

PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN EL CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH

BALANCING AND PROPORTIONALITY IN THE CASE KIMEL-ARGENTINA OF THE IACHR

PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE NO CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH

*Carla Espinosa Cueva**

Recibido: 01/08/2016
Aprobado: 13/07/2017

Resumen:

Este artículo se centra en analizar, evaluar y problematizar el empleo de la ponderación y del principio de proporcionalidad con sus respectivos tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como un método racional o razonable en el caso Kimel-Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra.

Palabras clave: Ponderación; Principio de proporcionalidad; Idoneidad; Necesidad; Proporcionalidad; Óptimo de Pareto.

Abstract:

This article focuses to elucidate, evaluate and problematize the use of balancing and the principle of proportionality with their respective three sub-principles: suitability, necessity and proportionality in the narrow sense, as a rational or reasonable method in the case Kimel-Argentina of the Inter-

American Court of Human Rights on collision between freedom of expression and the right to reputation or honor.

Key words: Balancing; principle of proportionality; suitability; necessity; proportionality; optimum of Pareto.

Resumo:

Este artigo se centraliza em analisar, avaliar e problematizar o emprego da ponderação e do princípio de proporcionalidade com seus respectivos do princípio de proporcionalidade com seus respectivos três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estricto, como um método racional ou razoável no caso Kimel-Argentina da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativo a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra.

Palavras chave: Ponderação; princípio de proporcionalidade; Idoneidade; Necessidade; Proporcionalidade; Ótimo de Pareto.

* Doctora en Derecho (PhD) (c) UASB-E; Magíster y Especialista en Derecho Procesal UASB-E, Diplomas en Derechos Humanos y Operaciones Civiles, Atlanta Georgia (USA); Abogada y Doctora en Jurisprudencia PUCE. Docente e investigadora de la UASB (Ecuador y Bolivia) y del IAEN. Autora de libros y artículos relacionados con el Derecho. Actualmente, es Subsecretaria de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca analizar y evaluar cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Kimel-Argentina, emplea la ponderación y la proporcionalidad en relación a la libertad de expresión cuando entra en tensión con otros derechos contenidos en la Convención Americana.

Lo que se evaluará es el empleo técnico del principio de proporcionalidad con sus subprincipios parciales: (1) idoneidad, (2) necesidad y (3) proporcionalidad en sentido estricto. En esta última regla entra la ley de la ponderación, cuyo campo de estudio engloba el análisis de su estructura, razonabilidad y legitimidad.

En la actualidad, se aborda a la ponderación y al principio de proporcionalidad como parámetros de control de la legitimidad de cualquier restricción normativa de los derechos tanto en las jurisdicciones nacionales como internacionales de derechos humanos con el fin de optimizar y armonizar los intereses que entran en colisión. No obstante, el objeto de estudio impone algunas limitaciones, pues hay autores como Prieto Sanchís, Guastini, García Amado o Habermas que, sin adscribirse a teorías o corrientes similares, consideran que la ponderación requiere de niveles elevados de racionalidad y razonabilidad argumentativa difíciles de identificar cualitativa y cuantitativamente, por lo que, en la práctica pierde trascendencia su empleo técnico. En este afán interpretativo que realiza la Corte IDH, resulta interesante abordar la tarea de ponderación de los principios normativos protegidos por la Convención en los que pueda existir una relación de tensión práctica y la aplicación del principio de proporcionalidad, en un caso específico y definir, en último término, su correcta utilización.

No obstante, es necesario analizar si el juicio de ponderación como técnica de aplicación de los derechos fundamentales y que se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad que utiliza la Corte IDH en sus sentencias resultan útiles y conducen a una mejor aplicabilidad de las normas o si, por el contrario, es una técnica intrascendente condicionada por las valoraciones o interpretaciones previas de las normas o preferencias de dicho Tribunal en un espacio temporal, político, social y económico que aumentan la subjetividad y no aportan en mucho a la teoría del derecho. Para ello, este trabajo se centrará en el análisis y valoración del uso del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH.

Por tanto, el objetivo general es realizar un estudio crítico sobre la estructura metodológica de la ponderación y su coherencia discursiva en la sentencia del caso Kimel-Argentina de la Corte IDH relacionado con la libertad de expresión y el derecho a la honra. No obstante, de manera tangencial, se analizarán otros fallos relacionados con este tema, con la finalidad de señalar las notas comunes y equidistantes con los debates actuales desde la teoría y práctica de la Corte.

Este ensayo está estructurado en tres partes. En la primera, se abordará los conflictos normativos, el postulado de la ponderación y la proporcionalidad con sus respectivos subprincipios. La segunda se referirá, a breves rasgos, al caso Kimel-Argentina y reconstruirá el juicio de ponderación efectuado por la Corte IDH para concluir con una evaluación del juicio de ponderación. Por último, se plantearán algunas conclusiones sobre el tema de estudio.

LA PONDERACIÓN Y LA PROPORCIONALIDAD

El fundamento de la teoría de las normas, por una parte, de la subsunción y, por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Por ello, resulta interesante analizar de forma sucinta este tema.

Conflictos entre reglas y principios

Dentro de los criterios de clasificación de las normas que influenciaron el surgimiento de la nueva pro-

puesta conceptual, y que se constituyeron en verdaderas fuentes del Derecho, están: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo.

Por un lado, el *positivismo*, cuyos principales exponentes son Kelsen (1982, 83) y Hart (1980, 99 y ss.) señala que el derecho está constituido por normas jurídicas objetivas, racionales y axiológicamente neutras. Con todo, cabe aclarar que estas nociones del formalismo

o *iuspositivismo* del siglo XIX distan en mucho a la del positivismo actual.

Pero, por otro, aparece aquella clasificación impulsada por las *corrientes valorativas* que las divide en reglas y principios cuyo debate lo inició Ronald Dworkin (1995, 75-8) como una crítica al positivismo jurídico, en especial, de Hart, a quien acusa de concebir al derecho como un sistema compuesto de reglas cuya pertinencia al mismo se determina de acuerdo con la manera en que son creadas (*pedigree*). (Ruiz, s.f., 2 y ss).

Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente (mandatos definitivos o normas condicionadas) (Alexy 2011, 13-4), aunque también pueden revestir una fórmula categórica, por ejemplo, la prohibición absoluta de la tortura. Lo decisivo es que, si una regla tiene validez y es aplicable, constituye un mandato definitivo y se debe hacer lo que ella exige. Si esto se hace, la regla se cumple: si no se hace, la regla se incumple.

Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (mandatos de optimización) y se caracterizan en que pueden ser cumplidos en distintos grados las cuales dependen de cuestiones factuales o normativas (Alexy 2008, 349).

El derecho no solo contiene reglas sino también principios que surgen en el momento de la interpretación-aplicación. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, aplicadas de forma independiente, conducen a resultados distintos. Así: (i) En caso de conflictos entre reglas, la decisión se toma apelando a consideraciones externas o apelando a otras reglas, a través de los distintos criterios, reglas o métodos de interpretación en los cuales se invalida una de las normas o se introduce una regla de excepción. (ii) En caso de conflictos entre reglas y principios, se exige una decisión acorde con el principio, siempre que no existan otros principios que apunten en una dirección contraria. (iii) Por último, en caso de colisiones entre principios, Alexy señala que es necesario apelar a la ponderación.

Puede observarse que, por lo general, se vincula los conflictos entre reglas a la subsunción y de principios a la ponderación. No obstante, este vínculo parecería desmedido, pues no existe ningún obstáculo para resolver un conflicto de reglas mediante la ponderación,

ni para resolver un conflicto de principios de naturaleza constitucional mediante algún mecanismo distinto a la ponderación.

Con todo, es cierto que existen casos en los cuales los métodos tradicionales de interpretación y resolución de casos resultan insuficientes por lo que es necesario a través del balanceo analizar los tres elementos ponderativos, que según Robert Alexy (2008, 349 y ss), resultan fundamentales en la teoría de los principios, que son: (i) un sistema de condiciones de precedencias, (ii) un sistema de estructuras de ponderación y (iii) un sistema de prioridades *prima facie*. Estos aspectos se explican más adelante y se analizan en el caso concreto.

Relaciones funcionales entre la ponderación y la proporcionalidad

En esta sección es necesario centrarnos en la forma como funcionan los principios y las reglas. En la aplicación de normas jurídicas existen dos operaciones fundamentales: la subsunción y la ponderación.

En principio, Alexy señala que las reglas se aplican mediante la subsunción (reglas lógicas) y los principios a través la ponderación (reglas aritméticas), los cuales lejos de coincidir –conforme quedó indicado– resultan útiles para el objeto de este análisis de caso.

Los principios como mandatos de optimización pueden ser cumplidos en diferente grado y medida. Por ello, en casos concretos de colisiones entre principios de distinto pesaje, los resultados varían en favor o en contra de uno de ellos, y prima el de mayor peso. A ello, se denominada *precedencia condicional* (Alexy 2002, 89-95). En decir, existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que se fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso (Pulido 2003, 226).

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas y equivale a sopesar criterios opuestos, es decir, sirve para determinar el grado de afectación de los derechos y su justificación; y, por lo tanto, un instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad (en específico, la regla del examen de proporcionalidad en sentido estricto) a casos concretos.

En cambio, la *proporcionalidad* aparece como una guía en el proceso ponderativo para obtener el resultado satisfactorio o justo, cuando existe un choque de principios en conflicto, esto es, cuando la aplicación de un principio implica la reducción del campo de aplicación del otro.

De lo expuesto, queda claro que la ponderación o balanceo y la proporcionalidad no son instituciones homogéneas pero sí necesarias en la resolución de casos. La primera, es un método decisorio caracterizado por la preexistencia de un conflicto de normas que resulta mediante una relación de precedencia condicionada. La segunda, un modelo de control “posterior” cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada (aplicación del test tripartito), o “previo” con el fin de anticipar el resultado del juicio de control (autocontrol de la proporcionalidad).

El principio de proporcionalidad se descompone en tres reglas parciales que involucran el examen: (i) de idoneidad de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; (ii) de necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin, esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios afectados por el uso de esos medios; y, (iii) de proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique otros valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer (Gaviria 2002, 67).

Los tres subprincipios operan copulativamente, esto es, todos deben ser asumidos para que el precepto normativo se considere legítimo, justo y adecuado. En otras palabras, entre los subprincipios de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y la legitimidad del principio de proporcionalidad, existe una relación de implicación material, de manera que cada uno de los requisitos son condiciones necesarias y no suficientes para que el principio opere de forma correcta.

Los subregla de idoneidad y de necesidad expresan el mandado de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales sin costos para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto, que consiste en mejorar la situación de un individuo por lo menos, sin afectar al resto (Alexy 2008, 349-50). En cambio, el exa-

men de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación. Ahora bien, en el ámbito convencional, la Corte IDH reproduce los subprincipios de proporcionalidad, en el siguiente sentido: (i) *Adecuación* de los medios a los fines; ello significa que los derechos fundamentales contenidos en la CADH, solo pueden ser limitados por un bien protegido de relevancia convencional, y no por intereses de menor relevancia jurídica. (ii) La *necesidad* o intervención mínima exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho convencional y no se la pueda sustituir por otra medida eficaz pero menos gravosa a los derechos humanos. (iii) Por último, la *proporcionalidad en sentido estricto*, examina si la limitación producida al derecho constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado. Cuanto más grave sea la intervención de los derechos fundamentales de las personas afectadas, debe existir una más intensa afectación del interés público que la justifique (Nogueira 2011, 3).

Así, la ponderación plantea tres problemas básicos: el de la estructura, razonabilidad o legitimidad. La estructura se refiere al aspecto metodológico de la ponderación. La razonabilidad a la calidad de los argumentos que justifican la prevalencia de un derecho. Por último, la legitimidad corresponde al grado de aceptación de la decisión. Por supuesto, la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su razonabilidad, y la estructura de la ponderación es decisiva para su razonabilidad (Alexy 2008, 349). El problema del análisis de la estructura de la ponderación es, por tanto, esencial en el derecho.

La estructura de la ponderación

Al igual que el silogismo, la ponderación tiene una estructura compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar esta relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación (Pulido, 2003, 227).

Ley de la ponderación

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Alexy señala que la ley de la ponderación se divide en tres pasos: 1) determinación del grado de no satisfacción de uno de los principios; 2) definición de la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, 3) definición si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción del otro (Alexy 2008, 351-3).

El primero y segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–, mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en el caso concreto puede ser: leve, medio o grave. La misma escala se aplica a la segunda variable relativa al peso abstracto. A lo anterior se agrega una tercera variable, relativa a la proyección de la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación examinada en el caso concreto (Pulido 2003, 228-30).

Estas tres variables: peso concreto, peso abstracto y proyección de la certeza de la apreciación empírica relativas a su afectación, se relacionan con el tercer paso, relativo a si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o restricción del otro, mediante la fórmula del peso.

Fórmula del peso

La fórmula del peso se expresa de la siguiente manera:

$$G_{pi, jc} = \frac{I_{piC} G_{Pia} S_{PiC}}{W_{pjC} G_{PjA} S_{pjC}}$$

Esta fórmula enuncia que el principio (Pi) en relación con el principio (Pj), en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio (Pi) en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra (Pulido, 2003, 229).

Alexy, por último, atribuye los siguientes valores numéricos, como serie geométrica, a las variables referidas a la afectación de los principios en concreto y abstracto: leve ($2^0 = 1$), medio ($2^1 = 2$) y grave ($2^2 = 4$) y añade que la ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta más ventajoso por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva (2008, 364-6). En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les atribuye los valores: seguro ($2^0 = 1$), plausible ($2^{-1} = 0,5$) y no evidentemente falso ($2^{-2} = 0,25$).

Cargas de argumentación

Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($G_{Pi, jc} = G_{Pj, ic}$). En este punto se sostiene que Alexy se inclina hacia lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios. (Pulido, 2003, 231-2).

En definitiva, para Alexy, es posible hacer juicios racionales y razonables a través del análisis de la estructura de la ponderación estableciendo grados de intensidad e importancia en los principios que entran en colisión, en contraposición a opiniones como las de Habermas, García Amado y Schlink que sostienen que la ponderación es arbitraria, excesiva e irracional.

PONDERACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO KIMEL-ARGENTINA DE LA CORTE IDH

Esta sección analiza el caso Kimel-Argentina en la jurisprudencia de la Corte IDH relativo a libertad de expresión. Para ello, se parte del estudio de lo que constituye el núcleo duro de los derechos. Luego, se lo

aborda en el contexto de la libertad de expresión, para concluir con el análisis de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad de este caso desde la jurisprudencia de la Corte IDH.

Núcleo duro de los derechos

El núcleo duro de derechos humanos hace referencia a aquel grupo de derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos, que no se pueden limitar o restringir en caso alguno. Se encuentran contenidos en los artículos: 27.2 de la Convención ADH; 4.2 del PIDCP; 3 común de los Cuatro Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario; y, 15.2 de la CEDH (Grossman 1990, 175; Grossman 2007, 165-84).

En cambio, los derechos restringibles deben considerarse dentro de dos situaciones que también son diferenciadas tanto por la Convención como por el PIDCP, esto es, en estados de anormalidad y normalidad.

El primero, de forma estricta, se refiere a aquellos momentos de guerra, peligro público o de otra amenaza a la independencia o seguridad del Estado (artículo 27.1 de CADH) o de situaciones que pongan en peligro la vida de la nación (artículo 4 PIDCP).

Por otra parte, en escenarios de normalidad, las limitaciones establecidas en la CADH (art. 27) y el PIDCP, están sujetas a ciertos requisitos, incluida la libertad de expresión. De manera general, el artículo 30 de la CADH, señala que las restricciones permitidas deben aplicarse conforme con la ley por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En resumen, los requisitos necesarios en situaciones particulares para restringir los derechos en casos de normalidad son: (i) que conste en una ley en sentido formal y material; (ii) que se presente con el objeto de proteger la seguridad nacional, el orden público o, derechos y libertades públicas; y (iii) que se aplique el principio de proporcionalidad (Grossman 2007, 170-80; Fernández Segado 1990, 100 y ss).

Con relación a este punto, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-8/87, relativa al Amparo (25.1) y Hábeas Corpus (7.6) bajo Suspensión de Garantías, sobre la protección a los derechos y libertades que no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, de forma expresa señala:

21. Resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido

a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso.

Asimismo, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-9/87 señala las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH).

Contenido, alcance y restricción del derecho a la libertad de expresión

En general, si bien es válido sostener que el ejercicio de los derechos garantizados por la CADH debe armonizarse con el bien común. Ello no indica que el artículo 32.2 sea aplicable en forma idéntica a todos los derechos que la Convención proteja, en especial, de aquellos en que se especifican taxativamente las causas legítimas en que se pueden fundar sus restricciones. Así, los casos de libertad de expresión son susceptibles de limitación, según se ajusten o no a los términos en que dichas restricciones estén autorizadas por el artículo 13.2 de la CADH (García y Gonza 2007, 30). Con todo, esto no significa que la libertad de expresión (arts. 13 y 14 CADH y 4 DADH) no constituya un valor fundamental de la democracia, en especial en países con frágiles separaciones de poderes, pues permite reafirmar la igualdad y la transparencia (Claudio Grossman 2007, 150-61).

Los requisitos que debe satisfacer una restricción en esta materia, son: (i) Fijación legal expresa. (ii) Establecimiento de un objetivo legítimo que asegure: (1) el respeto a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas y, (2) que la medida sea proporcional al interés que la justifica interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Corte IDH. Caso Herrera Ulloa y otros).

La jurisprudencia de la Corte IDH, en materia de libertad de expresión, ha aplicado el principio de proporcionalidad en diversas etapas. La primera, en la Opinión Consultiva OC-5/85 (Colegiación Obligatoria de Periodistas), en la cual se utilizan los subprincipios de la proporcionalidad conforme la dogmática alemana para determinar la restricción del derecho a la libertad de expresión (art. 13 CADH, párrafo 79).

La segunda, en casos contenciosos, como la Última Tentación de Cristo, en los que aún no aplica ni el principio de proporcionalidad ni la ponderación, sino la subsunción, en la medida que el artículo 13 de la CADH determina la regla de prohibición de censura previa y solo posibilita responsabilidades ulteriores (Nogueira, 2011, 125).

En la tercera etapa, la Corte IDH empieza a utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad para los casos de conflictos del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra. Así, en los casos Herrera Ulloa (párrafo 120-3), Ricardo Canese (párrafo 96) y López Álvarez (párrafo 68), este tribunal muestra una tendencia creciente hacia la utilización del principio de proporcionalidad en estas materias, independientemente de la aplicación de la ponderación como técnica de resolución de conflictos entre principios.

Luego, en una última etapa, la Corte IDH incrementa la actividad argumentativa e interpretativa en materia de libertad de expresión. Así, en los casos Kimel (párrs. 51 a 103), Fontavecchia (párrs. 51-6) y Mémoli (párrafo 130), la labor ponderativa se tecnifica y aparecen nuevas aplicaciones del concepto de proporcionalidad con sus subprincipios con el fin de anticipar el resultado del juicio de control de este Tribunal.

Incluso, se comienza a plantear, aunque de forma incipiente, los tres problemas básicos que se deben tomar en consideración en la ponderación, esto es: la estructura, racionalidad y legitimidad (Alexy 2008, 349). Con todo, al hablar de la falta de tecnicidad de los argumentos empleados por la Corte IDH no se hace alusión al uso de argumentos menos rigurosos, sino que el método de balanceo utilizado no sigue los criterios adoptados, en especial, por Alexy, conforme se señalará en los siguientes párrafos en el análisis del caso Kimel-Argentina.

Caso Kimel-Argentina

Este caso tiene lugar en 1989 cuando Eduardo Kimel publica un libro sobre “La masacre de San Patrio”, en el cual se analiza el asesinato de cinco religiosos de la orden palotina durante la dictadura militar de 1976. El juzgador aludido en 1991 entabla una acción penal en su contra por el delito de calumnia y luego por injurias, la cual culmina con la condena en firme a Kimel.

En el año 2000, el CELS y CEJIL presentan una denuncia contra Argentina ante la Comisión IDH por violación de este de las obligaciones del artículo 13 de la CADH relativas a la libertad de expresión. Luego, la Comisión decide someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte IDH, el año 2007. En el escrito de contestación a la demanda el Estado argentino se allana a la demanda y efectúa un reconocimiento de responsabilidad internacional. No obstante, la Corte IDH, decide emitir sentencia, como una forma de reparación a Kimel.

En el análisis del caso, la Corte IDH realiza un examen de proporcionalidad con sus subprincipios y utiliza el método de ponderación para balancear los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la honra, conforme se analiza a continuación.

Uso y alcance de la proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH sobre libertad de expresión

Las consideraciones conceptuales anteriores permiten examinar con mayor claridad los distintos problemas jurídicos a los que se enfrenta la Corte IDH en el caso Kimel-Argentina, incluido el voto concurrente razonado de Diego García-Sayán (2008, párrafos 2-4).

Según lo constatado en el expediente, resulta evidente que la información expresada por el señor Kimel en este caso se encontraba dentro del ejercicio regular de un derecho y que la sanción penal establecida contra él fue desproporcionada.

Ahora bien, la metodología y argumentos empleados por la Corte IDH en este caso, señalan que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra son de suma importancia y, por ello, es necesario garantizar ambos mediante la debida observancia de los límites fijados por la propia CADH, mediante criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

51. [...] En este sentido, *la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad*. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e in-

tensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio (Corte IDH, 2008).

En este sentido, en el Caso Kimel-Argentina, la Corte realizó un verdadero test de razonabilidad al señalar:

58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 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 éste a manifestar su opinión. (Corte IDH, 2008).

Así, la Corte resuelve el caso a través de la aplicación de la ponderación entre los principios: libertad de expresión y derecho a la honra y decide sobre la prevalencia de uno de ellos en el caso concreto, a la luz de la Convención. El análisis de la justificación ha sido decantado por la Corte a través de la razonabilidad, fundada en la ponderación, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con sus respectivos subprincipios, conforme se analiza a continuación.

Estos elementos también son abordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos: *Arrêt Marckx v. Belgique* 1979, *Mamere v. Francia*, *Vural v. Turkey* 2014, *Semir Güzel v. Turkey* 2016, *Karácsony and Others v. Hungary* 2016, *Norikova and Others v. Russia* 2016, *Döner and Others v. Turkey* 2017, entre otros.

Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción

En la verificación de la legalidad estricta que es preciso observar al momento de restringir la libertad de expresión por la vía penal, la Corte IDH en el caso Kimel-Argentina (2008), consideró:

63. [...] es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa [...].

No obstante, la Corte IDH resaltó que la “deficiente regulación penal” que sanciona las calumnias y las injurias en materia de libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la CADH, así como contraviene los artículos 9 y 13.1 de la CADH.

Es decir, la Corte IDH se pronuncia sobre el primer requisito que debe satisfacer una restricción en esta materia, esto es, que debe ser expresa, taxativa y previamente fijada por una ley, tanto en sentido formal como material, con el fin de brindar seguridad jurídica y concluye que frente a la deficiente regulación penal, debido a la presencia de una indeterminación semántica por vaguedad que incluso podría degenerar en una ambigüedad, existe una violación de los artículos 9 y 13.1 de la Convención. Además, entra a analizar los requisitos restantes.

Finalidad e idoneidad de la restricción

Si bien la Corte IDH consideró que la sanción impuesta a Kimel tuvo “el propósito legítimo de proteger el honor de un funcionario público” (artículos 11 y 13.2 a. convencional); no obstante, puntualizó que “los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas que los particulares” ya que el control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos, incluidos quienes trabajan en la administración de la justicia (párrafo 68-70).

En consecuencia, la Corte consideró que la protección de la honra de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho

objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en este caso, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá a continuación.

Necesidad de la vía utilizada

En esta parte se procede a examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas.

Para la Corte IDH (párrafo 72), toda sociedad que se reputa democrática debe aplicar el poder punitivo de forma restrictiva y necesaria para la protección de los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Así, resulta necesario conciliar de forma razonable las exigencias de la libertad de expresión con el derecho a la honra y el principio de mínima intervención penal, para lo cual es necesario ponderar la extrema gravedad de la conducta desplegada por el señor Kimel, el supuesto dolo con el que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma excepcional, medidas penales.

En este orden de consideraciones, la Corte (párrafo 76) concluyó que *la sanción penal impuesta es excesiva, abusiva e innecesaria* ya que el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas como la “imposición de sanciones civiles”, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso se considera si la restricción resulta proporcional al interés que la justifica y al logro de ese objetivo, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación en perjuicio de otros principios fundamentales (párrafo 83).

En este caso, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin

hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para ello, la Corte IDH, consideró necesario analizar: (i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y, (iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Así, la Corte señaló que el grado de afectación de la libertad de expresión por la crítica realizada por Kimel en temas de interés público, mediante la imposición de una sanción penal, la inscripción en el libro de antecedentes penales y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta en este caso fueron “graves” (párrafo 85).

Respecto al derecho a la honra, la Corte señaló que este debe ejercerse con mayor tolerancia (García y Gonza 2007), ya que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica con el fin de fomentar la transparencia y la responsabilidad en el ejercicio de la gestión pública (Corte IDH, Casos Ricardo Canese y otros), más aún si se trata de un tema de interés público del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina y que no tenía relación con la vida personal del juez querellante.

Sobre esto, la Corte concluyó que la afectación a la libertad de expresión de Kimel fue desproporcionada y excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra (párrafo 86-95), pues la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en el derecho a la honra en detrimento de la libertad de expresión.

Por ello, se concluye que la labor de la Corte IDH en este caso cambia el panorama normativo y se adapta la labor argumentativa en función de los nuevos contextos sociales de la región. En ese sentido, la función jurisprudencial ya no se concibe como una simple operación jurídica de soluciones específicas en el marco de normas especiales, sino que utiliza nuevas herramientas y técnicas de argumentación e interpretación jurídica que buscan la armonización de principios en conflicto en torno a los derechos humanos.

Sin embargo, es necesario que su utilización sea técnica y prudente. De lo contrario, puede conducir a re-

sultados indeseables, en donde existan no verdaderas motivaciones sino argumentos pobres que no conducen al acrecentamiento de la jurisprudencia ni del derecho.

Por ello, hubiera sido útil que la Corte IDH en este caso explique, más detenidamente, el discernimiento utilizado para la identificación de los derechos convencionales que presentan tensión, atribuyéndoles una valoración específica a cada uno conforme con las circunstancias del caso y el grado de cumplimiento del principio y el grado de perjuicio para el derecho contrario, para que la decisión prevalente tenga mayor sostenimiento.

Esto es, se debió ponderar de forma casuística el daño que causó la crítica que realizó Kimel, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, al derecho a la honra del juzgador argentino a través de la ley de la ponderación como parte del análisis de la estructura ponderativa. Luego, se debió analizar la fórmula del

peso con sus tres variables: peso concreto, peso abstracto y proyección de la certeza de la apreciación empírica relativas a su afectación, y conforme las distintas intensidades de cada una de ellas. Y, por último, se debió referir al tema de las cargas argumentativas.

En otras palabras, la Corte IDH debió realizar un análisis global de las estructuras ponderativas para dotar de mayor legitimidad y razonabilidad a su decisión o, por el contrario, debió indicar las razones de la segmentación de los elementos de las estructuras ponderativas. Con ello, sin embargo, no se considera que todos los casos deben tomar en cuenta el esquema de Alexy, sino que es necesario argumentar la razón de la exclusión de las mismas, pues parecería que no existe una familiarización absoluta con esta técnica de balanceo.

En este sentido, sería útil utilizar otros criterios o métodos de interpretación vigentes en nuestro sistema ju-

CONCLUSIONES

rídico de derechos humanos para la justificación de las decisiones incluida la técnica de los precedentes.

Del análisis anterior podemos concluir lo siguiente:

1. Es necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia diferencien, de forma más precisa, a la ponderación frente a la proporcionalidad, ya que son instituciones heterogéneas. La primera es un método decisorio caracterizado por la preexistencia de un conflicto de normas que resulta mediante una relación de precedencia condicionada. La segunda, un método de control "posterior" cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada (aplicación del test tripartito), o "previo" con el fin de anticipar el resultado del juicio de control (autocontrol de la proporcionalidad).
2. La utilización más o menos técnica de la ponderación, como juicio comparativo de valor, en los casos investigados en la Corte IDH, no es directamente proporcional a la interpretación, ya que, en esta parte, no se atribuye un significado a las normas de la colisión. Por el contrario, puede ocurrir que algunos casos con poca técnica ponderativa sean mejor argumentados que aquellos con elevados niveles de tecnicidad, pues es la conciencia valorativa del Tribunal la que determina lo que será objeto de pesaje y su resultado final.
3. Si bien en el caso Kimel-Argentina y Mémoli-Argentina, la labor ponderativa se tecnifica y aparecen nuevas aplicaciones del concepto de proporcionalidad con sus subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a manera de aplicación del test tripartito con el fin de anticipar el resultado del juicio de control de la Corte, ello no significa que su utilización fue la correcta.
4. Si bien la sentencia Kimel intenta abordar el tema de la ponderación, lo hace de forma muy sintética, sin ninguna explicación de porqué utiliza o no determinadas herramientas en su labor de balanceo de los principios.
5. Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte EuropeaDH, abordan el tema de la proporcionalidad con sus tres subprin-

BIBLIOGRAFÍA

- cipios ninguna llega a explicar a profundidad los criterios previos que utilizan para la interpretación y justificación de su pesaje.
- Alexy, Robert. 2002. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 2008. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya, Álvaro y Rodríguez, Javier. 2004. *El núcleo duro de los derechos humanos: práctica jurídica en Colombia 1991-2004*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Atienza, Manuel. 2005. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.bibliojuridica.org> (consultada el 08 de octubre de 2015).
- _____. 2012. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003. *Estructura y Límites de la ponderación*, DOXA, No. 26.
- Carbonell, Miguel, edit. 2008. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Dworkin, Ronald. 1995. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Faúndez Ledesma, Héctor. 2004. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández Segado, Francisco, “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva Época)*, No. 70, 1990.
- García Amado, Juan. s.f. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. León: Universidad de León. <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>> (consultada el 08 de octubre de 2015).
- _____. s.f. *Interpretar, argumentar, decidir*. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/interpretar-argumentar-decidir.pdf> (consultada el 08 de octubre de 2015).
- García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra. 2007. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José: CIDH.
- Grossman, Claudio. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José, s.e., 2007.
- Guastini, Ricardo. 2007. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Año 2, No. 08 (631-7). Lima: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf (consultada el 08 de octubre de 2015).
- Hart, Herbert. 1980. *El Concepto de Derecho*. Trad. y edit. por Genaro Carrió. México: Editora Nacional.
- López Medina, Diego. 2014. *Interpretación Constitucional*. 2ª ed. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/Interpretacion-Constitucional-EJ.pdf> (consultada el 03 de marzo de 2014).
- Kelsen, Hans. 1982. *Teoría Pura del Derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1039/8.pdf> (consultada el 08 de octubre de 2015).

- Martínez, David. 2010. *Metodología jurídica y argumentación*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, Carlos Santiago. 2007. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Vol 15 de Colección mayor Filosofía y Derecho. Buenos Aires: Astrea.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2011. “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”. En *Estudios constitucionales* [online]. Vol.9, No. 1, 119-156.
- Pérez Royo, Javier. 2014. *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, Luis. 2009. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta.
- Ruiz Ruiz, Ramón. s.f. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. En *Urbe et Ius: Universidad de Jaén*. <http://es.scribd.com/doc/153259866/Ruiz-Ruiz-Ramon-Reglas-y-Principios#scribd>.