

Colección
Constitución y Derechos



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

**Derechos y proporcionalidad:
violaciones por acción, por
insuficiencia y por regresión**
Miradas locales, interamericanas y comparadas

Laura Clérico

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2018

Primera edición: septiembre de 2018

*Derechos y proporcionalidad:
violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión
Miradas locales, interamericanas y comparadas*

© Laura Clérico

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-46-2

Las opiniones de la autora son de su exclusiva responsabilidad
y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Introducción	13
PARTE I. PROPORCIONALIDAD: VIOLACIÓN POR ACCIÓN, POR INSUFICIENCIA, POR RETROCESO	
Preparación del examen de proporcionalidad	27
I. Introducción y planteamiento del problema	27
II. Preparación del examen de proporcionalidad	29
Capítulo 1. El examen de proporcionalidad: violación por acción.	33
1.1. Introducción	33
1.2. Preparación del examen	35
1.3. Los tres pasos del examen de proporcionalidad	
1.3.1. Examen de idoneidad o adecuación técnica	36
1.3.2. Examen de medios alternativos menos lesivos o de necesidad	37
1.3.3. El examen de la proporcionalidad en sentido es- tricto.	43
1.4. Consideraciones finales.	56
Capítulo 2. El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión.	59
2.1. Introducción	59

2.2. Preparación del examen de proporcionalidad	61
2.3. Examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia	62
2.3.1. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos	66
2.3.2. Examen del medio alternativo más idóneo	81
2.3.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia	87
2.3.4. Consideraciones intermedias	91
2.4. El examen de proporcionalidad por insuficiencia en un caso de interdependencia del derecho a la salud y el derecho a la vivienda digna para grupos desaventajados	91
2.4.1. Preparación del examen de proporcionalidad	98
2.4.2. Sobre cómo evaluar un accionar estatal que <i>prima facie</i> se revela como insuficiente: tres pasos argumentativos.	101
2.4.3. La evaluación de la insuficiencia del accionar en concreto: haciendo el examen de proporcionalidad manejable.	107
2.4.4. Consideraciones finales	125
2.5. Excurso: Queda tinta en el tintero: la afectación del contenido básico del derecho, un límite infranqueable al resultado del examen de la proporcionalidad en sentido estricto	126
 Capítulo 3. El examen de proporcionalidad: violación por regresión arbitraria	 131
3.1. Proporcionalidad y regresión arbitraria	131
3.2. Conclusiones	142

**PARTE II. PROPORCIONALIDAD Y ARGUMENTO
DE DERECHO COMPARADO**

Capítulo 4. Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad (control de proporcionalidad) en el derecho argentino e interamericano	149
4.1. Introducción	149
4.2. Examen de razonabilidad, razonamiento orientado por el problema	151
4.3. Sobre la primacía de una mirada pragmática por sobre una teórica respecto del examen de razonabilidad en el derecho constitucional argentino	153
4.4. El nuevo examen de razonabilidad: ¿el examen de proporcionalidad y/o el examen de la intensidad del control?	156
4.5. El examen de proporcionalidad en sentido amplio: estructura, elementos y subexámenes	160
4.5.1. Examen de idoneidad	169
4.5.2. Examen de medios alternativos menos lesivos.	171
4.5.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto	177
4.6. Consideraciones finales.	185
Capítulo 5. Sobre el argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos	187
5.1. Introducción	187
5.2. Delimitación del objeto del trabajo e hipótesis sobre los usos del argumento de derecho comparado	189
5.3. Dos significados. Dos funciones.	193
5.3.1. El uso del argumento de derecho comparado como tendencia internacional y para satisfacer la pretensión de corrección	197
5.3.2. El uso del argumento de derecho comparado para la determinación de la existencia o ausencia de un consenso (fáctico) regional	202
5.3.3. El problema de la insuficiencia argumentativa.	209
5.4. Consideraciones finales.	212
	11

PARTE III. OBJECIONES A LA PROPORCIONALIDAD

Capítulo 6. Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación.	217
6.1. Introducción	217
6.2. Las objeciones a la racionalidad del examen de proporcionalidad: el problema de la indeterminación.	219
6.2.1. La estrategia del deslinde. Primer tiempo: la vinculación a reglas-resultados de anteriores ponderaciones o sobre los casos paradigmáticos.	220
6.2.2. La estrategia del deslinde. Segundo tiempo: uno de tres.	224
6.2.3. Las objeciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. El deslinde 3 y el modelo de la ponderación orientado por reglas	230
6.3. Consideraciones finales.	245
 Capítulo 7. Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?	249
7.1 Introducción.	249
7.2. El lugar de los “casos” en la teoría de Alexy: ¿hacia una periodización?	251
7.2.1. El lugar de los “casos” en la teoría de la argumentación jurídica	252
7.2.2. El lugar de los “casos” en la <i>Teoría de los derechos fundamentales</i> : el modelo de la ponderación	254
7.2.3. La ponderación del peso y de la intensidad de intervención y/o satisfacción de los principios colisionantes: el lado abstracto y concreto de la ponderación	255
7.3. Los casos en la red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales: la necesidad de apertura	268
7.4. El modelo de Moreso	274
7.5. Consideraciones finales.	282
 Bibliografía	285

Introducción

Este libro está pensado para aquellas y aquellos que lidian cotidianamente con la interpretación de normas de derecho constitucional y de derechos humanos. Los desafíos interpretativos y de adjudicación son constantes en esta área. La discusión sobre los derechos ha adquirido especial relevancia desde mediados del siglo xx por, al menos, dos hechos. Por un lado, el reconocimiento robusto de derechos en las constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (declaraciones y tratados), que aumenta la potencialidad de los conflictos entre derechos, siendo poco plausible pensar que el derecho que termina ganando el conflicto en concreto “excluye” al otro derecho. Por otro lado, por la frecuencia con que las altas cortes nacionales y tribunales supranacionales de protección de derechos humanos utilizan el método de la proporcionalidad o sus funcionales equivalentes, para la resolución de disputas sobre derechos o para evaluar si una norma es compatible con el bloque de constitucionalidad o con el derecho interamericano de los derechos humanos, entre otros. Y esto no es casual.

En el Estado constitucional de derecho, la justicia constitucional está llamada a reducir la brecha entre el derecho común y las normas constitucionales y de derechos humanos.¹ Y esta función está especialmente justificada en contextos donde las poblaciones afectadas por esas brechas se encuentran en esta-

¹ Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, en especial, cap. 3 sobre Sociología crítica de la justicia y modelo de justicia.

dos o situaciones de desigualdad estructural.² Si esto lo pensamos en el contexto de América Latina, esas poblaciones en situación de desventaja estructural que padecen cotidianamente las violaciones a sus derechos son las poblaciones desplazadas forzosamente, las personas con discapacidad, las niñas y los niños, las poblaciones migrantes, los pueblos indígenas y afrodescendientes, las mujeres, las personas adultas mayores, y la lista continúa.³ Por eso, el Estado Constitucional de Derecho y, aún más, el Estado Social Constitucional de Derecho presenta cotidianamente desafíos a la aplicación de los derechos. Saca a los y las juezas del lugar del confort. Puede que les pase desapercibido, sin embargo, en forma más o menos recurrente el desafío golpea la mesa de sus estrados. Hace tambalear las sillas

² Las cortes se convertirían así en bocas de acceso con las que cuentan ciertos sectores de la comunidad para lograr que sus reclamos sean conocidos mediante el proceso de decisiones públicas. Véase Espejo Yaksic, Nicolás, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad”, en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales, justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2010, pp. 155-234; véase además en esa obra Domingo Lovera Parmo, “Políticas públicas y derechos sociales: en busca de un lugar adecuado para las cortes”, p. 321: “Las cortes «deberían hacerlo como mecanismos institucionales puestos a disposición de las personas para que éstas puedan hacer efectivo su derecho a participar»”; Aldao, Martín, “La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho”, en Beade Gustavo y Clérico Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado, 2011.

³ Véase Morales Cruz, Myrta, “Reflexiones sobre la creación de la primera clínica de abogacía comunitaria en Puerto Rico”, en *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, núm. 21, 2013, pp. 227-239; Aldao, Martín María, *De la calle al estrado: el rol de los abogados en la construcción del campo de los derechos sociales*, 2016, Girona (MS); Burgos Matamoros, Mylai, “Apuntes críticos a la razón liberal dominante de los derechos humanos”, en revista *Amicus Curiae: curso de Direito UNESC*, vol. 12, núm. 2, Brasil, UNESC, 2015, disponible en <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/2340>, quien sostiene que “hay condición de clase y, por tanto, condición de desigualdad. Por eso, también existen otras voces que intentan, desde la lucha teórica desmitificar estas realidades, develar los constructos hegemónicos y, aunque el intercambio continúa siendo asimétrico, con gritos y voces se van abriendo otros caminos, a favor de la lucha de los muchos excluidos”.

de los juzgados. Pone en evidencia la pequeñez de las salas de audiencias.⁴

En este contexto las herramientas metodológicas de aplicación de los derechos requieren ser repensadas. Los capítulos de este libro se proponen contribuir al desarrollo de una metodología de aplicación de los derechos que ayude a encauzar esos reclamos como una especie de caja de herramientas que sea de utilidad para quienes buscan reducir las brechas. Este propósito me lleva entonces, a la presentación general de la estructura del libro, a una delimitación y una explicitación de los derechos como reglas y principios, para así luego presentar el contenido de esta obra con más detalle.

El libro se propone revisitar el examen de proporcionalidad tomando como objeto de reflexión crítica la jurisprudencia de las Cortes de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal Alemán. El libro se divide en tres partes. En la primera parte se trabaja el examen de proporcionalidad cuando las afectaciones a los derechos se dan por acción, por omisión o insuficiencia, o por regresión. En la segunda parte del libro se trata del examen de proporcionalidad desde una mirada de derecho comparado, el examen de proporcionalidad a la alemana se pone en comunicación con el examen de razonabilidad a la argentina y el de proporcionalidad interamericano. El otro capítulo de esta parte se pregunta por la función que el argumento de derecho comparado juega en el examen de proporcionalidad y en la determinación del margen de apreciación del Estado. En la tercer parte del libro, el núcleo son las objeciones al examen de proporcionalidad y las respuestas que a primera vista parecen superadoras de las debilidades que se le achacan a aquella. Las respuestas superadoras, antes que alternativas, parecen ser buenos puntos de apoyo para visibilizar la función de los casos en el examen de proporcionalidad.

⁴ Esto es patente cuando en tren de supuesta apertura las cortes llaman a audiencias públicas sobre casos de relevancia social. Sobre estudios pioneros en materia de audiencias, véase Benedetti, Miguel y Sáenz, Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Aperturas y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

En cuanto a la delimitación, primero, este libro no vuelve sobre las concepciones sobre los derechos. Antes bien, presupone una concepción relacional de los derechos: los derechos son normas sobre relaciones (no cosas).⁵ Es decir, son normas “institucionalmente definidas que determinan qué es lo que una persona puede hacer en su relación con la otra. Los derechos se refieren más al hacer que al tener”.⁶ Desde la perspectiva del sujeto obligado, serían normas que determinan qué es lo que debe hacer el obligado en su relación con el otro; y qué es lo que puede exigir el sujeto titular del derecho en caso de que el sujeto obligado incumpla con su deber. Así, las disputas sobre las limitaciones a los derechos, son disputas sobre relaciones y espacios de acción de los sujetos. En muchos supuestos esas disputas se refieren a las (sin)razones que se alegan para limitar por acción u omisión esos derechos.⁷

Segundo, en las constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos la mayor parte de los derechos tienen contenidos que se aplican en parte como regla y en parte como principio. Ambos contenidos son perfectamente exigibles. Solo difieren en su forma de adjudicación. Si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho como regla, entonces se aplica la subsunción (o el encastre). Por el contrario, si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho como principio, entonces se aplica, por ejemplo, el examen de proporcionalidad o la comparación de casos.⁸

⁵ Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, México, IECEQ, 2016, pp. 1-82.

⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

⁷ Sobre proporcionalidad como herramienta para permitir los reclamos de las poblaciones que se encuentren en situación de desigualdad estructural, véase Aldao, Martín, “La ponderación en el contexto del estado democrático de derecho” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, 2011; Samuels, Harriet, “Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle”, en *Feminist Legal Studies*, núm. 21, 2013, p. 39.

⁸ Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (eds.), *Los derechos sociales en el área metropolitana de Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, EUDEBA, 2013; Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Hacia una

Los contenidos de los derechos como reglas establecen lo que debe ser —solución normativa— y lo que se debe hacer —norma para la acción— en el supuesto que se dé el caso genérico descrito en la primera parte de la norma. La regla que establece la obligación de los conductores de vehículos de circular por la derecha en la carretera, fija que si se está circulando con un vehículo, se lo debe hacer por la derecha. Esta regla da una solución normativa definitiva para todos los supuestos que caigan en la descripción del caso genérico que contiene la norma. En materia de derechos humanos, la prohibición de desaparición forzada de personas es un claro ejemplo de una regla que establece una prohibición absoluta. No hay posibilidad alguna de que el Estado justifique su accionar que viola la prohibición. No hay margen para ponderación alguna para la relativización de la prohibición.⁹ Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la prohibición absoluta de tortura, de esclavitud, de trata de personas.

Los contenidos de los derechos como principios son también exigibles. Los principios pueden ser definidos como normas abiertas, ya que establecen lo que debe ser, pero no respecto de un caso —no determinan en qué supuestos específicos esas soluciones normativas dan una respuesta definitiva—. Por eso los principios son mandatos de deliberación práctica, en tanto normas abiertas que invitan obligadamente a deliberar a las y los destinatarios.¹⁰ El principio de libertad de expresión deja abiertos

pragmática de los derechos culturales. Cuestiones de marcos”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 2016, pp. 35-71.

⁹ Artículo 1: “1. Nadie será sometido a una desaparición forzada. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada.”

Artículo 2: A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

¹⁰ Aldao, Martín, “La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la pondera-*

los supuestos de su aplicación. La libertad de expresión establece un argumento normativo fuerte para su realización en la mayor medida posible. Sin embargo, la libertad de expresión convive con otros contenidos de derechos que también establecen argumentos normativos,¹¹ a fin de ser realizados en la mayor medida posible como, por ejemplo, el derecho a la protección de los datos personales. En un supuesto de colisión de ambos derechos, hay que deliberar para determinar los contornos de la norma que regulará la solución para la colisión. El modo de adjudicación de las normas sobre derechos como principios es, por ejemplo, la proporcionalidad. En este libro no discuto si es el único método posible, me basta con suponer que es uno de los posibles y de uso frecuente —explícito o implícito— en las prácticas constitucionales actuales.

Por fin, llego así al objeto específico de este libro: dar pistas acerca de cómo evaluar si la afectación a un derecho implica o no una violación cuando su contenido es un principio. Los derechos pueden ser afectados porque el Estado intervino más de lo necesario —violación por acción— o porque el Estado realizó nada o menos de lo necesario —violación por insuficiencia—. El libro trabaja con el examen de proporcionalidad (parte I) como forma de determinación si esas intervenciones del Estado por acción, por insuficiencia o por regresión implican violaciones a los derechos. El libro ofrece transitar a la/el lector/a tres caminos paralelos: el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por intervención (cap. 1); el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por omisión o acción insuficiente (cap. 2); el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por retroceso en un contenido del derecho ganado —prohibición de retroceso— (cap. 3).¹²

ción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Lifante Vidal, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 413-439.

¹¹ Sieckmann, Jan, “Principles as Normative Arguments”, en *Rechtstheorie*, vol. 21, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 197-210; Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹² Con todo la bifurcación podría incluir otro camino: la afectación al derecho debe ser evaluada también a través del prisma de la igualdad. Este punto

Como técnica de adjudicación de derechos, se ha sostenido que la proporcionalidad viajó a diversas partes del mundo.¹³ Habría sacado boleto de ida desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán hacia Cánada, Israel, Colombia, Sudáfrica, Brasil, entre otros países. Según parece, Estados Unidos le denegó, en general, la visa de ingreso. Aún hoy se discute su recepción. La narrativa de los viajes de la proporcionalidad continúa. Cuando viaja en inglés, por lo general, no se percata de las discusiones en los ámbitos en los que aterriza si no pasan por el “imprimátur” que da el haber sido receptada esa discusión en inglés. En el otro sentido, no ocurre algo semejante. Los escritos en otras lenguas suelen aceptar las discusiones en inglés.

Por último, la narrativa nos dice que aún la discusión dominante sigue siendo sobre la proporcionalidad cuando la vulneración a los derechos se produce por una acción, mientras menor recepción y desarrollo reconoce la proporcionalidad cuando la afectación al derecho se produce por omisión o insuficiencia. La parte I de este libro demuestra que el examen de proporcionalidad se puede aplicar cuando se ven afectadas todas las facetas de los derechos, es decir, la faceta del derecho como no intervención y la faceta como prestación.

Por otro lado, la narrativa de los viajes de la proporcionalidad parece estar más interesada en marcar las variadas escalas, que

no será tratado en este libro. Véase Clérico, Laura y Aldao Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, julio 2011, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf> Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity”, en Bogdandy, Armin von y Morales, Mariela, *Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 83-96.

¹³ Kumm, Mathias, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 574, sosteniendo que es el transplante jurídico más exitoso del siglo xx; Bernal Pulido, Carlos, “The Migration of Proportionality across Europe”, en *NZ Journal of Public and International Law*, vol. 11, núm. 3, p. 483, sosteniendo la tesis de las migraciones de la proporcionalidad.

en trabajar cómo la proporcionalidad se rechaza, se acepta o se invisibiliza “cuando cruza las fronteras”. En este sentido, el capítulo 4, “Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad (control de proporcionalidad) en el derecho argentino e interamericano”, puede ser leído como un intercambio. El interés por el estudio del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional alemán no fue fruto de una suerte de “trasplante”. Al contrario, fue fruto de un camino de ida y vuelta entre el interés por el examen de razonabilidad en Argentina y el examen de proporcionalidad alemán. En otro trabajo sostuve que el caso argentino permite desarmar un poco el relato de las migraciones de la proporcionalidad.¹⁴ Desde principios del siglo xx la corte argentina utilizó el examen de razonabilidad de las leyes para evaluar las razones que limitan a los derechos. Si el examen de proporcionalidad a la alemana es una forma de estructuración de la evaluación de las razones que pretenden justificar las restricciones a los derechos, el examen de razonabilidad argentino es su funcional equivalente. Los problemas en la práctica constitucional argentina no radican tanto, por un lado, en la falta de exámenes, sino en la negativa de la Corte a explicitar los pasos del examen que aplica para evaluar las restricciones a los derechos, su falta de uso sistemático, ya sea el examen de razonabilidad, el derecho como integridad o el examen que sea. Y, por otro lado, el problema radica en el cambio abrupto de su jurisprudencia en relación con los estándares de control de las razones estatales.¹⁵ A pesar de todas estas dificultades contextuales para reconstruir la práctica constitucional argentina referida a la aplicación de derechos,¹⁶ se sostiene la hipótesis del intercambio entre la

¹⁴ Clérico, Laura, “Proportionality and Balancing”, en Hübner Mendes, Conrado y Gargarella, Roberto (eds.), *Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, (2018, en prensa).

¹⁵ Gargarella, Roberto, “Después del diluvio. El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997)”, *Desarrollo Económico*, 1998, pp. 439-456.

¹⁶ Se puede ver una reconstrucción crítica en Gargarella, Roberto, “Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, en *El derecho a la protesta*, Ad Hoc, 2005; Gargarella, Roberto, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte

razonabilidad y la proporcionalidad, más que la hipótesis de la transferencia o trasplante descontextualizado. Asimismo, en este capítulo trabajo la aplicación del examen de proporcionalidad en cierta jurisprudencia de la Corte IDH que sí parece más dispuesta a explicitar la estructura del examen e inspirarse en el examen estructurado de proporcionalidad a la alemana. En este sentido, esta segunda parte del capítulo contiene desarrollos de derecho interamericano supuestamente aplicables a todos los países que ratificaron la CADH. Así, dejo la pregunta abierta acerca de si las discusiones sobre el examen estructurado de proporcionalidad no deberían darse como “metodología que surge del derecho comparado”, sino como metodología interamericana.¹⁷

La parte II incluye, además, un trabajo que reconstruye el argumento de derecho comparado que suele emerger en forma frecuente en las argumentaciones en derecho constitucional y, en especial, en el derecho internacional de los derechos humanos. Este trabajo es un paso en el objetivo de mayor aliento que busca explorar la relación entre la aplicación del examen de proporcionalidad, el margen de apreciación estatal y el argumento de derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En especial, se trata de confrontar los diversos usos del argumento de derecho comparado (p. ej., como consenso europeo/consenso interamericano, como tendencia internacional) a la luz de la pretensión de racionalidad, por un lado, y la pretensión de corrección, por otro. Identifico que, en relación con el uso del argumento de la falta de consenso regional, existe una clara divergencia entre el TEDH y la Corte IDH quien fue contundente en, por lo menos, tres casos referidos a orientación sexual.¹⁸ En suma, me detengo en las complejida-

Suprema argentina”, ambos textos en Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I.

¹⁷ Sobre interpretación y Corte IDH, véase Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Talca, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 105-162.

¹⁸ Clérico, Laura, “La falta de consenso europeo/interamericano y el argumento de derecho comparado. Divergencia contundente entre el TEDH y la Corte IDH”, *SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucio-*

des del uso del criterio de la inexistencia de consenso europeo para determinar un amplio margen de apreciación al Estado y, por ende, una menor intensidad de escrutinio al momento de aplicar el examen de proporcionalidad. Advierto que las cortes regionales de derechos humanos no pueden olvidar su función de ser foros de reconocimiento y discusión de las voces que son estigmatizadas e invisibilizadas en los órdenes internos, ya que las mismas no se encuentran en igualdad de armas en el debate y definición de las acciones y políticas que las afectan.¹⁹

Por último, en la parte III se incluyen dos capítulos que de alguna manera pueden ser leídos como refinamientos de la propuesta de la proporcionalidad/ponderación como métodos de adjudicación de los derechos. En el capítulo 6, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, me detengo en una de las muchas críticas dirigidas contra el examen. La objeción sostiene que en tanto que la ponderación implica una estructura de argumentación formal, no determina la solución material del conflicto entre los derechos, con lo que no podría limitar la discrecionalidad. Esta objeción sumada a la objeción de la inflación de la proporcionalidad, que dice que por todos lados se estaría ponderando, agrava las consecuencias prácticas de la indeterminación de la ponderación. Mi respuesta pasa por la *estrategia del deslinde en tres tiempos*. Sostengo que el examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, con lo que no todo es ponderar (*deslinde 1*). El examen de proporcionalidad incluye dos (sub)tests que examinan si pudo haber sido evitada la restricción al derecho y que no se relacionan con juicios de ponderación (*deslinde 2*). Esto me permite reinterpretar la objeción de indeterminación que solo estaría encaminada a la ponderación propiamente dicha como parte del tercer examen de proporcionalidad. Incluso en esta etapa del examen, solo uno de los pasos argumentativos tiene

nal y Política, Yale Law School) 2018, San Juan, Puerto Rico, 8-10 de junio de 2018, disponible en <https://law.yale.edu/centers-workshops/yale-law-school-latin-american-legal-studies/sela>

¹⁹ Aldao, Martín, “Entre la deferencia y la indiferencia: Margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad”, 2018, ms [en trámite de publicación en Colombia].

que ver con juicios de ponderación en el caso concreto (*deslinde* 3). A su vez, esa “indeterminación” es controlada desde el punto de vista procedimental. El juicio de ponderación *en el contexto de una práctica constitucional* está orientado por reglas (y no es algo *ad hoc*). Por fin, el trabajo con la objeción de indeterminación me permitirá la reconstrucción del examen de proporcionalidad y, así, sostener la racionalidad del examen de proporcionalidad como una “doctrina constitucional” que requiere, sin embargo, seguir siendo desarrollada —prestando mayor atención a lo que ocurre en las prácticas constitucionales y de derechos humanos en concreto—.

En el capítulo 7 se compara los modelos de Alexy y Moreso y se pregunta por sus similitudes y diferencias. Mi propósito es rescatar la importancia de los casos en el modelo de la ponderación alexyano que, a mi entender, quedó opacado por su preocupación en el desarrollo de la ponderación como forma de argumento. Para el desarrollo de la tesis de este trabajo, analizo primero la relación de la ponderación y la comparación de casos en el modelo de resolución de conflictos de derechos fundamentales de Alexy, para reconstruirlo como un modelo de la ponderación orientado por reglas. Luego, la comparo con la versión que desarrolla Moreso a través de los casos paradigmáticos para concluir que son más los parecidos de familia que las diferencias con la propuesta de Alexy. Con esto concluyo que ni el modelo de Alexy está tan abocado al particularismo, como se lo quiere presentar, ni que el de Moreso es tan definicional como pretende, en tanto que asume como obvio o indiscutible lo que justamente conforma el objeto de la argumentación en los conflictos sobre derechos constitucionales.

Deseo agradecer a las personas, grupos de trabajo y entidades que han hecho posible la presente publicación. En especial, agradezco al Instituto de Estudios Constitucional del Estado de Querétaro de México y a su director, profesor Rogelio Flores. Es un gran honor que estos escritos hayan sido aceptados para su publicación en la Colección “Constitución y Derechos” de este Instituto. Los agradecimientos especiales por la discusión y lectura crítica de cada uno de los escritos se encuentran en notas a pie de página en los capítulos. Nuevamente a todas esas personas, mi mayor agradecimiento. Cabe comentar que estos escri-

tos fueron publicados anteriormente en forma dispersa. Los tres primeros capítulos fueron publicados en Laura Clérico, Martín Aldao y Liliana Ronconi (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, Buenos Aires, 2013. El capítulo cuarto Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad (control de proporcionalidad) en el derecho argentino e interamericano fue publicado por Lucas Grosman, Santiago Legarre, Julio Rivera (h) y Sebastián Elías (coords.) en el *Tratado de Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014. El quinto capítulo “Sobre el argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos” fue publicado por Josep Aguiló Regla y Pedro Grández Castro en el libro *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Palestra, Lima, 2017. El sexto capítulo *Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación* fue publicado en la revista *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 2015. Por último, el séptimo capítulo Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias? fue publicado por la revista *Isonomía*, México, 2012. Agradezco a todas las editoriales y revistas el haber publicado estos escritos en su momento y al equipo de trabajo del Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro dirigido por Rogelio Flores e integrado por Carolina Hernández Parra y Alfredo Pérez Guarneros (edición); Antonio Rangel (diseño de portada) y Felipe Luna (formación) que hacen posible que en este libro converjan un conjunto de artículos que tienen como hilo conductor los estudios sobre el examen de proporcionalidad como un método —no exclusivo ni excluyente— de adjudicación de derechos. Como siempre, los errores en el contenido, la edición y el diseño me pertenecen.

LAURA CLÉRICO
19 de julio de 2018.

PARTE I.
Proporcionalidad: violación por acción,
por insuficiencia, por retroceso

Preparación del examen de proporcionalidad*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En reiteradas oportunidades a lo largo de este libro se insistirá en las obligaciones que surgen de los derechos para el Estado u otros sujetos obligados (por ejemplo, para el caso del derecho a la salud, para las obras sociales, empresas de medicina prepaga, clínicas, particulares, entre otros). Esas obligaciones fueron clasificadas como obligaciones de no-intervención arbitraria, de no-regresión arbitraria, de desarrollo normativo, de proteger, de organización y procedimiento; y de dar. El incumplimiento de estas obligaciones puede implicar una violación al derecho a la salud. El objeto de los siguientes tres capítulos es dar pistas acerca de cómo evaluar si la afectación a un derecho implica o no una violación. Tomamos como ejemplo el derecho a la salud; sin embargo, la estructura del examen de proporcionalidad puede ser aplicada a cualquier otro derecho.

Para el desarrollo del objeto de este capítulo, es preciso retomar dos contenidos abordados en otros lugares. Primero, las violaciones al derecho a la salud pueden ocurrir por acción, por un lado, o por omisión o acción insuficiente injustificada, por el otro lado. Esto es así porque el derecho a la salud posee una función de derecho de defensa o de no-intervención y una función de derecho de prestación.

* Agradezco a Martín Aldao y Anabel Papa la lectura crítica y comentarios realizados sobre este trabajo.

Segundo, para determinar cómo evaluar la violación, hay que retomar que el derecho a la salud tiene un contenido que se aplica como regla¹ y otro contenido como principio. Si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho a la salud como regla, entonces se aplica la estrategia argumentativa de la subsunción (o el encastre) o de la comparación de casos.² Por el contrario, si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho a la salud como principio, entonces se aplica el examen de proporcionalidad.³

¹ Una norma se comporta como regla cuando presenta un contenido determinado para decidir el caso. Esto ocurre cuando en la norma aparece determinada la conducta que está ordenada, prohibida o permitida en forma definitiva. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 1986, cap. 1 [en español, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 1993]. Sobre el derecho a la salud como regla, véase Parra Vera, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 53-78; Clérico, Laura, “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en *ADC: La Corte y los derechos 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008, pp. 479-494 (disponible también en www.adc.org.ar); Ronconi, Liliana M. (2012), “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, *Salud colectiva*, vol. 8, núm. 2, pp. 131-149, entre otros.

² Véase Clérico, Laura y Aldao, Martín, “El derecho a la salud y las estrategias argumentativas: el encastre (subsunción) y las similitudes y diferencias (comparación de casos)”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.

³ Dicho examen contiene criterios para determinar, si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Estos criterios están dados a través de los tres subcriterios contenidos en la proporcionalidad en sentido amplio: el mandato de idoneidad, el mandato del medio alternativo menos lesivo o mandato de necesidad y el mandato de la proporcionalidad en sentido estricto. Así, el medio es *idóneo*, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es *necesario*, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser *proporcional en sentido estricto*, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.

Por fin llegamos así al objeto precisado de este trabajo: dar pistas acerca de cómo evaluar si la afectación al derecho a la salud implica o no una violación. Para ello nos detendremos primero en la preparación de los elementos del examen de proporcionalidad (apartado II). Luego el trabajo se bifurcará en tres caminos paralelos: el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por intervención (capítulo 1); el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por omisión o acción insuficiente (capítulo 2); el examen de proporcionalidad cuando la violación se produce por retroceso en un contenido del derecho ganado (prohibición de retroceso) (capítulo 3).⁴

II. PREPARACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

El *primer paso* es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción exhaustiva⁵ de la situación⁶ en la que se encuentra la afectada a causa de la

⁴ Con todo la bifurcación podría incluir otro camino: la afectación al derecho a la salud debe ser evaluada también a través del prisma de la igualdad. Este punto no será tratado en este capítulo pues encuentra su desarrollo en Bernal Pulido, Carlos, “El examen de igualdad integrado aplicado al derecho a la salud”; Góngora, M., “Derecho a la salud y discriminación interseccional”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao Martín (coord.), Tratado de derecho a la salud, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013; y en Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, julio 2011, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>

⁵ Para ello, la actora se puede valer de hechos, datos estadísticos, resultados de investigaciones, historias de vida, entrevistas, entre otros. Véase, por ejemplo, Siede, Liliana, “Organización de pacientes y búsqueda de justicia”, en Digilio, Patricia, Organización de pacientes y búsqueda de justicia, en JA, 2005-IV-1067.

⁶ Esa identificación de la situación puede estar enmarcada en un “patrón” que genera violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, violaciones graves al derecho a la salud, JA 2005-IV-1067, se producen en la región por la industria extractivista. En un informe reciente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “... en el marco usual que regula la actividad de los negocios en varios países del hemisferio, proyectos de

restricción al derecho a la salud y en la que se encontraría de no haber ocurrido la restricción o en la que se debería encontrar de haberse realizado la acción debida (restricción por omisión o insuficiencia). Esta reconstrucción incluirá los siguientes elementos preparatorios del examen de proporcionalidad en cualquiera de todas sus variantes:

- a) El derecho afectado, en este caso el derecho a la salud;
- b) La restricción al derecho que surge por acción o por omisión o insuficiencia. Por lo general, esa restricción se produce por la implementación de una acción que el Estado realiza para lograr algún estado de cosas. Esta acción suele ser identificada como medio, que en forma abreviada identificamos como M.
- c) Luego se trata del derecho o bien colectivo que el Estado trata de promocionar con la acción estatal. Ese derecho o bien colectivo suele ser identificado también como fin legítimo⁷.

desarrollo son implementados por compañías extranjeras cuya sede radica en otro país con la aprobación y el apoyo expreso del estado de origen. Este patrón se ha desarrollado en la región y ha sido reportado ante la CIDH durante sus audiencias, visitas de trabajo, peticiones y otros medios, *en donde poblaciones vulnerables* como los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes son *víctima de violaciones de derechos humanos como resultado de las acciones e inacción de las compañías y la incapacidad o la falta de voluntad del Estado en donde operan estas compañías de proteger a estas poblaciones, por miedo de que la regulación promueva que las compañías dejen el país*. De hecho, numerosos reclamos han sido recibidos sobre conflictos vinculados con tierras y recursos naturales, en donde las personas encargadas de cumplir la ley protegen a las empresas extranjeras y no a las presuntas víctimas”. CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, opinión consultiva, párr. 77 y 34 (cursivas nuestras).

⁷ Es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva. La pregunta acerca de la “legitimidad” del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se la trabaja como pregunta previa del examen de proporcionalidad en sentido amplio, solo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos “claros”. En estos casos, se logra una decisión sin ponderación. La decisión surge de la aplicación de una regla constitucional cuyo antecedente permite que sean subsumidos los hechos y cuestión del

- d) Con todo, esta preparación puede incluir en forma separada o transversal referencias al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho; elemento que puede ser llamado las circunstancias ampliadas del caso.

Hasta aquí se diría que es un problema más definicional, re-constructivo, que ponderativo o comparativo.⁸ En suma se trata

caso. Ciertamente puede ser reconstruida la justificación de la decisión a través del procedimiento de la ponderación. Sin embargo, esta ponderación tendría sólo un carácter explicatorio o crítico. La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si ésta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. En este contexto cobra importancia, además, la posibilidad de reconstruir la garantía del contenido esencial de los derechos como regla; véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, excursus cap. 1 puntos 2.3 y 2.4; además, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 688-700.

⁸ En este punto hablo de colisiones entre derechos fundamentales sin hacer distinción entre las “especialmente intensas” y las “simples” (aquí encajarían los “casos difíciles”). Algunos llaman a las colisiones especialmente intensas “dilemas”, ya sea porque existe un problema de indeterminación de la respuesta para la justificación racional de la solución del conflicto y/o por el sacrificio o tragedia que implicaría no poder satisfacer una de las partes del conflicto. Por lo general, quienes trabajan con dilemas suelen utilizar ejemplos actuales de bioética, entre ellos, el caso de las dos gemelas siamesas que morirían si no son separadas, pero que, a su vez, la supervivencia de una exigiría necesariamente la muerte de la otra. Así, “los dilemas muestran este aspecto trágico; un mal inevitable y grave del que no podemos escapar, hagamos lo que hagamos”, (Martínez Zorrilla, 2011: 71). Este tipo de conflictos presentarían un límite para la argumentación jurídica (incluso para la “ponderación estructurada” de Alexy, límite que L. Zucca parece encontrar en Alexy cuando este afirma la existencia de casos en los que los argumentos conducen a un “estancamiento”), en los demás conflictos es posible su resolución por medio de la argumentación. Véase Zucca, L., “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, 2011, pp. 9-36. Sobre un análisis en parte crítico de la obra de Zucca, véase Lariguet, G., “Dos concepciones de los dilemas constitucionales. Comentarios a algunas tesis de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.), pp. 38-65 y Martínez Zorrilla, D., “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en: Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.), op.

de identificar la colisión entre, por lo menos, dos normas (la que justifica el fomento del derecho promovido), en adelante P2, y la que se refiere al derecho afectado por la promoción del primero, en adelante P1, que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de forma completa.⁹ Un paso adelante en la realización de uno exige la disminución de la realización del otro (es decir, su restricción) y a la inversa,¹⁰ salvo que pueda encontrarse una forma de realización en la que se evite la restricción al derecho afectado. Veamos.

cit., pp. 67-90. No puedo abordar en este trabajo las diversas clasificaciones ensayadas sobre conflictos entre derechos fundamentales. Para el propósito de este trabajo basta con admitir supuestos de colisiones entre derechos fundamentales.

⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1992, pp. 79, 100, 122-125, 146, 152. [Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid, 2007]. Asimismo, véase Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 133, sobre identificación y resolución de la colisión entre derechos fundamentales en el contexto de un caso concreto.

¹⁰ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción. Por ejemplo, el contenido mínimo del derecho tiene el carácter de regla; las reglas resultados de las sentencias que implican desarrollo interpretativo de los principios colisionantes tienen también el carácter de regla. Véase Parra Vera, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 53-78.

Capítulo 1.

El examen de proporcionalidad: violación por acción*

1.1. INTRODUCCIÓN

En el caso de las obligaciones de no intervención, de respeto,¹ las violaciones provienen de acciones del Estado que vulneran el derecho, al realizar acciones —interferencias— en el ejercicio del derecho. Por ejemplo, pueden mencionarse los casos de interferencia en la salud de las personas adultas cuando teniendo estas plena conciencia de las consecuencias de su obrar, se niegan a recibir determinado tratamiento médico, se encuentren o no en peligro de muerte. Los casos más conocidos suelen ser los de los objetores de conciencia que se niegan a ser transfundidos porque esa acción va en contra de sus más íntimas convicciones —tenga o no contenido religioso—.² Otros casos se refieren a violaciones cometidas por acciones de particulares, por ejemplo, la industria extractivista en la región suele producir “[...] efectos nocivos en

* Agradezco a Martín Aldao y Anabel Papa la lectura crítica y comentarios realizados sobre este trabajo.

¹ En varios capítulos de este libro se trabajan las obligaciones que genera el derecho a la salud, entre otras, la de respeto. Un desarrollo interpretativo sobre el contenido de esta obligación se puede encontrar en la observación general 14 del Comité DESC de la ONU, párrs. 33-34, 39, 50, 54, 62.

² Véase Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “Crónica de una ley anunciada: el principio de autonomía en los casos sobre negativa a recibir tratamientos médicos”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.

la salud de los pueblos indígenas debido a materiales químicos y tóxicos empleados para la extracción de minerales (párr. 274) [...] la presencia de este tipo de sustancias en el cuerpo puede causar enfermedades neurológicas, bacterias en el organismo, malformaciones, enfermedades en la piel, discapacidades de distinta índole, entre otras (párr. 277)”.³ Luego, otros casos se refieren a la negativa de los padres de someter a sus hijos a campañas estatales de vacunación obligatoria.⁴ Este caso⁵ fue resuelto re-

³ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II.Doc.47/15, 31 diciembre 2015.

⁴ Este punto es trabajado con detenimiento en Fama, Victoria y Fortuna, Sebastián, “Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del estado, la autonomía familiar y los derechos del niño”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud...*, cit.

⁵ Los hechos del caso son los siguientes: se trata de un niño V nacido en 2009 por parto domiciliario. El bebé es llevado por sus padres a un hospital público provincial de la ciudad de Mar del Plata para el control de su peso. Allí el personal sanitario detecta que el niño no está vacunado de acuerdo con el plan de vacunación obligatorio. La madre no consiente, como así tampoco el padre, a que V sea vacunado por adherir a la medicina ayurvédica. Ante esta negativa el Ministerio Pupilar inicia una proceso judicial solicitando la internación del niño para que se le aplicaran las vacunas obligatorias y se le suministraran las dosis necesarias de vitamina K. En primera instancia se rechazó el pedido de internación; sin embargo, se procuró garantizar el derecho a la salud del niño por medio de la vacunación. El Tribunal de Familia núm. 1 de Mar del Plata confirmó la sentencia y dispuso que los padres debían reunirse en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil con un médico pediatra y un inmunólogo, a fin de informarse sobre el riesgo que suponía no vacunarlos. Asimismo, les hizo saber que debían presentar en el expediente un plan de medicina alternativa que lograra efectos equivalentes al plan de vacunación obligatoria. La Corte de la Provincia de Buenos Aires revocó por mayoría la sentencia y ordenó a que intimasen a los padres de V para que en el plazo de 48 horas acrediten el cumplimiento de la vacunación obligatoria de V, bajo apercibimiento de realizarla compulsivamente. El caso llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de un recurso extraordinario federal interpuesto por los padres del niño. Cuando el caso fue resuelto por la Corte, el niño estaba alcanzando los tres años. El texto completo del fallo puede ser consultado en fallos 335:888 y en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6921362&cache=1505719061351>

cientemente por la Corte argentina,⁶ pronunciándose a favor de la vacunación obligatoria como lo había resuelto la Corte local preopinante y ordenando la vacunación del niño.⁷

1.2. PREPARACIÓN DEL EXAMEN

El caso gira en torno a si la vacunación obligatoria es un accionar estatal justificado y, entonces, si el Estado está obligado o no a no intervenir. Se trata de determinar en el caso si la obligación del Estado es la de respetar la interpretación de los padres acerca de cómo proteger la salud de sus hijos; o si por el contrario, la intervención estatal —vacunación— estaba justificada a la luz de los derechos que buscaba promover:

- a) En el caso en cuestión, los padres del niño (en adelante V) interpretaban, adoptando una perspectiva desde el modelo homeopático y ayurvédico —sobre la base del principio constitucional de autonomía aplicado a la vida familiar—, que la vacunación obligatoria⁸ implicaba una violación al derecho a determinar el plan de vida para la respectiva familia⁹ (P1).
- b) La restricción al derecho (P1) surge por la implementación de una acción, la vacunación obligatoria,¹⁰ que el Es-

⁶ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.V. s/ protección y guarda de personas; véase Toller, Fernando M.; Fernández Santander, Adriel y D'Elía, Daniel, “Enfrentar o conjugar: las metodologías de análisis de la Corte Suprema y una nueva visita al problema de la vacunación obligatoria”, en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 3, 2012; Beloff, M.; Freedman, D.; Deymonnaz, M., “La protección del derecho a la salud de niños y niñas”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud...*, cit.

⁷ SCBA, 6/10/2011, N.N. o U.V. s/ protección y guarda de personas, DJ, *La Ley*, año XXVII, núm. 18, 5 mar 2011, p. 18, véase el trabajo de Fama, Victoria y Fortuna, Sebastián, “Derecho a la salud...”, cit.

⁸ De acuerdo con la ley 22.909 sobre Régimen General para las Vacunaciones contra las Enfermedades Prevenibles por ese Medio.

⁹ Sobre autonomía, paternalismo y perfeccionismo en relación con este caso, véase Fama, Victoria y Fortuna, Sebastián, “Derecho a la salud...”, cit.

¹⁰ La ley 22909 establece “un régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio a fin de consolidar el más ade-

tado realiza para lograr algún estado de cosas, tratando de prevenir enfermedades evitables. Este es el medio estatal (M).

- c) El Estado, a través de la vacunación obligatoria (M), busca promover el derecho a la salud de los niños (P2) (“la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación”), con lo que también busca promover un bien público, la salud colectiva (“reducir y/o erradicar los contagios en la población”).

Para establecer si ese accionar está justificado se realiza un examen de proporcionalidad. Para poner a prueba esta justificación, las razones alegadas por el Estado se someten a los tres subexámenes de proporcionalidad: el de idoneidad, el de medios alternativos menos lesivos y el de proporcionalidad en sentido estricto.

1.3. LOS TRES PASOS DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

La restricción al derecho es desproporcionada si la vacunación obligatoria, el medio estatal, no es *idóneo*, es decir, si con su ayuda no puede ser fomentado el fin estatal deseado. Asimismo, lo es si pudo haber sido implementado un *medio alternativo*. Esto es otro medio idóneo, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental no es *proporcional en sentido estricto*, si la intensidad de la restric-

cuado nivel de protección de la salud de todos los habitantes del país”. En caso de incumplimiento se prevé una multa (arts. 11, 17 y 18). A su vez, esta norma está reglamentando a los efectos de su actualización de vacunación orientadas a la prevención de las enfermedades inmunoprevenibles. Por último, la provincia de Buenos Aires ha establecido en el ámbito de su territorio, un *programa de vacunas* —ley 10393 (modificada por las leyes 10717 y 12658)—, en el que especifica, entre otras cosas, que “las personas responsables de la vacunación y revacunación de menores [...] serán sus padres, tutores o curadores, y encargados, según fuere el caso” (arts. 6 y 7).

ción a los derechos afectados es mayor y no guarda una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de la promoción del derecho y/o fin estatal. Veamos en concreto la aplicación de estos tres subaxámenes.

1.3.1. Examen de idoneidad o adecuación técnica

El examen de idoneidad vuelve la mirada sobre la relación entre el medio seleccionado por el Estado y el derecho o fin¹¹ que este busca promover a través de la implementación del medio. Este examen viene exigido por el derecho que se siente afectado (P1). Así, desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho (P1), por lo menos, se espera que el medio —la vacunación obligatoria— pueda *fomentar* el logro del fin o de los derechos promovidos —evitar enfermedades prevenibles para los niños y la población en general— (P2). De lo contrario, las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el punto de vista empírico. El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre la vacunación obligatoria (medio, M) y el fin estatal (derecho a la salud de los niños y la población, P2).¹² Esa relación puede ser considerada tomando como relevantes diversos *aspectos*: uno *cuantitativo*, otro *cualitativo* y otro *probabilístico*.¹³

¹¹ La expresión “fin”, en el mandato de prohibición por exceso, suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr. Para la determinación empírica del fin es importante la descripción del estado de inicio y final, es decir, el que se persigue provocar y el que de hecho se alcanzó, que puede o no coincidir con el perseguido. Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, cap. 1. regla sobre la precisión del fin, Clérico Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.

¹² El examen de idoneidad supone por lo menos un fin. Cuando se determina más de un fin, la idoneidad del medio debe ser comprobada en relación con todos los fines. La reducción o ampliación de los fines determinados requiere ser justificada.

¹³ En un aspecto cuantitativo: M1 puede fomentar el fin *más* que M2 (*o menos o igual*). En un aspecto cualitativo, M1 puede fomentar el fin *mejor* que M2 (*o peor, o tan bien como...*). En un aspecto probabilístico, M1 puede fomen-

Los afectados intentaron desafiar la relación de promoción de la vacunación obligatoria en general y en el caso particular. En el caso concreto de su hijo, alegaban que se presume *iuris et de iure* que se generen ciertos peligros para V y para terceros, en caso de no vacunarlo conforme a la normativa nacional. Sostienen que estas suposiciones no conectan directamente con la situación concreta de V y, en general, ni con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica nacional. Agregan que la situación de salud de su hijo es óptima. Esta argumentación reclama un examen de idoneidad en concreto e intensivo.

Por el contrario, la Corte parece contentarse con la posibilidad abstracta del fomento del fin para dar por no derribada la idoneidad del medio seleccionado por el legislador. Para ello, sostiene la plausibilidad de la relación entre la vacunación y la prevención y erradicación de enfermedades. Se basa en un informe reciente de la Organización Mundial de la Salud sobre “vacunas e inmunización”: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...”.¹⁴ Las instancias inferiores sostuvieron también —aunque con matices— la pro-

tar el fin con alto grado de seguridad (*más probable*) que M2 (*o con menor grado de probabilidad, o en el mismo grado*). Si se consideran los distintos aspectos en los que se puede expresar la relación de fomento entre medio y fin, entonces el mandato de idoneidad puede ser interpretado como *débil* o *fuerte*. Una versión *débil* del mandato de la idoneidad exige la selección de algún medio. Solo son desechados aquellos medios *que no se encuentran de modo alguno* —es decir, en ningún aspecto— en relación de fomento con el fin. La versión *fortísima* del mandato de la idoneidad exige la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (*el mayor* alcance), cualitativo (*el mejor* de los alcances) y probabilístico (*el más seguro* de ser alcanzado). Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, *cit.*, pp. 36 y 340; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 718 y ss.; Bergmann Ávila, Humberto, *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 118-124.

¹⁴ Plotkin S., Orenstein W., Offit P., 5a ed., Saunders, 2008, *cit.* en: UNICEF, Banco Mundial, *Vacunas e inmunización: situación mundial*, 3ª ed., Ginebra, OMS-UNICEF, 2010, www.who.int; cdo. 13, del caso N.N. o U.V. s/ protección y guarda de personas, CSJN, 12 de junio de 2012.

porcionalidad de la vacunación basándose en su idoneidad a la luz de datos estadísticos sobre la mortalidad infantil por enfermedades erradicadas.

La Corte no analizó las posibles consecuencias adversas de la vacunación para la salud del niño. Existen riesgos adversos —aunque supuestamente de baja probabilidad—,¹⁵ alegados tangencialmente por los afectados. Sin embargo, estos no parecen haber sido concluyentes, por ejemplo, no consta que hayan acercado datos estadísticos o casos particulares sobre los efectos adversos o sobre la ineficacia de la vacunación en general. Asimismo, los afectados pudieron haber planteado una estrategia de idoneidad más detallada. Pudieron haber encarado su estrategia evaluando la idoneidad de cada una de las vacunas obligatorias que componen el plan de vacunación desde dos perspectivas: *a)* en el caso particular de su hijo; *b)* en relación con la población en general. Sin embargo, las estrategias desplegadas en relación con la falta de idoneidad de la vacunación obligatoria fueron escasas.¹⁶ En suma, la vacunación es tenida por idónea para promover los derechos y bienes colectivos alegados por el Estado.

1.3.2. Examen de medios alternativos menos lesivos o de necesidad

Una medida estatal puede ser idónea y, sin embargo, desproporcionada en sentido amplio por no aprobar el examen del medio alternativo menos lesivo. Es decir, la restricción al derecho

¹⁵ Véase, sin embargo, un caso de responsabilidad estatal extracontractual por las consecuencias adversas acontecidas por la aplicación de la vacuna contra el sarampión y la rubeola en una mujer adulta, en *Tolosa, María Alejandra vs. Provincia de Santa Fe s/daños y perjuicios*, Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual 6ª nominación de Rosario, 10/10/2012.

¹⁶ La Corte parece haber partido de la presunción de proporcionalidad de la medida, poniendo en cabeza de los afectados la carga de la prueba y de la argumentación. Sobre carga de la prueba, de la argumentación y presunción de constitucionalidad en materia de planteos constitucionales, véase Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, 2012, pp. 903-925.

afectado es injustificadamente *excesiva* si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo o restrictivo.¹⁷ La estructura de este examen presenta por lo menos tres elementos y dos comparaciones. Supone, como el examen de idoneidad;

- a) una relación de medio-fin, aunque más compleja, ya que indica:
 - más de un medio técnicamente adecuado —sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen—.
- b) la comparación es doble:
 - los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal —examen de medios alternativos respecto de la idoneidad—, y
 - en relación con la intensidad de la afectación del derecho —examen de medios alternativos que menos limita al derecho—.

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos (Ma), basta con que sean tan adecuados técnicamente como el medio establecido. No se requiere que los alternativos sean los óptimos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija*. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador.¹⁸ Como resultado de la comparación, puede comprobarse que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente adecuado o más adecuado.

A su vez, el medio alternativo debe implicar una *menor* restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento

¹⁷ Este examen está referido en la observación general 14 del Comité de DESC de la ONU en el párr. 29: “De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5, esas limitaciones deberán ser proporcionales, es decir, *deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos*. Aun cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión” (cursivas agregadas).

¹⁸ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, cit., pp. 81, 342.

mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico —evitando o disminuyendo la restricción—. ¹⁹ Respecto de la menor afectación del derecho restringido, esta puede ser:

- a) *total*: cuando un medio alternativo fomenta el fin perseguido por el Estado pero no restringe al derecho afectado. Por ejemplo, en el caso, el medio alternativo menos lesivo sería el que alegaban los padres del niño: la no vacunación (M4); sin embargo, M4 no parece ser igual de idóneo que el seleccionado por el Estado, la vacunación obligatoria (M1). Habrá sido por ello que la Corte no consideró a M4 expresamente como un medio alternativo igual de idóneo pero menos lesivo, o
- b) *parcial*: cuando un medio restringe al derecho afectado aunque lo hace en menor medida que el medio seleccionado por el Estado, por ejemplo, un plan de vacunación que contenga menor cantidad de vacunas (M2) a las del plan atacado (M1).

Este tipo de estrategia argumentativa pormenorizada es ensayada por Toller y otros.²⁰ Ellos proponen acertadamente realizar un análisis de medio alternativo menos lesivo distinguiendo cada una de las vacunas que conforman el plan obligatorio. Así, llegan a delimitar una estrategia argumentativa que los afectados pudieron haber intentado. El plan obligatorio (M1) estaría conformado por nueve vacunas que buscan evitar enfermedades prevenibles, ellos proponen ver la necesidad de cada una de ellas. Si bien parten del supuesto de que las vacunas “constituyen una de las medidas de profilaxis más adecuadas estadísticamente para tutelar preventivamente la salud individual y la colectiva”, proponen examinar el carácter excesivo o no de M1 en relación con el peligro del contagio y la gravedad de la enfermedad que se trata de prevenir con cada una de las vacunas. Para ello, sugieren la siguiente clasificación:

- a) en cuanto al contagio: enfermedades con altos índices de contagio; enfermedades con bajos índices de contagio;

¹⁹ *Ibidem*, cap. 2.III.

²⁰ Toller, Fernando M.; Fernández Santander, Adriél y D’Elía, Daniel, “Enfrentar o conjugar:...”, *cit.*

enfermedades cuyas vías de contagio hacen más propensa su expansión; enfermedades cuya forma de contagio neutralizan su expansión, y

- b) en cuanto a la gravedad de la enfermedad que tratan de prevenir o erradicar: enfermedades con efectos graves, con secuelas de por vida, o que pueden ser causa de muerte; enfermedades con efectos graves, sin secuelas de por vida o sin mortalidad; enfermedades con efectos medios o leves.

Luego se evalúa el plan de vacunación obligatoria (M1) en comparación con un plan más escueto de vacunación obligatoria que atiende a los criterios de probabilidad de contagio y gravedad de la enfermedad que se trata de prevenir (M2) en general —objetivo de salud pública— y en el caso concreto del niño —derecho a la salud del niño— en particular. El análisis pormenorizado propuesto,²¹ da pistas de cómo podría plantearse una estrategia para atacar una medida estatal sobre salud que la afectada considere injustificada.

Con todo, existía otro medio alternativo para evaluar, un plan inmunitario alternativo (M3).²² Por el contrario, ni el afectado ni la Corte Suprema transitaron este camino argumentativo pormenorizado. La Corte presenta la conclusión de un examen de medios alternativos menos lesivos, en tanto sostiene que ninguno de los posibles alternativos derriban la justificación de la restricción al derecho del afectado. Sostiene que ninguno de ellos es tan idóneo como el plan de vacunación obligatoria:

[...] en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en *optar por la*

²¹ *Idem.*

²² Esta alternativa es tenida en cuenta por el Tribunal de Familia de Mar del Plata en la parte resolutive de la sentencia que dictó en el presente caso: “...un plan de cuidado de salud del niño que asegure la protección del mismo en un porcentaje equivalente al que supone el suministro de vacunas firmado por un profesional especializado en medicina alternativa que ellos consideran apropiada para el cuidado del niño”. Véase Toller, Fernando M.; Fernández Santander, Adriel y D’Elía, Daniel, “Enfrentar o conjugar...”: *cit.*

mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.²³

Esta conclusión habla de comparación con alternativas, sin embargo, la Corte nos debe el sustento empírico de esta conclusión, por más plausible que suene. Hasta acá el examen de medios alternativos menos lesivos y el proceso de argumentación que despliega.

1.3.3. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto

Una medida estatal idónea y necesaria puede ser, sin embargo, excesiva. Esto ocurre si el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal o derecho que el Estado busca promover no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción, entonces la interferencia no es proporcional en sentido amplio.

El centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho afectado. Esto supone:

- a) la determinación de la intensidad de la restricción al derecho afectado, en nuestro caso, el principio de autonomía familiar respecto a cómo quieren proteger la salud del niño (P1);
- b) la determinación del peso abstracto del derecho de los afectados, nuevamente en nuestro caso el principio de autonomía (P1);

²³ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 22 (las cursiva son nuestras).

- c) la determinación del peso abstracto y el concreto de los derechos y fines que busca promover el Estado por medio de la medida estatal, en nuestro caso, la salud de los niños y la salud de la población en general (P2) por medio de la vacunación obligatoria (M1);
- d) la determinación del grado e importancia de realización del derecho o fin estatal promovido (P2);
- e) la ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados y el grado e importancia de realización de los derechos o fines promovidos, y
- f) la reformulación de la solución de la colisión en una regla-resultado de la ponderación para la resolución de casos semejantes futuros.

El *primer paso* de este examen supone la determinación con precisión del problema que debe ser resuelto y que puede implicar la colisión entre, por lo menos, dos normas. Una de esas normas es la que justifica el fomento del fin, la otra norma es la que se refiere al derecho fundamental afectado por la implementación del medio, las cuales no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias del caso de forma completa. Un paso adelante en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro —es decir, de su restricción—, y a la inversa. Recapitulando lo planteado sobre el caso: por un lado, el principio del derecho a la salud interpretado desde la perspectiva —autonomía familiar— de los padres del niño V (P1); por el otro lado, el derecho a la salud del niño y la salud pública (P2). Para la Corte se trata de un “conflicto de intereses”.²⁴

El *segundo paso* se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultado de la ponderación vinculantes prima facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla —llamada en otro trabajo *regla-resultado de la ponderación*—, según la siguiente fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de

²⁴ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 18.

hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.²⁵ La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un caso de la aplicación de precedentes.²⁶ La referida aplicación resuelve el caso de colisión sin ponderación. En el caso de la vacunación obligatoria, no se encontraba a primera vista un precedente que pudiera resolver el caso sin ponderación.²⁷ Si no existen en la *red* reglas-resultados de la ponderación aplicables al caso por resolver o las existentes resultan incorrectas, entonces se pasa a la aplicación del procedimiento de la ponderación para examinar la justificación de la solución a la colisión.²⁸

El *tercer paso* está así conformado por la ponderación entre los principios colisionantes. En este contexto no resulta plausible la solución a través de una suerte de prioridad absoluta de uno de los dos principios. El peso del principio depende también, aunque no exclusivamente, de las circunstancias del caso —lado concreto de la ponderación—. Sin embargo, tampoco se

²⁵ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfurt del Meno, Suhrkamp, 1994, pp. 79-83.

²⁶ La Corte Constitucional de Colombia (CCC) habla en sentido similar de subreglas jurisprudenciales, véase Leonardo García Jaramillo, “Subreglas jurisprudenciales de contención a las mayorías parlamentarias”, en García Jaramillo, Leonardo (ed), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Grijley 2014, p. 381 y, CCC, T-438 (1996), T-606 (1997), T-450 (2001), T-137 (2003).

²⁷ La vinculación a la regla y, por ende, su aplicación debe poder ser justificable a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión iusfundamental, lo cual supone interpretación y examen crítico de la justificación de la *regla-resultado de la ponderación*. Ahora bien, si el nuevo caso presenta características, que se diferencian con justificación de las circunstancias de la —aplicable— *regla-resultado de la ponderación*, entonces puede apartarse de esta última. Asimismo puede ocurrir que la *regla-resultado de la ponderación* no sea aplicable para la solución del caso nuevo, porque aquella es incorrecta y su justificación criticable. En todos los casos quien disiente, tiene la carga de la argumentación y debe justificarlo de forma suficiente: por ello, la vinculación tiene un carácter *prima facie*. Sobre la estrategia argumentativa del juego de las similitudes y diferencias; sobre el uso del caso “Campodónico” para la resolución de casos semejantes en materia de salud, véase cap. 3 en este libro.

²⁸ Véase Clérico, L., *Die Struktur...*, *cit.*, cap. 3.I.2 hasta I.2.5.

presenta como una ponderación totalmente libre que implique que en algunos casos “la balanza” se inclinará, por ejemplo, hacia el derecho a la autonomía familiar y en otros a la promoción del derecho a la salud de los niños y a salud pública. Desde el comienzo, la ponderación está fuertemente orientada por reglas que pugnan por determinar la intensidad de la restricción y peso de la autonomía familiar, por un lado, y de la salud, por el otro, e independientemente de las particularidades del caso concreto —lado abstracto de la ponderación—.

El *cuarto paso* se refiere a la *determinación de la intensidad de la restricción al derecho en abstracto*. El grado de realización de un principio responde a una formulación positiva. En cambio, el grado de restricción es el grado de no realización: el grado en que no puede realizarse a causa de la restricción que le produce la realización del principio que colisiona con él. Así, el grado de restricción formula la relación entre la restricción —la no realización— de un principio y su posible realización total. Entre estos dos extremos se puede hablar de restricciones: insignificantes, más o menos leves, medias, intensivas, muy intensivas e intensivas en forma extrema.

Esta caracterización del grado de restricción —o del grado de realización— de un principio se mueve en un plano *conceptual-analítico*. Se trata así de la comparación entre una restricción total y parcial; o, desde el otro punto de vista, de una realización total y parcial. Con la idea de precisar, se habla de un “criterio de extensión”: cada una de las restricciones en la escala incluye a la siguiente y expresa una mayor restricción y así sucesivamente. Por ejemplo, la obligación de vacunarse por vía oral o a través de un pinchazo en el brazo o en la parte superior de la pierna implica una restricción menor que la de someterse a una intervención quirúrgica. En principio suena plausible, sin embargo, *no siempre la extensión, en general, significa la misma intensidad de la restricción, en particular*. Por ejemplo, los padres de V no se negaban a que su hijo fuera tratado si su salud lo requería, con lo que no se hubieran negado a una intervención quirúrgica en caso de necesidad. Sin embargo, consideraban la vacunación obligatoria como una restricción muy intensiva al plan de vida familiar de acuerdo con su perspectiva de medicina ayurvédica. Se considera así que una valoración en concreto es inevitable para

determinar la *intensidad* de la restricción iusfundamental en el caso, pues variables como la perspectiva argumentable de quien padece la restricción, la duración de la restricción o la urgencia en la satisfacción de un grado mayor de realización del derecho pueden jugar un papel importante.

Sin embargo, esa intensidad puede estar también determinada en parte y desde el comienzo por argumentaciones que no dependen de las circunstancias concretas del caso individual y que con frecuencia tienen que ver con la relación entre el principio restringido y otros principios.²⁹ Por ejemplo, en el caso, el derecho a la autonomía, a determinar y elegir el propio plan de vida, se relaciona con la protección del derecho a la integridad familiar. En especial en la práctica constitucional argentina, la autonomía (art. 19 constitucional), entendida como la libertad para elegir un plan de vida, tiene un peso tal que lleva a sostener que la restricción a ese derecho debe ser vista con especial cautela. Al respecto, todos los argumentos disponibles en el marco de la argumentación jurídica pueden ser alegados; es decir, argumentos que provienen de la dogmática, de precedentes, prácticos en general, empíricos,³⁰ formales. Nuevamente aquí aparecen los “casos”³¹ no ya para resolver la colisión de derechos sin ponderación, sino para identificar qué tan intensiva es la restricción del derecho en cuestión. Si en casos similares la restricción fue justificada como muy intensiva, por qué no aplicar esos casos y sus justificaciones para fundamentar que en el presente también se trata de una restricción intensiva. Nos podemos preguntar entonces, si la Corte realizó consideraciones sobre la restricción al derecho de autonomía familiar en relación con casos ante-

²⁹ Por ejemplo, en el supuesto de la colisión de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público y el derecho a la honra de un funcionario público, la libertad de expresión suele presentar desde el comienzo defensas argumentativas preventivas contra su restricción. Este derecho admite limitaciones pero “estas restricciones tienen *carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario*, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”, véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia el 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

³⁰ Alexy, R., *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 144, 149-150, 267.

³¹ Aquí me refiero a los “casos” como casos genéricos.

rios. La Corte sostuvo que no se encontraba en tela de juicio “la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar (art. 19 constitucional), sino el límite de aquella”. Sin embargo, la Corte no se detuvo a examinar qué tan intensiva podía ser en abstracto o en concreto la restricción a esa prerrogativa. Por la argumentación que sigue, se podría conjeturar que se la determinó entre insignificante o leve.

El quinto paso trata de la *determinación del peso abstracto del derecho afectado*. Esta interpretación está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto³² y se puede determinar por: (i) la justificación mediante la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios,³³ y (iii) la justificación mediante sentencias anteriores.³⁴ La conexión que otorga un peso abstracto alto a un principio adquiere sentido en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los derechos humanos. Así, en Estados con democracias constitucionales, los principios que otorgan un peso abstracto alto a otros con los que están conectados son, por ejemplo: el principio de protección y respeto de la dignidad, el de autonomía, el principio democrático, el de especial protección a grupos desaventajados por desigualdad estructural —por ejemplo, mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, personas en situación de discapacidad—. La determinación del plan de vida suele ser un derecho que en abstracto es especialmente considerado por su relación con el principio de dignidad y el de tomarse a la persona en serio. En el caso, la Corte sostiene que se debe “recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestiona-

³² Aquí me refiero al caso concreto como caso individual.

³³ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., cap. 3.I.4.1.1.1. y reglas (HR’) (HR”) y (HR’’).

³⁴ El peso abstracto se justifica como contenido de una decisión que es fruto de una ponderación anterior en el marco de un procedimiento argumentativo. El peso no se le atribuye por la mera autoridad de quien toma la decisión, sino por las características del procedimiento deliberativo. Esta distinción debe ser tenida en cuenta como un argumento para la imputación de un peso abstracto distinto; según la legitimidad discursiva del resultado de la solución. Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., pp. 182, 299-305, 346, y cap. 3.I.4.1.1.2.

ble tutela por parte de nuestra Constitución ...”.³⁵ No cabe duda de que el principio de autonomía advierte sobre la importancia de su peso más allá de las circunstancias en concreto. Este principio según la Corte:

[I]e reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos —incluso públicos— están protegidos por el artículo 19, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo.³⁶

Incluso, el Tribunal extiende la importancia de este principio al ámbito de la autonomía familiar:

[...] el derecho a la privacidad³⁷ —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos

³⁵ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 9. Para ello la Corte hace referencia (“entre muchos otros”), a fallos 306:1892 que corresponde al caso *Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.*, sobre derecho a la imagen y a la intimidad y a fallos 329:5266 que corresponde al caso *ALITT* sobre derecho de asociación para la promoción y protección de los derechos de las personas Trans.

³⁶ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 9.

³⁷ Asiste la razón a Martín Aldao cuando me advierte que la Corte en este caso usa “privacidad” en forma ambigua, en algunas partes parece referirse a “intimidad” (más cercana al art. 18 CN) y en otras partes a “autonomía” (art. 19 CN). Sobre esta distinción véase el caso “Bazterrica” sobre tenencias de estupefacientes para fines de consumo personal, fallos 308:1392, 29 de agosto de 1986, en especial, cdo. 8, del voto de la mayoría: “Que sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución

o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (art. 11, inc. 2 de la CADH). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden *elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia*; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional.³⁸

Más aún, en cada cita del caso, la Corte insiste en que esa autonomía puede ser limitada: “[...] no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar [art. 19 constitucional], *sino el límite de aquella [...]*”.³⁹ Esto dependerá del peso y la importancia de los derechos en colisión; en este caso, del derecho a la salud de los niños.

Así, en el *sexto paso* se trata de *determinar el peso abstracto del principio contrario*. Aquí también se aplican los mismos tres criterios expresados en el paso quinto. En el caso se trata del derecho a la salud de un niño en su primera infancia, por ello, juega un papel fundamental la especial protección a grupos en desventaja por desigualdad estructural (p. ej., mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, personas con discapacidad).⁴⁰ El peso abstracto del derecho a la salud de un niño sería para la Corte muy alto.⁴¹ Esto se desprende de las siguientes afirmaciones que se basan, a

Nacional aclarando aquellos conceptos. *La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida esta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan solo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones*”, y cdos. 19 y 22 del voto de Petracchi; además, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

³⁸ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 10 (cursivas agregadas).

³⁹ *Ibidem*, cdo. 23 (cursivas agregadas).

⁴⁰ Véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina, supra*.

⁴¹ Véase Beloff, Mary; Freedman, Diego; Deymonnaz, María Virginia, “La protección del derecho a la salud de niños y niñas”, en Clérico, Laura; Roncoroni, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.

su vez, sobre argumentaciones desarrolladas en fallos anteriores sobre los derechos de los niños:⁴²

[...] en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional— *tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego [...]*.⁴³

Respecto del derecho a la salud, la Corte sostiene que se encuentra “especialmente reconocido” en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la normativa interna. Ahora bien, ese especial reconocimiento está desde el comienzo apuntalado porque el Estado debe hacer algo que resulte “efectivo” para que ese derecho pueda ser ejercido.

Por ello, el *séptimo paso* trata de determinar la importancia de realización del derecho promovido. Recordemos que la importancia de la realización se establece comparando la realización conseguida por la implementación de la acción estatal —vacunación obligatoria— con la que, de realizarse se lograría, en este caso, lo reclamado por los padres —la no vacunación—.⁴⁴ Desde el comienzo, la importancia de esta realización viene especialmente protegida. No basta con hacer algo, ese hacer debe ser *efectivo*,⁴⁵ “adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin”.⁴⁶ En el caso, ese

⁴² Esto conformaría una red de reglas, véase Clérico, Laura, “Sobre «casos» y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, núm. 37, oct, 2012.

⁴³ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/protección y guarda de personas, fallos 331:147, cdo. 15, que correspondería a: “Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/guarda preadoptiva”.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, cdo. 16: “no se encuentra controvertido en la causa que la oposición de los progenitores del menor V a que este reciba las vacunas previstas en el plan nacional de vacunación, involucra en forma directa derechos que resultan propios del menor —el derecho a la salud—[...]”.

⁴⁵ Sobre la importancia del examen de idoneidad en la proporcionalidad por acción insuficiente u omisión, véase siguiente capítulo en esta obra.

⁴⁶ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 17): “Que la citada Convención sobre los Derechos del Niño ya desde

accionar estatal debe estar amparado por la “mayor certidumbre” respecto del logro del estado de cosas que se busca alcanzar. Por eso, entre el estado de cosas logrado por medio de la vacunación obligatoria, que el Tribunal interpreta como muy alto; y el que se lograría con la no vacunación,⁴⁷ surgiría que se le imputa al grado de realización alcanzado una importancia muy alta y su no realización sería muy grave. Así, cobra sentido cuando la Corte se refiere a “determinados casos”, por ejemplo, “[...] cabe señalar que, en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección [...]”.⁴⁸

El octavo paso se refiere a la *ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados —ponderación propiamente dicha—*. Este paso está orientado por el procedimiento de la ponderación, el cual establece que: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴⁹ Se trata de una *relación entre grados de realización o afectación e importancia de la realización de dos —o más— principios*. En este paso se determina que para justificar debidamente una no realización o no satisfacción muy grave de un derecho, no basta con que la realización del principio colisionante sea poco importante, débil. Así, quien realiza una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta el

su Preámbulo y en su texto medular contempla al menor como sujeto pleno de derecho y señala como objetivo primordial el de proporcionar al niño una protección especial en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar «efectividad», adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin”.

⁴⁷ Se descarta el medio de inmunización alternativa porque no fue acompañado en concreto por los padres como un medio igual de idóneo pero menos lesivo, véase apartado sobre subexamen de medios alternativos menos lesivos.

⁴⁸ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 15 con cita de fallos 331:147 que correspondería a “Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/guarda preadoptiva”.

⁴⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 146, 267, 270 y ss., 316 y ss., 319, 324, 409, 423 y ss., 468 y ss.

peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan y la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado, de modo que no se exija, además, tolerar una restricción insoportable.⁵⁰

Por ello, la importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir en el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión puede verse relativizada por la consideración que merecen las circunstancias especiales del caso: el peso concreto de los principios colisionantes, la intensidad de restricción concreta de estos últimos, la duración de la restricción al derecho,⁵¹ la posibilidad de haber evitado la restricción al derecho por un medio alternativo,⁵² el carácter (in)soportable de la restricción al derecho para el afectado,⁵³ la urgencia que requiere la satisfacción del derecho⁵⁴ o el grado de intensidad con la que se controla

⁵⁰ BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92) BVerfGE 90, 145 (173); 48, 396 (402); 83, 1 (19).

⁵¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 776, aunque aquí solo se toma la regla propuesta por el autor en relación con la determinación de la intensidad de la restricción; es decir: “Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posición iusfundamental *prima facie*, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al derecho fundamental en la ponderación”.

⁵² Este punto conecta con lo que surge del examen de medios alternativos menos lesivos.

⁵³ Véase caracterización de la prohibición de “exigir lo insoportable”, en Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., pp. 228, 246, 347, y cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3 [Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA]; Beade, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011, pp. 253-297; Aldao, Martín, “La ponderación en el Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, cit., pp. 467-484.

⁵⁴ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 466; Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 226, 227, 238, 239 [Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005]. Este punto se ve aplicado con claridad en el caso *Campodónico de Beviacua* sobre amenaza de interrupción de la entrega de un medicamento en un caso de enfermedad grave de prestación urgente.

la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente o por el tribunal preopinante. En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de “instancia falibilística irrenunciable”.⁵⁵ En todo caso, se trata de la aplicación de la regla de la argumentación de saturación de todos los argumentos posibles.

En esta etapa se determina si los argumentos en favor del derecho fundamental colisionante —derecho a la salud de los niños y la salud pública— son más pesados que aquellos en favor de una mayor realización del derecho limitado —autonomía familiar—. La *ponderación culmina cuando se ha agotado el sopeamiento* de los argumentos en favor y en contra del peso de los principios y de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto.⁵⁶ Por ello, una *restricción grave* al derecho a la salud de los niños —si no se implementara la acción estatal: la vacunación obligatoria— que por ahora es la que otorga “mayor certidumbre” sobre la prevención y erradicación de enfermedades evitables, no puede ser justificada, *en el caso*, por la *importancia leve, moderada* de la autonomía familiar. Recién con la reconstrucción argumentativa ensayada en este trabajo, se entiende cuando la Corte sostiene: “[...] puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 constitucional; y por tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional”.⁵⁷

Por ello, es especialmente importante tomar en consideración el peso y la intensidad de restricción y de realización de los derechos en abstracto, pues determinan el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación

⁵⁵ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfurt del Meno, Suhrkamp, 1995, p. 69.

⁵⁶ Este mandato supone la perspectiva del juez. Sin embargo, desde la perspectiva del actor la estrategia argumentativa puede llevarlo a evitar plantear expresamente algún argumento, sin perjuicio de haberlo considerado.

⁵⁷ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 14.

al derecho. Así, la argumentación de la Corte se podría reconstruir según este esquema afirmando que: si se considera el peso abstracto alto del derecho a la salud de los niños, la realización lograda alta y el carácter grave de su no realización, no basta con que del otro lado se encuentre el derecho a la autonomía familiar que, si bien es atendible, parece haber perdido peso en el caso concreto, porque los afectados no lograron atacar la falta de idoneidad de la vacunación obligatoria o su posible evitabilidad a través de un medio alternativo igual de idóneo pero menos lesivo. En suma, la vacunación obligatoria no es desproporcionada —excesiva— a la luz de los derechos que busca promover y de los que afecta.

El último paso excede el caso concreto. Gira en torno a la *reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar casos semejantes futuros*. Esta regla-resultado de la ponderación vincularía a reglas a quien realiza una ponderación y, en este sentido, limitaría su discrecionalidad, en tanto sería incoherente que no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente. En este sentido, “cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse”.⁵⁸

Así, la consideración del resultado-regla de la ponderación conforma un supuesto de la consideración de precedentes —o, si se quiere, de casos paradigmáticos que incluso pueden conformar una *red de reglas-resultados de la ponderación* en materia de derecho a la salud—. Como en todos los casos, la reconstrucción de la regla puede ser más o menos abstracta, más o menos concreta. La construcción de las *reglas-resultados de la ponderación* pueden resultar problemáticas; sin embargo, esta dificultad no puede ser utilizada como objeción en contra del modelo de la ponderación orientado por reglas, ya que no es específica de la ponderación. Esta dificultad se presenta también a quien pretende construir una red de precedentes en el marco de un modelo de la subsunción. Incluso se presenta en la formulación de cualquier

⁵⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989, p. 287.

tipo de regla. Aquí proponemos la siguiente reconstrucción de la regla que surge del caso *N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas* de 2012: *si se trata de la negativa de los padres a que un niño en su primera infancia no sea sometido al plan de vacunación obligatoria para prevenir enfermedades evitables, entonces la restricción al derecho a la autonomía familiar de los padres no es excesiva si: (i) la vacunación obligatoria promueve el derecho a la salud de los niños y la salud pública; (ii) no existen medios alternativos igual de idóneos pero menos lesivos, pues en el caso no fue demostrado que los posibles alternativos fueran igual de idóneos que el plan de vacunación obligatoria, y (iii) la restricción al derecho a la autonomía familiar es plausible, pues se trata de evitar un perjuicio concreto a la salud de los niños y a la salud pública.* Para la Corte, esta regla debería ser vinculante, salvo que justifique que el caso bajo análisis es diferente al problema y circunstancias relevantes del caso *N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas*. Para los afectados —perspectiva de la autora— la regla vuelve a dar pistas para encarar cómo desafiar⁵⁹ las debilidades —o en su caso fortalezas— argumentativas del fallo y así planificar su estrategia argumentativa.

1.4. CONSIDERACIONES FINALES

En este capítulo desarmamos la herramienta argumentativa del examen de proporcionalidad para luego aplicarlo en forma ejemplificativa a un caso en el que la afectación al derecho se da por acción. Este capítulo permite dos lecturas atendiendo a la perspectiva que le interese adoptar a la lectora. Si le interesa la perspectiva del juez o jueza, entonces el artículo comienza por el fin de la sentencia. Parte de la conclusión: la Corte concluye que en el caso se daría un supuesto de limitación legítima del derecho para la protección de los derechos de terceros. En ese sentido, el trabajo propone reconstruir la posible argumentación que llevó

⁵⁹ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia J Transl Law*, núm. 39, 2008, p. 47, sosteniendo que el test de proporcionalidad indica a las partes litigantes el tipo y la secuencia que deben ser desplegados y los lugares que transitará el juez o jueza para llegar a una decisión.

al Tribunal a esa conclusión. En esta línea, el artículo proporciona pistas a quien debe juzgar un reclamo de una afectación al derecho a la salud por exceso. Por el contrario, si le interesa la perspectiva del actor afectado, entonces el artículo da pistas acerca de la estrategia de argumentación que pudo haber encarado. Ambas lecturas tienen como centro desafiar a la justificación de la restricción al derecho. Ese desafío se instrumentaliza a través de los tres subexámenes de proporcionalidad: el de idoneidad, el de medios alternativos menos lesivos y el de proporcionalidad en sentido estricto. La estructura argumentativa es la misma, lo que cambia es la perspectiva y el énfasis.

Capítulo 2. El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión*

2.1. INTRODUCCIÓN

En este libro se han trabajado casos o situaciones en los que la afectación a un derecho (p. ej., el derecho a la salud) se produce por acción insuficiente o por omisión. Esto habla de que los derechos, como el caso del derecho a la salud, tienen una función de derecho de prestación, lo que genera para el Estado —y otros sujetos obligados (efectores del sistema de salud público y/o privado, particulares, entre otros)—, diversas obligaciones que consisten en un hacer.¹ A su vez, ese hacer puede consistir en una obligación de organización y procedimiento —diseño, organización, implementación, cumplimiento, garantía, control, fiscalización, mejora—; de desarrollo o ejecución normativa, o en una obligación de dar. Insistimos, tomamos como material de trabajo el derecho a la salud, lo que sostenemos en este capítulo es aplicable a cualquier otro derecho.

El cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la salud implica, en caso de que:

* Agradezco la lectura y comentarios a Martín Aldao, Leticia Vita, Estefanía Giaccone, Mariana Pucciarello, Liliana Ronconi y Anabel Papa.

¹ Respecto de la violación a los derechos por intervención, véase cap. I de este libro, en el que también trabajamos, como ejemplo, el derecho a la salud en su función de no intervención o defensa.

- nada se haya hecho, un empezar a hacer adecuado —fáctica o normativamente—;
- algo se haya empezado a hacer, una obligación de mejorar —obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente, “lo más rápidamente”,² posible hacia el disfrute pleno de los DESC— y, a su vez,
- algo se haya realizado y sigue siendo hecho, una obligación de abstenerse de retroceder, de regresar arbitrariamente —prohibición de regresividad o de retroceso—.

Así, el objeto de este capítulo es analizar y desplegar una estrategia argumentativa que nos permita examinar:

- a) si el accionar del Estado es violatorio del derecho a la salud por haber incumplido por insuficiencia o por omisión, y
- b) cuál es la conducta debida *suficiente*.³

Esta estrategia argumentativa está conformada por el examen de proporcionalidad en dos variantes:

- la prohibición de acción insuficiente u omisión (aps. III y IV), y
- la prohibición de regresión (cap. 3).⁴

En ambas variantes la justificación del Estado es sometida al subexamen de idoneidad, de medios alternativos y de proporcionalidad en sentido estricto.

² Comité DESC, El disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), observación general 12, párr. 14.

³ Sobre una comparación de la prohibición de exceso con la prohibición de insuficiencia en Clérico, Laura, “Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot”, en Sieckmann, Jan (coord.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 151-178; hay traducción al castellano, en Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>

⁴ La variante del examen de proporcionalidad por acción excesiva fue trabajada en el cap. 1 de este libro.

2.2. PREPARACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

Como identificamos en el capítulo anterior, el *primer paso* es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción exhaustiva de la situación en la que se encuentra la persona afectada a causa de la restricción al derecho a la salud y en la que se encontraría de no haber ocurrido la restricción —por acción— o en la que se debería encontrar de haberse realizado la acción debida —restricción por omisión o insuficiencia—. Esta reconstrucción requiere determinar:

- a) el derecho afectado, en este caso el derecho a la salud, en algunos supuestos en conexión con el derecho a la vivienda digna, a la alimentación, entre otros;
- b) la restricción al derecho que surge por omisión o insuficiencia. Esta acción suele ser identificada como el medio establecido por el Estado, que en forma abreviada identificamos como M;
- c) luego se trata del derecho o bien colectivo que el Estado trata de promocionar con la acción estatal. Ese derecho o bien colectivo también suele ser llamado fin legítimo, y
- d) con todo, esta preparación puede incluir en forma separada o transversal referencias al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho o a la reconstrucción del “patrón”⁵ que afecta los derechos.

Estos elementos conforman la base del examen de proporcionalidad a fin de determinar si la insuficiencia —u omisión— estatal implica una violación al derecho a la salud.

Se aplican así los tres subexámenes de la proporcionalidad en sentido amplio: de la idoneidad, del medio alternativo o de la necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de los mismos tres subexámenes como en el examen de proporcionalidad por exceso, sin embargo, los de idoneidad y del medio alternativo serán complementados para examinar la —falta de justificación de la— insuficiencia o la omisión.

⁵ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, párrs. 34 y 77.

2.3. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD:
PROHIBICIÓN DE INSUFICIENCIA

Para el análisis y despliegue de esta herramienta argumentativa tomaremos en forma ejemplificada tres casos que ilustran las afectaciones que suele padecer el derecho a la salud por accionar estatal insuficiente u omisión:

1. Uno de los casos se refiere a si un seguro de salud público debe cubrir una terapia alternativa. Aquí la afectación al derecho se daría por un accionar insuficiente puntual. Este caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 2005 (más conocido como *Nikolaus-Beschluss*).⁶ Se presenta en el contexto de un sistema de salud que garantiza, en general, una cobertura muy por encima del llamado “mínimo existencial”. Los resultados de este análisis pueden ser aplicados en contextos similares. Estos casos son cada vez más frecuentes y se plantean en la instancia judicial⁷ no solo en contextos de sistemas

⁶ Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA, en alemán BVerfG o BVerfGE), BVerfGE 115, 25 sentencia de 6 de diciembre de 2005.

⁷ El contexto de litigio en estas sociedades está determinado por el nivel de desarrollo económico y social que condicionaría la naturaleza del conflicto social e interindividual, la propensión a litigar, el tipo de litigio y el acceso real a la justicia, véase Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, cap. 3 sobre Sociología crítica de la justicia, p. 115. En este sentido, no es así casual que la mayor parte de los casos llegados a la Corte argentina fueran caracterizados como *casos urgentes que implican violaciones graves al derecho a la salud en los que está en juego también* la “subsistencia de la persona”, Clérico, Laura, “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en *La Corte y los derechos 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008, pp. 479-494. En este contexto de litigio, la mayor parte de los reclamos son por incumplimiento de lo que se podría llamar el piso del derecho a la salud conformado en Argentina, por ejemplo, a través del Plan Médico Obligatorio (PMO), entre otros indicadores. En menor medida, se registran reclamos sobre la cobertura de terapias alternativas no asimilables a algunas de las prestaciones del PMO. En el grupo reducido de estos últimos casos se encuentra el reciente de *Sureda*, sobre reclamo a la obra social del Poder Judicial de la Nación por una terapia no convencional no incluida en el PMO. Si bien la Corte argentina no se pronunció sobre el fondo de la cuestión ordenó a la Cámara que vuelva a dictar sentencia

de salud consolidados, sino también en otros sistemas⁸ caracterizados por su fragmentación, complejidad e insuficiencia estructural.

2. El otro caso se produce en un contexto en el que el acceso a la vivienda digna no está garantizado en condiciones de igualdad. Aquí el accionar insuficiente se refiere a falta de cumplimiento de obligaciones de hacer que generen las condiciones materiales que permitan el ejercicio real de ese derecho. Esta insuficiencia impacta en forma directa en el derecho a la salud de niños y niñas en situación de discapacidad grave y de calle. En el caso concreto, la falta de acceso a la vivienda digna empeora la gravedad de su estado de salud. Nos interesa este caso porque pone de manifiesto el carácter inclusivo y de interdependencia del derecho a la salud y, a su vez, la dimensión estructural de algunas de las obligaciones que genera este derecho. Estos aspectos se ven reflejados en el caso *Q. C.* que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina.
3. Por último, tomaremos el caso *Campodónico de Beviacqua* sobre interrupción de la entrega de un medicamento a

examinando la idoneidad del tratamiento ofrecido por la obra social para el caso del paciente reclamante, CSJN-26/03/2009. Por su parte, la Cámara dictó sentencia, concluyó que el tratamiento requerido por el afectado revestía carácter experimental —no aprobado por las autoridades sanitarias—, cuyos costos debían ser soportados por los investigadores o sus patrocinantes y que, según las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, no resultaba indicado para su cuadro, debiéndose optar por los tratamientos convencionales. En la práctica esto significa que la obra social del Poder Judicial de la Nación no estaba obligada a cubrir en el caso este tratamiento sujeto a ensayo clínico. Otro caso difícil podría ser predicado de *Maldonado* trabajado en este mismo capítulo.

⁸ González Magaña, Ignacio y Medina, Graciela, “Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo, *Jurisprudencia Argentina*, 2012-IV, 28 de noviembre de 2012. En el trabajo se plantean dos interrogantes, si los pacientes tienen derecho a que se les suministren fármacos en vías de experimentación o a que se les otorguen medicamentos compasivos; y si tienen derecho a que se les suministren medicamentos no autorizados por la agencia estatal de control (en Argentina, ANMAT). Los autores trabajan en forma detallada las posibles respuestas a estos interrogantes a la luz de sentencias pronunciadas en diversos fueros en Argentina.

un niño que padece una enfermedad grave y requiere la medicación en forma urgente. En este caso, el accionar insuficiente se configura por el incumplimiento de obligaciones estatales de hacer. Por un lado, se trata de una obligación estatal de dar —entrega del medicamento—; por el otro, de una obligación estatal de control y procedimiento, en concreto de controlar y garantizar el eficaz funcionamiento de las obras sociales (cap. 3).

En todos los casos, el derecho a la salud se ve afectado por insuficiencia en el cumplimiento de las obligaciones estatales. De ello se infiere, que el grado de realización del derecho afectado, no es indistinto, sino que el Estado deberá seleccionar un medio dentro de los *medios suficientes*.⁹ Así, del resultado del examen de proporcionalidad siempre debe surgir el accionar estatal suficiente. En algunos casos ese mandato definitivo puede tener un contenido alternativo pero suficiente —medio suficiente—,¹⁰ en

⁹ Suficiente no es igual a —contenido— mínimo. Los derechos a acciones positivas del Estado son principios como los derechos de no intervención. Es decir, elevan la pretensión de ser realizados en la mayor medida fáctica y jurídica posible. En este sentido, tanto la prohibición de insuficiencia como su par, la prohibición de exceso, son formas de determinación del contenido de los derechos fundamentales y más allá de su contenido mínimo que, por lo general, se determina —se aplica— como regla. Sobre la aplicación del derecho a la salud como regla, véase Ronconi, Liliana M., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud colectiva*, vol. 8, núm. 2, may-ago, 2012.

¹⁰ En este sentido podría ser reconstruida la argumentación de la Corte Suprema de Justicia argentina en el fallo *Maldonado*, CSJN-23/11/2004, fallos 327:5210. En el caso la obra social —del personal de la Policía Federal argentina— a la que estaba afiliada la familia Maldonado debía seguir costeando el tratamiento de su hija. La niña sufría la enfermedad de *Werdnig-Hoffman*, que ocasiona una atrofia muscular espinal incurable y solo puede ser contrarrestada con cuidados paliativos. La obra social había solventado un tratamiento en Cuba con buenos resultados. Luego, lo reemplazó por la atención en un centro de rehabilitación de la provincia de Buenos Aires. Finalmente dio por terminadas las prestaciones. Mientras tanto el estado de salud de la niña se deterioraba progresivamente por lo que sus padres exigieron judicialmente que la obra social volviera a pagar el tratamiento apropiado en Rusia o en Cuba. La Corte no dudó en concluir que la obra debía realizar un accionar positivo idóneo y suficiente, sin embargo, interpretaron que el tratamiento en Cuba no era el único medio

otros para cumplir con ese mandato definitivo el medio es definitivo y definido —medio necesario—. ¹¹

En suma, la *determinación del grado de cumplimiento mandado u ordenado* se refleja en la prohibición de insuficiencia —con sus tres partes: mandato de idoneidad, mandato del medio alternativo como medio más adecuado o mejor medio, mandato de proporcionalidad en sentido estricto—. El examen de insuficiencia indica cuándo es violado un derecho en su faz de prestación positiva. ¹² Existe violación cuando el estado de partida —el estado

necesario y que la obra social cumplía con su obligación de hacer si garantizaba un tratamiento idóneo y suficiente similar al practicado en Cuba. En consecuencia, ordenó a la obra social que cubriera un tratamiento en Argentina que sería recomendado como el más conveniente por una junta de médicos especialmente convocada para ello por la Corte (los informes del Cuerpo Médico Forense establecieron que la evolución positiva de su salud no dependía de un tratamiento contingente fuera del país, sino de la posibilidad de contar con una estructura sanitaria continua y progresiva, que incluyera atención y seguimiento por parte de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud).

¹¹ Este es el caso *Viceconte Mariela vs. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social*, resuelto el 2 de junio de 1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina), en virtud de una acción de amparo de incidencia colectiva iniciada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), véase *La Ley*, Buenos Aires, 5 nov 1998. También véase análisis reciente del impacto de este fallo, en Rey, Sebastián A., “El caso «Viceconte»: reflexiones a diez años de un amparo paradigmático en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. I, núm. 5, 2009.

¹² Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997 suministran ejemplos de violaciones por omisión a los DESC —entre otros, al derecho a la salud—: a) la no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto; b) la no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto; c) la no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto; d) la no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que estos violen los DESC; e) la no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto; f) la falta de vigilancia de la efectividad de los DESC, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento; g) la no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto; h) la no aplicación inmediata de un

de cosas que resulta de una omisión o una acción insuficiente por parte del Estado, atacado mediante una acción de amparo— no es suficiente en relación con la intensidad de interferencia (d) el derecho fundamental colisionante —ya sea derecho de defensa o derecho de prestación—. Es decir, el Estado podría hacer más para garantizar el derecho a una prestación positiva, dado que el derecho colisionante no es interferido injustificadamente, pero no se hizo algo suficiente.

2.3.1. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos

La justificación estatal respecto de la acción que es atacada por insuficiente u omisiva implica una primera alerta de violación al derecho, cuando:

- a) las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales quedan muy por detrás de lo obligado,¹³ en lenguaje común, el Estado se quedó corto, o
- b) el poder estatal permanezca totalmente inactivo.¹⁴

derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto; i) el no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento queda dentro de sus posibilidades; j) cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los DESC; p. 123, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

¹³ Véase, por ejemplo, CSJN, 24/04/2003: en “B. V. L.”, se trata de un reclamo iniciado a favor de una niña D, que padecía un delicado estado de salud agravado por un cuadro de craneofaringioma. Desde entonces debía estar medicada permanente e ininterrumpidamente. Sus padres solicitaron la medicación prescrita a diversos organismos estatales. La administración respondió de forma insuficiente, le expidió a la niña un certificado de discapacidad de conformidad con lo previsto por la ley 22431. Sin embargo, no suministraron los medicamentos que eran imprescindibles para evitar un nuevo brote de enfermedad de D. La Corte Suprema constató la falta de idoneidad de ese accionar —insuficiente— y ordenó la entrega de los medicamentos prescriptos.

¹⁴ TCFA, BVerfGE 77, 170 (214.); 88, 203 (251, 254); 92, 26 (46).

A primera vista, las constelaciones en juego son dos. A estas dos constelaciones se les aplica la siguiente *fórmula* del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente expresada en términos *positivos*:

Es necesaria una protección “adecuada” –bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan–; será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”[...].¹⁵

En el caso de ambas constelaciones, el examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente supone una relación de medio-fin:

- a) en la *primera constelación*, el *medio atacado* es un hacer pero el problema radica en su insuficiencia¹⁶ o en su defecto, el fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación —derecho a la salud— que además puede coincidir con el fin estatal perseguido por el legislador. En el caso, tanto el Estado como el afectado buscan promover el derecho a la salud. Por ejemplo, el Estado a través de la cobertura de los tratamientos estándares; el afectado reclamando el reintegro de las terapias alternativas.
- b) En la *segunda constelación*, el *medio* es una omisión.¹⁷ Este no hacer puede consistir en:

¹⁵ TCFA, BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262), caso Aborto. De este caso se extrae la fórmula de la prohibición por omisión o insuficiencia como estructura formal.

¹⁶ Por ejemplo, en *Reynoso, Parraga y Papa: CSJN, Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados; Parraga Alfredo vs. INSSJ y P (ex PAMI) s/amparo y Papa Estela Ángela vs. INSSJ y P. s/amparo*, todos de 16 de mayo de 2006, se reclamaba por la entrega de medicamentos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. Nuevamente se trata de un reclamo por una accionar estatal insuficiente. El Programa Médico Obligatorio de fuente legal, solo preveía la cobertura de un porcentaje de los medicamentos e insumos necesarios para los pacientes. La Corte ordenó, sin embargo, que los remedios reclamados debían ser provistos íntegramente. En todos estos casos estaba acreditado que los asociados no podían afrontar el costo de los fármacos e insumos y que sus enfermedades eran graves.

¹⁷ Véase Bazán, Víctor, “Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”, en *La Ley*, 2009-E, pp. 1240-1256.

- una omisión a secas, por ejemplo,¹⁸ en caso de falta de acceso al agua potable la no adopción de las medidas adecuadas; en una omisión, aunque se haya discutido y reconocido la obligación estatal de hacer pero no se haya llegado a la decisión de hacer algo; ¹⁹ este podría ser el caso referido a la pregunta sobre si el sistema de salud debe o no cubrir los tratamientos de fecundación asistida en el ámbito nacional,²⁰ o

¹⁸ Véase CSJN, 24/04/2007: en “Defensor del Pueblo de la Nación” se trata de un reclamo colectivo iniciado por el defensor y, a su vez, por un habitante (F.H.) de la provincia de Buenos Aires, para que ese estado provincial y el nacional cumplieran su obligación de entrega de medicamentos para el tratamiento de quimioterapia para personas que padecen enfermedades oncológicas, en especial, *linfoma de hodgkin*. El estado provincial no estaba entregando el medicamento ni tampoco extendía el certificado en el que constaba dicha falta de suministro, a fin de que los afectados pudieran requerirlo al Estado nacional. El Tribunal ordenó en forma cautelar a la provincia que se suministrara al señor F.H. los medicamentos necesarios para continuar con su tratamiento oncológico.

¹⁹ Véase CSJN, 18/12/2003: en “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta” una asociación constituida para proteger los derechos de las personas que padecen esa enfermedad presentó un reclamo contra una disposición del Ministerio de Salud nacional que interrumpía la provisión de remedios a cierta clase de estos enfermos. Se atacó a este accionar por insuficiente y defectuoso. Según la ley los enfermos debían tener cubierta la provisión en 100%. El Ministerio cuando reglamentó la norma excluyó a estas personas del referido suministro, ya que entendía que producían serios efectos colaterales y, en ocasiones, eran aplicados incorrectamente a personas que en realidad sufrían otras enfermedades. El Tribunal constató la relación fáctica entre este accionar defectuoso del Ministerio y la violación al derecho. Consideraron que si el tratamiento era el indicado o no correspondía al juicio de los médicos en cada caso particular, y que el Ministerio no había podido justificar por qué dejaba sin protección a quienes padecían esa enfermedad discapacitante, que tenía por ley el 100% de cobertura en medicamentos. La sentencia del Tribunal implicó en la práctica que todos los enfermos de esclerosis múltiple que residían en Salta volvieran a recibir la medicación con una cobertura de 100%. Asimismo, sobre reclamos individuales similares, véase CSJN 4/4/2002, fallos 325:519; *Albarracín, Esther vs. Provincia de Buenos Aires y otro*, 14 de diciembre de 2004.

²⁰ Véase Ronconi, Liliana, “¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de fertilización asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad”.

- en una omisión frente a la cual se haya reconocido la obligación estatal de hacer, se hayan establecido los medios pero no se implementaron, entre otras. Por ejemplo, este podría ser el caso del Plan de la Hormona del Crecimiento creado por la provincia de Buenos Aires, establecido pero no ejecutado; o el caso de la falta de construcción de un hospital público a pesar de haber sido aprobada su creación por ley.²¹

Sea cual fuere la modalidad de la omisión, el problema es determinar si un hacer es obligatorio en forma definitiva y, además, las características de ese accionar, para que sea suficiente.²²

lidad”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2010, pp. 17-28.

²¹ “Comisión de Vecinos de Lugano en marcha y otros contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, exp. 16120/0, en trámite ante el Juzgado CAyT núm. 4, sentencia de 25 julio 2005, confirmada por la Sala II de la Cámara del fuero, disponible en www.basefuero-cayt.gov.ar

²² Aquí se supone una teoría del supuesto de hecho y alcance del derecho fundamental amplia. Basta con que se pueda alegar algún argumento a favor de la relación entre la omisión y la afectación del derecho de prestación en el caso concreto para realizar el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Justamente este examen —y de acuerdo con el mandato de la prohibición por omisión o insuficiencia— arrojará si la omisión está o no justificada a la luz del derecho y si un accionar es obligatorio en forma definitiva. Por lo demás, frente a una omisión en sentido estricto, es decir, un no hacer a secas, se suele hablar de la dificultad de determinar cuándo esa omisión se encuentra en relación con la violación al derecho fundamental en su función de prestación. Se han realizado varios análisis acerca de las razones de esta dificultad, por ejemplo, véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, cap. 9. Arango sostiene que se viola un derecho fundamental social a través de una omisión estatal absoluta, cuando la no consideración de criterios de diferenciación relevantes lleva a un tratamiento desigualitario que, en atención a los efectos fácticos que produce, dañan al afectado sin justificación. Los criterios para la determinación de cuándo es obligatorio un tratamiento diferenciado surgen, según el autor, del uso de argumentos contrafácticos (argumento *ad absurdum* y argumento *ad contrarium*). *Para ello se requiere tener en cuenta cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar omisivo del Estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad, el Estado no actúa a través de un accionar positivo que es posible fácticamente*. Véase Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, pp. 152-153, 138, 216, 224-225, Arango, Rodolfo, *El concep-*

Así, en el examen de prohibición por omisión o insuficiencia, *el medio puede ser indeterminado en el comienzo del examen*. Para el reclamante, el medio que hay que someter a examen es la omisión o acción estatal insuficiente, y el medio ordenado sería una acción suficiente o adecuada. El Estado suele entender, por el contrario, que la selección del medio forma parte de su margen de apreciación²³ y que, incluso, no existiría la obligación de elegir algún medio determinado que implique un hacer. De este modo, *el medio —la acción estatal suficiente— surge —en el marco— como resultado del examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente*.

to de los derechos sociales fundamentales, 2ª ed., Bogotá, Themis, 2012. Lo propuesto por el autor sirve también para determinar la intensidad a la limitación al derecho de prestación del afectado en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

²³ Sobre márgenes de apreciación y similar, véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., cap. 10, III.2; Sieckmann, Jan, “Das System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen”, en Mellinghoff, R. y Trute, H.H. (ed.), *Die Leistungsfähigkeit des Rechts*, Heidelberg 1988, pp. 39-60; Sieckmann, Jan, “Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen”, en *DVBl*, 1997, pp. 101-107; Sieckmann, Jan, “Principios formales”, en Portocarrero Quispe, A. (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016; Raabe, M., “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum”, en Grabenwarter, C. et al. (eds.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Estuttgart, Boorberg, 1994, pp. 83-100; Raabe, M., *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998; véase Afonso da Silva, Virgílio, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003; Klatt, M. y Schmidt, J., “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, 2012, pp. 69 y 74; Portocarrero Quispe, J. A., “Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien”, pp. 200-235; y Borowski, M., “Formelle Prinzipien und Gewichtsformel”, en: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, en Klatt, M. (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, 2013, pp. 151-199; Klatt, M., “Positive rights: Who decides? Judicial review in balance”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 13, 2015, pp. 354-382, sostiene desde una perspectiva reconstructiva que la intensidad del control judicial depende de las circunstancias del caso evaluadas bajo los siguientes factores: calidad de la sentencia combatida; la confiabilidad de las premisas empíricas y normativas, la legitimidad democrática, los principios materias en juego, entre otros, y últimamente, García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

Respecto del fin, en esta constelación, el reclamo gira en torno a la promoción de un derecho de prestación —el derecho a la salud— que está dado por la Constitución, que puede o no coincidir con el fin estatal. En varios de los casos referidos, el derecho reclamado, salud, coincide con el fin estatal perseguido. Así, el punto en debate no es a dónde se quiere llegar sino qué tan lejos o cerca se quiere llegar en la realización de ese derecho.²⁴ Es el derecho fundamental del afectado que se requiere precisar de acuerdo con las circunstancias particulares del caso; es decir:

- a) de acuerdo con el estado de cosas —de insuficiente realización del derecho— que de hecho se alcanzó a través de la omisión o acción insuficiente o defectuosa reclamada —estado de inicio—, y
- b) el estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr a través de una acción suficiente —estado final—.

En el examen de idoneidad, el fin estatal puede *coincidir* en todo o en parte con el fin de realización del derecho de prestación; este es el caso del ejemplo de la cobertura o no de una terapia alternativa. En ambos casos, el fin es la promoción del derecho a la salud.

Cuando el medio es una omisión, el fin estatal puede coincidir con el fin de realización del derecho de prestación; si no es el caso, entonces, el examen de idoneidad se aplica en relación con, por lo menos, dos fines —independientes, si es que no coinciden—: a) el fin estatal expreso o implícito, y b) el fin relacionado con la realización del derecho fundamental.

En cuanto a la relación de *fomento* entre medio y fin(es), cuando se trata del mandato de prohibición por exceso, basta con

²⁴ Una particularidad se puede presentar cuando el medio reclamado sea una omisión. Nos parece que es indiferente que el Estado persiga o no, además, un fin estatal con la omisión. Si llega a perseguir un fin estatal, esto aligera solo la búsqueda de los argumentos, pero la ausencia del fin estatal no imposibilita el examen, ya que lo importante es que el derecho fundamental de prestación está dado por la Constitución. En este caso hay que reconstruir el fin estatal, por ejemplo, a partir de la argumentación del Estado en el procedimiento en el que se discute la omisión.

que el medio promueva el fin en algún sentido para que el medio establecido quede como idóneo. Sin embargo, ¿alcanza con esta exigencia de *fomento* en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente? A primera vista se diría que no, por lo menos, respecto del fin relacionado con la promoción del derecho fundamental de prestación. *Para que el examen de idoneidad tenga algún sentido se requiere una vuelta de tuerca en relación con la exigencia de fomento.*

Una versión *muy fuerte* de fomento implicaría, sin embargo, resolver el examen de proporcionalidad en sentido amplio en el primer escalón de la argumentación. Se opone a ello un argumento de racionalidad que requiere que se agote la consideración de todos los argumentos relevantes para la resolución del caso. El segundo se refiere al problema de la tensión entre las competencias del legislador legitimado democráticamente, por un lado, y el tribunal que controla, por el otro.²⁵ Ahora bien, si se atienden todos los argumentos a favor de una versión débil y de una versión fuerte de la exigencia de fomento, entonces ambas deberían conformar el examen de idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Así al finalizar el examen de la idoneidad surge:

- a) *la medida del fomento, en abstracto y en general, del fin estatal y de la realización del derecho a la salud —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido— a través del medio atacado —omisión o acción insuficiente o defectuosa—;*
- b) *la medida del fomento en concreto y en el caso individual, del fin estatal y de la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido— a través del medio reclamado —omisión o acción insuficiente o defectuosa—.*

²⁵ Uprimy también propone transitar el camino de la solución intermedia para posibilitar la consideración de todos los argumentos relevantes en el examen de prohibición regresión arbitraria, Uprimy, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

Esto permite distinguir los siguientes resultados relevantes del examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia,²⁶

1. cuando el medio no fomenta el fin estatal perseguido ni la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido—, en el supuesto *a* y *b*, entonces estamos frente a *un caso claro de falta de idoneidad del medio*; es decir, la acción es insuficiente o, en su caso, la omisión está injustificada y no es proporcional en sentido amplio;²⁷

²⁶ Aquí solo se enumeran cuatro resultados que se consideran de relevancia práctica. Sin embargo, de la combinación de la versión débil y fuerte de idoneidad y de los tipos de fines identificados en este apartado, surgen otros resultados posibles.

²⁷ No hay que subestimar la importancia de esta fórmula si se consideran las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de exclusión social y por violaciones reiteradas a los derechos sociales en su función de derecho de prestación. Así, esta versión del examen de idoneidad sirve para reconstruir la argumentación en el caso *Viceconte Mariela vs. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social*, resuelto el 2 de junio de 1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (argentina), en virtud de una acción de amparo de incidencia colectiva iniciada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). Véase *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 5 nov 1998. Los hechos del caso son los siguientes: alrededor de 3 500 000 habitantes de la pampa argentina se encontraban amenazados —según datos del año— por la presencia de un virus altamente nocivo para la salud llamado “mal de los rastrojos”. Sin embargo, la enfermedad consecuencia del virus podía —y puede— ser prevenida a través de la aplicación de una vacuna. Así, el Estado argentino compró desde 1991 hasta 1995 la vacuna, a un instituto estadounidense que la producía, para realizar campañas de prevención contra el virus. Este programa se interrumpió, porque el instituto dejó de producir la vacuna. No le era rentable, ya que este tipo de enfermedad solo se da en la pampa argentina. En 1996 mueren habitantes de la pampa a causa de esta enfermedad. El Estado decide producirla a través de un instituto público; sin embargo, no de forma inmediata ya que debían realizarse algunas modificaciones para poder producir la vacuna en la cantidad suficiente —medio atacado: en adelante, M1—, que no realizó, por lo menos, hasta el momento de resolución del caso en 1998. Esta acción estatal es insuficiente y constituye un caso claro de falta de idoneidad de acuerdo con la siguiente reconstrucción del

2. cuando el medio fomenta el fin estatal y la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido—, en el supuesto *a* y en el supuesto *b* estamos en presencia de un *caso claro de idoneidad del medio*, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto;
3. cuando el medio fomenta el fin estatal y la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido— en el supuesto *a*, pero no en el supuesto *b*, el medio es idóneo en un sentido débil, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto. La falta —o insuficiencia— de idoneidad del medio en el supuesto *b* es de un argumento de peso en contra de la proporcionalidad del medio reclamado y es un argumento a favor de una protección adecuada y suficiente del derecho de prestación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, y

caso. El fin es la protección del derecho a la salud —en adelante, P1— de las personas afectadas —en forma actual o potencial— por el virus —aquí el fin estatal coincide con la realización del derecho de prestación—. M1 claramente no puede fomentar en abstracto, en general, en concreto ni en el caso particular de cada uno de los afectados el derecho a la salud. No lo es ni en abstracto ni en general, porque aun aquellas personas que poseen una obra social o los medios para adquirir la vacuna, no pueden acceder al medicamento porque se interrumpió su producción. Menos aún pueden hacerlo aquellos que no poseen medios, ya que estos no lo podrían adquirir en el mercado ni tampoco están en condiciones de recibirla del Estado, ya que si bien el Estado decidió producirla se quedó a mitad de camino por no haber realizado las modificaciones edilicias para que el instituto público la produjera. Esta reconstrucción explica la condena en el fallo de la Cámara al Estado argentino —Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación— a realizar todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la vacuna “Candid 1” contra la fiebre hemorrágica argentina o “mal de los rastrojos” y asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población afectada por el virus. El Estado recién produjo la vacuna en 2003 y fue autorizada para su aplicación en 2006. Este caso se ha convertido en un caso paradigmático, ha migrado muy bien a contextos de recepción académica y judicial fuera del latinoamericano, véase Suárez Franco, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009; Krennerich, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/Ts, Wochenschau Verlag, 2013.

4. cuando el medio no fomenta el fin —cualesquiera de los dos— en el supuesto *a*, pero sí en el supuesto *b*, el medio es idóneo en un sentido débil, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto.

La *doble exigencia de idoneidad* permite llegar en un caso a la conclusión de la falta clara de idoneidad del medio. Los restantes casos preestructuran los exámenes del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con la siguiente regla:

Cuanto menos idóneos sean los medios reclamados, y en comparación con medios alternativos, tanto menos adecuado serán para la satisfacción del derecho de prestación en cuestión, y más grave será la justificación que exigen en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

2.3.1.1. El examen de idoneidad aplicado al caso de la falta de cobertura de terapias alternativas

Veamos cómo se podría aplicar el examen de idoneidad para reconstruir la argumentación del caso *Nikolaus-Beschluss*. Hay que determinar si un seguro público de salud tenía la obligación de cubrir nuevos tratamientos —en estado experimental— en los casos de una enfermedad con riesgo de muerte o con un desarrollo generalmente fatal para la salud.

El *estado de partida atacado* judicialmente por el afectado consistía en una acción insuficiente —o desacertada—. El afectado padecía de distrofia muscular de Duchenne y estaba asegurado como familiar —durante el tiempo en cuestión desde 1992 hasta 1994— en una caja de salud pública. Por lo general, en estos casos *solo* se aplica un tratamiento médico orientado según los síntomas y que implican solo medidas de apoyo.²⁸ Sin embargo,

²⁸ Es decir, con preparados de cortisona, con cirugía, con fisioterapia. Se supondría que, hasta la fecha de la sentencia, no había tratamiento aceptado científicamente que pudiera provocar la cura o un retraso frente al avance sostenido de esa enfermedad.

desde septiembre de 1992 el afectado había recibido tratamientos nuevos, experimentales.²⁹ Incluso algunos médicos consideraban que el desarrollo de la cura era favorable.³⁰ A pesar de ello, la caja de salud pública correspondiente rechazó la solicitud de asumir los gastos de la terapia alternativa. Veamos los elementos del examen de idoneidad:

- El derecho afectado por falta de realización es, según el Tribunal, la libertad de acción (art. 2.I. Ley Fundamental —LF—) —desarrollo de la personalidad— en combinación con el principio del Estado social de derecho (art. 20 LF —P1—) y aplicó además el artículo 2.II LF —derecho a la integridad física como derecho a la salud, el derecho promovido, en adelante P1—.³¹ Con respecto al derecho fundamental de prestación positiva deberá destacarse la distinción entre grado de interferencia por un lado e in-

²⁹ Estaba en tratamiento con un médico general que utilizaba péptidos del timo (*Thymuspeptiden*), citoplasma, medios homeopáticos y “biorresonancia”.

³⁰ Un médico supervisor evaluó su estado de salud como bueno en comparación con otros pacientes con una enfermedad similar y a pesar de que el reclamante hubiera perdido movilidad. Desde el otoño de 2000 el reclamante, que asistía a una escuela pública, empezó a depender de una silla de ruedas para transitar en la vía pública; sin embargo, desde la primavera de 2001 la requirió para hacerlo en la casa.

³¹ Resulta curioso que la cuestión fuera examinada por el Tribunal como una intervención en el derecho a la libertad general de acción, aunque exista un derecho más específico en la ley fundamental. Desde la perspectiva de los asegurados, la cuestión del reembolso para continuar un tratamiento se relaciona de varias maneras con los probables efectos positivos sobre su salud. Es decir, es una pregunta directa del artículo 2, fracción II LF —derecho a la integridad física como derecho a la salud—. En su lugar, el Tribunal Constitucional Federal utiliza el artículo 2, fracción II LF no directamente, sino más bien como una pauta adicional. Otros trabajos sobre este fallo, también encuadran la cuestión como una referida al derecho a la salud, aunque no la examinen bajo el prisma de la proporcionalidad como prohibición de acción insuficiente, véase Plagemann, Hermann y Radtke-Schwenzer, Kerstin, “Grundrecht auf Gesundheit. Der Nikolaus-Beschluss des BVerfG und seine Folgen”, en *ZAP Fach 18*, pp. 1067-1080; Ramm, Thilo, “Sozialstaatsprinzip und Recht auf Gesundheit-Deutsches Gesundheitsrecht am Scheideweg-?”, en *VSSR*, 2008, pp. 203-219; Steiner, Udo, “Das Bundesverfassungsgericht und die Gesundheit der Deutschen”, en *Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs*, Berlín, Springer, 2008, pp. 129-145.

tensidad de promoción por el otro —grado o intensidad de protección—. El grado de interferencia del derecho de prestación positiva se deriva de los efectos de una omisión o de un medio insuficiente —la falta de cobertura de los costos de la terapia—. La intensidad, el grado o la medida de la efectiva promoción es el grado de fomento del derecho que se alcanza con el medio empleado.

- Con la negativa de asumir los costos, la obra social persigue la finalidad de “Aseguramiento y calidad de la prestación, *en interés de un trato igualitario de los asegurados* y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la *rentabilidad (o eficiencia)*” —P2: el fin estatal—.
- El medio reclamado (en adelante, M1) es la negativa de asumir los costos. Esto deviene de la aplicación del artículo 135, inciso 1 del Código de Derecho Social (en adelante, SGB V),³² así como fue interpretado por el Tribunal Federal Social preopinante (BSG). Esta norma contendría una especie de prohibición con una reserva de autorización: los nuevos métodos de investigación y de tratamiento están excluidos de los gastos que debe asumir la obra social hasta que un comité técnico, el Comité Federal Conjunto de Alemania, los considere idóneos para cumplir con la finalidad.³³

³² SGB V es el Código Social, lib. V, sobre seguro por enfermedad.

³³ El método aplicado, el tratamiento, no cumpliría con estos requisitos, porque a) el método de tratamiento solicitado no correspondería con el estado generalmente reconocido de la investigación médica, y b) no habría ninguna experiencia que lo identifique como método eficaz. Este último requisito parece haber sido el relevante para la Corte argentina en 1987, cuando no hizo lugar a un reclamo para que un niño fuera incluido en un grupo de personas enfermas de cáncer que eran tratados con un tratamiento en estado experimental (Complejo Crotoxina A y B) para el cáncer. Se trata del fallo de 27 de enero de 1987, *Baricalla de Sicilotto, María del Carmen vs. Gobierno Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social*. La Corte no hace lugar a la acción de amparo y sostuvo, entre otros argumentos, que: “...es razonable afirmar que es condición inexcusable del ejercicio legítimo de ese derecho, que el tratamiento reclamado *tenga eficiencia para el fin que lo motiva*. En el caso tal objetivo es el de combatir el cáncer”... (cursivas agregadas). Como no se habría probado esa eficiencia, entonces la Corte no

Si el medio (la exclusión de cobertura: M1) puede promover el fin estatal (P2), también constituye una cuestión de idoneidad.³⁴ En este ejemplo, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no examina si el medio (M1) es idóneo en general para alcanzar el interés estatal (P2). Deja la cuestión abierta, dado que ella sería irrelevante para la resolución del caso puntual. Solamente puede especularse acerca de por qué este examen no fue realizado. *Es posible también que el resultado del examen fuere que el medio (M1) no es idóneo para la promoción del fin estatal (P2); después de todo, la evaluación del comité técnico implica una suerte de pronunciamiento sobre el reconocimiento que determinado método encuentra en las investigaciones en medicina y afines, pero no sobre la idoneidad del tratamiento o medicamento para el caso en particular.*³⁵

La otra cara de la idoneidad³⁶ se relaciona con la pregunta acerca de si el reembolso —que es omitido por la caja pública de salud y es atacado por el afectado— podría promover la realización del derecho fundamental a la salud. Aquí se bifurca la argumentación según la perspectiva desde la que se presente. El afectado deberá alegar que el accionar del Estado no promueve el derecho en forma suficiente. Por ejemplo, en el caso, contar con un seguro de salud promueve en general el derecho a la salud del afectado; sin embargo, deberá sostener el afectado que no lo promueve en forma suficiente por falta de cobertura de la terapia

considera que se esté en presencia de una obligación estatal de suministro de la droga reclamada.

³⁴ Véase Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 198-199.

³⁵ El Tribunal Constitucional Federal entiende que no debe pronunciarse para la resolución del caso, si el cumplimiento de la función, prevista en el párr. 135, SGB V, método de la sentencia por el Comité Federal Conjunto, cumple con las exigencias constitucionales. TCFA, sentencia de 6 diciembre de 2005; *cfr. BVerfG*, NJW 2004, 3100 [3101].

³⁶ *Cfr. Calliess, Christian*, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpöligigen Verfassungsrechtsverhältnis”, *JZ*, 2006, pp. 321-330; *Cremer, Wolfram*, “Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht”, en *DÖV*, 2008, p. 107; *Kleiber, Martin*, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, p. 107; *Barbosa de Oliveira, Flávio Beicker*, *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justificabilidade dos deveres de proteção*, São Paulo, Faculdade de Direito-University de São Paulo, 2013.

concreta que impacta en su estado de salud. El seguro de salud insistirá en la idoneidad de los criterios para determinar qué forma parte de la cobertura y qué no, y continuará argumentando que así promueve no solo el derecho a la salud puntual de los afectados, sino la solvencia del sistema en clave de acceso igualitario al seguro de salud. Ambas argumentaciones se mueven de manera diferente respecto de los que antes identificamos como examen de idoneidad, en particular, y examen de idoneidad, en general.

Vemos así que en el examen de idoneidad por insuficiencia *cobran especial* importancia las consideraciones sobre la *eficacia* del medio para la promoción del derecho fundamental de prestación (en este caso, derecho a la salud, P1). Si esto es así, en la prohibición de insuficiencia deberá observarse la relación entre el medio seleccionado (M1) y el fin del derecho fundamental en *el caso individual concreto*. Recordemos que la fórmula de la prohibición de insuficiencia dice, por ejemplo, que es necesaria una protección “adecuada” —bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan—; *será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”*. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”.³⁷

Lo que deberá determinarse en la idoneidad durante el examen de la prohibición de insuficiencia es la capacidad del medio para promover el fin en un doble sentido —dos variantes del examen de idoneidad—:

- a) para la promoción en abstracto y en general del fin estatal por el medio seleccionado —en el caso sometido a discusión la respuesta a esta cuestión queda abierta; sin embargo, no significa que no tenga sentido de ser formulada—, y
- b) para la promoción en concreto del derecho fundamental en el caso individual concreto —en el ejemplo, la falta de cumplimiento, alto grado de interferencia del derecho a la salud—.

Con ello interpretamos que en el examen de idoneidad por prohibición por insuficiencia, el foco de interés reside más en el grado de idoneidad en los sentidos identificados que en el re-

³⁷ TCFA, BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

sultado en sí del examen. Si el medio promueve el fin estatal solamente en abstracto y en general, entonces probablemente se continuará argumentando, aunque esto no quiera decir que haya aprobado el examen de proporcionalidad en sentido amplio. El incumplimiento parcial del fin estatal deberá tenerse en cuenta como motivo para una realización adicional del derecho fundamental de prestación en la proporcionalidad en sentido estricto. Aquí se manifiesta una particularidad del examen de la prohibición de insuficiencia: como resultado del examen de idoneidad también deberá determinarse *la medida de la realización que alcanzó el fin del derecho fundamental*. En la práctica, lo más importante de este examen es determinar el grado de promoción/intervención de cada uno de los principios en juego.

Esto puede ser ilustrado por medio de un cuadro de varias entradas y con ayuda de escalas de intensidad de promoción (*ninguna, baja, mediana, alta, máxima*) y de interferencia (*ninguna, baja, mediana, alta, máxima*).³⁸ Veamos el cuadro 1.

CUADRO 1.

<i>Intensidad de interferencia</i> <i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>Medida de promoción</i> <i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>Medio</i> <i>(M1, M2)</i>	<i>Medida de promoción</i> <i>P2 (fin estatal)</i>	<i>Intensidad de interferencia</i> <i>P2 (fin estatal)</i>
Alta	<i>Ninguna</i>	Negativa del reembolso gastos de la terapia alternativa (el medio seleccionado M1)	Mediana	Ninguna
Ninguna	<i>Alta</i>	Reintegro de gastos (M2)	Baja	Alta

FUENTE: Elaboración propia.

³⁸ Por ejemplo, M es idóneo; pero más aún interesa determinar si la promoción del fin es igual a cero, baja, media, alta o máxima. Esta escala puede ser aún más precisa si se agregan los pares abstracto/concreto y parcial/completo. Esa precisión puede ser aún mayor si se incluyen los aspectos cuantitativos, cualitativos y epistémicos; véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., pp. 36 y ss., 78-85, 340.

El Tribunal Constitucional Federal parece realizar este examen en forma implícita cuando afirma, *considerando particularmente las circunstancias del caso concreto*, “que la sentencia del Tribunal Social Federal [...] atacada *no cumple con las exigencias* tanto del art. 2, inc. 1 LF en combinación con el principio del Estado social, como del art. 2, inc. 2, apdo. 1 LF y viola el derecho de la actora al cumplimiento de la prestación por parte de la obra social (prestación), que satisface (el deber de) protección de su salud”. Sin embargo, esto podrá ser aclarado de mejor manera en el examen del medio alternativo más idóneo y en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos.

2.3.2. Examen del medio alternativo más idóneo

Una omisión o una acción estatal atacada por insuficiencia o defecto —el medio combatido— puede haber quedado como idónea —según el caso en un sentido débil y/o fuerte—. Sin embargo, la limitación al derecho de prestación afectado que deviene del medio atacado puede ser *insuficiente o defectuosa*, si pudo haberse evitado a través de la implementación de un *medio alternativo más idóneo*. Es decir, un medio que permita una mayor realización del derecho de prestación.

El primer paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el contexto del mandato de prohibición por exceso se llama subexamen *de igual* idoneidad. Aquí reside otra *diferencia* entre ambos mandatos. En el mandato de prohibición por omisión, el medio alternativo tiene que ser *suficiente* en relación con el medio atacado y, por lo menos, *suficiente* para lograr un fomento eficaz del fin, que es la realización del derecho de prestación. El segundo paso está conformado por el examen de la menor lesividad de los medios alternativos.³⁹

El examen del medio alternativo debe ser llamado, en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, *examen del medio alternativo suficiente*, si es que quiere examinarse si la funda-

³⁹ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., cap. 2. III.

mentación del accionar insuficiente es injustificada porque algo mejor pudo haberse realizado. Este examen de medios alternativos supone también una relación de medio-fin y una comparación del medio establecido con los medios alternativos. Este procedimiento implica *tres criterios comparativos*:

- a) los medios alternativos deberán promover la realización del derecho fundamental (P1) de mejor manera o en mayor medida —y al mismo tiempo limitarlo en menor medida— que el medio establecido (M1: omisión o acción insuficiente, negativa de reembolso de los costos de la terapia alternativa);
- b) los medios examinados deberán además ser lo suficientemente idóneos —precisamente en este punto deberá discutirse el grado de eficacia de los medios examinados en comparación con el seleccionado por el Estado—. En este punto de la argumentación, el afectado deberá explicar las circunstancias que junto con los medios necesarios den como resultado un nivel o medio suficiente para promover el derecho fundamental (P1). Por el contrario, si el Estado tiene la carga de la discusión, él debería explicar por qué su accionar es suficiente, y
- c) los medios alternativos (M2, M3, M4, ... Mn) deberán ser examinados en relación con el grado de afectación de los principios contrarios (P2) en comparación con el medio dado.

Para quedarnos con el ejemplo del reembolso de gastos en los tratamientos alternativos, pueden ser objeto de examen tres medios: M1, el medio elegido; M2, un medio alternativo que requiere un examen de la suficiencia del tratamiento propuesto por el reclamante, y M3, la autoayuda.

2.3.2.1. El medio estatal elegido: no responde al problema concreto planteado en el caso

M1, es decir, el artículo 135, inciso 1 SGB V, es insuficiente para promover el derecho a la salud, es decir, en una situación de grave riesgo de vida o de enfermedad generalmente de desenlace fatal. *M1 no es idóneo para la promoción de P1, dado que no constituye un*

procedimiento adecuado para evaluar si el tratamiento tiene efectos de algún modo positivos para la salud del afectado en el caso concreto. Por ello, no es suficiente en comparación con el medio alternativo (M2).

2.3.2.2. El medio alternativo que requiere un examen de eficacia en concreto del nuevo tratamiento: un medio flexible frente a la gravedad de la enfermedad y la falta de alternativas de tratamientos convencionales

Si bien M2 no reemplaza del todo el sistema de prohibición y excepciones, promueve un examen de eficacia del tratamiento alternativo en el caso concreto desde una perspectiva flexible. Para el Tribunal Constitucional Federal, en “tales casos”, es decir, en los casos de:

- a) una enfermedad grave con riesgo de vida o con un desarrollo de desenlace generalmente fatal;
- b) respecto de la cual no existe un tratamiento médico convencional. Aquí reaparece con toda su fuerza la tesis de la alternatividad. Justamente la falta de medios alternativos⁴⁰ convencionales⁴¹ demuestra que el medio que mejor

⁴⁰ Esta argumentación, incluso bajo la aplicación de la reducción de la alternatividad, surge, por ejemplo, respecto de los tratamientos cubiertos por las obras sociales en comparación con los alternativos convencionales pero no reembolsables, y puede verse, en el caso del tratamiento de la obesidad mórbida, en una sentencia de un tribunal local que resuelve en un contexto de litigio de una sociedad semiperiférica. Véase *Cabrera, Javier M. vs. Galeno Argentina S.A.*, resuelto por el Juzgado Civil y Comercial de Rosario (Argentina), en el exp. 10, 23/4/2007, sobre cobertura de tratamiento de *by pass* bariátrico en el caso de una persona que padecía obesidad mórbida: “El tratamiento que debe practicársele a la paciente deja de ser alternativo [para convertirse en el medio necesario] a poco que se repare en las consecuencias que otras prácticas pueden aparejar y la posibilidad de que la intervención pueda ser realizada con éxito en beneficio de (su) salud [...] derecho este de raigambre constitucional”.

⁴¹ Esta tesis de la falta de alternatividad de terapias médicas convencionales puede reconocer una variante tal como lo identifica el Tribunal Federal Social cuando interpretó la pauta elaborada por el Tribunal Constitucional Federal. En efecto la falta de alternativa se puede dar porque no existe un método de tratamiento convencional reconocido o porque el existente no se puede aplicar en el caso y a la luz del diagnóstico del afectado, véase TSF, Tribunal Social Federal (del alemán Bundessozialgericht, BSG), *Tomudex*,

promociona el derecho a la salud es la evaluación de la terapia no convencional; con lo que convierte a M2 en un *medio suficiente*;

- c) los tribunales sociales tienen que examinar, con ayuda técnica, si el tratamiento no convencional propuesto por el médico y/o reclamado por el afectado/asegurado arroja;
- d) una posibilidad no del todo remota de sanación, o
- e) de efectos sensiblemente positivos en el desarrollo de la enfermedad en casos individuales.⁴²

M2 —cobertura de la terapia alternativa— es en este sentido mejor que M1 (la no cobertura), el grado de promoción del derecho a la salud del afectado (P1) puede ser calificado como “alto”. M2 permite examinar en el caso concreto si el tratamiento sometido a discusión posee algún efecto positivo en el desarrollo de la enfermedad. En relación con el fin estatal (P2), M2 puede considerarse como idóneo de la misma manera que M1. M2 no excluye la posibilidad de un examen de eficacia en concreto —véanse puntos *c* y *d* identificados en este mismo apartado— del tratamiento cuyos gastos deben ser reintegrados. En este caso, M2 —cobertura— no parece afectar en mayor grado el fin estatal —“aseguramiento de la calidad de la prestación, en interés de un trato igualitario de los asegurados y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la rentabilidad (o eficiencia)” — que M1. El grado o medida de promoción del fin estatal P2 puede considerarse “medio”, toda vez que no desatiende la promoción de asegurar la eficacia de la prestación, aunque deje sin considerar en concreto la parte de la rentabilidad o eficiencia del sistema, tal vez por las consideraciones que a continuación siguen respecto del medio alternativo M3.

B 1 KR 7/05 R, sentencia de 4 de abril de 2006 y *Permanent Seeds*, B 1 KR 12/05 R, sentencia de 4 de abril de 2006.

⁴² TCFA, sentencia de 6 de diciembre de 2005. Analizan los efectos de esta sentencia por la oleada de sentencias que produjo en instancias inferiores en el fuero social por causa de la supuesta imprecisión de la pauta de evaluación que surge del texto, Andreas Penner/André Bohmeier, *Entscheidungen der Sozialgerichte mit Bezugnahme auf den Nikolaus-Beschluss des BVerfG* (Az.: 1 BvR 347/98, sentencia de 6 diciembre de 2005), disponible en <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ifs/Nikolaus.html>

2.3.2.3. *La autoayuda como medio alternativo excluido*

Otro medio alternativo sería la autoayuda (M3), es decir, buscar financiación para el tratamiento fuera del ámbito de la obra social. M3 restringiría el fin estatal con menor intensidad. Sin embargo, la autoayuda (M3) es excluida desde un principio como mejor medio. M3 no promueve P1, el derecho a la salud, (*i. e.*, afecta gravemente a P1). Aquí entran en juego dos argumentos: uno orientado hacia el grado de tolerancia exigida a los asegurados y la prohibición de exigir lo insoportable⁴³ y otro sobre la pertenencia del titular del derecho fundamental a un grupo que el legislador ha querido proteger en particular.⁴⁴

El primer argumento se basa en la acumulación de dos principios constitucionales, el artículo 2, apartado 1 LF —libertad general de acción— y el principio del Estado social de derecho (art. 20 LF). En particular, el argumento aduce que sería insoportable, por un lado, exigirle a las personas que —bajo determinadas condiciones— se afilien al seguro obligatorio de salud y que por sus contribuciones pueden esperar estar cubiertos para el tratamiento necesario de su enfermedad; pero, por otro lado, justo en la situación de grave enfermedad —que amenaza su vida y para la cual no existe aún un tratamiento médico convencional— excluyan la posibilidad de cobertura de una terapia alternativa y esperen que la asegurada busque en ese contexto de vulnerabilidad un financiamiento fuera del seguro de salud obligatorio. Aún más, cuando es el propio legislador quien supone —en el contexto de creación de este tipo de seguros— que los afiliados al seguro

⁴³ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005. Véase sobre la prohibición de exigir lo insoportable en general en el marco de un examen de proporcionalidad, véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, *cit.*, pp. 223-246 [Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, *cit.*, pp. 171-185]; y trabajado para la evaluación constitucional de normas de derecho penal, véase Beade, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁴⁴ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005; *cfr.* BVerfGE 103, 172 (185); 102, 68 (89); 103, 172 (185).

de salud obligatorio por lo general no contarán con importantes recursos financieros para la cobertura adicional y por separado de la enfermedad y, en particular, para la adquisición de servicios necesarios para el tratamiento médico fuera del sistema del seguro obligatorio de salud.⁴⁵

De esta forma, se encadena el segundo argumento que es un desprendimiento del principio de igualdad como medida de acción positiva para la protección de un grupo vulnerable. En el caso, el seguro de salud obligatorio alcanza, de acuerdo con la tipificación que realiza la propia ley, a grupos de personas —empleados con ingresos medios a bajos, jubilados, pensionados— que por sus bajos ingresos requieren de una protección para los casos de enfermedad en los que se establece una autoprotección mediante la coacción [obligación de asegurarse]. Con esta modalidad de seguro se permitiría a los sectores de ingresos bajos acceder a una cobertura completa con importes/primas moderadas.⁴⁶

Por todo ello, M3 como autoayuda, es un medio alternativo, sin embargo, lo vemos excluido en el contexto de un Estado que presenta un fuerte desarrollo social legislativo con base en la Constitución.

2.3.2.4. *La doble comparación expresada en escalas*

Nuevamente la comparación en términos de intensidad de interferencia y de promoción puede ser ilustrada en el cuadro 2 con ayuda de escalas. Veamos.

La reconstrucción del examen del medio alternativo suficiente lleva en este caso a una sentencia. La falta de cobertura (M1) viola el derecho fundamental a la libertad de acción en combinación con el principio del Estado social de derecho (arts. 2, fraccs. I y II y 20, fracc. I LF). La cobertura de la terapia en el caso concreto (M2) es más idóneo que la acción atacada por insuficiente

⁴⁵ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005.

⁴⁶ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005, *cfr.* BVerfGE 102, 68 (89); 103, 172 (185).

CUADRO 2.

<i>Intensidad de interferencia</i>	<i>Medida de promoción</i>	<i>Medio de promoción</i>	<i>Medida de promoción</i>	<i>Intensidad de interferencia</i>
<i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>P1 (derecho a la salud)</i>		<i>P2 (fin estatal)</i>	<i>P2 (fin estatal)</i>
Alta	Ninguna	M1	Mediana	Baja
Ninguna	Alta	M2	Mediana	Baja
Alta	Ninguna	M3	Alta	Ninguna

Intensidad de promoción: ninguna, baja, mediana, alta, máxima.

Intensidad de interferencia: ninguna, baja, mediana, alta, máxima

FUENTE: Elaboración propia.

(M1). El resultado en este caso es sencillo, dado que desde un comienzo se relativiza la importancia del fin estatal (P2). Si este no hubiera sido el caso, la pregunta conduciría al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos.

2.3.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia

El examen de proporcionalidad en sentido estricto —aplicado a la prohibición de insuficiencia— aborda la relación, por un lado, entre la intensidad y el peso de la negativa a reintegrar los gastos —es decir, la no realización del derecho a la salud—, la importancia de la satisfacción del derecho a la salud mediante una acción que sea más eficaz que la omisión y, por otro lado, los motivos que fundamentan la denegación de la prestación.⁴⁷ Para

⁴⁷ Esta relación supone una colisión entre dos principios. La solución de esta colisión podría ocurrir sin ponderación, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no parece haber encontrado una regla-resultado que pudiera resolver la tensión sin ponderación. Empero, desde el comienzo la ponderación del Tribunal en el caso estaba fuertemente orientada por reglas que determinaron la intensidad de la restricción y el peso de la libertad de acción en relación con el principio del Estado social de derecho, léase más específicamente, derecho a la salud e independientemente de las particularidades del caso concreto —lado abstracto de la ponderación—. Por

continuar con el caso de la terapia alternativa, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se requiere argumentar:

- a) *el grado o intensidad de la no satisfacción (o de intervención) del derecho de prestación.* En el ejemplo el grado es muy intenso y el grado de no satisfacción, alto, para ello se pueden tener en cuenta varios argumentos referidos a: el estado grave de la enfermedad, el estado de especial vulnerabilidad justamente en el momento en el que se padece la enfermedad, el argumento de la exigencia de lo insoportable anteriormente desarrollado, entre otros;
- b) *la medida de la satisfacción o promoción del derecho a la salud* por el medio seleccionado por el Estado en comparación con el medio alternativo. Aquí es aplicable la fórmula que dice que cuanto más baja es la medida de la promoción a través del medio empleado (M1) y cuanto más pueda ser promovido a través de medios alternativos (M2), tanto más importante se torna el derecho a la salud y tanto más difícil puede tornarse la justificación de su interferencia debido a —o argumentando— la importancia de la realización del principio colisionante. La medida de promoción del derecho a la salud en el caso por el medio alternativo (M2) es así alta, de acuerdo con lo trabajado en el apartado anterior;

ello, se requiere volver sobre los otros pasos de la argumentación para la solución de la colisión, que en el caso ocurrió fundamentalmente porque existía una solución alternativa que mejor protegía el derecho a la salud. *En el marco de la argumentación surgirá* la determinación de la intensidad de la restricción del derecho afectado en abstracto, el peso abstracto del principio afectado —la libertad de acción, más el principio del Estado social de derecho y el derecho a la salud—, el peso abstracto del principio que se busca proteger por medio de la medida estatal —“Aseguramiento y calidad de la prestación, *en interés de un trato igualitario de los asegurados* y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la *rentabilidad (o eficiencia)*”—, la ponderación propiamente dicha en la que se enfrentan el peso abstracto y la intensidad de restricción del principio afectado con el peso abstracto del principio que se busca promover, por un lado, y el peso concreto y la intensidad de restricción de ambos, por el otro lado. Por último, se requiere de la reconstrucción del resultado de la ponderación como una regla. Véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., [Clérico, L., *El examen de proporcionalidad...*, cit].

- c) *la importancia de la promoción del derecho a la salud en un plazo dentro del cual deba ocurrir su realización concreta —argumento de la urgencia—;*⁴⁸
- d) *la determinación del peso abstracto del derecho a la salud.* Aquí juega un papel importante la relación con los casos de tratamientos de una enfermedad con riesgo de vida o con un desarrollo generalmente fatal, dado que la subsistencia tiene un valor especial dentro del ordenamiento de los derechos fundamentales;⁴⁹ asimismo, es importante determinar cómo se relaciona con una cuestión central del plan de vida del afectado; además, cuando lo reclamado se acerque más estrechamente al contenido básico del derecho a la salud, mayor será su peso;
- e) *la pertenencia del afectado a un grupo de personas que, conforme a la Constitución o la ley, deba ser protegido mediante acciones positivas del Estado.* En el ejemplo, “la obra social (legal) abarca, conforme a la tipificación legal, a los grupos de personas (empleados con ingresos medios a bajos y jubilados) que por sus bajos ingresos requieren de una protección para los casos de enfermedad en los que se pretende una autoprotección mediante la coacción [obligación de asegurarse]. Con esta modalidad de seguro se permite a los sectores de ingresos bajos acceder a una cobertura completa con importes/primas moderadas.”;⁵⁰
- f) *la determinación de la importancia de la realización/cumplimiento del principio colisionante (P2), y*
- g) *la determinación de si la importancia de cumplimiento del principio colisionante puede justificar el no cumplimiento del otro —ponderación en sentido estricto—. Aquí entran en consideración especificaciones adicionales de*

⁴⁸ Véase este argumento en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001, pp. 226, 227, 238, 239 [Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Themis, 2012]; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, p. 466; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, pp. 121, 172, 277, 280, 304-305, 314.

⁴⁹ Véase TCFA, BVerfGE 39, 1 (42); BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401); BVerfG, NJW 2004, 3100 (3101); BVerfGE 53, 30 (65).

⁵⁰ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005, *cfr.* BVerfGE 102, 68 (89); 103, 172 (185).

las reglas de ponderación, en el ejemplo: “Si con el sistema de cobertura médica social el Estado asume la responsabilidad por la vida y la integridad física de los asegurados, entonces la prevención en los casos de una enfermedad que presenta riesgo de vida o que tiene un desarrollo generalmente fatal, conforme a los requisitos mencionados, pertenece al ámbito fundamental de la obligación de prestación y de la atención mínima exigida por el art. 2.II-1 LF”.⁵¹ Esto significa: “Debido a ello se requerirá de una *justificación especial* ante el art. 2.I LF en combinación con el principio de Estado de derecho social en los casos en los que, mediante disposiciones legales o interpretación y aplicación técnico-judicial de las mismas, el asegurado es privado de prestaciones para el tratamiento de una enfermedad, en especial de una que conlleva riesgo de vida o presenta un desenlace generalmente fatal”.⁵²

En suma: *a)* al derecho a la salud afectado le corresponde un peso abstracto considerable debido a su estrecha relación con el derecho a la vida; *b)* la intensidad de interferencia es grave, debido a que los déficits en la prestación pueden ser evitados a través de un medio más idóneo (es decir, M2); *c)* la promoción a través de M2 es importante debido a que el afectado depende de la prestación en forma apremiante, y *d)* el afectado pertenece a un grupo que debe ser protegido incluso por mandato legislativo —exclusión del recurso a la autoayuda—. La intensidad de interferencia sufrida por el fin estatal (P2) por parte de M2 no parece ser particularmente significativa porque aquello que es perseguido por el fin estatal es obtenido, en el caso individual concreto, mediante el examen de eficacia del tratamiento, bajo una perspectiva flexible. Esto significa que una interferencia leve de P2 no es suficiente para justificar la grave interferencia de P1. Existe entonces una violación del derecho a la salud. Se ordena así garantizar una medida de promoción/satisfacción suficiente, por lo menos mediante M2. En este caso, la prohibición de insuficiencia ordena la implementación del medio necesario ante la urgencia de la situación concreta del afectado, es decir, *un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible* —medio necesario—.

⁵¹ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005, *supra*.

⁵² *Idem*.

2.3.4. Consideraciones intermedias

Hasta aquí tratamos de desarmar —para luego aplicar— la herramienta argumentativa de la proporcionalidad cuando la afectación al derecho proviene de una omisión o acción insuficiente. Para determinar si el accionar estatal está o no justificado, sometimos las razones o sinrazones estatales a tres exámenes: el examen de idoneidad; el examen del medio alternativo más benigno o más idóneo y el de proporcionalidad en sentido estricto. El contexto de aplicación de esta estrategia se vio ejemplificada por el caso de falta de cobertura de una terapia alternativa a una persona que contaba con un seguro público de salud en un contexto en el que el derecho a la salud en general se encuentra muy por encima del mínimo existencial. Sin embargo, el examen de proporcionalidad también puede ser aplicado para evaluar las razones o sinrazones del comportamiento estatal reclamado cuando la falta de acceso al derecho a la salud se produce por insuficiencia en el cumplimiento de obligaciones estatales que hace a las condiciones materiales de existencia digna. Así, este examen se puede aplicar para evaluar la insuficiencia estructural. Veamos.

2.4. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR INSUFICIENCIA EN UN CASO DE INTERDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA PARA GRUPOS DESAVENTAJADOS

El derecho a la salud es interpretado como un derecho clave, pues “es indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.⁵³ Pero a su vez, el derecho a la salud es interdependiente de otros derechos y de factores socioeconómicos —condiciones materiales— que posibiliten el ejercicio del derecho, entre esos factores está el acceso a una vivienda adecuada.⁵⁴ La falta o insu-

⁵³ Observación general 14, párrs. 1 y 3.

⁵⁴ Esto se ve reflejado en la observación general 14, párr. 4: “[e]l derecho a la salud abarca una amplia gama de *factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable*

ficiencia de este factor impacta en forma directa en el derecho a la salud, y con mayor intensidad en el caso de grupos desaventajados, por ejemplo, niños y niñas en situación de discapacidad grave que habitan en las calles. Así, nos interesa trabajar el examen de proporcionalidad en un caso de interdependencia del derecho a la salud y el derecho a la vivienda porque pone de manifiesto el carácter inclusivo⁵⁵ del derecho a la salud y, a su vez, la dimensión estructural de algunas de las obligaciones que genera este derecho.

Estos aspectos se ven reflejados en el caso *Q. C. vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* que fue resuelto recientemente por la Corte argentina en el año 2012.⁵⁶ La Corte ordenó,

y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano". (las cursiva son nuestras)

⁵⁵ En este sentido la observación general 14, párr. 11, sostiene: “[d]erecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los *principales factores determinantes de la salud*, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, *una vivienda adecuada*, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.

⁵⁶ En primera instancia se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y se ordenó la inclusión de los peticionarios “en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar”. Luego se hizo lugar a la acción, y se ordenó al estado local que “mientras subsista la situación actual de la amparista y su hijo, les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto 690/06, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos”. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia y condenó al gobierno de la ciudad a “proveer un subsidio que asegure a la parte actora un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad [...] hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”. El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por mayoría, revocó el fallo de la instancia anterior. La mayoría consideró que la cuestión era “similar” a la que había juzgado, en *Alba Quintana, Pablo vs. GCBA y otros s/amparo* (art. 14 CCABA) *s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*; y se remitió a este. Sostuvo que el derecho a la vivienda “[n]o brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter

con matices,⁵⁷ al gobierno local que garantizara a la actora y su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional. Por último, resolvió mantener una medida cautelar que exige otorgar al grupo familiar un subsidio que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad. La fundamentación de la sentencia de la Corte estuvo conformada por tres votos, el voto conjunto de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; el voto de Petracchi y, por último, el de Argibay. Todos coincidieron en el fallo, aunque lo hicieron por diferentes caminos argumentativos.

A los efectos del propósito de este capítulo propondremos una reconstrucción del voto que mayor riqueza argumentativa

parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar «abrigo» como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC)”. La mayoría del Tribunal local procedió a revocar la sentencia impugnada y a devolver la causa a fin de que fuese nuevamente fallada de acuerdo con su pronunciamiento. Una de las mejores críticas al voto de la mayoría en *Alba Quintana* puede encontrarse en ese mismo fallo en el voto en disidencia de la jueza Alicia Ruiz, TSJ, exp. 6754/09, 12 de mayo de 2010. Véase, asimismo, Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en: *El Derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, EUDEBA-Ministerio Público Tutelar, 2011, pp. 67-84; Cardinaux, Nancy; Vita, Leticia; Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2013, pp. 33-74.

⁵⁷ Aquí citamos la parte resolutive del voto de la mayoría (aparece luego del cdo. 17), aps. 1 y 2.

presenta para el tratamiento de la prohibición por acción insuficiente: el del juez Petracchi. En forma complementaria, nos referiremos al desarrollo argumentativo zigzagueante del voto de la mayoría.⁵⁸ No nos detendremos en el voto de Argibay, que podría

⁵⁸ El voto de la mayoría sostiene que tanto en la Constitución nacional y en distintos tratados internacionales a los que la República Argentina se ha adherido, y también como en la propia Constitución de la ciudad, se reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables, como lo son las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo. Enfatiza que esos derechos y deberes son normas jurídicas operativas. Sin embargo, este voto parece relativizar esa operatividad cuando afirma en forma confusa que “[l]a mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado”. Esto significaría que, en principio, su implementación requeriría de una ley del Congreso o de una decisión del poder ejecutivo que provoque su implementación. Este punto es criticable pues la operatividad implica la exigibilidad del derecho, existan o no acciones estatales tendentes a implementarlo. Así, en la argumentación de este voto se estaría generando lo que se llama “derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada”, lenguaje extraño al de los derechos sociales como derechos operativos (salvo que a través del uso de eufemismos —“operatividad derivada”— este voto esté moviéndose en la trastienda en el marco del enfoque de la programaticidad del derecho a la vivienda). El carácter de derivado no implicaría para este voto la exclusión de un examen de razonabilidad, con lo que algo sería exigible; aunque para este voto se reduce a atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Así, en principio los poderes legislativos y ejecutivos tendrían un amplio margen de discrecionalidad; sin embargo, la garantía mínima del derecho fundamental constituiría una frontera a esa discrecionalidad. El afectado debe acreditar una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Para este voto, en el caso, hay violación de la garantía mínima y del deber estatal de tuición de “los sectores excluidos”. Por un lado, es claro para la Corte que nos encontramos frente a una situación de extrema vulnerabilidad, “ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”. Por el otro lado, es evidente que la respuesta brindada por el estado local resulta inadecuada para garantizar, “siquiera mínimamente”, los derechos de S.Y.Q.C. y su hijo. En el voto mayoritario de la Corte se evalúa la insuficiencia de las tres alternativas que aparecen en el “menú de soluciones” brindado por el estado local. Algunas no cuentan como alternativas porque no existe un plan de vivienda definitiva y es imposible para la actora acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$2 000. Las alternativas para el caso

ser mejor reconstruido utilizando la técnica de la comparación de casos —precedentes—. ⁵⁹

En fin, nos interesa trabajar con este caso por lo siguiente: se refiere a la jurisprudencia de la Corte, que con anterioridad había tratado de evitar pronunciarse sobre reclamos referidos al derecho a la vivienda digna⁶⁰ relacionados con el dere-

son igualmente insuficientes, ya sea que se trate del alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o de la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06, por razones semejantes a las trabajadas en el cuerpo del presente trabajo. *¿Cuál es el saldo argumentativo que queda de este voto?* El saldo es “zigzagueante”. Por un lado, habla de la operatividad derivada del derecho a la vivienda, incluso llega a sostener que no hay un derecho a que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial. Ello sería así porque la Constitución asigna esa facultad a los poderes ejecutivos y legislativos, los que deben valorar de modo general este y otros derechos así como los recursos necesarios. Por otro lado, afirma que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer, a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad por parte del poder judicial y, en especial, para ver si se desplegaron acciones suficientes para proteger a los sectores que se encuentran en estado de extrema vulnerabilidad. En suma, en el caso y entiendo en todos los casos que sean semejantes, según información proveniente de informantes clave de la Defensoría General local, 40 casos, información que coincide con los dichos de la actora cuando fuera entrevistada por diversos medios masivos de comunicación —Página 12, TN, entre otros—, se evaluó el accionar estatal a la luz del derecho a la vivienda y el mandato de especial consideración de la situación de los grupos del art. 75, inc. 23 CN. El voto mayoritario de la Corte pudo así haber evitado la argumentación vidriosa del llamado —y confuso— enfoque de la operatividad derivada.

⁵⁹ La jueza Argibay interpretó que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) no era correcta pues había aplicado el precedente *Alba Quintana*. Así, el TSJ no consideró que la Ciudad, frente al pedido de una vivienda digna, debió haber dado a la madre y a su hijo un trato distinto al establecido en el régimen general, en atención a la grave situación de discapacidad padecida por el niño que además se encontraba con su madre en situación de calle.

⁶⁰ Esta actitud parece persistir. Luego de dictada la sentencia en el caso *Q. C.*, la Corte Suprema de Justicia resolvió en *A.P.L.V. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Otros /s Amparo*, 11 de diciembre de 2012, desestimó la queja presentada por la actora contra varias sentencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad sobre el derecho a la vivienda incluidas en el expediente. La Corte sostiene que “las cuestiones suscitadas en estas actuaciones no guardan sustancial analogía con el precedente *Q 64 XLVI, Q.C.,S.Y vs. Gob. de la CABA s/ Amparo*”, sentencia de 24 de abril de 2012. En *A.P.L.V.* se encuentran comprendidas más de 40 causas sobre acceso a

cho a la salud,⁶¹ de ahí la relevancia del reciente pronunciamiento.⁶²

la vivienda. Entonces queda como tarea pendiente revisar cada una de las cuestiones de esas causas para analizar críticamente el fallo reciente de la Corte para ver si guardan o no “sustancial analogía” con *Q. C.* Sin embargo, se le puede criticar al fallo de la Corte en *A.P.L.V.*, que no haya fundamentado su sentencia en relación con las cuestiones de cada una de las 46 causas. Es claro que no basta con afirmar que no guardan sustancial relación con otra causa, nos debe la Corte la justificación de su sentencia.

⁶¹ Véase CSJN, *Urán, Roberto E. y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros*, sentencia de 30 de mayo de 2006. El caso *Urán* se encuadra en el contexto de una familia compuesta por la pareja y sus diez hijos menores de edad. La familia vivía hacinada en una pequeña habitación de una casa tomada en el partido de Boulogne, San Isidro, provincia de Buenos Aires. El padre de la familia, el señor Urán, padecía una discapacidad congénita que requería una nueva intervención quirúrgica y le impedía trabajar. La esposa trabajaba como personal de limpieza en casas de familia. Sin embargo, para la fecha de la presentación del reclamo, ya no podía desempeñarse fuera del hogar luego de la pérdida de visión de uno de sus ojos y del nacimiento prematuro de sus hijos mellizos. El señor Urán era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar; sin embargo, le resultaban insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de sus hijos. Por todo ello, iniciaron directamente en la Corte Suprema de la Nación, una acción de amparo contra la municipalidad de San Isidro, la provincia de Buenos Aires, el Estado nacional y contra el Instituto Provincial de la Vivienda. La acción tenía por objeto que dichos organismos le suministraran lo necesario para acceder a una vivienda digna y alimentación, y también pedía ser incluido en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. A su vez, interpusieron una medida cautelar para que temporalmente —hasta obtener un trabajo—, se le otorgaran dos subsidios: uno de aproximadamente \$800, equivalente al alquiler mensual de una vivienda y otro de \$630, también mensual, como salario mínimo vital y móvil. Previo a la presentación judicial, Urán había realizado los reclamos correspondientes ante las reparticiones municipales y provinciales que no le dieron respuesta; pero no pudo acreditar que hubiera efectuado reclamo alguno frente a alguna repartición del Estado nacional. Por esto último, la Corte declaró inadmisibile el reclamo y tampoco se pronunció sobre la cautelar como lo había realizado en casos levemente similares ante situaciones iusfundamentales de gravedad y urgencia. Se analiza y critica la jurisprudencia de la Corte en Urán, en Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. *Rodríguez, Comunidad toba del Chaco y la sombra de Ramos*”, en *Jurisprudencia Argentina*, 7 nov 2007.

⁶² Sin embargo, si se analiza el fallo desde la perspectiva de la interdependencia del derecho al acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud de

La reconstrucción de la argumentación del caso presenta dos particularidades:

- a) la acción estatal es insuficiente por *no haberse considerado adecuadamente las posiciones de las personas que se encuentran en situación de desventaja estructural*⁶³ (argumento del art. 75, inc. 23 de la Constitución nacional argentina —CN—) respecto del ejercicio real del derecho a la salud y la vivienda. Aquí pesa sobre el Estado una obligación de priorización de los derechos de los grupos desaventajados.⁶⁴ Este mandato surge no solo del argumento del artículo 75, inciso 23, sino también del desarrollo interpretativo realizado por el Comité DESC en reiteradas observaciones, entre las que interesan, en especial, la referida al derecho a la salud y a la vivienda,⁶⁵ y
- b) el contenido de los derechos afectados por el accionar estatal insuficiente afecta *el contenido básico* de estos derechos, que no puede ser restringido. Nuevamente aquí es relevante el desarrollo interpretativo del Comité DESC en las observaciones pertinentes.⁶⁶

las personas en situación de discapacidad, entonces el pronunciamiento se podría inscribir en la línea jurisprudencial de la Corte sobre derecho a la salud de las personas con discapacidad, véase Clérico, Laura, “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica de Palermo*, año 11, núm. 1, oct, 2010, pp. 93-118, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a11n1.html

⁶³ Se trata del incumplimiento de una obligación estatal de “cumplir” de acuerdo con la clasificación propuesta por la observación general 14, párr. 37: “La obligación de cumplir (facilitar) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados partes también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición”.

⁶⁴ CSJN 24/4/2012, *Q. C. vs. Gob. de la Ciudad*, cdos. 8 del voto de la mayoría; 8 y 10 del voto de Petracchi; 9 de Argibay.

⁶⁵ Observación general 14, párr. 43; observación general 4, párr. 8.e.

⁶⁶ Sobre el contenido básico del derecho a la salud, véase en esta obra: Parra, Ronconi, Piovesán, entre otros.

Así, la reconstrucción de las estrategias argumentativas de la Corte en la fundamentación del fallo nos permitirán enfatizar aquella que consideramos otorga *mejores pistas* para realizar el mandato de prohibición de insuficiencia y de esa manera evitar una violación del derecho a la salud y el derecho a la vivienda para posibilitar condiciones de existencia digna.

2.4.1. Preparación del examen de proporcionalidad

Como ya señalamos, el primer paso es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción lo más exhaustiva posible de la situación⁶⁷ en que se encuentran los afectados a causa de la restricción del derecho a la vivienda y el derecho a la salud. Esta reconstrucción incluye, como reiteramos en anteriores apartados:

- a) Los derechos afectados, en este caso, el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad grave, el derecho al acceso a una vivienda digna para él y su grupo familiar —compuesto por su madre—, y el derecho a la integridad familiar.
- b) La restricción al derecho que surge por omisión o acción insuficiente y la acción que la actora considera suficiente. En este caso, la restricción se produce por falta de acción suficiente frente al pedido de la señora S.Y.Q.C. y de su hijo al gobierno local para que se los incluyera en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y les proporcionara alguna alternativa para salir de la “situación de calle” en la que se encontraban. El niño, de seis

⁶⁷ Cuando la causa llegó a la instancia de la Corte, este Tribunal convocó a una audiencia pública de carácter informativo (acordada 30/2007); la audiencia permitió escuchar en forma directa las alegaciones de cada una de las partes. En su sentencia, la Corte se refiere en más de diez oportunidades a lo que surgió de la audiencia. Por un lado, para comprender la situación desesperante en que se encontraban la mujer y el niño y, por otro lado, también para sostener la debilidad de las razones esgrimidas por los representantes del gobierno local, véase voto de la mayoría, cdos. 1, 5, 13, 14, 15; Petracchi, cdos. 12, 13, 14; Argibay, cdo. 6.

años, sufre una situación de discapacidad motriz, visual y auditiva grave, producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. Requiere atención constante para moverse, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás. El niño vive con su madre, quien lo cuida y asiste en forma continua.⁶⁸ Ambos se alojaron en diversos paradores, hogares y hoteles de la ciudad⁶⁹ hasta que finalmente quedaron en situación de calle, motivo por el cual la señora S.Y.Q.C. acudió al gobierno de la ciudad y logró su inclusión en el Programa de Subsidios.⁷⁰ Alcanzadas las diez cuotas mensuales previstas por el Programa en forma improrrogable, solicitó la continuación del subsidio. El gobierno local le denegó el pedido, alegando que no podía exceder el tope normativo de diez meses (arts. 5 y 6 del decreto local 690/06), lo que los devolvió a la situación de indigencia. Ante esta situación, inició la acción de amparo contra el estado local. Solicitó “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Solicitó que en el caso de que se les incorporara a algún plan habitacional, por ejemplo, por medio de un subsidio, que el importe les permitiera abonar íntegramente el costo de un lugar de alojamiento.⁷¹

c) Luego, se trata del derecho o bien colectivo que el Estado trata de promocionar con la acción estatal. En este caso,

⁶⁸ La madre del niño carece de empleo y aunque hubiera tenido oportunidad de acceder a un empleo remunerado, la falta de acciones integrales por el estado local no le garantizaban que el niño quedaría en lugares de cuidado adecuados, mientras ella se encontrara fuera del hogar (véase cdo. 16 del voto de la mayoría en Q. C.). Volvemos sobre este punto cuando analicemos la falta de idoneidad de uno de los medios alegados por el Estado.

⁶⁹ Viven en la ciudad, pues los establecimientos sanitarios en donde se trata al niño están ubicados en esta localidad. Debido a la situación de discapacidad severa que padece el niño, la cuestión de la cercanía respecto de los lugares de atención es de fundamental importancia. Sobre el elemento de accesibilidad como contenido del derecho a la salud, véase observación general 14 de la ONU, párr. 12.b.

⁷⁰ Este programa se encuentra regulado por los decretos 690/06, 960/08 y 167/11.

⁷¹ Cdo. 1, del voto de la mayoría.

el gobierno local había implementado algunos medios para la promoción del acceso a la vivienda de las personas que se encontraban en emergencia habitacional. Por ello, el gobierno local parecería querer promover el derecho al acceso a la vivienda para personas en situación de vulnerabilidad. Posteriormente surgirá que el gobierno local, a su vez, alegará la falta de recursos suficientes para dar otra respuesta al problema.

- d) Con toda esta preparación podría hacer referencia en forma separada o transversal al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho. En el caso, se trata de referencia a informes,⁷² datos estadísticos, historias de vida sobre la falta de acceso a la vivienda digna. Estas circunstancias ampliadas del caso pueden incluir referencias a informes sobre la (falta de) ejecución presupuestaria,⁷³ notas periodísticas, entre otras.

Estos elementos nos permiten aplicar la estrategia de la proporcionalidad por acción insuficiente con sus tres exámenes: idoneidad, medios alternativos suficientes, proporcionalidad en sentido estricto. Esto será el objeto del subsiguiente apartado, en el siguiente reconstruiremos la estrategia en la secuencia en la que es presentada en el voto de Petracchi. Este secuencia será reconstruida en los siguientes apartados a la luz de los tres exámenes

⁷² Véase, por ejemplo, entre muchos Arcidiacono, Pilar. *et al.*, “Déficit habitacional y desalojos forzosos en la Ciudad de Buenos Aires: apuntes sobre una política de expulsión y desresponsabilización”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2009*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores, 2009; Cardinaux, Nancy; Vita, Leticia; Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2012; Pautassi, Laura; Balardini, Lorena y Royo, Laura, “Derechos en la mira. Indicadores de medición en salud y vivienda”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldo, Martín (coords.), *Salud: sobre desigualdades y derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

⁷³ Véase Pucciarello, Mariana, El derecho a la salud en la Ciudad de Buenos Aires, referencias al presupuesto de gastos para el año 2012 y referencias a datos del Informe Anual del Observatorio de Derechos Humanos de la CABA que consignó la subejecución presupuestaria en áreas como salud, educación y vivienda, con cita de “No estuvo bueno Buenos Aires”, diario *Página 12*, 16 dic 12, disponible en www.pagina12.com.ar

para dar mejor pistas de cómo evaluar en concreto la —falta— de justificación estatal del accionar insuficiente.

2.4.2. Sobre cómo evaluar un accionar estatal que *prima facie* se revela como insuficiente: tres pasos argumentativos

Si se trata de evaluar un accionar estatal insuficiente, entonces esto presupone que existe un deber de hacer estatal suficiente. Nótese que esta afirmación incluye dos pasos:

- a) *la obligación de hacer, y*
- b) *el contenido de ese hacer debe ser suficiente.*⁷⁴

Según propusimos en varios lugares, este último es el punto central de la prohibición de insuficiencia o, mejor dicho, del accionar insuficiente. Este punto coincide con la argumentación de Petracchi. Veamos qué supone.

1. El *primer paso* es determinar las razones en general de por qué es debido un accionar estatal suficiente. Estas

⁷⁴ Véase Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *La Ley*, suplemento de derecho constitucional, Buenos Aires, 25 ago 2010 [en una versión ampliada, en Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 385-428]: La prohibición de insuficiencia abarca dos mandatos definitivos cuyo desconocimiento lleva a la vulneración del derecho prestacional: el mandato de hacer definitivo con un contenido definido indiscutible —medio necesario y eficaz—; el mandato de hacer definitivo con un contenido alternativo pero a la vez suficiente —medio suficiente—, se puede seleccionar un medio eficaz para realizar el derecho entre los muchos alternativos existentes, pero no por debajo de la medida de realización del mejor medio alternativo; Falcón, Juan Pablo, “El examen de proporcionalidad por acción insuficiente”, en *aDACiudad*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo, núm. 5, 2013, Buenos Aires, p. 133; Florián, Felipe J. León, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares”, en *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, núm. 18, 2013, PUCP, p. 403; Matricardi, Luís Fernando, *A Proibição de Insuficiência e o STF: O Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal*, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009; Catib de Laurentiis (n 5); Fazio, Federico de, *Teoría jurídica de los derechos sociales*, Buenos Aires, 2017.

razones pueden surgir de un deber estatal objetivo o de un deber estatal como contenido de un derecho.⁷⁵ Esta última es la línea argumentativa de Petracchi. Ese deber estatal surge a partir de varios argumentos:

- a) del amplio reconocimiento normativo del derecho a la vivienda —en el bloque de constitucionalidad y en el derecho constitucional provincial y local—;
- b) de la especial importancia que tiene por su interdependencia con otros derechos —dignidad, salud—,⁷⁶ y
- c) de otros dos argumentos más relacionados con la igualdad:⁷⁷ c.1) quien carece de vivienda no se encuentra en igualdad⁷⁸ de condiciones para crear y desarrollar un proyecto de vida —léase como parte de la autonomía—⁷⁹ y, además, c.2) en el caso se trata de una situación de partida de desigualdad de hecho que requiere especial atención (en virtud de tres mandatos de fuentes diversas: c.2.1) el art. 75, inc. 23 CN y c.2.2) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconocen la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las per-

⁷⁵ Sobre esta discusión véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, cap. 9.

⁷⁶ Cdo, 8, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁷⁷ Varios pasos de esta argumentación se encuentran resumidos en el siguiente párr. del cdo. 8, del voto de Petracchi en Q. C., 2012: “Asimismo, corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes”. (cursiva agregadas)

⁷⁸ En este punto la argumentación pudo haber entrado en diálogo con la observación general 14 del Comité DESC, párr. 36, cuando establece respecto del contenido de las obligaciones de “cumplir” que “[l]os Estados deben garantizar la atención de la salud, [...] y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como [...] vivienda y condiciones de vida adecuadas”.

⁷⁹ Esta argumentación pudo haber entrado en diálogo con el caso de la Corte argentina *Reyes Aguilera* y el caso de la Corte IDH *Villagrán Morales*.

sonas por la situación de discapacidad (en este caso severa y de pobreza, c.2.3) por tratarse de un niño, el Estado tiene un deber de especial protección, según surge también del art. 19 de la CADH).⁸⁰ En suma, el derecho es exigible y de él emanan deberes de hacer.⁸¹

2. El *segundo paso* que se deja reconstruir a partir del trabajo con el fallo, es la determinación de las exigencias a ese deber estatal para que sea adecuado y posibilite el ejercicio del derecho a la vivienda *en concreto*. Estas exigencias están dadas además por la *urgencia* que se requiere en la prestación para que ese accionar en el caso concreto sea adecuado. Ese deber presupone uno más general, que se refiere a una obligación de desarrollo normativo y de ejecución, no como condición de validez del derecho. Es claro que en la argumentación de Petracchi el derecho es exigible. Así, la obligación general de desarrollo normativo es para garantizar el *goce efectivo del derecho*: “En tales condiciones, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el *deber concreto e inmediato* del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad”.⁸² Se trata del deber de desarrollar políticas públicas, pero no como un accionar discrecional del Estado; ese empezar a andar es regulado, en el sentido de que lo viola si no hace algo, si no sigue

⁸⁰ Sobre el enfoque de la “discriminación interseccional”, véase Góngora Mera, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en: Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013; y en relación con el caso de la Corte IDH, *Gonzales Lluy vs. Ecuador* sobre derecho a la salud, en especial, el voto concurrente del juez Ferrer Mc-Gregor.

⁸¹ Sobre la relación entre derechos sociales y Estado social de derecho, véase Vita, Leticia, “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

⁸² Véase, el trabajo de Arango, Rodolfo, “El concepto de goce efectivo de derecho”, en *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 109-165.

avanzando o si lo deja arbitrariamente de hacer. Sin embargo, no solo eso, ese hacer debe ser suficiente y surge del mandato de proporcionalidad en concreto:

- a) *Mandato de proporcionalidad como adecuación*: “las medidas adoptadas deben ser [...] adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la ley fundamental”. Pero esa adecuación requiere tener en cuenta las diferencias de partida relevantes, justamente para que aquellos que se encuentran en desigualdad de hecho (art. 75, inc. 23) puedan acceder al goce efectivo del derecho.⁸³

La adecuación en concreto implica en el caso evaluar la conducencia de las acciones del estado local para garantizar el goce efectivo del derecho a la vivienda de los niños y niñas en situación de discapacidad. El examen de adecuación en concreto implica, a su vez, igualdad como reconocimiento:⁸⁴ “que el Estado

⁸³ Cdo. 10, ap. a, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁸⁴ Interpretamos que la argumentación aquí se acerca a un discurso de la igualdad como reconocimiento. El discurso de reconocimiento se pronuncia a favor de la ampliación de los lugares para el ejercicio de los derechos; por ejemplo, en este punto la sentencia es clara cuando habla de tener en cuenta las “capacidades” diversas de las personas para el diseño de las políticas públicas que permiten el acceso a la vivienda digna. En este caso, se trata de tener en cuenta las necesidades de los niños en situación de discapacidad para el acceso a la vivienda, sobre reconocimiento, véase Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid-Coruña, Morata-Padeia, 2006, pp. 36-37. En otro lugar explicamos que la idea de igualdad como reconocimiento busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas, en este caso las identidades dominadas serían las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de estatus dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales. En este sentido, proponen la revaluación de subjetividades no

debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas *apropiadas y conducentes* para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna”.⁸⁵ Ese reconocimiento exige el:

- a) *Deber de respetar las prioridades que la Constitución asigna a los grupos desaventajados*: así, se evaluará si en el diseño de esas acciones estatales —las políticas públicas— se respetaron las “prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población”.⁸⁶ Nuevamente aquí marca una pauta para el examen de proporcionalidad desde la perspectiva de la igualdad real del artículo 75, inciso 23 CN.⁸⁷ Por ello, si del primer paso argumentativo —es decir en a— surge que no ha implementado acciones o estas son insuficientes, a renglón seguido hay que analizar cómo impactan en las posiciones de los que se encuentran en peores condiciones, en este caso, la del niño en situación de discapacidad grave y de indigencia. Y el resultado de esto puede convertir el paso de a) a b) en una *presunción de inconstitucionalidad* de la omisión

respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos de las personas con diversidad. Es claro que la Corte, en su sentencia, analiza el caso de la discriminación por discapacidad desde la perspectiva de la falta de reconocimiento cuando le advierte, por ejemplo, al estado local que no tuvo en cuenta la situación de las personas con discapacidad en sus acciones sobre acceso a la vivienda. Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, jul, 2011, Facultad de Derecho-Universidad de Talca, Chile, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>

⁸⁵ Cdo. 10, ap. a, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁸⁶ Cdos. 10, ap. b, y 8; 15, último párr. del voto de Petracchi; en Q. C., 2012.

⁸⁷ Véase este argumento en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001 [Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Themis, 2012]; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit, cap. 4; Vandenhoe, Wouter, “Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test”, en Brems, Eva, *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 559-586.

o accionar insuficiente estatal.⁸⁸ Así, cuando se demuestra que el Estado ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el artículo 2 del PIDESC.⁸⁹ Por ello, es el Estado quien tiene la carga⁹⁰ de la justificación agravada de.

- b) *Demostrar que ha cumplido con la obligación de desarrollo progresivo, de avanzar sostenidamente en el sentido de garantizar derecho a la vivienda*: “El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes”.⁹¹ Es el Estado “quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no

⁸⁸ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec2008> y Ronconi, Liliana, “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en Clérico, Laura; Liliana Ronconi y Aldao, Martín (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.

⁸⁹ En el ap. IV.e de este trabajo fue reconstruida a través de la ley de la ponderación progresiva.

⁹⁰ Caramelo Díaz, Gustavo D., El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina, SJA-2012/08/01-44; JA-2012-III, identifica acertadamente como un punto central de este voto la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba para la acreditación de las carencias presupuestarias. Así, continúa, se rewertió “la exigencia de *prueba cuasi diabólica exigida por la mayoría del Trib. Sup. Just. de la Ciudad a quien, por su condición de vulnerabilidad, se encuentra en la práctica imposibilidad de acceder a la información necesaria para sustentar tal aspecto del debate*”. (cursivas agregadas)

⁹¹ Cdo. 10, lit. c, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

el afectado que ve sus derechos insatisfechos” (párr. 2).⁹² La carga de la prueba y de la argumentación en cabeza del Estado se justifica además porque es este quien genera la información presupuestaria y quien tiene acceso privilegiado a ella —para el “[h]abitante, [...] el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso”— (párr. 3).

Hasta aquí el desarrollo de las pautas para evaluar si la omisión o el accionar estatal insuficiente implica una violación al derecho a la vivienda y a la salud de un niño en situación de discapacidad severa y de indigencia. El tercer paso implica la aplicación de este dispositivo argumentativo al caso concreto, que proponemos reconstruirlo a través de los exámenes de idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto.

2.4.3. La evaluación de la insuficiencia del accionar en concreto: haciendo el examen de proporcionalidad manejable

Se trata entonces de evaluar por qué el gobierno local violó sus obligaciones por no haber implementado medios⁹³ adecuados y suficientes para permitir el goce efectivo del derecho a la vivienda del niño y de su madre. Entonces, ¿la ciudad de Buenos Aires ha cumplido con sus deberes constitucionales respecto de la actora y su hijo menor?⁹⁴

⁹² Cdo. 17, del voto de Petracchi en *Q. C.*, 2012.

⁹³ El voto de Petracchi realiza un guiño pero seguido de una advertencia a los poderes estatales encargados de cumplir con las obligaciones de hacer que surjan del derecho. El guiño está conformado por el reconocimiento de “un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna” (véase cdo. 11 de su voto). La advertencia sigue en forma inmediata. La selección de medios tiene límites. Si se trata del acceso a la vivienda de grupos vulnerables en situación de discapacidad severa y de calle: esa selección de medios se reduce en forma considerable, solo puede elegir entre los *medios adecuados y suficientes* para satisfacer el derecho.

⁹⁴ Esta pregunta se desprende del cdo. 12 del voto de Petracchi. Advierte así que no se trata de evaluar los medios en general sino en concreto. En este

2.4.3.1. Examen de idoneidad

¿Son los medios implementados por el estado (local) proporcionados, es decir, *adecuados, apropiados y conducentes* para lograr que el niño en situación de discapacidad severa —y junto con su madre— en situación de calle tengan acceso al derecho a una vivienda digna?

Claramente, la respuesta es negativa. Para ello se evalúan en su —falta de— idoneidad en concreto todos los medios que el estado local alega haber implementado para concluir que: “si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle, [...]”.⁹⁵ Veamos una estrategia de reconstrucción pormenorizada del examen de idoneidad en concreto. Los medios (M) serían cuatro:

1. créditos hipotecarios (M1),
2. subsidios por no más de 10 meses (M2),
3. pernoctar en paradores o albergues (M3),
4. falta de programa para el acceso a la vivienda de las personas en situación de discapacidad, es decir, una omisión (M4).

Desde el comienzo, uno de ellos (es decir, M1) queda excluido por su falta de idoneidad a la luz de la situación concreta del niño y su madre. Los otros tres son claramente insuficientes e inadecuados.

M1: está conformado por los *créditos* ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles.⁹⁶ Sin embargo, no es idóneo —desde el punto de vista cuantitativo— para el caso —ni

punto el voto de Petracchi difiere expresamente con la argumentación de la solución dada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el caso Q. C. cuando se remite a la aplicación del caso *Alba Quintana*, véase nota 59 de este trabajo.

⁹⁵ Cdo. 12, del voto de Petracchi en Q. C, 2012.

⁹⁶ Además, tampoco serían idóneos para el segmento de la población para la que fueron pensados. De acuerdo con testimonios de informantes clave, el IVC no estaría tampoco otorgando estos créditos alegando falta de fondos.

para otros similares—, pues exige entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2 000 pesos mensuales. Recordemos, la mujer y el niño se encontraban en situación de calle, el niño requería —y requiere— asistencia continua debido a su situación de discapacidad severa. Se podría agregar que en la ciudad no existe un sistema de educación y asistencia integral para las personas con discapacidad que permita a la madre dejar al niño en un lugar adecuado durante el tiempo que requiere para conseguir un empleo.

M2: se trata de la entrega de un *subsidio* en dinero por un plazo máximo de diez meses —seis meses, prorrogable excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser renovado bajo ningún concepto, según decreto local 690/06, sus modificatorios y decreto 167/2011—. Este tampoco es un medio adecuado, ni apropiado —desde el punto de vista cuantitativo—, ya que finalizados los diez meses, los destinatarios vuelven seguramente a la situación de calle y no se prevé otro medio alternativo para salir de esta situación, quedan “desamparados”.⁹⁷ Aquí, M2 se muestra como no idóneo desde el punto de vista probabilístico: no es probable que los grupos desaventajados salgan de la situación de desigualdad estructural⁹⁸ en la que se encuentran

⁹⁷ Este era el destino casi obligado de la reclamante y el niño que pudo evitarse gracias a la medida cautelar judicial que ordenó que se continuara otorgando el subsidio, véase cdo. 7, del voto de la mayoría y de Petracchi.

⁹⁸ Las medidas estatales para otorgar una “solución definitiva” al acceso a la vivienda digna para personas en situación de discapacidad requeriría de remedios estructurales. Véase Caramelo Díaz, Gustavo D., “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema...”, *cit.*, 2012-III, quien sostiene que “el carácter socioestructural de una desventaja es relevante tanto para definir la extensión de la obligación social de paliarla como para entender el tipo de remedios necesarios para hacerlo. Si la sociedad tiene una mayor responsabilidad frente a aquellas desventajas que pueden atribuirse más directamente a su estructura, esto quiere decir que los remedios deben enfocarse específicamente en tal estructura. El remedio debe ajustarse a la fuente de desigualdad, enervando los factores que afectan en forma desigual la capacidad de competir de los integrantes del grupo”. Véase además, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 163-197; Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las

respecto del acceso a la vivienda digna con un subsidio que solo alcanza para pernoctar en un hotel familiar.

M2 es evaluado también en cuanto a su contenido desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo —el monto del subsidio, que va desde los 700 a los 1 200 pesos mensuales—. Nuevamente es insuficiente e inadecuado para lograr el fin que supuestamente debería perseguir: la vivienda digna —un lugar “para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad”—. Es insuficiente: en el voto de Petracchi se tienen en cuenta “las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables”. Por ejemplo, la habitación en “un hotel familiar, que acepta menores de edad (dimensiones de la habitación de 3 metros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera)”,⁹⁹ tendría un costo mensual de 1 700 pesos,¹⁰⁰ con lo que el subsidio de 1 200 pesos no alcanzaría a la actora.¹⁰¹

tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, disponible en www.scielo.br/pdf/rdqv/v9n1/a06v9n1.pdf y en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH, véase el caso paradigmático *Hacienda Verde vs. Brasil*, 2016, sobre prohibición absoluta de esclavitud, trata de personas y trabajo forzado. Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity”, en Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela, *Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 83-96.

⁹⁹ Cdo. 13, de Petracchi y cdo. 15, del voto de la mayoría en *Q. C.*, 2012, con cita expresa de los dichos del defensor oficial en la audiencia pública cuando relató las condiciones edilicias del hotel Casona Solé, del barrio de Floresta, donde la actora y el niño se encontraban alojados.

¹⁰⁰ Por lo demás, los montos no se modificaron desde el decreto 167/11, lo que demuestra que están por demás desactualizados. Agradezco a Anabel Papa el haberme indicado este punto.

¹⁰¹ Por lo demás, no es fácil encontrar plazas en este tipo de hoteles que alberguen a mujeres con chicos; este déficit se agrava aún más en contextos de desalojo. Agradezco a Martín Aldao el haberme advertido sobre este punto. Además, sobre el punto de la cercanía del lugar de residencia con la accesibilidad física a los centros de atención en los que es atendido el niño, véase en este trabajo nota al pie 73.

Además, M2 es inadecuado en otros sentidos. Si es que M2 solo permitiría conseguir albergue en una habitación en un hotel familiar, por sus condiciones edilicias —carecen de baños privados y alojan a más de una familia—, “no resultan adecuadas para la patología del niño”. Las condiciones edilicias han implicado incluso un empeoramiento del estado de salud del niño.¹⁰² Por no contar con servicios sanitarios adecuados contrajo hepatitis A y por falta de acceso a una cocina, en donde su madre pueda cocinar los alimentos apropiados para su edad, ha sufrido falta de desarrollo de la capacidad de masticar.¹⁰³

M3 consiste en la posibilidad de dormir en alguno de los *paradores y albergues* que provee la ciudad, siempre y cuando existan plazas disponibles. Esta alternativa —“exigua contención”—¹⁰⁴ es también inadecuada por tres consideraciones.

Primero, se recurre a la propia producción normativa del estado local. La ley local 3706 interpreta “*en situación de calle* a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (art. 2).

Segundo, los paradores son además insuficientes: no pueden cobijar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la ciudad, ya que cuentan aproximadamente, con un total de 1 600 plazas.¹⁰⁵ Sin embargo, serían 7 000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4 500 estarían

¹⁰² Sobre la relación estrecha entre derecho a la salud y vivienda, véase el punto 11 de la observación general 14, entre otros, el Comité DESC interpreta que el derecho a la salud no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como, una vivienda adecuada.

¹⁰³ Cdo. 13, del voto de mayoría en Q. C. Aquí el Tribunal pudo haber realizado una referencia expresa a la observación general 12 sobre derecho a la alimentación que cuando se refiere al acceso a una alimentación adecuada subraya a la vivienda digna como uno de los elementos imprescindibles para poder acceder a una dieta razonable.

¹⁰⁴ Cdo. 14, del voto de Petracchi en Q. C.

¹⁰⁵ Según el gobierno local, existen siete paradores estatales, más otros tantos privados con los que el estado local tiene convenio.

cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda.

Tercero, los albergues son lugares de permanencia transitoria. Las personas deben, generalmente, solicitar una plaza en forma diaria y en horarios determinados. Esto no parece propicio para cuidar y criar a un niño. Pero tampoco permiten mantener la unidad familiar, ya que en su mayoría no admitirían varones, mujeres y niños en el mismo establecimiento. Es claro que M3 es “especialmente” inadecuado para funcionar como vivienda digna de un niño que requiere especial atención y cuidados.¹⁰⁶

M4 es una omisión: “dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para persona en calle” y que atienda “suficientemente” a “la situación de este grupo familiar en extrema vulnerabilidad”.¹⁰⁷ Es decir, no hay un medio específico que permita al grupo familiar lograr una “solución definitiva” al problema de falta de vivienda.

En suma, ni M1, M2, M3, ni M4 son medios adecuados y suficientes para realizar el derecho a la vivienda digna de una persona que se encuentra en una situación de desigualdad de hecho de partida. Por ello, se habla de una clara y “grave omisión inconstitucional”: el gobierno local “no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social —como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones míni-

¹⁰⁶ De la jurisprudencia de instancias inferiores de la CABA sobre acceso a la vivienda surge una línea jurisprudencial clara que habla del carácter inadecuado de los paradores para considerarlos vivienda digna sea cual fuere la persona que reclama por vivienda, véase Fazio, Federico de; Aldao, Martín y Vita, Letecia, *op. cit.*; y M. Puciarello, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud...*, *cit.* Anabel Papa me advierte que además de los paradores están los hogares de tránsito. Si bien estos hogares parecerían estar en mejores condiciones edilicias que los paradores, las personas solo pueden permanecer en esos lugares por un plazo determinado; con lo que tampoco sería un medio adecuado para posibilitar el ejercicio del derecho al acceso a la vivienda digna del niño en situación de discapacidad y su madre.

¹⁰⁷ Cdo. 13, del voto de mayoría en Q. C.

mas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2 000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna. *Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad*¹⁰⁸ (de acuerdo con el art. 75, incs. 23 y 22 CN).

Ahora bien, si la omisión es gravemente inconstitucional, queda claro que no puede ser justificada. Sin embargo, la argumentación continúa. Incluso, tal vez, para dar pistas a posibles futuros reclamantes acerca de cómo desarmar el manido argumento de los costos¹⁰⁹ y otros argumentos recurrentes. A su vez,

¹⁰⁸ Cdo. 15, del voto de Petracchi en Q. C.

¹⁰⁹ Respecto de este punto, también se ha sostenido que “lo fundamental es, en el régimen legal, que [el Estado nacional] debe asistirlo sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación de falta presupuestaria”. CSIN, fallos, 324: 3527, punto 6 del dictamen del procurador general de la Nación. Véase, además, en sentido similar, Comité DESC, observación general 14, párrs. 43, 47-48, 53-55 y observación general 15, párr. 42; observación general 17, párr. 27; *cfr.* observación general 3, párr. 10; en especial, observación general 14, párr. 47: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables”. Las obligaciones básicas son (párr. 43): “a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial de los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial [...]; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, [...]; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, [...] una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población [...]” (cursivas agregadas). Aho-

sirve para desarrollar reglas jurisprudenciales en un ámbito donde aún no hay precedentes suficientes.

2.4.3.2. Examen de medios alternativos

El Estado claramente no cumplió con su obligación de garantizar el derecho a la vivienda digna, si pudo haber realizado algo suficiente. El estado local trató de demostrar que no pudo hacer algo suficiente o mejor, pues su “tarea en casos como este está ceñida a un presupuesto «inelástico», y que por esa razón cada uno de los casos va chocando contra la limitación que establece la ley local”.¹¹⁰ La Corte sometió esta justificación a un examen que puede ser reconstruido como un examen de medios alternativos: si el Estado “pudo encontrar la solución más eficiente y de «bajo costo»”,¹¹¹ entonces el Estado no realizó el mayor esfuerzo posible para garantizar el derecho afectado.

Existía un medio alternativo idóneo e incluso menos lesivo para los intereses estatales. Ese medio alternativo (M5) requiere de un “análisis integral” y de una “planificación coordinada y adecuada”. En este punto la estrategia argumentativa se bifurca en los dos caminos: idoneidad e igual o menor lesividad para los intereses estatales. El medio alternativo consiste en la ar-

ra bien, si se trata de “obligaciones de desarrollo progresivo”, se aplica el estándar que surge de la observación general 3, párr. 10 del Comité DESC: “el párrafo 1 del artículo 2 [del PIDESC] obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones [...]”, no basta con que simplemente lo alegue, debe demostrar en concreto que ha agotado todos los medios disponibles “para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. Esta exigencia implica someter las razones justificatorias a una pauta de control bien estricta y agravada en el caso concreto. No es muy probable que, por ejemplo, un Estado pueda demostrar que para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños ha agotado todos los recursos disponibles, ya que como advierte el Comité en la observación general 12, el problema no es la falta de alimentos sino “la falta de acceso a los alimentos disponibles” (párr. 5).

¹¹⁰ Voto de la mayoría, cdo. 14.

¹¹¹ Voto de la mayoría, cdo. 15, párr. 8.

ticulación de los distintos programas públicos que corresponden actuar para que la mujer y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad. Esto implica intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que precisa, sin que implique una internación u otra medida similar que interrumpa la relación materno-filial. A su vez, requiere que el estado local implemente los servicios sociales de los que ya dispone para otorgar a la mujer el asesoramiento y orientación necesarios en materia laboral, ya que la mujer tiene el “elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral”. Para el voto mayoritario, ese medio alternativo requiere de un accionar estatal integral para superar la situación de extrema vulnerabilidad.¹¹²

La segunda parte del examen en concreto establece incluso que M5 “no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria”, “incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor”.¹¹³ Esto surge de la comparación de lo que eroga por M2 —subsidio— y es otra forma de evaluar que el argumento de los recursos era endeble.¹¹⁴ Los recursos disponibles fueron incluso

¹¹² Caramelo, Gustavo, El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina, SJA-2012/08/01-44; JA-2012-III, identifica un déficit de la sentencia cuando sostiene que la Corte no habría desarrollado los distintos elementos que se han considerado requisitos para la calificación de una vivienda como adecuada de acuerdo con las pautas que surgirían de la observación general 4 del Comité PIDESC. Concluye que este desarrollo “hubiera constituido una determinación valiosa para el encuadre de futuras decisiones en la materia por los distintos poderes de los Estados que conforman el sistema federal argentino”. En efecto el punto central de cada uno de los votos es enfatizar y justificar por qué las medidas estatales del gobierno local no fueron las adecuadas ni las suficientes para garantizar al niño en situación de discapacidad y a su madre, una vivienda digna. Se diría que el Tribunal —por lo menos, el voto mayoritario y el de Petracchi— realiza un examen de razonabilidad/proporcionalidad crítico; la faz constructiva del examen queda opacada; sin embargo, si se lee con atención el voto mayoritario surgen algunas pistas de cómo pensar la adecuación desde la perspectiva de la integralidad de las acciones estatales.

¹¹³ Voto de la mayoría, cdo. 16, párr. 2; cdo. 15, párr. 9.

¹¹⁴ Cdo. 18, voto de Petracchi. Véase, asimismo, Fazio, Federico de; Aldao, Martín y Vita, Letecia, *op. cit.*, en nota 3 de este trabajo.

utilizados por el Estado de forma irrazonable: “*la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, solo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados*”. (párr. 2). Quienes “*no tienen ingresos comprobables y carecen de garantías no reúnen los requisitos exigidos por el mercado para alquilar una vivienda. Por ese motivo, no tienen otra opción que acudir a la renta de habitaciones en hoteles familiares que, frente a la necesidad de estas personas, exigen el pago de sumas excesivas por habitaciones pequeñas y precarias*” (párr. 3).¹¹⁵ En suma, M5 es más adecuado para promover el acceso a la vivienda digna del niño y, a su vez, es menos lesivo para los alegados intereses estatales.

Por último, y esto es un presupuesto del examen de medios alternativos, la argumentación del Estado debe ser seria. La falta de acciones públicas adecuadas en materia de vivienda tampoco puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, pues no bastan las meras afirmaciones dogmáticas: el estado local no acreditó, “por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales”.¹¹⁶ Al respecto, no alcanza con “realizar afirmaciones teóricas y abstractas”, tales como “los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población”. El Estado local no aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas.¹¹⁷

¹¹⁵ Cdo. 18, de Petracchi en Q. C. (cursivas agregadas)

¹¹⁶ Cdo. 17, párr. 5.

¹¹⁷ Incluso, véanse informes sobre la falta de ejecución presupuestaria en materia de vivienda, véase Puciarello, Mariana, “Derecho a la salud en la Ciudad de Buenos Aires”, Fráncfurt del Meno, Peter Lang, 2013. Véase O’Cinneide, Colm, “The Problematic of Social Rights –Uniformity and Diversity in the Development of Social Rights Review”, en Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart, 2014, quien sostiene que se han desarrollado varias herramientas para lidiar con el argumento de los costos en la disputa judicial sobre derechos; Orlando, Federico, “Los argumentos

En suma, el punto argumentativo importante fue comprobar que los medios implementados no eran adecuados para superar la situación de extrema vulnerabilidad y que el Estado pudo haber realizado otras acciones estatales más adecuadas incluso utilizando los programas y servicios existentes. Desde la perspectiva del Estado no se trata de alegar la carencia de recursos; para que su argumentación sea convincente, en el caso debió haber demostrado que los medios implementados eran los adecuados para permitir a la mujer y al niño en situación de discapacidad salir de la situación de extrema necesidad, examen que no logró superar.

2.4.3.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

El examen de proporcionalidad examina si las razones a favor del derecho del niño y la actora son mayores que las alegadas por el estado local. Desde el comienzo, esta relación estuvo impregnada por una fuerte advertencia argumentativa. La Constitución en su artículo 75, inciso 23, establece un deber estatal respecto de los grupos en desventaja, en este caso un niño en situación de discapacidad y de calle. Así, se evaluará si en el diseño de esas acciones estatales —las políticas públicas— se respetaron las “prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población”. Por los resultados del examen de idoneidad y de medios alternativos en concreto, sabemos que el Estado no las tuvo en cuenta, por eso su accionar se presume como inconstitucional. Desarmemos esta argumentación, pues es una particularidad de especial relevancia para el examen de proporcionalidad cuando los titulares de los derechos afectados son personas en situación de desventaja estructural: niños, personas en situación de discapacidad, personas de edad avanzada, pueblos originarios, mujeres, migrantes. Para trabajarlo en concreto lo haremos en relación con el caso:

de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (Rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente)”, en *aDA*, núm. 5, Revista de la Asociación de Derecho de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, pp. 97-132.

a) *el grado o intensidad de la no satisfacción —o de intervención— del derecho de prestación.* En el ejemplo la intensidad es muy alta, para ello se pueden tener en cuenta varios argumentos referidos a: el estado grave de la situación de discapacidad del niño, el empeoramiento de su estado de salud —contrajo hepatitis e infecciones— por haber vivido en lugares inadecuados, la involución en el desarrollo de sus capacidades (p. ej., de masticar) por no contar con un lugar adecuado para cocinar. En el caso de la mujer y también del niño, la angustia que produce el no saber en qué lugar vivirán el próximo día,¹¹⁸ o bien, la que produce vivir en la calle. Para ello hay que considerar, además, cómo impacta la no realización del derecho de prestación en el plan de vida del niño y de la mujer —autonomía— y de acuerdo con sus intereses y necesidades argumentables —reconocimiento—. Estas consideraciones ocuparon un lugar relevante en las argumentaciones de la Corte: se habló de cómo la falta de un accionar estatal integral impactó en el desarrollo de la autonomía del niño, en el desarrollo de la actividad laboral de la mujer. En especial, en el voto en mayoría se argumenta sobre cómo la falta de acción estatal integral impactó en las posibilidades del derecho de trabajar “libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral”. Además, aquí juega un papel especial la prohibición de exigir a la mujer y al niño en situación de discapacidad lo insoportable: vivir en las condiciones que estuvieron padeciendo.¹¹⁹ En palabras de la Corte: “ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”,¹²⁰

¹¹⁸ Sobre este aspecto como parte de la salud, véase Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 64: “la seguridad acerca del futuro es de vital importancia en cuanto a la posibilidad real que esas personas tienen de usar y disfrutar de todas las capacidades...”.

¹¹⁹ Véase, en este capítulo, el apartado sobre medios alternativos más idóneos o más benignos.

¹²⁰ Cdo. 12, del voto de la mayoría en Q. C.

- b) *la medida de la satisfacción o promoción del derecho a la salud* por el medio seleccionado por el Estado en comparación con el medio alternativo. Aquí hay que recuperar los resultados del examen de idoneidad y de medios alternativos y considerarlos de acuerdo con la fórmula que dice: cuanto más baja es la idoneidad de los medios estatales (M1, M2, M3, M4) y cuanto más pueda ser promovido a través de medios alternativos (p. ej., M5), tanto más importante se vuelve el derecho a la vivienda y a la salud del niño y la mujer, y tanto más difícil puede tornarse la justificación de su interferencia debido a —o argumentando— la importancia de la realización de algún fin estatal. La medida de promoción del derecho a la salud y a la vivienda en el caso por el medio alternativo (M5) es mejor, de acuerdo con lo trabajado en el apartado anterior;
- c) *la importancia de la promoción del derecho a la salud y a la vivienda en un plazo dentro del cual deba ocurrir su realización concreta* —argumento de la urgencia—:¹²¹ en el caso, este argumento jugó un papel relevante, reiteramos: cuesta imaginar una situación más desesperante que la padecida por la mujer y el niño;
- d) *la determinación del peso abstracto del derecho a la salud y a la vivienda*: aquí es importante determinar cómo se relaciona con una cuestión central del plan de vida del afectado; además, cuando lo reclamado se acerque más estrechamente al contenido básico del derecho a la salud, mayor será su peso; “[e]s preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad”,¹²² y

¹²¹ Véase este argumento en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte...*, cit., pp. 226-227, 238-239 [Arango, R., *El concepto de los derechos sociales fundamentales*]; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 466, Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, pp. 121, 172, 277, 280, 304-305, 314.

¹²² ONU, Comité DESC, observación general 14, párr. 22, *cfr. cdo. 8*, del voto de la mayoría en *Q. C.*, con cita de normas de convenciones internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 23, 24, 27.1, 27.3.

- e) *la pertenencia del afectado a un grupo de personas que, conforme a la Constitución o la ley, deba ser considerado en forma prioritaria; en el caso, un niño en situación de discapacidad que habita junto con su madre en la calle;*

De todos estos puntos resulta que la limitación al derecho a la salud y a la vivienda en el caso es extrema, por ello, la “fuerza de las contrarrazones (debe crecer) de forma *más que proporcional*”.¹²³ Esto deviene de una interpretación *progresiva*¹²⁴ de la ley de la ponderación, que dice:

Cuanto más se interfiere en la realización de un derecho en su función de prestación, dejándolo casi sin posibilidad de realización alguna, tanto más fuerte será su capacidad de resistencia, es decir, su peso, y la fuerza de las razones que pretenden justificar (esa falta de realización) deben crecer de forma “más que proporcional” (“sobreproporcional”), de forma tal que una interferencia en ese ámbito pueda ser justificada.

Esta fórmula es de suma importancia, si se tienen en cuenta las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de desigualdad estructural para personas desaventajadas —niños, personas en situación de discapacidad, ancianos, pueblos originarios, mujeres—.¹²⁵ Así, la apli-

¹²³ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 271, resaltado por Laura Clérico últimamente, véase Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, quien la utiliza para reconstruir el examen de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Sudafricana sobre derecho a la vivienda.

¹²⁴ Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., pp. 168, 236, 345.

¹²⁵ Incluso, si se afecta el “contenido básico”, por ejemplo, del derecho a la salud de un grupo vulnerable, este no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios. No puede el Estado alegar el argumento de haber agotado el “máximo de los recursos disponibles del Estado” y, sin embargo, no estar en condiciones de cumplir con la obligación. La obligación sigue siendo impostergable e inderogable. Véase, observación general 14, párrs. 43, 47-48 y observación general 15, párr. 42; observación general 17, párr. 27; *cfr.* observación general 3, párr. 10; en especial, observación general

cación de esta regla en contextos¹²⁶ donde las omisiones o acciones estatales insuficientes afectan las condiciones de existencia digna, requiere una precisión de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, que dice:

Quando se está en presencia de una realización baja (o muy baja o extremadamente baja) de un derecho de prestación por una omisión o una acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente.

Esta regla implica:

- a) una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente;
- b) la carga de la argumentación recae en aquellos que alegan la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente, por lo general, el Estado;¹²⁷

14, párr. 47: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables”. Las obligaciones básicas son: “a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial [...]; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, [...]; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar [...] una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población[...]”.

¹²⁶ Véase Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 7 de noviembre de 2007.

¹²⁷ El caso *Lifschitz* resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina en 2004 puede ser reconstruido en este sentido. La Corte ordenó al Estado na-

- c) una exigencia agravada de justificación, la desproporcionalidad de la omisión o acción insuficiente solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes;
- d) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la omisión o la acción estatal insuficiente como no proporcional.

Así, en el caso, la presunción de inconstitucionalidad de la acción estatal insuficiente recae en el estado local y no pudo ser superada por razones de mayor peso o importancia en concreto referidas a la promoción de fines estatales.

En suma: en este caso, en el marco del examen de proporcionalidad surgieron las razones —variadas— de por qué las acciones del estado local son insuficientes e implican una violación al derecho a la vivienda y salud del niño y de su madre. Asimismo, en el marco de este examen surgió cuál es la conducta debida *suficiente*. Por cierto, sobre este punto vemos modulaciones en el contenido de lo que significa suficiente en el caso concreto. Con todo, el Tribunal no se limitó a decir que el estado local debe hacer algo, sino que le fijó las condiciones para que ese accio-

cional otorgar un subsidio que permita solventar los gastos de educación y transporte de un niño discapacitado, cuyos padres no cuentan con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La madre del niño reclama la acción estatal por insuficiente, ya que restringe en forma extrema el derecho a la educación de su hijo: no había vacantes suficientes en los establecimientos públicos de educación especial y el sistema de transporte público no satisfacía la necesidad de traslado porque dejaba a su hijo lejos del colegio. La Corte sostuvo que estaba probado que los padres no gozaban de una buena situación económica, que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado. Véanse otros casos recientes de la Corte Suprema Argentina que pueden ser reconstruidos en este sentido, en *La Corte y los derechos*, Buenos Aires, ADC-Siglo XXI Editores, 2005 y 2008, cap. Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pp. 332 y ss.

nar sea suficiente. Ese contenido fue determinado con mayor o menor precisión en la parte resolutive de cada uno de los correspondientes votos; sin embargo, concluyeron formulando un mandato definitivo con un contenido determinado alternativo siempre y cuando cumpla con las condiciones de suficiencia. De los tres votos, el que determinó con mayor precisión el contenido del cumplimiento suficiente fue el de la mayoría, luego siguió en orden decreciente en el Petracchi y, por último, el de Argibay. Veamos:

a) el voto mayoritario condena a hacer en forma suficiente y determina con precisión el contenido de la prestación, establece que el gobierno local:

1. Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹²⁸
2. Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

¹²⁸ Caramelo, Gustavo, “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina”, SJA-2012/08/01-44; JA-2012-III interpreta que este voto “ordenó medidas concretas vinculadas con la atención específica de los elementos tipificantes de la vulnerabilidad corroborada”. Para el autor este sería inusual y presume que se habría tratado de garantizar la “efectividad de la sentencia”, evitando que la determinación de las medidas a tomar quedara a merced de la sentencia del Tribunal de reenvío. Sobre la resolución de otros casos semejantes al caso Q. C., véase Pucciarello, Mariana, “Subsidios habitacionales y desempleo: la jurisprudencia que retorna al pasado”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2016, Buenos Aires; Pucciarello, Mariana, “El derecho a la vivienda en la C.A.B.A (abordándolo desde su aspecto histórico-político, normativo y jurisprudencial)”, en *Revista sobre el Derecho a la Vivienda en Argentina y Francia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2016, con detallado análisis crítico de la forma restrictiva con que el Tribunal Supremo local interpretó la regla de Q. C.

3. Asimismo, y hasta en tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar.¹²⁹

El examen de insuficiencia ordena la implementación del medio necesario ante la urgencia de la situación concreta del afectado, es decir, *un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible* (medio necesario),¹³⁰ por lo menos, para esta posición teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

b) Petracchi condena a hacer, ese hacer debe ser adecuado: el contenido de ese hacer permite cierta alternatividad pero dentro de los parámetros de suficiencia; así ordena:

[o]rtorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.¹³¹

c) Por último, Argibay condena a hacer. Ese hacer debe tener en cuenta el enfoque delimitado en la sentencia. Permite un mayor margen de alternatividad, ya que:

Obliga a que el Gobierno de la Ciudad atienda la problemática de vivienda planteada en el caso a partir de la aplicación de la siguiente regla de distribución: frente al pedido aquí formulado de una vivienda digna, la ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que el niño padece. Es que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad.

De modo tal, que resultaba irrazonable incluir a la señora S.Y.Q.C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias.

¹²⁹ Parte resolutive del voto de la mayoría en Q. C., 2012.

¹³⁰ Es decir, *un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible* (medio necesario).

¹³¹ Pucciarello Mariana, “El derecho a la vivienda en la C.A.B.A...”, *cit.*

Ello así, dado que solo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto.

2.4.4. Consideraciones finales

En general, este trabajo refuerza la idea de que el examen de proporcionalidad funciona como marco analítico¹³² para adjudicación/aplicación de los derechos de prestación. Por tanto, no hay ninguna razón para que los tribunales no hagan un uso más sistemático del examen de proporcionalidad en sus tres pasos, al menos vista desde el nivel analítico.

Respecto de los exámenes de idoneidad y de medios alternativos, se demostró que no son irrelevantes para la evaluación de las intervenciones a los derechos por insuficiencia u omisión. Incluso, estos exámenes pueden ser fortalecidos si se incluyen las perspectivas cuantitativas, cualitativas y probabilísticas, por ejemplo, para analizar si la medida estatal o las alternativas son aptas para promover el derecho positivo en cuestión. El trabajo con los casos evidencia que la inclusión de estas tres perspectivas no es artificial. Sirvieron para una mejor reconstrucción de la argumentación en el caso concreto. A su vez, más allá de los casos claros, se estableció una regla que recupera los resultados del examen de idoneidad y de medios alternativos como preestructuraciones de la proporcionalidad en sentido estricto. Idoneidad y medios alternativos sirven para determinar qué se pudo haber

¹³² Cheng-Yi, Huang y Law, David, “Proportionality Review of Administrative Action in Japan, Korea, Taiwan and China”, en Bignami, Francesca y Zaring, David (eds.), *Research Handbook in Comparative Law and Regulation*, Ed. Edward Elgar, 2015, sostienen que la claridad de la herramienta argumentativa de la proporcionalidad explicaría su uso por los tribunales.

realizado desde el punto de vista empírico. A su vez, delimita la justificación en el tercer paso de la proporcionalidad, ya que:

Cuanto menos idóneos sean los medios atacados, y en comparación con medios alternativos, tanto menos adecuado serán para la satisfacción del derecho de prestación en cuestión, y más grave será la justificación que exigen en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

La proporcionalidad en sentido estricto se refiere al examen de las razones estatales alegadas para justificar (a) lo realizado por el Estado y lo que pudo haber realizado, (b) la intensidad de la interferencia del derecho y la importancia de su realización. En especial, se trata del impacto en la posición del afectado y su situación de vulnerabilidad o desigualdad estructural:

Si la interferencia en el derecho es suficientemente significativa como para dejar pocas posibilidades de satisfacción, la capacidad de resistencia y la gravedad de la justificación requerida serán mayores. Por lo tanto, la fuerza de los argumentos que pretenden justificar esa falta de satisfacción debe crecer de una manera más que proporcional.

Este mismo estándar puede ser aplicado para evaluar cualquier omisión o accionar estatal insuficiente. Este estándar es de aplicación aún más urgente cuando se trata de una persona que se encuentra en alguna —o varias— de las situaciones de desventaja estructural que identifica el artículo 75, inciso 23 de la Constitución nacional (enumeración que por cierto no es taxativa y debe ser complementada, p. ej., con la del art. 75, inc. 17, sobre pueblos originarios), o cualquier otro instrumento constitucional o instrumento de protección internacional de derechos humanos que contenga una cláusula similar.

2.5. EXCURSO: QUEDA TINTA EN EL TINTERO:
LA AFECTACIÓN DEL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO,
UN LÍMITE INFRANQUEABLE AL RESULTADO DEL EXAMEN
DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Hasta aquí es claro que el estado local no pudo justificar su accionar insuficiente que implicó una violación al derecho a la

salud y a la vivienda del niño y de la madre. Esta falta de justificación surgió como resultado de la aplicación del examen de proporcionalidad. Sin embargo, queda una cuestión pendiente. Qué ocurre si la restricción al derecho afecta el contenido básico del derecho, es decir, aquello que hace a las condiciones de vida digna.¹³³ Este es un límite infranqueable. En palabras del Comité DESC: “Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas [...], que son inderogables”.¹³⁴

Las obligaciones básicas son:

- a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) asegurar el acceso a una alimentación esencial [...];
- c) garantizar el acceso a [...] una vivienda [...];
- d) facilitar medicamentos esenciales, [...];
- e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) adoptar y aplicar [...] una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población [...].

En el caso, la falta de acciones adecuadas por parte del estado local violaba desde el comienzo y claramente el acceso a una vivienda de un niño en situación de discapacidad y de calle —situación de vulnerabilidad—. Si el contenido básico del derecho se hubiese aplicado como regla, bastaba con constatar que la falta de acciones suficientes implicaba una violación al derecho, sin

¹³³ Véase en esta obra relación con las condiciones de existencia digna en el caso *Villagrán Morales y otros* en la jurisprudencia de la Corte IDH, Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, CECOCH-Universidad de Talca, Chile (SCIELO).

¹³⁴ Véase observación general 14, párrs 43, 47-48 y observación general 15, párr. 42; observación general 17, párr. 27; *cfr.* observación general 3, párr. 10; en especial, observación general 14, párr. 47.

que el Tribunal examine si las razones o sinrazones invocadas por el gobierno local podían justificar la insuficiencia u omisión.

Sin embargo, la Corte optó por otro camino.¹³⁵ Aplicó un examen de proporcionalidad por acción insuficiente para evaluar la justificación alegada por el estado local. Sabemos que el estado local fue poco convincente, pero aunque se hubiera esmerado en presentar una mejor estrategia argumentativa, esas supuestas razones no podrían derribar el límite infranqueable del derecho del niño a una vivienda digna por estar en juego el contenido o presupuesto básico de ese derecho.

Por ello, nos podemos preguntar, por qué la Corte no encaró el desarrollo argumentativo del caso desde el comienzo como un supuesto claro de violación del contenido básico del derecho a la vivienda. Esto se puede deber a varias razones. La primera se refiere a que es el primer caso que decide resolver en el que condena a un estado local a garantizar acceso a la vivienda digna en forma adecuada y suficiente en un supuesto en el que está en juego el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad. Por ello, tenía especial interés en exponer la debilidad de las razones esgrimidas por el estado local y, a su vez, marcar con detenimiento cuándo un accionar estatal que debe ser suficiente no lo es.

La segunda se refiere, tal vez, a sus otros interlocutores. Ellos son, por un lado, la actora y el niño. ¿Se puede hablar de un distracto judicial acaecido por las sinrazones de una sentencia? La actora y el niño fueron previamente interlocutores de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de la que se desprende que “vivienda” es “abrigo”, “cobijo”, es decir, que alcanza con pernoctar en un parador para tener acceso a la vivienda. En la práctica, esa sentencia le estaba diciendo que para vivir en familia, a la mujer y al niño en situación de discapacidad severa les debía alcanzar con un parador. Todos los votos de la sentencia de la Corte Suprema coincidieron en más o en menos en que era

¹³⁵ Se trataría de un camino argumentativo intermedio, véase Uprimmy, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana...”, *cit.*

difícil “imaginar” un estado más desesperante de falta de acceso a la vivienda: “hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”.

La palabra *imaginar* utilizada por la Corte parece la acertada. Existe un ejercicio para determinar la intensidad a la restricción de un derecho. Este ejercicio consiste en ponerse en el lugar del otro; es decir, del niño y de la mujer. Sin duda, este ejercicio fue obviado por el voto mayoritario del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad: este ejercicio hubiese implicado que, apelando a la imaginación, cada uno de los jueces que firmaron ese fallo se hubiese puesto en el lugar de la mujer y del niño en situación de discapacidad severa, hubiesen tomado sus petates y hubiesen llegado junto con sus familias lo suficientemente temprano a algunos de los paradores de la Ciudad para realizar la fila correspondiente para encontrar algún lugar para pernoctar. Allí se hubiesen también enterado de que difícilmente aceptan familias enteras; asimismo, que incluso los paradores no son suficientes para albergar a las personas que se encuentren en situación de indigencia. Pero imaginemos,¹³⁶ por hipótesis, que hubiesen encontrado lugar suficiente, el ejercicio consiste en imaginarse que durante el sueño —si es que se logra conciliar— tendrían que haberse imaginado en qué lugar iban a desayunar junto con su familia; además, imaginarse cómo durante el día se las iban a arreglar para desarrollar la vida familiar y el propio plan de vida teniendo como sede un lugar que los cobijara, por ejemplo, debajo de una autopista.¹³⁷ Si hubiesen realizado este

¹³⁶ Sobre la “imaginación” en Kant como un “artefacto pensado para lidiar con situaciones nuevas que no podían subsumirse fácilmente en las categorías disponibles en una comunidad”, véase Larriguét, Guillermo, “Dos comentarios de los dilemas constitucionales”, en Zucca, Lorenzo; Larriguét, Guillermo; Martínez Zorrilla, David y Álvarez, Silvina, *Dilemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 61.

¹³⁷ La ley local 3706 —que es la misma que considera situación de calle a aquellas personas que aún se encuentran en un sistema de alojamiento nocturno—, establece en el art. 7 que: “Todos y cada uno de los servicios socioasistenciales brindados por el Estado y por entidades privadas conveniadas con el Estado, se garantizan mediante la prestación articulada y de forma continua durante todos los días del año y las 24 horas del día”. Sobre la base de “todos los días del año y las 24 hs del día”, alguien podría argumentar que las personas podrían quedarse en el parador durante el día —de hecho

ejercicio hubiesen comprendido que se trataba de una restricción extrema al derecho al acceso a la vivienda y que el caso —como muchos otros similares— ameritaba otro tratamiento que el dado en las (sin)razones de su sentencia. La mujer y el niño merecían ser tratados con igual consideración y respeto y la sentencia de la Corte Suprema lo logró. A su vez, entonces, el otro interlocutor de la sentencia es el Superior Tribunal de Justicia y todos los jueces y juezas que tengan que resolver casos similares.

hay casos en que los dejan quedarse—. Sin embargo, de acuerdo con los relatos de los afectados, los paradores no son lugares adecuados incluso para pasar la noche, a punto tal que muchas personas que no tienen cautelar favorable prefieren dormir en la calle antes de acudir a un parador. Indican que no son lugares seguros, que se generan situaciones de violencia, entre otras consideraciones. A su vez, en 2008 se inició una causa, *Iriarte Miguel Ángel y otros vs. GCBA y otros, s/amparo, 29872/0* por el mal estado edilicio en que se encontraban algunos paradores. Agradezco a Anabel Papa el haberme advertido este punto.

Capítulo 3.

El examen de proporcionalidad: violación por regresión arbitraria

3.1. PROPORCIONALIDAD Y REGRESIÓN ARBITRARIA

Las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas hablan de un examen para detectar el incumplimiento de la prohibición de regresión arbitraria.¹ Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud establece:

Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud.

¹ Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto 2006; Filippini, Leonardo y Rossi, Julieta, “El derecho internacional en la justiciabilidad de los DESC en Latinoamérica”, en Acidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010; Moro, Guillermo, “No regresividad y luchas por el sentido en el campo jurídico: el caso de los derechos sociales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 28 de diciembre de 2011; Añón Roig, Ma. José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 57, 2016; Parra, Óscar, “The protection of social rights”, en Bergallo, Paola; Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Ashgate 2016, p. 157. Sobre el desarrollo de este principio en materia ambiental.

Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte.²

Con ello surge inmediatamente la pregunta: ¿es este mandato un supuesto de la prohibición por acción insuficiente o por omisión? A primera vista, en el supuesto de regresión el problema no radica en una omisión estatal a secas, sino en una acción estatal que implica dejar de hacer algo. Para ponerlo en términos metafóricos: implica “pisar” el freno y “accionar” luego la marcha atrás. Implica sin duda un accionar.³ Por lo general, ade-

² ONU, Comité DESC, observaciones generales 14, párr. 32 con cita de observación general 3, párr. 9; 14, párr. 32; 15, párr. 19; 16, párr. 42. Véase Uprimny, R.; Guarnizo, D., “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar, A. (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

³ La interrupción de una prestación o la derogación de una norma que tenía por contenido una prestación, implica una acción; lo que se ataca es que esa acción no implique otra acción suficiente o adecuada que posibilite el ejercicio del derecho en igual medida que la acción interrumpida. Sin embargo, puede ocurrir que se interrumpa y que luego se haga algo pero insuficiente. Así, la interrupción y la acción siguiente implican en conjunto una acción insuficiente o, según el caso, defectuosa. Bajo esta constelación se pueden reconstruir algunos casos de la prohibición de regresión arbitraria, según la cual una reglamentación del legislador —o, en su caso, del ejecutivo— no puede empeorar el alcance del derecho fundamental ganado a causa de la reglamentación. Ahora bien, si el Estado interrumpe sin más, entonces se trata de una limitación por exceso a una posición de derecho fundamental ganada. En este caso el derecho se comporta como un derecho de no intervención, *cfr.* Alexy, R., *Theorie der Grundrechte...*, *cit.*, p. 436. Eleva la pretensión de que no se haga algo, es decir, que no se interrumpa. En estas constelaciones se aplica *prima facie* el mandato de prohibición por exceso. En relación con las obligaciones constitucionales que el principio constitucional del Estado social le genera al legislador y al ejecutivo en sentido general; Hesse enumera como contenidos ganados: el derecho de protección del trabajador, el derecho de trabajo por un tiempo razonable, la ayuda o asistencia social, el derecho de seguro social, el derecho de convenios colectivos. Según Hesse, una regresión en el sentido de borrar los contenidos

más, la regresión viene anunciada por varias acciones estatales —leyes, decretos, resoluciones— que implican modificaciones o derogaciones de normas que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos sociales. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas.⁴

Así, la pregunta es si la acción de regresión —supresión de posiciones de derechos fundamentales garantizadas a través de normas— está justificada o no a la luz de los derechos fundamentales de rango constitucional. Para el afectado, esta regresión se traduce como una pregunta acerca de si este accionar estatal no restringe su derecho en forma injustificada. En este sentido, el derecho social cumple una función de derecho de no intervención, se comporta como un derecho de defensa. Por ello, en este supuesto, hay que someter a esta acción por interrupción —supuesto de regresión, sin otras acciones que impli-

esenciales del Estado social queda descartado desde el punto de vista constitucional. En este contexto, habla de una “prohibición de regresión”, véase Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 86-87, párr. 6, II. En el ámbito de protección internacional, se suele hacer referencia a la prohibición por regresión arbitraria cuando se trata del examen de las limitaciones de derechos de prestaciones positivas, véase del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, las observaciones generales 3, 12, 13 y 14; y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., pp. 96-116; Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 34, 2004, pp. 328 y ss. Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás...*, cit.

⁴ Véase observación general 12, párr. 48: “Las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 supra, constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”.

quen reemplazo de la prestación— a un examen de proporcionalidad por acción.

En otros dos supuestos, sin embargo, se trata de la aplicación del mandato de prohibición por acción insuficiente, en los casos en los que la acción regresiva viene seguida de alguna otra medida que implica una prestación, con lo que se estaría evaluando si ese accionar complejo es suficiente, cuando ocurre la:

- a) supresión de la prestación —regresión—, pero seguida de la aprobación de otra norma o acto que tiene como meta posibilitar la realización del derecho de prestación afectado, y
- b) supresión de la prestación, sin embargo, otros medios —prestaciones— que siguen vigentes en el ordenamiento jurídico, elevan la pretensión de posibilitar la realización del derecho de prestación positiva.

La argumentación del afectado girará, seguramente, en torno a la fuerte restricción producida a su derecho a causa de la regresión y la consecuente acción insuficiente. Para ello, puede completar con las circunstancias del caso el siguiente esquema argumentativo. Se trata de demostrar que la acción de interrupción genera una restricción al contenido del derecho ganado. Así, el estado de retroceso/regresión en la satisfacción del derecho surge de comparar el:

- estado de satisfacción del derecho antes de la implementación de la medida —situación de partida—;
- estado de satisfacción durante la implementación de la medida —progreso—;
- estado que se produce por la interrupción de la medida —retroceso—, y
- estado que se produce por la medida aplicada luego de la interrupción —que se ataca por insuficiente—.

Demostrado en concreto el retroceso, entonces se le corre al Estado la carga de la prueba y de la justificación agravada, según la doctrina dominante.⁵ El retroceso frente al nivel de protección

⁵ Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión «progresivamente»”, en

alcanzado se debe presumir en principio ilegítimo y, a su vez, se debe someter a un control judicial estricto. Para que la presunción de inconstitucionalidad pueda ser derrotada, el Estado tiene que demostrar y justificar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del derecho afectado. Asimismo, debe demostrar que el retroceso se ha aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, es decir, que no pudo ser evitado.

Probablemente la estrategia argumentativa del Estado sea también tratar de demostrar que se sigue garantizando un contenido igual o similar al anterior, pero que solo han cambiado los medios. Estas argumentaciones deben ser puestas a prueba, con lo que el medio que se examinará será la interrupción de la acción y la subsiguiente acción que es atacada por insuficiente. Si bien el medio escogido por el Estado devela un medio de accionar complejo, los elementos del examen son los del mandato de prohibición por acción insuficiente o por defecto.

Así, en el examen de idoneidad se pregunta si el medio seleccionado por el Estado, la interrupción —equivalente a la supresión de la prestación— (M1) en conexión con la nueva norma —o en relación con el supuesto (b) en relación con los otros medios ya existentes— (M1', M1'') fomentan la realización del derecho a la salud (P1). Cuando los tres medios en conexión (M1, M1', M1'') no logran fomentar P1, entonces el medio escogido no es idóneo y la medida es desproporcionada en sentido amplio. Además, hay que examinar si el Estado realizó el esfuerzo de tratar de evitar el retroceso (M1) a través de otros medios alternativos. Por su parte, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se tendrá en cuenta la siguiente comparación entre:

- el avance en el contenido del derecho que se logró encontrándose vigente e implementado el medio suprimido,

Courtis, Christian, *Ni un paso atrás...cit.*, pp. 117-150; Arango, Rodolfo, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, Christian, *Ni un paso atrás...cit.*, pp. 153-172; Uprimmy, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”..., *cit.*

con el estado de avance —o retroceso— que se pretende lograr con M1, M1', M1''.

Esta comparación arrojará la intensidad de restricción o intervención al derecho del afectado. Esta intensidad será aún más grave tanto más esta diferencia se acerque a la garantía del contenido del mínimo existencial de los derechos —constelaciones que suelen abundar en sociedades caracterizadas por una fuerte exclusión social—. En estos supuestos, el examen de proporcionalidad debe ser sumamente cuidadoso y se justifica —como se argumentó en anteriores apartados— a partir de la presunción⁶ de inconstitucionalidad de la regresión que corre en la carga de la argumentación y de la justificación agravada al Estado.

En el caso *Campodónico de Beviacqua vs. Ministerio de Desarrollo Social*,⁷ la Corte argentina condenó al Estado nacional a continuar entregando un medicamento oncológico para el tratamiento de la enfermedad de un niño que se encontraba en grave estado de salud, aunque el Estado nacional alegaba argumentos referidos a los costos y a las obligaciones en cabeza del estado provincial y de la obra social. El niño se encontraba en situación de discapacidad porque padecía desde su nacimiento del síndrome de Kostmann. Desde entonces, recibía sin cargo del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea, que disminuía sus defensas inmunológicas. Ese Banco informó a los padres del niño que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Alegaba que el niño poseía obra social; que asimismo podía pedir un subsidio para la

⁶ En este sentido, véase ONU, Comité DESC, observación general 14, párr. 32: “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte”.

⁷ CSJN, fallos, 323:3229.

compra del medicamento al estado provincial —por encontrarse domiciliado en la Provincia de Córdoba— o al Estado nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Sostenía que si le seguía entregando el medicamento al niño, impedía obtenerlo a otras personas que padecen cáncer y que requieren esa medicación. Los padres del niño iniciaron una acción de amparo contra el Estado nacional. Atacaron la acción de interrupción. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema, quien ordenó al referido Banco que siguiera entregando la droga —fármaco—. La justificación alegada por el Estado fue examinada a la luz de lo que reconstruimos como un test de proporcionalidad como prohibición de regresión arbitraria aplicando el subexamen de idoneidad, de medios alternativos y de proporcionalidad en sentido estricto.

El medio ofrecido por el Estado nacional no aprobaba un examen de idoneidad en concreto. El medio (M1) consistía en la interrupción de la entrega del medicamento y su reemplazo por la solicitud de un subsidio —provincial o nacional— para la compra del medicamento o la entrega por la obra social (M1', M1''). Este medio no era idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño, pues su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente, con lo que la interrupción a secas hablaba de la falta de justificación del acto. Por lo demás, si bien poseía una obra social, esta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento, según surgía del expediente. Además, el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de “urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescrito para salvaguardar la vida y la salud del niño”, por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. La solicitud de subsidio tampoco era un medio idóneo, pues era incierto si se lo otorgarían, y hasta en tanto lo hicieran, el niño seguía necesitando el medicamento.

Respecto del examen de medios alternativos, el Estado nacional no parece haber realizado todos los esfuerzos para que el niño obtuviera el medicamento en forma tan eficaz o aún mejor que a través del Banco Nacional de Drogas. El Estado nacional

es el garante del funcionamiento eficaz de las obras sociales nacionales, con lo que a él le corresponde velar porque esa función sea cumplida y en forma adecuada y suficiente; sin embargo, no bastaba alegar que el niño poseía una obra social sin que el garante del sistema asegurara que esa obra social entregaría el medicamento en forma segura, eficaz y continua. Sin embargo, pudo haber mejorado esta vía. Asimismo, pudo haber garantizado a través de gestiones administrativas internas con el Ministerio de Desarrollo Social el otorgamiento del subsidio para la adquisición del medicamento, de forma tal que la interrupción fuera complementada con un medio tan eficaz como M1. En fin, todas estas consideraciones develan que el Estado nacional pudo haber implementado medios alternativos tan eficaces como mantener la entrega por medio del Banco Nacional de Drogas, con lo que la mera interrupción acompañada de alegaciones abstractas de supuestos medios alternativos expone el accionar regresivo e injustificado a la luz del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad.

Por último, el accionar regresivo del Estado nacional se corrobora claramente injustificado cuando se someten sus alegaciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos: cuanto más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado, tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado.

El derecho a la salud del niño⁸ presenta un peso alto. En este caso, está íntimamente conectado con el derecho a la vida del niño: si no recibía el medicamento, su vida corría peligro.⁹ Además, por este mismo punto la restricción al derecho del niño por causa de la interrupción es muy intensiva. La determinación de la intensidad de la restricción y la urgencia del cumplimiento de la obligación estatal surge de un ejercicio planteado por Arango: basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar interruptivo y luego omisivo del Estado cuando, a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado, de necesidad y urgencia, el Estado no actúa a través de un

⁸ CSJN, fallos, 323:3229, cdos. 16 y 17.

⁹ *Ibidem*, cdos. 15 y 17.

accionar positivo.¹⁰ Incluso en el caso, el derecho a la salud del niño parte desde el comienzo con un fuerte plus argumentativo: sería de aplicación la presunción de invalidez del acto por tres puntos: *a)* se trata de un accionar regresivo que cae en el umbral del contenido básico del derecho a la salud, y *b)* el niño pertenece a varios de los grupos desaventajados que requieren del Estado un accionar positivo para que tengan acceso real, en este caso, al derecho a la salud: (i) es un niño, (ii) en situación de discapacidad.

Por todo ello, el Estado debió haber presentado razones muy imperiosas para poder justificar su accionar, extremo que no logró cumplimentar. Repasemos: no era una razón de peso suficiente alegar que no se trataba de una enfermedad oncológica, porque si bien la enfermedad padecida por el niño no lo era, su tratamiento requiere de la misma droga que se necesita para el tratamiento de cáncer. Por ello, el niño se encontraría en la misma situación de hecho que los enfermos de cáncer que recibían la droga del Banco, siendo irrelevante el nombre de la enfermedad. Tampoco era una razón convincente alegar que el Banco Nacional de Drogas Neoplásicas decidió entregar en 1996 medicamentos al niño solo por “razones humanitarias”. La situación de extrema gravedad de la salud del niño y la urgencia en la necesidad de continuar el tratamiento no habían desaparecido. Por eso, no habían desaparecido las razones por las cuales el Estado nacional decidió entregar el medicamento.¹¹ Además, tampoco tenía peso el argumento referido a la obra social. Esta no estaba entregando el medicamento cuando claramente este entraba dentro de las prestaciones que la obra social debía afrontar. El incumplimiento de esta obligación alcanza al Estado nacional porque él es el garante del funcionamiento del sistema de salud, con lo que la falta de eficacia en el control no puede ser cargada sobre las espaldas de quien padece la falta de funcionamiento adecua-

¹⁰ El ejercicio que propone pensar en las consecuencias de la omisión en la situación de hecho que se encuentra el afectado y que se evalúa para determinar si hay violación a su derecho, está ya desarrollado en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 152-153, 138, 216, 224-225.

¹¹ CSJN, fallos, 323:3229, cdos. 28, 29 y 30.

do del sistema, en este caso, el niño.¹² Por último, tampoco era convincente el argumento de que le compete al estado provincial —Córdoba— la entrega del medicamento. Si bien es cierto que el estado provincial también está obligado a satisfacer el derecho a la salud, el niño no puede esperar a que la provincia genere los medios necesarios para cumplir sus obligaciones. El Estado nacional puede luego —y por otros medios institucionales— exigir al estado provincial que le compense a la nación los medicamentos entregados, entre otros.¹³

En suma, por un lado, tenemos un peso alto y una intensidad de restricción muy grave del derecho a la salud del niño; por otro lado, las razones alegadas por el Estado son muy débiles, con lo que el examen de proporcionalidad arroja como resultado que la interrupción es violatoria del derecho a la vida, a la salud del niño. *El Banco Nacional de Drogas debe seguir entregando el medicamento al niño.*

Del resultado de la sentencia que surge del caso *Campodónico*¹⁴ se puede reconstruir la siguiente regla: *si se trata de un niño que padece una enfermedad que afecta a su médula ósea y a su sistema de defensas (y no es cáncer pero tiene efectos similares) y requiere una medicación en forma urgente, pero la obra social que posee la familia no le entrega el medicamento en forma continua y sistemática, la interrupción de la entrega de medicamentos por el Banco Nacional de Drogas Neoplásicas (dependiente del Ministerio de la Salud de la Nación) es arbitraria y violatoria del derecho a la salud y a la vida del niño. Se debe continuar con la entrega del medicamento.*¹⁵

¹² CSJN, fallos, 323:3229, cdos. 22-23, 33-34.

¹³ CSJN, fallos, 323:3229, cdos. 28, 19, 22, 33-34.

¹⁴ CSJN, fallos, 323:3229.

¹⁵ Si se abstraen las particularidades de los casos, entonces, surge una regla más abstracta que hace al contenido mínimo del derecho a la salud: *Cuando una persona (y aún más si es un niño o un grupo de niños o una persona que pertenece a uno de los grupos desaventajados del art. 75, inc. 23) se vea imposibilitada de disfrutar el derecho a la salud y la restricción a ese derecho es grave, y el actuar requerido es urgente, los Estados tienen la obligación ineludible de hacer algo adecuado y suficiente para posibilitar el ejercicio de esos derechos.*

La pauta de *Campodónico*¹⁶ nos enseña que quien reconoce que debe hacer algo y hace —entrega del medicamento—, luego no puede regresar sobre sus pasos —regresión arbitraria— sin haber demostrado que la situación de gravedad y urgencia del estado de salud de la persona afectada ha cambiado o que el derecho se puede satisfacer por otros medios alternativos tan adecuados —o aún más— que la entrega directa del medicamento.¹⁷

¹⁶ CSJN, fallos, 323:3229.

¹⁷ Esta pauta se aplicó, entre otros, en el caso *Orlando, Susana Beatriz vs. Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo*, CSJN 24/05/2005 con citas de fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931. En *Orlando* se trataba de una mujer de 55 años de edad que vivía en provincia de Buenos Aires. A causa de la esclerosis múltiple padecía también una discapacidad visual y motora. Requería tratamiento prolongado y suministro de la droga “Acetato de Glatiramer-Copolimero (Copaxone)”. El diagnóstico médico hablaba de una enfermedad de carácter grave y progresiva. El tratamiento se requería de forma urgente y, entre otras cosas, para evitar un brote de la enfermedad. La provincia de Buenos Aires se negó a entregar el medicamento requerido, ya que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento: el medicamento no figuraba en el Vademécum provincial, aunque sí formaba parte del PMO que por lo visto la provincia no consideraba vinculante a pesar de que afectara la igualdad de Orlando para el ejercicio del derecho a la salud. Por su parte, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación entregó el medicamento durante seis meses; luego, lo interrumpió convirtiendo en insuficiente su accionar. Tampoco respondió los reclamos posteriores formulados por la afectada. Como en el caso *Campodónico* nos encontramos frente a la interrupción injustificada de la entrega de medicamentos en un caso de necesidad y urgencia. Por todo ello, la afectada inició una acción de amparo ante un Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capital contra la provincia de Buenos Aires —Ministerio de Salud— y contra el Estado nacional —Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social— para que le proveyeran los medicamentos necesarios para continuar con el tratamiento. A su vez, interpuso una medida cautelar para que se le entregaran en forma inmediata los medicamentos. El juzgado de primera instancia se declaró incompetente y remitió el caso a la Corte. La Corte Suprema emitió dos sentencias sobre el caso. En 2002, resolvió que era competente para que el reclamo tramitara en la instancia originaria. En esa oportunidad, también concedió la medida cautelar solicitada y ordenó tanto al estado provincial como al Estado nacional la entrega urgente y continua del medicamento para posibilitar el tratamiento. En 2005 la Corte

3.2. CONCLUSIONES

En suma, la evaluación del cumplimiento del mandato de suficiencia tiene dos momentos. En primer lugar, la modificación de la acción insuficiente o errónea y, en segundo lugar, la realización de una acción suficiente. ¿Qué argumentación deberá considerarse aquí para la determinación de la medida o grado suficiente? Deberán tenerse en cuenta también ponderaciones comparativas fácticas —examen del medio alternativo más adecuado o mejor medio— y normativas —en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto—. La medida suficiente ordenada es la medida de promoción/satisfacción del derecho de prestación en el cual es posible una satisfacción adicional —mayor o mejor—, a pesar de que el principio colisionante sea interferido en grado mayor —por el medio alternativo—, pero este déficit pueda ser justificado por la importancia y el peso del derecho de prestación en el caso individual concreto. Para evaluar si se viola o no el mandato de suficiencia, aplicamos el examen de proporcionalidad con sus

se pronunció sobre el fondo del caso, acogió favorablemente la acción de amparo, y así, ordenó a la provincia que continuara entregando el medicamento. Consideró injustificada el accionar omisivo provincial e insuficiente del Estado nacional. En especial, consideró que ninguno de los dos estados atacaba el grave estado de salud de Orlando ni ofrecían razones que dijeran que Orlando estaba recibiendo en forma eficaz el medicamento por otra vía. Respecto de la provincia, no alcanzaba para justificar la omisión con que alegara que la esclerosis múltiple no fuera una enfermedad cubierta por la Dirección de Política del Medicamento. Negarle la entrega de medicamentos a Orlando implicaba someterlo a un tratamiento desigualitario en comparación con otros habitantes de la provincia que encontrándose enfermos sí estaban recibiendo atención sanitaria. Para ello, tuvo en cuenta que la asistencia sanitaria estaba garantizada también por normas de la Constitución de la provincia de Buenos Aires. Así, sostuvo que la provincia seguía teniendo la obligación de implementar un medio eficaz para otorgar a Orlando el medicamento en forma oportuna y continua atento a la gravedad de la enfermedad y la urgencia de la prestación. Por su parte, se advierte que el accionar del Ministerio de Salud de la Nación, fue correcto en cuanto entregó el medicamento frente a la omisión provincial injustificada. Sin embargo, la interrupción de la entrega del medicamento fue arbitraria, porque la enfermedad seguía siendo grave, la prestación urgente y no existían constancias de que para ese entonces la provincia hubiera cambiado su omisión de entrega.

tres subexámenes: idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto.

El resultado de este examen puede arrojar que:

- a) No hay violación al derecho: el comportamiento estatal atacado presenta una justificación convincente, y
- b) Hay violación al derecho a la salud: el comportamiento estatal atacado no está justificado.

En cuanto al contenido de la parte resolutive de la sentencia, esta puede ser más o menos indicativa, pero siempre deberá determinar el grado de suficiencia para que ese accionar estatal no siga implicando una violación al derecho. Esta escala va desde:

- (i) la declaración de la inconstitucionalidad de la omisión o acción insuficiente atacada y la determinación de la obligación de hacer suficiente para posibilitar el ejercicio del derecho
- (ii) pasando por una solución intermedia en la que si bien no se ordena el contenido de la acción que debe realizar el Estado, se le indica los requisitos que debe cumplir la selección de los medios adecuados, hasta llegar a
- (iii) una solución en la que no solo se determina la obligación de hacer, sino también se ordena la implementación del único medio que será adecuado para la solución del caso.

En el primer y segundo supuesto, no se excluye un margen de selección —moderado—, en tanto se cumpla con la obligación estatal en grado suficiente. Se trata, entonces, de *un mandato definitivo con un contenido alternativo, pero cualquiera que sea el medio alternativo este debe ser a la vez suficiente* —medio suficiente—. En el tercer supuesto no hay margen de selección. Se trata de un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible —*Campodónico de Beviacqua*—.

Por último, sea cual fuere el resultado del examen de proporcionalidad; es decir, aunque puedan ser alegadas y justificadas razones de peso importante para justificar la restricción al derecho a la salud, estas no alcanzan para justificar una restricción al contenido básico de ese derecho que hace a la garantía

del mínimo existencial.¹⁸ Ese contenido queda fuera de cualquier ponderación.¹⁹

¹⁸ Véase, TCFA, BVerfGE 1, 97 (104). En otros casos la garantía de un “mínimo existencial” fue utilizado como límite a la acción estatal cuando legisla sobre impuestos; BVerfGE 82, 60 (85-86) —“Mínimo existencial para la protección de los integrantes de la familia”—, el Estado no puede pretender gravar con impuestos aquella parte de los ingresos del individuo que son necesarios para garantizar el mínimo existencial; BVerfGE 99, 246 (259) —garantía del mínimo existencial en relación con los niños—; cfr. TCFA, BVerfGE 87, 153 (170); 91, 93 (111, 115). La garantía del “mínimo existencial” se puede aplicar también en relación con el derecho de litigar y los costos del proceso, así, una reiterada jurisprudencia dice que viola la garantía de igualdad (art. 3, fracc. I LF) cuando la ayuda para el pago de los costos del proceso no garantiza el mínimo de existencia; BVerfGE 78, 104 (118); cfr. TCFA, BVerfGE 22, 83 (86); 51, 295 (302); 56, 139 (143); 63, 380 (394); 81, 347 (357); 92, 122 (124). Véase, asimismo, Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Estudios Ocasionales Cijus-Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002, pp. 11-12.

¹⁹ En los casos de 2010 y 2012, paradigmáticos sobre insuficiencia de los subsidios otorgados por el Estado para que se pueda satisfacer el derecho al mínimo existencial, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, aplicó el derecho a la dignidad (art. 1, párr. 1 LF) en combinación con la manda sobre Estado social de derecho (art. 20 LF) condenó al Estado a realizar un accionar suficiente; BVerfG, 1 BvL 10/10 (18/7/2012), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120718_1bvl001010.html (última consulta 17/9/2017). “La Corte Constitucional decidió que las disposiciones de la ley no eran compatibles con el derecho fundamental a condiciones mínimas de existencia, garantizado por el artículo 1, sección 1 (derecho a la dignidad humana) y con el artículo 20, sección 1 (principio del Estado social de derecho) de la Constitución alemana”. La Corte entendió que tal derecho abarca “tanto la existencia física de un individuo y la posibilidad de mantener relaciones interpersonales, como un mínimo de participación en la vida social, cultural y política”, y determinó que las sumas de dinero otorgadas a los solicitantes de asilo conforme la ley —en algunos casos, solo 225 euros por mes para un adulto y 20 euros por mes para un niño de hasta seis años—, claramente no eran suficientes para garantizar una existencia mínimamente digna. Esta conclusión se basó en el hecho de que los subsidios económicos dispuestos por la ley no se habían aumentado desde 1993, a pesar de que en ese periodo, el costo de vida en Alemania se había elevado por lo menos 30%. La Corte dispuso que los beneficios “deben determinarse de manera realista” y deben “garantizar los derechos fundamentales y de ser posible deben calcularse los montos de manera transparente y adecuada”, de acuerdo con las necesidades reales y actuales. Como consecuencia de la sentencia, fueron declaradas inconstitucionales

Por lo demás, en el examen de proporcionalidad juegan un papel importante a favor del derecho a la salud las consideraciones sobre a) la urgencia y necesidad de la prestación, y b) la posición del afectado, si se trata de una persona en situación de desventaja estructural —mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, migrantes, personas con discapacidad—,²⁰ entonces se

las disposiciones pertinentes de la Ley de Beneficios para Solicitantes de Asilo. La Corte ordenó a la legislatura que apruebe nuevas disposiciones destinadas a asegurar condiciones mínimas de existencia. A fin de asegurar los beneficios básicos de los beneficiarios hasta que se aprueben las nuevas disposiciones; la Corte también estableció un sistema provisional que dispone beneficios en efectivo significativamente mayores”, última consulta 17 sep 2017, disponible en <https://www.es-cr-net.org/es/caselaw/2012/sentencia-corte-federal-constitucional-en-caso-1-bvl-1010> Winkler, I. y Mahler, C., “Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic rights Jurisprudence?”, en *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2013, pp. 388-401; Ingrid Leijte, The German Right to an *Existenzminimum*, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection, en *German Law Journal*, 2015, vol. 16, núm. 1; sobre Existenzminimum en general: véase Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales*, Bogotá, CIJUS, 2003; Martínez Soria, José, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, *JZ*, núm. 13, 2005, p. 647; Ingo, Wolfgang; Zockun, Sarlet y Zancaner, Carolina, “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, núm. 2, may-ago, 2016, Curitiba, pp. 115-141, entre otros.

²⁰ La mayor parte de los casos tratados en este capítulo se refieren a situaciones de restricción grave al derecho a la salud de personas de grupos desaventajados. La intensidad de control debería depender de las relaciones de poder entre parlamento, administración y tribunales constitucionales, la posibilidad de participación real de los ciudadanos —por lo menos, de los afectados— en las instancias de deliberación colectiva y judicial, la intensidad de restricción de los derechos, la existencia de fuertes desigualdades fácticas que imposibilitan el ejercicio de los derechos de prestaciones a personas pertenecientes a grupos desaventajados o vulnerables, entre otros. El juego de estas variables tiene que atender a las características de cada una de las prácticas constitucionales. Así, en prácticas constitucionales caracterizadas por restricciones muy intensivas a los derechos fundamentales, a la alimentación, a la educación, a la salud, el grado de control de la omisión o acción estatal insuficiente debe responder a un control intenso. En estos casos se debe presumir, además, la desproporcionalidad en sentido amplio de la omisión o acción insuficiente atacada.

presume la invalidez de la omisión o acción insuficiente o acción regresiva. Estos tres pasos complementan el desarrollo del examen de proporcionalidad como parte de una pragmática²¹ para la aplicación de los derechos de prestación.

²¹ Aquí usamos “pragmática” porque consideramos que refleja mejor el propósito de pensar “un instrumentario argumentativo de los derechos sociales orientado al cumplimiento de las obligaciones estatales, [...] En este sentido interpretamos que el voto de Petracchi se inscribe en esta línea argumentativa ya que diseña con claridad (y sin sofisticaciones innecesarias) una línea argumentativa que puede ser fácilmente transitada por los actores (llamado empoderamiento)”, véase Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, Buenos Aires, ACIJ-EUDEBA, 2013.

PARTE II.
Proporcionalidad y argumento
de derecho comparado

Capítulo 4.

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad (control de proporcionalidad) en el derecho argentino e interamericano*

4.1. INTRODUCCIÓN

Explicar las relaciones entre “limitaciones a los derechos” y “control de razonabilidad” supone, por lo menos, cuatro cues-

* Agradezco a Santiago Legarre, Lucas Grosman, Sebastián Elías, Julio César Rivera (h), Leticia Vita, Martín Aldao y Federico de Fazio por la discusión de este trabajo. Asimismo, agradezco a Juan Cianciardo la lectura del trabajo y los comentarios, notas y preguntas realizadas sobre diversos puntos del capítulo. Por último, he tratado de sostener la consigna de que este trabajo hiciera especial énfasis en las fuentes del derecho argentino e interamericano. Por ello, he tratado de evitar las citas de trabajos de doctrina extranjera. Asimismo, he omitido otros puntos relacionados con razonabilidad y proporcionalidad porque fueron objeto de otros trabajos: Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001 (en castellano: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009); Clérico, Laura, “Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 151-164 (versión en castellano: “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver Lalana, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198; Clérico, Laura, “Verhältnismässigkeitsgebot und Untermaßverbot”, en Sieckmann, Jan (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie*

tiones. La primera se refiere a las concepciones de los derechos. La segunda se refiere a las concepciones sobre los límites a los derechos. La tercera trata sobre los límites a las limitaciones de los derechos, es decir, las concepciones sobre el examen de razonabilidad.¹

Sobre cada una de estas tres cuestiones hay disputas que se juegan en diversos ámbitos: académicos, judiciales, políticos y, por qué no, de organizaciones de base. Según el ámbito, la discusión se plantea en términos más o menos concretos. Por lo general, se discute sobre un problema o una situación que implica una limitación a un derecho. Quienes discuten, si bien están interesados en el problema concreto, suponen concepciones sobre cada una de estas tres cuestiones. Por supuesto, incluso hay otras tan-

Robert Alexys, Baden-Baden, Nomos. 2007, pp. 151-178 (versión en castellano: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Sieckmann, Jan (comp.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, col. Filosofía y Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 169-205.

¹ En diversos ordenamientos jurídicos y de protección internacional de derechos humanos se habla del control de razonabilidad. Su uso es ambiguo, puede tener diversos significados, según el ordenamiento jurídico de referencia. En el Reino Unido, en Sudáfrica, en Argentina, como en el Protocolo Adicional sobre DESC se utiliza la frase. Esto justificaría de por sí un trabajo de derecho comparado que excede el objetivo de este capítulo. Aquí alcanza con aclarar que me referiré al examen de razonabilidad en el derecho constitucional argentino y, luego, al nuevo examen de proporcionalidad. El examen de razonabilidad en Argentina fue reconstruido en forma precursora por Juan Francisco Linares a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina desde 1930 hasta 1970. La Corte argentina lo utiliza para evaluar limitaciones a la libertad de contratar, de ejercer industria lícita, y como control al ejercicio de las facultades discrecionales de la administración. El examen de razonabilidad incluía en general el examen de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 1ª ed. 1944. Razonabilidad en este sentido fuerte es, indudablemente, el antecedente del nuevo examen de proporcionalidad, véase Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno principio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009; cfr., Afonso da Silva, Virgílio, “O proporcional e o razoável”, en *Revista dos Tribunais*, núm. 798, abr, 2002, pp. 23-50, aunque, por supuesto, esto no quiere decir que sean idénticos.

tas cuestiones más que se refieren a la relación entre limitaciones a los derechos y control de razonabilidad. Sin embargo, las dejo a un lado por ser objeto de otros análisis.²

4.2. EXAMEN DE RAZONABILIDAD, RAZONAMIENTO ORIENTADO POR EL PROBLEMA

El tema de este capítulo trata sobre cómo evaluar las razones que se ofrecen cuando se limita un derecho por acción u omisión.³ Es por eso que en este artículo no discutiré sobre concepciones de los derechos. Me basta con presuponer que los derechos son normas sobre relaciones —no cosas—. Es decir, son normas “institucionalmente definidas que determinan qué es lo que una persona puede hacer en su relación con la otra. Los derechos se refieren más al hacer que al tener”.⁴ Desde la perspectiva del sujeto obligado, serían normas que determinan qué es lo que debe hacer el obligado en su relación con el otro; y qué es lo que puede exigir el sujeto titular del derecho en caso de que el sujeto obligado incumpla con su deber. Así, las disputas sobre las limitaciones a los derechos, son disputas sobre relaciones y espacios de acción de los sujetos. Tampoco discutiré en este artículo si la razonabilidad es el mejor examen para evaluar las razones de una limitación a un derecho. Me basta con presuponer que es un procedimiento argumentativo básico para dirimir estas cuestiones, pero no excluyente. Este procedimiento se encuentra a la par de la subsunción y la comparación de casos como tres formas básicas de dirimir cuestiones sobre derechos. *Mi propósito es rescatar la importancia del examen de razonabilidad como un procedimiento*

² Por ejemplo, respecto del examen de igualdad, que algunos incluyen como un supuesto del de proporcionalidad en la selección, me remito a los trabajos de Treacy, Guillermo, “Igualdad”, en Sebastián Grosman, Lucas; Legarre, Santiago; Rivera, Julio César y Sebastián Elías, José (coords.), *Tratado de derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2014, pp. 1032-1069.

³ En este trabajo me dedico a evaluar restricciones a los derechos por acción; en los apdos. 4.2 y 4.3 de este libro desarrollé el examen de proporcionalidad cuando la restricción se produce por omisión, acción insuficiente o retroceso.

⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

de argumentación preocupado por comprender el problema que se discute y examinar las razones que se alegan; más que en un procedimiento rígido preocupado en definir de antemano cuál será la intensidad de control judicial a la que se someterá el problema en disputa.

El desarrollo de esta tesis contiene una faz crítica y otra constructiva. En la faz crítica me ocupo primero de realizar una reconstrucción descriptiva en la que explico cuáles han sido los principales debates en Argentina sobre el examen de razonabilidad. Esta descripción me llevará a caracterizar el examen de razonabilidad no como mero examen de no arbitrariedad, sino como examen de proporcionalidad.

La faz constructiva propone pensar el examen de razonabilidad como un procedimiento argumentativo orientado por el problema y encaminado a evaluar razones, más que a pensar y discutir de antemano en qué nivel de control judicial encajar la cuestión debatida. Esto me permitirá diferenciar, a su vez, *dos perspectivas* que aparecen o desaparecen en la disputa sobre limitaciones a los derechos. Concebir el examen de razonabilidad como una mera cuestión sobre control judicial de las medidas estatales que limitan derechos implica hacer primar desde el comienzo la perspectiva del reclamado, en algunos casos, violador de los derechos. Concebir el examen de razonabilidad como una cuestión de evaluación de las razones de la limitación a la luz del problema concreto me permite no opacar desde el comienzo las razones de todas las partes en disputa. Esto implica incluir la perspectiva del reclamante, pero así también del reclamado.⁵ Por ello, se hace necesario distinguir el procedimiento de evaluación de las razones de la intensidad, con la que voy a aplicar cada tramo de ese procedimiento.

En el apartado 4.3 propongo una nueva lectura de los orígenes doctrinarios del examen de razonabilidad/proporcionalidad,

⁵ Como lee Juan Cianciardo, aquí estoy jugando con tres relaciones respecto de la cuestión sobre evaluación de las razones alegadas para justificar la restricción a un derecho: razonabilidad-proporcionalidad; análisis de acciones-omisiones-insuficiencia; perspectiva del reclamante sin atención al reclamado-perspectiva de reclamante y reclamado. Quedan planteadas estas tres conexiones. La segunda fue objeto de anteriores trabajos a los que me remito.

para continuar luego en el apartado 4.4 de este trabajo contextualizando el control de razonabilidad como proporcionalidad en la práctica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, por un lado, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—, por el otro. Esto me servirá para establecer el debate en el derecho constitucional argentino sobre:

- a) la determinación del problema objeto del examen, en especial, la disputa sobre la existencia de conflictos de derechos; y, por el otro lado;
- b) cada uno de los subexámenes de proporcionalidad: el de idoneidad, el de medios alternativos y el de proporcionalidad en sentido estricto, y
- c) concluiré con el apartado 4.4 advirtiendo sobre el desarrollo argumentativo mejor estructurado que presenta el examen de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, por ejemplo, en comparación con la flexibilidad —¿desorden?— con que lo aplica la Corte Suprema de Justicia argentina.

4.3. SOBRE LA PRIMACÍA DE UNA MIRADA PRAGMÁTICA POR SOBRE UNA TEÓRICA RESPECTO DEL EXAMEN DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Propongo el siguiente ejercicio que me permitirá sostener un punto en común que caracteriza cualquier relato sobre el examen de razonabilidad en el derecho argentino. Abra un libro de derecho constitucional en algún apartado en donde se hable de razonabilidad, luego todos los libros de derecho constitucional escritos desde la década de los setenta. Recorra los artículos, monografías, capítulos de libros escritos sobre razonabilidad. Es claro. Existe un primer mínimo común: en general, todos reconocen la obra de Juan Francisco Linares sobre la razonabilidad de las leyes como el inicio de cualquier reflexión sobre el tema.⁶ Ahora, recorra el libro de Linares y compárelo con todos los libros antes consultados

⁶ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970.

que lo receptan. Existe un segundo mínimo común: la mayor parte toma dos puntos de la obra de Linares. Por un lado, el examen de razonabilidad en la ponderación como examen de adecuación técnica —hoy idoneidad— y el de la ponderación —hoy proporcionalidad en sentido estricto—. Por el otro lado, receptan que el antecedente del examen de razonabilidad en Argentina se basa en el debido proceso sustantivo (*due process of law*) estadounidense. Siga comparando. Existe un tercer mínimo común marcado por una ausencia: la mayor parte no recepta o no le interesa discutir el marco teórico⁷ que según Linares le sirvió para desarrollar el examen de razonabilidad. ¿Por qué? Al respecto, mi hipótesis es: *la recepción de la obra de Linares sirvió para seguir desarrollando el examen de razonabilidad en el derecho argentino desde la perspectiva de quien está interesado en una pragmática acerca de cómo evaluar límites por acción u omisión a los derechos constitucionales. Esto me permite sostener entonces que como la mirada es pragmática,⁸ desde el comienzo los desarrollos sobre el examen de razonabilidad no se detuvieron —en el derecho constitucional argentino— en discusiones referidas a las teorías sobre la razonabilidad.⁹*

Ahora bien, me propongo realizar un desafío a esta recepción. Ese desafío implica realizar una nueva mirada sobre la obra de Linares. Propongo una lectura que desmarque el examen de razonabilidad que realiza el autor del desarrollo del debido proceso sustantivo estadounidense. Este desafío pone así en tela de

⁷ Linares basa su trabajo en la teoría de Carlos Cossio. ¿Será acaso por la complejidad de esta teoría? ¿Será acaso porque la parte de la obra de Linares sobre cómo aplicar el examen de razonabilidad acompañado del trabajo de varios ejemplos jurisprudenciales puede ser perfectamente escindida de las partes referidas al presupuesto teórico de su obra? ¿Será acaso que la recepción estuvo impregnada por una mirada más pragmática que teórica?

⁸ Cfr. Sapag, Mariano A., “Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, 27/7/2011.

⁹ Véase este intento, sin embargo, en Cianciardo, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en *La Ley*, 2009-B, p. 1249; Boulin Victoria, Ignacio A. y Bertelsen Simonetti, Soledad, “Interpretación constitucional para una sociedad en conflicto”, en *La Ley online*; Maurino, Gustavo, “El artículo 28. En una república basada en razones”, en Gargarella, Roberto, *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 308-315.

juicio los trabajos que *en la actualidad* siguen sosteniendo el relato que reconoce el control de razonabilidad argentino en la línea del debido proceso estadounidense. Esto me permitirá sostener la originalidad de la obra de Juan Francisco Linares en el derecho constitucional argentino.

No desconozco que Linares haya mirado el funcionamiento del debido proceso en Estados Unidos. Sin embargo, Linares recepta de ese funcionamiento lo que le interesa para su obra. Este autor no acoge ampliamente las discusiones sobre la intensidad del control judicial en el *due process of law*, que ya estaban presentes en el derecho constitucional estadounidense, sino que se detiene, aunque no exclusivamente, en la concepción sociológica de la jurisprudencia. De ahí que le interese la concepción de la norma como técnica social y del examen de razonabilidad como control de las razones acerca de si esa norma como técnica es un medio adecuado —adecuación técnica— para lograr los fines que se propone la norma. Linares viene del derecho administrativo, su mirada es de derecho público y, según interpreto, está interesado en generar herramientas para evaluar el ejercicio de facultades discrecionales de la administración. Si desde el comienzo la pregunta es: ¿qué tanto voy a controlar judicialmente a la actividad estatal —en suma, la pregunta del control judicial con sus tres intensidades: mínimo, intermedio e intensivo—?, la mirada puede opacar la comprensión del problema y de los argumentos de los reclamantes. Otro es el camino si desde el comienzo la pregunta es: ¿cuál es el problema? ¿Cuáles son los argumentos del reclamante? ¿Cuáles los del Estado? En la segunda seguidilla de preguntas, la argumentación está orientada por el problema y no —desde el comienzo— por la preocupación acerca de qué tanto voy a controlar judicialmente la acción estatal.

En suma, interpreto que aquello que sigue perdurando de la obra de Linares es, por un lado, la orientación del examen de razonabilidad al problema más que a la intensidad de control¹⁰ y, por el otro, el adelanto de dos de los subexámenes de razonabilidad: el de adecuación técnica y el de proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁰ Sobre intensidades de control judicial véase el trabajo de Sánchez Brígido, R. y Elías, S., “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2012-IV; 21/11/2012, entre otros.

4.4. EL NUEVO EXAMEN DE RAZONABILIDAD:
¿EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD Y/O EL EXAMEN
DE LA INTENSIDAD DEL CONTROL?

En la actualidad, el examen de las razones de las limitaciones a los derechos parece moverse en forma pendular entre dos modelos: el de la proporcionalidad y el de la intensidad de los escrutinios.¹¹ Aquí nos interesa detenernos en dos prácticas: la de la Corte Suprema de Justicia argentina y la de la Corte IDH.

La práctica de la Corte Suprema de Justicia argentina ha sido estudiada desde, por lo menos, tres perspectivas. La predominan-

¹¹ En la región interamericana se ha comenzado a pensar en un examen que integre a ambos modelos. Así, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T093-2001 habla del juicio integrado (de igualdad), que: “intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Sin embargo, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los *tests* estadounidenses. Así, por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que esta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional. Véase Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 325; Conesa, Luisa, “The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples”, *Cornell Law School LL.M. Paper*, series 13, 2008, disponible en https://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/13 Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Direito GV Law Review*, 2013, São Paulo, pp. 115-170, disponible en <http://direitogv.fgv.br/publicacoes/revista/>

te es la jurídica, que estudia las producciones de la Corte —por lo general, sentencias— en sus fundamentaciones. La otra es la sociopolítica, que estudia a la Corte como un actor político y en sus relaciones con los gobiernos democráticos y con los *de facto*, y la tercera es más reciente y es la perspectiva antropológica, que trata de mostrar las prácticas ocultas de la Corte a través del uso del relato etnográfico. De todos estos estudios surge con claridad que la práctica de la Corte Suprema de Justicia está caracterizada por marchas y contramarchas y que además, no admite una lectura lineal; esto ha impactado sobremanera en las herramientas argumentativas que utiliza la Corte para la resolución de los conflictos constitucionales.

Si se vuelve sobre el texto de Linares, para él, por lo menos hasta la década de los setenta, la jurisprudencia de Corte se podía reconstruir a través del examen de razonabilidad en la versión de los subexámenes de adecuación técnica —hoy idoneidad— y ponderación —hoy proporcionalidad en sentido estricto—. A partir de diciembre de 1983, se podría pensar que la resolución de conflictos de derechos se reconstruía a través de los tres subexámenes de proporcionalidad pero con dos salvedades: la primera, que se los puede reconstruir a través del análisis de la fundamentación pero no de la utilización explícita del examen de proporcionalidad por el Tribunal, y la segunda, que parecería que el Tribunal empieza a estar más preocupado por determinar estándares de intensidad de control de las razones para las limitaciones de derechos. Por ello, se hablaba de un doble estándar de razonabilidad: leve para evaluar las limitaciones a los derechos económicos; e intensivo para evaluar las limitaciones a cuestiones centrales de la autonomía, el derecho a la asociación, a la educación, entre otros.¹² La continuidad de esta práctica hubiera marcado una tendencia. Sin embargo, esta se interrumpió por el cambio brusco de la composición de la Corte y por la práctica del Poder Ejecutivo Nacional de reglamentar derechos a través de Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) en clara violación al principio de legalidad constitucional.

¹² Cayuso, Susana, “El control de razonabilidad. Pautas de revisión”, en *Leciones y Ensayos*, núm. 57, 1992, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; *cfr.* Sánchez Brígido, R.; Elías, Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad...”, *cit.*

Así, la Corte de los noventa se caracterizó por algunos puntos que impactarían en la resolución de conflictos de derechos constitucionales. El primer punto se refiere a correr el foco en el esfuerzo por argumentar lo injustificable: la reglamentación sistemática de derechos por medio de DNU. Esto no es un problema de razonabilidad, sino de legalidad, que se aplica como regla a todo o nada. El segundo punto se refiere al cambio abrupto de jurisprudencia en materia de autonomía sin dar mayores explicaciones y alegando solo el cambio de composición de la Corte.¹³ Por último, la Corte —a partir de 2003— parece querer retomar un análisis de control intensivo de razonabilidad de las limitaciones a los derechos fundamentales cuando se trata de las restricciones a cuestiones centrales de la autonomía. Asimismo, es una Corte que se ha interesado en desarrollar el examen de razonabilidad cuando se restringe un derecho por omisión o insuficiencia.¹⁴ Sin embargo, no es una Corte que busque presentar una estructura clara del examen de razonabilidad y que esté dispuesta a aplicarlo en sus sentencias para hacerlas más accesibles en cuanto a su lectura, análisis y crítica.

Por su parte, la práctica de la Corte IDH también puede ser leída en clave del contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con impacto en las formas de argumentación sobre derechos humanos. Buena parte de los casos llegados a la Corte IDH hablan de “un *patrón tradicional* de violación de los derechos”. Los hechos de estos casos conforman un accionar estatal, generalmente por acción comisiva, que implica violaciones claras y extremadamente graves a lo que podría llamarse metafóricamente el núcleo duro de la dignidad y/o el derecho a la vida y/o a la integridad: se trata, en fin, de desaparición forzada de personas, de ejecuciones arbitrarias, de detenciones arbitrarias,

¹³ Véase, entre muchos otros, Gargarella, Roberto, “Después del diluvio. El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997)”, en *Desarrollo Económico*, vol. 38, núm. 149, abr-jun, 1998; Miller, Jonathan M., “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7, 2000, pp. 369, 434.

¹⁴ Por ejemplo, en los casos *Badaro* sobre derechos previsionales y *Q. C.* sobre acceso a la vivienda digna de un niño con discapacidad y su madre en situación de calle, véase el desarrollo del examen de proporcionalidad por omisión o insuficiencia en el apdo. 4.2 de este libro.

de violación al debido proceso y derecho de defensa en contextos de dictaduras militares o de gobiernos democráticos que por acción u omisión permiten ese accionar de fuerzas de seguridad estatales o paraestatales. Estos casos, predominantes en las décadas de los ochenta y noventa, no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad¹⁵ y contexto. En suma, desde el punto de vista descriptivo y normativo no es plausible reconstruir esta práctica jurisprudencial como regida solo por la proporcionalidad.¹⁶ En estos casos, el modelo de aplicación dominante fue y debe ser el de la subsunción.¹⁷

Sin embargo, emerge en la práctica de la Corte IDH un *patrón nuevo*¹⁸ porque le llegan casos que hablan de conflictos entre derechos reconocidos en la misma Convención. Ambos aspiran al

¹⁵ Tal vez uno de los casos tradicionales más paradigmáticos de esta última etapa sea Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Es paradigmático porque sigue lo tradicional —violaciones claras a los derechos humanos, en este caso, derecho a la vida y a la integridad—, pero surgen nuevas modalidades: cada vez con mayor frecuencia las víctimas son niños —sujetos titulares—, que provenían de sectores desaventajados —condición social—, y se encuentran en estado de detención o internación y sufren por acción de comisión u omisión del Estado durante esa detención violaciones al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, ya que este no les procura condiciones de existencia digna mientras permanecen en los centros de detención. En el caso nueve niños murieron a causa de un incendio por causas imputables al Estado.

¹⁶ Véase este desarrollo en Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan y Clérico, Laura, *Internacionalización del derecho constitucional; constitucionalización del derecho internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2011; sobre el examen de proporcionalidad en la Corte IDH, véase Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, Universidad de Talca, pp. 119-156.

¹⁷ En este sentido el caso paradigmático sigue siendo *Velázquez Rodríguez*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>

¹⁸ *Cfr.* voto concurrente de García Ramírez, en Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114, párrs. 7-9.

mayor desarrollo posible y no soportan la realización del otro en el espacio de convergencia en que se cruzan. Estos casos están representados en las sentencias sobre conflictos entre la libertad de expresión/derecho a la información y derecho al honor;¹⁹ y el derecho a ser elegido individualmente o como representantes de comunidades indígenas e interés legítimo del Estado de reglamentar las candidaturas.²⁰ Con esto pasamos entonces a la estructura y elementos del moderno examen de razonabilidad: el examen de proporcionalidad tomando como ejemplo emblemático la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *Kimel*²¹ y *Fon-tevecchia*.²² En estos casos, la argumentación está expresamente estructurada por el examen de proporcionalidad en sentido amplio. Así, se distingue de otras Cortes de la región que optan por argumentaciones desordenadas y globales. La argumentación de la Corte IDH se hace más fácilmente controlable.

4.5. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO: ESTRUCTURA, ELEMENTOS Y SUBEXÁMENES

El *primer paso* del examen es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción exhaustiva de la situación²³ en la que se encuentra la persona afectada a causa de la restricción al derecho y en la que se encontraría de no haber ocurrido la restricción o en la que se debe-

¹⁹ Véanse los casos *Tristán Donoso vs. Panamá*, 27 de enero de 2009; *Kimel vs. Argentina*, 2008; *Claude Reyes vs. Chile*, 2006; *Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, 2001.

²⁰ Véanse los casos *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 6 de agosto de 2008; *Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005.

²¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

²² Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238.

²³ Para ello la actora se puede valer de hechos, datos estadísticos, resultados de investigaciones, historias de vida, entrevistas, entre otros. Véase por ejemplo, Siede, Liliana y Digilio, Patricia, "Organización de pacientes y búsqueda de justicia Organización de pacientes y búsqueda de justicia", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-IV, p. 1067.

ría encontrar de haberse realizado la acción debida —restricción por omisión o insuficiencia—. Esta reconstrucción incluye los siguientes elementos preparatorios del examen de proporcionalidad en cualquiera de todas sus variantes:

- a) el derecho afectado, que en forma abreviada identificamos como P1;
- b) la restricción al derecho que surge por acción o por omisión o insuficiencia;
- c) por lo general, esa restricción se produce por la implementación de una acción que el Estado realiza para lograr algún estado de cosas; o por la omisión o la acción insuficiente. Esta acción por comisión u omisión suele ser identificada como medio, que en forma abreviada identificamos como M1;
- d) luego se trata del derecho que el Estado trata de promover con la acción estatal (M). Ese derecho suele ser identificado también como fin legítimo,²⁴ que en forma abreviada identificamos como P2, y

²⁴ Es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva. La pregunta acerca de la “legitimidad” del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se le trabaja como pregunta previa del examen de proporcionalidad en sentido amplio, solo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos “claros”. En estos casos, se logra una decisión sin ponderación. La decisión surge de la aplicación de una regla constitucional cuyo antecedente permite que sean subsumidos los hechos y cuestión del caso. Ciertamente puede ser reconstruida la justificación de la decisión a través del procedimiento de la ponderación. Sin embargo, esta ponderación tendría solo un carácter explicatorio o crítico. La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si esta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. En este contexto cobra importancia, además, la posibilidad de reconstruir la garantía del contenido esencial de los derechos como regla; véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, excursu cap. 1, puntos 2.3 y 2.4; además, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, cit., pp. 688-700. Parte de la doctrina constitucional argentina identifica la determinación de la legitimidad del fin y del medio como pasos del examen de proporcionalidad de las pretensiones de las partes expresadas en clave iusfundamental; véase, por ejemplo, Toller, Fernando M.; D’Elía, Daniel y Fernández Santander, Adriell,

- e) con todo, esta preparación puede incluir en forma separada o transversal referencias al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho; elemento que puede ser llamado las circunstancias ampliadas del caso.

Hasta aquí se diría que es un problema más definicional, re-constructivo, que ponderativo o comparativo. Se trata de identificar la colisión entre, por lo menos, dos normas.

Aquí me detendré en un punto de discusión sobre el examen de razonabilidad: la existencia de los conflictos de derechos.²⁵ Algunos autores prefieren hablar de derechos con puntos de contacto en vez de conflictos de derechos.²⁶ El punto de partida es negar los conflictos entre derechos. Sostienen, en cambio, que los derechos están en armonía. Esta postura, que algunos llaman “irenista”,²⁷ se enfrenta al desafío de tener que explicar el

“Prevenir es curar. Pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del Estado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 13/4/2011; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo...*, cit., pp. 61 y ss.; cfr. Sapag, Mariano, “Interpretación constitucional y control de razonabilidad...”, cit.

²⁵ Quienes lean este artículo con la finalidad de obtener una guía sobre cómo aplicar el examen de razonabilidad/proporcionalidad en sentido amplio pueden saltar este largo párrafo y continuar con el siguiente.

²⁶ Véase, por ejemplo, Serna, Pedro y Toller, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 24 y 26; Toller, Fernando M., “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 1206-1215 y 1221-1224; y, Toller, Fernando M., “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y la posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en Gandra Da Silva Martins, Ives (coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 495-516, y en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-I-1025/1036; cfr. Cianciardo, Juan, “El conflictivismo en los derechos fundamentales”, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 9-10, 56; Domingo, Tomás de, ¿Conflictos entre derechos fundamentales?: Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad; Martínez-Pujalte, Antonio Luis y Domingo, Tomás de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional-Teoría general e implicaciones prácticas*, Lima, Palestra, 2010.

²⁷ Cfr. Luque, Pau, “La concepción irenista de la Constitución”, en *Isonomía*, núm. 38, 2013, México, ITAM, pp. 35-63.

lenguaje y la práctica sobre la aplicación de los derechos. Es común plantear un problema constitucional como un conflicto, por ejemplo, entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra. Las posturas que niegan los conflictos entre derechos proponen entonces que, en realidad, no son los derechos los que entran en conflicto, sino las pretensiones procesales de las partes oponentes. Agregan que: “generalmente, estas últimas en cualquier caso contencioso serán diametralmente opuestas. Y aquí el rol de la lógica es impedir darles la razón a ambos en todo —decir que ambos tienen derechos, los cuales están en real conflicto—, para inmediatamente después tener que sacrificar uno en aras del otro, como es ineludible en la visión conflictivista”.²⁸ La respuesta para la solución de esta tensión “entre pretensiones procesales” sería la “interpretación armonizadora” que incluye varios pasos del examen de proporcionalidad. Así, la función del juez “no será sacrificar derechos sino, en realidad, determinar qué derecho de quién y en qué “proporción” está presente en el caso”.

La tarea consistiría en convertir en una norma hipotética la pretensión y ponerla a prueba del test de razonabilidad. Este deberá contemplar los siguientes pasos o tests: 1. la existencia de una finalidad y que ella es constitucional, legítima y socialmente relevante; 2. la adecuación de los medios al fin propuesto o su eficacia para obtenerlo; 3. la necesidad de la medida optada o su eficiencia para lograrlo con los menores efectos negativos posibles; 4. la proporcionalidad entre los costos y los beneficios. Además, junto con estos pasos, y para evitar despropósitos e injusticias al amparo de que los beneficios obtenidos sean mayores que los costos —situación que podría justiciar cualquier cosa—, debe completarse con 5. el test del respeto a la garantía del contenido esencial.²⁹

²⁸ Serna, Pedro y Toller, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos...*, cit. Toller, Fernando M., “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y la posición de la vida...”, cit.

²⁹ Serna, Pedro y Toller, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos...*, cit.; Toller, Fernando M., “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y la posición de la vida...”, cit.

Una lectura de los cinco pasos se refiere a parecidos de familia con las posiciones conflictivistas: ambas utilizan los tres pasos del examen de proporcionalidad en sentido amplio. La diferencia radicaría en el paso 5 y en el 4. Respecto del punto 5, nada obsta a que posiciones que admiten los conflictos entre derechos fundamentales y la aplicación del examen de proporcionalidad intenten ganar un carácter no esencialista para el examen de la garantía del contenido indispensable de los derechos.³⁰ Respecto del punto 4, en el modelo de la ponderación orientado por reglas, el examen de proporcionalidad en sentido estricto no puede ser reducido a un examen de costo y beneficios, como intenté demostrar en otro trabajo³¹ y como espero surja del presente. Sin embargo, hay un punto que no queda claro en la crítica de Toller al conflictivismo: ¿por qué las pretensiones de las partes se oponen? Si esto ocurre es porque esas pretensiones son normativas; es decir, son pretensiones sobre lo que debe ser. Si esto es así, tarde o temprano Toller tiene que admitir las colisiones o conflictos entre esas pretensiones y, en tanto esas pretensiones se basan sobre los derechos que se consideran afectados, se trata de pretensiones normativas iusfundamentales. Estas pretensiones no son definitivas si no *prima facie*. Esto no es más ni menos que hablar de otro modo sobre conflictos de derechos fundamentales cuando estos tienen el carácter de principios —y no de reglas que se aplican a todo o nada—.³²

³⁰ Véase, por ejemplo, Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit. anexo I, al cap. 1.

³¹ Me ocupo del tema en Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit.

³² Por último, sobre la referencia a las reglas de la lógica, no me puedo detener sobre este punto en este trabajo, pero advierto que existen intentos serios de desarrollo de una lógica para explicar las colisiones o tensiones entre principios como normas que tienen una validez *prima facie*. Véase Sieckmann, Jan, *The logic of autonomy*, Hart Publishing, 2012, entre otros trabajos del autor. Juan Cianciardo, desde una postura armonizadora aunque diferente a la que sostiene Toller, acuerda en los puntos que critico a la propuesta de Toller; sin embargo, me plantea un punto para seguir discutiendo en futuros trabajos: para Cianciardo la disputa conflictivismo vs. modelo armonizador sigue en pie desde una perspectiva semántica y ontológica y respecto de las siguientes preguntas: “¿a qué nos referimos cuando hablamos de derechos (es decir, cuál es la realidad referenciada por el concepto?)”.

En suma, retomando la estructura y elementos del examen de proporcionalidad, se trata de identificar la colisión,³³ por lo menos, entre dos normas: la que justifica el fomento del derecho promovido, en adelante P2, y la que se refiere al derecho afectado por la promoción del primero, en adelante P1, que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de

³³ En este punto hablo de colisiones entre derechos fundamentales sin hacer distinción entre las “especialmente intensas” y las “simples” (aquí encajarían los “casos difíciles”). Algunos llaman a las colisiones especialmente intensas “dilemas”, ya sea porque existe un problema de indeterminación de la respuesta para la justificación racional de la solución del conflicto y/o por el sacrificio o tragedia que implicaría no poder satisfacer una de las partes del conflicto. Por lo general, quienes trabajan con dilemas suelen utilizar ejemplos actuales de bioética, entre ellos, el caso de las dos gemelas siamesas que morirían si no fueran separadas, pero que, a su vez, la supervivencia de una exigiría necesariamente la muerte de la otra. Así, “los dilemas muestran este aspecto trágico; un mal inevitable y grave del que no podemos escapar, hagamos lo que hagamos”, Martínez Zorrilla, David, “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 71. Este tipo de conflictos presentarían un límite para la argumentación jurídica (incluso para la “ponderación estructurada” de Alexy, límite que Lorenzo Zucca parece encontrar en Alexy cuando este afirma la existencia de casos en los que los argumentos conducen a un “estancamiento”, en los demás conflictos es posible su resolución por medio de la argumentación. Véase Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales...*, cit., pp. 9-36. Sobre un análisis en parte crítico de la obra de Zucca. Véase Lariguet, Guillermo, “Dos concepciones de los dilemas constitucionales. Comentarios a algunas tesis de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales...*, cit., pp. 38-65; Martínez Zorrilla, David, “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en *Dilemas constitucionales...*, cit., pp. 67-90. No puedo abordar en este trabajo las diversas clasificaciones ensayadas sobre conflictos entre derechos fundamentales. Para el propósito de este trabajo basta con admitir supuestos de colisiones entre derechos fundamentales. Sobre tipificación de “conflictos” a partir del análisis de sentencia de la Corte Suprema argentina, véase Saux, Edgardo, *Conflicto entre derechos fundamentales*, La Ley 2004-B-1071; Gelli, María Angélica, *Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)*, La Ley 19/10/2009.

forma completa.³⁴ Un paso adelante en la realización de uno exige la disminución de la realización del otro —es decir, su restricción— y a la inversa,³⁵ salvo que pueda encontrarse una forma de realización en la que se evite la restricción al derecho afectado.

Al respecto, el caso paradigmático es *Kimel*. La Corte IDH planteó el caso *Kimel*³⁶ como un conflicto entre el derecho a la

³⁴ Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992, pp. 79, 100, 122-125, 146, 152. [Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid, 2007]. Asimismo, véase Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 133, sobre identificación y resolución de la colisión entre derechos fundamentales en el contexto de un caso concreto.

³⁵ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción. Por ejemplo, el contenido mínimo del derecho tiene el carácter de regla; las reglas resultados de las sentencias que implican desarrollo interpretativo de los principios colisionantes tienen también el carácter de regla. Véase Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, *cit.*

³⁶ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc Kimel, historiador y periodista, publicó un libro titulado *La masacre de San Patricio* sobre el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar. En el libro Kimel criticó la actuación del juez encargado de la investigación de los homicidios. Señaló, entre otras cosas, que “en el caso de los palotinos, el juez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”. En 1991 el juez mencionado por Kimel promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia. Luego de pasar por varias instancias de revisión en el orden interno, Kimel fue condenado finalmente a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de \$20 000. Si bien la indemnización referida nunca se ejecutó efectivamente, Kimel denunció al Estado argentino ante la Comisión Interamericana por violación de las obligaciones estatales que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos y al art. 13 sobre libertad de expresión. El caso llegó a la Corte Interamericana. Por su parte, el Estado argentino se allanó a la demanda y reconoció su

libertad de expresión de un historiador que realiza una investigación periodística sobre un expediente judicial en el que tramitó la investigación sobre la masacre de unos curas palotinos durante la última dictadura militar en Argentina (P1) y el interés de un juez de proteger su derecho a la honra frente a la crítica recibida por su actuación en dicho expediente (P2). La Corte IDH reconoce el carácter de principios de ambos derechos cuando sostiene que uno no desplaza al otro, sino que es necesario “garantizar el ejercicio de ambos”. El procedimiento argumentativo para ello será, “la ponderación a través de un juicio estricto de proporcionalidad”.³⁷ Esta es la fórmula de la proporcionalidad desarrollada especialmente por la dogmática alemana y que la Corte IDH adopta como fórmula en su jurisprudencia, por lo menos, en la que va desde *Kimel*.³⁸

responsabilidad internacional. Sin embargo, la Corte Interamericana consideró necesario emitir sentencia en la cual se determinen los hechos y los elementos de fondo relevantes, así como las correspondientes consecuencias, ya que interpretó que la sentencia implicaría una reparación del señor Kimel y evitaría que se repitan hechos similares. Véase Cayuso, Susana G., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, 10/9/2008; *Jurisprudencia Argentina*, 2008-III-264; véase Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión...”, *cit.*

³⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 58. Para resolver el caso concreto la Corte IDH aplica el examen de proporcionalidad y sus tres subexámenes, el de idoneidad, el de medios alternativos y el de proporcionalidad en sentido estricto, en adelante: “[...] (ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluará la necesidad de tal medida, y (iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión”. Véase la reconstrucción del caso en Clérico, Laura, “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 2010, pp. 253-297, disponible en <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/images/stories/publicaciones/final.pdf>

³⁸ Antes usaba el examen en la versión del de razonabilidad, por ejemplo, véase Corte IDH, opinión consultiva sobre colegiación de periodistas: esta

Esta forma de resolución de los conflictos entre la libertad de expresión (P1), y no ya el derecho al honor, sino el derecho a la vida privada (P2), es reiterada con bemoles en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, de 29 de noviembre de 2011. Tomaré esta sentencia como ejemplo para desarrollar el moderno examen de proporcionalidad en sentido amplio. El caso llega a la Corte IDH por la condena en sede civil al pago de una indemnización al entonces expresidente C. S. Menem por la Editorial Perfil, a causa de unas notas y fotos publicadas en la revista *Noticias* sobre un hijo que habría concebido con una diputada, la visita de ambos a la residencia presidencial de Olivos, los regalos que el primero le habría realizado a su hijo y a la madre, las gestiones que el entonces presidente habría realizado para sacar de problemas al cónyuge de la mujer, entre otros.

La Corte IDH plantea dicho caso como un conflicto entre, por un lado, la libertad de expresión de los periodistas en asuntos de interés público sobre una persona que se sometió libremente a la arena pública —cargo electivo— y que abrió las puertas de su vida familiar a la prensa (P1) y, por otro lado, el derecho a la protección de la vida privada de un presidente y su familia (P2). La Corte IDH reconoce el carácter de principios de ambos derechos cuando sostiene que “en este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática.”³⁹

Con palabras similares, aunque no idénticas, sostuvo en el referido caso *Kimel* el carácter de principio en el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de un funcionario público —un juez—. Es decir, una norma no desplaza a la otra, sino que es necesario “garantizar el ejercicio de ambos”. El procedimiento para ello fue, en *Kimel*, la “ponderación a través de un juicio estricto de proporcionalidad”. En *Fontevicchia* no utiliza expresamente estas palabras, en cambio habla de buscar un equi-

fórmula de razonabilidad se parece más al test del escrutinio estricto que al examen de proporcionalidad en sentido amplio.

³⁹ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 50.

librio a través de un proceso armonizador. Esto podría levantar la sospecha de que la Corte IDH se estaría alejando del examen de proporcionalidad en sentido amplio para acercarse a posiciones que niegan los conflictos entre derechos y que buscan la solución por la armonización. No parece ser el caso. Si bien la Corte IDH en *Fontevicchia* no habla expresamente de un juicio estricto de proporcionalidad, evalúa la convencionalidad de la cuestión⁴⁰ a través de un examen de proporcionalidad en sentido amplio. No hace más que examinar expresamente “si la medida de responsabilidad ulterior civil aplicada en el presente caso cumplió con los requisitos de estar prevista en la ley, *perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional*”.⁴¹ Es decir, se trata ni más ni menos que de los subexámenes de idoneidad o adecuación técnica, de medios alternativos menos lesivos y de proporcionalidad en sentido estricto —todos ellos subexámenes del examen de proporcionalidad en sentido amplio—.

4.5.1. Examen de idoneidad

En el examen de idoneidad la Corte IDH se pregunta si la reparación civil (medio seleccionado por el Estado, en adelante M1) promueve el derecho que buscaría proteger, es decir, el derecho a la vida privada (P2). Previo a la respuesta de esta pregunta, establece la legitimidad del fin que se busca promover con la institución de la reparación civil: el derecho a la vida privada reconocida en el artículo 11 de la CADH. Es legítimo en tanto no solo no está expresa y definitivamente prohibido, sino que está expresamente reconocido como derecho en la Convención.⁴²

⁴⁰ Es decir: si el procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas implicaron una limitación desmesurada del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico a la luz del derecho a la protección de la vida familiar de quien detentaba un cargo electivo de alta jerarquía.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 51.

⁴² *Ibidem*, párr. 53: “La Corte ha señalado que los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que

Respecto de la relación entre la reparación civil (M1) y el derecho a la vida privada (P2), la Corte IDH concluye que: “la vía civil es idónea porque *sirve* al fin de salvaguardar, a través de medidas de reparación de daños, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, *podría estar en capacidad* de contribuir a la realización de dicho objetivo”. Da por probada la relación de idoneidad a través de la aplicación de un examen general y abstracto. Es decir, no analiza si en el caso concreto, la reparación civil logró alcanzar la promoción de la protección de la vida privada del afectado por las noticias. Le bastó con afirmar esa relación en abstracto: “podría estar en capacidad”. Tampoco examinó si existía una estrecha relación de idoneidad entre el medio y el fin, le bastó con alegar nuevamente en abstracto⁴³ que la reparación era un medio útil —“sirve”—.

El examen de idoneidad vuelve la mirada sobre la relación entre el medio seleccionado por el Estado y el derecho o fin⁴⁴ que este busca promover a través de la implementación del medio. Este examen viene exigido por el derecho que se siente afectado, en el caso, la libertad de expresión (P1). Así, desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho (P1), por lo menos se espera que el medio —la reparación civil— pueda *fomentar* el logro del fin o de los derechos promovidos —protección de la vida privada— (P2). De lo contrario, las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el punto de vista empírico.

El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre el medio (M) y

les brinda el artículo 11 convencional que consagra, entre otros, el derecho a la vida privada [...]”.

⁴³ En la sentencia *Kimel* la Corte IDH también aplica un examen leve de idoneidad, véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párrs. 68-71.

⁴⁴ La expresión “fin”, en el mandato de prohibición por exceso, suele ser utilizada para referirse a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr. Para la determinación empírica del fin es importante la descripción del estado de inicio y final, es decir, el que se persigue provocar y el que de hecho se alcanzó, que puede o no coincidir con el perseguido. Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, *cit.*

el derecho que se busca promover (P2).⁴⁵ Esa relación puede ser considerada tomando como relevantes diversos *aspectos*: uno *cuantitativo*, otro *cualitativo* y otro *probabilístico*.⁴⁶ En el caso, la Corte IDH parece contentarse con la probabilidad abstracta del fomento del fin para dar por no derribada la idoneidad del medio seleccionado por el Estado. No se detiene en la idoneidad de la reparación civil vista desde aspectos cuantitativos o cualitativos y en concreto.

4.5.2. Examen de medios alternativos menos lesivos

Una medida estatal puede ser idónea, sin embargo, desproporcionada en sentido amplio por no aprobar el examen del medio alternativo menos lesivo. Es decir, la limitación al derecho afectado, libertad de expresión (P1), es injustificadamente *excesiva* si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo o restrictivo.⁴⁷ La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad:

⁴⁵ El examen de idoneidad supone por lo menos un derecho que se busca promover o fin. Cuando se determina más de un fin, la idoneidad del medio debe ser comprobada en relación con todos los fines. La reducción o ampliación de los fines determinados requiere ser justificada.

⁴⁶ En un aspecto cuantitativo: M1 puede fomentar el fin más que M2 —o menos o igual—. En un aspecto cualitativo, M1 puede fomentar el fin mejor que M2 —o peor, o tan bien como...—. En un aspecto probabilístico, M1 puede fomentar el fin con alto grado de seguridad —más probable— que M2 —o con menor grado de probabilidad, o en el mismo grado—. Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 36 y 340; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, pp. 718 y ss.; Bergmann Ávila, Humberto, *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 118-124.

⁴⁷ Este examen está referido en la observación general 14 del Comité DESC de la ONU, párr. 29: “De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5, esas limitaciones deberán ser proporcionales, es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. Aun cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión”.

- a) Una relación de medio-fin, aunque más compleja, ya que implica más de un medio técnicamente adecuado —sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen—.
- b) La comparación es doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal —examen de medios alternativos respecto de la idoneidad—, y en relación con la intensidad de la afectación del derecho —examen de medios alternativos que menos limita al derecho—.

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos (Ma), basta con que sean tan adecuados técnicamente —en el mismo grado— como el medio establecido. No se requiere que los alternativos sean los óptimos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija*. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el Estado.⁴⁸ Como resultado de la comparación, puede comprobarse que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente adecuado o más adecuado.

A su vez, el medio alternativo debe implicar una *menor* restricción para los derechos afectados, en este caso, para la libertad de expresión, y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico —evitando o disminuyendo la restricción—.⁴⁹ Respecto de la menor afectación del derecho restringido, esta puede ser:

- a) total: cuando un medio alternativo fomenta el fin perseguido por el Estado pero no restringe al derecho afectado, y
- b) parcial: cuando un medio restringe al derecho afectado, aunque lo hace en menor medida que el medio seleccionado por el Estado.

En *Kimel*, la Corte IDH aplica con claridad un examen de medios alternativos menos lesivos. Sostiene: “la Corte debe exami-

⁴⁸ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 81, 342.

⁴⁹ *Ibidem*, cap. 2. III.

nar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas”.⁵⁰

En *Fontevecchia*, el examen de medios alternativos menos lesivo presenta dos particularidades. La primera particularidad es que se trata de una aplicación bien intensiva del examen —“estricta necesidad”—. La segunda particularidad es que si bien la Corte IDH nos había anunciado que haría un examen de medios alternativos y luego de proporcionalidad, en el desarrollo de la argumentación anuncia el de medios alternativos como “necesidad de la medida”. La Corte IDH omite, sin embargo, un acápite aparte para el de proporcionalidad en sentido estricto. No es que no haya desarrollado este último subexamen, sino que en la argumentación del tribunal aparece entremezclado con el examen de necesidad. Al respecto, la estructura argumentativa no presenta la misma claridad que en *Kimel*.

En *Fontevecchia* no hay técnicamente un examen de medios alternativos menos lesivos. Se realiza apenas un bosquejo, pero no se desarrolla. La Corte IDH sostiene que “desde su primera decisión sobre la materia el Tribunal ha hecho suyo el criterio que para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiéndose por «necesaria» la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción”. Cuando tiene que determinar qué es “necesaria”, entonces se basa en la opinión consultiva 5 sobre la colegiación obligatoria de periodistas,⁵¹ en la que señaló:

[e]s importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, conclu-

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 74 con cita del *Caso Charro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170, párr. 93.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 54 con cita de la opinión consultiva sobre La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 46. *Cfr. Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193, párr. 109.

yó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna” [...]. Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo[...].

El remate de la cita indica que no se trata de la fórmula del examen de medios alternativos, sino de una más cercana a la proporcionalidad en sentido estricto —ponderación—: las restricciones intensivas a la libertad de expresión solo podrán ser compatibles con la CADH si se logra justificar la satisfacción de un interés público imperativo. No basta con un interés legítimo ni con uno importante, debe ser uno de mucho peso e importancia, si no, la restricción es desproporcionada.

¿En dónde queda entonces el examen de medios alternativos menos lesivos en *Fontevecchia*? En la mera enunciación de un posible bosquejo de conclusión de un examen de medios alternativos general y abstracto. Con referencias a precedentes sostiene: “la Corte ha establecido que el Estado tiene que dotar a las personas de los medios para establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para respetar y salvaguardar los derechos fundamentales”. Hasta aquí lo único que dice es que el Estado tiene una obligación, sin embargo, no hay consideraciones de alternatividad. Luego, con referencia a *Kimel*, sigue: “en su jurisprudencia, el Tribunal ha analizado casos en los cuales se debatía la necesidad de la sanción penal y ha establecido que «no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones»”.⁵² Es una constatación; sin embargo, en el caso *Fontevecchia* no se trataba de una restricción a la libertad de expresión por una sanción penal, sino por la imposición de una indemnización civil. Luego continúa en el mismo caso *Fontevecchia*: “En sentido similar [a *Kimel*] la Corte tampoco estima contraria a la Convención Americana una medida civil a propósito de la expresión de informa-

⁵² Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 55 con remisión al *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párrs. 55 y 78.

ciones u opiniones que afecten la vida privada o intimidad personal”.⁵³

¿Qué podemos conjeturar? Que en general y abstracto, la Corte IDH consideraría que no existen medios igual de idóneos para proteger la vida privada de las personas (art. 11 en relación con el art. 13.2 CADH) aunque sean menos lesivos para la libertad de expresión. Esta es la argumentación que la Corte IDH nos debe.

Haber realizado en el caso un examen de medios alternativos menos lesivos hubiese implicado identificar primero cuáles podrían ser los alternativos. Por ejemplo:

- M2, la prohibición expresa de fijar indemnización civil por información publicada por la prensa sobre asuntos de interés público sobre funcionarios públicos;
- M3, la modificación de la norma del artículo 1071 bis del Código Civil de forma tal que excluya la posibilidad de condenar a alguien que informe sobre asuntos de interés público referidos a un funcionario, aunque se trate de su vida privada.

Cualesquiera de estos dos medios (M2, M3) hubiese implicado considerar el argumento esgrimido por los peritos en el caso *Fontevicchia*, según ellos, la norma del artículo 1071 bis del Código Civil es lo suficientemente ambigua e imprecisa y permite una amplia discrecionalidad de los jueces que puede implicar en algunos casos violación a la libertad de expresión. Sin embargo, la Corte IDH evitó ingresar en este terreno. El atajo fue volver sobre la cuestión debatida. Para la Corte IDH, *el problema no radicaba en la incompatibilidad (inconveniencia) de la norma del artículo 1071 bis del Código Civil con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El problema radicaba en la interpretación realizada por los jueces, que no tuvieron en cuenta las pautas que surgían de la Convención: “[E]n el presente caso no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la*

⁵³ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

cual no observó los criterios de necesidad mencionados”.⁵⁴ Y recordando la obligación de realizar control de convencionalidad de oficio, agregó:

[1]a Corte destaca la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. De tal modo, es preciso que en el análisis de casos como el presente tengan en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática.⁵⁵

En fin, el subexamen de medios alternativos menos lesivos se pregunta justamente por qué se debe soportar la limitación a la libertad de expresión si la restricción era evitable. Y, ¿es evitable si existen medios alternativos —tipos civiles más acotados que excluyeran la reparación civil cuando se informa sobre asuntos de interés público sobre funcionarios públicos, aunque atañen a la llamada vida privada; derogación de la norma, etc.— que logran promover el derecho y, a su vez, no restringen —o en otros casos en menor medida— el derecho a la vida privada.⁵⁶

La Corte IDH no realiza este examen en concreto. Concluye que la reparación civil no es incompatible *en general* con la Convención; sin embargo, agrega que la condena civil *en el caso concreto* es desmesurada. Estas consideraciones se desprenden del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 91.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 94.

⁵⁶ Nuevamente aquí la pregunta es por la relación entre el medio —indemnización civil— y el derecho que busca promover el Estado, cambia aquí la estructura en tanto se agregan medios alternativos que son cotejados tanto en su idoneidad como en su menor lesividad con el seleccionado por el Estado.

4.5.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Un medio idóneo y necesario puede ser, sin embargo, excesivo si el peso de los argumentos a favor de la importancia del derecho —a la vida privada— que el Estado busca promover no sobrepasa el peso de los argumentos a favor de evitar la restricción iusfundamental —a la libertad de expresión—; cuando se da esta situación, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido estricto.

El centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho afectado. Esto supone:

- la determinación de la intensidad de la restricción al derecho afectado, en nuestro caso, el principio de libertad de expresión (P1);
- la determinación del peso abstracto del derecho afectado, nuevamente, en nuestro caso, el principio de libertad de expresión (P1);
- la determinación del peso abstracto y el concreto de los derechos y fines que busca promover el Estado por medio de la medida estatal, en nuestro caso, vida privada (P2) por medio de la reparación civil (M1);
- la determinación del grado e importancia de realización del derecho o fin estatal promovido (P2);
- la ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados y el grado e importancia de realización de los derechos o fines promovidos, y
- la reformulación de la solución de la colisión en una regla-resultado de la ponderación para la resolución de casos semejantes futuros.

El *primer paso* de la ponderación implica volver sobre la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos normas iusfundamentales —una de esas normas es la que justifica el fomento del derecho promovido, la otra norma es la que se refiere al derecho fundamental afectado por la promoción del primero—. En el caso colisiona la libertad de expresión (P1) y el derecho a la vida privada (P2). El problema normativo preciso es

determinar si la restricción a la libertad de expresión (P1) por medio del procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas, implicaron una limitación desmesurada del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico a la luz del derecho a la protección de la vida familiar de quien detentaba un cargo electivo de alta jerarquía (P2).

El *segundo paso* para determinar si la restricción a la libertad de expresión (P1) está justificada o no, se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima facie para la solución de la colisión sin ponderación*. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla —llamada en anteriores trabajos *regla-resultado de la ponderación*—. La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un caso de la aplicación de precedentes. La referida aplicación resuelve el caso de colisión sin ponderación. Es claro que algunas colisiones de derechos se resuelven por comparación con casos —jurisprudenciales o hipotéticos— resueltos en el pasado. Sin embargo, existen algunas situaciones en donde los casos relevantes —¿paradigmáticos?— que nos ayudarían a resolver la colisión de derechos no existen, o cuya construcción es incipiente porque existen fuertes dudas acerca de la fuerza de los argumentos que sustentan esa solución. En otros casos, el Tribunal prefiere ponderar a resolver por comparación porque está más interesado en sentar criterios de resolución para futuros casos semejantes que en desarrollar argumentos por analogía —aunque por ambos caminos argumentativos llegue a la misma solución de la colisión—. Este último parece ser el caso en la sentencia *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* —también conocido como caso *Noticias*— de la Corte IDH.⁵⁷

⁵⁷ Juan Cianciardo advierte acertadamente que los dos primeros pasos parecen más presupuestos de la ponderación que pasos de la ponderación. Coincido. Incluso, en otros trabajos los he utilizado para sostener que en el modelo de la ponderación orientado por reglas no todo es ponderación en sentido estricto. Véase Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., cap. 3; Clérico, Laura, “Sobre casos y ponderación. los modelos de Alexy

El *tercer paso* está así conformado por la ponderación entre los principios colisionantes. En este contexto no resulta plausible la solución a través de una suerte de prioridad absoluta de uno de los dos principios. El peso del principio depende también, aunque no exclusivamente, de las circunstancias del caso —lado concreto de la ponderación—. Sin embargo, tampoco se presenta como una ponderación totalmente libre que implique que en algunos casos “la balanza” se inclinará, por ejemplo, hacia el derecho a la libertad de expresión y en otros a la promoción del derecho a la salud y a la vida privada. Desde el comienzo, la ponderación está fuertemente orientada por reglas que pugnan por determinar la intensidad de la restricción y peso de la libertad de expresión, por un lado, y de la vida privada, por el otro lado, e independientemente de las particularidades del caso concreto —lado abstracto de la ponderación—. En el caso *Fontevecchia* esto ocurre, en parte, por aplicación analógica de argumentos trabajados en *Kimel*.⁵⁸

Para efectuar esta ponderación, se debe considerar:

- (i) el grado de afectación de uno de los derechos en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- (ii) la importancia de la satisfacción del derecho contrario, y
- (iii) si la satisfacción de este está en proporción con la restricción del otro (ponderación en sentido estricto).⁵⁹

Así, por varios argumentos —que ocurren independientemente de la ponderación en sentido estricto—, la Corte interpre-

y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, núm. 37, 2012, México, ITAM, pp. 113-146.

⁵⁸ Esto nos llevó a sostener en otro trabajo que el modelo de la ponderación utilizado por la Corte IDH en sus sentencias sobre libertad de expresión, se aleja claramente del *ad hoc balancing* o un “*balancing* de cálculo de ventajas y desventajas en términos utilitaristas” para inclinarse por una “ponderación definicional” o “modelo de la ponderación orientado por reglas” que toma en serio el contenido de los derechos. Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., cap. 3; Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, cit.

⁵⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, supra, párr. 84.

ta que la restricción a la libertad de expresión en *Fontevicchia* es grave, porque:

- si bien la Corte sostuvo que no estima contrario a la Convención Americana “cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”,⁶⁰ ni una “medida civil” por expresiones u opiniones que afecten la vida privada o intimidad personal,⁶¹ el temor a una sanción civil desproporcionada tiene el mismo carácter disuasivo⁶² o aún peor que la sanción penal,⁶³ y
- porque la aplicación de la medida civil no fue analizada por los tribunales internos con “especial cautela”,⁶⁴ esto implica: a) ponderando la conducta desplegada por el emisor de las noticias; b) las características del daño alegadamente causado, y c) otros datos que hubiesen puesto de manifiesto la necesidad de recurrir a la vía civil.

Respecto de la determinación del peso de la libertad de expresión, en el caso resulta relativamente fácil: es *alto* por su estrecha relación con el principio democrático en un tema de interés

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 55; Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párrs. 55 y 78.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

⁶² Así, la restricción a la libertad de expresión de Kimel es grave: “[...] las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al Sr. Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves”.

⁶³ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 74: Estas consideraciones surgen más allá del monto concreto de la condena: no analizará si el monto de la condena civil en el presente caso resultó o no desproporcionado. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte “estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”, con referencia al caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra*, párr. 129.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

público sobre un funcionario público,⁶⁵ aunque pueda tener relación con su vida privada: “En cuanto al carácter de interés público, en su jurisprudencia la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes. En el presente caso, tanto la Comisión como los representantes señalaron que, por diversos motivos, la información era de interés público y ello justificaba su difusión”.⁶⁶

Del lado del derecho a la vida privada del funcionario público, desde el comienzo, la Corte IDH parece sostener que se trata de una satisfacción moderada y de un peso bajo. Esta determinación ocurre también en relación con consideraciones que surgen de casos análogos como *Kimel*, en el que si bien no se trataba de la protección de la vida privada, sí del honor de un funcionario público sobre un asunto de interés público. Se resume en la fórmula de especial tolerancia que debe soportar quien voluntariamente desempeña un cargo público respecto de su accionar:⁶⁷

El diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada. En el presente caso se trataba del funcionario público que ostentaba el más alto cargo electivo de su país, Presidente de la Nación y, por ello, estaba sujeto al mayor escrutinio social, no solo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 88.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 61 con cita del *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra*, párr. 121.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párrs. 62-64: en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público (62). Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público (63). Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza (64), como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

de sus funciones, sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público.⁶⁸

De esta línea de argumentación surge que los tribunales internos no tuvieron en cuenta estas consideraciones pues, por ejemplo, la Corte interna:

[n]o analizó en el caso en concreto si la información cuestionada tenía o no carácter de interés público o contribuía a un debate de interés general. Por el contrario, en su decisión se refirió a los alegados aspectos de la vida privada de manera aislada de las cuestiones de interés público que de ellos se derivan y que constituyen el aspecto fundamental de las notas cuestionadas.⁶⁹

Respecto de la restricción en concreto al derecho a la vida privada tampoco parece ser muy intensiva, ya que si:

- a) para el momento de la publicación de las noticias estas ya eran conocidas de algún modo por su publicación en otros medios nacionales y extranjeros y “[q]ue ante aquellas difusiones públicas previas de la información, el señor Menem se hubiera interesado en disponer medidas de resguardo de su vida privada o en evitar, de cualquier otra manera, la difusión pública que luego objetó respecto de la revista *Noticias*”,⁷⁰ y
- b) el propio funcionario público

[a]doptó, con anterioridad a que se realizaran las publicaciones que luego cuestionó, pautas de comportamiento favorables a dar a conocer esas relaciones personales, al compartir actos o situaciones públicas con dichas personas, las cuales aparecen registradas en varias de las fotos que ilustran las notas, e incluso recibiendo al niño y a su madre en un lugar oficial como la Casa de Gobierno [...]. La Corte recuerda que el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la con-

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 60.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 66.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 64.

ducta desplegada por el mismo. En este caso, su conducta no fue de resguardo de la vida privada en ese aspecto.⁷¹

Las expresiones también se manifestaron en soporte de fotos. La Corte IDH, si bien sostiene que estas caen bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión (art. 11 CADH), advierte sobre el “contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto”. Sin embargo, ese potencial no convierte a la restricción en la vida privada en grave:

- a) estas comparten como la información en soporte papel la relación de lo que expresan con el interés público y sobre un funcionario público, y
- b) las fotos tienen el efecto de acompañar, servir de respaldo —o contribuir—⁷² a lo que se informa y no están simplemente dirigidas a satisfacer un interés de mera curiosidad sobre la vida privada del funcionario público. Tampoco vuelve a la afectación de la vida privada del funcionario público más intensiva por no contar la publicación de la imagen con el consentimiento del retratado. Nuevamente aquí juega un papel fundamental la consideración de la relación de la información —aunque sea en soporte foto— con el interés público y el carácter de funcionario público de la persona fotografiada: “cuando las imágenes se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país, dado que no sería razonable exigir que un medio de comunicación deba obtener un consentimiento expreso en cada ocasión que pretenda publicar una ima-

⁷¹ *Ibidem*, párrs. 65, 32, 35 y 36.

⁷² *Ibidem*, párr. 68: “La Corte considera que las imágenes estaban fundamentalmente dirigidas a respaldar la existencia de la relación entre el señor Menem, la señora Meza y Carlos Nair Meza, apoyando la credibilidad de la nota escrita y, de tal modo, llamar la atención sobre la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos así como la eventual existencia de otros favores y gestiones, por parte del entonces presidente en beneficio de quienes aparecen retratados en las imágenes publicadas. De esta forma, las imágenes representan una contribución al debate de interés general y no están simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad del público respecto de la vida privada del presidente Menem”.

gen del presidente de la nación. Por ello, en este caso en particular, la alegada ausencia de autorización del señor Menem tampoco transforma a las imágenes publicadas en violatorias de su privacidad”.⁷³

Por ello, una *restricción grave* a la libertad de expresión cuando se trata de información —ya sea expresada en soporte papel o fotográfico— de interés público sobre un funcionario público,⁷⁴ aunque pueda tener relación con su vida privada, a causa de la condena judicial a una reparación civil (M) en la que no se ponderó en forma suficiente el carácter público de la información, *sobrepasa* —no puede ser justificada a través de— una *importancia leve, moderada* de realización del derecho a la vida privada de un funcionario público (p. ej., Presidente de un Estado). Así, el funcionario público debe soportar y tolerar la información sobre su actuar y vida privada relacionada con la cuestión pública y máxime cuando la información había sido publicada con anterioridad en el país y en el extranjero no habiendo reclamado reparación alguna; y habiendo el funcionario con su propia conducta abierto las puertas de la llamada vida privada, entre otras cosas. En fin, como sostiene la Corte IDH: “[l]a medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada”.⁷⁵ Es decir, no se justificó “la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción”⁷⁶ a la libertad de expresión.

Así, en el *último* paso se trata de la *ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados (ponderación propiamente dicha)*. Este paso está conformado por la aplicación de la fórmula de la ponderación, que dice: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene

⁷³ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 70.

⁷⁴ *Ibidem*, párrs. 43, 69, 89.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 71; *cf.* párr. 91: “De tal modo la medida de responsabilidad ulterior impuesta resultó innecesaria en una sociedad democrática”.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 55.

que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Se establece una *relación entre grados de realización o de afectación e importancia de la realización de dos (o más) principios*. Esta fórmula ofrece un *procedimiento para la justificación* —y en su caso, su correspondiente *crítica*— de la decisión del conflicto entre principios. Es decir, sí dice que para justificar debidamente una no realización o no satisfacción muy grave de un derecho, no basta con que la realización del principio colisionante sea poco importante, débil. Así, quien realiza una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta: el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan; la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado a fin de no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.⁷⁷

4.6. CONSIDERACIONES FINALES

En este capítulo realizamos una lectura de la herramienta argumentativa del examen de razonabilidad en la versión de Linares y en la versión moderna —como examen de proporcionalidad—, para luego aplicarlo en forma ejemplificativa a un caso en el que la afectación al derecho se da por exceso y en el que la Corte IDH eleva la pretensión de estructurar su argumentación por el examen de proporcionalidad. En este sentido, la jurisprudencia de este último Tribunal parece más propicia para el desarrollo del

⁷⁷ El último paso del modelo de la ponderación orientado por reglas gira en torno a la reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar colisiones futuras. El procedimiento argumentativo de la ponderación no se ve satisfecho si el resultado de la solución de un conflicto entre principios no puede ser reformulado en una regla-resultado de la ponderación, nuevamente aquí reaparece la importancia del caso entendido ahora como una suerte de “precedente”. Esta regla-resultado de la ponderación vincula a quien realiza una ponderación, a reglas y, en este sentido, limitaría su discrecionalidad. En tanto sería incoherente si no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares, el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente. Así la consideración del resultado-regla de la ponderación conforma un caso de la consideración de precedentes —o si se quiere de casos paradigmáticos en la línea de Moreso—, que incluso puede conformar una red de reglas-resultados de la ponderación. Esta red estaría conformada en materia de libertad de expresión por casos como *Kimel* y *Fontevuechia*, entre otros.

tema que la jurisprudencia de la Corte argentina, que evade presentar una argumentación estructurada cuando dice que realiza un examen de razonabilidad.⁷⁸

Asimismo, en este trabajo tratamos de expresar la estructura argumentativa del examen de proporcionalidad como una herramienta orientada a la resolución del problema. Así, esperamos haber dado buenas pistas para el rescate del examen de razonabilidad como un procedimiento de argumentación preocupado por comprender el problema que se discute y examinar las razones que se alegan; más que un procedimiento rígido centrado desde el principio en encasillar la cuestión en la determinación de la intensidad de control judicial a la que se someterá el problema en disputa.

⁷⁸ Sobre algunos intentos de sistematizarla bajo el esquema de proporcionalidad véase Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., cap. 4; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo...*, cit.; Saggese, Roberto, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, entre otros.

Capítulo 5. Sobre el argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos*

5.1. INTRODUCCIÓN

Para la academia de los derechos humanos, la cuestión de los usos del argumento de derecho comparado es materia de análisis, investigación y (pre)ocupación.¹ No ocurre algo similar con

* Agradezco a Annika Lennert, Federico de Fazio, Paula Gaido y Leticia Vita por la lectura, comentarios y críticas; así como a Jan Sieckmann y Robert Alexy por sus comentarios y críticas a una versión anterior de este trabajo.

¹ Véase entre muchos otros, Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, 2015. Sin embargo, no ocurre algo similar con la teoría general del derecho. Los usos, la estructura del argumento de derecho comparado, su relevancia en la argumentación en materia de derechos, no forma parte del canon de los temas de discusión, de investigación, de interés de la academia que se dedica a la teoría general del derecho. Valga aquí la excepción sobre la discusión de la *legitimidad* del recurso al derecho comparado por los tribunales: Rosenkrantz, Carlos, “Against Borrowings and Other Non authoritative Uses of Foreign Law”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, 2003, pp. 269-295; Filippini, Leonardo G., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202; Böhmer, Martin, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008; Puga, Maricela y Lanusse, Máximo, “El regreso del «Búmeran». Los préstamos del derecho extranjero; ese debate

la teoría general del derecho. Sin embargo, debería ocuparse con mayor detenimiento si se toman en serio las tres dimensiones de las teorías de la argumentación jurídica. Como sostiene Atienza, las teorías estándares de la argumentación jurídica se ocupan no solo de reconstruir cómo en los hechos se justifican las decisiones jurídicas, sino que también incluyen una dimensión normativa y crítica: la cuestión de cómo se deberían justificar. Atienza agrega, con razón, que estas dos dimensiones deben ser complementadas con una tercera: la dimensión pragmática —como retórica y dialéctica— que ve a la argumentación como actividad, como proceso interactivo entre dos o más sujetos orientados por la persuasión, por el objetivo de lograr convencer, acordar respecto de un problema teórico o práctico de interés para esos sujetos y para el auditorium ampliado en el que impacta el tema debatido.

En el marco de esas teorías se plantea entonces la pregunta acerca de los usos del argumento de derecho comparado. Este incluye una mirada descriptiva —cómo fue usado— y otra normativa —cómo debería ser usado— en el marco de la argumentación sobre derechos humanos. El objetivo de este trabajo es explorar la estructura del argumento de derecho comparado. Tomo ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esto me permite justificar, a su vez, la importancia de prestar atención a este tipo de argumento desde la teoría de Atienza. Una de las características de la obra de Atienza es atender problemas provenientes de la práctica jurídica desde el mirador de la teoría del derecho.² Entonces, si el uso del argumento de derecho comparado emerge en forma recurrente en la argumentación de sentencias en derechos humanos, esta recurrencia es un buen pretexto para que sus usos sean tomados en serio por la teoría de la argumentación jurídica. Esta teoría

que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras «otras» preguntas”, en *Revista de la Universidad de Palermo*, 2009, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica07.pdf

² Algo similar predica Ruiz Manero de la obra de Aarnio, véase Ruiz Manero, Juan, “Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica: (en torno a algunos trabajos de A. Aarnio)”, en *Doxa*, núm. 2, 1985, pp. 209-222.

siempre ha demostrado apertura a lo que ocurre en la práctica jurídica.³

5.2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO E HIPÓTESIS SOBRE LOS USOS DEL ARGUMENTO DE DERECHO COMPARADO

Mi trabajo presenta algunas limitaciones. Me encargo de los usos del derecho comparado en el razonamiento judicial, sin perjuicio de lo cual, advierto la importancia de los usos de este argumento en la argumentación legislativa y en la de los abogados litigantes. La segunda limitación se refiere a los lugares en los que puede emerger el uso del derecho comparado dentro del proceso que implica la argumentación judicial. Atienza sostiene que una motivación judicial completa debería contener los siguientes elementos:

- 1) la narración de los hechos del caso; 2) la identificación del problema o de los problemas iniciales; 3) la identificación de la cuestión o de las cuestiones de las que depende la solución de cada uno de los problemas; 4) la respuesta a cada una de las cuestiones; 5) las razones (los argumentos) a favor de esas respuestas y, eventualmente, las razones para no suscribir otras posibles respuestas; 6) la solución del problema inicial; 7) la decisión.

Los usos del derecho comparado pueden emerger en diversas etapas del proceso argumentativo, por lo general, es frecuente en el quinto paso argumentativo, es decir, cuando se alegan argu-

³ Insisto: mi mirada es reconstructiva. Por ello, no vuelvo sobre la discusión acerca de la *legitimidad* del argumento de derecho comparado por los tribunales. Esta discusión es conocida y ha sido ampliamente trabajada. La disputa al respecto aparece con diferentes consignas: “préstamos”, “transporte”, “trasplantes”, (perdidos en la) “traducción”, “anexión” del “otro”, entre muchas otras, véase Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 571-598, 586. No volveré sobre ella, aunque reconozco su importancia para la teoría de la argumentación jurídica en su aspecto reconstructivo y normativo.

mentos en favor de la solución adoptada o en la justificación de las soluciones alternativas que no se han escogido. Sin embargo, podrían aparecer en los otros,⁴ aunque no suele ser frecuente que aparezca en la parte resolutive del caso concreto. A los efectos de este trabajo, me detengo en los usos del argumento de derecho comparado en el quinto paso.

Respecto de los usos del derecho comparado en la argumentación judicial sobre derechos humanos, distingo dos usos y dos sentidos. Por un lado, el uso descriptivo y el uso normativo. Por el otro lado, en cuanto a sus sentidos, el derecho comparado es utilizado como expresión de una tendencia internacional o de una tendencia o consenso regional. Estas distinciones me permiten plantear tres problemas referidos a los usos del argumento de derecho comparado: el problema de la determinación del objeto de comparación;⁵ el problema de la insuficiencia argumentativa y

⁴ Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law...”, *cit.*, pp. 571-598; ha propuesto una enumeración —de interés para el propósito de este trabajo— sobre los momentos argumentativos en los que puede aparecer el derecho comparado: en la interpretación de los hechos relevantes del caso, en la delimitación de la cuestión o problema normativo que requiere resolución; en la identificación, formas de aplicación de métodos interpretación y de resolución de conflictos entre derechos; en la construcción de argumentos, en la identificación de posibles soluciones del problema normativo, en la exploración de las consecuencias a las posibles soluciones, en la determinación de la intensidad de control judicial, en la formulación de remedios, en el diseño de instrumentos para monitorear el cumplimiento de la sentencia, entre otros.

⁵ Se trata de todos los problemas relacionados con la determinación del objeto de comparación, de la cuestión del método de comparación, de la determinación e interpretación de las similitudes, diferencias, particularidades que surgen como resultado de la comparación. Asimismo, si como resultado de la comparación surge una convergencia, se discute cuándo se puede hablar de “consenso”, al respecto véase Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30, núm. 3, 2012, pp. 272-298; Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court Of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 33, núm. 7-12, 2013, pp. 248-263. La importancia práctica del problema surge, por ejemplo, en el caso sobre prohibición de uso en público de la burka o niqab en Francia. El caso fue resuelto por el TEDH en *S.A.S. vs. Francia*, 2014. En esa causa, en el voto de mayoría se pregunta, si la mayoría de los Estados del Consejo de Europa prohíben llevar la

el problema de la incoherencia respecto de los usos del argumento de derecho comparado en casos similares.

Todo esto me permite sostener la tesis de que el argumento de derecho comparado debe ser entendido como un *argumento incompleto*, que debe ser considerado para identificar la mejor solución a una colisión de derechos o para escoger la mejor interpretación de una norma de derechos humanos. Debe formar parte de una argumentación normativa, es decir, una argumentación que no se contente con describir cuál es la solución dada a un problema en los diferentes estados de la región —descripción—, sino que justifique por qué seguir o no esa solución contribuye a iluminar la mejor interpretación de la norma en disputa —pretensión de corrección—. En el trasfondo subyacen

cara totalmente cubierta en público —por ejemplo, por medio del uso de la burka o el niqab—. El resultado de esta comparación, según surge de la sentencia, es que solo Francia y Bélgica adoptan una prohibición similar y que en tres países se discute en el ámbito legislativo el tema —en Suiza, en Holanda y en España en forma más acotada en cuanto a la prohibición y en el ámbito de una región—. Luego interpreta el TEDH que no existe consenso respecto de la prohibición, entonces le reconoce al Estado un amplio margen de apreciación (cdos. 156, 40). Sin embargo, qué ocurre respecto de todos los demás Estados de la región que no consideraron relevante legislar sobre el tema. ¿Por qué no fue considerado en la argumentación del voto mayoritario? El voto disidente en *S.A.S. vs. Francia* se hace cargo de esta pregunta. Interpreta que 45 de los 47 Estados del Consejo de Europa no han visto como necesario legislar sobre el uso en público de velos que cubren en forma total la cara, este resultado implica un indicio de que existe un consenso europeo a favor de la no prohibición de su uso en público, con lo que concluye —atendiendo a su vez a otras razones— que se debe aplicar un examen de proporcionalidad que examine con intensidad las razones alegadas por el Estado para sostener la restricción (cdo. 19 del voto en disidencia). Como se puede apreciar, los dos votos reflejan una discusión sobre el objeto de comparación e interpretación del resultado, ¿qué se compara la prohibición o la no prohibición? Pero, si del resultado de la comparación surge que una clara mayoría no tiene vigente la prohibición, entonces la mayoría se inclina por no limitar la autonomía de las personas, este punto no es trabajado por el voto mayoritario, si no por la disidencia. En este sentido, vemos que la mayoría presenta una argumentación débil en relación con el uso del argumento de derecho comparado como expresión de la falta de consenso. Véase Sündhofer, Beate, “Konventionskonformität des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit”, en *Austria Law Journal*, núm. 1, 2015, pp. 88-98.

las siguientes preguntas que combinan las faces descriptivas y normativas de la teoría de la argumentación jurídica: ¿cómo es utilizado el argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos? ¿Contribuye para la saturación de consideración de toda la información y argumentos relevantes para optimizar la decisión —*pretensión de racionalidad*—? O, ¿contribuye asimismo a satisfacer la *pretensión de corrección* en el sentido de que la deliberación sobre los resultados de la comparación —argumento de derecho comparado— sirve para una mejor justificación de la decisión o para iluminar la mejor interpretación de la norma en disputa? Las preguntas anteriores pueden ser respondidas analizando la estructura del argumento de derecho comparado.

Las teorías de la argumentación jurídica le dedicaron apenas unas líneas. Por ejemplo, Alexy no desarrolla en especial la forma del argumento de derecho comparado. Remite a la forma del argumento histórico y propone una leve modificación. El argumento histórico presenta la siguiente forma:

1. ya una vez que se practicó una determinada solución del problema discutido;
2. esta condujo a la consecuencia F;
3. F es indeseable;
4. las situaciones no son entre sí tan distintas como para que F no ocurra ya hoy, y
5. por tanto, la solución en cuestión no es hoy aceptable —*empfehlenswert*—.⁶

La modificación pasa por el cambio de la dimensión. El argumento histórico mira hacia el pasado —dimensión temporal—. En cambio, el argumento de derecho comparado atiende al lugar —dimensión territorial—, qué solución encontró este problema en otro lugar, cuál es el estado de cosas jurídico en otra sociedad. A los efectos de este trabajo, tomo como base la propuesta de Alexy. Propondré a su vez una modificación para dar cuenta

⁶ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Fráncfort del Meno, 1991, p. 294. Aquí se usa la traducción al castellano realizada por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, pp. 230 y 286.

de los dos usos y significados con los que aparece el argumento de derecho comparado en la argumentación sobre derechos humanos.

5.3. DOS SIGNIFICADOS. DOS FUNCIONES

Un primer relevamiento de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos —TEDH y Corte IDH— sobre el uso del argumento de derecho comparado, arroja como resultado que este argumento aparece con frecuencia en una relación argumentativa que combina examen de proporcionalidad, margen de apreciación de los Estados y derecho comparado. Para efectos de este trabajo, reconstruyo los usos del argumento de derecho comparado en relación con el derecho a la familia y a la privacidad de las personas del colectivo Lesbianas, Gays, Travestis, Transexuales, Transgénero, Intersexuales (LGBTTTI). Me detengo entonces en las sentencias sobre las obligaciones estatales que surgen de los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Por supuesto, el argumento de derecho comparado emerge en otras relaciones argumentativas y para la interpretación de otros derechos. Sin embargo, me interesa el trabajo pormenorizado sobre una disputa, porque supongo que los usos pueden variar dependiendo del problema normativo que se discute. El objetivo es reconstruir la estructura del argumento de derecho comparado en las disputas sobre esta cuestión en particular. Luego, esta reconstrucción servirá para ponerla a prueba en disputas sobre otros derechos.

El análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre la orientación sexual devela que la utilización del argumento de derecho comparado es ambigua. Se utiliza con: *a)* dos significados diferentes y *b)* dos funciones diferentes.

a) Dos significados diferentes. Por un lado, en la argumentación sobre derechos humanos es frecuente recurrir a las producciones de otros sistemas regionales o internacionales de protección de los derechos humanos para determinar cómo fue tratada la cuestión en disputa y qué soluciones se propusieron. Interesa así el estado de cosas jurídico en otros ámbitos regionales

o internacional. Así, es frecuente encontrar referencias a resoluciones, informes, comentarios generales, consideraciones finales de diferentes órganos de protección de derechos humanos: de las Naciones Unidas o de otros sistemas como la Corte IDH, la CIDH, el sistema africano de protección. Aquí aparece un ejercicio de comparación. El resultado de esa comparación puede conformar en caso de convergencia lo que se puede resumir bajo la frase de “tendencia internacional”, por ejemplo, la tendencia en relación con el reconocimiento del matrimonio igualitario como un derecho de las personas con orientaciones sexuales, que no responde al patrón dominante, es considerada para la resolución de casos sobre la cuestión normativa en disputa —significado a.1: tendencia internacional—.

Por el otro lado, el argumento de derecho comparado surge como resultado de las comparaciones de cómo se ha tratado la cuestión bajo debate en los diferentes Estados que conforman un sistema regional de protección de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso del TEDH acude a normas, principios, sentencias de los Estados del Consejo de Europa. Por lo general, la finalidad es identificar el estado de cosas jurídico en los países de la región; la existencia —o no— de una tendencia en el derecho de los referidos Estados. Si se identifica una convergencia, el TEDH entonces habla de “consenso europeo”⁷ —significado a.2: tendencia regional—.

b) Dos funciones. El argumento de derecho comparado se utiliza para satisfacer dos pretensiones: la de racionalidad y la de corrección. La primera función se refiere a saturar toda la información y argumentos relevantes para la toma de la decisión y su justificación. Se trata de la determinación de cómo la cuestión del caso fue resuelta en los ordenamientos jurídicos de la región o en el ámbito internacional. Su función es descriptiva.⁸ Incluye las siguientes premisas descriptivas: ya en otro lugar

⁷ Algo similar aparece —pero con menor frecuencia—, en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, esta no habla de “consenso interamericano”.

⁸ Por ejemplo, en el caso *Ollari vs. Italia* (2015) sobre reconocimiento jurídico de uniones civiles o matrimonio entre personas del mismo sexo, el TEDH realiza una larga referencia en el párr. 65 de su sentencia a la

se practicó una determinada solución del problema discutido; las situaciones y soluciones son similares o diferentes. La forma del argumento no incluye hasta aquí ninguna premisa normativa —función 1—.

La segunda función apunta a satisfacer la pretensión de corrección —función 2—. El objetivo del uso del argumento de derecho comparado es considerado como parte de una cadena argumentativa para sostener la mejor interpretación de una norma de derechos humanos o la mejor justificación para la solución de un conflicto entre derechos. Esta forma del argumento de derecho comparado contiene una premisa normativa. Como sostuvo anteriormente, la forma del argumento de derecho comparado puede ser así precisada:

1. ya en otro lugar —ámbito internacional, región, Estado— se practicó una determinada solución del problema discutido;
2. esta solución ha permitido una armonización de los dos derechos en conflicto F;
3. F puede ser justificada con muy buenas razones;
4. las situaciones, cuestiones normativas del problema discutido en el caso bajo disputa y las de las adoptadas en otros lugares son similares, y
5. la solución practicada del problema discutido y su justificación debe ser considerada en la cadena argumentativa que sostiene la justificación del caso.

Como sostiene Alexy en la *Teoría de la argumentación jurídica*, el argumento de derecho comparado describe la situación de derecho en otra sociedad o Estado —esto es, un hecho— y determina similitudes y diferencias. Sin embargo, continúa Alexy, lo importante es que esta forma de argumento no solo implica cuestiones de hecho, sino que incluye “una premisa normativa”, que debe ser justificada.⁹ El uso del argumento de derecho compara-

decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodge* (2015) en el que reconoce el derecho constitucional a casarse con las personas del mismo sexo. Sin embargo, esta referencia no es retomada luego por el TEDH en la justificación material de la sentencia.

⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, cit., p. 294.

do para la satisfacción de la pretensión de corrección —función 2— supone su uso para la consideración de toda la información y argumentos relevantes, se relaciona con la pretensión de racionalidad —función 1, pretensión de racionalidad—. El problema es la relación inversa, es decir, cuando la argumentación se detiene en la descripción.

Sostengo que un uso correcto del argumento de derecho comparado en la argumentación debe contener una premisa normativa y su justificación. Solo de esa manera puede ser considerado como un argumento relevante en la cadena argumentativa —hipótesis—. Si esto es así, entonces el argumento de derecho comparado cumple una doble función: una descriptiva y una normativa. La forma del argumento de derecho comparado incluye así una premisa que contiene descripción y determinación de similitudes y diferencias, y otra, que supone una justificación de las razones de su aplicación para fundamentar la solución del caso en concreto —corrección—.

Las combinaciones entre los diversos usos y funciones posibles, por un lado, una reconstrucción crítica de la jurisprudencia del TEDH, cuando utiliza el argumento del derecho comparado como “consenso europeo” —tendencia regional— en su función descriptiva, como consenso europeo fáctico. Para luego admitir, sin más, que cabe reconocer al Estado un amplio margen de apreciación para determinar cómo quiere cumplir con las obligaciones de hacer que surgen de la CEDH. Aquí se vislumbra una especie de salto argumentativo. Por otro lado, permite explorar cómo juega el argumento de derecho comparado como tendencia internacional —significado 1— en una cadena de argumentos para justificar la mejor interpretación de las normas en conflicto —pretensión de corrección—. Por último, me permite discutir el uso del argumento para la determinación de la existencia descriptiva de un consenso regional —significado 2— para detectar tres problemas argumentativos: el de la identificación del objeto de comparación;¹⁰ el de la insuficiencia argumentativa y el de la incoherencia. En especial, me detendré en el segundo.

¹⁰ Véase nota al pie 6.

5.3.1. El uso del argumento de derecho comparado como tendencia internacional y para satisfacer la pretensión de corrección

No es nuevo que tanto la Corte IDH como el TEDH se inclinen por una “interpretación evolutiva” —o “dinámica”— de la Convención, caracterizándola —en forma metafórica— como un “instrumento vivo”.¹¹ Ahora bien, como advierte G. Neuman,¹² sostener que son instrumentos vivos, que los sentidos de esos textos evolucionan, no aclara la forma en que esa evolución ocurre. En qué manantiales hurgará el Tribunal y en cuáles debería hacerlo. Por ejemplo, para Neuman, la evolución ocurre como fruto: a) de la propia producción argumentativa de la Corte IDH; b) de la invocación de otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos, y c) de referencias a las producciones del sistema internacional y europeo de protección de los derechos humanos. En este último supuesto, emerge el derecho comparado y con la función de mostrar la evolución en la interpretación de una norma en otros lugares.¹³ Lo decidido en otro lugar, las razones de esas decisiones, forma parte de la inter-

¹¹ Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 83; El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 106. Con posterioridad al caso *Atala*, véase Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 245; en el Tribunal Europeo véase TEDH, *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, Sentencia de 25 de abril de 1978, núm. 5856/72, párr. 31; y Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G. et al. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 106-141.

¹² Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, núm. 19, 2008, pp. 101, 107.

¹³ Esta práctica se suele caracterizar como “apertura” de la jurisprudencia, véase Burgourgue Larsen, L. “Interpreting the European Convention”, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, núm. 5, 2012, pp. 90-123.

pretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro personae*, que incluye una premisa normativa. Esta regla dice que debe elegirse la alternativa más favorable a la protección del derecho en disputa.¹⁴ Este uso como tendencia internacional y en su función normativa del argumento puede verse en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012) decidido por la Corte IDH.¹⁵ En el caso, se condenó al Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la autonomía y protección familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.¹⁶ El caso planteaba un problema de interpretación del artículo 1.1 de la Convención Americana que no contempla expresamente la orientación sexual en la enumeración de prohibiciones de discriminación. La Corte concluye que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en su artículo 1.1. La enumeración contiene así una cláusula de apertura, la lista es “ilustrativa y no exhaustiva”.¹⁷ Aquí emerge el argumento de derecho comparado cuando inte-

¹⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 84; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 106; y *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, párr. 52.

¹⁵ El caso llegó como denuncia a la CIDH fruto de un reclamo presentado el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo; y, a la Corte IDH luego de haber pasado sin éxito por una instancia de solución amistosa en el ámbito de la CIDH.

¹⁶ El caso se refiere a los siguientes hechos: la señora Atala estaba separada desde el 2002 y tenía a su cargo —de común acuerdo con su excónyuge— el cuidado y tuición de sus tres hijas. En noviembre de 2002, la pareja mujer de la señora Atala, la señora E. de R., se mudó a la casa de la señora Atala, donde también vivían las tres niñas. En enero de 2003, el padre de las niñas solicitó ante sede judicial la tuición de las niñas, sin haber tenido éxito en primera y segunda instancia. En marzo de 2004, la Corte Suprema de Chile revocó la sentencia y otorgó la tuición de las niñas al padre. La señora Atala denunció al Estado de Chile alegando que esta acción estatal —sentencia de la Corte Suprema— implicaba una violación al principio de no discriminación por orientación sexual, a la vida privada y familiar, entre otros.

¹⁷ Con referencia al caso del TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Queixa núm. 33290/96, párr. 28.

racciona con la jurisprudencia del TEDH sobre la materia.¹⁸ Se apoya en sentencias del TEDH en donde fue interpretado, como en el caso *Atala*, que el listado de categorías que se realiza en el artículo 14 del CEDH, es “ilustrativo y no exhaustivo”,¹⁹ que la orientación sexual es una “categoría de discriminación prohibida” y que cae bajo el amparo de la expresión “otra condición” del artículo 14²⁰ del CEDH (similar al 1.1. de la CADH), que prohíbe tratos discriminatorios.²¹

¹⁸ A su vez, no es casual que en forma preponderante interaccione con precedentes del TEDH. En este supuesto la Corte IDH se encuentra frente a un caso nuevo. Nunca antes había encarado el caso como un supuesto de discriminación por orientación sexual. El uso de precedentes comparados se debe a esta falta de antecedentes en su propia jurisprudencia, lo que confirma el resultado de estudios que sostienen que cuanto más novedosa la materia, mayores las referencias al derecho comparado y, por el contrario, cuanto mayor caudal de precedentes jurisprudenciales del propio tribunal sobre la materia, tanto más decrece la referencia a precedentes comparados. Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law...”, *cit.*, pp. 571-598. Por lo demás, para un análisis empírico sobre por qué los tribunales aplican derecho comparado, véase el trabajo empírico de Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, en *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper*, núm. 14-03-02, 2014, se refiere a diversos factores que generan un ambiente propicio para el uso del derecho comparado por los tribunales, entre otros: capacidades institucionales —la posibilidad de las instituciones de emplear a asistentes que hayan estudiado en el extranjero o que sean investigadores en la materia—; un sistema de formación en derecho que genere entusiasmo y habilidades para el comparativismo; hacerlo parte de la diplomacia judicial.

¹⁹ Con referencias a TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, *supra*, párr. 28, en el que se establece que la lista de distinciones prohibidas del art. 14 de la CEDH no es exhaustiva sino ilustrativa. Véase también TEDH, *Caso Fretté vs. Francia*, núm. 36515/97, sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; TEDH, *Caso Kozak vs. Polonia*, núm. 13102/02, 2010, párr. 92; *Caso J.M. vs. Reino Unido*, núm. 37060/06, 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev vs. Rusia*, núms. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, 2011, párr. 108.

²⁰ Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

²¹ *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 87, con referencia a jurisprudencia TEDH. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portu-*

Esta línea jurisprudencial comparada²² fue de utilidad para la Corte IDH en *Atala* para hurgar si las razones utilizadas por los tribunales chilenos para la revocación de la tuición en perjuicio de la señora Atala implicaban un accionar discriminatorio. Sigue la pauta del TEDH, que establece que para comprobar que una diferencia de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona. Para ello alcanza “con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”.²³ Para concluir que la señora Atala fue víctima de un trato discriminatorio por los tribunales chilenos, aplicó el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, en el que el TEDH interpretó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro varón, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final. Con base en esta jurisprudencia, la Corte IDH tomó como relevantes los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido, para

gal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra amparado por el art. 14 del CEDH. Además, lo reiteró en TEDH, *Caso Clift vs. Reino Unido*, núm. 7205/07, sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57.

²² El TEDH cuenta ya con una larga historia jurisprudencial sobre casos referidos a la orientación sexual. Flávia Piovesan propone una periodización de esa jurisprudencia: se inicia en los años ochenta bajo la consigna de combate a la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos; sigue en los años noventa como lucha en contra de la discriminación por la orientación sexual; en 2000 la consigna incluye igualdad por reconocimiento; en 2002 se inicia la jurisprudencia referida al reconocimiento de los derechos de las personas trans; desde 2008 el derecho a adoptar de las personas con orientación homosexual, y a partir de 2010 se empieza a tratar la cuestión del matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo. Piovesan, Flávia, “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo e interamericano”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flávia, *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 1-26.

²³ Con referencia a TEDH, *Caso E.B.*, párrs. 88-89.

concluir que la diferencia de trato se basó en la orientación sexual.²⁴

La Corte usa entonces el derecho comparado como parte de la interpretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro personae* —“debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”—.²⁵ Concluye así que los Estados tienen prohibido discriminar en virtud de la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTTTI.

Esta parte de la argumentación comprende dos pasos:

- a) la tendencia internacional es identificada —función descriptiva—;
- b) luego, esa tendencia es utilizada como un argumento en la cadena argumentativa que sostiene el resultado de la interpretación evolutiva, que bajo la aplicación de la regla interpretativa de inclinarse por el resultado que mejor protege al derecho, determina que está prohibido discriminar a las personas por su orientación sexual —función normativa—.

El uso normativo del argumento de derecho comparado —ya sea como tendencia internacional o regional— conforma la cadena argumentativa que busca satisfacer la pretensión de corrección.²⁶ Este uso se ve en forma aún más clara si se contrasta con el uso del argumento de derecho comparado como consenso europeo en su función descriptiva y como parte de una cadena argumentativa insuficiente. Este tipo de uso es frecuente en la jurisprudencia del TEDH, no así aún en la de la Corte IDH.

²⁴ Con referencia a TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, *supra*, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B. vs. Francia*, sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 85.

²⁵ *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 84; La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *supra*, párr. 106.

²⁶ Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

5.3.2. El uso del argumento de derecho comparado para la determinación de la existencia o ausencia de un consenso (fáctico) regional

El derecho comparado se utiliza para identificar una tendencia en el derecho de los Estados de la región, en el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, sería de los Estados del Consejo de Europa. Como adelanté, esto aparece bajo la frase “(in)existencia de consenso europeo”. El Tribunal suele presentar el resultado de la comparación. El proceso de comparación no aparece en la justificación de la sentencia, aunque sí una enumeración no exhaustiva del estado de la cuestión jurídica en los Estados que fueron tomados para la comparación. El proceso de comparación implicaría el tratamiento de las siguientes preguntas:

- a) El problema o cuestión que se discute en el caso, ¿fue tratado en los Estados del Consejo de Europa?
- b) Si fuere el caso, ¿a qué solución se llegó respecto del problema discutido?
- c) ¿Cuáles son las similitudes, diferencias, particularidades que presentan cada una de las soluciones?
- d) ¿Surge de la comparación una suerte de “común denominador”?
- e) ¿Se puede, entonces, concluir que existe un consenso sobre la materia jurídica objeto del caso que debe ser resuelto (p. ej., en relación con el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas con la misma orientación sexual), o no existe consenso, o este es aún endeble?²⁷

El objetivo de la comparación es determinar si existe un consenso fáctico entre los Estados del Consejo de Europa.²⁸ Es

²⁷ Estas preguntas están presupuestas en las sentencias que se refieren al matrimonio igualitario bajo el manto de los arts. 8, 12 y 14 de la CEDH, véase, por ejemplo, *Kopf y Schalck vs. Österreich*, 2010; *Hämäläinen vs. Finlandia*, 2014, y *Oliari vs. Italia*, 2015.

²⁸ En el reciente caso *Artavia Murillo* sobre reproducción asistida, la Corte IDH es entusiasta en el uso del derecho comparado. Lo utiliza en mayor medida que en *Atala*. Cuando se refiere nuevamente a la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, concebidos en forma metafórica como instrumentos vivos, sostiene que la Corte le ha otorgado espe-

el propio Tribunal quien habla de “consenso europeo”²⁹ en sus sentencias. Alguien podría preguntarse, pero ¿cuál es el problema visto desde la perspectiva de la argumentación jurídica en su función reconstructiva y normativa? Hasta aquí habría que conceder que se trata de la determinación del estado de la cuestión jurídica en los Estados de la región. Y si hay convergencia en las soluciones, hasta se podría conceder que no es del todo alocado hablar de consenso/falta de consenso en un sentido descriptivo. El problema surge por dos puntos. No surge claramente de la jurisprudencia del Tribunal qué se desprende de esta identificación del estado de la cuestión jurídica. ¿Finaliza ahí? Es decir, ¿es mera información? ¿O es parte de una cadena argumentativa en donde el resultado de la comparación es solo un eslabón? La reconstrucción de la jurisprudencia no arroja una única respuesta. En un trabajo reciente, Londras y Dzehtsiarou³⁰ identifican tres usos diferentes del argumento del consenso europeo al que se le puede agregar un cuarto.³¹ Con esto alcanza para sostener la complejidad en el uso del argumento. Veamos los usos de un mismo argumento y sus escenarios:

cial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. En este sentido caracteriza la práctica de su par el Tribunal Europeo quien “ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir, para especificar el contexto de un determinado tratado”, 2012, párr. 245.

²⁹ Cuando emerge el consenso o no, por ejemplo, cuántos Estados deben presentar una solución similar para hablar de un consenso, no es claro. A los efectos de este trabajo, no es determinante explorar cómo se llega a determinar el consenso, véase una discusión al respecto en Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court Of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, núm. 33, 2013, pp. 248-263. Aquí interesa el uso del argumento como tal en la justificación de la sentencia.

³⁰ Londras, Fiona de y Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Grand Chamber of the European Court of Human Rights, A, B and C vs. Ireland, Decision of 17 December 2010”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 1, 2013, p. 250, véase asimismo, Dzehtsiarou, Kanstantsin, “European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015.

³¹ Corresponde con el uso que se presenta en 2.

1. *No existe consenso europeo*, es decir, no hay una convergencia en el estado de cosas jurídico referido a la cuestión normativa en disputa, con la consecuencia de que la norma o práctica atacada es compatible con la Convención, salvo que la norma tenga una justificación desproporcionada en forma evidente. Dicho de otra manera: no se identifica consenso, entonces el Tribunal reconoce al Estado un amplio margen de apreciación para determinar cómo cumplirá con sus obligaciones. Así ocurre, por ejemplo, en los casos sobre matrimonio para personas del mismo sexo.³² Llevadas estas consideraciones al extremo, esto implica sostener que un hecho —la inexistencia de consenso acerca de cómo reconocer y regular el matrimonio igualitario— es utilizado para sostener un control leve de la justificación material alegada por el Estado respecto de la intervención del derecho a la vida privada, a la familia y a la no discriminación de las personas del mismo sexo.³³ Aquí ocurre un salto argumentativo, nada más ni nada menos que en materia de evaluación de una restricción a un derecho y respecto de un colectivo de personas que históricamente han sido discriminadas y que las consecuencias de esa discriminación persisten en desmedro del goce efectivo de sus derechos hasta la actualidad.³⁴
2. *No existe consenso europeo*, con la consecuencia de que la justificación de la norma atacada debe seguir siendo

³² Véanse *Shalck y Kopf vs. Austria; Hämäläinen vs. Finlandia; Olliari vs. Italia*. Cfr. Helfer, Laurence R. y Voeten, Erik, “International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe”, en *International Organization*, vol. 68, núm. 1, 2014, pp. 77, 106.

³³ Sobre el uso del argumento del consenso europeo como una nueva forma de expresión de la deferencia judicial, *cfr.*, Londras, Fiona de y Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, núm. 15, 2015.

³⁴ Reconoció amplio margen de apreciación basado en la falta de consenso europeo y no identificó violación a los derechos en cuestión en los casos sobre: regulación de la reproducción asistida, uso de símbolos religiosos, en algunos casos sobre aborto, sobre los efectos legales del cambio de género, eutanasia, y en algunos casos sobre adopción, véase Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights...*, *cit.*

evaluada en cuanto a posibles razones materiales que alegue el Estado. Vale como ejemplo el caso *Hirst vs. Reino Unido* (2005), sobre derechos políticos de las personas presas. La legislación británica impone una prohibición general de sufragio a los condenados a prisión o reclusión, el TEDH resolvió que esto viola los derechos políticos de las personas (art. 3 del Protocolo 1 de la CEDH). El TEDH precisó que Reino Unido no es el único Estado que contempla tal prohibición. Agrega que si bien no se puede establecer un *common european approach* para el tratamiento de la cuestión del voto de los detenidos porque existe una variedad³⁵ en disputa, esto no puede ser determinante para resolver el caso.³⁶ De ahí que para el Tribunal, a pesar de que el margen de apreciación del Estado es amplio, no es omnicompreensivo, y se debe examinar si una restricción total y general a todos los condenados implica sobrepasar un margen de apreciación aceptable. Se examinan las razones estatales para justificar la restricción.

3. *Existe un consenso europeo identificable*, en el mismo sentido en el que se inscribe la norma o práctica estatal atacada. La consecuencia es entonces que la norma atacada es compatible con la CEDH. En el caso *Stoll vs. Suiza*, de-

³⁵ Véase párr. 33 de la sentencia.

³⁶ TEDH, *Hirst vs. Reino Unido*: “As regards the existence or not of any consensus among Contracting States, the Court notes that, although there is some disagreement about the legal position in certain States, it is undisputed that the United Kingdom is not alone among Convention countries in depriving all convicted prisoners of the right to vote. It may also be said that the law in the United Kingdom is less far-reaching than in certain other States. Not only are exceptions made for persons committed to prison for contempt of court or for default in paying fines, but unlike the position in some countries, the legal incapacity to vote is removed as soon as the person ceases to be detained. However, the fact remains that it is a minority of Contracting States in which a blanket restriction on the right of convicted prisoners to vote is imposed or in which there is no provision allowing prisoners to vote. Even according to the Government’s own figures, the number of such States does not exceed thirteen. Moreover, and even if no common European approach to the problem can be discerned, this cannot in itself be determinative of the issue”.

cidido por una Cámara del TEDH, se condenó a Suiza por haber sancionado en virtud de una sentencia judicial a un periodista con una multa de 800 francos, por la publicación de material confidencial clasificado referido al entonces embajador de Suiza en Estados Unidos, en relación con una disputa sobre el patrimonio judío no reclamado. La Gran Cámara del TEDH revocó el fallo, decidió que no había violación. Entre otros argumentos, sostuvo que la norma del Código Penal Suizo 293 StGB establece sanción de multa en el caso de publicación de actas oficiales secretas, similares a otras normas de los Estados de la región: “a consensus appears to exist among the member States of the Council of Europe on the need for appropriate criminal sanctions to prevent the disclosure of certain confidential items of information”.³⁷ Sin embargo, el argumento del consenso europeo no fue el único considerado para examinar la justificación de la restricción. El TEDH consideró, asimismo, el monto leve de la sanción y el hecho de que el periodista hubiera podido expresar su opinión. Más allá de la decisión final del caso, lo que importa a los efectos de este trabajo es que la identificación de un consenso fáctico sobre el estado de cosas jurídico en la región sobre la materia en disputa, no implica detener el examen de la justificación estatal. El argumento del consenso es aquí un paso más en la cadena argumentativa.

4. *Existe un consenso europeo identificable* en el sentido contrario a la norma atacada. Por regla, significa que la norma atacada es contraria a la CEDH y el Estado demandado ha violado la Convención.³⁸ En estos casos, el Tribunal examina las razones alegadas por el Estado en forma intensiva, con lo que se restringe muy considerablemente el margen de apreciación de los Estados. En el conocido

³⁷ TEDH, *Stoll vs. Suiza*, 2007, párrs. 155, 157, 44.

³⁸ Por ejemplo, el TEDH identificó una violación a la Convención Europea basado en la existencia de consenso europeo sobre la materia en casos sobre el derecho al nombre, la no discriminación de niños nacidos fuera del matrimonio, objeción de conciencia y violación, entre otros, véase Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights...*, cit.

caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, el argumento del consenso europeo a favor de la descriminalización de las prácticas homosexuales fue relevante para justificar la sentencia condenatoria para Reino Unido por las leyes que criminalizaban las prácticas sexuales entre homosexuales en Irlanda del Norte. Asimismo, el argumento de la existencia de un piso común europeo en contra del despido laboral por razón de la orientación sexual formó parte de la cadena argumentativa para justificar la sentencia que condenó a Reino Unido por las normas que excluían a las personas homosexuales del ejército. Luego de un análisis intensivo de la medida estatal, concluyó que se violó el derecho a la vida privada de las personas y a la no discriminación arbitraria de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Los escenarios arriba presentados demuestran la diversidad en los usos del argumento de derecho comparado referido al consenso europeo. A la luz de la satisfacción de la pretensión de corrección, en especial, resulta problemático el escenario 1. Las razones de la falta de consenso europeo en la materia no son sometidas al escrutinio a la luz de los derechos que se alegan afectados. Para ponerlo en términos claros, en los casos de discriminación por la orientación sexual justamente la falta de consenso a favor del reconocimiento del matrimonio igualitario, por ejemplo, tiene que ver con la tradición mayoritaria en los Estados de la región. Esas tradiciones conforman la restricción al derecho. Las personas afectadas por la restricción a su derecho atacan esa base. Esto forma parte del problema normativo del caso en sentido amplio. Por ello, responder que no se escrutará esa base bajo el manto de la falta de consenso europeo, implica un fuerte déficit argumentativo en materia de derechos humanos.

En principio, no es problemático que un tribunal compare la normativa de los Estados en la cuestión debatida para conocer cuál es el estado de cosas jurídico en la región. Tampoco es problemático que identifique como resultado de esa comparación comunes denominadores regionales. Un tribunal regional de derechos humanos está inserto en una comunidad regional

de habla, de interpretaciones.³⁹ Considerar esas normas, esas interpretaciones, para compararlas, responde al mandato de agotar, saturar la consideración de todos los argumentos relevantes —pretensión de racionalidad—. Así, el Tribunal identificó pisos europeos comunes a favor de la despenalización de las prácticas sexuales consentidas entre homosexuales y a favor de la no exclusión de empleos a las personas por su orientación sexual. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso de la identificación de pisos comunes en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo y en materia de adopción. Aquí aparecen los déficits argumentativos cuando el escrutinio de las razones materiales se detiene bajo la alegación de que no existe consenso en estas materias en la región y que entonces cabe al Estado reconocer un amplio margen de apreciación. A la postre, el examen de proporcionalidad y el de igualdad se reducen a un mero examen de evidencia. Las tradiciones atacadas que se expresan en las normas civiles no son escrutadas en sus (sin)razones materiales a la luz de los derechos afectados. Se trata del problema de la insuficiencia argumentativa.⁴⁰

³⁹ Sobre la función dialógica del argumento de derecho comparado, véase Retpetto, G., “El argumento comparado en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, 2013, pp. 277-336.

⁴⁰ Emerge otro problema cuando la falta o no de consenso, en el estado de cosas jurídica sobre la materia debatida, no es utilizada en forma coherente. Por ejemplo, la falta de consenso europeo sobre derechos de las personas transexuales no fue determinante en el caso *Goodwin* (2002, párr. 90). Esa inexistencia se contrapuso a la identificación de una tendencia creciente en el ámbito internacional a favor del reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Por ello, resulta cuestionable el uso del argumento de la falta de consenso en la región europea sobre el derecho a casarse —o a mantener el matrimonio ya celebrado— de las personas transexuales —luego de su operación—. En *Hämäläinen vs. Finlandia* reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación. La tendencia internacional en favor de una mayor y mejor protección de los derechos de las personas transexual no es tomada en cuenta en la argumentación (párr. 74), como sí ocurrió en el caso *Goodwin*. Por el contrario, el voto en disidencia en el caso *Hämäläinen vs. Finlandia* toma en serio el postulado de la coherencia, los jueces Sajó, Keller y Lemmens consideran las dos tendencias, la regional europea y la internacional, y bajo consideración del caso destacado de

5.3.3. El problema de la insuficiencia argumentativa

La descripción de los pisos comunes que surgen de la comparación de las normas de los Estados de la región —cuestión de hecho— no puede ser decisiva para sostener que se le concederá al Estado un amplio margen de apreciación para evitar tratar, por ejemplo, la alegación de discriminación por razón de la orientación sexual. La argumentación debería continuar, se debería justificar, por qué, por ejemplo, la inexistencia de comunes, la falta de convergencia, supone razones que sostienen —o no— la distinción. Se requiere argumentación material. De lo contrario, de una descripción se salta a sostener que no es necesario realizar un examen de igualdad de la medida estatal atacada. El problema de la insuficiencia argumentativa se puede ilustrar por medio del voto mayoritario en el citado caso *Kopf y Schalck vs. Austria* (2010). El tribunal sostiene la inexistencia de consenso europeo en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo:

[...] there is no European consensus regarding same-sex marriage. [...] The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Ne-

Christine Goodwin argumentan: “[...], regarding the absence of a consensus on the legal acknowledgment of acquired gender among the member States, the Court held that «the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising. The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals»” (*Christine Goodwin*, párr. 85). The Court went on to hold that the question of allowing legal recognition of acquired gender no longer fell within the State’s margin of appreciation (*Christine Goodwin*, párr. 93). As concerns this “trend”, we note that legal recognition of the rights of transsexual and intersex persons is being steadily strengthened worldwide. Regarding the significance of the lack of consensus among the member States, we therefore disagree with the majority from a methodological point of view”.

vertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, [...].

El problema radica en que el Tribunal evita realizar un examen de igualdad de la falta de reconocimiento del matrimonio igualitario. Sostiene que como no existe consenso sobre el estado de cosas jurídico en la región, se debe reconocer a los Estados un *timing* para la introducción de los cambios legales.⁴¹ El argumento de la falta de consenso fáctico es utilizado para detener la argumentación. Justo en casos en los que se alega afectado el libre desarrollo de la personalidad, de la autonomía en cuestiones de orientación sexual o identidad de género, lo que se ataca como discriminatorio son las tradiciones,⁴² que sostienen la exclusión de las personas por no responder sus orientaciones a las de la mayoría. Del otro lado se contesta con una descripción de la falta de consenso, con la reiteración de que se trata de una cuestión referida a la moral o las tradiciones —justamente lo que se ataca por discriminatorias, y por el reconocimiento, entonces, a los Estados de un amplio margen de apreciación:

[i]t cannot be said that there exists any European consensus on allowing same-sex marriages. [...] In the absence of a European consensus and taking into account that the case at stake undoub-

⁴¹ *Ibidem*, párr. 105.

⁴² Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 92: “En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”.

tedly raises sensitive moral or ethical issues, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must still be a wide one.⁴³

El resultado de la comparación del estado de cosas jurídico en la región es utilizado para negar a los afectados el tratamiento de la cuestión de discriminación;⁴⁴ el Tribunal les niega el derecho a la justificación, o mejor dicho, a ponerla en tela de juicio.⁴⁵

⁴³ TEDH, *Hämäläinen vs. Finlandia*, 2014, párr. 75; *Kopf und Shalk vs. Austria*, cfr. *Olliari vs. Italia*, párr. 163.

⁴⁴ Al respecto véase el voto disidente de los jueces Sajó, Keller y Lemmens en *Hämäläinen vs. Finlandia*, 2014: “The Court should have recourse to general consensus as one of a set of tools or criteria [...]. the existence of a consensus is not the only factor that influences the width of the State’s margin of appreciation: that same margin is restricted where «a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake» [...] As a general rule, where a particularly important aspect of a Convention right is concerned, the Court should therefore examine individual cases with strict scrutiny and, if there has been an interference incompatible with Convention standards, rule accordingly —even if many Contracting States are potentially concerned. This rule applies to the present case: a particularly important facet of the applicant’s identity is at stake here, hence the narrower margin of appreciation afforded to the State”.

⁴⁵ “If human rights are distinctively counter-majoritarian then it makes no sense conditioning their scope and meaning on what the majority itself believes. For example, if the interpretation of the rights of groups such as children born out of wedlock (Marckx), homosexuals (Dudgeon, Frette, EB, Schalk and Kopf), juveniles (Tyrer, Handyside), prisoners (Hirst, Rohde vs. Denmark), transsexuals (Rees, Sheffield and Horsham, Goodwin), foreigners (Saadi vs. United Kingdom, Siliadin vs. France), religious minorities (Kokkinakis vs. Greece) and many others were made dependent on majoritarian preferences, then these groups would be denied of any protection under the Convention. This is because majoritarian preferences are typically biased against these groups, who are fewer in numbers and cannot bring about a change in domestic law through legislative process. Hence, if the role of the Court is to shield the interests of these groups from majoritarian preferences, then it shouldn’t distinguish between the Majoritarian preferences prevailing in the respondent state and the majoritarian preferences of the entire Council of Europe. For example, *lack of consensus amongst contracting states on whether same-sex partnerships should be recognised by law should be as irrelevant as a prejudiced moral climate towards homosexuals in the*

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

La reconstrucción crítica de la argumentación en derechos humanos en el ámbito regional permite identificar dos usos del argumento de derecho comparado. Uno de esos usos es descriptivo, identifica el estado de cosas jurídico en los Estados de la región. El otro uso es normativo, se pregunta por las razones o las sinrazones de la convergencia o la divergencia del estado de la cuestión en los Estados de la región o en el ámbito internacional. Este uso forma parte de una cadena argumentativa relativa a la argumentación material sobre, por ejemplo, el examen crítico de la justificación alegada por el Estado demandado. La reconstrucción de estos dos usos fue posible a través de la revisita de la estructura del argumento de derecho comparado ensayada en forma escueta en la teoría de la argumentación jurídica.

El uso descriptivo del argumento de derecho comparado supone los siguientes pasos: primero, se identifica cuál es la cuestión jurídica debatida, luego se determinan las respuestas jurídicas dadas por los Estados de la región a la cuestión debatida, se establecen las similitudes, diferencias, particularidades. Así, surge el estado de cosas jurídico en la región sobre la cuestión en disputa. Si existe convergencia, hay consenso fáctico. Por el contrario, el uso normativo del argumento pone al uso descriptivo del argumento en su lugar. El mero consenso fáctico es insuficiente como argumento a la luz de satisfacción de la pretensión de corrección. Alexy me señala que el consenso fáctico puede suponer un consenso ideal. Es cierto, aunque no necesariamente. Desde la perspectiva del participante —en el lenguaje de los derechos humanos de la persona afectada por la restricción a los derechos—, del Estado, de los jueces, del *auditorium* ampliado —los habitantes de la región, la humanidad—, se requiere el desarrollo de la argumentación material. Esas posibles razones presupuestas detrás de un consenso fáctico requieren ser puestas sobre la mesa argumentativa y desafiadas por los argumentos

respondent state". Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009. (cursivas agregadas)

de la contraria. Este es el meollo de la pretensión de corrección desde una perspectiva dinámica. En este sentido, el argumento del consenso fáctico es necesariamente un argumento incompleto que requiere ser desafiado, completado en la cadena de la argumentación material. El ideal regulativo de la pretensión de corrección en la argumentación en derechos humanos es inclinarse por la mejor justificación de los derechos.

El carácter incompleto del uso del argumento de derecho comparado como consenso fáctico es aún más claro si se concibe la argumentación jurídica desde la perspectiva de la concepción dialéctica, como sostiene Atienza. La argumentación se concibe como interacción que tiene lugar entre varios sujetos que participan en forma directa o indirecta. Aquí la pregunta clave es, según Atienza, cómo se puede persuadir a otro u otros de algo. El juego de la persuasión impacta en la respuesta a esta pregunta. En el juego de la argumentación de los derechos humanos desde el mirador ampliado, por lo general, no se trata de simplemente vencer al otro. Este sería el juego si solo los contrincantes formarían parte de la práctica, es decir, la parte afectada vs. el Estado. Sin embargo, en la práctica argumentativa de los derechos humanos, los otros actores relevantes son las y los jueces, los otros Estados de la región que toman las razones de las sentencias como guía de interpretación de las normas sobre derechos humanos, las y los activistas de derechos humanos que toman esas razones o atacan las sinrazones para preparar nuevos embates a los *statu quo* discriminatorios, los tribunales de otras regiones u organismos de protección internacional de derechos humanos que toman el *case law* de la región como fuente de inspiración, como expresión de una buena o mala práctica argumentativa.

En este sentido, la argumentación del Tribunal en la práctica de la justificación de la sentencia busca persuadir asimismo a estas otras audiencias. Algo queda claro desde la dimensión pragmática —y dialéctica— de la argumentación jurídica. No se puede persuadir a quienes juegan el juego del derecho, si los argumentos de la parte afectada no fueron tomados en serio, fueron silenciados, porque del otro lado, no existe un consenso fáctico en el estado de cosas jurídico en la región. Se excluye por medio de un hecho —falta de consenso fáctico— las voces de

los silenciados, invisibilizados.⁴⁶ En suma, para explorar los usos del argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos, se requiere trabajar no solo con la concepción descriptiva y normativa de la teoría de la argumentación jurídica, sino también con la dialéctica, tal como surge de la contribución de Atienza.

⁴⁶ Las normas de derecho común que excluyen al matrimonio igualitario son atacadas por ser instrumento de la discriminación. En palabras de Nancy Fraser: “[l]as leyes matrimoniales representan instituciones, que estructuran la interacción por un patrón institucionalizado de valor cultural que considera normativas unas categorías de actores sociales y deficientes o inferiores a otras: heterosexual es normal, gay es perversa [...] En todos los casos, *el efecto consiste en la creación de una clase de personas devaluadas a las que se impide participar en pie de igualdad con los demás en la vida social*”. Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid-Coruña, Morata-Padeia, 2006, pp. 36-37 (las cursivas son nuestras). Véase, asimismo, la argumentación de las personas afectadas en el caso *Olliori vs. Italia*, 2015, resumida por el TEDH en el párr. 113 de la sentencia.

PARTE III.
Objeciones a la proporcionalidad

Capítulo 6. Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación*

6.1. INTRODUCCIÓN

Existen diversas formas de acercarse al tema “racionalidad en el derecho”. Una forma de acercamiento responde a un tratamiento *micro*. Aborda la racionalidad de las soluciones jurídicas en los casos de conflictos entre derechos. En este trabajo realizo una propuesta de reconstrucción de la estructura argumentativa de una forma de resolución de conflictos entre derechos en el derecho constitucional: el examen de proporcionalidad. Este es un procedimiento de justificación¹ que permite explicar *parte* de la práctica de cómo se solucionan los conflictos entre derechos en los Estados constitucionales de derecho.

* Agradezco por las preguntas, los comentarios y las críticas a Federico de Fazio, Martín Aldao, Jan Sieckmann, Mary Beloff, Nancy Cardinaux, Leticia Vita, Guillermo Treacy y a los participantes del Symposium “Racionalidad en el Derecho” —organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Estatal de San Petesburgo el 5 de mayo de 2014—, en especial, a Elena Lysaniuk, Eugenio Bulygin, Juan José Moreso, Ricardo Guibourg, Juan Pablo Alonso, Pablo López Ruf y Eduardo Barbarosh.

¹ “[...] todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; ... el llamado en términos teóricos «*problema del método jurídico*» no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas”. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 129.

Los conflictos entre derechos² adquieren relevancia cuando la promoción de un derecho —el derecho a la salud de los niños— por medio de una acción (p. ej., una medida estatal sobre vacunación obligatoria de los niños) es interpretada, a su vez, como una restricción a un derecho —el derecho de los padres a determinar cómo cuidar la salud de sus hijos—. Una de las formas para verificar de la justificación de la solución a los conflictos de derechos es a través del examen de proporcionalidad. En la primera etapa se examina si las medidas adoptadas por el Estado son idóneas para fomentar el fin estatal legítimo —test de idoneidad—. En la segunda etapa se pregunta si la restricción pudo haber sido evitada; es decir, si se pudo haber logrado el mismo estado de cosas perseguido, pero por medios menos restrictivos a los derechos en cuestión —test de necesidad o de medios alternativos—. Finalmente, en la tercera etapa se examina la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y la importancia de la satisfacción de los derechos que el Estado persigue a través de la medida que fue combatida por falta de justificación —test de proporcionalidad en sentido estricto—.³ Estos tres (sub)exámenes permiten establecer si una restricción a un derecho está o no justificada en forma suficiente a la luz del derecho vigente.

² Hablo de colisiones, conflictos, sin ahondar aquí en distinciones, véase Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

³ Sobre el examen de proporcionalidad (*Untermassverbot*) cuando la restricción al derecho se produce por omisión o insuficiencia: Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001, (versión en español, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005); Clérico, Laura, “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot”, en Sieckmann, Jan (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexy*, Baden-Baden, Alemania, Nomos, 2007, [versión en español, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Sieckmann, Jan (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, col. Filosofía y Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2011]; Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Estado Constitucional*, núm. 3, 2011, Lima, Perú; Florián, Felipe Johan León, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades”, en *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, núm. 18, 2013, PUCP.

Este trabajo está estructurado de la siguiente manera: en el numeral 6.2 me encargo de la objeción de la indeterminación muchas veces emparentada con la objeción de la hiperinflación de la ponderación. Mi respuesta pasa por la *estrategia del deslinde en tres tiempos*. El examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas-resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, por lo que no todo es ponderar —*deslinde 1*—. El examen de proporcionalidad incluye dos (sub)tests que examinan si pudo haber sido evitada la restricción al derecho y que no se relacionan con juicios de ponderación —*deslinde 2*—. Esto me permite re-interpretar la objeción de indeterminación que solo estaría encaminada a la ponderación propiamente dicha como parte del tercer examen de proporcionalidad. Mi respuesta es que incluso en esta etapa del examen, solo uno de los pasos argumentativos tiene que ver con juicios de ponderación en el caso concreto —*deslinde 3*—. Por lo demás, sostengo que esa “indeterminación” es controlada desde el punto de vista procedimental. El juicio de ponderación *en el contexto de una práctica constitucional* está orientado por reglas —y no es algo *ad hoc*—. Por fin, el trabajo con la objeción de indeterminación me permitirá, reconstruir el examen de proporcionalidad y sostener la racionalidad de dicho examen como una “doctrina constitucional” que requiere, sin embargo, seguir siendo desarrollada —prestando mayor atención a lo que ocurre en las prácticas constitucionales y de derechos humanos en concreto—.

6.2. LAS OBJECIONES A LA RACIONALIDAD DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN

La racionalidad de la proporcionalidad como forma de evaluación de la justificación a soluciones jurídicas fue objetada desde diversas esquinas.⁴ No me puedo dedicar aquí al tratamiento

⁴ Véase una clasificación de las objeciones en: Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010; Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing”, en *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie*, núm. 92, 2006; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*,

de todas. Me detengo en la objeción a su indeterminación.⁵ En tanto implica una estructura de argumentación formal, no determina la solución material del conflicto entre los derechos, con lo que no podría limitar la discrecionalidad. No suministra *cri- terios anteriores* a la ponderación en concreto que determinen en forma total o parcial la solución al conflicto entre derechos. Habilita así la “subjektividad” del evaluador y, en su caso, la arbitrariedad.⁶ Esta objeción, sumada a la objeción de la inflación de la proporcionalidad,⁷ que dice que por todos lados se estaría ponderando,⁸ agrava las consecuencias prácticas de la indeterminación de la ponderación.

6.2.1. La estrategia del deslinde. Primer tiempo: la vinculación a reglas-resultados de anteriores ponderaciones o sobre los casos paradigmáticos

Una reconstrucción de las formas de resolución de los conflictos entre derechos en la práctica constitucional no sería plausible, si

Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en español, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009); Klatt M. y Meister M., “Proportionality —A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy”, en *International Journal Constitutional Law*, núm. 10, 2012.

⁵ Leisner, W., “«Abwägung überall» —Gefähr für den Rechtsstaat”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 636-639; Ossenbühl, Fritz, “Abwägung im Verfassungsrecht”, en *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995; Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

⁶ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Fráncfurt del Meno, Suhrkamp, 1992, p. 259 (versión en español, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998); Tsakyrakis, S., “Proportionality: An assault on human rights?”, en *International Journal Constitutional Law*, vol. 7 núm. 3, 2010, p. 468.

⁷ Esta objeción fue debilitada en otro lugar, Jansen, N., “Die Abwägung von Grundrechten”, en *Der Staat*, núm. 36, 1997, pp. 27-54; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit. El derecho contiene no solo principios sino también reglas. Las reglas se aplican a través del método de la subsunción y, para ello, basta con observar la práctica de buena parte de la aplicación del derecho penal o del derecho civil. De ahí que, en tanto en el derecho “existan” reglas, no se puede sostener que “por todas partes” se pondera.

⁸ Leisner, W., *op. cit.*

no reconociera que algunos de esos conflictos se resuelven por medio de precedentes. Incluso cuando los conflictos se solucionan por medio de la proporcionalidad, el examen culmina con la construcción de una regla-resultado de la ponderación, que eleva la pretensión de resolver casos semejantes.

La resolución de un conflicto entre derechos requiere como *primer paso* la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos enunciados normativos. Uno de esos enunciados es el que justifica el fomento del derecho promovido por la medida estatal, el otro es el que se refiere al derecho fundamental afectado por la promoción del primero, que no pueden ser realizados al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de forma completa. Un avance en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro —es decir, de su restricción—, y a la inversa.⁹ Este primer paso implica determinar el problema que debe ser resuelto. Hasta aquí es un problema más definicional que ponderativo o comparativo.

El *segundo paso* para la resolución del conflicto de derechos se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*.¹⁰ Estas reglas surgen de resultados de anteriores

⁹ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción.

¹⁰ En este sentido véase Ruiz Manero, Juan, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas»”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, p. 823: “Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, absolutamente estables, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, relativamente estables, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla más fina. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado. Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla,

ponderaciones, que fueron reformulados en una regla,¹¹ según la siguiente fórmula contenida ya en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.¹² La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un supuesto de la aplicación de precedentes. La referida aplicación resuelve la colisión sin ponderación.¹³

absolutamente estable, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de *laguna axiológica*. Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla *más fina*. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado”.

¹¹ *Regla-resultado de la ponderación*, Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; Pou Giménez, Francisca, “Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 140, 2014, pp. 585-616.

¹² Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfurt del Meno, Suhrkamp, 1994, pp. 79 y 83; Ruiz Manero, Juan, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli...”, cit, p. 823.

¹³ Este sería el punto central, según interpreto, Clérico, Laura, “Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, núm. 37, 2012, México, ITAM, de la teoría de Moreso, que se vale de casos paradigmáticos reales o hipotéticos para la aplicación de los derechos como principios, trabajo las similitudes y diferencias entre la propuesta de Alexy y de Moreso en este artículo de la revista. Los cinco pasos de la propuesta de Moreso son: “a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso; b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a); c) la consideración de determinados «casos paradigmáticos», reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles; d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo, y e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso” (p. 138). Moreso apunta a que del hecho de que un principio sea muy vago o abstracto, no se deriva que no tenga un núcleo de significado, esto sería lo que nos permite reconstruir los casos paradigmáticos hipotéticos o reales —incluso aunque no existan

Esta posibilidad no es descartada por la reconstrucción que aquí sostengo.¹⁴ Algunas colisiones de derechos se resuelven por comparación con casos —jurisprudenciales o hipotéticos— resueltos en el pasado; y luego por la subsunción bajo la regla que se reconstruye a partir del precedente o del caso paradigmático.¹⁵ En este punto, todas las propuestas que sostienen que las formas de determinación de las propiedades relevantes del problema normativo y la formulación de reglas que elevan la pretensión de resolver “de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso”, enriquecen el modelo de la ponderación orientado por reglas, en tanto tienen, como afirma Moreso, la función de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles de los conflictos entre derechos y, ocurren, agregó, sin ponderación propiamente dicha.¹⁶

Sin embargo, existen algunos supuestos en donde los casos relevantes —paradigmáticos— que nos ayudarían a resolver la colisión de derechos sin ponderación no existen, o cuya construcción es incipiente porque existen fuertes dudas acerca de la fuerza de los argumentos que sustentan esa solución. A su vez, la estrategia del deslinde oculta el acto de ponderar, que implica la creación de la primera regla que habilita luego el uso de esta como caso paradigmático. Este es el “punto ciego”¹⁷ que no está explicado —o la falta de argumentación que no se explicita—¹⁸ en las teorías

“precedentes” en términos técnicos—. En este sentido De Fazio interpreta que Moreso se inscribe en la línea de H. Hart; Fazio, Federico de, “Sistemas normativos y conflictos constitucionales: ¿es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?”, en *Isonomía*, núm. 40, 2014, México, ITAM.

¹⁴ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

¹⁵ A los efectos de este trabajo me basta con suponer que la subsunción, la ponderación y la comparación son importantes formas de aplicación de los derechos constitucionales, no es necesario que discuta si son las únicas.

¹⁶ Moreso, Josep Joan, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, sep-oct, 2010; Clérico, Laura, “Sobre casos y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?...”, cit.; Fazio, Federico de, *op. cit.*; Pou Giménez, Francisca, “La libertad y el discurso homofóbico en México...”, cit.

¹⁷ Fazio, Federico de, “Sistemas normativos y conflictos constitucionales...”, cit.

¹⁸ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; 2012; cfr. Orene-su, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 92.

que reconstruyen las resoluciones de conflictos entre derechos —solo— por medio de casos paradigmáticos.¹⁹

En suma: hay formas de resolver conflictos de derechos que no requieren ponderación; estas formas de resolución integran las formas de aplicación de normas de derechos, aunque no logren evitar la proporcionalidad en todos los supuestos de resolución de conflictos entre derechos. Se avanza un paso en debilitar la objeción de falta de racionalidad del modelo de la proporcionalidad. Sin embargo, esta objeción sigue repicando para los casos de conflictos de derechos que no pueden ser resueltos por medio de la comparación con casos paradigmáticos y subsunción.

6.2.2. La estrategia del deslinde. Segundo tiempo: uno de tres

En estos últimos casos de conflictos entre derechos, echar mano de la proporcionalidad parece —por ahora— inevitable. Con esto volvería a cobrar, *en parte*, vigencia la objeción de la indeterminación contra la proporcionalidad y con ella la objeción de probabilidad de dependencia a la arbitrariedad de la decisión del evaluador. La contraargumentación pasa por la *estrategia del deslinde 2*. En el examen de proporcionalidad en sentido amplio, no todo es ponderación propiamente dicha. Para evaluar si la solución jurídica está suficientemente justificada se trata, por un lado, de argumentación empírica —idoneidad y medios alternativos—; y por el otro, de operaciones de definición, de aplicación de casos como precedentes, aunque con un uso diferente al anterior reconstruido en la estrategia del deslinde 1. En este último caso, el precedente no ofrece la solución material del caso, sino que orienta para la determinación del peso abstracto de los derechos en conflicto.

Como se adelantó en la introducción, el examen de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto por tres etapas, de

¹⁹ Moreso, Josep Joan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en *Revista Direito GV*, núm. 18, jul-dic, 2006, pp. 13-30; Moreso, Josep Joan, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos...”, *cit.*

las cuales *solo una parte argumentativa de la última etapa* queda reservada para la ponderación propiamente dicha. Las otras se mueven en otro tipo de argumentación que no es el de la ponderación. Si esto es así, nuevamente se redujo el ámbito de la ponderación, y con ello, la objeción de la indeterminación. Veamos las etapas y los pasos argumentativos libres de ponderación tomando como ejemplo el caso referido a la negativa de los padres de someter a su bebé a campañas estatales de vacunación obligatoria. Este caso fue resuelto recientemente por la Corte Suprema de la Nación argentina.²⁰

El *primer paso* preparatorio del examen es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Este paso incluye los siguientes elementos preparatorios del examen de proporcionalidad en cualquiera de todas sus variantes:

- a) *La determinación de la restricción al derecho.* En el caso en cuestión, los padres del niño (en adelante V) interpretaban, adoptando una perspectiva desde el modelo homeopático y ayurvédico —sobre la base del principio constitucional de autonomía aplicado a la vida familiar—, que la vacunación obligatoria implicaba una violación al derecho a determinar el plan de vida para la respectiva familia (P1).
- b) *El acto u omisión que provoca la restricción al derecho.* En el caso surge por la implementación de una acción estatal, la vacunación obligatoria. Este es el medio estatal (M).
- c) *El derecho que se busca promover.* El Estado, a través de la vacunación obligatoria (M), busca promover el derecho a la salud de los niños (P2) —“la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación”—, con lo que también busca promover un bien público, la salud colectiva —“reducir y/o erradicar los contagios en la población”—. Ese derecho suele ser identificado también como fin legítimo.²¹

²⁰ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas.

²¹ Es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva. La pregunta acerca de la “legitimidad” del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se le trabaja como pregunta pre-

Para establecer si ese accionar está justificado, se somete la justificación a un examen de proporcionalidad, que incluye el de idoneidad, el de medios alternativos menos lesivos y el de proporcionalidad en sentido estricto. El examen de idoneidad vuelve la mirada sobre la relación entre la medida estatal y el derecho o fin que este busca promover. Este examen viene exigido por el derecho que se siente afectado (P1). Así, desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho (P1), por lo menos se espera que el medio —la vacunación obligatoria— pueda *fomentar* el logro del fin o de los derechos promovidos —evitar enfermedades prevenibles para los niños— (P2). De lo contrario, las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el *punto de vista empírico*.

El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre la vacunación obligatoria (medio, M) y el fin estatal (derecho a la salud de los niños y la población P2). Esa relación puede ser considerada tomando como relevantes diversos *aspectos*: uno *cuantitativo*, otro *cualitativo* y otro *probabilístico*.²² El afectado había intentado de-

via del examen de proporcionalidad, solo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos “claros”. *En estos casos, se logra una decisión sin ponderación. Este punto conforma otro eslabón de la estrategia del deslinde, que analicé en otro trabajo.* La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si esta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., excursus cap. 1; además, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 688-700; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004; Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 712; Klatt M. y Meister M., “Proportionality —A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy...”, cit., pp. 690-691.

²² Yi, Zoonil, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Fráncfort del Meno, 1998; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., p. 36; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, cit., p. 718; Bergmann Ávila, Humberto, *Theory of Legal Principles*, Berlín, Springer, 2007.

safiar la relación de promoción de la vacunación obligatoria en general y en el caso particular. En el caso particular de su hijo, alegaba que se presume que se generan ciertos peligros para V y para terceros en caso de no vacunarlo conforme a la normativa nacional. Sostiene que estas suposiciones no conectan directamente con la situación concreta de su hijo, en general, ni con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica nacional. Agrega que la situación de salud de su hijo es óptima. Esta argumentación reclama un examen de idoneidad en concreto e intensivo. Por el contrario, la Corte parece contentarse con la posibilidad abstracta del fomento del fin para dar por derribada la idoneidad del medio seleccionado por el legislador. Para ello, sostiene la plausibilidad de la relación entre la vacunación y la prevención y erradicación de enfermedades. Se basa en un informe reciente de la Organización Mundial de la Salud sobre “vacunas e inmunización”: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad [...]”.²³ En suma, la vacunación es tenida por idónea para promover los derechos alegados por el Estado. Se podrá discutir sobre el resultado de este examen en concreto. Esta discusión girará en torno a la relación empírica de fomento entre la vacunación y la promoción de la salud de los niños. Estas discusiones no implican ponderación.

El segundo (sub)test del examen de proporcionalidad, el test de necesidad, examina la restricción del derecho a través de un examen de medios alternativos.²⁴ Se examina si la justificación a

²³ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas, cdo. 13 del caso.

²⁴ Un análisis de los trabajos sobre el examen de proporcionalidad devela que los exámenes de idoneidad y de medios alternativos menos lesivo o examen de necesidad han sido explorados en menor medida que el de proporcionalidad en sentido estricto; sin embargo, véase Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981; Dechsling, R., *Das Verhältnismässigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns*, Múnich, 1989; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit...*, cit.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, cit.; Bilchitz, David, “Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach”, en Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel, *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart P., 2014, pp. 41-62.

la restricción al derecho afectado es *excesiva* si: a) pudo haberse evitado o b) restringido en menor medida, a través de un medio alternativo menos lesivo. Se trata también —en forma predominante— de un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el derecho restringido. La diferencia con el de idoneidad, es que esa relación empírica es comparada con otras alternativas. La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, (a) una relación de la medida estatal y el derecho o fin promovido, aunque más compleja, ya que indica: más de un medio idóneo —sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen—. (b) La comparación es doble: los medios alternativos se comparan con la medida estatal implementada en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad), y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limitan al derecho).

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos, basta con que sean tan idóneos como la medida estatal implementada. No se requiere que los alternativos sean los más idóneos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija* que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes —según el caso, cuantitativo, cualitativo, probabilístico— en que fue analizado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador. Como resultado de la comparación, puede comprobarse que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente idóneo o más idóneo. A su vez, el medio alternativo debe *evitar* la restricción o implicar una *menor* restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico —evitando o disminuyendo la restricción—. ²⁵ Respecto de la menor afectación del derecho restringido, esta puede ser:

- a) Total, cuando un medio alternativo fomenta el fin perseguido por el Estado pero no restringe al derecho afectado.

²⁵ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., cap. 2.

Por ejemplo, en el caso, el medio alternativo menos lesivo sería el que alegaban los padres del niño: la no vacunación (M4); sin embargo, M4 no parece ser tan idóneo como el seleccionado por el Estado, la vacunación obligatoria (M1). Habrá sido por ello que la Corte no consideró a M4 expresamente como un medio alternativo.

- b) Parcial: cuando un medio restringe al derecho afectado aunque lo hace en menor medida que el medio seleccionado por el Estado, por ejemplo, un plan de vacunación que contenga menor cantidad de vacunas (M2) a las del plan atacado (M1).

Este tipo de estrategia argumentativa puede, en el caso concreto, ser aún más pormenorizada; por ejemplo, en relación con el caso bajo estudio, el análisis de medio alternativo menos lesivo se puede realizar distinguiendo cada una de las vacunas que conforman el plan obligatorio.²⁶ Así, esta estrategia argumentativa pudo haber desafiado la justificación alegada por el Estado. Por el contrario, ni el afectado ni la Corte Suprema transitaron este camino argumentativo pormenorizado. La Corte presenta la conclusión de un examen de medios alternativos menos lesivos en tanto sostiene que ninguno de los posibles alternativos derriban la justificación de la restricción al derecho del afectado, porque ninguno de ellos es tan idóneo como el plan de vacunación obligatoria:

[...] en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en *optar por la*

²⁶ El plan obligatorio (M1) estaría conformado por nueve vacunas que buscan evitar enfermedades prevenibles, Toller, Fernández Santander y D'Elía proponen examinar la necesidad de cada una de ellas en relación con los fines de la ley (la probabilidad del contagio y la gravedad de la enfermedad que se trata de prevenir). Aún las estrategias argumentativas más pormenorizadas del examen de medios alternativos, demuestran que priman los argumentos sobre la relación empírica entre el fomento del derecho promovido y la posibilidad de evitar la restricción al derecho por medios alternativos. Toller, Fernando M.; Fernández Santander, Adriel y D'Elía, Daniel, "Enfrentar o conjugar: las metodologías de análisis de la Corte Suprema y una nueva visita al problema de la vacunación obligatoria", en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 3, 2012.

mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.²⁷

Esta conclusión habla de comparación con alternativas, la Corte nos debe, sin embargo, el sustento empírico de esta conclusión, por más plausible que suene. No obstante, a los efectos de la *estrategia del deslinde 2* para responder a la objeción de la falta de racionalidad de la proporcionalidad, nos dice que hay dos etapas de este examen —idoneidad y medios alternativos— que implican juicios sobre la relación empírica entre la afectación al derecho y la promoción del fin estatal —derecho que se busca promover—. De ello podemos concluir que no todo es ponderación en el examen de proporcionalidad.

Los objetores de la indeterminación de la proporcionalidad podrían conceder este punto. Sin embargo, seguirían sosteniendo que la objeción queda en pie, aunque reducida en cuanto a su extensión. La objeción entra de lleno a la tercera etapa de la proporcionalidad, la ponderación.

6.2.3. Las objeciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. El deslinde 3 y el modelo de la ponderación orientado por reglas

Cuando se llega a esta tercera etapa del examen de la justificación de la restricción al derecho, queda comprobado que el conflicto entre derechos no pudo ser evitado por una medida estatal alternativa menos lesiva. El punto central del examen de proporcionalidad en sentido estricto es examinar la justificación acerca de

²⁷ CSJN, 12/06/2012, N.N. o U.,V. s/ protección y guarda de personas”, cdo. 22 (cursivas agregadas).

cuál de los derechos en conflicto debe cargar con la restricción en concreto. Esta idea puede ser resumida en la ley de la ponderación propuesta por Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.²⁸ Contra esta propuesta se han realizado diversas objeciones. Entre otras, se le ha objetado que la ponderación es una estructura formal que nada dice sobre cómo determinar la intensidad a la restricción de los derechos y su peso.²⁹

A fin de debilitar la objeción de la indeterminación de la ponderación propiamente dicha se han transitado varios caminos. Sin embargo, no me voy a dedicar a todos ellos, sino que presentaré tres intentos y discutiré solo dos de ellos. Dos de los intentos se encuentran en las antípodas, el tercero se ubica como una estrategia intermedia. El primero de ellos es formal y es el ensayado por Alexy a través de la fórmula del peso. El tercero es material,³⁰ le critica a la ponderación que sea solo una estructura formal pero intenta salvarla a través de la propuesta de una fundamentación del examen de proporcionalidad con una teoría moral de los derechos basada en la autonomía. *El segundo intento, que es el que defiendo,³¹ es intermedio y toma a la proporcionalidad y a la ponderación como una metodología de aplicación de los derechos que como tal, requiere ser precisada constantemente, porque trabaja a caballo entre el discurso jurisprudencial y el de la dogmática constitucional, utilizando como herramientas los avances que se dan en la teoría del derecho.* Este camino se apoya nuevamente en la estrategia del deslinde. Sigue alegando que incluso en el examen de proporcionalidad en sentido estricto no todo es ponderación propiamente dicha. Por lo demás, sostiene que la

²⁸ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 146.

²⁹ Schlink, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, 1976; Schlink, B., “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en Badura, P. y Dreier H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr, 2001, t. 2; Ossenbühl, Fritz, “Abwägung im Verfassungsrecht...”, cit.; Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, cit.

³⁰ Möller, K., *The Global Model of Constitutional Rights...*, cit.

³¹ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

argumentación en la ponderación propiamente dicha puede ser orientada a través de reglas.³²

6.2.3.1. La respuesta formal

Alexy sostiene que es posible realizar juicios racionales sobre los tres componentes de la ley de la ponderación, es decir: sobre la intensidad de restricción a los derechos, sobre la importancia de satisfacción del derecho opuesto y sobre la relación entre ambos. Para ello, desarrolla la fórmula del peso. En su versión más sencilla,³³ esta fórmula contiene la intensidad de la interferencia

³² *Idem*; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, *cit.*; Ronconi, Liliana, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2012; Fazio, Federico de, “Sistemas normativos y conflictos constitucionales...”, *cit.*; Pou Giménez, Francisca, “La libertad y el discurso homofóbico en México...”, *cit.*

³³ Dejo aparte la cuestión sobre la certeza —como confiabilidad— de las premisas empíricas y normativas que aparecen en la fórmula del peso ampliada, véase Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, Madrid, 2002; Alexy, Robert, “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, en Sieckmann, Jan (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexy*, Baden-Baden, 2007 (versión en español de Daniel Oliver Lalana en Sieckmann, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011); Klatt, M. y Schmidt J., *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tubinga, Mohr, 2010. Esta cuestión era tratada anteriormente en forma separada —como una pregunta de segundo orden—, para determinar, por ejemplo, qué tan intensivo debía ser el control de la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente. La inclusión de la certeza de las premisas confunde, entre otras cosas, dos niveles de la argumentación, véase Sieckmann, Jan, “Concepciones de la ponderación: optimización y la «fórmula del peso» de Robert Alexy”, en Beade, Guillermo y Clérico, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Sieckmann, Jan, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 138: “la ponderación de primer nivel entre principios en conflicto con las ponderaciones de segundo nivel acerca de conflictos entre diversas posiciones respecto de los resultados de las ponderaciones”.

en el principio restringido, la importancia de la satisfacción del principio en colisión; finalmente, el peso concreto del principio, cuya violación es objeto de examen.³⁴ La clave pasa por las escalas de restricción a los derechos. Este punto es fuertemente reconstructivo, es común leer en las sentencias que se habla de interferencias o restricciones a los derechos, leves, medias o muy graves. Así, de la observación de los juicios sobre restricción a los derechos surge una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”. La escala sirve para *ayudar a determinar* la intensidad de la interferencia. Otro tanto ensaya respecto de las razones en competencia sobre la importancia de satisfacer el derecho que el Estado busca promover. Por ejemplo, fumar implica importantes riesgos para la salud; por ello, el peso de las razones que justifican la interferencia —obligación de imprimir advertencias sobre los riesgos de fumar para la salud en las cajetillas de cigarrillos— es alto. El resultado del examen de proporcionalidad es claro, según Alexy, la obligación de las indicaciones no viola la libertad de acción de los industriales.³⁵

La conformación de una escala triádica es solo un paso en la respuesta de la objeción de racionalidad. El segundo paso es bien formal. Trata de demostrar que las clasificaciones sobre intensidades de restricción de un derecho pueden ser insertadas en un sistema inferencial. Esta es la prueba de fuego que, para Alexy, le viene marcada de lo que se ha logrado con la formalización del método subsuntivo: en el caso de la subsunción bajo una regla, el sistema inferencial puede expresarse a través del esquema deductivo, conocido como el esquema de la “justificación interna”, construido con ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica. Esta prueba de fuego para la ponderación se supera, según Alexy, a través del esquema de la fórmula del peso. Esta es la contrapartida al esquema deductivo.³⁶

³⁴ Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, eds. J. Jickeli, P. Kreutz y D. Reuter, de Gruyter, Berlín, 2003, pp. 783-791.

³⁵ TCFA, BVerfGE 95, 173 (187). Véase críticas, Sieckmann (2009); *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica...*, cit.; Guibourg (2010), entre otros.

³⁶ Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, p. 448.

La fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esto lo hace, en tanto ella define el peso concreto como un cociente de la intensidad de la interferencia en el principio restringido y la importancia concreta del principio en colisión. La inclusión de cocientes implica el uso de números. Desde una perspectiva preocupada por la práctica del derecho constitucional, se le ha objetado que los números no se utilizan en las ponderaciones y que además haría su aplicación impracticable. Para responder a la objeción práctica, Alexy advierte que el uso de números no está dirigido al operador jurídico que realiza una ponderación. Este puede obviar el uso de cantidades numéricas para determinar la intensidad a la restricción a un derecho. La respuesta a esta objeción sostiene claramente que la estrategia de Alexy es formal: intenta desarrollar una formalización de la ponderación. Por lo demás, para seguir contraargumentando utiliza como metáfora a la subsunción: “las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica, sin embargo, esto no cambia que estas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas. Esto mismo es aplicable para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso”. Lo mismo puede ser predicado de las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la ponderación. Hasta aquí la formalización.

El tercer y último paso de su respuesta a la objeción de la irracionalidad lo devuelve a un plano menos formal. Conecta fuertemente con la teoría de la argumentación jurídica. Un esquema inferencial depende, esencialmente, de la pregunta de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. Las premisas presentes en la fórmula del peso se representan a través de cantidades numéricas. Estas son plausibles si se apoyan en juicios. Un juicio tal es la afirmación de que la advertencia en las cajetillas de cigarrillos sobre las consecuencias para la salud supone una violación leve del derecho a la libertad de acción de los industriales. Con esta afirmación se eleva una pretensión de corrección que puede ser justificada en un discurso. Así, en el caso, el Tribunal Constitucional justifica su catalogación en que hoy en día existe evidencia de que fumar implica graves riesgos para la salud. Lo

importante es la posibilidad de adjudicar la argumentación sobre restricción a los derechos en conflicto en alguno de los casilleros de la escala.³⁷ Esta tarea puede implicar una larga cadena de argumentos, reconoce Alexy. Admite que se puede discutir sobre las catalogaciones como ocurre en la práctica del derecho constitucional. Sin embargo, la discusión no implica irracionalidad; de lo contrario no solo la ponderación, sino también la argumentación jurídica como tal, sería irracional en su mayor parte. La discusión en el marco de la catalogación de intensidades implica afirmaciones y su justificabilidad, este es un tipo de racionalidad, aunque no sea equiparable a demostrabilidad, concluye Alexy.

En suma, Alexy³⁸ presenta a la ponderación como una forma de argumentación —como una estructura formal que no contiene sustancia alguna—,³⁹ como una forma de poner en claro lo

³⁷ A su vez, para responder a la objeción de la inconmensurabilidad, sostiene que la catalogación a ambos lados de la ponderación está asegurada si el discurso se lleva a cabo desde un punto de vista común: el punto de vista de la Constitución, Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales...*, cit.; Álvarez, Silvina, “Dilemas constitucionales, conflictos morales y soluciones jurídicas”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011. Nuevamente, se puede discutir sobre esa adjudicación. El hecho que se discuta sobre si una restricción es leve o media, demuestra que se está usando como patrón común de discusión la escala, Afonso da Silva, Virgilio, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 1, 2011, p. 276; cfr. Sartor, Giovanni, “Defeasibility in legal reasoning”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Battista Ratti, Giovanni (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012; Borowski, Martin, “On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen”, en *German Law Journal*, vol. 14, núm. 8, 2013. Así, la escala es la medida común que permite discutir sobre el peso de los principios. La escala no determina el “valor de cada variable”, sino desde qué lugar común puede ser discutido.

³⁸ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales...*, cit., p. 123.

³⁹ El atractivo de su teoría radicaría en que permitiría discutir sobre restricciones a los derechos, aunque los disputantes tengan diferentes concepciones materiales de los derechos, Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales...*, cit. Juan Pablo Alonso sostiene que esta propuesta no resultaría en los hechos tan formal como pretende, en tanto los derechos pueden ser objeto de ponderaciones y así relativizados. Al respecto, por ejemplo, advierte sobre el caso de las leyes que habilitan a derribar aviones

que debe ser justificado.⁴⁰ En la justificación de la catalogación se pueden usar todo tipo de argumentos, con lo que reitera la conexión de la ponderación con la teoría del discurso jurídico racional. Aquí termina la estrategia argumentativa de Alexy para refutar la objeción de irracionalidad formulada en especial contra la ponderación.

6.2.3.2. *La insuficiencia de la respuesta formal. La respuesta intermedia*

Ahora bien, si la propuesta del examen de proporcionalidad es reconstructiva, entonces interpreto que desde un plano más concreto, que se acerque aun más a la práctica constitucional, la propuesta de Alexy no logra debilitar *suficientemente* la objeción de la indeterminación. Es decir, no nos dice por qué la afirmación “la restricción al derecho a la salud” debe ser “considerada como

para evitar atentados para la protección de la seguridad de la población que el avión tiene como objetivo, pero en desmedro de la dignidad y de la vida de todas y cada una de las personas que se encuentran en el avión. La crítica de Alonso es acertada para aquellas propuestas en donde todos los contenidos de los derechos son objeto de ponderación. Sin embargo, no parece alcanzar de lleno a la propuesta de Alexy. En relación con el derecho a la dignidad, se puede sostener que Alexy habla del doble carácter del derecho: parte de su contenido se aplica como regla; es decir, sin ponderación; la otra parte como principio. Así, interpreto, en el ejemplo de Alonso la acción de derribar aviones estaría definitivamente prohibida a la luz del contenido del derecho a la dignidad interpretado como regla; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 95 y ss., 322; Clérico, Laura, “Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot...”, cit. Por lo demás, sobre la disputa Alexy-Dworkin que se relaciona con la objeción planteada, véase Beade, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁴⁰ Barack, Aharon, *Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Borowski, Martin, “On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen...”, cit.; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008, p. 39; Klatt, M. y Meister, M., “Proportionality —A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy...”, cit., pp. 687-708.

grave”; no nos dice por qué adjudicarle en el casillero de grave. Alexy se planta en que la respuesta es que esta es una afirmación que requiere de justificación. Insisto, se queda corto. Por cierto, la clasificación de una restricción de un derecho en algún casillero de la escala debe ser justificada por argumentos. Sin embargo, ese ámbito de argumentación y deliberación, en el plano concreto de la argumentación constitucional, está orientada. Insisto, si la propuesta es reconstructiva, entonces no puede explicar por qué el Tribunal Constitucional Federal alemán sostiene, por ejemplo, en relación con una ponderación entre la libertad de expresión de una opinión en el ámbito público y la protección del honor: “El resultado de la ponderación no se puede anticipar de forma general y abstracta a causa de su conexión con el caso. Sin embargo, han sido desarrollados en la jurisprudencia una serie de puntos de vista que suministran criterios para la ponderación concreta”.⁴¹ Esto parece querer decir algo más que para justificar una restricción a un derecho, por ejemplo, como grave, se trata solo de alegar argumentos y conectar con la teoría de la argumentación jurídica.

Por eso, mi propuesta considera que todavía hay material para responder a la objeción de indeterminación contra la proporcionalidad. En este punto, mi *estrategia es de doble entrada*. Por un lado, sigo sosteniendo *la tesis del deslinde —tiempo 3—*. Incluso en el tercer paso del examen de proporcionalidad, la proporcionalidad en sentido estricto, no todo es ponderación propiamente dicha. Como mostraré inmediatamente, hay varios pasos argumentativos en esta etapa que no tienen que ver con sopesar en sentido estricto. Por el otro lado, incluso el paso que hace al centro de la ponderación propiamente dicha, la comparación entre intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en conflicto, está orientada por reglas.

Esta reinterpretación de la ponderación implica un modelo de la ponderación orientado por reglas.⁴² Esta propuesta es reconstructiva de la práctica argumentativa en el derecho constitucio-

⁴¹ TCFA, BVerfGE 93, 266 (293), sentencia “Los soldados son asesinos” (curativas agregadas).

⁴² Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

nal. Requiere de una dogmática crítica de la intensidad de restricciones a los derechos y de importancia de satisfacción de los derechos, del peso abstracto y concreto.⁴³ Esta tesis conecta con la tesis reciente que sostiene la proporcionalidad como doctrina constitucional.⁴⁴ Implica varias cosas, por un lado, requiere que la doctrina constitucional se interese por la *metodología* de aplicación de los derechos. Esto implica que trabaje, por lo menos, con tres elementos: a) el discurso jurisprudencial concreto sobre resolución de conflictos de derechos; b) la dogmática constitucional sobre teoría de los derechos, y c) las herramientas argumentativas que surgen de los avances que se dan en la teoría del derecho. El juego de estos tres elementos permite reconstruir —críticamente— las reglas que orientan a la ponderación. El uso de estas reglas inyectan previsibilidad procedimental a la práctica argumentativa de la ponderación y, a su vez, coherencia procedimental.⁴⁵

Por otro lado, implica echar una nueva mirada al trabajo sobre la red de resultados de la ponderación⁴⁶ o la red de casos paradigmáticos en el sentido de Moreso. Aunque un caso no sea aplicable para la resolución de un conflicto entre derechos, es posible afirmar que a pesar de todo, la red no es inútil en estos supuestos. Sirve para la determinación de la importancia de la realización, de la intensidad de la restricción y del peso de los derechos fundamentales.⁴⁷ Estos criterios son independientes de

⁴³ Sieckmann, Jan, “Zur Struktur und Begründung von Abwägungsurteilen”, en *Rechtstheorie*, núm. 26, 1994, pp. 45-69 (versión en español *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia); Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

⁴⁴ Kyritsis, Dimitrios, “Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, núm. 2, 13 ene 2014; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...”, cit.

⁴⁵ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...”, cit.

⁴⁶ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, cit.; Teifke, N., *Das Prinzip Menschenwürde*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

⁴⁷ Segundo pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas, Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

la ponderación que se hace en el caso concreto; no se originan con la ponderación o con posterioridad a la ponderación, por lo que no se podría predicar que son meras construcciones *ad hoc* del que pondera. Estos criterios preexistentes a la ponderación en concreto pretenden determinar y, en este sentido, limitar la ponderación en el marco de una práctica constitucional relativamente estable. A través de las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye con el correr del tiempo una *red de puntos de vista concretos y reglas* para la aplicación del respectivo derecho fundamental.

En un trabajo pionero sobre criterios para los juicios ponderativos, Sieckmann⁴⁸ concluyó que la *determinación del peso abstracto del derecho afectado* está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto y se puede determinar por: (i) la justificación mediante la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios, y (iii) la justificación mediante sentencias anteriores. Mi propuesta encaja en un registro más concreto de las prácticas constitucionales, dice que la conformación de los juicios sobre intensidad de restricción y peso de los derechos están orientados por reglas de la ponderación. Esas orientaciones surgen a través de la sistematización crítica de un material aparentemente desordenado: la jurisprudencia y la doctrina sobre estos derechos, utilizando las herramientas argumentativas y analíticas provenientes de la teoría del derecho. Entonces, si bien se sirve de trabajos como lo de Sieckmann, Jansen, entre otros, interpreta que para reducir la objeción de indeterminación formulada a la ponderación se requiere trabajar la conexión que otorga un peso abstracto a un principio en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en otro trabajo realicé una reconstrucción crítica de la dogmática y la jurisprudencia de la libertad artística que arroja una red de “mandatos de

⁴⁸ Sieckmann, Jan, “Abwägung von Rechten”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 81, 1995; Sieckmann, Jan, “Zur Begründung von Abwägungsurteilen”, en *Rechtstheorie*, núm. 26, 1995 (versión en español, “Sobre la fundamentación de juicios ponderativos”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006).

consideración”⁴⁹ para la determinación de su peso e intensidad de restricción por criterios que no dependen de la ponderación concreta.⁵⁰ La libertad artística suele colisionar con el derecho a la personalidad. Los juicios sobre intensidad de la restricción a la libertad artística por medio de la aplicación de una sanción para promover el derecho a la personalidad del afectado están orientados por la regla que dice: si se trata de determinar la restricción del derecho general a la personalidad, entonces, esta no puede ser interpretada como grave, cuando la expresión artística, que ocasiona la restricción, (a) no ha sido interpretada en el marco de la visión total —de la obra—, o (b) cuando de las varias posibilidades de interpretación, solo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles —penalmente—. ⁵¹

⁴⁹ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

⁵⁰ Quien controla si las razones que se dan para justificar una restricción aprueba el examen de proporcionalidad en sentido estricto, debe considerar si se tuvo en cuenta respecto de la intensidad de la restricción que: (IB) Cuando el titular del derecho a la libertad artística es condenado en sede penal a causa de una expresión artística, entonces, se trata, en principio, de una intensiva restricción a la libertad artística. (IB’) Una decisión (civil) referida a una expresión artística puede causar una intensiva restricción. Si este es el caso, depende de las consecuencias que la restricción tenga para el afectado, y las consecuencias generales, que puede provocar para el ejercicio de la libertad artística en el futuro; es decir, cuando puede amedrentar “en casos futuros la disponibilidad... a hacer uso del derecho afectado”, TCFA, BVerfGE 43, 130 (135 y ss.); 67, 213 (222); 75, 369 (376); 77, 240 (250 y ss.). Además, cuanto más cerca impacte la limitación a la libertad artística en el ámbito de creación de la obra, tanto más intensiva resulta la restricción a ese derecho y tanto menos deben ser permitidas las “restricciones estatales”. La estructura de esta presunción se explica a través de una interpretación progresiva de la ley de la ponderación. Además, una restricción en la esfera de la difusión artística puede adquirir mayor intensidad de acuerdo con el tipo de género de la obra de arte. Sin perjuicio de lo cual, para la determinación de la intensidad de la restricción a la libertad de arte se consideran tanto en las que caen en la “esfera de la obra” como en la “esfera de la acción”: las circunstancias del caso, el grado de efectos externos y la fuerza de la conexión con el arte. Por lo demás, puntos de vista, como el “reconocimiento, que la obra encuentra en el público” y la “repercusión y la apreciación, que encuentra en la crítica y la ciencia” se aplican, sin embargo y solo, con precaución.

⁵¹ Esta regla contiene un mandato de consideración negativo, “está prohibido aislar partes singulares de la obra de arte de su contexto e investigarlas por

Esto marca una diferencia con la propuesta de Alexy. Los criterios (a) y (b) determinan qué tan grave puede ser una restricción a la libertad artística. Así, quien quiera sostener que una restricción al derecho a la protección de la personalidad encaja en el casillero de grave de la escala, debe justificar que se han tenido en cuenta los criterios (a) y (b).⁵² No es lo mismo que decir que para

separadas (para determinar), si deben ser juzgadas como delitos”, aplicado en el caso “*anachronistischer Zug '80*”, TCFA, BVerfGE 67, 213 (229), Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

⁵² ¿Cuándo se da una restricción de importancia del derecho de la personalidad que guarde proporción con la intensidad de la restricción a la libertad de arte? El Tribunal Constitucional Federal interpreta que la protección del honor adquiriría tanta mayor fuerza e importancia, cuanto más se relacione el derecho de la personalidad de forma relevante con otros principios y, en especial, con el de la dignidad humana (art. 1, fracc. I LF). Así, en el caso *Karikatur* sostiene que: “[empero] en cuanto el derecho de la personalidad general, sea resultado directo de la dignidad humana, actúa como límite absoluto sin la posibilidad de una compensación de bienes”, TCFA, BVerfGE 75, 369 (380). El caso trata sobre la siguiente pregunta: ¿es una condena penal por la publicación de varias caricaturas referidas al entonces ministro-presidente del estado de Baviera, Strauss, que lo representaban como a un “cerdo en estado de copulación activa” y al poder judicial como receptor de esos actos una limitación excesiva a la libertad artística? La decisión judicial penal condenatoria fue interpretada por el Tribunal Constitucional Federal como una restricción intensiva a la libertad artística. Sin embargo, cuando controla el resultado y la justificación de la ponderación realizada, entre la intensidad de la restricción al derecho de la personalidad y las razones justificatorias provenientes de la realización de la libertad de arte, por el Tribunal Superior —de Hamburgo— que entendió previamente en la causa, confirma la prioridad condicionada en el caso de la protección del honor por sobre la libertad de arte. El tribunal preopinante consideró que las exageraciones son una característica estructural de la caricatura, que Strauss era una persona con vida pública y, por eso, más expuesto como un blanco para la crítica pública, también en forma de crítica satírica. Sin embargo, interpretó que esas representaciones artísticas sobrepasaron el límite de lo “soportable”, pues perseguían “*un ataque notorio a la dignidad personal del caricaturizado*” e intentaban mostrar al espectador, al lector, que el caricaturizado poseía “*declarada, típica, pronunciada naturaleza animal*” y que se comportaba como tal. Y, además, que *esa representación de un comportamiento sexual, que debe ser atribuido al núcleo de su vida íntima, despoja al caricaturizado como humano*. El control de la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional Federal debe ser criticada, justamente por no haber tenido en cuenta las *varias posibilidades de interpretación* de la expresión artística. De acuerdo con la aplicación de la regla que surge

justificar una restricción en el casillero de grave, valen todos los argumentos. Esto implica un avance en la reducción de la alegada indeterminación de la ponderación.

La consideración del peso y de la intensidad de restricción de los derechos en abstracto pretende determinar el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho. Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad artística, no basta con una restricción leve o con la mera posibilidad de una restricción de peso del derecho de la personalidad para justificar una restricción intensiva a la libertad de arte. En estos casos, la libertad de arte tiene una prioridad condicionada *prima facie* frente al derecho de la personalidad —en el sentido de protección del honor—. Solo razones de mucho peso podrían revertir la prioridad condicionada *prima facie* que habla a favor de la libertad de arte y frente al derecho de la personalidad.⁵³ Nuevamente, esto implica

de lo resuelto en el caso *Anachronistischer Zug*, se da una violación de la libertad de arte (art. 5, fracc. III LF), cuando de las varias posibilidades de interpretación de la obra, solo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles —penalmente—. No se encuentra en parte alguna de la sentencia en el caso *Karikatur* una consideración de la referida regla. Si la hubiera aplicado, habría tenido que concluir que las caricaturas admiten varias interpretaciones; aún más, que para muchos lectores las caricaturas bajo cuestión no trataban de ridiculizar la vida íntima del caricaturizado, ni de poner de relieve “*su declarada naturaleza animal*”. Por el contrario, la intención del artista era problematizar las relaciones entre la justicia y el entonces candidato a canciller. Por lo menos, el Tribunal Federal Constitucional debió haberse podido imaginar tales interpretaciones, si es que tenía intención de aplicar los criterios que él mismo construyó referidos a la interpretación de las expresiones artísticas y de acuerdo con el peso abstracto alto que le atribuyó a la protección de la libertad artística en otras sentencias.

⁵³ Sobre la necesidad de reglas para estructurar el examen de proporcionalidad en sentido estricto, véase Schauer, por ejemplo, en relación con la colisión de la libertad de expresión y el derecho a la honra: “even recognizing that the losses on one side of the equation (or, if you must, balance) must be treated as more serious than the losses on the other, it may be useful to recognize, as a conceptual matter, the need for a rule (or, perhaps, principle) of weight to structure the inquiry”, Schauer, F., “Proportionality and the Question of Weight”, en Huscroft, G.; Miller, B.W. y Webber, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge,

un avance en la reducción de la alegada indeterminación de la ponderación.

Por cierto, estas reglas orientadoras no determinan en todos los casos y en forma definitiva el resultado material del conflicto entre derechos en la etapa de la ponderación propiamente dicha, aunque en algunos casos sí lo hagan. Así, en los casos en que se establecen precedencias *prima facie*, no solo se reduce la indeterminación en términos procedimentales al determinar la carga y la fuerza de la argumentación, sino que además otorga una resolución definitiva en caso de empate—en este supuesto, la previsibilidad es algo más que procedimental—.⁵⁴ En los otros casos, otorgan indicaciones a quienes quieren justificar una solución a un conflicto entre derechos. Están advertidos con anterioridad a la ponderación en concreto, que esos serán los marcos de discusión. Estas reglas orientadoras de la ponderación propiamente dicha inyectan *previsibilidad*⁵⁵ a

Cambridge University Press, 2014, p. 183 (cursivas agregadas). “One way of understanding proportionality analysis in the narrower sense I have just described is thus as imposing «rule of weight» on the process of evaluating competing interests. Of course, we evaluate competing obligations, duties, goals, interests, factors, and facts in numerous aspects of our decision making lives. And typically we do so by giving each relevant obligation, duty, goal, interest, factors, and fact the weight we think it deserves under the circumstances. But in some decision-making environments, various second-order rules prescribe the weight that these and other first-order considerations should receive. These are «rules of weight» and their use is relatively common, and even more so in the past, in the law of evidence in common law jurisdictions”. (p. 178)

⁵⁴ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit. Agradezco a Federico de Fazio el haberme advertido sobre este punto.

⁵⁵ La objeción de la imprevisibilidad supone la de indeterminación. Sostiene que en tanto la proporcionalidad no permite adelantar el resultado de los conflictos entre derechos, inyecta inseguridad jurídica al sistema. Considero que las respuestas aquí ensayadas para debilitar la objeción de indeterminación conforman un pilar para responder a la de imprevisibilidad. No pretendí responder en este trabajo a la objeción de imprevisibilidad. Advertirto, sin embargo, que es necesario discutir desde qué lugar se está realizando la objeción. Este trabajo implicaría desarrollar la siguiente hipótesis: Quien sostiene una prioridad definitiva del principio de mera previsibilidad, supone un paradigma del derecho muy cercano al paradigma del Estado liberal-burgués, véase esta advertencia en Heller, H., *Staatslehre*, Tubinga,

los lugares por donde pasará el proceso de deliberación⁵⁶ y justificación.⁵⁷

Por último, alguien podría preguntarse en qué medida esta propuesta sigue sosteniendo la ponderación propiamente dicha, por dónde permean los argumentos que devienen de las circunstancias del conflicto de derechos en concreto. La orientación de la ponderación a reglas no evade el desafío argumentativo. Lo que viene dado argumentativamente —mandatos de consideración que hablan del peso abstracto y de la intensidad en abstracto de la res-

reeditado, 1983, pp. 252, 254, 256, 291; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, cit., o al modelo de justicia 1 de Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009, el juez como “mero aplicador” de normas fruto del desarrollo legislativo de la Constitución. Sin embargo, los Estados constitucionales de derecho mediante el reconocimiento robusto de derechos, el reconocimiento del control de constitucionalidad (Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010), entre otros, suponen lo que de Sousa Santos llama modelo 2 de justicia. En este modelo el juez actúa en los casos como controlador de la brecha —por acción u omisión— entre el derecho común y el derecho constitucional. El principio de la previsibilidad convive así con otros principios estructurantes del Estado constitucional de derecho, entre otros, el de igualdad material, el de autonomía. La mera previsibilidad es tensionada por el principio de exigibilidad judicial de los derechos reconocidos en las constituciones en forma robusta. Si la previsibilidad se interpreta en el sentido de una “seguridad jurídica dependiente de un procedimiento”, Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, cit., p. 270; Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 181, 183, el examen de proporcionalidad puede facilitar un procedimiento de justificación, como se demostró en este trabajo, que en cuanto a su estructura puede determinarse con anterioridad y facilitar posibles resultados de las colisiones.

⁵⁶ Sostiene correctamente la importancia de la apertura al debate en el marco de la proporcionalidad, Aldao, Martín, “La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Samuels, Harriet, “Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle”, en *Feminist Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2013, p. 39, argumentando que la proporcionalidad puede aplicarse de manera que permita una mayor participación en la toma de decisiones y permita a los tribunales estar más atentos a los voces de las personas en situación de vulnerabilidad o desigualdad.

⁵⁷ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...”, cit.; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.

tricción, satisfacción— es desafiado por las nuevas circunstancias del caso —peso concreto e intensidad de restricción en concreto—. Al final del día, no queda otra que argumentar. Por cierto, esto conecta con la tesis de Alexy sobre la teoría de la argumentación jurídica. La diferencia radica, sin embargo, en que sostengo que la discusión sobre la catalogación en los grados de intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en las prácticas constitucionales está orientada por reglas. No se trata simplemente de dar rienda suelta a la argumentación jurídica. Se gana en determinación si se pone el foco en la reconstrucción crítica de estas reglas que surgen de la práctica de resolución de conflictos de derechos.⁵⁸

6.3. CONSIDERACIONES FINALES

1. La objeción de la indeterminación se logró debilitar por una doble entrada. Por un lado, la estrategia del deslinde en tres tiempos. Por el otro lado, por medio de la orientación de la ponderación por reglas. La estrategia de los tres tiempos demostró que no todo es ponderación en el examen de proporcionalidad. Recuperó los exámenes de idoneidad y necesidad que prefiguran la ponderación. Por lo demás, la estrategia tiene como clave a la reconstrucción de una red de reglas de la ponderación.

Alguien podría objetar la utilidad práctica de la reconstrucción de una *red de reglas-resultados de la ponderación* estructurada a través de las cadenas de relaciones de prioridad condicionadas, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y la fuerza de validez *prima facie* de estas cadenas es acotada. Y, en este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad

⁵⁸ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; cfr. López Sterup, Henrik, “Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistémicas”, en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 225. En un trabajo reciente Schauer, F., “Proportionality and the Question of Weight...”, cit., p. 184, sostiene: “But if *proportionality review* is, like the common law itself, to become more refined, detailed, and *rule-based as time progresses*, then the development of those structuring and discipline rules is only to be expected. Not all of those rules will be rules of weight, but rules of weight, with their compatriots burdens of proof and presumptions, can be expected to occupy pride of place” (cursivas agregadas).

en términos de *reglas-resultados de la ponderación* condicionadas. Justamente ahí radica su atractivo. Facilita información y argumentación acerca de la *historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes*.⁵⁹ En caso de que se den condiciones similares y su aplicación sea justificable, entonces ofrece una solución para la colisión. Y, en caso de apartamiento de aplicación, muestra en qué sentido se debe justificar. Por ello, no solo contribuye a reconstruir la historia de prioridad —o en su caso de preteridad— condicionada de los derechos, sino también contribuye a exigir publicidad en la justificación del peso concreto de los principios. Asimismo, en ambos sentidos, preestructura la argumentación en la ponderación en sentido estricto. Esta historia de prioridades y preteridades condicionadas no depende de las “circunstancias del caso concreto”. Limita el acto de ponderar del operador jurídico porque le advierte —desde el comienzo de la argumentación— que hay criterios de relevancia que deben ser considerados. Con el tiempo se conforma una red de *reglas-resultados de las ponderaciones* que cumpla no solo con una función de previsibilidad, sino también de “descarga”. ¿Por qué realizar una ponderación si la misma es justificadamente redundante? Y lo es, si las circunstancias del caso que alberga una colisión pueden ser subsumidas bajo el antecedente de una *regla-resultado de la ponderación* existente. Pero, aún más, la función de la descarga contribuye en el sentido advertido por Konrad Hesse:⁶⁰ se puede evitar el recurrir a los “valores” a través de la aplicación de un grupo estable de “puntos de vista y reglas”. Y, a su vez, esto se logra a través de una jurisprudencia constitucional relativamente continua. En este sentido, no es novedosa la posición de Schauer⁶¹ en cuanto sostiene —con cierta ironía— que la aplicación de los derechos por medio de la ponderación es una cuestión de inmadurez de la jurisprudencia europea. Cuando ma-

⁵⁹ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit.; Contiades/Fontiadou, 2012)

⁶⁰ Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, p. 127.

⁶¹ Schauer, F., “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, en Nolte, Georg (ed.), *European and US Constitutionalism*, núm. 49 2005, p. 68.

duren, es decir, cuando resuelvan mayor cantidad de casos sobre conflictos entre derechos, obtendrán un mayor caudal de reglas. Así, se acercarán a un sistema de aplicación de derechos estructurado por reglas como el sistema estadounidense. Schauer tiene en parte razón, respecto de las reglas que surgen como resultados de la ponderación y resuelven los conflictos de derecho sin ponderación.⁶² La diferencia es que el sistema de ponderación según el modelo europeo continental admite que hay casos no previstos, casos difíciles, que requieren ser resueltos por el examen de proporcionalidad por más “maduro” que sea el sistema.

2. Por fin, he tratado de sostener que la objeción de indeterminación contra la ponderación no puede responderse en forma suficiente a través de la formalización de la ponderación. Argumento que logra una respuesta más convincente si se trabaja en forma reconstructiva en un registro más concreto de las prácticas constitucionales. Es decir, a través de la reconstrucción de reglas de la ponderación que orientan —en forma independiente a las circunstancias del caso concreto— la determinación del peso abstracto y de la intensidad de restricción de los derechos en conflicto. De esta forma mi propuesta es un *plaidoyer* por recuperar lo local de la ponderación, que quedó opacado por la fascinación de lo “universal” de la ponderación, que despierta a quienes trabajan en un registro más abstracto la ponderación desde la teoría del derecho o, incluso, desde el derecho comparado utilizando como método —en forma expresa o implícita— el funcionalismo con el afán de forzar similitudes sin percatarse en la riqueza de las diferencias.⁶³

⁶² Cfr. Schauer, F., “Proportionality and the Question of Weight...”, *cit.*, p. 184.

⁶³ Bomhoff, Jacco, “Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 2, 2008; y en TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law núm. 2008/5, quien explora los trabajos sobre proporcionalidad en el derecho comparado con la preocupación puesta en la falta de consideraciones sobre la pregunta sobre el método que se utiliza para realizar la comparación.

Capítulo 7.

Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?*

7.1. INTRODUCCIÓN

En un escrito reciente, Alexy vuelve la mirada sobre los “casos”. Se plantea si las operaciones básicas en el derecho son dos o tres, es decir: la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la analogía/comparación.¹ Así, la forma de aplicación de las reglas sería la subsunción, la de los principios la ponderación y la forma de aplicación de los casos la comparación. Cada una de estas formas de aplicación se correspondería con los conceptos de reglas, principios y casos.

Sin embargo, el análisis de los casos como una de las formas de aplicación del derecho se encontraba ya presente como forma

* Agradezco a Martín Aldao, Paula Gaido, Leticia Vita, Federico de Fazio, Jan Sieckmann y a los evaluadores anónimos por los comentarios y críticas de este escrito.

¹ Alexy, Robert, “Two or Three?”, en *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie*, núm. 119, 2010, pp. 9-18; véase, además, Alexy, Robert, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie*, núm. 100, 2005, pp. 47-66; Alexy, Robert, “Grundrechte und Verhältnismäßigkeit”, en Schliesky, U.; Ernst, C., y Schulz, S. E. (eds.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg, 2011, pp. 3-15 (versión en español de Jorge A. Portocarrero Quispe como: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11-29, nota al pie 17.

de argumento en sus escritos de juventud, más precisamente, en la teoría de la argumentación jurídica. El “caso” aparecía como “precedente” y como una forma de argumento especial del discurso jurídico. Esta forma de argumento estaba más relacionada con la subsunción que con la ponderación, que era incluida, aunque de manera embrionaria, en este trabajo.² La relación entre la ponderación y la comparación de casos aparece con mayor fuerza en la teoría de los derechos fundamentales y, según entiendo, en la ponderación reconstruida como un “modelo de la ponderación orientado por reglas”. Es decir, sostengo que el modelo de la ponderación en Alexy no es un modelo de la ponderación que opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino como un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por *reglas-resultados de anteriores ponderaciones* que bien puede ser reconstruida como una *red de casos*³ o “subreglas jurisprudenciales”.⁴

Así, en este apartado no cuestionaré si el derecho está conformado solo por reglas, principios y/o casos, entre otros elementos. Me basta con presuponer que las reglas, los principios y los casos son elementos del modelo de la ponderación, ya que precisamente, el objetivo de este trabajo es reconstruir en qué tipo de relación se encuentran. Tampoco discutiré si la subsunción, la ponderación y la comparación son tres formas básicas de aplicación del derecho, me basta con suponer que son importantes formas de aplicación. *Mi propósito es rescatar la importancia de*

² Véase, sin embargo, estudios de Alexy sobre la ponderación en otros autores, Alexy, Robert, “R. M. Hares Regeln des moralischen Argumentierens und L. Nelsons Abwägungsgesetz”, en Schröder, P. (ed.), *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium aus Anlaß des 50. Todestages von Leonard Nelson*, Hamburgo, 1979, pp. 95-122.

³ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, cap. 3. (versión en español: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, cap. 3).

⁴ La Corte Constitucional de Colombia (CCC) habla en sentido similar de subreglas jurisprudenciales, véase García Jaramillo, Leonardo, “Subreglas jurisprudenciales de contención a las mayorías parlamentarias”, en Leonardo García Jaramillo (ed), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Grijley, 2014, p. 381, y, CCC, T-438 (1996), T 606 (1997), T 450 (2001), T 137 (2003).

los casos en el modelo de la ponderación alexyano que, a mi entender, quedó opacado por su preocupación en el desarrollo de la ponderación como forma de argumento.

Para el desarrollo de la tesis de este trabajo, analizo primero la relación de la ponderación y la comparación de casos en el modelo de resolución de conflictos de derechos fundamentales en Alexy para reconstruirlo como un modelo de la ponderación orientado por reglas. Luego la comparo con la versión que intenta desarrollar Moreso,⁵ a través de los casos paradigmáticos para concluir que son más los parecidos de familia que las diferencias que sostiene con el modelo desarrollado a partir de la propuesta de Alexy. Con esto concluiré que ni el modelo de Alexy está tan abocado al particularismo como se le quiere presentar, ni el de Moreso es tan definicional como pretende, en tanto que asume como obvio o indiscutible lo que justamente conforma el objeto de la argumentación en los conflictos sobre derechos constitucionales.

7.2. EL LUGAR DE LOS "CASOS" EN LA TEORÍA DE ALEXY: ¿HACIA UNA PERIODIZACIÓN?

La importancia del caso relacionado con la forma de aplicación del derecho aparece en Alexy en tres momentos distintos que develan tres desarrollos teóricos diferentes que el autor presenta con carácter acumulativo. Los casos aparecen en la *Teoría de la argumentación jurídica*⁶ como una forma de argumento, el argumento del precedente, pero teniendo como trasfondo aún el modelo de la subsunción como modelo dominante aunque limitado de aplicación del derecho. Luego, aparece en la *Teoría de*

⁵ Moreso, Josep Joan, "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism", en *Ratio Juris*, vol. 25, núm. 1, mar, 2012, pp. 31-46; Moreso, Josep, "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, sep-oct, 2010, pp. 821-832, 824; Moreso, Josep, "Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales", en *Revista Direito GV*, jul-dic, 2006, p. 18.

⁶ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996 (versión en español realizada por M. Atienza e I. Espejo: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989).

los derechos fundamentales, según interpreto, como una forma de evitar la ponderación. En el trasfondo de esta obra, el modelo de la subsunción aparece superado por el modelo de la ponderación para la resolución de los conflictos de derechos constitucionales. En un tercer momento y con un alto nivel de abstracción, es retomado por Alexy en su escrito *Two or Three?* para sostener la comparación de casos como la tercera forma básica de aplicación del derecho junto con la subsunción y la ponderación.⁷ Dejaré de lado este último desarrollo, ya que para los efectos de la comparación con la propuesta de Moreso alcanza con los dos primeros.

7.2.1. El lugar de los “casos” en la teoría de la argumentación jurídica

La *Teoría de la argumentación jurídica* surge, según su autor, por la inquietud acerca de si es posible la racionalidad del discurso jurídico. Está planteada, sin embargo, en términos limitados. El autor está pensando en la argumentación jurídica en el contexto del proceso de decisión judicial,⁸ es decir, cuando se trata más específicamente de la interpretación y aplicación de las *leyes o reglas* en una contienda entre partes sobre un *caso particular*—caso individual—. ⁹ La respuesta a la pregunta sobre la racio-

⁷ Alexy, Robert, “Two or Three?...”, *cit.*, pp. 9-18. Discuten este trabajo, Bäcker, C. *Begründen und Entscheiden*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 298; Brożek, Bartosz, “Analogy in Legal Discourse”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 94, 2008, pp. 188-201; Rosa de Bustamante, Thomas da, “Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies Between Cases”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 119, 2010, p. 71; Rosa de Bustamante, Thomas, *Finding Analogies between Cases: On Robert Alexy’s Third Basic Operation in the Application of Law*, 2012, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017469 Rosa de Bustamante, Thomas da, *Teoría del precedente judicial...*, *cit.*

⁸ Sobre el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica en el ámbito legislativo, véase Oliver Lalana, Daniel, “Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes”, en Cardinaux, Nancy; Clérico, Laura y D’Auria, Aníbal (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA, 2006.

⁹ En este trabajo utilizo en forma reiterada la palabra “caso”. Como acertadamente sostienen Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la*

nalidad de la argumentación jurídica es afirmativa y dio origen a lo que se conoce como la tesis del caso —o supuesto— especial —*Sonderfallthese*—: la argumentación jurídica es un procedimiento racional en la medida en que sea concebida como un supuesto del discurso práctico general, es decir, del discurso acerca de lo que es debido, permitido o prohibido. El concepto de argumentación práctica racional estaría definido por medio de un sistema de 28 reglas y formas. La razonabilidad del resultado de esa argumentación no estaría dada por la correspondencia con alguna teoría moral material, sino porque es el resultado de un procedimiento argumentativo en el que se observaron esas 28 reglas, por lo que en algunos supuestos son discursivamente posibles varias respuestas correctas e incluso respuestas incompatibles entre ellas.¹⁰

El “caso” —como precedente— irrumpe en el carácter “especial” o “peculiar” de la tesis. El discurso del derecho es un supuesto especial porque presenta una vinculación al argumento del significado literal de la ley, de los precedentes y de la dogmática. ¿Por qué sujetarse a esos argumentos? Para ello hay que dar buenas razones, es decir, argumentos morales, de lo contrario, el derecho no elevaría ninguna pretensión de corrección, sino de

metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 56; y Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 26, la palabra “caso” es ambigua. En este apartado me refiero a caso, por lo menos, en tres sentidos. En un sentido hablo de “caso” como supuesto. Por ejemplo, cuando Alexy se refiere a la “tesis del caso especial”, utiliza “caso” para hacer referencia a la argumentación jurídica como un supuesto dentro del discurso práctico general. En otro sentido, utilizo la palabra “caso” como caso individual, es decir, como “un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento determinado”, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *cit.*, p. 56. Este es el sentido atribuido cuando se dice “la jueza debe resolver el caso x”. Por último, utilizo la palabra “caso” como caso genérico. Es decir, como un conjunto o clase de situaciones definidas por ciertas propiedades relevantes, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰ Con posterioridad, Alexy cargará de materialidad su teoría del discurso cuando admita que hay algunos resultados de la argumentación necesarios que se refieren al núcleo de derechos humanos y al principio de la democracia, en tanto sin el respeto de esos contenidos el discurso no sería posible.

mero ejercicio de poder. El “caso” irrumpe así como una forma de argumento: el argumento del precedente. Sin embargo, aún no es del todo relevante para el modelo de la ponderación. En la *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy seguía teniendo como trasfondo un modelo predominantemente subsuntivo; los llamados “casos difíciles” se resolvían a través de su vinculación con el discurso práctico general. La tesis de las normas como principios y su relación con el modelo ponderativo aún se encontraba en proceso de elaboración.

De esta manera, la comparación de casos como argumento del precedente es justificado por el principio de universalidad: lo igual debe ser tratado en forma igual. Advierte, sin embargo, que como no hay dos casos idénticos *la clave pasa por la relevancia de las semejanzas o las diferencias*. Así, en virtud del principio de universalidad, quien quiera apartarse del precedente tiene la carga de la argumentación, ya sea para justificar que los hechos se diferencian en alguna circunstancia relevante o que cambió la valoración de las circunstancias y entonces se requiere de una solución alternativa.¹¹ Detrás de todo se encuentra una forma especial de argumento jurídico: la analogía. No hay una teoría especial del precedente y tampoco era la finalidad de la tesis de la *Teoría de la argumentación jurídica*.

7.2.2. El lugar de los “casos” en la *Teoría de los derechos fundamentales*: el modelo de la ponderación

Los “casos” ocupan, según interpreto, un lugar de mayor importancia en la *Teoría de los derechos fundamentales* que en la *Teoría de la argumentación jurídica*. En este punto, el modelo de Moreso se acerca al de Alexy, aunque como veremos, es el modelo de Moreso el que se queda a mitad de camino para resolver los conflictos de derechos que no encuentran una solución convincente a través de la comparación de casos. Veamos primero en donde emergen los casos en una reconstrucción posible de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy: el modelo de la ponderación orientado por reglas.

¹¹ Rosa de Bustamante, Thomas da, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Lima, Legales Instituto, 2016.

7.2.3. La ponderación del peso y de la intensidad de intervención y/o satisfacción de los principios colisionantes: el lado abstracto y concreto de la ponderación

El *primer paso* de la ponderación es la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos normas iusfundamentales —una de esas normas es la que justifica el fomento del derecho promovido, la otra norma es la que se refiere al derecho fundamental afectado por la promoción del primero—, que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de forma completa.¹² Un paso adelante en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro —es decir, de su restricción—, y a la inversa.¹³ Este primer paso implica determinar el problema que debe ser resuelto. Hasta aquí se diría que es un problema más definicional que ponderativo o comparativo.¹⁴

¹² Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1992, pp. 79, 100, 122-125, 146, 152. (versión en español, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, CEPC, Madrid, 2007). Asimismo, véase Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 133, sobre identificación y resolución de la colisión entre derechos fundamentales en el contexto de un caso concreto.

¹³ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción. Por ejemplo, el contenido mínimo del derecho tiene el carácter de regla; las reglas-resultados de las sentencias que implican desarrollo interpretativo de los principios colisionantes tienen también el carácter de regla. Véase Parra Vera, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 53-78.

¹⁴ En este punto hablo de colisiones —conflictos— entre derechos fundamentales sin hacer distinción entre los conflictos “especialmente intensos” y los “simples” —aquí encajarían los “casos difíciles”—. Algunos llaman a los conflictos especialmente intensos “dilemas”, ya sea porque existe un problema de indeterminación de la respuesta para la justificación racional de la solución del conflicto y/o por el sacrificio o tragedia que implicaría no poder satisfacer una de las partes del conflicto. Por lo general, quienes trabajan con dilemas suelen utilizar ejemplos actuales de bioética, entre ellos, el caso de las dos gemelas siamesas que morirían si no fueran separa-

El *segundo paso* para la resolución del conflicto de derechos se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones que fueron reformulados en una regla —llamada en anteriores trabajos *regla-resultado de la ponderación*—,¹⁵ según la siguiente fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio

das, pero que, a su vez, la supervivencia de una exigiría necesariamente la muerte de la otra. Así, “los dilemas muestran este aspecto trágico; un mal inevitable y grave del que no podemos escapar, hagamos lo que hagamos”, Martínez Zorrilla, David, “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 71. Este tipo de conflictos presentarían un límite para la argumentación jurídica —incluso para la “ponderación estructurada” de Alexy, límite que Zucca parece encontrar en Alexy cuando este afirma la existencia de casos en los que los argumentos conducen a un “estancamiento”—, en los demás conflictos es posible su resolución por medio de la argumentación. Véase Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales... cit.*, pp. 9-36. Sobre un análisis en parte crítico de la obra de Zucca, véase Lariguet, Guillermo, “Dos concepciones de los dilemas constitucionales. Comentarios a algunas tesis de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales... cit.*, pp. 38-65 y Martínez Zorrilla, David, “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales... cit.*, pp. 67-90. No puedo abordar en este trabajo las diversas clasificaciones ensayadas sobre conflictos entre derechos fundamentales. En todo caso, quedo en deuda con una línea de investigación conformada por los trabajos de Lariguet, Martínez Zorrilla, Zucca, Álvarez, entre otros, que ponen especialmente la mirada en los conflictos entre derechos en los casos trágicos o en situaciones dilemáticas. A los efectos del propósito muy humilde de este análisis, comparar la propuesta de Alexy con la propuesta de Moreso, me basta con admitir supuestos de colisiones entre derechos fundamentales. Admito, sin embargo, que Alexy suele trabajar con ejemplos que se corresponderían con los conflictos simples y que Moreso incluye también ejemplos más cercanos a los conflictos especialmente intensos, por ejemplo, el caso del niño Marcos que por razones de objeción religiosa se opone a una transfusión de sangre diagnosticada como urgente para evitar su muerte.

¹⁵ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit, cit.*, cap. 3.

precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente".¹⁶ La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un supuesto de la aplicación de precedentes.¹⁷ La referida aplicación resuelve la colisión sin ponderación. Este sería el punto de arranque, según interpreto, de la teoría de Moreso. Esta posibilidad no es descartada por Alexy. Es claro en su teoría que algunas colisiones de derechos se resuelven por comparación con casos —jurisprudenciales o hipotéticos— resueltos en el pasado. Sin embargo, existen algunos supuestos en donde los casos relevantes —¿paradigmáticos? según Moreso—, que nos ayudarían a resolver la colisión de derechos, no existen o cuya construcción es incipiente porque existen dudas válidas acerca de la fuerza de los argumentos que sustentan esa solución.¹⁸

La vinculación a la regla-resultado de la ponderación y, por ende, su aplicación debe poder ser justificable a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión, lo cual supone interpretación y examen crítico de la justificación de la *regla-resultado de la ponderación*.¹⁹ Ahora bien, si el nuevo caso presenta características que se diferencian con justificación de las circunstancias de la —aplicable— *regla-resultado de la ponderación*, entonces puede apartarse de esta última. Asimismo, puede ocurrir que la *regla-resultado de la ponderación*

¹⁶ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 79-83.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 504-505; Alexy, Robert y Dreier, Ralf, "Precedent in the Federal Republic of Germany", en McCormick, N. y Summers, B., (comps.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997, pp. 17-64; Bernal Pulido, Carlos, "Precedents and Balancing", en Bernal Pulido, Carlos y Bustamante, Thomas (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 51-58.

¹⁸ En otros casos el tribunal prefiere ponderar a resolver por comparación porque está más interesado en sentar criterios de resolución para futuras colisiones semejantes que en desarrollar argumentos por analogía, aunque por ambos caminos argumentativos llegue a la misma solución.

¹⁹ Esta concepción de la vinculación *prima facie* supera a una vinculación meramente atada al pasado y acrítica. Por lo demás, aquí cobra especial importancia la dogmática iusfundamental, pues de ella no solo se espera un trabajo de mera sistematización de las decisiones iusfundamentales, sino de crítica de su justificación, lo que debería debilitar cualquier intento de petrificación de la red de reglas resultados de la ponderación.

no sea aplicable para la solución del caso nuevo porque aquella es incorrecta y su justificación criticable. Quien disiente, tiene la carga de la argumentación:²⁰ por ello, la vinculación tiene un carácter *prima facie*. Si no existen en la *red reglas-resultados de la ponderación* aplicables al caso por resolver o las existentes resultan incorrectas, entonces se pasa a la siguiente etapa.

Así, el *tercer paso* está conformado por la ponderación entre los principios colisionantes. En este contexto, no resulta plausible la solución a través de una suerte de prioridad absoluta de uno de los dos principios. El peso del principio depende también, aunque no exclusivamente, de las circunstancias del caso —lado concreto de la ponderación—. Sin embargo, tampoco se presenta como una ponderación totalmente libre que implique que en algunos casos “la balanza” se inclinará, por ejemplo, hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. Desde el comienzo, la ponderación está fuertemente orientada por reglas que determinan la intensidad de la restricción y peso de la libertad de expresión e independientemente de las particularidades del caso concreto —lado abstracto de la ponderación—.

Por ello, se requiere volver sobre los pasos de la argumentación para solucionar la colisión, que *en parte* ocurre sin ponderación en el caso concreto cuando: *a)* se identifica la colisión entre principios y el problema en concreto; *b)* se identifica y se aplica una regla-resultado de la ponderación anterior que resuelve la colisión sin ponderación; *c)* se determina la intensidad de la restricción del derecho afectado en abstracto; *d)* el peso abstracto del principio afectado —por ejemplo, la libertad de expresión—; *e)* el peso abstracto del principio que se busca proteger por medio de la medida estatal —y que colisiona con la libertad de expresión, por ejemplo, el derecho a la honra—; *g)* la formulación de la regla-resultado de la ponderación y entre *e)* y *g)* ocurre *f)*, la *ponderación propiamente dicha* en la que se enfrentan el peso abstracto y la intensidad de restricción del principio afectado con el peso abstracto del principio que se busca promover, por un lado,

²⁰ Sobre la carga de la argumentación, Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 507; Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.

y el peso concreto y la intensidad de restricción de ambos, por el otro. Es decir, de un total de seis pasos, solo uno tiene que ver con la ponderación en concreto. Además, del total de seis pasos, en más de uno, los "casos" juegan un papel relevante. Veamos.

El *cuarto paso* se refiere a la *determinación de la intensidad de la restricción al derecho en abstracto*. El grado de realización de un principio responde a una formulación positiva. En cambio, el grado de restricción es el grado de no realización de un principio; es decir, lo que no puede seguir realizando a causa de la restricción que le produce la realización del principio que colisiona. Así, el grado de restricción formula la relación entre la restricción —de la no realización— de un principio y su posible realización total. Entre estos dos extremos, se puede hablar de restricciones: insignificantes, más o menos leves, medias, intensivas, muy intensivas, intensivas en forma extrema.

Esta caracterización del grado de restricción —o del grado de realización— de un principio responde a una del tipo *conceptual-analítico*. Se trata así de la comparación entre una restricción total y parcial; o desde el otro punto de vista, de una realización total y parcial. A fin de precisar, se habla de un "criterio de extensión": cada una de las restricciones en la escala incluye a la siguiente y expresa una mayor restricción y así sucesivamente. Por ejemplo, una prohibición de circular en bicicleta por el bosque implica una restricción más leve que una prohibición de circular en bicicleta en toda la ciudad, incluido el bosque. En principio, suena plausible. Sin embargo, *no siempre la extensión en general, significa la misma intensidad de la restricción en particular*. Por ejemplo, se puede aceptar, en general, que una prohibición de viajar al exterior respecto de todos los países del mundo, excepto el país X, implica una restricción más intensiva a la libertad de locomoción, que una prohibición de viajar al exterior solo con respecto al país X. Pero en un caso concreto, esta última prohibición puede ser mucho más intensiva que la general, si el afectado proviene del país X y quiere visitar a su familia y amigos en ese país. Es decir, una prohibición de viajar al país X implica una restricción más intensiva que la de viajar a todos los países, excepto a un país determinado. Así, se considera que una valoración en concreto es inevitable a los efectos de la determinación de la *intensidad* de la restricción iusfundamental en el caso, en el que variables

como la duración de la restricción o la urgencia en la satisfacción de un grado mayor de realización del derecho pueden jugar un papel importante.²¹

Sin embargo, esa intensidad puede estar también determinada, en parte y desde el comienzo, por argumentaciones que no dependen de las circunstancias concretas del caso individual y que con frecuencia tienen que ver con la relación del principio restringido con otros principios. En el supuesto de la colisión de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público y el derecho a la honra de un funcionario público, la libertad de expresión suele presentar desde el comienzo defensas argumentativas preventivas contra su restricción. Es decir, admite limitaciones, pero “estas restricciones tienen *carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario*, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.²² A su vez, las defensas argumentativas se relacionan con un argumento de tipo democrático: “[d]ada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado *no solo debe minimizar las restricciones* a la circulación de la información sino también *equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo*”.²³ Todo esto lleva a sostener que la restricción a ese derecho debe ser vista con especial cautela. También se suele tener en cuenta para determinar la restricción a la libertad de expresión cuando proviene de la aplicación de una sanción a un periodista por dichos emitidos por la prensa sobre asuntos de interés público: el carácter estigmatizante de la sanción penal²⁴ y el efecto disuasorio que produce la sanción para futuras expresiones. Así, la restricción a la libertad de expresión de un periodista sobre asun-

²¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 763.

²² Por ejemplo, véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc

²³ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, supra.

²⁴ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., cap. 3.

tos de relevancia pública que afectan a un funcionario público suele ser grave. En suma, para determinar el grado e intensidad de interferencia y la importancia de realización de los principios se utilizan argumentos que no poseen una característica específica de ponderación. Todos los argumentos disponibles en el marco de la argumentación jurídica pueden ser alegados; es decir, argumentos que provienen de la dogmática, de precedentes, prácticos en general, empíricos,²⁵ formales. *Nuevamente aquí aparecen los "casos"*²⁶ *no ya para resolver la colisión de derechos sin ponderación; sino para identificar qué tan intensiva es la restricción del derecho en cuestión.* Si en casos similares la restricción fue justificada como muy intensiva, por qué no aplicar esos casos y sus justificaciones para fundamentar que en el presente también se trata de una restricción intensiva.

El quinto paso trata de la *determinación del peso abstracto del derecho afectado*. Esta interpretación está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto²⁷ y se puede determinar por:²⁸ (i) la justificación a través de la fuerza de los intereses; (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios,²⁹ y (iii) la justificación a través de

²⁵ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 144, 149-150, 267.

²⁶ Aquí me refiero a los "casos" como casos genéricos.

²⁷ Aquí me refiero al caso concreto como caso individual.

²⁸ Martínez Zorrilla critica la teoría de Alexy por resultar insuficiente. Por ejemplo, sostiene acertadamente que Alexy "no aporta criterios relativos a la determinación [...] de los grados de importancia de satisfacción y afectación de los principios", véase Martínez Zorrilla, Daniel, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 249-250. Véase criterios en Sieckmann, Jan, "Zur Begründung von Abwägungsurteilen", en *Rechtstheorie*, núm. 26, 1995, pp. 45-69 (versión en español, "Sobre la fundamentación de juicios ponderativos", trad. de Carlos Bernal Pulido, en Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 159-205) y Sieckmann, Jan, "Abwägung von Rechten", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 81, 1995, pp. 164-184; Jansen, N., "Die Abwägung von Grundrechten", en *Der Staat*, núm. 36, 1997, pp. 27-54; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., pp. 178-198; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 763.

²⁹ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., cap. 3.I.4.1.1.1. y reglas (HR') (HR'') y (HR''').

sentencias anteriores.³⁰ La conexión que otorga un peso abstracto alto a un principio adquiere sentido en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los derechos humanos. Así, en Estados con democracias constitucionales, los principios que otorgan un peso abstracto alto a otros con los que se conectan son, como mínimo: el de protección y respeto de la dignidad, el de autonomía, el democrático, el de especial protección a grupos en desventaja por desigualdad estructural (p. ej., mujeres, niños, ancianos, pueblos originarios, personas con discapacidad). Por ejemplo, la determinación de un peso abstracto “especialmente alto” a la libertad de expresión de una opinión en la arena política se justifica en tanto la “discusión libre es el fundamento propiamente dicho de la sociedad libre y democrática”.³¹ Adquiere aún más peso cuando se trata de una contribución “a la lucha intelectual de opiniones en una cuestión que toca en especial al público”.³² En varias de las prácticas constitucionales, por ejemplo, del Sistema Interamericano, la libertad de expresión es también un derecho especialmente protegido. Así, por tratarse de una restricción grave, sumada a un peso abstracto alto de la libertad de expresión, esta restricción despierta cuestionamiento desde un principio y desafía desde antes de la ponderación en concreto a cualquier contraargumento —que hable en favor de la restricción—.³³

En el *sexto paso* se trata de la *determinación del peso abstracto del principio contrario*. Aquí también se aplican los mismos tres criterios expresados en el paso quinto. Así, procede la determinación por la acumulación de principios que puede jugar para

³⁰ El peso abstracto se justifica como contenido de una decisión que es fruto de una ponderación anterior en el marco de un procedimiento argumentativo. el peso no se le atribuye por la mera autoridad de quien toma la decisión, sino por las características del procedimiento deliberativo. esta distinción debe ser tenida en cuenta como un argumento para la imputación de un peso abstracto distinto; según la legitimidad discursiva del resultado de la solución. véase clérico, laura, *die struktur der verhältnismäßigkeit...*, cit., pp. 182, 299-305, 346, y cap. 3.i.4.1.1.2.

³¹ TCFA, BVerfGE 90, 1 (20/21).

³² TCFA, BVerfGE 7, 198 (212); 12, 113 (125); 20, 56 (97); 42, 163 (169); 54, 129 (139); 60, 234 (241); 82, 272 (282), 86, 1 (10), entre otros.

³³ Véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina, supra*.

aumentar o debilitar desde el comienzo el peso del derecho a la honra del funcionario público que se siente afectado por los dichos de un periodista sobre un asunto de interés público. El peso abstracto respecto del honor de un funcionario público sobre un asunto de interés público es *bajo*. Esto surge de la relación del derecho al honor con el principio democrático y se resume en la fórmula de especial tolerancia que debe soportar quien voluntariamente desempeña un cargo público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza el funcionario público. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene construyendo —y justificando— este peso bajo del derecho a la honra a través de una cadena de precedentes.³⁴

En el *séptimo paso* se trata de la *ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados —ponderación propiamente dicha—*. Este paso está conformado por la aplicación de la "ley de la ponderación", que según la reconstrucción de Alexy: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".³⁵ La ley de la ponderación establece una *relación entre grados de realización o de afectación e importancia de la realización de dos —o más— principios*. No dice qué tan pesada o intensa es la interferencia o restricción iusfundamental en el caso concreto. No puede determinar por sí, y a causa de su estructura comparativa, la relación de prioridad condicionada que pone fin a la tensión de los principios. En este sentido, la ley de la ponderación

³⁴ *Ibidem*, párr. 87, con cita de *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, párrs. 128-129; *Caso Canese, Ricardo vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111, párrs. 98, 103.

³⁵ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 146, 267, 270 y ss., 316 y ss., 319, 324, 409, 423 y ss., 468 y ss.; cfr. p. ej.: TCFA, BVerfGE 11, 30 (43), formulaciones similares pueden encontrarse en TCFA, BVerfGE 7, 377 (404); 17, 232 (242); 17, 306 (313 y ss.); 20, 150 (159); 23, 50 (56); 26, 259 (264); 30, 227 (243); 30, 336 (351); 32, 1 (34); 33, 171 (187); 35, 202 (226); 36, 47 (59); 40, 196 (227); 41, 251 (264); 41, 378 (395); 70, 297 (307 y ss.); 72, 26 (31).

no ofrece una pauta material para la solución de la colisión, sino un *procedimiento para la justificación* —y en su caso, la correspondiente *crítica*— de la decisión del conflicto entre principios. Es decir, determina que para justificar debidamente una no realización o no satisfacción muy grave de un derecho, no basta con que la realización del principio colisionante sea poco importante, débil. Así, quien realiza una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta: el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan; la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado para no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.³⁶

Por ello, es de especial importancia la consideración del peso y de la intensidad de restricción de los derechos en abstracto, pues determinan el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho.³⁷ Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad de expresión y la restricción es grave, no basta con que del otro lado se trate de la realización del derecho al honor de un funcionario público alcanzado por la crítica contra el ejercicio de su función en un tema de interés público que posee un peso abstracto bajo.

La importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir en el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión se puede ver relativizada por la pretensión de la conside-

³⁶ TCFA, BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92); TCFA, BVerfGE 90, 145 (173); 48, 396 (402); 83, 1 (19).

³⁷ Alexy ha propuesto la “fórmula del peso” (*Gewichtsformel*), en la que reconstruye la manera para encontrar el peso concreto de un principio que colisiona con otro en el marco de una ponderación. Véase Alexy, Robert, “Die Abwägung in der Rechtsanwendung”, en *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität*, núm. 17, 2001, pp. 69-83; Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, Madrid, 2002; para un análisis detallado de la fórmula del peso, véase Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 92, 2006, pp. 195-208 y uno crítico por su carácter superfluo e inadecuado, véase Sieckmann, Jan, “Concepciones de la ponderación: optimización y la «fórmula del peso» de Robert Alexy”, en Beade, Guillermo y Clérico, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 189-230.

ración de las circunstancias especiales del caso, que hablan: del peso concreto de los principios colisionantes, de la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes,³⁸ de la duración de la restricción al derecho,³⁹ de la posibilidad de poder haberse evitado la restricción al derecho a través de un medio alternativo, del carácter (in)soportable de la restricción al derecho para el afectado,⁴⁰ de la urgencia que requiere la satisfacción del derecho,⁴¹ del grado de intensidad con la que se controla la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente o por el tribunal preopinante. En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de "instancia falibilística irrenunciable".⁴² Esto no convierte al modelo de la ponderación

³⁸ Véase Alexy, Robert, "Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz", en Sieckmann, Jan (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, 2007, pp. 105-121 (versión en español Sieckmann, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, trad. de Daniel Oliver Lalana, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 119-135).

³⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 776, aunque aquí solo se toma la regla propuesta por el autor en relación con la determinación de la intensidad de la restricción; es decir: "Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posición iusfundamental *prima facie*, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al derecho fundamental en la ponderación".

⁴⁰ Véase caracterización de la prohibición de "exigir lo insoportable" (*Unzumutbarkeit*) en Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., pp. 228, 246, 347, y cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3; Beade, Guillermo, "El carácter deontológico de la ponderación", en Beade, Guillermo y Clérico Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 253-297 (293); Aldao, Martín, "La ponderación en el Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales", en Beade, Guillermo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación...*, cit, pp. 467-484 (480).

⁴¹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 466; Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 226, 227, 238, 239.

⁴² Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995, p. 69.

orientado por reglas en un modelo particularista. Considerar las circunstancias del caso concreto implica tener que volver a pensar el peso de los argumentos que sostenían las soluciones a las colisiones semejantes anteriores. No se trata simplemente de que la particularidad de las circunstancias puedan imprimir nuevos contornos al problema normativo sujeto a solución y así desafiar al peso de los argumentos que sostienen a las soluciones preestablecidas. En todo caso se trata de la aplicación de la regla de la argumentación de saturación de todos los argumentos posibles.

Así, en esta etapa se trata de determinar, en términos simples, si los argumentos que hablan a favor del derecho fundamental colisionante —derecho a la honra— son más pesados que los que hablan a favor de una mayor realización del derecho limitado —libertad de expresión—. La *ponderación culmina cuando se ha agotado el sopesamiento* de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios, de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto. Por ello, una *restricción grave* a la libertad de expresión de un periodista sobre un asunto de interés público (p. ej., la tramitación de una causa en la que se investigaban hechos ocurridos durante la última dictadura militar en Argentina respecto de “temas de notorio interés público”), no puede ser justificada a través de una *importancia leve, moderada* de realización del derecho al honor de un funcionario público (p. ej., el honor del juez que entendía en la causa y que debe soportar y tolerar la crítica respecto de la forma en que ejerce un cargo público: “como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso”).⁴³

El último paso del modelo de la ponderación orientado por reglas gira en torno a la reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar colisiones futuras. El procedimiento argumentativo de la ponderación no se ve satisfecho si el resultado de la solución de un conflicto entre principios no puede ser reformulado en una regla-resultado de la ponderación. Nuevamente aquí aparece la importancia del caso entendido aho-

⁴³ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 86.

ra como una suerte de "precedente" en la *Teoría de los derechos fundamentales*.⁴⁴

Esta regla-resultado de la ponderación vincularía a quien realiza una ponderación a reglas y, en este sentido, limitaría su discrecionalidad. En tanto, sería incoherente⁴⁵ que no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie*, para la solución de casos futuros similares, el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente.⁴⁶ En este sentido, se aplica la regla de la *Teoría de la*

⁴⁴ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 83.

⁴⁵ Arango, Rodolfo, "El valor de la coherencia y el precedente constitucional", en Zuluaga, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Colombia, Universidad Javeriana, 2004.

⁴⁶ La respuesta a la pregunta de si una *regla-resultado de la ponderación* es aplicable para la solución de una colisión de principios, trata sobre todo de *comparación y justificabilidad*. La comparación comprende, por un lado, el caso anteriormente decidido, la regla-resultado de la ponderación aplicable, su justificación y el contexto de esa decisión. Y, por el otro lado, el caso que debe ser resuelto, el actual contexto, y la hipotética regla-resultado de la ponderación como solución del caso y su justificación. La operación que realiza quien aplica el derecho se puede ilustrar a través del círculo hermenéutico de "ida y vuelta de la mirada", entre cada uno y todos estos elementos. Ese "ida y vuelta de la mirada" entre las similitudes y las diferencias se orienta por la máxima de igualdad, aplicada como meta-regla. Significa que lo *relevantemente* igual, debe ser tratado como igual y lo *relevantemente* desigual debe ser tratado como desigual. A su vez, un desigual tratamiento de lo igual, y un igual tratamiento de lo desigual, requiere de una justificación suficiente. Se puede diferenciar así dos pretensiones en el marco de este proceso de reflexión, que pueden estar en tensión. Por un lado, se eleva la pretensión de aplicación de la regla-resultado de la ponderación para la solución de otros casos —más allá del caso de donde surge la regla—. Esta es una *pretensión de generalización*. Se enfatizan las similitudes entre ambos casos, de manera tal que lo *relevantemente* "igual" según las posibilidades sea tratado como igual. Por el otro lado, se eleva una pretensión de ponderación en el caso concreto. Se enfatizan, así, las diferencias de cada caso. Se trata de una *pretensión de concretitud*. En esta línea de argumentación, la regla-resultado de la ponderación no alcanza para la solución del nuevo caso: deja de lado características de la situación concreta, que la regla no contempla y que para la solución del caso son relevantes. Visto solo desde esta pretensión, la regla-resultado de la ponderación no sería aplicable. Detrás de esta tensión se encuentra una más general entre la justicia generalizadora y la justicia en el caso concreto. El modelo de la ponderación orientado por reglas no se decide por la primacía definitiva de alguna de las dos pretensiones, aunque se incline por una consideración *prima facie*

argumentación jurídica que dice: “(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse”. Así, la consideración del *resultado-regla de la ponderación* conforma un supuesto de la consideración de precedentes —o si se quiere de casos paradigmáticos en la línea de Moreso—, que incluso puede conformar una *red de reglas-resultados de la ponderación*.

7.3. LOS CASOS EN LA RED DE REGLAS-RESULTADOS DE LAS PONDERACIONES IUSFUNDAMENTALES: LA NECESIDAD DE APERTURA

Una reconstrucción de una *red de reglas-resultados de la ponderación* podría ser estructurada a través de las cadenas de relaciones de prioridad condicionadas. Sin embargo, alguien podría objetar la utilidad práctica de este tipo de red, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y la fuerza de validez *prima facie* de estas cadenas es acotada. Y, en este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad en términos de *reglas-resultados de la ponderación* condicionadas. Justamente ahí radica su atractivo. Facilita información y argumentación acerca de la *historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes*. En caso de que se den condiciones similares y su aplicación sea justificable, entonces ofrece una solución para la colisión. Y, en caso de apartamiento de aplica-

—aunque no en forma definitiva— de la primera pretensión, que como se advirtió anteriormente requiere de la consideración de las circunstancias del nuevo caso para determinar la aplicación de la regla-resultado de la ponderación. En este sentido, se diría que se pone el énfasis en el procedimiento de justificación, pues estructura la *justificación* de la decisión de primacía condicionada a través de reglas de la “teoría de la argumentación jurídica”. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, cit., pp. 339 y reformulación (en Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., pp. 153, 345) en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto como (AR): cuando un medio es adecuado técnicamente y es el menos lesivo y hay que determinar, si la restricción iusfundamental que causa la medida estatal es proporcional en sentido estricto con el fin estatal y una regla-resultado de la ponderación presenta similitudes relevantes con las circunstancias del caso, entonces esa regla debe ser considerada para la solución de la colisión y, si no se la aplica o sigue, entonces hay que justificar su inaplicabilidad o seguimiento en concreto.

ción, muestra en qué sentido se debe justificar. Por ello, no solo contribuye a reconstruir la historia de prioridad —o en su caso de preteridad— condicionada de los principios iusfundamentales, sino también contribuye a exigir publicidad en la justificación del peso concreto de los principios y, en ambos sentidos, limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una ponderación iusfundamental.

Ahora bien, una red de *reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales* tiende, con el paso del tiempo y en el marco de una práctica constitucional estable, a una suerte de fijación y a una posible petrificación de sus contenidos. A primera vista, este proceso presenta cierto atractivo, porque mientras promueva continuidad y estabilidad de la práctica constitucional, posibilita prever las soluciones de las colisiones iusfundamentales. Así, la red gana en confianza. A su vez, debilita la objeción en contra de los resultados de las ponderaciones iusfundamentales en términos de disminución del principio de previsibilidad.

Sin embargo, es cierto que por más estable que sea la red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales, no se puede debilitar la objeción de disminución de realización del principio de seguridad jurídica, en tanto este se interprete en la forma "tradicional" como mera previsibilidad del resultado de la decisión. El principio de la seguridad jurídica colisiona con otros principios desde el punto de vista de un modelo procedimental de la ponderación. Quien sostiene una prioridad definitiva del principio de la seguridad jurídica, interpretado en el sentido "tradicional", supone una concepción material —y conservadora— de la ponderación. Ahora bien, si la seguridad jurídica se interpreta en el sentido de una "seguridad jurídica dependiente de un procedimiento",⁴⁷ el modelo de la ponderación puede fa-

⁴⁷ Sobre la "seguridad jurídica dependiente del procedimiento", véase Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Fráncfurt del Meno, Suhrkamp, 1992, p. 270; además, Aienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 181-183, propone una reinterpretación del concepto de seguridad jurídica en el contexto de estados constitucionales como la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles los otros valores, es decir, la libertad y la igualdad. Así, la seguridad jurídica sería un valor adjetivo con respecto a los otros y entonces "la justicia podría definirse como la seguridad de que el derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad".

cilitar un “procedimiento de justificación”, que en cuanto a su estructura puede determinarse con anterioridad y facilitar posibles resultados de las colisiones e indicar las que no pueden ser justificadas. En el marco del juego argumentativo de las “razones y contrarrazones” se puede justificar por qué hay que apartarse de la aplicación de un resultado-regla de la ponderación a la luz de las diferencias —justificables— del caso concreto. En este sentido, un modelo de la ponderación orientado por reglas contribuye a la realización de una previsibilidad procedimental, pero siempre a prueba de ser desafiada por razones provenientes de las restricciones por acción u omisión a los derechos fundamentales.

Una red de *reglas-resultados de las ponderaciones* tiene, además, una “función de descarga”. ¿Por qué realizar una ponderación si la misma es justificadamente redundante?⁴⁸ Y lo es, si las circunstancias del caso que alberga una colisión pueden ser subsumidas bajo el antecedente de una *regla-resultado de la ponderación* existente. Pero aún más, la función de la descarga contribuye en el sentido advertido por Hesse: se puede evitar el recurrir repentino a los “valores” a través de la aplicación de un grupo estable de “puntos de vistas y reglas”. Y, a su vez, esto se logra a través de una jurisprudencia iusfundamental y constitucional continua.⁴⁹

Sin embargo, no todas son ventajas en la aceptación de una red de *reglas-resultados de las ponderaciones*. La continuidad irreflexiva y la estabilidad contribuyen a la *petrificación*. Esta se promueve si la red no es en la práctica porosa a la aceptación de nuevas *reglas-resultados de las ponderaciones* divergentes de las *reglas-resultados de las ponderaciones existentes*. Así, un tratamiento igual irreflexivo de los casos lleva a evitar ejercer la consideración de *diferencias relevantes* entre las circunstancias de los casos. La búsqueda de una previsibilidad de las decisiones irreflexiva tiende hacia una aplicación automática de las *reglas-*

⁴⁸ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 507; pero bajo la advertencia, de que quien aplica el derecho no puede neutralizar su responsabilidad ocultándose detrás de la aplicación de una regla.

⁴⁹ Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, p. 127, párr. 299.

*resultados de las ponderaciones que con frecuencia podría llevar a resultados de colisiones entre principios sin una justificación iusfundamental suficiente.*⁵⁰

Por ello, es cierto que en la práctica existe el peligro de que una red se incruste en sí misma. Sin embargo, este problema no se le escapa a un modelo de la ponderación orientado por reglas. Esta suerte de "canonización" se trata de evitar a través del énfasis puesto en el carácter *prima facie* de la vinculación a las *reglas-resultados de las ponderaciones*, que contribuye a la "apertura", a la "historicidad", al "movimiento" de la red. Las razones son bien conocidas.

Por un lado, las reglas no alcanzan para registrar todas las características de un nuevo caso que puede justificar el apartamiento de la aplicación de la regla existente; además, las *reglas-resultados de las ponderaciones* pueden ser incorrectas desde el punto de vista iusfundamental. En este sentido, la pertenencia a una red no convierte automáticamente a la regla-resultado de la *ponderación* incorrecta, por problemas en su justificación, en una decisión con una correcta justificación iusfundamental.

Por el otro lado, la vinculación a las *reglas-resultados de las ponderaciones* puede ser interpretada como histórica o normativa. Una concepción histórica priorizaría la aplicación de la *regla-resultado de la ponderación* por ser parte de una práctica constitucional que, a su vez, posibilita continuidad. Para una concepción normativa esto no alcanza. La vinculación a la regla y, por ende, su aplicación, debe poder ser justificable a la luz de las similitudes relevantes de las circunstancias de la nueva colisión iusfundamental, lo cual supone interpretación y examen de la justificación de la *regla-resultado de la ponderación*. Esta concepción de la vinculación supera a la primera, pues promueve la aplicación crítica de la regla y concilia dos lados del discurso iusfundamen-

⁵⁰ Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., cap. 3; (versión en español, *El examen de proporcionalidad...*, cit., cap. 3, pp. 192-195); véase en materia de control de constitucionalidad de leyes penales y los cambios jurisprudenciales, Maxit, María Margarita, *El deber de reparar condenas ilegítimas. Los cambios de jurisprudencia y su impacto en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 85-97.

tal: la justificación y la aplicación de la regla-resultado de la ponderación.⁵¹

En pocas palabras: por un lado, un modelo de la *ponderación iusfundamental orientado por reglas* requiere de la reconstrucción de una *red de reglas-resultado de la ponderación* con una vinculación *prima facie*. En este sentido, la ponderación iusfundamental en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto supone una suerte de racionalidad en cadena de sus decisiones a fuerza de reconstrucción, interpretación, aplicación y justificación, lo que aleja el modelo de uno de “mera ponderación” y disminuye considerablemente la posible arbitrariedad del operador jurídico. Por el otro lado, si la aplicación de una regla-resultado de la ponderación puede ser justificada y sirve para la solución de la tensión entre principios —y a los efectos de determinar si la restricción al derecho logra ser justificada por la importancia y peso de los argumentos que hablan a favor de otros principios—, entonces no hay ponderación. De lo contrario, hay que ponderar.

Sin embargo, es posible afirmar que, a pesar de todo, la red no es inútil en estos supuestos. En este sentido, se puede hablar de una *red de puntos de vista que surgen de las razones de las reglas de los resultados de las sentencias y que sirven para la determinación de la importancia de la realización, de la intensidad de la restricción y del peso de los derechos fundamentales* —segundo pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas—.⁵² Por ejemplo, en relación con una ponderación entre la libertad de expresión de una opinión en el ámbito público y la protección del honor personal, se sostiene que: “El resultado de la ponderación no se puede anticipar de forma general y abstracta a causa de su

⁵¹ Por último, puede ocurrir, que el operador jurídico se decida por la aplicación automática e irreflexiva de las *reglas-resultados de las ponderaciones*. Esta objeción no se dirige contra una característica específica del modelo de la ponderación, sino contra cualquier modelo que implique aplicación de reglas y precedentes. Por lo demás, aquí cobra especial importancia la dogmática iusfundamental, pues de ella no solo se espera un trabajo de sistematización de las decisiones iusfundamentales, sino de crítica de su justificación, lo que ayudaría a debilitar el intento de petrificación de la red.

⁵² Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit...*, cit., cap. 3.

conexión con el caso. Sin embargo, han sido desarrollados en la jurisprudencia una serie de puntos de vista que suministran criterios para la ponderación concreta".⁵³ A su vez, el análisis, por vía de ejemplo, del control de la justificación a la limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión, habla a favor de que el resultado de la ponderación es poroso a la aplicación de criterios independientes de la ponderación que se hace en el caso concreto. Si bien estos criterios y su formulación y justificación suponen valoraciones, esto implica para el modelo de la ponderación orientado por reglas, la adquisición de un mayor grado de racionalidad. Estos criterios son preexistentes e independientes de la ponderación que se realiza para la solución del caso concreto. Es decir, no se originan con posterioridad a la ponderación, por lo que no se podría predicar que son meras construcciones *ad-hoc* del que pondera. Estos criterios pretenden determinar y, en este sentido, limitar la ponderación en el marco de una práctica constitucional estable. Así, el resultado de la ponderación puede determinarse a través de criterios preexistentes sobre grado de realización, grado de restricción, importancia de la restricción, peso y valor de realización; y esto ocurre, en parte, a través de la comparación de casos. Mediante las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye con el correr del tiempo una *red de puntos de vista concretos y reglas* —que, sin embargo, debe permanecer abierta— para la aplicación del respectivo derecho fundamental.

En suma, en el modelo de la ponderación orientado por reglas que surge de una reconstrucción posible de la interpretación de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy, los casos precedentes —como casos genéricos— pueden evitar la ponderación para la solución de la colisión de derechos sujetos a solución. Si un caso precedente no es relevante para la solución de la colisión, igualmente las cadenas de casos juegan un papel importante para la determinación de la intensidad de la restricción y del peso de los derechos en colisión. Veamos ahora la posición de Moreso, que a mi entender, presenta similitudes con la parte de la teoría de la ponderación de Alexy que supone la aplicación de casos.

⁵³ TCFA, BVerfGE 93, 266 (293), sentencia "Los soldados son asesinos".

7.4. EL MODELO DE MORESO

Moreso propone la solución de colisiones de derechos a través de un modelo intermedio entre una “concepción subsuntiva” y una “concepción particularista”. Su propuesta sería supuestamente “superadora” de la propuesta de Alexy. Sin embargo, la propuesta de Moreso presenta más parecidos de familia que diferencias con *parte* del modelo de la ponderación de Alexy, claro está, incluyendo la porción en la que este último autor se refiere a las reglas de precedencia que surgen de las soluciones de anteriores conflictos de derechos y a la red de esos resultados.

Para entender la posición de Moreso, es preciso ubicarla entre dos modelos que él niega que sean candidatos plausibles para la reconstrucción de las formas de aplicación de normas de derechos fundamentales. Esos dos modelos son el subsuntivo y el particularista. Su propuesta se ubicaría entre estos dos modelos que representan los extremos opuestos de la paleta de posibilidades. En una nueva versión de su artículo ubica al modelo de Alexy, que llama enfoque “proporcionalista”,⁵⁴ como un modelo intermedio, antes lo clasificaba como una concepción particularista.⁵⁵

La concepción subsuntiva es ya ampliamente conocida, como así también sus limitaciones para resolver colisiones entre derechos fundamentales. Se trata de subsumir el caso particular en una pauta general. La tarea del intérprete consistiría en una suerte de armado de un mosaico. Cada pieza del mosaico estaría constituida por una norma de derecho fundamental cuyo contorno es importante porque trazaría el alcance de los comportamientos incluidos en esas normas. Una vez realizada la tarea de limar los contornos de todas las normas de derechos fundamentales, quedaría armado el mosaico, cada pieza con su respectivo contenido y, a su vez, las normas ya no estarían más en colisión. Los derechos fundamentales quedarían adecuadamente delimi-

⁵⁴ Moreso, Josep Joan, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, sep-oct, 2010, pp. 821-832, 824.

⁵⁵ Moreso, Josep Joan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en *Revista Direito GV*, jul-dic, 2006, pp. 13-30, 18.

tados —especie de teoría interna—. ⁵⁶ Sin embargo, esta forma no ha sido realizada en su forma “pura”, según Alexy. ⁵⁷ Como bien se pregunta Moreso en términos críticos: “¿cómo es posible realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí?” ⁵⁸

Por el contrario, aflora como posible respuesta a las limitaciones de la posición subsuntiva la posición particularista, para la cual la corrección de una acción no depende de que el caso caiga bajo el supuesto de una pauta general. Para los particularistas, la relevancia de las propiedades depende siempre de las circunstancias del caso concreto. Si una circunstancia fue tomada como relevante para la solución de un problema normativo, esto no asegura que lo será necesariamente para la solución de problemas futuros semejantes, todo depende del contexto. Moreso se refiere al caso del niño Marcos, que profesa la religión de los Testigos de Jehová y que se encuentra en grave estado de salud y requiere ser transfundido. Los padres tienen la obligación de hacer todo lo posible para salvar la vida de su niño, y si no lo hicieran, su conducta sería jurídicamente reprochable. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español argumenta *en el contexto del caso de Marcos*, que el hecho de que los padres no quisieran convencer al niño para ser sometido a la transfusión de sangre no es punible, porque se trata de un supuesto del ejercicio de la libertad de religión. Y como los contextos son muy diversos, sostienen los particularistas, no sería posible “atrapar” un principio

⁵⁶ Sobre una explicación detallada y crítica de las teorías internas de los derechos fundamentales, véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*, pp. 442-486.

⁵⁷ Alexy, Robert, “Die Konstruktion der Grundrechte”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan (ed.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, 2009, pp. 9-19 (versión en español en Clérico, Laura, Sieckmann, Jan y Oliver Lalana, Daniel (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, trad. de Laura Clérico y Jan Sieckmann, Granada, Comares, 2011, pp. 1-14).

⁵⁸ Moreso, Josep, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales...”, *cit.*, p. 18.

válido en todos los contextos de manera invariable.⁵⁹ La crítica a esta posición —y más allá de la resolución del caso del niño Marcos—, viene más que nada desde la perspectiva de los destinatarios de los derechos fundamentales —tanto sujetos titulares como obligados—. Los destinatarios quedarían al arbitrio de los aplicadores, porque cualquier contexto se presentaría como lo suficientemente resbaladizo para ser encastrado en la ilusión del mosaico de los defensores del modelo subsuntivo.

Todo lo anterior lleva a pensar en opciones intermedias, entre ellas la de Alexy y la de Moreso. La característica de estos enfoques —más allá de las diferencias— sería que los principios colisionantes mantienen su fuerza, su validez, a pesar de que uno salga vencedor y el otro vencido, se trata solo de la reducción del alcance del vencido en esa colisión, aunque lo mantenga para otras. Veamos el procedimiento sugerido por Moreso y consistente en los siguientes cinco pasos:

- a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso;
- b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a);
- c) la consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles;
- d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo, y
- e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso.

a) La delimitación del problema normativo que presenta el caso y que tiene la función de hacer el caso “manejable”. Se trata de lo que Alchourrón y Bulygin identifican como *universo del discurso*. Por ejemplo, en el caso de la colisión de la libertad de expresión de un periodista con el derecho a la honra de un funcionario público que se siente afectado por los dichos del primero, preocuparía saber en qué circunstancias al periodista le está per-

⁵⁹ Moreso, Josep, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos...”, *cit.*, p. 823; *cfr.* Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, *cit.*, p. 178.

mitido publicar su investigación, que afecta a otra persona, sin ser sancionado y cuándo puede ser pasible de sanción. Interesaría saber si esa acción está permitida o no, el estatus deóntico de la acción. Esta acción puede realizarse dentro de un conjunto de situaciones. Esto es el universo del discurso. Las circunstancias de universo del discurso comparten una cierta propiedad que es la definitoria del universo del discurso. No se trata de todas las acciones posibles, sino de las que comparten la propiedad común de ese universo; por ejemplo, en el caso del periodista, el universo del discurso podría ser: acciones de opinión o acciones de información en medios gráficos sobre asuntos que afectan a las personas. Se refiere a la determinación del conjunto de acciones humanas relevantes para la solución de la colisión de derechos y referida a la pregunta acerca de la prohibición, la permisión o la obligatoriedad de la acción.⁶⁰ En el modelo de la ponderación orientado por reglas arriba ensayado, la delimitación del problema se encuentra en el inicio del procedimiento argumentativo y se podría enriquecer utilizando los conceptos desarrollados por Alchourrón y Bulygin. En todo caso, este paso no parece ser algo distintivo de la propuesta de Moreso.⁶¹

b) La identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a). Se trataría de la identificación de las normas aplicables para la resolución de la colisión de derechos. Moreso explica este apartado con el ejemplo del fallo *Titanic* del Tribunal Constitucional Federal alemán⁶² utilizado en reiteradas oportunidades por Alexy. Moreso afirma

⁶⁰ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales...*, cit., p. 32.

⁶¹ Véase, sin embargo, Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, cit., p. 206; véase una posición similar a la de Moreso en Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego. Conflictos y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.

⁶² La revista satírica *Titanic* llamó "asesino nato" y "tullido" a un oficial de la reserva parapléjico, que a pesar de su discapacidad logró que lo convocaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. Un tribunal alemán condenó a la revista *Titanic* a pagar al oficial de reserva. La revista *Titanic* interpuso un amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación entre la libertad de expresión y la protección a la personalidad. TCFA, BVerfGE 86, 1 (11).

que “obviamente” son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el que protege el honor de las personas. En nuestro esquema, este sería el paso de delimitación del conflicto entre principios, que por supuesto requiere identificar las normas aplicables. Por ejemplo, los principios colisionantes son la libertad de expresión y el derecho a la honra. En este sentido, la propuesta de Moreso no se distingue de la de Alexy.

c) La consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles. Las admisibles serían solo aquellas que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente. En el problema normativo delimitado en el caso del periodista que publicó su opinión crítica sobre la forma en que un juez llevó una causa sobre una matanza durante una dictadura militar, se podrían considerar como casos paradigmáticos los siguientes:

- publicar *opinión* sobre la base de una investigación acerca de la tramitación de una causa en la que se investigaban hechos ocurridos durante la última dictadura militar —en Argentina— respecto de “temas de notorio interés público”, es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de expresión desplaza al derecho al honor de un funcionario público;
- publicar *información* verdadera sobre la tramitación de una causa respecto de temas de notorio interés público, aunque afecte el honor del juez de la causa, es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de expresión desplaza al derecho al honor;
- publicar *información* falsa sobre la tramitación de una causa respecto de temas de notorio interés público, habiendo sido diligentemente contrastada y sin la intención de dañar al afectado sobre la tramitación de una causa sobre temas de notorio interés público es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de expresión desplaza al derecho a la honra, y
- publicar *información* falsa a sabiendas de su falsedad y con la intención de dañar al afectado es un ejemplo de

un supuesto en el cual el derecho al honor desplaza a la libertad de opinión.

La idea de “casos paradigmáticos” puede ser pensada en el marco de una red de reglas-resultados de las sentencias como anteriormente se reconstruyó en el modelo de la ponderación orientado por reglas.⁶³ En este sentido, las propuestas de Moreso y Alexy se acercan.

d) La determinación de las propiedades relevantes del problema normativo; según Moreso, esta haría posible la determinación de las soluciones normativas. A renglón seguido, afirma que son claramente relevantes: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea verdadera, o si falsa, diligentemente contrastada, y que la noticia no sea injuriosa. Ahora bien, la determinación de la relevancia implica argumentación. Moreso, sin aportar una justificación, habla de “claramente” relevantes, y lo son, porque ya hay una historia de casos decididos por diversos tribunales en los que se aplicó con matices la teoría de la real malicia construida a partir del caso *New York Times vs. Sullivan*. Con todo, los problemas de relevancia —en tren de juego de similitudes y diferencias— no son ajenos al modelo anteriormente ensayado. Nuevamente, el modelo de Moreso y el reconstruido a partir de Alexy se acercan.

e) La formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Aquí se trata de la reconstrucción de la regla bajo la cual se pueda subsumir el caso sujeto a resolución y todos los otros casos pertenecientes al mismo universo de casos. Por ejemplo, en relación con el fallo *Titanic*, propone dos reglas:

- R1: las informaciones de relevancia pública veraces —verdaderas, o si falsas, diligentemente contrastadas— y no injuriosas están permitidas, y
- R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado.

⁶³ Como acertadamente señala Lopera Mesa, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 141-143.

Esta última etapa argumentativa —más allá del contenido de las reglas que el autor propone que podrían ser discutibles—, coincidiría, según entiendo, con la formulación de la regla-resultado de la sentencia y con el mandato de resolver casos similares —es decir, los pertenecientes al universo del discurso— con las mismas reglas. Nuevamente, esto acerca a los modelos y no los aleja.

Sin embargo, no parece ser esta la interpretación de Moreso, veamos:

Estas cinco etapas constituyen un modo de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten otorgar coherencia a la función judicial, aunque reducen el alcance de los principios. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso. Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

¿Es el esquema de Moreso ponderación? ¿O acaso se trata de subsunción con comparación de casos? Esta última parece ser la respuesta más plausible, ya que no hay ponderación propiamente dicha en el sentido usado por Alexy. Nos encontramos en las etapas del proceso de argumentación iusfundamental en el que se trata de evitar la ponderación a través de la resolución por reglas-resultados de sentencias anteriores que constituyen una red de casos. Esto está presente en el modelo de Alexy, aunque no se le haya prestado la debida atención —tal vez porque no fue esta la parte de su modelo más atacada, sino que la que recibiera más críticas fue la ponderación propiamente dicha—. Así, el modelo de Moreso no suplanta a la ponderación propiamente dicha cuando no es posible resolver el conflicto de derechos a través de precedentes reales o imaginarios.⁶⁴

⁶⁴ Por eso, no resulta claro cuando el autor sostiene que cree que sería “mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso

Sin embargo, el autor insiste en sostener diferencias que se desvanecen a poco de ser analizadas. Por ejemplo, en el modelo de Alexy, una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. Por el contrario, su propuesta no estaría vinculada con este tipo de particularismo, "en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados". Sin embargo, no se entiende bien cuando con anterioridad sostiene que un caso del universo del discurso puede ser solucionado de otra manera si se demuestra "una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso". En ambos modelos la generalidad es limitada,⁶⁵ aunque el apartamiento requiera justificación.

En todo caso, la propuesta de Moreso *enriquece* una parte del modelo de la ponderación orientado por reglas.⁶⁶ En esta parte, ambos modelos se mueven en el ámbito de la subsunción, de la comparación de casos, de la analogía y de la limitada generalidad.

previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios —pautas con las condiciones de aplicación abiertas—, a reglas —pautas con las condiciones de aplicación clausuradas— con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado". Moreso, Josep, "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos...", *cit.*, p. 826; en todo caso véase Alexy, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, pp. 433-449 y Stück, H., "Subsumtion und Abwägung", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 84, 1998, pp. 405-419.

⁶⁵ Véase Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, *cit.*, pp. 215, 178; *cfr.* Celano, Bruno, "Pluralismo ético, particularismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triádico", en *Ragion pratica*, núm. 13, 2006, pp. 133-50.

⁶⁶ Incluso este punto puede ser complementado por los desarrollos de Martínez Zorrilla sobre casos paradigmáticos en relación con la propuesta de Susan Hurley, véase Martínez Zorrilla, David, "Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...", *cit.*, p. 252; Martínez Zorrilla, David, "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 29, núm. 86, 2009, pp. 119-144; Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 161, 171.

Ahora bien, en lo que creo que los modelos difieren es en el más allá de la resolución de conflictos de derechos fundamentales a través de casos paradigmáticos o en nuestra propuesta de casos relevantes que conforman la red de reglas-resultados de las sentencias. Moreso respondería que toda solución de conflictos entre derechos fundamentales puede ser reconstruida a través de su propuesta. Sin embargo, existen casos en donde poco se ha discutido sobre la “relevancia” de las propiedades, no todos los casos son como el *Titanic* del Tribunal Constitucional Alemán u otros casos que en más o en menos se asemejan a la doctrina del caso *New York Times vs. Sullivan* —con sus miles de matices—.

Moreso se permite en su artículo algunas apelaciones de aceptabilidad de la plausibilidad de las premisas que sostiene, pero que no justifica. Suele decir, respecto de la relevancia de las propiedades, que “son claramente relevantes las siguientes [...]” y las enumera, pero no justifica su relevancia. Luego, cuando reconstruye las reglas, afirma que: “R1 y R2 sostienen una regla, me parece que indiscutida”; “también indiscutida”. El hecho de que aceptemos esos giros es porque los casos paradigmáticos de trasfondo son muy conocidos. Sin embargo, frente a otros casos no estaríamos tan dispuestos a aceptar la justificación de lo que sostiene, por ser los casos novedosos, trágicos o sumamente difíciles. En esos casos, la ponderación propiamente dicha parece ser —por ahora— inevitable.⁶⁷

7.5. CONSIDERACIONES FINALES

El modelo de la ponderación se presenta así como un modelo de la ponderación orientado por reglas en comparación con un “mero modelo de la ponderación” fuertemente abocado al particularismo. Para este último, los *resultados de la ponderación como reglas* no son de ninguna importancia; para el primero, sin embargo, juegan un papel fundamental. Primero, posibilitan la aplicabilidad del resultado de la ponderación a la resolución de colisiones de derechos similares. Segundo, no toda nueva colisión requiere así de una ponderación. Esto sería redundante si las condiciones

⁶⁷ Véanse los pasos cuatro a siete del apartado 7.2.3. de este capítulo.

de un resultado de una ponderación se dan en el nuevo caso; en tanto se pueda subsumir el caso nuevo bajo el antecedente de un resultado-regla de una ponderación, entonces, y en principio, no se pondera en concreto. Tercero, se puede hablar de un aumento de la racionalidad del modelo de la ponderación en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que la justificación de determinaciones sobre la intensidad de la restricción y el peso de los principios pueda realizarse a través de criterios generales y de la aplicación de los correspondientes puntos de vista, *independientes del juicio de la ponderación que pretende solucionar la colisión en el caso concreto*. Sin embargo, se ha fundamentado en este trabajo que el *peso concreto de los principios no puede ser dejado de lado*. En este sentido, la determinación abstracta del peso de los principios vale en principio. En algunas circunstancias, puede no coincidir el peso abstracto con el peso concreto de un principio y llevar a la determinación de otra relación de prioridad condicionada. En estos casos, el peso concreto del principio hace las veces de argumento en contra de la relación de prioridad, que resulta de la determinación abstracta del peso de los principios.

El *modelo de la ponderación orientado por reglas* presenta una *solución intermedia* entre dos modelos extremos: por un lado, el modelo en el que no se construye regla alguna a causa de una ponderación; por el otro lado, un "*modelo que no admite ponderación alguna*", extremadamente generalista.⁶⁸ Ninguna de las dos posiciones extremas logra una reconstrucción convincente de la práctica constitucional. La primera, porque implica admitir una práctica que empieza con cada ponderación. La segunda no resulta convincente, a causa de la indeterminación de las normas iusfundamentales.⁶⁹

⁶⁸ Sobre ponderación *ad hoc* y ponderación definicional véase Aleinikoff, T. Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", en *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, 1987, p. 943; además, sobre la ponderación racionalmente justificada, véase Maniaci, Giorgio, "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy", en *Isonomía*, núm. 20, 2004; Maniaci, Giorgio, "Bilanciamento tra principi e argomentazione razionale. Una replica alle obiezioni di Giulio Itzcovich", disponible en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-3/contributi/contributi-set.htm

⁶⁹ Véase Alexy, Robert, *Die Konstruktion der Grundrechte*, ... cit. pp. 1-14.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Afonso da Silva, Virgílio, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 1, 2011.
- , *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, 2003.
- , “O proporcional e o razoável”, en *Revista dos Tribunais*, núm. 798, abr, 2002.
- Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- Aldao, Martín, “La ponderación en el Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- ; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity”, en Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela, *Constitutionalism in Latin America*, Oxford, OUP, 2017.
- y Clérico, Laura, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la pers-

- pectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (eds.), *Los derechos sociales en el área metropolitana de Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, EUDEBA, 2013.
- ; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “Crónica de una ley anunciada: el principio de autonomía en los casos sobre negativa a recibir tratamientos médicos”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.
- Alexy, Robert, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie*, núm. 100, 2005.
- , “Die Abwägung in der Rechtsanwendung”, en *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität*, núm. 17, 2001.
- , “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, J.; Kreutz P. y Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003.
- , “Die Konstruktion der Grundrechte”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, 2009 (versión en español, “La construcción de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver Lalana, Daniel (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, trad. de Laura Clérico y Jan Sieckmann, Granada, Comares, 2011). [Publicado anteriormente como: Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010].
- , “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, Madrid, 2002.
- y Dreier, Ralf, “Precedent in the Federal Republic of Germany”, en McCormick, N. y Summers, B., (comps.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997.
- , “Grundrechte und Verhältnismäßigkeit”, en Schliesky, U.; Ernst, C. y Schulz, S. E. (eds.), *Die Freiheit des Menschen in*

- Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg, 2011 (versión en español de Jorge A. Portocarrero Quispe como: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011).
- , “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, núm. 16, 2003.
- , “R. M. Hares Regeln des moralischen Argumentierens und L. Nelsons Abwägungsgesetz”, en Schröder, P. (ed.), *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium aus Anlaß des 50. Todestages von Leonard Nelson*, Hamburgo, 1979.
- , “Two or Three?”, en *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie*, núm. 119, 2010.
- , “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, en Sieckmann, Jan (comp.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, 2007 (versión en español de Daniel Oliver Lalana en Sieckmann, Jan, *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011).
- , *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995.
- , *Theorie der juristischen Argumentation*, 3ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996 (versión en español realizada por M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989).
- , *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Fráncfurt del Meno, 1992 (versión en español, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007).
- Álvarez, Silvina, “Dilemas constitucionales, conflictos morales y soluciones jurídicas”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Añón Roig, María José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 57, 2016.

- Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en español, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005).
- , “El valor de la coherencia y el precedente constitucional”, en Zuluaga, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Colombia, Universidad Javeriana, 2004.
- , “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- , *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, IECEQ, 2016.
- y Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales*, Bogotá, CIJUS-Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002.
- Arcidiácono, Pilar *et al.*, “Déficit habitacional y desalojos forzados en la Ciudad de Buenos Aires: apuntes sobre una política de expulsión y desresponsabilización”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2009*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores, 2009.
- Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- Bäcker, C., *Begründen und Entscheiden*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- Barak, Aharon, *Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Barbosa de Oliveira, Flávio Beicker, *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justificabilidade dos deveres de proteção*, São Paulo, Faculdade de Direito-University de São Paulo, 2013.
- Bazán, Víctor, “Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”, en *La Ley*, 2009-E.
- Beade, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en Beade, Gustavo y Cléri-

- co, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016. CECOCH-Universidad de Talca, Chile (SCIELO).
- ; Freedman, Diego y Deymonnaz, María Virginia, “La protección del derecho a la salud de niños y niñas”, en Clérico, Laura; Roncoroni, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.
- Bergmann Ávila, Humberto, *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006 [en inglés, Bergmann Ávila, Humberto, *Theory of Legal Principles*, Berlín, Springer, 2007].
- Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- , “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, núm. 26, 2003.
- , “Precedents and Balancing”, en Bernal Pulido, Carlos y Bustamante, Thomas (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012.
- , “The Rationality of Balancing”, en *Archiv für Rechts- and Sozialphilosophie*, núm. 92, 2006.
- , *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.
- Bilchitz, David, “Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach”, en Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel, *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart P., 2014.
- Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia, *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- Böhmer, Martin, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de auto-

- ridad democrática y constitucional”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- Bomhoff, Jacco, “Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 2, 2008.
- Borowski, Martin, “Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, en: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung”, en Klatt, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, 2013.
- , “On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen”, en *German Law Journal*, vol. 14, núm. 8, 2013.
- , *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1998.
- Boulin Victoria, Ignacio A. y Bertelsen Simonetti, Soledad, “Interpretación constitucional para una sociedad en conflicto”, en *La Ley Online*, disponible en www.slg.la/wp-content/uploads/sociedad.pdf
- Brozek, Bartosz, “Analogy in Legal Discourse”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 94, 2008.
- Burgourgue Larsen, Laurence, “Interpreting the European Convention”, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 5, núm. 1, 2012.
- Bustamante, Thomas, “Finding Analogies between Cases: On Robert Alexy’s Third Basic Operation in the Application of Law”, 2012, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017469
- , “Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies Between Cases”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 119, 2010.
- , *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Lima, Legales Instituto, 2016.
- Calliess, Christian, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis”, en *JZ*, 2006.
- Caramelo Díaz, Gustavo D., El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina, SJA-2012/08/01-44.

- Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 34, 2004.
- y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Cardinaux, Nancy; Vita, Leticia; Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2012.
- Cayuso, Susana G., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, en *JA* 10/9/2008.
- , “El control de razonabilidad. Pautas de revisión”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 57, 1992, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Celano, Bruno, “Pluralismo ético, particularismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triádico”, en *Ragion Pratica*, núm. 13, 2006.
- Cianciardo, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en *La Ley*, 2009-B.
- , *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- , *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno principio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- Clérico, Laura, “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica de Palermo*, año 11, núm. 1, oct, 2010, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a11n1.html
- , “Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2009 (versión en español: “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver

- Lalana, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011 [reeditado en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; y una primera versión breve fue publicada en Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 25 ago 2010].
- , “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. Rodríguez, Comunidad toba del Chaco y la sombra de Ramos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 7 nov 2007.
- , “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>
- , “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan y Clérico, Laura, *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2011. [reeditado en *Revista de Estado Constitucional*, núm. 3, 2011, Lima, Perú].
- , “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en *La Corte y los derechos 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.
- , “Sobre «casos» y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, núm. 37, oct, 2012, México, ITAM.
- , *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en español, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009).
- ; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el

- Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, disponible en www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a06v9n1.pdf
- y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, jul, 2011, Facultad de Derecho-Universidad de Talca, Chile, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>
- Conesa, Luisa, “The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples”, *Cornell Law School*, LL.M. Paper, series 13, 2008, disponible en https://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/13
- Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Cremer, Wolfram, “Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutz-pflicht,” en *DÖV*, 2008, p. 107.
- Cheng-Yi, Huang y Law, David, “Proportionality Review of Administrative Action in Japan, Korea, Taiwan and China”, en Bignami, Francesca y Zaring, David (eds.), *Research Handbook in Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar, 2015.
- Dechsling, R., *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Múnich, 1989.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, 2015.
- y Lukashevich, Vasily, “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30, núm. 3, 2012.
- Falcón, Juan Pablo, “El examen de proporcionalidad por acción insuficiente”, en *áDA Ciudad*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo, núm. 5, 2013, Buenos Aires.
- Fama, Victoria y Fortuna, Sebastián, “Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potes-

tad del Estado, la autonomía familiar y los derechos del niño”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013, t. I.

Fazio, Federico de, *Teoría jurídica de los derechos sociales*, Buenos Aires, 2017.

—, “Sistemas normativos y conflictos constitucionales: ¿es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?”, en *Isonomía*, núm. 40, 2014.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

Filippini, Leonardo G., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 1, 2007, Buenos Aires.

— y Rossi, Julieta, “El derecho internacional en la justicia-bilidad de los DESC en Latinoamérica”, en Acidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.

Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid-Coruña, Morata-Padeia, 2006.

García Jaramillo, Leonardo, “Subreglas jurisprudenciales de contención a las mayorías parlamentarias”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Grijley, 2014.

—, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*, IECEQ, 2016.

Gargarella, Roberto, “Después del diluvio. El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997)”, en *Desarrollo Económico*, vol. 38, núm. 149, abr-jun, 1998.

- y Maurino, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, EUDEBA-Ministerio Público Tutelar, 2011.
- Gelli, María Angélica, “Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)”, en *La Ley*, 19/10/2009.
- Góngora Mera, Manuel E., “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.
- González Magaña, Ignacio y Medina, Graciela, “Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2012-IV, 28 de noviembre de 2012.
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992 (versión en español, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998).
- Helfer, Laurence R. y Voeten, Erik, “International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe”, en *Internatinal Orgization*, vol. 68, núm. 1, 2014.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995.
- Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnimässigkeit*, Göttingen, 1981.
- Ingo, Wolfgang, Zockun, Sarlet y Zancaner, Carolina, “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, núm. 2, may-ago, 2016, Curitiba.
- Jansen, N., “Die Abwägung von Grundrechten”, en *Der Staat*, núm. 36, 1997.

- Klatt, M., “Positive rights: Who decides? Judicial review in balance”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 13, 2015.
- y Schmidt, J., “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, 2012.
- y Meister M., “Proportionality —A Benefit to Human Rights? Remarks on the I·CON Controversy”, en *International Journal Constitutional Law*, núm. 10, 2012.
- y Schmidt J., *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tubinga, Mohr, 2010.
- Kleiber, Martin, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014.
- Krennerich, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/Ts, Wochenschau Verlag, 2013.
- Kyritsis, Dimitrios, “Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, núm. 2, 13 ene 2014.
- Larriguét, Guillermo, “Dos concepciones de los dilemas constitucionales. Comentarios a algunas tesis de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguét, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Law, David, “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, en *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper*, núm. 14-03-02, 2014.
- Leisner, W., “«Abwägung überall» —Gefähr für den Rechtsstaat”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997.
- León Florián, Felipe Johan, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares”, en *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, núm. 18, 2013, PUCP.
- Letsas, George, “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G. et al. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

- , *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 2009.
- Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970.
- Londras, Fiona de y Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Grand Chamber of the European Court of Human Rights, A, B and C v Ireland, Decision of 17 December 2010”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 1, 2013.
- y Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, núm. 15, 2015.
- Lopera Mesa, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2005.
- López Sterup, Henrik, “Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistémicas”, en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Luque, Pau, “La concepción irenista de la Constitución”, en *Isonomía*, núm. 38, 2013, México, ITAM.
- Maniaci, Giorgio, “Algunas notas sobre coherencia y balance en la Teoría de Robert Alexy”, en *Isonomía*, núm. 20, 2004.
- , “Bilanciamento tra principi e argomentazione razionale. Una replica alle obiezioni di Giulio Itzcovich”, disponible en http://www.dirittoequationipubbliche.org/D_Q-3/contributi/contributi-set.htm
- Martínez Soria, José, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, en *JZ*, núm. 13, 2005.
- Martínez Zorrilla, Daniel, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- , “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 29, núm. 86, 2009.
- , “Dilemas constitucionales y ponderación. Algunos comentarios sobre la obra de Lorenzo Zucca”, en Zucca, Lorenzo;

- Álvarez, Silvina; Larigué, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- , *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- Martínez-Pujalte, Antonio Luis y Domingo, Tomás de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional-Teoría general e implicaciones prácticas*, Lima, Palestra, 2010.
- Matricardi, Luís Fernando, *A Proibição de Insuficiência e o STF: O Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal*, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009.
- Maurino, Gustavo, “El artículo 28. En una república basada en razones”, en Gargarella, Roberto, *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- Maxit, María Margarita, *El deber de reparar condenas ilegítimas. Los cambios de jurisprudencia y su impacto en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Miller, Jonathan M., “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7, 2000.
- Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2012.
- Moreso, Josep Joan, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, sep-oct, 2010, CSIC.
- , “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en *Revista Direito GV*, núm. 18, juldic, 2006.
- , “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism”, en *Ratio Juris*, vol. 25, núm. 1, mar, 2012.
- Moro, Guillermo, “No regresividad y luchas por el sentido en el campo jurídico: el caso de los derechos sociales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 28 de diciembre de 2011.

- Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, núm. 19, 2008.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, CECOCH-Universidad de Talca, Chile.
- Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Buenos Aires, 2012.
- O’Cinneide, Colm, “The Problematic of Social Rights –Uniformity and Diversity in the Development of Social Rights Review”, en Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart, 2014.
- Oliver Lalana, Daniel, “Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes”, en Cardinaux, Nancy; Clérico, Laura y D’Auria, Aníbal (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA, 2006.
- Orunesu, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Orlando, Federico, “Los argumentos de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (Rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente)”, en *áDA Ciudad*, núm. 5, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.
- Ossenbühl, Fritz, “Abwägung im Verfassungsrecht”, en *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995.
- Parra Vera, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

- , “The protection of social rights”, en Gonzalez-Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Ashgate, 2016.
- Pautassi, Laura; Balardini, Lorena y Royo, Laura, “Derechos en la mira. Indicadores de medición en salud y vivienda”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Salud: sobre (des)igualdades y derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Piovesan, Flávia, “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo e interamericano”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia, *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- Plagemann, Hermann y Radtke-Schwenzer, Kerstin, “Grundrecht auf Gesundheit. Der Nikolaus-Beschluss des BVerfG und seine Folgen”, en *ZAP Fach*, núm 18.
- Pou Giménez, Francisca, “Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 140, 2014.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Pucciarello, Mariana, “El derecho a la vivienda en la CABA (abordándolo desde su aspecto histórico-político, normativo y jurisprudencial)”, en *Revista sobre el Derecho a la Vivienda en Argentina y Francia*, 2016, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires.
- , “Subsidios habitacionales y desempleo: la jurisprudencia que retorna al pasado”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2016, Buenos Aires.
- , “Derecho a la salud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Clérico, Laura; Aldao, Martín y Ronconi, Liliana (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

- Puga, Maricela y Lanusse, Máximo, “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras «otras» preguntas”, en *Revista de la Universidad de Palermo*, 2009, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica07.pdf
- Raabe, M., “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum”, en Grabenwarter, C. *et al.* (eds.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart, Boorberg, 1994.
- , *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, 1998.
- Repetto, G., “El argumento comparado en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, 2013.
- Rey, S., “El caso «Viceconte»: reflexiones a diez años de un amparo paradigmático en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. I, núm. 5, 2009.
- Ronconi, Liliana, “¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de fertilización asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2010.
- , “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud colectiva*, vol. 8, núm. 2, may-ago, 2012.
- , “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en Clérico, Laura; Liliana Ronconi y Aldao, Martín (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.
- Rosenkrantz, Carlos, “Against Borrowings and Other Non authoritative Uses of Foreign Law”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, 2003.

- Ruiz Manero, Juan, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas»”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012.
- , “Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica: (en torno a algunos trabajos de A. Aarnio)”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1985.
- Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Saggese, Roberto, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010.
- Samuels, Harriet, “Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle”, en *Feminist Legal Studies*, núm. 21, 2013.
- Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, 2012.
- Sapag, Mariano A., “Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, 27/7/2011.
- Sartor, Giovanni, “Defeasibility in legal reasoning”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Battista Ratti, Giovanni (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, OUP, 2012.
- Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law”, en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2011.
- Saux, Edgardo, “Conflicto entre derechos fundamentales”, en *La Ley*, 2004-B-1071.
- Schauer, F., “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutio-

- nal Architecture”, en Nolte, Georg (ed.), *European and US Constitutionalism*, núm. 49, 2005.
- , “Proportionality and the Question of Weight”, en Huscroft, G.; Miller, B.W. y Webber, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Schlink, B., “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en Badura, P. y Dreier H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr, 2001, t. 2.
- , *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, 1976.
- Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión «progresivamente»”, en Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Serna, Pedro y Toller, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- Sieckmann, Jan, “Abwägung von Rechten”, en *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, núm. 81, 1995.
- , “Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen”, en *DVBl*, 1997.
- , “Concepciones de la ponderación: optimización y la «fórmula del peso» de Robert Alexy”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- , “Das System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen”, en Mellinghoff, R. y Trute, H. H. (eds.), *Die Leistungsfähigkeit des Rechts*, Heidelberg, 1988.
- , “Principios formales”, en Portocarrero Quispe, A. (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- , “Zur Begründung von Abwägungsurteilen”, en *Rechtstheorie*, núm. 26, 1995 (versión en español, “Sobre la fundamentación de juicios ponderativos”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006).

- , “Zur Struktur und Begründung von Abwägungsurteilen”, en *Rechtstheorie*, núm. 26, 1994 (versión en español, *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006).
- , *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- , *The logic of autonomy*, Hart Publishing, 2012.
- Siede, Liliana y Digilio, Patricia, “Organización de pacientes y búsqueda de justicia”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2005-IV.
- Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009.
- Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, mar, 2008.
- Stück, H., “Subsumtion und Abwägung”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 84, 1998.
- Suárez Franco, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009.
- Sündhofer, Beate, “Konventionskonformität des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit”, en *Austria Law Journal*, núm. 1, 2015.
- Teifke, N., *Das Prinzip Menschenwürde*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.
- Toller, Fernando M., “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y la posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en Gandra da Silva Martins, Ives (coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- , “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Ferrer Mc Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II.
- ; Fernández Santander, Adriel y D’Elía, Daniel, “Enfrentar o conjugar: las metodologías de análisis de la Corte Suprema y una nueva visita al problema de la vacunación obligatoria”, en *Jurisprudencia Argentina*, núm. 3, 2012.

- ; D'Elía, Daniel y Fernández Santander, Adriel, “Prevenir es curar. Pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del Estado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 13/4/2011.
- Treacy, Guillermo, “Igualdad”, en Sebastián Grosman, Lucas; Legarre, Santiago; Rivera, Julio César y Sebastián Elías, José (coord.), *Tratado de derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2014.
- Tsakyraakis, S., “Proportionality: An assault on human rights?”, en *International Journal Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3, 2010.
- Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.
- Vandenhoe, Wouter, “Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test”, en Brems, Eva, *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008.
- Vita, Leticia J., “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.
- Wildhaber, Luzius, Arnaldur Hjartarson y Stephen Donnelly. “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights’(2013)”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 33, núm. 7, 2013.
- Winkler, Inga y Mahler, Claudia, “Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?”, en *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2013.
- Yi, Zoonil, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Fráncfort del Meno, 1998.

Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en Zucca, Lorenzo; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

—; Álvarez, Silvina; Lariguet, Guillermo y Martínez Zorrilla, David (eds.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión
Miradas locales, interamericanas y comparadas

de Laura Clérico

se terminó de imprimir en septiembre de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos
FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución
FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

Entre la libertad y la igualdad
Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez
JORGE CERDIO,
PABLO DE LARRAÑAGA
PEDRO SALAZAR (COORDS.)

(En coedición con el Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM)

Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana

El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, MARIELA MORALES
ANTONIAZZI Y ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

Los derechos de los pueblos indígenas.
Una visión desde el sistema interamericano
de protección de los derechos humanos

KARLA QUINTANA
ROGELIO FLORES (COORDS.)

Individuo y política en El príncipe de Maquiavelo.
Naturaleza, formas y sujetos del poder

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR