022)*, Fallos: 324: 81 (2001), voto de los Dres. Moliné O'Connor y López: "toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable, es decir, debe traducirse en un ejercicio de las atribuciones de modo tal que el contenido de cada uno de los actos sea justo, moderado, equitativo y prudente, frente a cada situación concreta".

c) *Test tripartito*

Finalmente, si bien la razonabilidad fue originariamente concebida como medio de control de las restricciones a los derechos, y así la aplicaron y aplican los jueces, siempre se ha hallado inescindiblemente vinculada a la proporcionalidad⁴⁷. Ahora, esa proporcionalidad (que trasunta razonabilidad) podrá ser en ocasiones aritmética⁴⁸, y en otras ocasiones, sustancial⁴⁹.

El control de razonabilidad o de proporcionalidad sustancial implica que el decisor judicial formule tres juicios distintos: Cianciardo enseña acerca de la existencia de tres subprincipios comprendidos en la razonabilidad o proporcionalidad, a saber, juicio de adecuación o idoneidad⁵⁰, juicio de necesidad o indispensabilidad⁵¹, y juicio de proporcionalidad *stricto sensu*⁵². Ello permite un *test* tripartito para verificar si la intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha sido “a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada⁵³”.

En otras palabras, y como enseña Delpiazzo, siguiendo al autor citado en el párrafo precedente, “El principio de razonabilidad impone que toda intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada, es decir, adecuada en relación al fin debido, necesaria respecto a los demás medios igualmente eficaces, y proporcionada en la ecuación costo beneficio y en el respeto de los derechos involucrados⁵⁴”. Es claro, entonces, que las tres partes del *test* no deberían ser aplicadas en forma individualizada sino en forma conjunta. Ello impide, por ejemplo, aplicar solo el control de proporcionalidad *stricto sensu* haciendo caso omiso del control de la adecuación o idoneidad o de la necesidad o indispensabilidad, o aplicar el *test* de adecuación y de proporcionalidad *stricto sensu* sin controlar también la necesidad o indispensabilidad de la medida⁵⁵. Cabe acotar que uno

⁴⁷ Ver *Pedro Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes. Junta Nacional de Carnes c/ Baurin, Juan J. Junta Nacional de Carnes c/ Corbett Hnos.*, Fallos: 199: 483 (1944): “El análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto es ajeno a la competencia de la Corte Suprema, a la que solo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea resolver si son o no proporcionados a dichos fines y, en consecuencia, si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados”. Con similar lenguaje, *Cine Callao*, Fallos: 247: 121 (1960).

⁴⁸ Preterida en *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - P.E.N. - M° de Eco. Obras y Serv. Públ. - y otros s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 323: 2519 (2000).

⁴⁹ Ver, por ej., *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas (causa N° 6491)*, Fallos: 314: 424 (1991): “La proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que solo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho”.

⁵⁰ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2.ª ed., act. y ampl., Ábaco, Buenos Aires, 2009, p. 64 y ss.; del mismo autor, *Principio de proporcionalidad y concepto de Derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 59 y ss.; también se los reseña en Cianciardo, Juan y Sacristán, Estela B., El caso “Avico” y sus ecos ochenta años después, cit., pp. 635-652, esp. p. 638.

⁵¹ Cianciardo, *El principio...*, cit., p. 82 y ss.

⁵² Cianciardo, *El principio...*, cit., p. 107 y ss.

⁵³ Cianciardo, *El principio...*, cit., p. 27.

⁵⁴ Delpiazzo, Carlos, E., Universalización de derechos, economía disruptiva y Derecho administrativo global, en *Revista de Derecho Público*, año 25, N° 50 (diciembre 2016), FCU, Montevideo, pp. 27-54, esp. p. 37, disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/delpiazzo.php> (último acceso: 20/02/2019), con cita de Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 25. Similar temperamento se advierte en Delpiazzo, Carlos, E., Transcendencia práctica de los principios generales del derecho en el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en *El Derecho*, 31/10/2018, pp. 1-6, esp. p. 5.

⁵⁵ Ver, por ejemplo, *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo*, Fallos: 340: 1795 (2017), cons. 19, donde se expresa: “(...) para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines”, en alusión al subprincipio de adecuación y al sub-subprincipio de fin legítimo. El resto del considerando se explaya

de los tres renglones del control de razonabilidad podría adquirir mayor popularidad, pero eso no implica ignorar los restantes⁵⁶.

De esta manera, que las medidas (o medios) involucradas en el acto sean proporcionales a la finalidad (fin) significará que aquéllas deben ser adecuadas o idóneas o aptas para obtener el fin en cuestión, y así, entonces, la adecuación involucrará un “fin” (que opera como sub-subprincipio⁵⁷); que deben ser necesarias o indispensables; y que debe haber balance o equilibrio entre medios y fines tal que se obtenga una optimización, v. gr., que los medios (costos) no excedan los beneficios (fines)⁵⁸. En este renglón, jugará un importante papel el acceso a información sobre beneficios y costos pues puede ocurrir que la relativa a estos últimos resulte más fácilmente asequible o haya sido más difundida que la relativa a aquéllos⁵⁹.

La adopción de tal temperamento tripartito, con consideración de las tres partes del *test* no es frecuente en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Parece perfilarse en *Peralta* (1990), en cuyos considerandos se advierten consideraciones de adecuación o idoneidad: “la existencia de problemas que (...) demandan una particular celeridad a fin de no frustrar su solución frente a procesos comúnmente rápidos y difícilmente controlables, cuyo remedio requiere el conocimiento de datos o factores acerca de los cuales es natural que la autoridad administrativa posea una más completa información, obtenida merced a su contacto cotidiano e inmediato con la realidad económica y social del país”; y la mención de “la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales”. En dicho fallo también se sopesa lo indispensable de la medida restrictiva o la indispensabilidad: “las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergradable”. Por último, y como ya vimos, el fallo evalúa, en forma expresa, costos y beneficios: “la transparencia de las decisiones públicas, ínsita en la forma republicana de gobierno puede así confrontarse con la necesidad de preservación de la vida misma de la Nación y el Estado” y “es una actitud de enfermiza contradicción social a que pretende que dichas instituciones sociales cumplan con la prestación de *beneficios* con los que no puedan cumplir, o previstos en épocas distintas, al *costo* de verse confrontadas con la imposibilidad de su subsistencia⁶⁰”.

De otra parte, este “test tripartito” es verificable, mas solo parcialmente, en cierta jurisprudencia posterior de la Corte Suprema; ello, cuando ya vimos que los tres subprincipios de la razona-

sobre las denominadas categorías sospechosas y la carga de la prueba con mención de la proporcionalidad *stricto sensu* al mencionarse a que el medio tiene que ser el menos restrictivo.

⁵⁶ Ampliar en Finnis, John, *Judicial Power: Past, Present and Future*, 21 oct. 2015, disponible en: <https://judicialpower-project.org.uk/john-finnis-judicial-power-past-present-and-future/> (último acceso: 20/02/2019).

⁵⁷ Cfr. Urbina, Francisco J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 5-6, donde enumera al fin legítimo como un cuarto subprincipio, del mismo nivel que la adecuación, la necesidad o la proporcionalidad *stricto sensu*.

⁵⁸obre el “fin” involucrado en el subprincipio de adecuación ver, con provecho, Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 56.

⁵⁹ En punto a este tercer renglón de la razonabilidad, puede verse Grondona, Mariano F., *La reglamentación de los derechos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 73-74, sobre el control de razonabilidad como requisito utilitario.

⁶⁰ Ver United States Dept. of Commerce, *Toward Regulatory reasonableness*, Reprint from the collections of the University of California Libraries, prepared for publishing by HP, Washington DC, p. 5.

⁶⁰ *Peralta, Luis A., c/ E.N.*, Fallos: 313: 1513 (1990), consid. 27, 29, 26 y 59, 2.º párr., respectivamente.

bilidad no pueden sino ser aplicados en forma escalonada e integral⁶¹, es decir, sin seleccionar cuál o cuáles sub-principios se aplicarán.

VI. REFLEXIONES FINALES

La razonabilidad es asequible en forma casi intuitiva, y posee importancia en el campo de la actuación de los órganos y entes estatales (sección I).

Las razones, y la razonabilidad, poseen claro linaje constitucional (sección II). La extensa familia de precedentes en la materia puede ser sistematizada en etapas históricas (sección III), y ese desarrollo jurisprudencial permite divisar diferentes significados implícitos en el término razonabilidad (sección IV).

La labor judicial de controlar la razonabilidad trae aparejados diversos aspectos particulares, de tinte procesal y también sustancial. Entre estos últimos se destaca la subdivisión del *test* de razonabilidad o proporcionalidad en tres sub-*tests* que son los que exigen que la actuación de los órganos estatales sea idónea, indispensable y, finalmente, proporcionada en sentido estricto.

⁶¹ En *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*, Fallos: 335: 2333 (2012), voto del Dr. Fayt, se consideró expresamente que la ley en cuestión no superaba el test de razonabilidad en términos de (i) adecuación y (ii) proporcionalidad entre el medio contenido en la norma (reparación tarifada) y el fin a preservar (la tutela del resarcimiento de la persona afectada).

Cfr. *Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Resol. 13/ IX/2004 (Concurso Biblioteca) s/ amparo*, Fallos: 331: 1715 (2008), siguiendo *Hooff, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 327: 5118 (2004), en el cual se consideró que la inversión del *onus probandi* que la presunción de inconstitucionalidad basada en el origen nacional trae aparejada solo puede ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que intentó resguardar y sobre los medios que utilizó al efecto; los primeros deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes y en cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, ya que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada. Ver, asimismo, *Castillo*, cit. en nota al pie 52.