



Métodhos. Revista Electrónica de
Investigación Aplicada en Derechos
Humanos

E-ISSN: 2007-2740

revistametodhos@cdhcm.org.mx

Comisión de Derechos Humanos de la
Ciudad de México

Ramírez Salazar, Cesia Azul

La teoría de la ponderación como una herramienta útil para la defensa de los derechos
humanos

Métodhos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos, núm.
19, julio-diciembre, 2020, pp. 54-75

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=676172905004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La teoría de la ponderación como una herramienta útil para la defensa de los derechos humanos

The weighting theory as a useful argumentation tool for the defense of human rights

Cesia Azul Ramírez Salazar*

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México.
Ciudad de México, México.
cesia.ramirez@cdhcm.org.mx

Recibido: 13 de agosto de 2020.

Aceptado: 23 de noviembre de 2020.

* Maestranda en Derecho, Especialista en derecho constitucional y licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Estancia y conclusión del Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University Washington College of Law. Jefa de Departamento de Investigación en la Dirección Ejecutiva de Investigación e Información en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva de la autora, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

Resumen

En el presente trabajo se realiza un ejercicio de argumentación jurídica mediante la teoría de la ponderación propuesta por Robert Alexy, con el fin de identificar si ésta es una herramienta útil para las y los operadores jurídicos cuando deben deliberar sobre la colisión de derechos. Con la intención de concluir que esta línea argumentativa abona a un escrutinio más estricto y objetivo de cada caso y, por lo tanto, salvaguarda los derechos humanos de las personas involucradas.

En ese sentido, a manera de ejemplo, se analizará la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Gonzales¹ Lluy y otros vs. Ecuador, bajo las premisas propuestas por Alexy.

Palabras clave: argumentación, teoría de la ponderación, fórmula del peso, derechos humanos, operadores jurídicos.

Abstract

In this paper, an exercise of legal argumentation is carried out, under the theory of weighting proposed by Robert Alexy, to identify whether it is a useful tool for legal operators when they must deliberate on the collision of rights. With the intention of concluding that this line of argument contributes to a stricter and more objective scrutiny of each case and, therefore, safeguards the human rights of the people involved.

In that sense, as an example, analyze the sentence issued by the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter Court IDH) in the case of Gonzales Lluy and others vs. Ecuador, under the premises proposed by Alexy.

Key words: argumentation, weighting theory, weight formula, human rights, legal operators.

¹ La forma de escribir el apellido es conforme se documentó en la sentencia de la Corte IDH.

Sumario

I. Introducción; II. Ponderación según Robert Alexy; III. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador; IV. Sentencia emitida por la Corte IDH: derechos en colisión; V. Ejercicio de ponderación; VI. Conclusión; VII. Fuentes de consulta.

I. Introducción

El presente artículo tiene el objetivo de analizar la *teoría de la ponderación* propuesta por el jurista alemán Robert Alexy, como una herramienta idónea para las y los operadores jurídicos con el fin de robustecer la argumentación de las determinaciones que se emitan en materia de derechos humanos cuando se presente una colisión de derechos. Para ello, se realiza un ejercicio práctico que retoma como ejemplo una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En el primer apartado se explica la teoría de la *ley de ponderación* que desarrolló Alexy, el principio de proporcionalidad y la fórmula del peso, a fin de acercar los elementos esenciales de la teoría del jurista alemán.

Posteriormente se expone, a modo de ejemplo, el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, apuntando los hechos y contextualizando los daños sufridos por Talía Gabriela Gonzales, quien fue víctima de violaciones a sus derechos humanos.

El siguiente punto por desarrollar son los argumentos que la Corte IDH esgrimió respecto de la colisión entre los derechos a la integridad personal y a la educación, así como la conclusión de la sentencia.

También, mediante un ejercicio práctico, se analiza una resolución emitida por la Corte IDH con la aplicación de la fórmula del peso de Robert Alexy, desglosando las variables y la designación del valor numérico de cada una de ellas.

Finalmente, se plantea una propuesta de la fórmula de peso, de acuerdo con la perspectiva de un derecho humano reforzado con un principio de carácter imperativo, para recomendar un cálculo que blinde, con mayor justificación, la sentencia emitida por la Corte IDH.

II. Ponderación según Robert Alexy

La teoría formulada por Robert Alexy sobre la *ley de la ponderación* expone que los derechos fundamentales –o constitucionales– son principios, esto implica que su cumplimiento no es absoluto, sino que están sujetos a las condiciones de hecho y de derecho, conforme cada caso. Por lo tanto, los nombra *mandatos de optimización*.²

² Manuel Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica* (España: Trotta, 2013), 249.

En tanto mandatos, los derechos fundamentales se ejercen en la mayor posibilidad que las circunstancias lo permiten, situación que se justifica a partir de un ejercicio argumentativo basado en la razón. Para ello, el jurista alemán propone utilizar el *principio de proporcionalidad* y la fórmula del peso.³

Explica que al haber dos principios en tensión se tendrá que preferir uno, con un escrutinio razonado, sin que ello signifique la invalidación del otro. Y aclara que este ejercicio sólo debe realizarse cuando necesariamente un principio deba superar al otro, en cuyo supuesto se asignan pesos a cada mandato, con el fin de evaluar sus dimensiones de aplicación.

Esta técnica argumentativa advierte que las juezas y los jueces pueden enfrentarse a casos difíciles en los que se presente la tasación de derechos, debiendo acudir a la *ley de la ponderación* bajo la premisa de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios, a saber: a) el de adecuación, el cual implica que la preferencia de un derecho debe abonar al cumplimiento de otro derecho o de un bien constitucionalmente protegido; b) el de necesidad, que apunta a que la elección de un principio es lo más beneficioso o menos lesivo de entre todas las posibilidades, y c) el principio de proporcionalidad, mismo que justifica, en sentido estricto, la preferencia de un derecho porque su grado de importancia es tal que, al elegirse, se subsana el incumplimiento del otro.⁴

En cuanto al tercer subprincipio, éste se integra de tres componentes que son: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. La *ley de la ponderación* hace referencia al ejercicio de proporcionalidad como tal, es decir, acredita que el grado de satisfacción de un principio es mayor que el grado de afectación del otro.⁵ Esta ley presenta variables que son el grado de afectación de los principios, el peso de éstos y la certeza de las apreciaciones fácticas.

Para la *fórmula del peso* Alexy propone un modelo de tres intensidades, a las cuales les asigna un valor numérico. El valor abstracto del principio y el grado de afectación los representa con niveles de leve, medio y grave; mientras que a las condiciones de hecho las califica como

³ Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*.

⁴ Jaime Cárdenas Gracia, *Argumentación jurídica* (México: Porrúa/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 137.

⁵ Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 250.

plenas, regulares o nulas.⁶ A esta operación se le han sumado otras variables, las cuales no se abordarán en el presente texto por considerar que las explicadas serán suficientes para realizar el ejercicio práctico propuesto.

Cuando al modelo tríadico (valor abstracto, grado de afectación y condiciones de hecho o fiabilidad fáctica) se le asigna su valor numérico y se pondera, da como resultado un cociente que apoya la elección de un principio conforme al mayor grado en número. Para explicar esta fórmula se propone el siguiente esquema:⁷

$$\frac{\text{Principio A: } Va \times Ga \times Ff}{\text{Principio B: } Va \times Ga \times Ff}$$

En donde:
 Va = Valor abstracto
 Ga = Grado de afectación (leve, medio o grave)
 Ff = Fiabilidad fáctica (plena, regular o nula)

Sólo si existe un empate en el peso de los principios se acude a las *cargas de la argumentación*, que son puntos de inclinación para generar discusión y verificar el mayor consenso sobre la preferencia de uno u otro principio, para asignar nuevos valores numéricos que generen otra operación y cociente.

La propuesta del jurista alemán ha sido criticada por varios aspectos, entre ellos están los siguientes: la base para determinar un valor numérico a las variables de la ponderación; el carácter particular sobre el general, en la toma de decisiones, y la ponderación como método racional, así como su utilidad práctica.

La primera cuestión se refiere a la ambigüedad y a la falta de fundamento para fijar un valor abstracto a los derechos fundamentales; por ejemplo, el derecho a la libertad frente al derecho de honor, para una persona valdría más que se interfiriera en su voluntad a que se realizaran actos en contra de su nombre y viceversa. Por lo tanto, varios teóricos han juzgado duramente la proposición de Alexy, debido a que consideran que determinar un valor es un ejercicio subjetivo y depende de las preferencias y diversidades de cada persona.

⁶ Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 250.

⁷ Esquema propuesto por la autora, con base en las variables e intensidades expuestas por la teoría de Robert Alexy.

En ese sentido, Jürgen Habermas refirió que el modelo de ponderación sólo conlleva decisiones inestables y subjetivas. Para este filósofo, Alexy atenta contra el principio de seguridad jurídica, pues da pie a que sean otras necesidades y propósitos los que prevalezcan por encima de los derechos. De esa forma, a lo que Habermas apuesta es a la libre discusión de un caso, mediante las normas y no con un diálogo coercitivo como la fórmula propuesta por Alexy.⁸

Asimismo, para el jurista alemán Bernhard Schlink, el realizar un ejercicio de proporcionalidad no es racional, ya que se deja a la voluntad de cada juzgador, lo que se convierte en un proceso creativo y discrecional.⁹

El presente artículo busca justificar que la asignación de valores numéricos no limita la utilidad de la herramienta argumentativa propuesta por Alexy para resolver casos ante la vía judicial y no jurisdiccional, por el contrario, abona a la objetividad de las determinaciones. En los subsecuentes apartados esta postura se desarrollará con la ayuda de un ejercicio práctico.

La segunda crítica refiere que, al apostar porque cada caso se valore según las circunstancias propias, se soslaya el carácter general de las decisiones de las juezas, los jueces y las y los operadores del derecho, ocasionando una concepción *ad hoc* que podría conducir a la discrecionalidad en las determinaciones.

Sobre este punto José Juan Moreso discrepa de la postura de Alexy en su operación de ponderación, pues refiere que para llevarla a cabo siempre se tendría que resolver de manera individual, es decir, caso por caso, tornándose en una concepción particularista que reemplaza el modelo generalista de toma de decisiones. Por lo tanto, se elimina la posibilidad de enlazar diversas decisiones al tener que asignar un valor abstracto a cada variable en cada caso concreto.¹⁰

⁸ Michele Zezza, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini", *Uc3m Working paper*, Materiales de Filosofía del Derecho, 18-03. Universidad Carlos III de Madrid (marzo 2018), <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26545/WF-18-03.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Fecha de consulta: 12 de octubre de 2020).

⁹ Zezza, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini" (12 de octubre de 2020).

¹⁰ Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales* (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos/ Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008), 68.

Con respecto a la pregunta sobre la utilidad de la ponderación y su racionalidad, los teóricos han sostenido que se basa en elementos ideológicos que justifican las decisiones de las y los juzgadores.¹¹

Frente a las opiniones que cuestionan la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad es útil traer a colación la opinión de Manuel Atienza, quien señala:

La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan [...]

[...] En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada [...] se trata de un esquema puramente formal [...] no puede usarse más que como ayuda para resolver un problema, el de la ponderación que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo.

[...] Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.¹²

En ese sentido, Atienza invita a que se le dé el justo sentido a la ley de ponderación de Alexy, como una herramienta argumentativa que permite un estudio concreto cuando dos derechos colisionan, identificando que tiene fallas –las llama *excesivo afán sistematizador*–, y por ello recomienda utilizar sus premisas de manera que sean provechosas. De ahí que identifique que la esencia de las propuestas de Alexy no sólo radica en una fórmula o en el aspecto matemático.¹³

III. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador

En este apartado se realizará una breve narración sobre los hechos del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, resuelto por la Corte IDH con la sentencia del 1 de septiembre de 2015,¹⁴ la cual será objeto de estudio del presente ensayo, para realizar un ejercicio práctico con la teoría propuesta por Robert Alexy.

¹¹ Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, 41.

¹² Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 255-258.

¹³ Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 255-258.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, número 298.

Los hechos tienen su origen cuando la niña Talía Gonzales Lluy, nacida en Azuay, Ecuador, es contagiada del virus de VIH a la edad de tres años, mediante una transfusión de sangre, plasma que provenía del banco de sangre de la Cruz Roja, una clínica de carácter privado.

Cuando Talía cumplió cinco años fue inscrita a la educación básica en la escuela pública “Zoila Aurora Palacios”, asistiendo de forma regular. Sin embargo, cuando su profesora se enteró de que vivía con VIH se lo reportó al director, quien decidió limitar su acceso a la escuela hasta que las autoridades competentes determinaran lo procedente.¹⁵

Con respecto al derecho a la educación, su madre inició un recurso de amparo. En la audiencia del juicio las autoridades educativas argumentaron que la ley les otorgaba la facultad de adoptar medidas para resguardar a las y los alumnos del plantel ante la existencia de un riesgo, como la probabilidad de contagiarse de la enfermedad con la que vivía Talía.¹⁶

El tribunal que conoció del caso desestimó el recurso por considerar que los intereses colectivos debían prevalecer frente al derecho a la educación de la niña, y determinó que Talía podía recibir educación de manera particularizada. A partir de la expulsión de Talía del centro educativo y la decisión del tribunal que avaló su desprotección, ella tuvo que ser inscrita en más de cuatro escuelas, en las que una vez que se enteraban de que la niña vivía con VIH, la excluían de sus instalaciones.¹⁷

El 26 de junio de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió la petición del caso, y tres años más tarde aprobó el informe de admisibilidad. Para el 5 de noviembre de 2015 la CIDH determinó la responsabilidad del Estado de Ecuador por la violación a los derechos a la vida digna, la integridad personal, las garantías judiciales y protección judicial en contra de Talía.¹⁸

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 133.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 135.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 273.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 2.

Asimismo, consideró como víctimas indirectas a la madre y al hermano de Talía, y concluyó que se vulneraron sus derechos a la integridad psíquica y moral, a las garantías judiciales y protección judicial, por lo que emitió las recomendaciones correspondientes al Estado.¹⁹

Debido a un examen de la CIDH, sobre la necesidad de que las víctimas obtuvieran justicia, el 18 de marzo de 2014 presentó el caso ante la Corte IDH, sugiriendo la responsabilidad internacional del Estado, así como medidas de reparación.²⁰

La Corte IDH declaró procedente el caso e inició las actuaciones correspondientes, y comenzó la discusión desde el 26 de agosto de 2015.²¹

IV. Sentencia emitida por la Corte IDH: derechos en colisión

Ahora se mencionarán los argumentos que la Corte IDH realizó en la sentencia en comento –emitida el 1 de septiembre de 2015– por cuanto hace a los derechos en colisión: a la integridad personal y a la educación.

La Corte IDH retomó la argumentación que realizó el tribunal de Ecuador en el recurso de amparo, respecto al conflicto de intereses del derecho a la integridad personal y a la educación, para reformular el razonamiento.

En un primer momento resaltó que el deber de proteger la integridad de las niñas y los niños que estudiaban en la escuela “Zoila Aurora Palacios” era un fin legítimo e imperioso, avalado por el *corpus iuris* interamericano y que, con la perspectiva del interés superior de la niñez, era constituidor de la dignidad humana y plataforma para el desarrollo integral de las niñas y los niños.²²

Para dar soporte al enunciado, la Corte IDH recordó lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé:

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 2.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 3.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 15.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 268.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de [persona] menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.²³

En ese sentido, para el tribunal interamericano la defensa del derecho a la integridad de las niñas y los niños no constituyó un conflicto, sino la valoración que se realizó en relación con el derecho a la educación de Talía y las supuestas hemorragias que tenía, las cuales presuntamente colocarían en riesgo a las y los alumnos.²⁴

Este órgano interamericano consideró que el Estado realizó una argumentación errónea, por los siguientes aspectos:²⁵

- a) No tomó en cuenta la evidencia médica sobre la situación de salud de Talía.
- b) No justificó la necesidad de aislar a Talía.
- c) No hubo proporcionalidad en la decisión de limitar a Talía el acceso al centro educativo.

Con respecto al primer inciso, apuntó que el tribunal de Ecuador ignoró el informe médico del estado de salud de Talía, el cual la reportó con buenas condiciones hematológicas, además dio cuenta de que para el momento en que fue expulsada del centro educativo, no presentaba síntomas de la enfermedad con la que vivía.²⁶

Por lo tanto, las determinaciones de las autoridades educativas y la resolución judicial partieron de prejuicios, presunciones y estereotipos en torno al VIH, debido a que en realidad no contaban con información que avalara que Talía podría contagiar a las compañeras y los compañeros de la escuela a la que asistía, asumiendo que la enfermedad podría trascender, sin que tuvieran el sustento para defender esa postura.

Ahora, sobre la necesidad de la medida de aislar a Talía, la Corte IDH determinó que el tribunal local debió llevar a cabo un examen de otras acciones que pudieran aplicarse al caso, para así elegir la menos lesiva para la víctima. Sin embargo, el órgano jurisdiccional sólo se limitó

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 19º.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 269.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 270-273.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 270.

a indicar que Talía debía recibir una *instrucción particularizada y a distancia*, sin considerar que el riesgo de contagio era mínimo. En consecuencia, no observó un razonamiento objetivo que sustentara la medida.²⁷

En cuanto al aspecto de proporcionalidad, la Corte IDH refirió que el tribunal de Ecuador debió estudiar la relación entre el derecho a la educación de Talía y la finalidad de proteger a las niñas y los niños a partir de pruebas razonadas, así como verificar que no se constituyera un trato discriminatorio. La Corte Interamericana concluyó que no procedía limitar el derecho a la educación de Talía, al no probarse fehacientemente que su estancia en el colegio afectara la integridad personal de las y los alumnos; además, porque se podían aplicar otras medidas para que, de existir un riesgo de contagio, se velara por la vida de las compañeras y los compañeros sin excluir a la víctima; por ejemplo, con medidas de bioseguridad, que implicaban adaptar el entorno del centro educativo.²⁸

En consecuencia, Talía asumió la carga del estigma sobre el VIH y sus supuestas implicaciones y riesgos de contagio. Asimismo, fue limitada en su derecho a la educación, al ser excluida de los centros educativos y se le discriminó al impedirle el ejercicio de un derecho, sin razón, ni argumentos proporcionales.²⁹

El tribunal interamericano determinó que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación en contra de Talía, ya que debió adaptar el entorno educativo con medidas de bioseguridad, a fin de garantizar su inclusión y, al mismo tiempo, proteger la integridad del alumnado.³⁰

v. Ejercicio de ponderación

En este apartado se hará un ejercicio de tasación entre el derecho a la integridad personal de las y los niños inscritos en la escuela “Zoila Aurora Palacios” y el derecho a la educación

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 271.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 274.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 273.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 291.

de Talía Gonzales Lluy, con la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad propuestos por Robert Alexy, a partir de los argumentos sostenidos por la Corte IDH.

a) Consideraciones del derecho a la integridad personal y del derecho a la educación

Para iniciar el examen de la sentencia se estimó adecuado explicar el contenido de los derechos aludidos, según el estándar interamericano, a fin de proseguir con el ejercicio de ponderación y llegar a una conclusión.

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la integridad personal se traduce en el respeto a la plenitud física, psíquica y moral, y prohíbe la tortura, así como tratos crueles, inhumanos o degradantes.³¹

Del concepto aportado por este instrumento interamericano se observa que el derecho a la integridad personal vincula tres esferas de la persona.³² La primera es el ámbito *físico*, que apunta la plenitud del cuerpo, el cual debe ser protegido contra lesiones o el menoscabo en la salud; la segunda alude al aspecto *psíquico*, que hace referencia a la integridad mental, y que se vincula con no ser afectada o afectado en la parte emotiva, anímica, o de la voluntad –aquí la Corte IDH ha apuntado, sobre todo, los casos de tortura, tratos crueles y desapariciones forzadas–, y la tercera es la *moral*, que advierte lo relacionado con la honra y el interior de la persona.

Como un atributo de los derechos humanos –el de la interdependencia– el derecho a la integridad personal guarda relación con otros, pero de forma especial está asociado con el derecho a la vida, aunque en diferente dimensión, debido a que el segundo alude a la existencia de la persona, mientras que el primero especifica su magnitud en forma física, psíquica y moral.³³

Por otra parte, también es interdependiente con el derecho a la salud, cuya pretensión es que la persona goce al máximo que sea posible un estado benéfico. Comprende también todas las esferas de su ser, como se ha explicado en el derecho a la integridad personal.³⁴

³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º.

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)”, Sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, número 259, párr. 191.

³⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en el 18º periodo ordinario de sesiones, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, artículo 10º.

Sobre el derecho a la educación, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la necesidad de que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se logren de forma progresiva.³⁵ A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de DESC, conocido como Protocolo de San Salvador, señala el contenido de este derecho e indica que la enseñanza primaria debe ser gratuita y obligatoria; además, que la secundaria y superior tendrán que ser accesibles, y en la medida de lo posible avanzar hacia su gratuidad.³⁶

En forma particular, el Protocolo aludido contempla principios que deben conducir el quehacer de la enseñanza, tales como la dignidad, los derechos humanos, la justicia, la democracia, la paz, la tolerancia y la amistad, y promover el respeto por la diversidad y la multiplicidad de ideologías.³⁷ También aborda el derecho de las madres y los padres a decidir el tipo de instrucción que desean impartir a sus hijas e hijos, así como una educación inclusiva para las personas con discapacidad.³⁸

A su vez, la Observación General núm. 13, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, introduce los llamados *elementos institucionales* para el ejercicio de los derechos humanos, aludiendo a los siguientes componentes:³⁹

- *Disponibilidad.* Es un aspecto cuantitativo que apunta a la suficiencia de centros educativos, así como del recurso humano para operar el sistema de enseñanza y contar con el material, como tecnología, servicios y espacios.
- *Accesibilidad.* Indica la posibilidad de alcanzar algo o *poder llegar a*. En relación con el derecho a la educación apunta al acceso de todas las personas a los servicios y bienes, para el ejercicio del derecho fundamental, no sólo de manera física sino también económica y con el principio de no discriminación.

De forma *física* porque las escuelas deben estar cerca de la población o hacer uso de los medios adecuados para ello, como la tecnología; de manera *económica*, al ser obligación que la educación primaria sea gratuita, y que la secundaria y superior progresen a tal estado; y finalmente, el principio de *no discriminación* refiere la

³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26º.

³⁶ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 13º.

³⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 13º.

³⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 13º.

³⁹ Comité DESC, E/C.12/1999/10, Observación general núm. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 de diciembre de 1999, párr. 6.

obligación de asegurar que la enseñanza no se prohíba a ninguna persona por alguna de las categorías sospechosas (color, sexo, edad, raza, religión, discapacidad, etc.), en especial respecto de los grupos de atención prioritaria.

- *Aceptabilidad.* Es un elemento cualitativo que advierte la aprobación de la persona que ejerce el derecho, sobre las condiciones y la forma en que se imparte la educación, por ejemplo, en los métodos pedagógicos y didácticos, los cuales deben estar enfocados a la cultura y contexto de cada persona.
- *Adaptabilidad.* Este elemento indica la obligación de adecuar la enseñanza y los espacios conforme a las necesidades sociales, según la pluralidad de las personas y sus contextos; de esa forma el sistema educativo debe responder, realizando acciones que atiendan las exigencias y transformen los esquemas, para transitar a la inclusión.

De los componentes institucionales estudiados se desprendió el vínculo del derecho a la igualdad y no discriminación con el de la educación. Respecto del primer derecho, se ha sostenido como un principio *ius cogens*, es decir, como una norma imperativa de derecho internacional que no admite otra en contrario, para ello se advierte el siguiente criterio de la Corte IDH.

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, *el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.⁴⁰

Cabe aclarar que el derecho a la integridad personal también tiene cierto matiz de norma *ius cogens*, pero relacionado con la prohibición de la tortura, impedimento absoluto frente a cualquier otro derecho o argumento que quisiera aludirse a favor de tal suplicio.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C, número 298, párr. 216.
N. de la ed.: La cursiva es énfasis de la autora.

b) Argumentación y la ley de la ponderación

Habiendo desglosado, de forma sucinta, el contenido de los derechos que se pretenden analizar en este trabajo se retomarán los argumentos sostenidos por la Corte IDH con la postura de la ponderación, y así identificar esta teoría como una herramienta útil para que las y los operadores jurídicos determinen con más precisión fáctica y argumentativa la colisión de derechos.

Como se esgrimió en el primer apartado, la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad buscan acreditar que el grado de satisfacción de un derecho fundamental es mayor que el de afectación de otro. Para argumentar qué principio –o derecho fundamental– es el que debe prevalecer, se analizarán las variables: valor abstracto del principio, grado de afectación y fiabilidad de las condiciones de hecho. A tales variables se les asignará un número según la escala leve, medio o grave, así como plenas, regulares o nulas.⁴¹

En cuanto al primer elemento, el valor abstracto del principio, en la sentencia emitida por la Corte IDH, ésta aludió que el bien jurídico tutelado por el derecho a la integridad personal de la niña y el niño era legítimo e incluso primordial para la vida y el desarrollo integral de las alumnas y los alumnos de la escuela “Zoila Aurora Palacios”.

Con respecto al valor abstracto del derecho a la educación, el tribunal interamericano no abona mucho sobre la estima intrínseca del principio, sino de la limitación que avaló el Estado ecuatoriano, al relacionarlo con el principio de igualdad y no discriminación, indicando que Talía fue restringida en el ejercicio del derecho, por razones de estereotipo.

Se percibe que la Corte IDH debió ahondar en la tasación intrínseca del derecho a la educación, pues en su sentencia no condujo a desglosar el contenido propio del mismo, más que en el aspecto de adaptabilidad del centro educativo y el derecho de Talía de no ser discriminada; sin embargo, no desarrolló en sí el alcance de no ser educada en una institución, bajo los principios que el Protocolo de San Salvador prevé y la consecuencia en su desarrollo integral, cultural, intelectual, etcétera.

⁴¹ Daniel G. Gorra “Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios, http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf (fecha de consulta 15 de noviembre de 2018).

Por el argumento que sostuvo la Corte IDH, se considera que el valor abstracto que asignó al derecho a la integridad personal fue alto, debido a que lo relacionó con el interés superior de la niñez, así como con la vida y desarrollo personal, por lo cual en este ejercicio numérico se le determinará el número 4; mientras que al derecho a la educación se considera que por sí sólo no lo estimó en un nivel mayor, pero al relacionarlo con el principio de no discriminación se le fijará el número 2.

Referente a la segunda variable, que es el grado de afectación, se advierte que el tribunal interamericano esgrimió que de todas las medidas posibles a observar por parte del Estado ecuatoriano se eligió la más lesiva en contra del derecho a la educación de Talía, pues se le expulsó del centro educativo sin sopesar que se podrían aplicar otras, como las medidas de bioseguridad, que permitieran su inclusión y el bienestar de las alumnas y los alumnos.

En ese sentido, se considera que la Corte IDH concluyó que el grado de afectación del derecho a la educación fue mayor que al de la integridad personal, por lo cual al primero se le asignará el número 4, mientras que al segundo el 2, estimando que este tribunal también resaltó que el último derecho debe protegerse de manera imperiosa.

En cuanto a la tercer variable, la fiabilidad de hechos, el órgano interamericano apreció que la certeza fáctica de que Talía contagiara a sus compañeras y compañeros de VIH, o representara un riesgo inminente era nula, ya que no existía evidencia científica y objetiva que soportara tales posturas; por el contrario, los reportes médicos indicaron que se encontraba con buenas condiciones hematológicas y sin presentar síntomas de la enfermedad con la que vivía.

Se careció de certeza sobre el argumento de que la integridad personal de las y los niños estuviera en riesgo porque Talía estudiara en el mismo centro educativo, al no haber elementos médicos que avalaran esa postura, por el contrario, se tenía evidencia de las buenas condiciones de Talía para su estancia en la escuela.

En consecuencia, se asignará una certeza nula a la fiabilidad fáctica del derecho a la integridad personal, es decir, 1, y a la seguridad de hechos el 4, sobre el derecho a la educación, pues se contaban con diagnósticos médicos que daban cuenta del no riesgo de convivencia entre las niñas y los niños, así como la existencia de otras medidas de bioseguridad.

Con base en lo anterior, la fórmula del peso del presente caso quedaría de la siguiente forma:

Y:	Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (2) \times Ff (1)$	$\frac{8}{32} = 0.25$
	Derecho a la educación	$Va (2) \times Ga (4) \times Ff (4)$	
	Derecho a la educación	$Va (2) \times Ga (4) \times Ff (4)$	$\frac{32}{8} = 4$
	Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (2) \times Ff (1)$	

Derecho a la integridad personal $0.25 < 4$ Derecho a la educación

De la ponderación de los principios resultó que prevalece el derecho a la educación, porque de la aplicación de la fórmula de peso se desprende que tiene mayor asignación numérica, al multiplicar todas las variables y realizar la división correspondiente, dando un cociente de 4, que es mayor al de 0.25.

De esa forma se avala que la Corte IDH realizó un razonamiento argumentativo que logra justificarse bajo la ley de la ponderación y fórmula del peso propuestos por Robert Alexy, lo que permite otro modo de analizar de una sentencia y sus elementos, de una manera abstracta y objetiva, que pueda ser explicada de forma esquemática para su comprensión.

Con este ejercicio práctico se puede identificar que la teoría de la ponderación es un herramienta idónea para esgrimir y argumentar casos de violaciones a derechos humanos en los que colisionen derechos, para que mediante las premisas propuestas por Alexy –como la fórmula de peso– se analicen los elementos fácticos y legales de manera objetiva y se arribe a una determinación que sea razonada, justificada y explicada en términos concretos.

Asimismo, se refleja que la asignación de valores numéricos no afecta la utilidad de esta herramienta para la resolución de casos pues, como se advirtió en el ejercicio práctico, esta determinación se realiza con base en el contenido propio de cada derecho, sus atributos y elementos, el contexto y las evidencias fácticas; apartando las valoraciones subjetivas.

A esta fórmula sólo se realizaría una crítica, y es que carece de un método para sopesar el valor abstracto de los principios y para vincular los elementos sustanciales; por ejemplo,

en el caso del derecho a la educación en la sentencia esgrimida, necesariamente debe estudiarse con la perspectiva del derecho a la no discriminación, como una norma *ius cogens* que no admite otra en contrario.

Asimismo, en relación con la sentencia emitida por la Corte IDH, es preciso indicar que omitió argumentar el carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación para brindar mayor apoyo a su determinación; pues al aludir a esta naturaleza imperativa se hubiera blindado de refutaciones que procedieran sobre el valor abstracto del principio y de los bienes jurídicos que se tutelan.

Aludiendo al carácter de *ius cogens* del derecho a la no discriminación, vinculado con el derecho a la educación, se propondría la siguiente fórmula:

Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (1) \times Ff (1)$	$\frac{4}{32}$	
			= 0.125
Derecho a la educación	$Va (4) \times Ga (4) \times Ff (2)$	$\frac{32}{4}$	
Y:			
Derecho a la educación, con perspectiva de no discriminación	$Va (4) \times Ga (4) \times Ff (2)$	$\frac{32}{4}$	= 8
Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (1) \times Ff (1)$	$\frac{4}{32}$	

Derecho a la integridad personal 0.125 < 8 Derecho a la educación

Si bien el resultado es el mismo, en tanto que prevalece el derecho a la educación, es claro que la diferencia de los cocientes es considerable, lo que blindaría con mayor autoridad argumentativa a la sentencia emitida en el caso.

De lo anterior se concluye que la ley de la ponderación y la fórmula del peso de Robert Alexy son herramientas argumentativas útiles para soportar una determinación jurídica y explicarla de manera abstracta y objetiva; sin embargo, cabe decir que debe ser robustecida para realizar un análisis integral y con enfoques particulares, como lo son las perspectivas de discapacidad, el principio de no discriminación, entre otras.

VI. Conclusión

Robert Alexy propone entender a los derechos fundamentales como principios, lo que significa que no tienen un carácter de cumplimiento absoluto, sino que su satisfacción será en la mayor medida posible, por ello los llama *mandatos de optimización*.

En ese tenor, expone que la y el operador jurídico, ante la colisión de mandatos, tendrán que preferir alguno, para ello propone observar el principio de proporcionalidad, el cual se compone de tres subprincipios, a saber: adecuación, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El tercer subprincipio, a su vez, se integra por la *ley de la ponderación*, la *fórmula del peso* y las *cargas de argumentación*. En cuanto a la fórmula del peso, es un ejercicio numérico en el que se consideran las variables de valor abstracto del principio, grado de afectación y fiabilidad fáctica, asignándole un valor a cada uno, para obtener un cociente como resultado que permita concluir que un principio es preferible sobre el grado de cumplimiento de otro.

Para analizar si la teoría aludida resulta una herramienta útil para las y los operadores jurídicos, a fin de argumentar una resolución cuando colisionen derechos se realizó un ejercicio práctico con la sentencia del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, dictada por la Corte IDH.

En principio resultó necesario explicar los hechos que apuntaron sobre la limitación del ejercicio del derecho a la educación de una niña llamada Talía Gonzales, por vivir con VIH. Asimismo, de forma general se indicaron los argumentos que esgrimió el tribunal interamericano sobre el asunto.

Posteriormente, al realizar la prueba de ponderación con los elementos de la sentencia señalada se logró observar que hubo una adecuación entre la conclusión de la Corte IDH sobre preferir el derecho a la educación y el resultado de la fórmula del peso bajo el examen de las variables de valor abstracto del principio, grado de afectación y fiabilidad fáctica.

Entonces, se logró concluir que la teoría de la ponderación es un elemento útil para las y los operadores jurídicos, la cual abona a blindar sus determinaciones y colabora para que éstas sean razonadas, justificadas y objetivas.

Sin embargo, también se identificó que la Corte IDH debió aludir en forma más detallada sobre el valor abstracto del derecho a la educación y el carácter de *ius cogens* del principio

de no discriminación, con el fin de fortalecer sus argumentos a favor del privilegiar este derecho, y con ello despejar dudas que surgieran sobre la causa que conllevó a ponderar un derecho y no otro.

Por otra parte, se dedujo que con la fórmula del peso es difícil asignar un número a la estima intrínseca de un principio, y más cuando éste se encuentra relacionado con enfoques de derechos humanos, como discapacidad, grupos de atención prioritaria, normas *ius cogens*, entre otras.

No obstante, es preciso indicar que la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad, propuestos por Robert Alexy, son útiles para realizar ejercicios argumentativos, los cuales pueden ser perfectibles.

VII. Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Atienza Rodríguez, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. España: Editorial Trotta, 2013.
- Carbonell, Miguel, coord. *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- _____. *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *Argumentación jurídica*. México: Editorial Porrúa/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- Fabra Zamora, Jorge Luis, y Leonardo García Jaramillo, coords. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Gorra, Daniel G. "Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios". <https://jifa.files.wordpress.com/2012/01/gorra-daniel.pdf> (Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018).
- Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. México: Editorial Anthropos, 2015.

Artículo de revista

- Alexy, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Trad. de Rubén Sánchez Gil, núm. 11 (enero-junio 2009): 3-14.

Tratados

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Adoptado en el décimo octavo periodo de sesiones. San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Observaciones de organismos internacionales

Comité DESC. E/C.12/1999/10. Observación general 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 de diciembre de 1999.

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C, número 298.

_____. "Caso González Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, número 289.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)". Sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, número 259.