

CAPÍTULO XVIII

HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN MODELO INTEGRADO DE PROPORCIONALIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Laura CLÉRICO

SUMARIO: I. *Introducción y planteo del problema.* II. *El examen de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el universo de casos estudiados y desechados.* III. *¿Proporcionalidad como confrontación o como integración? Una propuesta de reconstrucción descriptiva y normativa.* IV. *Comparación de casos.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL PROBLEMA

En los últimos diez años parece que la academia anglosajona (re)descubrió¹ el examen de proporcionalidad para la aplicación de los derechos y/o resolución de conflictos entre derechos² y, a su vez, como manifestación de la

¹ Parece más plausible la tesis del redescubrimiento ya que la ponderación había sido objeto de análisis crítico y exhaustivo con anterioridad y en el *common law* en, por ejemplo: Aleinkoff, A.: “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en 96 Yale L.J. 943, 1987 y Pildes, H.: “Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law”, en 45 Hastings L.J. 711, 1994; sobre similitudes y diferencias véase últimamente, Cohen-Eliya, M. y Porat, I.: “American balancing and German Proportionality: The historical origins”, 8 International Journal of Constitutional Law (ICON), 2010, p. 263; Grimm, D.: “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, en 57 Univ. Toronto L.J. 383, 387.

² Véase, Rivers, J.: “Proportionality and Variable Intensity of Review”, en 65 Cambridge L. J. 174, 177-182, 2006; Barak, A.: *The Judge in a Democracy*, Princeton/Oxford, 2006, pp. 166, 173; Gardbaum, S.: “A democratic Defense of Constitutional Balancing”, en *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010; Reaume, Denise G.: “Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality”, Oxford Legal Studies Research Paper N° 26/2009 August 2009; Tsakyrakis, S.: “Proportionality: An Assault on human rights?”, en

“internacionalización del derecho constitucional”³. Este (re)descubrimiento originó una cantidad considerable de trabajos a) de campo en los que se reflejan la frecuencia con que los tribunales locales e internacionales de derechos humanos echan mano de este examen; b) trabajos de derecho comparado; c) trabajos sobre la racionalidad del método; d) sobre su legitimidad con especial atención a la tensión entre Cortes Constitucionales y Parlamento; e) sobre proporcionalidad y concepciones de los derechos; f) sobre el origen del examen de proporcionalidad en comparación con el *balancing*, por un lado, y con el “escrutinio estricto americano”, por el otro lado; entre otros.

Ahora bien, esta discusión parece también estar atravesada por un *discurso de “todo o nada”*, que algunos han dado en llamar el “culto a la proporcionalidad de la academia”⁴. Así, algunos abrazan acaloradamente la idea de que el método único o dominante de aplicación de los derechos debería ser la proporcionalidad⁵; otros la rechazan de plano. Aún más, algunos llegan a sostener una suerte de diagnóstico según el cual mientras los teóricos estarían entretenidos despedazando los trabajos de unos y otros sobre la proporcionalidad,⁶ los jueces seguirían dictando sentencias según la proporcionalidad.⁷

Si el diagnóstico de Beatty fuera cierto, más que alentador, sería preocupante. En la práctica jurisprudencial abundan casos de aplicación incorrecta del examen de proporcionalidad, como así también de la subsunción. La

7 ICON, 2009, p. 468; Dworkin, R.: *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, 2006, p. 27; Möller, K.: “Balancing and the structure of constitutional rights”, en 5 ICON, 2007, p. 453.

³ Cfr. Jackson, V.: “Paradigms of public law: transnational constitutional values and democratic challenges”, en *Int J Constitutional Law* 2010 8: 517-562; Kumm, Matias: “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, en 2 *Int’L J. Const. L. (I- Con)* 574, 2004.

⁴ Véase Webber, G.: “Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol XXIII, N° 1, January 2010, pp. 197-2020.

⁵ Hasta llegarla a consagrar como “criterio universal de constitucionalidad”, Beatty, D.: *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, pp. 162.

⁶ Véase una enumeración bastante exhaustiva de las objeciones a la ponderación, en: Alexy, Robert: “Die Konstruktion von Grundrechten”, en Clérico y Sieckmann (comps.): *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 9-19 [hay traducción al castellano de L. Clérico y J. Sieckmann, en Alexy, R.: *La construcción de los derechos fundamentales*, AD-HOC/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010].

⁷ Esta estructura conformaría, según Beatty (*The Ultimate Rule of Law*, p. 157), una “perspectiva común” y permite a los jueces evaluar las normas y actos de los órganos políticos dejando (supuestamente) sus concepciones de filosofía política y moral a un lado.

función de la academia pierde algo de su sentido si no sirve para conmover las prácticas judiciales y lograr que sus protagonistas y estudiosos reflexionen críticamente sobre ella. Por ello este artículo se monta en el intersticio de estos dos discursos sobre la proporcionalidad: el jurisprudencial y el académico.

El objeto de estudio es el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la que se aplicó expresamente el examen de proporcionalidad. Al respecto sostengo la siguiente tesis: este tribunal fue cauto en la aplicación del examen en dos sentidos relevantes. Su cautela se vislumbra porque el método no es el único ni el dominante, se combina de acuerdo con que los problemas se refieran a los derechos como reglas (en cuyo caso aplica el método de la subsunción), o como principios (en los que se empezó a aplicar con cierta continuidad el examen de proporcionalidad, pero recién a partir del 2000). A su vez, ambos métodos se encuentran mediados por el método de comparación de casos. Todo esto me lleva a sostener que la Corte IDH se interpreta en el contexto de una confluencia de prácticas constitucionales en las que existen discusiones sobre los conflictos de derechos y ciertas doctrinas que orientan (aunque no determinan en forma definitiva) el peso y la restricción de los derechos en conflicto en la proporcionalidad. Esto aleja el monstruo de un *balancing ad hoc*.

El estudio de esta jurisprudencia debería echar mejor luz a las discusiones de „todo o nada“ que suele sostener la academia para explorar las relaciones, compatibilidades e incompatibilidades de estos tres métodos *como forma más plausible de reconstrucción descriptiva y normativa de una práctica jurisprudencial que eleva la pretensión de fijar para los Estados pisos (según el caso más o menos robustos y movibles para mejor) de los derechos*. Si bien el desarrollo de esta tesis requiere de varios pasos argumentativos, en este trabajo me detendré en la factibilidad de un bosquejo de reconstrucción a través del uso de casos paradigmáticos, que entiendo representan buena parte de la jurisprudencia de la Corte IDH.

II. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL UNIVERSO DE CASOS ESTUDIADOS Y DESECHADOS

Sobre la base de un universo de 245 casos contenciosos, 20 opiniones consultivas y 478 medidas provisionales resueltos por la Corte Interamericana, *sólo en un 10 % de los casos contenciosos aplicó expresamente el examen de proporcionalidad*.

lidad. En este porcentaje no se incluyen aquellos casos en los que utilizó la proporcionalidad en forma implícita, por ejemplo cuando habla de arbitrariedad, en la opinión consultiva que se dedicó de lleno a la igualdad, y en la totalidad de las resoluciones sobre medidas precautorias. Me interesó rastrear aquellos casos donde expresamente anunciaba que realizaría un examen de proporcionalidad; estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte. Propongo leer la clasificación entre casos tradicionales y casos nuevos –a diferencia del criterio propuesto por García Ramírez⁸– bajo el criterio de cuál fue el modelo dominante de aplicación de las normas sobre derechos humanos: el modelo de las reglas y/o el modelo de los principios.

III. ¿PROPORCIONALIDAD COMO CONFRONTACIÓN O COMO INTEGRACIÓN? UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DESCRIPTIVA Y NORMATIVA

La distinción de la teoría de las normas conforma la distinción entre la aplicación de los derechos humanos como reglas y/o como principios. Si se trata de una norma de derechos humanos como regla, entonces dado el antecedente de la norma se sigue la consecuencia. Es decir, dada la tortura se sigue el consecuente su prohibición. La tortura está prohibida en forma definitiva, sin importar las razones que el Estado pueda alegar para utilizarla.⁹ Las nor-

⁸ Véanse modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006, voto de García Ramírez). Véase voto concurrente de García Ramírez, en caso *Tibi vs. Ecuador*, Corte IDH, 2004, para.7-9. García Ramírez los clasifica por otro criterio, sin embargo, considero interesante ver la clasificación desde el prisma de la forma de aplicación. Estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte IDH. El patrón es nuevo en tanto estos casos llegan a la Corte IDH; sin embargo, no es nuevo en tanto tipo de violación a los derechos; por ejemplo, las violaciones a los derechos de los pueblos originarios se remontan a la época de la “colonía” y la “conquista” y persisten hasta la actualidad. Justamente que no hayan llegado anteriormente y en forma sistemática a la Corte IDH habla de las barreras estructurales que obturan el acceso a la justicia local e internacional de los pueblos originarios.

⁹ Véase *Cesar c. Trinidad y Tobago*, Corte IDH, 2005: “...la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”; y cfr. *Caso Lori Berenson Mejía*, para. 100; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de

mas de derechos humanos como reglas son normas que permiten, prohíben u obligan algo en forma definitiva. Su forma de aplicación es la *subsunción*.¹⁰ Si se tortura, la regla es incumplida; si se cumple con el mandato de prohibición la regla es cumplida. Las reglas contienen, en este caso, una prohibición definitiva, esto quiere decir, que en el contenido de las reglas ya se han tenido en cuenta las razones que podrían haber jugado en contra de lo ordenado por el derecho humano en cuestión, y esas razones fueron excluidas en forma definitiva como razones que podrían ser ponderadas contra el mandato de prohibición de torturar. Por ello, la prohibición de tortura es, por lo tanto, un deber definitivo (esto quiere decir que no admite ponderación alguna).

Sin embargo, existen otras normas de derechos humanos que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible; por ejemplo, algunos contenidos¹¹ de la libertad de expresión que aspiran a su mayor realización. Ahora bien, justamente por aspirar a la mayor realización posible, también es posible que colisione con otros derechos humanos con carácter de principio, por ejemplo, el derecho humano a la honra. La aplicación de ambas normas se juega en el examen de *proporcionalidad*.

La distinción entre los derechos humanos como reglas y como principios es una distinción normativa pero, a su vez, es una distinción en cuanto a la forma de aplicarlos. Algunas propuestas teóricas o de la dogmática constitucional plantean a ambos modelos como contrapuestos e incluso antagónicos. Esta estrategia tal vez pueda servir a los fines analíticos pero confunde cuando los trabajos toman ejemplos de la jurisprudencia para criticar el predominio de uno u otro modelo. Es decir, mi propuesta dice que cuando se trabaja desde el punto de vista teórico con ejemplos jurisprudenciales de tribunales de derechos humanos es engañoso aislar esos casos como si fueran los modelos dominantes para criticar el modelo de subsunción y/o de la proporcionalidad en abstracto a partir de malas aplicaciones de ambos modelos. Cualquiera de esos trabajos adquiere o pierde seriedad en la medida en que esos ensayos teóricos o de crítica no puedan dar cuenta de los contextos de aplicación de esos modelos. Por ello, *mi propuesta es reconstruir*¹² el

2004. Serie C N° 115, para. 125; y *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, para. 143, entre otros.

¹⁰ Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt., Suhrkamp, 1986 [en español: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 1993].

¹¹ Es decir, más allá de la prohibición de censura previa –que tiene el carácter de regla en el contexto interamericano–, existen otros.

¹² Esta reconstrucción es *descriptiva* y *normativa*; descriptiva: se apoya en una práctica jurisprudencial de derechos humanos, la de la Corte Interamericana. Sin embargo, mi propuesta

modelo de aplicación de los derechos humanos como un modelo integrado de la subsunción y de la proporcionalidad atravesado por la comparación de casos.

1. El “patrón tradicional” de violación de los derechos y el modelo de la subsunción

En los “casos tradicionales” el modelo de aplicación dominante fue el de la subsunción.¹³ Los hechos de estos casos conforman “un *patrón tradicional de violación de los derechos*”, se trata de 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, 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 pueden ser caracterizados también como casos “fáciles” (no por ellos menos reprochables), las violaciones caen –sin problemas de interpretación de normas ni de hechos– en el antecedente de la norma. En todo caso lo difícil es hallar o preservar parte de la prueba, por ejemplo, la vida de los testigos (como ejemplo de supuestos extremos).

Así esas sentencias conforman un patrón de “reiteraciones”: en las sentencias se reiteran los mismos hechos violatorios, se exponen los mismos argumentos y se emiten las mismas opiniones o resoluciones. Estos casos predominantes en la década de los 80 y 90 no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad.¹⁴ En suma, desde

implica además una reconstrucción normativa: justificaré que ésta es la reconstrucción más plausible de una práctica de derechos humanos seria.

¹³ En este sentido el caso paradigmático sigue siendo *Velázquez Rodríguez*, véase <<http://www.corteidh.or.cr/>>

¹⁴ Tal vez uno de los casos tradicionales más paradigmáticos de esta última etapa sea el caso *Instituto de reeducación del menor c. Paraguay* del 2004. Paradigmático porque sigue lo tradicional (violaciones claras a los contenidos mínimos de los derechos humanos, en este caso, derecho a la vida y a la integridad), pero surgen nuevas modalidades: cada vez con mayor frecuencias las víctimas son niños (sujetos titulares), que provenían de sectores marginados, (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 éste no les procura a éstos las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención. En este caso nueve niños murieron a causa de un incendio por causas imputables al Estado.

el punto de vista descriptivo y normativo¹⁵ no es plausible reconstruir esta práctica jurisprudencial como regida sólo por la proporcionalidad.

2. El “patrón nuevo” de violación de los derechos y el modelo de proporcionalidad

El *patrón nuevo*¹⁶ emerge porque llegan a la Corte IDH casos que hablan de conflictos entre derechos reconocidos en la misma Convención: ambos aspiran al mayor desarrollo posible y no soportan la realización del otro en el espacio de convergencia en que se chocan. Estos casos están representados en las sentencias sobre todo por el conflicto entre:

- libertad de expresión/derecho a la información y derecho al honor: *Tristán Donoso vs. Panamá* (27/01/2009); *Kimel vs. Argentina* (2008); *Claude Reyes c Chile* 2006; *Palamara Iribarne c Chile* 2005; *Herrera Ulloa c Costa Rica* 2004; *Ricardo Canese c Paraguay* 2004; *Ivcher Bronstein c Perú* 2001.

- derecho a ser elegido individualmente o como representante de comunidades indígenas e interés legítimo del Estado de reglamentar las candidaturas: *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (06/08/2008); *Yatama Vs. Nicaragua* (23/06/2005).

Al respecto, el caso paradigmático es *Kimel*. La Corte IDH planteó el caso *Kimel*¹⁷ como un conflicto, en términos más concretos, como un con-

¹⁵ Ahora bien, y retomando la finalidad de reconstrucción normativa del modelo de aplicación de los derechos humanos, estos casos tradicionales se resuelven por el modelo de la subsunción. ¿Cuál podría ser el sentido de forzar la argumentación para aplicar el examen de proporcionalidad? Reconstruirla como un examen de proporcionalidad implicaría preguntarse por las razones –en clave de principios– que pudo haber alegado el Estado para avanzar sobre el contenido de los derechos violados; probablemente en ese contexto político: razones de política económica o política represiva. Ninguna de las razones imaginables tienen peso alguno frente a la prohibición de tortura (véase *Caesar c Trinidad y Tobago* 2005, op.cit.). Y no lo tienen porque estamos frente a lo que Alexy daría en llamar un resultado necesario del discurso en derechos humanos (véase Alexy, R.: “Law, Discourse and Time”, en ARSP-Beiheft 64 (1995), pp. 101-110). En ningún discurso posible, sea ideal o real, los afectados y otros participantes consentirían la muerte de estos nueve niños, porque esto afecta los presupuestos del mismo discurso: los afectados no fueron respetados en un mínimo de autonomía e igualdad, presupuesto de cualquier situación de habla.

¹⁶ Cfr. voto concurrente de García Ramírez, en caso *Tibi vs. Ecuador*, Corte IDH, 2004, para.7-9.

¹⁷ *Kimel, Eduardo v. República Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/05/2008 (<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 4/7/1976, 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

flicto entre el derecho a la libertad de expresión de un historiador que realiza una investigación periodística sobre un expediente judicial 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 ese expediente judicial (P2). La Corte reconoce el carácter de principios de ambos cuando sostiene que uno no desplaza al otro sino que es necesario “garantizar el ejercicio de ambos”. El procedimiento para ello será “la *ponderación a través de un juicio estricto de proporcionalidad*”.¹⁸ Ésta es la fórmula de la proporcionalidad desarrollada especialmente por la dogmática alemana y que la Corte Interamericana adopta como fórmula en su jurisprudencia, por lo menos, a partir del caso *Kimel*.¹⁹

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 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 repitieran hechos similares.

¹⁸ 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 a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida*; iii) *evaluará la necesidad de tal medida*, y iv) *analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.*” (Kimel, op. cit. para. 58). Véase la reconstrucción del caso en Clérico, L.: “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, 2010, pp. 253-297 (disponible en: <<http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>>); Clérico L.: El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.

¹⁹ Antes usaba el examen en la versión del de razonabilidad, por ejemplo, véase Corte IDH: Opinión Consultiva sobre colegiación de periodistas. Esta fórmula de razonabilidad se parece más al *test* del escrutinio estricto que al examen de proporcionalidad en sentido amplio.

En el examen de idoneidad se pregunta si la restricción al derecho a la libertad de crítica de Kimel —producida por la aplicación de una sanción penal en virtud de una norma que contiene un tipo penal vago y ambiguo— logra promover el derecho al honor como bien jurídico que se encuentra detrás de las normas de derecho penal sobre calumnias e injurias. Es decir, si el medio seleccionado por el Estado no logra promover el derecho al honor ¿por qué entonces limitar la realización de la libertad de crítica? Es decir, ¿por qué debe Kimel soportar el sacrificio? En este examen en concreto la Corte Interamericana no es muy exhaustiva en la investigación acerca de si el medio promueve el fin, le basta con que de alguna manera lo promueva.²⁰

El segundo subexamen de proporcionalidad se pregunta justamente por qué se debe soportar la limitación a la libertad de crítica si la restricción era evitable. Y lo era porque existían medios alternativos (tipos penales más acotados que excluyeran la crítica; derogación de la calumnia y la injuria, derecho de rectificación, etc.) que lograban promover el derecho y, a su vez, no restringían (o en otros casos en menor medida) la libertad de crítica.²¹

Por último, realiza el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Y tal vez aquí radique el mayor interés en el patrón nuevo que inaugura esta sentencia: la ponderación realizada 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*”²² que toma en serio el contenido de los derechos. Para efectuar esta ponderación, la Corte enuncia los elementos que debe considerar e interpretar con anterioridad a la ponderación en sentido estricto:

- i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro (ponderación en sentido estricto).²³

²⁰ Si un medio pasa el subexamen de idoneidad no significa que sin más quede justificada la restricción al derecho, sólo que se pasa al subexamen de medios alternativos menos lesivos.

²¹ Nuevamente aquí la pregunta es por la relación instrumental entre el medio y el fin que plantea 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.

²² Véase Clérico, L.: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, cap. 3; Clérico, L.: El examen de proporcionalidad, cap. 3, y en relación específica con *Kimel*, Clérico, L.: “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas”, op. cit., pp. 253-293.

²³ Cfr. Caso *Kimel*, para. 84.

Respecto de i) y ii) la Corte claramente abraza el sistema de escalas de satisfacción o restricción de los derechos. La determinación de los valores de esta escala en concreto no ocurre a fojas cero sino en el contexto de una argumentación sobre la libertad de expresión ampliada que integra los resultados de las discusiones que se dan en el contexto del derecho constitucional interamericano. Así, por varios argumentos –que ocurren independientemente de la ponderación en sentido estricto– la Corte interpreta que la restricción a la libertad de crítica de Kimel es *grave*, porque:

- ocurre por medio de la aplicación de una norma de derecho penal que establece una sanción penal. La Corte ha señalado que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta,²⁴

- la sanción penal tiene carácter estigmatizante de la sanción penal,²⁵ y

- tiene efecto disuasorio que produce la sanción para futuras expresiones de Kimel y de otros.²⁶

Respecto de la determinación del peso abstracto de la libertad de expresión en el caso *Kimel* resulta relativamente fácil: es *alto* por su estrecha relación con el principio democrático en un tema de interés público sobre el accionar de un funcionario público.²⁷

Del lado del derecho a la honra del funcionario público, desde el comienzo la Corte sostiene que se trata de una satisfacción moderada (media) y de un peso abstracto bajo. Esta determinación ocurre también independientemente del caso concreto aunque como resultado de ponderaciones anteriores, y surge de la relación entre el derecho al honor y el principio democrático,²⁸ y se resume en la fórmula de especial tolerancia que debe soportar quien voluntariamente desempeña un cargo público respecto de su accionar.²⁹

²⁴ *Kimel*, para. 56. Cfr. Clérico, L.: Die Struktur, cap. 3.

²⁵ Véase Clérico, L.: Die Struktur, cap. 3.

²⁶ 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.”

²⁷ *Kimel*, para. 88.

²⁸ *Kimel*, para. 61.

²⁹ *Kimel*, para. 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

Así por tratarse de una restricción grave sumada a un peso abstracto alto de la libertad de expresión, esta limitación despierta cuestionamientos desde un principio y desafía desde antes de la ponderación en concreto a cualquier contraargumento (que hable en favor de la restricción). “*Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos.*” Y no la alcanza, porque la satisfacción del derecho a la honra debería tratarse en el caso de una lesión grave que guarde relación con la magnitud del daño inferido.

Por ello, una *restricción grave* a la libertad de expresión en la forma de crítica³⁰ de un historiador y periodista sobre la base de una investigación seria³¹ sobre la tramitación de una causa en la que se investigaban hechos ocurridos durante la última dictadura militar respecto de “temas de notorio interés público” *sobrepasa* (no puede ser justificada a través de) una *importancia leve, moderada* de realización del derecho al honor de un juez 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.”³² En fin, la tipificación penal de la calumnia e injuria en forma tan vaga y ambigua que posibilitó la sanción a Kimel en virtud de la aplicación de una norma penal con un tipo penal vago y ambiguo viola el principio de proporcionalidad³³ como mandato de prohibición de exceso.³⁴

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) que sirve para reconstrucción de una red que eleva la pretensión de solucionar casos similares libres de ponderación. La solución en *Kimel* puede ser reconstruida en

que realiza (64), como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

³⁰ *Kimel*, para. 89, para. 43, 69.

³¹ *Kimel*, consid. 81).

³² *Kimel*, consid. 86).

³³ En noviembre de 2009 el Congreso Nacional argentino reformó el Código Penal a los efectos de cumplir con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Kimel*. La reforma establece que “en ningún caso” configurarían delito de calumnia o de injurias las “expresiones referidas a asuntos de interés público” o las que “no sean asertivas”.

³⁴ Véase Clérico, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Miguel Carbonell (comp.): El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Bogotá, Universidad del Externado, 2007, pp. 100-133; reimpresión en M. Carbonell (ed.): El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Min. de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 125-173.

ese sentido y diría, por ejemplo: un historiador y periodista ha publicado una crítica sobre la base de una investigación seria (T1) sobre temas de notorio interés público referidas a la actuación de un juez en relación con el desempeño de su cargo y referidos a la averiguación de los hechos y de los responsables de una matanza durante la última dictadura militar (T2), y por el ejercicio de crítica el periodista fue sancionado penalmente (T3), y el derecho al honor del funcionario público no se interfiere de forma intensiva en tanto por su actuación está más expuesto al escrutinio y la crítica del público (T4). De ahí se sigue la consecuencia jurídica (R), que la crítica no puede ser objeto de sanción desde el punto de vista iusfundamental. Esto presenta la siguiente estructura: (4'') T1 y T2 y T3 y T4 $\rightarrow$ R³⁵

3. *El „patrón nuevo“ de violación de los derechos requiere integrar la proporcionalidad a su vez como prohibición por omisión, insuficiencia o defecto*

Kimel es un caso paradigmático de aplicación del examen de proporcionalidad cuando la violación al derecho se produce por un accionar estatal desmesurado. Se aplica así la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*). Sin embargo, y atendiendo a la exclusión social que alcanza a millones de personas en el contexto interamericano, es necesario volver la mirada sobre el otro lado de la proporcionalidad, la prohibición de insuficiencia u omisión (*Untermaßverbot*)³⁶ en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC).

³⁵ Para esta reconstrucción es aplicable, de acuerdo con Alexy, la ley de la colisión: “(K) Si el principio P1, bajo las circunstancias C, precede al principio P2: (P1 P P2) C, y si de P1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica $C \rightarrow R$ ”. (Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, p. 83.) O en forma simplificada: “(K) 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”. (P simboliza la relación de primacía, de preferencia. C simboliza las condiciones bajo las cuales un principio se encuentra por encima del otro. En la tercera preferencia P1 se encuentra por sobre P2 bajo las condiciones C. Así cuando la condición (en adelante, C) sobre la cual yace la preferencia de P1 sobre P2 se cumple, entonces vale la consecuencia jurídica del principio (P1) que logró primacía. Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, p. 83.) Aunque en el caso de Kimel se puede discutir cuál es esa condición; sin embargo, por ahora, y en términos formales: si se da C, entonces la prohibición de tipificar el delito de injuria y calumnia en forma tan amplia y ambigua de manera que pueda ser incluida el derecho a la crítica contra un funcionario público por el ejercicio de su función y sobre un asunto de interés público está prohibido desde el punto de vista iusfundamental. C es el antecedente de una norma. C puede ser subdividido en cuatro características del antecedente (T) como se expresa en el cuerpo de este texto.

³⁶ Véase esta diferencia en Clérico, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, op. cit.

Propongo reconstruir el examen de restricciones a los derechos humanos por omisión o insuficiencia a través de dos casos paradigmáticos:

Desde el caso *Villagrán Morales* sobre niños de la calle la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida y a la integridad física se viola también por omisión estatal, más precisamente, por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones que garanticen una vida digna, ya sea de niños, de personas detenidas, de personas internadas.³⁷ De estas obligaciones estatales que suenan generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³⁸, como extrema pobreza, marginación y niñez.

A su vez, en otro caso paradigmático, lo amplía a las condiciones de existencia para garantizar vida digna a una comunidad indígena. Este caso paradigmático se conforma en forma paulatina por los contenidos ganados en casos como:³⁹

- *Comunidad indígena Yákye Axa vs. Paraguay* 2005,⁴⁰
- *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* 2006,⁴¹
- *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010.⁴²

Los tres casos tratan de reclamos realizados por un colectivo que históricamente ha sido discriminado –tanto por el modelo distributivo como cul-

³⁷ Véase caso *Villagrán Morales y Otros* (“Niños de la Calle”), 1999; caso *Bulacio*, 2003; caso *Myrna Mack Chang*, 2003; caso del *Instituto de Reeducación del Menor*, 2004; caso *Huilca Tecse*, 2005; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004: para. 124); casos de *Juan Humberto Sánchez* (2003, para. 110) y de *los 19 Comerciantes* (2004, para. 153); y referido a las condiciones de detención, véase caso del *Penal Miguel Castro Castro* (para. 285, 293 a 295, 300 y 301), caso *Montero Aranguren y otros* (Retén de Catia) (para. 102 y 103), caso *De la Cruz Flores* (para. 132), caso *Tibi* (para. 157), caso *Loayza Tamayo*; caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 120; caso de la *Masacre de Mapiripán*, para. 232; caso *Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C N° 121, para. 66; caso “*Instituto de Reeducación del Menor*”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, para. 158; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, para. 129; caso *19 Comerciantes*, para. 153; caso *Myrna Mack Chang*, para. 153; caso *Juan Humberto Sánchez*, para. 110; caso *Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70, para. 172; y caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*), para. 144 a 146.

³⁸ Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 111 y 112; caso de la *Masacre de Mapiripán*, para. 108 y 110, y caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, para. 71.

³⁹ Véase además *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* 2001.

⁴⁰ Corte IDH, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125.

⁴¹ Corte IDH, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.

⁴² Corte IDH, Sentencia del 24 de agosto de 2010.

tural dominante— y las consecuencias perjudiciales de esa discriminación persisten en la actualidad.⁴³ Se trata de pueblos originarios contra el Estado de Paraguay para lograr la devolución de sus tierras ancestrales. Las comunidades indígenas estaban viviendo fuera de ellas contra su voluntad, últimamente vivían en condiciones de miseria a la vera de una ruta. Esta situación de miseria de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de acceso a la propiedad comunitaria de sus tierras. En efecto, como sostiene la Corte IDH, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

Debido a las características de estos tres casos coincidimos con Cançado Trindade cuando advierte sobre la centralidad que adquieren las víctimas por sobre la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad. Sin embargo, la Corte IDH en su posición mayoritaria considera las razones y acciones realizadas por el Estado aunque luego concluya que fueron insuficientes y violatorias de varios derechos de la Convención.

Esta argumentación puede ser reconstruida en clave de examen de proporcionalidad como prohibición de insuficiencia, aunque la Corte IDH no lo haya anunciado expresamente. La fórmula de la prohibición de insuficiencia dice: 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“...⁴⁴ La Corte IDH reitera en varios lugares de su argumentación que las acciones del Estado fueron „insuficientes“ o que no eran „adecuadas“.

En el examen de proporcionalidad como mandato de prohibición por insuficiencia se aplican también los subexámenes de idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto. En estos casos, debido a la gravedad de la restricción, el Estado tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada. Tiene que demostrar y argumentar que las acciones positivas realizadas fueron idóneas, las más adecuadas para garantizar los derechos de los pueblos originarios en juego, lo que implica por lo menos el autoabastecimiento y necesariamente el acceso a sus tierras. Vemos

⁴³ Clérico, L. y Aldao M.: “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, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011 (disponible además en: SCIELO). ISSN: 0718-0195.

⁴⁴ BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

entonces por qué las acciones estatales fueron evidentemente insuficientes y defectuosas y por qué el Estado del Paraguay violó los derechos de las comunidades indígenas.

A. *Examen de idoneidad*

El punto de partida del examen es la acción insuficiente atacada que en el caso es compleja: por un lado, se trata del Decreto 1830 que declaró en estado de emergencia a la comunidad (M1'), y por el otro lado, el procedimiento administrativo para recuperar las tierras (M1'').

Respecto del derecho a la vida digna (P1), la Corte IDH avanzó identificando las variables respecto de las cuales mediría si el Estado cumplió con la obligación de generar condiciones de existencia digna y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales (P1'). Estas variables se leen en clave de DESC: derecho de acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a la educación. En todos estos aspectos relevantes, M1 no fue suficiente ni adecuado. La Corte IDH interpreta que:

Respecto del derecho al acceso al agua, las gestiones realizadas por el Estado a partir del Decreto N° 1830 no han alcanzado para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.

Respecto del derecho a la alimentación, a pesar de lo demostrado por el Estado, no se superaron las necesidades nutricionales que existían con anterioridad al Decreto N° 1830.

Respecto del derecho a la salud: si bien se reconocen los avances realizados por el Estado, las medidas adoptadas se caracterizan por ser *temporales y transitorias*. Además, el Estado no garantizó la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y *no se evidencian acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios*, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales. Por lo demás, miembros de la comunidad, en especial niños y ancianos, murieron por causa de enfermedades evitables⁴⁵ y que pudieron haber sido evitadas con tratamientos de bajo costo.⁴⁶

⁴⁵ Véase caso *Sawoyamaya*: “Como ha sido demostrado en el capítulo de Hechos Probados (para. 73.74), la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a niños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis; todas enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo”.

⁴⁶ Sobre el Decreto N° 3789, que declaró en estado de emergencia a la Comunidad Sawhoyamaya: las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de este decreto no

Respecto del derecho a la educación, si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas para la educación de los niños. Las clases se desarrollan bajo un techo sin paredes y al aire libre. Igualmente no se asegura por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

*Respecto de la idoneidad de M1*⁴⁷: la Corte reiteró, como en los casos de las comunidades indígenas de Yakye Axa y Sawhoyamaya, que el procedimiento administrativo interno para la reivindicación de tierras tradicionales era *inefectivo*, por cuanto *no ofrecía la posibilidad real* de que los miembros de las comunidades indígenas recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.⁴⁷ La falta de idoneidad de M1 “provoca además la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, lo cual los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir, vale reiterar, de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

La Corte IDH examina la idoneidad⁴⁸ de M1 (que incluye M1' y M1“) no en general ni en abstracto sino cotejándolo con el caso concreto.⁴⁹ Se trata de una aplicación intensiva del examen de idoneidad que viene dada porque la restricción a los derechos era desde el comienzo extrema⁵⁰ y el

pueden calificarse de suficientes y adecuadas. En efecto, durante más de seis años de vigencia del decreto, el Estado sólo entregó víveres a las presuntas víctimas en diez ocasiones, y medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades, con extensos intervalos entre cada entrega (para. 73.64 a 66). Estas entregas, así como las cantidades suministradas, son a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo de los miembros de esta Comunidad y prevenir violaciones del derecho a la vida, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron (para. 73.74. 1, 5 a 16, 20, 22 y 27 a 30).

⁴⁷ Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010. El procedimiento administrativo bajo estudio presenta los siguientes problemas estructurales: a) restricción en las facultades de expropiación; b) sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo de voluntad entre las partes, y c) ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema. Cfr. caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, para. 98, y caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, para. 108.

⁴⁸ Véase Clérico, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, op. cit.

⁴⁹ En este punto consideramos que en materia de DESC hay un avance en comparación con el caso *5 Pensionistas* resuelto por la Corte IDH, ya que en *5 Pensionistas* evalúa las mejoras en los derechos a la pensión en general y no en concreto.

⁵⁰ Y aún incrementada por la duración de la afectación: “*Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos.*” Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010.

accionar estatal era requerido de forma “urgente”.⁵¹ Por ello, el Estado también tiene la carga de la prueba de la idoneidad de sus acciones.⁵²

B. Examen del medio alternativo más suficiente

En el examen del medio alternativo en la prohibición por insuficiencia, se examina si otros medios pudieron ser implementados para evitar o disminuir a un grado tolerable la restricción por omisión a los derechos de la comunidad indígena. Este examen complementa el de idoneidad porque la comparación permite determinar la medida de la acción suficiente.

En el caso el medio alternativo suficiente (en comparación con M1' y M1'') es para la Corte IDH sin dudas facilitar el acceso a las tierras ancestrales, o alternativas que respeten la identidad cultural y el autoabastecimiento. En este sentido, hasta el propio Estado, reconoce la existencia de este medio alternativo suficiente y adecuado; sin embargo, no demuestra acciones

⁵¹ Véase caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006: La Corte no acepta el argumento alegado por el Estado referente a la responsabilidad compartida que tendrían las personas enfermas de concurrir a los centros asistenciales para recibir tratamiento, y los líderes de la Comunidad de llevarlos a tales centros o comunicar la situación a las autoridades sanitarias. A partir de la emisión del Decreto de emergencia correspondía al INDI y a los Ministerios del Interior y de Salud Pública y Bienestar Social adoptar “*las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de [la Comunidad Sawhoyamaya], durante el tiempo que duren los trámites judiciales referente a la legislación de las tierras reclamadas como parte de [su] hábitat tradicional*” (para. 73.63). Con ello, los bienes y servicios de salud específicamente dejaron de depender de la capacidad adquisitiva individual de las presuntas víctimas, y por tanto el Estado debió adoptar medidas que contribuyeran a la prestación y suministro de tales bienes y servicios. Es decir, las medidas a las que el Estado se comprometió frente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya diferían *por su carácter de urgencia* de aquéllas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general. Aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus provisiones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos.

⁵² Es necesario que el Estado demuestre que hizo las gestiones necesarias para sacar a los indígenas del costado de la ruta y, mientras esto sucedía, que adoptó acciones pertinentes para disminuir el riesgo en el que se encontraban (para.163).

concretas de haberlo implementado.⁵³ En suma, la restricción por acción insuficiente pudo haber sido evitada o disminuida a un grado soportable.⁵⁴

C. *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*

En este punto la fórmula de la proporcionalidad no cambia y se aplica la misma que la de la prohibición por exceso (por ello, nos remitimos a lo dicho en relación con el caso *Kímel*). De un lado, tenemos una afectación extrema (es decir más que grave)⁵⁵ del derecho a la vida digna relacionado con el derecho a la propiedad comunitaria de una comunidad indígena. La restricción extrema incluso se incrementa por la duración de la restricción, por la urgencia de la acción estatal y por pertenecer el grupo de afectados a un grupo vulnerable (argumento de igualdad); por ello es claro desde el comienzo que poco peso le puede asistir a las razones que el Estado intentó alegar para eximirse del cumplimiento suficiente de sus obligaciones.⁵⁶

⁵³ Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010. S. tierras “alternativas”: “el Estado no ha indicado cuáles serían estas tierras alternativas, de igual extensión y calidad, que pudieran satisfacer el reclamo de la Comunidad. Si bien aportó una lista de propiedades disponibles en las zonas cercanas al actual asentamiento de la Comunidad, no indicó las características o cualidades de las mismas que pudieran satisfacer los requisitos de calidad necesarios para la sustentabilidad de los Xákmok Kásek. No basta con que existan otras propiedades disponibles... para el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas, éstas deben al menos tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad.”

⁵⁴ Véase asimismo comunidad *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* 2006, para. 164: “Al respecto, la Corte nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales. No obstante, como se desprende de los capítulos anteriores, el proceso administrativo tramitado (...) no ofreció garantías de una resolución efectiva y se mostró lento e ineficiente (para. 93 a 112). De allí que (...) el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (para. 112 y 144). En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida.”

⁵⁵ Véanse modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, voto de García Ramírez.

⁵⁶ Así, en el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, para. 155, y en caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay* 2010, para. 188, sostiene: “Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta

De la reconstrucción de todos estos casos paradigmáticos, surge la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales⁵⁷ o particulares⁵⁸; y salvaguardar el derecho al acceso a condiciones que garanticen una vida digna⁵⁹ de las personas individuales y/o de las comunidades indígenas, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de estos derechos; en el caso de comunidades indígenas implica establecer medios eficaces para que puedan recuperar el derecho sobre sus tierras comunales ancestrales.

Por último, esta reconstrucción me permite sostener que la insuficiencia puede provenir de la falta de distribución de bienes económicos y sociales y, asimismo, de la insuficiencia por falta de reconocimiento. Esto afecta la “paridad participativa” (en términos de Nancy Fraser)⁶⁰ en términos de participación democrática, lo que nos lleva a su vez al próximo punto.

D. Conclusiones intermedias

En suma, el modelo de la proporcionalidad adoptado expresamente por la Corte IDH en el caso paradigmático *Kimel* e implícitamente —de acuerdo con la reconstrucción que aquí he propuesto— en los casos sobre Comuni-

obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 123 y 124,

⁵⁷ Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 120, y *Kiliç v. Turkey*, 2000, III, EurCourt HR, 62 and 63.

⁵⁸ Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 120; caso de la *Masacre de Mapiripán*, para. 111; véase también *Osman v. the United Kingdom*, 1998, VIII, 115 and 116.

⁵⁹ Cfr. caso *Comunidad Indígena Yákye Axa*, para. 161; caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*), para. 144, y caso *Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, para. 156.

⁶⁰ Nancy Fraser, en: Fraser, Nancy; Honneth, Axel (2003): *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt am Main. Y según entiendo se ve reflejada en esta cita de la Corte IDH en el caso de *Comunidad Indígena c. Paraguay* 2010: “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”, que toma del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General N° 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, para. 38.

dades Indígenas, no puede ser reconstruido simplemente como un *balancing ad hoc* ni como un *balancing como cálculo de utilidades*, ni tampoco como una *mera subsunción*. La Corte IDH intenta aplicar un modelo de la ponderación orientado por reglas que *integra un lado abstracto con un lado concreto de la argumentación*. Respecto del lado abstracto, la cadena argumentativa se vincula con la práctica de derechos humanos en la que está inmersa y que viene en parte de las discusiones sobre libertad de expresión y derecho a la honra desarrolladas en las diversas prácticas constitucionales del ámbito interamericano, y respecto de los casos sobre las comunidades indígenas, de la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, la importancia y el peso abstracto de los principios pretenden influir en el resultado de la ponderación. Respecto del lado concreto, sin embargo, esta pretensión se ve desafiada por la pretensión de la consideración 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, de la duración de la restricción al derecho,⁶¹ de la posibilidad de haber evitado la restricción al derecho a través de un medio alternativo, del carácter (in)soportable de la restricción al derecho para el afectado,⁶² de la urgencia que requiere la satisfacción del derecho,⁶³ entre otras. En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de „*instancia falibilística irrenunciable*“.⁶⁴

Esta característica es de crucial importancia en el contexto de una práctica argumentativa atravesada por las dificultades que tienen millones de personas en el contexto interamericano de participar con voz efectiva en esa práctica. Por ello, el lado concreto de la ponderación es el lado que abriría las puertas a las voces de los excluidos de ese debate. Este lado debe ser reinterpretado en clave de tribunales domésticos y Corte IDH como espacio de deliberación pública. Esta reinterpretación requiere volver la mirada sobre la relación entre la ponderación y las concepciones de democracia, en es-

⁶¹ Bernal Pulido, C.: El principio de proporcionalidad, Madrid, CEC, 2003, p. 776, aunque aquí sólo 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.”

⁶² Véase la caracterización de la prohibición de “exigir lo insoportable” (*Unzumutbarkeit*) y la regla: (Zu) en Clérico, L.: Die Struktur, pp. 228, 246, 347, y cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3 y Clérico, L.: El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, cap. 3.

⁶³ Alexy, R.: Theorie der Grundrechte, p. 466; Arango, R.: Der Begriff der sozialen Grundrechte, pp. 226, 227, 238, 239.

⁶⁴ Alexy, R.: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, p. 69.

pecial, con la concepción de democracia deliberativa; punto que justifica el desarrollo de otro trabajo.⁶⁵

IV. COMPARACIÓN DE CASOS

Ahora bien, ¿siempre que nos encontremos frente a una colisión entre derechos fundamentales como principios es necesario „ponderar“? Entiendo que no. Tanto el modelo de la ponderación como el modelo de la subsunción quedan sujetos a la aplicación de precedentes para la resolución de casos semejantes.⁶⁶ En este sentido, cualquier práctica de derechos humanos parece estar atada *prima facie* a la consideración de los precedentes para la solución de casos semejantes por el principio de igualdad.⁶⁷

En el ámbito de los derechos humanos, tanto el modelo de la subsunción como el modelo de la ponderación requieren de la reconstrucción de una “red de reglas-resultados de la subsunción y de la ponderación” respectivamente. Esta red vincula a quien soluciona un caso de derechos humanos 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.

Ahora bien y más específicamente en relación con el modelo de la ponderación, la red posee dos funciones:

- La primera función es decisoria y se asimila a la del precedente, soluciona la colisión sin ponderación.

⁶⁵ Véase al respecto el trabajo de Martín Aldao en este libro y, Aldao, M.: “La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales”, en G. Beade, y L. Clérico (eds.): *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011, pp. 467-485.

⁶⁶ Aquí, se utiliza la expresión “precedentes” en el sentido de una vinculación fáctica a la jurisprudencia del tribunal: v., Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, pp. 504/505; Alexy, R. y Dreier, R.: *Precedent in the Federal Republic of Germany*, Aldershot, 1997, pp. 17-64; Garay, A.: *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, 1989; Siltala, R.: *A Theory of Precedent*, Oxford/Portland Oregon, 2000; Branting, K.: *Reasoning with Rules and Precedents*, Dordrecht/Boston/London, 2000; González Bertomeu, J.: “Sin precedentes”, en *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, JA 2009-II, pp. 3-29.

⁶⁷ Clérico, L.: *Die Struktur*, cap. 3 y Clérico, L.: “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas”, 2010, op. cit.

- La segunda función se refiere a la determinación del peso abstracto⁶⁸ e intensidad abstracta de los principios que colisionan (como uno de los lados de la ponderación que complementa el lado concreto) estos se aprecia fundamentalmente en el caso *Kimel* y también en los casos sobre comunidades indígenas.

El énfasis puesto en la importancia de la red de reglas-resultados de la ponderación acerca el modelo de la ponderación orientado por reglas a otros modelos de aplicación de derechos a partir de los llamados “casos paradigmáticos”.⁶⁹ Sin embargo, en todos los casos no descarta a la argumentación en el marco de la comparación de casos como una „*instancia fallibilística irrenunciable*”⁷⁰ que, como se explicó anteriormente, relaciona la argumentación iusfundamental con las concepciones de democracia deliberativa.

V. CONCLUSIONES

Si mi argumentación fue convincente, entonces, se logró, por un lado, debilitar una de las objeciones que se realizan contra la ponderación como método

⁶⁸ “Abstracto” se usa como peso o importancia del principio que puede ser determinado independientemente del juicio de ponderación que trata de resolver la colisión en el caso concreto. Sin embargo, no implica no tener contacto alguno con reglas de la ponderación y con una práctica constitucional determinada. Antes bien, las reglas de la ponderación que pretenden determinar el peso abstracto de los principios pueden provenir de abstracciones de la justificación de las reglas-resultados de la ponderación de casos concretos, pero *anteriores* a la colisión que se debe resolver.

⁶⁹ Últimamente Moreso, José Juan: “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en Revista Direito GV, jul.-dic. 2006, pp. 13-30, propone la solución de casos difíciles a través de un modelo intermedio entre una “concepción substantiva” y una “concepción particularista” (supuestamente superadora de la propuesta de Alexy) mediante un procedimiento consistente en los siguientes 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. La idea de “casos paradigmáticos” puede ser pensada en el marco de una red de reglas resultados de las sentencias que acertadamente señala Lopera Mesa, G.: Principio de proporcionalidad y ley penal, Madrid, CEC, 2005, pp. 141-143; Clérico, L. (2012): “Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, en: Isonomía, México D.F. 2012.

⁷⁰ Alexy, R.: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1995, p. 69.

argumentativo y que propone que “por todas partes” se pondera, algo así como una suerte de “inflación de la ponderación” y que se estaría viviendo, para algunos, en un “estado de ponderación” o para otros en la era del “culto a la ponderación”.

Por el otro lado, serviría para advertir que cualquiera que quiera trasladar⁷¹ las discusiones sobre la dogmática de la proporcionalidad (discurso académico basado sobre la práctica de tribunales europeos locales e internacionales de DDHH) en el contexto europeo al sistema interamericano está llamado a atender el contexto de construcción de las historias de violaciones de los derechos humanos (discurso jurisprudencial) que se dieron en el ámbito interamericano y de sus métodos de evaluación de esas violaciones que requiere, según sostuve, *de una integración de la subsunción con la proporcionalidad, con la comparación de casos en un contexto de fuerte desigualdad en clave de paridad participativa por falta de distribución de bienes económicos y sociales y de reconocimiento*. La internacionalización del derecho constitucional no puede implicar traslado de las discusiones sobre la proporcionalidad descontextualizadas.

⁷¹ V. Frankenberg, G., “Constitutional transfer: The IKEA theory revisited”, *Int J Constitutional Law* (2010) 8 (3): 563-579.