

## 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 prepagas, 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. 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.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

Segundo, para determinar cómo evaluar la violación, hay que retomar que el derecho a la salud tiene un contenido que se aplica como regla<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 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](http://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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

## Preparación del examen de proporcionalidad

---

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).<sup>4</sup>

### 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 exhaustiva<sup>5</sup> de la situación<sup>6</sup> en la que se encuentra la afectada a causa de la

---

<sup>4</sup> 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>

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

---

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 legítimo.<sup>7</sup>

---

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).

<sup>7</sup> 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

## Preparación del examen de proporcionalidad

- 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.<sup>8</sup> 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*, 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.

<sup>8</sup> 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.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

---

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.<sup>9</sup> Un paso adelante en la realización de uno exige la disminución de la realización del otro (es decir, su restricción) y a la inversa,<sup>10</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.