

## CAPÍTULO CUARTO

### TEST DE PONDERACIÓN

#### I. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y OBJETIVOS DEL TEST

Mientras que el test de restricción de derechos opera bajo restricciones generales, y el de igualdad aplica tanto a restricciones generales como particulares; la ponderación es un tercer tipo de test también sobre restricción de derechos pero siempre sobre restricciones particulares, es decir, sobre derechos específicos en casos concretos (Nash, 2009: 40) independientemente de que la sentencia emitida pueda fungir como directriz más general para casos subsiguientes.

Los casos más conocidos son los conflictos o choques entre derechos: las tensiones entre la libertad de expresión y el derecho al honor; el conflicto entre el derecho a la educación y la libertad religiosa; el choque entre el derecho a la salud y la libertad religiosa, o el derecho de integridad y libertad personal, así como a la familia y el derecho a la vida, por mencionar algunos.

En estos casos, más que reglas generales que puedan establecerse en leyes de forma permanente, operan análisis específicos a partir de las situaciones concretas que generan la tensión o choque de derechos y se resuelven a la luz de esas características específicas normalmente por los poderes judiciales por medio de mecanismos de ponderación. En términos de Alexy, nos encontramos frente a una contradicción entre principios en donde cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. ¿Cómo resolvemos este tipo de casos?

Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro (Alexy, 1993: 91-92).

Probablemente este es el principal desafío para este texto: ¿podemos identificar reglas generales, criterios generales para crear un test a partir de casos que resuelven restricciones particulares? Precisamente eso es lo que vamos a intentar, derivar una herramienta de la forma en que se resolvieron varios casos concretos. Previo a ello, vayamos tejiendo algunos aspectos relevantes para enfrentarnos a la resolución de una ponderación.

Un aspecto central está relacionado con la forma en que se ha entendido el carácter de absoluto de los derechos humanos. En general, se suele afirmar que los derechos humanos no son absolutos porque todos pueden ser regulados y restringidos y, bajo ciertas circunstancias, incluso suspendidos —aunque no todos los derechos son susceptibles de suspensión— (Moncayo, 2007; Nash, 2009). De ahí que los tests de restricción e igualdad y no discriminación cobren sentido. Sin embargo, entender el carácter de absoluto de un derecho como un imperio en su ejercicio y aplicación es una forma equivocada de entrar a este concepto. Al respecto, la propuesta de Francisco Laporta (1987) es mucho más razonable:

Cuando decimos que los derechos humanos son derechos “absolutos” lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando

ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer. Y queremos decir que los desplazan y anulan *en todo caso...* (Laporta, 1987: 39)

Bajo este concepto de absoluto, lo que Laporta quiere enfatizar es su carácter de importante, de moral fuerte, que no proviene de las obligaciones jurídicas inherentes al derecho, sino de la fuerza constitutiva de los derechos mismos a partir de los objetivos que protegen. De esta forma, el carácter absoluto de los derechos humanos supone que éstos pueden desplazar cualquier otra pretensión moral o jurídica, colectiva o individual, que no tenga el carácter de derecho humano.

Entender de esta forma el carácter de absoluto de los derechos humanos cobra relevancia cuando estamos frente a la ponderación de derechos, ya que supone que frente a una colisión entre dos derechos, si uno de ellos se considera un derecho humano y el otro no (es un derecho que no tiene este carácter, una obligación o deber constitucionales, un deber moral, etcétera), la solución de la colisión no se da por medio de la ponderación, ya que el derecho humano desplaza al otro derecho o pretensión. Por ejemplo, en el amparo en revisión 2676/2003 del conocido caso Witz, lo que entra en colisión es el derecho a la libertad de expresión con el deber de guardar respeto a los símbolos patrios. En la medida en que el primero es un derecho humano y el segundo no, en la resolución el derecho humano debió desplazar al deber constitucional. Tristemente la resolución se emitió precisamente en el sentido contrario. En cambio, cuando la colisión se da entre dos derechos considerados humanos, el carácter de absoluto se desvanece y la solución proviene de otras estrategias jurídicas como el test de ponderación.

Una vez que ya estamos frente a la colisión de dos derechos humanos, en la medida que estamos precisamente frente a una colisión de dos derechos provenientes de dos personas distintas, este tipo de ponderación supone no sólo la restricción de derechos, sino también el cumplimiento de la obligación de protección a cargo del Estado (Serrano y Vázquez, 2013). Esto se debe

a que la restricción de un derecho posibilita el ejercicio de otro derecho por otra persona y viceversa. De aquí un primer aspecto central de este test: el objetivo no es anular un derecho frente a otro, sino hacer compatible el ejercicio de dos derechos que entran en colisión. Así, el foco —siguen Serrano y Vázquez— debe estar en la protección que se debe dar a cada uno de los derechos en tensión.

La no anulación de ninguno de los dos derechos, sino la ponderación de ambos para hacerlos coexistir también se sustenta en otro principio básico de los derechos humanos: la indivisibilidad y la interdependencia (Serrano y Vázquez, 2013). El principal mensaje de estas dos características es que no hay jerarquía entre los derechos humanos. No hay derechos que sean más importantes que otros. Los derechos civiles y políticos no son más importantes que los económicos, sociales y culturales ni viceversa.

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Esta es la parte más complicada para este tipo de test: identificar un procedimiento y criterios generales del test, provenientes de casos particulares. Aquí parece que los posibles criterios que integran el test dependen de los derechos que colisionan. Por ejemplo, hay criterios que se repiten cuando lo que entra en conflicto es el derecho al honor *vs.* la libertad de expresión. El problema es que si bien estos criterios no son tan concretos como para solucionar únicamente el caso específico, tampoco son tan generales como para poderlos llevar a otros casos de ponderación en donde entren en conflicto otros derechos. Por su parte, tenemos otros criterios que provienen de sentencias que analizan la colisión de derechos al libre desarrollo y a la familia *vs.* el derecho a la vida. Veamos, de entrada, estos dos distintos tipos de colisiones.

Tomemos distintos casos resueltos sobre la colisión entre el derecho a la dignidad y el honor *vs.* el derecho a la libertad de expresión: *Tristán vs. Panamá* ante la Corte IDH; el caso 104/1986

resuelto por el Tribunal Constitucional Español (TCE); el caso 214/1991 resuelto ante la misma instancia y conocido como *Violeta Friedman*, y el célebre caso 376 US 254 (1964) *New York Times Co. vs. Sullivan*. Aquí algunos de los aspectos que consideraron las distintas cortes como criterios para resolver los casos:

- 1) La individualización de la lesión respecto al derecho al honor. Sobre este punto, de forma interesante, hay dos posturas. Por un lado tenemos la sentencia 214/1991 del tribunal español para quien los ataques al derecho al honor no requieren individualización, basta que se refiriera en términos generales a un colectivo (en este caso a los judíos) para que cualquier persona que perteneciera a él pudiera sentir su honor lesionado. De lo contrario, afirma el tribunal español, se daría paso a la generación de discursos de odio que, siendo generales, no impactarían en el honor de persona alguna. Por el contrario, en el caso 376 US 254 (1964) *New York Times Co. vs. Sullivan* la corte estadounidense determinó que no había violaciones al derecho al honor, entre otras cosas, porque no se individualizó el desplegado del periódico contra Sullivan (jefe de la policía de Montgomery, Alabama) en particular, sino que en todo momento se habló de los excesos de los cuerpos policíacos de esa entidad federativa contra las movilizaciones por los derechos de las personas afroamericanas.
- 2) Si la persona cuyo derecho a la dignidad y al honor fue violentado es un servidor público, ya que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones.

Esta protección al honor de manera diferenciada se explica, siguiendo a la Corte IDH en el caso *Tristán vs. Panamá*, porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como

también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren. En particular, en *New York vs. Sullivan* la corte estadounidense determinó que el interés general (la libertad de expresión como base del resto de las libertades) debe predominar sobre el interés particular de un personaje cuando éste es un servidor público, de tal forma que sólo se considerará violentado su derecho al honor por la libertad de expresión si hay dolo o culpa grave. De hecho, este fue el principal criterio que determinó la tendencia de la sentencia.

- 3) La identificación sobre si el mensaje emitido por la persona que ejerce la libertad de expresión es una opinión o la afirmación de un hecho. De acuerdo con la corte española en su sentencia 214/1991, la emisión de juicios y opiniones se ampara en la libertad de expresión mientras que la emisión de hechos se ampara en el derecho a la información. La diferencia cobra relevancia ya que la libertad de expresión sólo puede ser delimitada por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resultan innecesarias para la exposición de las ideas. Mientras que la comunicación informativa de hechos conlleva el requisito de veracidad según los cánones de la profesionalidad informativa.

Una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana, afirma la Corte IDH. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor.

Pese a que parece que la inexactitud en la presentación de hechos es un aspecto que cobra relevancia en la restricción del derecho a la información y a favor del derecho al honor, lo cierto es que no siempre funciona así.

Por ejemplo, en el caso 376 US 254 (1964) *New York Times Co. vs. Sullivan*, la corte estadounidense se percata de que el desplegado en contra de la acción policiaca en Alabama tiene algunas imprecisiones como el número de veces que había sido detenido Martín Luther King, o el número de manifestantes en las protestas. De hecho, estas imprecisiones fueron una de las razones por las que, en instancias previas, se condenó al periódico *New York Times* a pagar 500,000 USD al jefe de policía Sullivan. Pese a ello, la corte estadounidense revocó la sentencia y dio más peso al hecho de que el jefe de policía fuera, precisamente, un servidor público, por lo que se debía dar prioridad a la libertad de expresión —incluso con estas imprecisiones— a fin de controlar las acciones gubernamentales: “Los errores en la expresión de informaciones y opiniones son inevitables si lo que queremos es proteger la libertad de expresión, y ello es una garantía para que las libertades puedan respirar” (SCEUA, 1964: 305).

- 4) El contenido del documento, declaración, video o cualquier otro medio a través del cual se ejerce la libertad de expresión. En particular el TCE, en la sentencia 104/1986, propone los siguientes aspectos: la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono (humorístico o de otro tipo), el hecho de afectar al honor del denunciante no en su faceta íntima o privada, sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública.
- 5) Un aspecto especialmente interesante que rescata el TCE, en su sentencia 104/1986, es lo que denomina *animus injuriandi* y la corte estadounidense desarrolla como intención difamatoria. Para poder identificar este *animus*, la corte menciona algunos aspectos que se pueden recuperar: relevancia de la función crítico-política del artículo; ejercicio de la libertad de expresión en función de la formación de

la opinión pública, y si hay fines exclusivamente vejatorios o irrespetuosos.

- 6) En particular habría que analizar si nos encontramos frente a un discurso de odio, en cuyo caso la restricción a la libertad de expresión es mucho más evidente no sólo por la posible violación al derecho al honor, sino incluso —de acuerdo con la corte española en su sentencia 214/1991— a la dignidad humana. Este es el principal argumento que lleva a defender el derecho al honor de la sobreviviente del holocausto Violeta Freidman.

Un aspecto central es que en este test de ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, hay un análisis no sólo al interior de los criterios que integran el test, sino también una ponderación entre criterios. Por ejemplo, mientras que en el *caso New York Times vs. Sullivan* se da prioridad a que la persona ofendida es un servidor público y es relevante controlar al gobierno por medio de la libertad de expresión, en el caso Violeta Friedman se prioriza la existencia de un discurso de odio, y en el caso 104/86 la corte española pasa de una ponderación razonable entre los derechos en conflicto a una revisión del razonamiento y la valoración de los intereses en juego.

Un último punto a mencionar en este test de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor es a quién corresponde la carga de la prueba de dos aspectos específicos: la veracidad de lo dicho y la intención difamatoria. En ambos casos, la carga de la prueba se ha establecido a cargo de quien afirma que su honor ha sido vulnerado.

Hasta aquí el tipo de test de ponderación que se ha generado cuando entran en colisión el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, uno de los debates clásicos en torno a colisiones de derechos durante el siglo XX. Vayamos al siglo XXI, donde la discusión entre los derechos a la integridad y libertad personales junto con los de la vida privada y el derecho a la familia *vs.* el derecho a la vida se han puesto en el centro del debate



frente al derecho de la mujer sobre su propio cuerpo, la despenalización del aborto y la cada vez más desarrollada asistencia científica para generar embarazos. Sobre estos puntos, analizaremos la ponderación que desarrollaron dos cortes: *Artavia vs. Costa Rica*, resuelto por la Corte IDH, y el caso C-355/06 desarrollado por la CCC.

En *Artavia vs. Costa Rica*, la colisión se da entre los derechos de la madre y padre que quieren tener un hijo por medio de fertilización *in vitro* (derecho a la familia, libertad e integridad personales, y a la vida privada) *versus* el derecho a la vida, en este caso presentado como la defensa de los embriones que, en el proceso, son desechados (considerando que la vida comienza en el momento de la gestación).

Lo primero que hace la Corte IDH, aunque aún no forma parte del test de ponderación, es analizar tres cosas: 1) las consecuencias de una prohibición absoluta de fecundación *in vitro* (las personas ya no pudieron seguir los procedimientos o tuvieron que hacerlo en el extranjero); 2) la poca previsibilidad de la prohibición, debido a que el mandato por medio del cual se restringe la fertilización *in vitro* no fue formulado con la suficiente precisión que permita a una persona regular su conducta sobre la base de la misma, y 3) la proporcionalidad de la restricción siguiendo las categorías que la propia Corte IDH ya ha desarrollado y que se tocan en el acápite de los test de restricción.<sup>34</sup>

Ya entrando a la ponderación, en el párrafo 274 la Corte IDH establece que la restricción de la fertilización *in vitro* tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorios los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar:

---

<sup>34</sup> La Corte IDH ha establecido que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

- 1) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada. En el caso concreto, la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la vida.
- 2) La importancia de la satisfacción del bien contrario.
- 3) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

A partir de los puntos anteriores, la Corte IDH concluyó que las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

La severidad de la restricción de los derechos también se analizó a la luz de impactos desproporcionados a partir de aspectos como: la discapacidad (por la infertilidad); el género (estereotipos de las mujeres infértiles/el tratamiento es sobre el cuerpo de la mujer), y la situación socioeconómica (hay quien pudo seguir fuera de Costa Rica sus tratamientos).

Finalmente la corte también evaluó la intensidad de la afectación del derecho a la vida, en especial a partir de la pérdida embrionaria que se da en el proceso de fertilización *in vitro*. Sobre este punto, la Corte IDH observa que el decreto declarado inconstitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en dicho decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si éstos no se implan-

taban en el útero de la mujer una vez que se realizara la transferencia embrionaria. Asimismo, la Corte IDH analizó que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la fertilización *in vitro*.

Por todo lo anterior, la Corte IDH encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la fertilización *in vitro*.

Por su parte, la CCC en su sentencia C-355/06 ponderó la colisión de los derechos a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las mujeres *vs.* el derecho a la vida del no nacido. Dos puntos de partida de la CCC: 1) la vida del *nasciturus* se encuentra protegida por la Constitución, por lo que deja de ser un asunto privado de la mujer embarazada e inherente por completo a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y 2) la CCC decide que si bien no resulta desproporcionada la protección mediante medidas penales del *nasciturus*, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada.<sup>35</sup>

A partir de estos dos puntos de partida, la ponderación sirve para decidir en qué casos se deben restringir los derechos de la mujer embarazada y cuándo los derechos del *nasciturus*.

En su sentencia, la CCC no especificó el método a seguir, y básicamente sólo hizo un *análisis de proporcionalidad de la restricción de los derechos de las mujeres* para poder determinar en qué casos la penalización del aborto es desproporcionada y, por ende, insostenible. El principal argumento es que el Estado no puede obligar a

---

<sup>35</sup> Especifica la CCC: “Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección” (CCC, C-355/06).

un particular a asumir sacrificios heroicos, por lo que no se puede intentar obligar a las mujeres embarazadas a concluir su embarazo cuando éste sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; cuando haya una amenaza a la salud de la mujer gestante, o cuando haya inviabilidad del feto.

Sin ser parte ya del test de ponderación aplicado, un aspecto relevante en esta sentencia es que la CCC deja libertad política al legislador para prever otros casos en los cuales el aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

La última sentencia de ponderación que analizaremos antes de intentar abstraer una metodología de ponderación es la emitida por la SCJN en el expediente ADR 2655/2010 en donde la corte ponderó el secreto fiscal *vs.* el derecho de presentar pruebas. En esta sentencia la SCJN propuso el siguiente método:

- 1) Identificación de los derechos en colisión.
- 2) Clarificar las razones normativas que hay detrás de cada posible restricción. Por ejemplo, en lo que se refiere al secreto fiscal, si bien hace un seguimiento histórico para mirar cómo nace y ha ido cambiando, no encuentra el argumento específico que llevó a su formación. En cambio, en el derecho a la prueba es bastante más sencillo, se trata de una de las formalidades esenciales del procedimiento.
- 3) Fines que se promueven con la restricción. En particular la SCJN identifica dos tipos de fines:
  - a) Los *finés inmediatos*, que son aquellos estados de cosas cuya satisfacción debe alcanzarse por virtud de algún principio constitucional (la entrega de la información por parte de la autoridad fiscal a las autoridades jurisdiccionales).
  - b) Los *finés mediatos*, que son los principios constitucionales que justifican la medida examinada (protección

del interés público: “Sólo cuando estén en juego en un proceso bienes o principios de extrema relevancia, las autoridades hacendarias pueden entregar a los jueces información fiscal de los contribuyentes”).

- 4) La aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio, a partir de tres criterios:
  - a) Verificar idoneidad (causalidad) de la medida (los bienes protegidos por el derecho penal y el derecho a recibir alimentos tienen una gran relevancia social).
  - b) Verificar la necesidad de la restricción en los términos vistos en el primer acápite de esta sección.
  - c) Verificar la proporcionalidad en estricto sentido.
- 5) Finalmente, la SCJN analizó el peso abstracto y concreto de los derechos en colisión a partir de los siguientes criterios:
  - a) Peso en abstracto: es o no un derecho fundamental.
  - b) Peso en concreto: alta intensidad de la intervención (se elimina la posibilidad de romper el secreto bancario en todos los casos, salvo el penal y la pensión alimenticia).

A partir del análisis de todos los aspectos mencionados, la SCJN concluyó que las ventajas que se obtienen con la consecución del fin de la medida legislativa no superan en importancia a los sacrificios que ésta impone a los titulares del derecho a la prueba. Por ende, se declaró que el secreto bancario es *desproporcionado* y debe prevalecer sobre él el derecho a la prueba que tienen todas las personas que participan como partes en un proceso.

Finalmente, en su sentencia C-926 de 2002, la corte colombiana, luego de un largo análisis sobre qué es la proporcionalidad, identificó una metodología de cuatro pasos para mirar la proporcionalidad que puede ser aplicado en una ponderación:

- 1) Identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados.
- 2) Sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses.

- 3) Comparar dichas afectaciones.
- 4) Apreciar si la medida grave de manera manifiestamente desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Hasta aquí hemos analizado tres distintos tipos de ponderación donde están en juego diferentes derechos. Toca el turno a intentar crear, por medio de la abstracción de los casos concretos, una metodología que nos permita pensar en un test general de ponderación. Recuperemos los pasos más generales que debieran estar presentes en cualquier test de ponderación, y dejemos espacio para el análisis de cosas específicas cuando el caso lo requiere. Bajo este criterio, todo test de ponderación debería tener al menos los siguientes puntos:

- 1) *Identificación de los derechos que se encuentran en colisión.*
- 2) *Peso en abstracto que tienen los derechos a ponderar: ¿ambos son derechos humanos? En caso contrario, es relevante aplicar la característica de absolutos que tienen los derechos humanos, es decir, la capacidad que los derechos humanos tienen para desplazar otro tipo de obligaciones y deberes constitucionales, morales o políticos.*
- 3) *Idoneidad, adecuación o causalidad y necesidad de la restricción de ambos derechos.* La pregunta que puede guiar este criterio es: si restrinjo X derecho, ¿qué se gana en el ejercicio del derecho Y? En los casos de colisión de la libertad de expresión *vs.* el derecho al honor, algo que se analiza con mucho cuidado es el objetivo de control ciudadano que tiene la libertad de expresión, por lo que el hecho de que la persona cuyo honor fue lesionado sea un servidor público, cobra mucha relevancia. Bajo esta lógica, si se restringe el derecho al honor (X) se gana el ejercicio del control ciudadano del gobierno por medio de la libertad de expresión

(Y). En el caso *Artavia vs. Costa Rica* la Corte IDH lo analiza a partir de dos criterios: la importancia de la satisfacción del bien contrario y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

- Aquí los criterios de causalidad y necesidad desarrollados en el primer test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción cobran sentido. El de idoneidad/causalidad para analizar si la satisfacción de uno de los derechos supone la restricción del otro. Y la necesidad para identificar si no hay otro medio para obtener dicha satisfacción.
- 4) *Intensidad de la restricción de ambos derechos* (criterio de proporcionalidad en estricto sentido). En las sentencias donde se pondera la libertad de expresión *vs.* el derecho al honor, la intensidad de la restricción se analiza, por ejemplo, por medio de la individualización de la lesión al derecho al honor y el ánimo difamatorio. Sin embargo, creo que la mejor expresión de este concepto del test está en la sentencia de la Corte IDH *Artavia vs. Costa Rica*. Ahí, la corte analiza si el grado de afectación es grave, intermedio o moderado, aunque no da muchas luces para determinar cuándo estamos frente a estos distintos grados de afectación. Por su parte, este es el único criterio que utiliza la CCC en su sentencia C-355/06 cuando determina que la penalización del aborto en todas las circunstancias es desproporcional porque supone exigirle un sacrificio heroico.
- 5) *La no anulación de ninguno de los derechos*. En este criterio se deben analizar dos cosas: que las restricciones producto de la ponderación no transgredan los núcleos esenciales de los derechos en colisión, y que, pese a la restricción proveniente de la colisión, existan mecanismos generales de protección y formas para atenuar los impactos. Por ejemplo, en el caso *Artavia vs. Costa Rica*, la Corte IDH analiza las medidas de protección para el embrión que sí existían en el caso de la fertilización *in vitro*, por lo que no se puede hablar de la anulación del derecho a la vida en el caso de la fertilización.

En términos generales, los criterios que integran cualquier test de ponderación son:

### Cuadro 10

#### *Criterios que integran el test de ponderación*

- 1) *Identificación de los derechos que se encuentran en colisión.*
- 2) *Peso en abstracto que tienen los derechos a ponderar.*
- 3) *Objetivos de la restricción de ambos derechos.*
  - a) Criterio de idoneidad/adecuación/causalidad.
  - b) Criterio de necesidad.
- 4) *Intensidad de la restricción de ambos derechos (criterio de proporcionalidad en estricto sentido).*
- 5) *La no anulación de ninguno de los derechos.*
  - a) No transgresión del núcleo esencial de los derechos en colisión.
  - b) Mecanismos generales de protección.
  - c) Mecanismos generales para atenuar los impactos.