

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 Reuters, 2013.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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>

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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-

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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).

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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-

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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 *Tolozza, 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.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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, Adriel y D’Elía, Daniel, “Enfrentar o conjugar:...”, *cit.*

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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 atienda 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.*

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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).

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

- 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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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. 3.1.2 hasta 1.2.5.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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:

[1]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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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 sopesamiento* 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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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.

El examen de proporcionalidad: violación por acción

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.