

Capítulo 4.

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

4.1. INTRODUCCIÓN

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

4.2. EXAMEN DE RAZONABILIDAD, RAZONAMIENTO ORIENTADO POR EL PROBLEMA

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

4.5.1. Examen de idoneidad

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

4.5.2. Examen de medios alternativos menos lesivos

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ *Ibidem*, cap. 2. III.

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 94.

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

4.5.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

Para efectuar esta ponderación, se debe considerar:

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

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

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

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

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

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

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

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

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

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

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

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

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

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

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

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

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

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

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 88.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 61 con cita del *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, *supra*, párr. 121.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párrs. 62-64: en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público (62). Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público (63). Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza (64), como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

de sus funciones, sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público.⁶⁸

De esta línea de argumentación surge que los tribunales internos no tuvieron en cuenta estas consideraciones pues, por ejemplo, la Corte interna:

[n]o analizó en el caso en concreto si la información cuestionada tenía o no carácter de interés público o contribuía a un debate de interés general. Por el contrario, en su decisión se refirió a los alegados aspectos de la vida privada de manera aislada de las cuestiones de interés público que de ellos se derivan y que constituyen el aspecto fundamental de las notas cuestionadas.⁶⁹

Respecto de la restricción en concreto al derecho a la vida privada tampoco parece ser muy intensiva, ya que si:

- a) para el momento de la publicación de las noticias estas ya eran conocidas de algún modo por su publicación en otros medios nacionales y extranjeros y “[q]ue ante aquellas difusiones públicas previas de la información, el señor Menem se hubiera interesado en disponer medidas de resguardo de su vida privada o en evitar, de cualquier otra manera, la difusión pública que luego objetó respecto de la revista *Noticias*”,⁷⁰ y
- b) el propio funcionario público

[a]doptó, con anterioridad a que se realizaran las publicaciones que luego cuestionó, pautas de comportamiento favorables a dar a conocer esas relaciones personales, al compartir actos o situaciones públicas con dichas personas, las cuales aparecen registradas en varias de las fotos que ilustran las notas, e incluso recibiendo al niño y a su madre en un lugar oficial como la Casa de Gobierno [...]. La Corte recuerda que el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la con-

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 60.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 66.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 64.

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

ducta desplegada por el mismo. En este caso, su conducta no fue de resguardo de la vida privada en ese aspecto.⁷¹

Las expresiones también se manifestaron en soporte de fotos. La Corte IDH, si bien sostiene que estas caen bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión (art. 11 CADH), advierte sobre el “contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto”. Sin embargo, ese potencial no convierte a la restricción en la vida privada en grave:

- a) estas comparten como la información en soporte papel la relación de lo que expresan con el interés público y sobre un funcionario público, y
- b) las fotos tienen el efecto de acompañar, servir de respaldo —o contribuir—⁷² a lo que se informa y no están simplemente dirigidas a satisfacer un interés de mera curiosidad sobre la vida privada del funcionario público. Tampoco vuelve a la afectación de la vida privada del funcionario público más intensiva por no contar la publicación de la imagen con el consentimiento del retratado. Nuevamente aquí juega un papel fundamental la consideración de la relación de la información —aunque sea en soporte foto— con el interés público y el carácter de funcionario público de la persona fotografiada: “cuando las imágenes se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país, dado que no sería razonable exigir que un medio de comunicación deba obtener un consentimiento expreso en cada ocasión que pretenda publicar una ima-

⁷¹ *Ibidem*, párrs. 65, 32, 35 y 36.

⁷² *Ibidem*, párr. 68: “La Corte considera que las imágenes estaban fundamentalmente dirigidas a respaldar la existencia de la relación entre el señor Menem, la señora Meza y Carlos Nair Meza, apoyando la credibilidad de la nota escrita y, de tal modo, llamar la atención sobre la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos así como la eventual existencia de otros favores y gestiones, por parte del entonces presidente en beneficio de quienes aparecen retratados en las imágenes publicadas. De esta forma, las imágenes representan una contribución al debate de interés general y no están simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad del público respecto de la vida privada del presidente Menem”.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

gen del presidente de la nación. Por ello, en este caso en particular, la alegada ausencia de autorización del señor Menem tampoco transforma a las imágenes publicadas en violatorias de su privacidad”.⁷³

Por ello, una *restricción grave* a la libertad de expresión cuando se trata de información —ya sea expresada en soporte papel o fotográfico— de interés público sobre un funcionario público,⁷⁴ aunque pueda tener relación con su vida privada, a causa de la condena judicial a una reparación civil (M) en la que no se ponderó en forma suficiente el carácter público de la información, *sobrepasa* —no puede ser justificada a través de— una *importancia leve, moderada* de realización del derecho a la vida privada de un funcionario público (p. ej., Presidente de un Estado). Así, el funcionario público debe soportar y tolerar la información sobre su actuar y vida privada relacionada con la cuestión pública y máxime cuando la información había sido publicada con anterioridad en el país y en el extranjero no habiendo reclamado reparación alguna; y habiendo el funcionario con su propia conducta abierto las puertas de la llamada vida privada, entre otras cosas. En fin, como sostiene la Corte IDH: “[l]a medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada”.⁷⁵ Es decir, no se justificó “la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción”⁷⁶ a la libertad de expresión.

Así, en el *último* paso se trata de la *ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados (ponderación propiamente dicha)*. Este paso está conformado por la aplicación de la fórmula de la ponderación, que dice: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene

⁷³ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, *supra*, párr. 70.

⁷⁴ *Ibidem*, párrs. 43, 69, 89.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 71; *cfr.* párr. 91: “De tal modo la medida de responsabilidad ulterior impuesta resultó innecesaria en una sociedad democrática”.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 55.

Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad...

que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Se establece una *relación entre grados de realización o de afectación e importancia de la realización de dos (o más) principios*. Esta fórmula ofrece un *procedimiento para la justificación* —y en su caso, su correspondiente *crítica*— de la decisión del conflicto entre principios. Es decir, sí dice que para justificar debidamente una no realización o no satisfacción muy grave de un derecho, no basta con que la realización del principio colisionante sea poco importante, débil. Así, quien realiza una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta: el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan; la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado a fin de no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.⁷⁷

4.6. CONSIDERACIONES FINALES

En este capítulo realizamos una lectura de la herramienta argumentativa del examen de razonabilidad en la versión de Linares y en la versión moderna —como examen de proporcionalidad—, para luego aplicarlo en forma ejemplificativa a un caso en el que la afectación al derecho se da por exceso y en el que la Corte IDH eleva la pretensión de estructurar su argumentación por el examen de proporcionalidad. En este sentido, la jurisprudencia de este último Tribunal parece más propicia para el desarrollo del

⁷⁷ El último paso del modelo de la ponderación orientado por reglas gira en torno a la reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar colisiones futuras. El procedimiento argumentativo de la ponderación no se ve satisfecho si el resultado de la solución de un conflicto entre principios no puede ser reformulado en una regla-resultado de la ponderación, nuevamente aquí reaparece la importancia del caso entendido ahora como una suerte de “precedente”. Esta regla-resultado de la ponderación vincula a quien realiza una ponderación, a reglas y, en este sentido, limitaría su discrecionalidad. En tanto sería incoherente si no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares, el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente. Así la consideración del resultado-regla de la ponderación conforma un caso de la consideración de precedentes —o si se quiere de casos paradigmáticos en la línea de Moreso—, que incluso puede conformar una red de reglas-resultados de la ponderación. Esta red estaría conformada en materia de libertad de expresión por casos como *Kimel* y *Fonteviechia*, entre otros.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

tema que la jurisprudencia de la Corte argentina, que evade presentar una argumentación estructurada cuando dice que realiza un examen de razonabilidad.⁷⁸

Asimismo, en este trabajo tratamos de expresar la estructura argumentativa del examen de proporcionalidad como una herramienta orientada a la resolución del problema. Así, esperamos haber dado buenas pistas para el rescate del examen de razonabilidad como un procedimiento de argumentación preocupado por comprender el problema que se discute y examinar las razones que se alegan; más que un procedimiento rígido centrado desde el principio en encasillar la cuestión en la determinación de la intensidad de control judicial a la que se someterá el problema en disputa.

⁷⁸ Sobre algunos intentos de sistematizarla bajo el esquema de proporcionalidad véase Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., cap. 4; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo...*, cit.; Saggese, Roberto, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, entre otros.