

Una vez más: La fórmula positivista del peso

Once Again: The Positivist Weight Formula

David Duarte*

Recepción y evaluación de propuesta: 20/05/2024

Aceptación: 20/08/2024

Recepción y aceptación final: 17/09/2024

Resumen: En los sistemas normativos que han acogido como derecho vigente el modelo alemán de proporcionalidad, las dos “leyes de la ponderación” (substantiva y epistémica) constituyen el cuadro normativo de la ponderación. Por lo tanto, una decisión de ponderación (legislativa o judicial) es legítima si y solo si no viola esas “leyes”. El problema es que, a pesar del consenso sobre su contenido, su configuración matemática en la fórmula del peso de Alexy es altamente criticable, principalmente porque no tiene en cuenta que son apenas límites a la discrecionalidad (y no normas de preferencia). Así, y con la intención de expresar la constante de proporcionalidad directa incluida en cada una de ellas, se presenta una fórmula cuyas variables representan nada más que el contenido normativo de esas “leyes”. Es una ecuación que, de ese modo, pretende ser la formulación matemáticamente correcta de la justificación interna de una decisión de ponderación.

Palabras clave: formula del peso de Alexy, formula positivista del peso, proporcionalidad, leyes de la ponderación, intensidad del control judicial.

Abstract: In normative systems where the German model of proportionality has been adopted as law, the two “laws of balancing” (substantive and epistemic) form the normative framework of balancing. Thus, a decision of balancing (legislative or judicial) is legitimate if and only if it does not

* Doctor, Universidade de Lisboa, Portugal. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidade de Lisboa, Lisbon Legal Theory, Portugal. Correo electrónico: davidduarte@fd.ul.pt.

violate such “laws”. Yet, the problem is that, despite the consensus about their content, their mathematical expression in Alexy’s weight formula is highly criticizable, mainly because it does not consider that they are mere limits of discretion (and not norms of preference). Attempting to express the constant of direct proportionality included in each one of them, a formula is presented, containing only the variables representing the normative content of such “laws”. It is an equation that aims to be the mathematical correct formulation of the internal justification of a balancing decision.

Keywords: Alexy’s weight formula, positivist weight formula, proportionality, laws of balancing, intensity of judicial review.

1. La instanciación de la proporcionalidad y su aplicación

La ocurrencia de un conflicto normativo para el cual el sistema normativo no contiene una norma aplicable de resolución de conflictos, o bien porque no existe o bien porque las existentes no se aplican a ese conflicto, implica que la determinación del derecho debe hacerse mediante una ponderación. Esto significa que la ponderación, como operación intelectual de elección de la norma prevalente en un conflicto normativo, solo es pertinente cuando se cumplen dos condiciones necesarias: (i) la ocurrencia de un conflicto entre normas; y (ii) la imposibilidad de resolver el conflicto por vía de una norma de resolución de conflictos. Una vez cumplidas estas dos condiciones, el agente (y en particular el juez, debido a su deber de “non liquet”) debe ponderar y elegir la norma a aplicar.¹

(i) Si N_1 y N_2 entran en conflicto, la elección de la norma aplicable puede darse por una norma de resolución de conflictos: por ejemplo, “lex specialis”; pero cuando el conflicto es parcial-parcial o las normas son del mismo tiempo y jerarquía (sin consunción), el sistema no tiene una solución directa para aquella elección.

¹ Sobre las condiciones necesarias de la ponderación, véase Duarte (2010, p. 60) y Silva Sam-
paio (2023, p. 15). Conectando la ponderación a los conflictos entre normas de principio,
véase Robert Alexy (2003, p. 436), Klatt y Meister (2012, p. 10).

(ii) Sin tal solución, la ponderación es la única forma de determinar cuál de las dos normas (entre N_1 y N_2) es la norma aplicable; así, la ponderación es pertinente en la resolución de conflictos normativos si y solo si se produce un conflicto y ese conflicto no puede resolverse mediante normas de resolución de conflictos.

Siempre que un conflicto conduce a una ponderación, se acciona el principio de proporcionalidad.² El mecanismo es simple: dado que ese principio tiene en su antecedente la verificación de una relación de “medio $\rightarrow$ fin”, que se produce por vía de una acción deóntica, resulta que el principio es aplicable siempre que la emanación de una norma (general o individual) produzca un conflicto entre normas superiores. En otras palabras, si una norma que instancia dos normas superiores incompatibles comprende esa relación de “medio $\rightarrow$ fin” (la insatisfacción de la norma superior es el medio para el fin que es satisfacer la norma incompatible), y el sistema conduce al agente a una ponderación, la proporcionalidad es siempre requerida.³

(iii) Una autoridad normativa emite la norma N_3 (norma legislativa) cuyo contenido es el significado de “las estaciones de televisión no podrán emitir reportajes en que se difunda la imagen de un condenado de manera tal que se identifique a la persona que ya haya cumplido la totalidad de su condena”.

(iv) N_3 instancia N_1 (norma constitucional que confiere la “libertad de prensa”) y N_2 (norma constitucional que confiere el “derecho a la imagen”); N_3 comprende una relación de “medio $\rightarrow$ fin”: la satisfacción del “derecho a la imagen” (fin) ocurre por vía de la insatisfacción de la “libertad de prensa” (medio).

² La proporcionalidad a que se hace referencia aquí es la que, aunque sea contingente, está efectivamente vigente en varios sistemas normativos y con el contenido del llamado “modelo alemán” (hoy dominante en el *civil law world*): es decir, se trata de la conocida proporcionalidad de tres requisitos (adecuación, necesidad y equilibrio). Sobre la proporcionalidad de origen alemán y su difusión, véase Barak (2013, p. 181) y Petersen (2017, p. 86).

³ El siguiente ejemplo es una variación del caso Lebach, a utilizar en todo el artículo, pero aquí con la configuración legislativa (norma general) de una de las normas posibles que el juez podría haber formulado allí (norma individual). Sobre el famoso caso Lebach, véase Hage (2005, p. 123) y Sieckmann (2012, p. 102).

La ocurrencia de un escenario normativo en el que una norma crea un conflicto en el plano superior, porque comprende tal relación de “medio $\rightarrow$ fin”, también involucra requisitos de la proporcionalidad que no son específicamente pertinentes para la ponderación. Esto es lo que sucede con las exigencias de adecuación y de necesidad.⁴ La primera es la que establece que los medios deben ser adecuados al fin: no es proporcional, entonces, el contenido normativo que no logra en modo alguno satisfacer la norma superior que pretende promover. Lo mismo ocurre con la necesidad: el contenido normativo que no expresa la mejor *ratio* de pérdidas y ganancias (en N_1 y N_2) es innecesario en comparación con otros contenidos posibles; o sea, no es proporcional.⁵

(v) N_3 es una norma adecuada, cumpliendo con la primera exigencia de la proporcionalidad, si es un medio adecuado para su finalidad (proteger el “derecho a la imagen”); la adecuación de N_3 no tiene nada que ver con la ponderación: es un mero requisito de la aptitud del medio sin reflejo en el conflicto entre N_1 y N_2 .

(vi) N_3 es una norma necesaria, cumpliendo con la segunda exigencia de la proporcionalidad si no hay como alternativa posible una eventual norma N_4 con una mejor *ratio* de pérdidas y ganancias en N_1 y N_2 ; la necesidad de N_3 tampoco tiene nada que ver con el conflicto entre N_1 y N_2 .

Sin embargo, la evaluación de la necesidad ya llama la atención sobre un problema relevante de la proporcionalidad: la medición; esto es, no se puede comparar la norma a introducir en el sistema (N_3) con posibles normas alternativas (por ejemplo, N_4) sin medir lo que se pierde comparativamente en la norma superior insatisfecha (N_1) y lo que se gana en la norma superior a satisfacer (N_2).⁶ Admitiendo que estas mediciones son

⁴ Sobre esa parte (empírica) del contenido de la proporcionalidad, véase Clérico (2009, p. 28) y Alexy (2014a, p. 52).

⁵ En cuanto a las *ratios* comparativas en la necesidad, véase Sartor (2018, p. 629) y Duarte (2021, p. 30).

⁶ El uso de los términos “pérdidas” y “ganancias” indica que, en el espectro de la “satisfactibilidad” de una norma, una norma inferior puede dar más que la “satisfacción mínima posible” o menos que la “satisfacción máxima posible”. Este uso no tiene nada que ver, por

posibles (lo que parece correcto), el problema de la medición empieza con el problema de la adopción de una escala: para hacer tal comparación, se necesita de una escala común para pérdidas y ganancias (para medir la insatisfacción y la satisfacción de las normas); lo que es, por supuesto, una condición necesaria para evaluar la necesidad.

(vii) Al evaluar la necesidad de N_3 , y utilizando una cierta escala, es esencial saber cuánto se gana con la promoción del “derecho a la imagen” (N_2) y cuánto se pierde en la norma sacrificada, en el presente caso la “libertad de prensa” (N_1).

(viii) Si existe una alternativa N_4 , también debe efectuarse la misma evaluación de pérdidas en N_1 y de ganancias en N_2 ; es la comparación de las *ratios* (de N_3 y N_4 con respecto a N_1 y N_2) lo que permite determinar si N_3 es una alternativa “mejor” que N_4 , único caso en que se puede calificar como “necesaria”.

Una gran parte de la literatura sobre proporcionalidad defiende (y eso parece correcto) que la medición en la proporcionalidad debe hacerse con una escala de progresión geométrica.⁷ La razón esencial para preferir esta escala está en la necesidad de acomodar la utilidad marginal: la progresión geométrica permite captar el hecho de que la utilidad (en este caso, satisfacción negativa o positiva) disminuye con el aumento de la cantidad. Si ya se ha perdido “X” en libertad de prensa, por ejemplo, perder “X” de nuevo, aunque sea la misma cantidad, significa una pérdida mayor que la pérdida original. Las escalas tienen, sin embargo, un grado limitado de precisión. Pero esto ocurre en mediciones que solo pueden hacerse con “grandes números”.⁸

(ix) La escala más utilizada para medir pérdidas y ganancias es la triádica simple: “4, 2, 1”, que corresponde a “ 2^2 , 2^1 , 2^0 ”; la corres-

lo tanto, con la “optimización” alexyana, al contrario de lo que sugiere Silva Sampaio (2023, p. 497). El punto ya era relativamente evidente en Duarte (2018, p. 49).

⁷ Lo que no es incompatible con ser una escala de intervalo, independientemente ahora de que tenga o no puntos fijos convencionales: es solo una escala en la que cada grado es el producto del anterior con una constante (por ejemplo, como la escala cromática en la que cada nota es mayor que la anterior [con respecto a una determinada frecuencia Hz]).

⁸ Véase, por ejemplo, Chang (2002, p. 32), Sartor (2013, p. 1431).

pondencia en pérdidas y ganancias es la siguiente: “ 2^2 = grave”, “ 2^1 = moderado” y “ 2^0 = leve”; así, una interferencia “grave” en la libertad de prensa vale “ 2^2 ”.

(x) Es preferible, sin embargo, utilizar una escala más fina (aunque imprecisa); la doble triádica: “256, 128, 64, 32, 16, 8, 4, 2, 1”, que corresponde a “ 2^8 , 2^7 , 2^6 , 2^5 , 2^4 , 2^3 , 2^2 , 2^1 , 2^0 ”; esta escala es solo un despliegue de la anterior: por ejemplo, “ 2^8 = 256 = grave grave”, “ 2^7 = 128 = grave moderado” y “ 2^6 = 64 = grave leve”.

El problema más grave que plantea la proporcionalidad, en la necesidad y en la proporcionalidad en sentido estricto, es la forma en que se realizan las mediciones; es decir, la forma como se determinan los “grados” de pérdidas y ganancias. Hasta qué punto (o en qué medida) una norma como N_3 sacrifica la “libertad de prensa” es, por supuesto, un juicio de valor marcadamente subjetivo e indefinido.⁹ Es, sin embargo, un requisito necesario para la aplicación de la proporcionalidad: la propia norma lo impone. Por eso, en el caso de la proporcionalidad, la medición es inevitable. Este es un problema que, sin embargo, va más allá de los propósitos presentes. Aquí, lo que importa es subrayar que, de alguna manera, hay siempre que medir una pérdida o una ganancia.

(xi) N_3 restringe la “libertad de prensa”: existe un ámbito relacionado con el ejercicio de esa libertad que ya no está permitido; la complejidad de la cuestión radica precisamente en cuál es el grado de pérdida (dentro del espectro de satisfacción mínima y de satisfacción máxima) resultante de esa sustracción.

(xii) Con la doble triádica podría decirse que se trata de una pérdida de “ 2^4 = 16”; es decir, que es una pérdida “moderada-moderada”; sin embargo, lo que importa son las razones que lo justifican, lo que evidencia cómo la aplicación de la proporcionalidad implica una justificación externa particularmente exigente.

⁹ Y esta ha sido una de las críticas “habituales” a la ponderación como tal; véase, por ejemplo, Jürgen Habermas (1996, p. 259) y Stavros Tsakyrakis (2009, p. 482). Sin embargo, dada su inevitabilidad, criticar la ponderación es como criticar un hecho real: no deja de existir, aunque pueda ser de algún modo “desagradable”.

Por otro lado, las consideraciones anteriores ya han apuntado al hecho de que las consecuencias de la proporcionalidad son eliminatorias; por ejemplo, una norma inadecuada carece, por esa misma razón, de proporcionalidad y ya no hay que evaluar su necesidad. Lo mismo puede decirse de este último requisito de la proporcionalidad: si una norma es innecesaria, su falta de proporcionalidad se manifiesta de inmediato y ya no hay lugar para evaluar si es o no compatible con las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto.¹⁰ El carácter eliminatorio de la proporcionalidad abarca todas sus exigencias: así, como cada requisito es una condición necesaria de la proporcionalidad, cada una de ellas es, por oposición, una condición suficiente de la carencia de proporcionalidad.

(xiii) La posible inadecuación de N^3 para lograr la finalidad, la protección del “derecho a la imagen”, hace que N^3 carezca inmediatamente de proporcionalidad; lo mismo puede decirse de las demás exigencias de la proporcionalidad; es también por esta razón que sus consecuencias son vistas como *tests*.

(xiv) Así, la proporcionalidad es una norma que, en el modo deóntico de imposición (“debe”), conecta el antecedente “en acciones deónticas que dan lugar a una relación de medio $\rightarrow$ fin” al consecuente “el medio sea adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto”; y sus exigencias son acumulativas.

2. La ponderación bajo la proporcionalidad en sentido estricto

Después del examen del requisito de la necesidad, en el que se ha constatado que una cierta norma no tiene una alternativa posible comparativamente “mejor”, debe determinarse si esa norma cumple las dos exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto. Es en esta última fase, en rigor, que la proporcionalidad regula la ponderación: cada una de las dos exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto establece un límite a la elección de la norma prevalente, definiendo de ese modo el estatus normativo

¹⁰ Acerca del carácter eliminatorio de las consecuencias de proporcionalidad, véase Bernal Pulido (2007, p. 693), Klatt y Meister (2012, p. 71).

de la acción deóntica a adoptar. En el modelo alemán de proporcionalidad, que es lo que aquí se examina, estas dos consecuencias son: i) la denominada “ley sustantiva de la ponderación”; y (ii) la que es conocida como la “ley epistémica de la ponderación”.¹¹

(xv) Si la finalidad de la evaluación de necesidad es comparar las pérdidas y ganancias de N_3 y N_4 en “libertad de prensa” y en “derecho a la imagen”, en la proporcionalidad en sentido estricto ya solo se trata de evaluar la norma que ha superado la exigencia de necesidad; en este ejemplo, N_3 .

(xvi) Así, lo que ahora se evalúa es la relación entre N_3 y N_1 (libertad de prensa) y N_2 (derecho a la imagen); y dado que N_3 es una norma que satisface N_2 , su proporcionalidad (en sentido estricto) depende, en el contexto de la ponderación entre N_1 y N_2 , de que N_3 no exceda el límite para la elección de N_2 .

La “ley sustantiva de la ponderación” establece que “cuanto mayor sean las pérdidas en una norma, mayores deberán ser las ganancias en la norma opuesta”. La “ley epistémica”, a su vez, impone que “cuanto mayor sean las pérdidas en una norma, mayor debe ser el grado de certeza respecto de las premisas subyacentes”.¹² Ambas “leyes” tienen la misma estructura: (i) la primera conecta una consecuencia de ganancias iguales o mayores en una norma con pérdidas en otra; y (ii) la segunda conecta una exigencia de certeza sobre las premisas subyacentes igual o mayor que las pérdidas

¹¹ Acerca de estas dos “leyes” como el contenido de proporcionalidad en sentido estricto en el modelo alemán, véase Alexy (2014b, p. 514) y Rivers (2012, p. 252).

¹² Ha habido cierta divergencia en la redacción de las “leyes de ponderación”, específicamente en la redacción de la “ley epistémica”. Por ejemplo, Rivers (2007) la expresa de la siguiente manera: “cuanto más grave es la violación de un derecho, más fiable la evaluación del legislador de que un interés concurrente se realizará suficientemente” (p. 183). Klatt y Schmidt (2012) la describen como: “cuanto más grave es una interferencia en un principio P_i , más ciertas deben ser las premisas que justifican la clasificación de la intensidad de interferencia I_i ” (p. 85). No cabe duda sobre la importancia de la redacción. Sin embargo, como parte de la proporcionalidad, el punto principal es que su núcleo tiene que ser defendido intersubjetivamente contra teorías o perspectivas específicas. Por lo tanto, es con el objetivo de preservar a ese núcleo que se adopta una redacción más aséptica (como en el texto).

en la norma insatisfecha.¹³ Y, todo considerado, ambas “leyes” solo pueden aplicarse con la medición de “pérdidas”, “ganancias” y “certeza”.

(xvii) La “ley sustantiva” es: “cuanto mayor sean las pérdidas en una norma (N_x), mayor deberán ser las ganancias en la norma opuesta (N_y)”; tiene la siguiente estructura: “con pérdidas en $N_x \Rightarrow$ O las ganancias sean $\geq$ pérdidas”; tratase de una imposición de ganancias iguales o superiores a las pérdidas.

(xviii) La “ley epistémica” es: “cuanto mayor sean las pérdidas en una norma (N_x), mayor debe ser el grado de certeza sobre las premisas subyacentes (C)”; su estructura es: “con pérdidas en $N_x \Rightarrow$ O la certeza sobre las premisas subyacentes sea $\geq$ pérdidas”; tratase de una imposición de certeza igual o superior a las pérdidas.

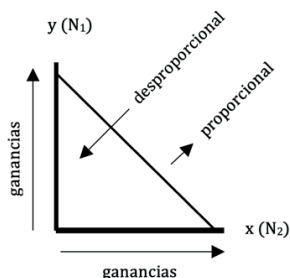
(xix) Las dos “leyes” pueden unificarse en una sola estructura: “con pérdidas, ganancias y certezas en un conflicto de normas $\Rightarrow$ O las ganancias sean $\geq$ pérdidas $\wedge$ la certeza sea $\geq$ pérdidas”; esta estructura única también sirve para mostrar cómo las dos “leyes” expresan una constante de proporcionalidad directa (“ $k = \frac{y}{x}$ ”).

Esta constante de proporcionalidad directa es la que funciona como el contenido de la proporcionalidad en sentido estricto, una constante inherente a “cuanto mayor sean las pérdidas, mayores deben ser las ganancias (sustantiva) o el grado de certeza (epistémica)”. Así, estas dos “leyes” imponen el cumplimiento de una constante, lo que también significa que hay una curva que expresa la “relación” de satisfacción y de insatisfacción aceptables en las normas en conflicto (o de insatisfacción y certeza, en la “ley epistémica”). La curva de la constante de proporcionalidad directa muestra, entonces, el límite más allá del cual cualquiera acción deóntica no es proporcional; y también muestra, por supuesto, la zona en que ese efecto eliminatorio no ocurre.

¹³ Sobre el significado de “certeza” en el presente contexto, como conjunción de “verdad” y “confiabilidad” (y en oposición a “ignorancia”), véase Duarte (2021, p. 18). En el esquema tradicional de la escuela de Kiel, véase Alexy (2014b, p. 520), Klatt y Meister (2012, p. 81).

(xx) La curva con la constante de proporcionalidad directa se obtiene a partir de " $k = \frac{y}{x}$ ", donde " k " es la constante y, utilizando la doble triádica, " y " y " x " son la máxima satisfacción posible de " N_x " ($256 = 2^8$) y de " N_y " ($256 = 2^8$); como aquí " $k = \frac{256}{256} = 1$ " la constante es 2^0 y la curva tiene una inclinación de -2^0 .

(xxi) Como "cuanto mayor sean las pérdidas, mayores deberán ser las ganancias (o la certeza)" es lo mismo que "cuanto menor sean las pérdidas, mayores serán las ganancias (o certeza)", la curva puede diseñarse con ganancias en ambos ejes; así, N_3 no es proporcional por debajo de la curva y es proporcional por encima:



La estructura de la proporcionalidad en sentido estricto, evidenciada en las "leyes de la ponderación" mediante la constante de proporcionalidad directa contenida en cada una de ellas, muestra que se trata de una consecuencia que constituye un mero límite. Así, lo que resulta de esas dos "leyes" es una línea que separa la proporcionalidad de la desproporcionalidad (y multiplicada por dos, ya que son dos "leyes), permitiendo que cualquier solución que la supere sea "válida" (abriendo así un espacio de discrecionalidad solo sujeto a un límite). Es muy claro, entonces, que la proporcionalidad en sentido estricto no contiene una "preferencia": es decir, no funciona como una norma de conflictos; más bien se circunscribe a establecer un límite para un espacio de discrecionalidad.¹⁴

(xxii) Si N_3 implica 64 (2^6) de pérdidas en "libertad de prensa" y 32 (2^5) de ganancias en "derecho a la imagen", entonces N_3 no cumple

el límite de la “ley sustantiva de ponderación”; pero si implica 16 (2^4) de pérdidas con las mismas ganancias, entonces ya está dentro del espacio de discrecionalidad (cumple el límite).

(xxiii) Si N_3 implica 32 (2^5) de pérdidas en la “libertad de prensa”, siendo el grado de certeza sobre las premisas subyacentes de 64 (2^6), entonces N_3 no viola el límite dado por la “ley epistémica de la ponderación”; pero si ese grado de certeza es de 16 (2^4), entonces N_3 no es proporcional por razones epistémicas.

3. La fórmula de peso de Alexy y sus problemas

El carácter matemático de la proporcionalidad en sentido estricto podría haber sido una de las razones que llevaron a Alexy a concebir una ecuación cuyo propósito explícito era conferir al agente que realiza una ponderación un instrumento para racionalizarla. La fórmula pretende ser una expresión de la proporcionalidad en sentido estricto, comprendiendo un conjunto de variables que expresarían las “leyes sustantiva y epistémica”: (i) “I” para la intensidad de una interferencia; (ii) “W” para el peso abstracto de las normas; (iii) “Re” para la fiabilidad de las premisas empíricas; y (iv) “Rn” para la fiabilidad de las premisas normativas. Así, la fórmula pretende ser la expresión matemática de la justificación interna de la ponderación.¹⁵

(xxiv) La fórmula del peso de Alexy tiene cuatro variables (I, W, Re y Rn), que se repiten en el numerador y en el denominador (donde se hace la notación de cada una de las normas en conflicto); teóricamente, las dos primeras variables representan la “ley sustantiva” y las dos últimas la “ley epistémica”.

(xxv) En cada una de las variables se debe inscribir la notación que representa la medición realizada, obteniéndose después un determinado resultado; cuando utiliza la fórmula, el agente que realiza la ponderación mide las razones justificativas de cada notación; la fórmula del peso de Alexy es la siguiente:

$$W = \frac{I W \Re Rn}{I W \Re Rn}$$

¹⁵ Véase Alexy (2006, p. 26). También Borowski (2013, p. 1416) y Petersen (2017, p. 46).

La fórmula del peso utiliza dos escalas: (i) una escala positiva, la triádica simple vista antes ($2^2 = 4$, $2^1 = 2$, $2^0 = 1$), que se utiliza para las dos primeras variables; y (ii) la misma triádica simple, pero con potencias negativas ($2^0 = 1$, $2^{-1} = 0,5$, $2^{-2} = 0,25$), que se utiliza para variables epistémicas. La idea subyacente, que quizá sea la responsable del éxito de la fórmula, es que las medidas epistémicas se limitan a disminuir las otras medidas (o hacerlas neutrales).¹⁶ Una vez realizada la notación sobre las diferentes variables, se obtiene un determinado cociente, que se interpreta según la “regla de la ecuación”: si el resultado es mayor que 1, prevalece la norma representada en el numerador, si es menor que 1, prevalece la norma representada en el denominador.¹⁷

(xxvi) Si N_3 interfiere con 1 (2^0) en la “libertad de prensa” (N_1 en el denominador) y su no aprobación implicaría una interferencia de 2 (2^1) con el “derecho a la imagen” (N_2 en el numerador), entonces estas son las notaciones de la variable “I”; lo mismo en “W” si N_1 tiene un peso abstracto de 4 (2^2) y N_2 de 4 (2^2).

(xxvii) Si no hay duda acerca de estas notaciones (hay “certeza”), entonces “Rn” debe contener un 1 en ambas normas; si hay dudas sobre las premisas empíricas de N_2 , pero no hay dudas sobre las de N_1 , entonces se coloca 0,5 (2^{-1}) en el numerador y 1 (2^0) en el denominador.

(xxviii) Con la notación correspondiente a esas mediciones, el cociente es de 0,5 (2^{-1}); a la luz de la “regla de la ecuación”, esto significa que prevalece la norma constante del denominador, que aquí es N_2 ; así, N_3 es proporcional; es una norma de acuerdo con la norma prevalente (N_2):

$$W = \frac{1}{2} \frac{4}{4} \frac{0,5}{1} \frac{1}{1} = \frac{2}{8} = 0,25$$

¹⁶ O sea, cuanto menor sea el grado de certeza, menor será el peso contribuyente de las mediciones sustantivas para el cociente de la fórmula (siendo la certeza matemáticamente neutra). Véase Alexy (2003, p. 447).

¹⁷ En caso de empate, habrá lo que Alexy llamó “discrecionalidad estructural”, donde el legislador sería libre de elegir cualquier prevalencia. Sobre el asunto, véase Kumm (2012, p. 210), Klatt y Meister (2012, p. 78). Por otro lado, es importante mencionar que, en los siguientes ejemplos con la fórmula de Alexy, se utilizará la escala triádica simple (positiva y negativa), tal como la configura y utiliza el autor.

La fórmula del peso de Alexy tiene, sin embargo, muchos problemas. La cuestión es especialmente grave si se considera que se trata de una ecuación que pretende representar la proporcionalidad en sentido estricto y, en ese sentido, constituir la justificación interna de una decisión de ponderación. Si, por alguna razón, la ecuación no coincide con (o no expresa las) dos “leyes de la ponderación”, entonces solo una conclusión se sigue: la fórmula distorsiona las normas que regulan la ponderación y conduce a resultados erróneos.¹⁸ En otras palabras, si la fórmula de la ponderación de Alexy no concuerda plenamente con las “leyes de la ponderación”, esto significa necesariamente que su cociente no es, en rigor, una efectiva aplicación de la proporcionalidad.

Y, aparentemente, ese es exactamente el caso: el desacuerdo entre la ecuación y las “leyes de la ponderación”. Varias razones justifican esta afirmación. La primera razón deriva del hecho de que la fórmula del peso alexyana no respeta la separación y el carácter eliminatorio de cada “ley”. Como se ha señalado, cuando las ganancias en una norma no son iguales o mayores que las pérdidas en la norma contraria, se produce inmediatamente una violación de la “ley sustantiva”. Cuando así es, la proporcionalidad de la acción deóntica en cuestión se ve inmediatamente comprometida, lo que significa que ya es irrelevante evaluar la conformidad con la “ley epistémica”. La fórmula conduce, sin embargo, a un resultado en el que las dos “leyes” se mezclan: en esta ecuación nunca se sabe de forma autónoma si la “ley sustantiva” ha sido violada o no.¹⁹

(xxix) En la fórmula de Alexy, la “ley sustantiva” está representada por la variable “I”, mientras que la “ley epistémica” está representada por las variables “Re” y “Rn”; para estas dos, la escala con

¹⁸ Obviamente, nunca será una solución cambiar las “leyes de la ponderación” para hacerlas coincidir con la fórmula (como sugiere Bernal Pulido (2006, p. 105)).

¹⁹ Esto también significa que el cociente de la fórmula nada dice en cuanto a la interferencia sustantiva recíproca de las normas en conflicto y que también guarda silencio en cuanto a cuál de las “leyes de la ponderación” ha sido violada. Se trata de un grave problema que afecta toda la ecuación, cuya ingeniería interna se fundamenta en “trade-offs” entre variables (I, W, Re y Rn). Sin embargo, estas compensaciones internas resultan ser exactamente lo contrario de lo que realmente son las “leyes de la ponderación” (sobre las compensaciones dentro de la fórmula de Alexy, véase Lindhal (2009, p. 361).

potencias negativas debilita (si es el caso) las notaciones dadas con una escala de potencias positivas para la variable “I”.

(xxx) Si N_3 implica pérdidas de 4 en “libertad de prensa” (N_1 en el denominador) y ganancias de 2 en “derecho a la imagen” (N_2 en el numerador), entonces hay una desproporcionalidad: $0,5 (< 2^0)$; sin embargo, con valores en “Re” y “Rn que lo compensan, el cociente se invierte y se oculta esta desproporcionalidad:

$$W = \frac{2}{4} \frac{2}{2} \frac{1}{0,5} \frac{1}{0,5} = \frac{4}{2} = 2$$

La segunda razón es que el cociente de la fórmula es una preferencia entre las normas en conflicto: según la regla de la ecuación, si el cociente es mayor que 1, prevalece la norma notada en el numerador; si el cociente es menor que 1, prevalece la norma notada en el denominador. Sin embargo, nada de esto resulta de ninguna de las “leyes de ponderación”: como ya se ha demostrado, ambas “leyes” se limitan a imponer una constante de proporcionalidad directa, lo que significa que se limitan a definir un límite máximo para determinadas acciones deónticas (N_3) de acuerdo con las normas en conflicto (N_1 y N_2). Un cociente con una preferencia solo estaría respaldado por esas “leyes” si estas previeran algún criterio de elección. Pero tal cosa no existe.

(xxxi) El cociente de la fórmula es una preferencia: si es > 1 , prevalece la norma del numerador (N_2); si es < 1 , prevalece la norma del denominador (N_1); sin embargo, ninguna de las leyes de “ponderación” establece un criterio de preferencia; sólo definen una constante por debajo de la cual una preferencia es ilegítima.

(xxxii) Entonces, la cuestión no es, al analizar N_3 (expresión de la prevalencia de N_2), si N_2 prevalece sobre N_1 , sino más bien si N_3 está por debajo de la constante 1 (2^0); y resulta que N_3 puede no estar por debajo de esa constante (en la “ley sustantiva” [$\frac{4}{2} = 2^1$]), incluso cuando la fórmula da la prevalencia opuesta:

$$W = \frac{4}{2} \frac{2}{2} \frac{0,5}{1} \frac{0,5}{1} = \frac{2}{4} = 0,5$$

La tercera razón es que las “leyes de ponderación” no dan ningún tipo de cobertura para la variable “W”. Sin perjuicio de las dificultades con que

siempre ha luchado esta variable, lo cierto es que la proporcionalidad en sentido estricto nunca se refiere al peso abstracto de las normas en conflicto.²⁰ Esto significa que, en rigor, la variable “W” debe ser vista como un verdadero parásito moral, que distorsiona lo que resultaría (bajo la “ley sustantiva”) de la interferencia recíproca de las normas en conflicto. Solo a la luz de la “ley sustantiva”, la variable “W” implica que la constante de proporcionalidad directa requerida allí va a perder su propia función: en cambio, uno se queda con una mezcla de consideraciones morales con pérdidas y ganancias normativas.

(xxxiii) La fórmula de Alexy requiere que las interferencias de la “ley sustantiva” se mezclen con los pesos abstractos de normas, un arreglo matemático que no tiene nada que ver con la proporcionalidad; tal mezcla permitirá distorsionar el resultado que debe ser dado por la “ley sustantiva”.

(xxxiv) El siguiente ejemplo muestra cómo N_3 no respeta la proporcionalidad (con N_2 en el numerador y N_1 en el denominador) únicamente sobre la base de la variable “W”, incluso cuando N_3 está claramente por encima de la constante de proporcionalidad directa dada por la “ley sustantiva” ($\frac{4}{2} = 2^1$):

$$W = \frac{4}{2} \frac{1}{4} \frac{1}{1} \frac{1}{1} = \frac{4}{8} = 0,5$$

La calificación de la variable “W” como un parásito moral no significa que las consideraciones morales sean irrelevantes para la ponderación: muy posiblemente, una pérdida de 4 (2^2) en una norma puede ser “socialmente más crítica” que la misma pérdida en otra norma. Sin embargo, esto no es más que una confusión entre la justificación interna de la ponderación (la propia fórmula) y su justificación externa: las razones que justifican que esa pérdida se mida como un 4 (2^2). Como las normas en conflicto se encuentran en el mismo nivel jerárquico, cualquier diferencia moral debe estar en las razones que justifican una pérdida o una ganancia mayor o

²⁰ Sobre la controversia cuanto al contenido de la variable “W” véase, por ejemplo, Sieckmann (2010, p. 105), Guibourg (2010, p. 156). Sobre la consecuencia ordinal del peso abstracto, véase Moreso (2007, p. 231) y Lindhal (2009, p. 366).

menor. Por eso, la variable “W” debe diluirse en las razones que justifican esas pérdidas y esas ganancias.

(xxxv) Si N_5 es la norma que protege la “integridad física” y N_6 la que confiere la “libertad religiosa”, podría decirse que N_5 tiene más peso abstracto que N_6 ; pero nada en la proporcionalidad permite tal conclusión; si N_7 es la prohibición de ablación femenina, ¿la moral en la ponderación implica mayor peso abstracto de N_5 ? (xxxvi) no es justificable que N_5 prevalezca sobre N_6 solo por el hecho de ser N_5 ; lo que sí se puede justificar es que, para N_7 , esto se traduce en una ganancia máxima en N_5 (numerador) y una pérdida mínima en N_6 (denominador); así, el supuesto mayor peso abstracto de N_5 no es pertinente aquí (y, por eso, se suprime):

$$W = \frac{4}{1} \frac{1}{1} \frac{1}{1} = \frac{4}{1} = 4$$

La cuarta razón deriva de un desajuste entre la variable “Rn” y la “ley epistémica”. Supuestamente relacionada con las incertidumbres sobre el valor atribuido a las interferencias (y a “W”), la variable “Rn” puede tener un valor inferior a 1 cuando la variable “Re” es 1. Cuando ese es el caso, un “Rn” menor que 1 solo indica una interferencia que es incierta en sí misma.²¹ Dado que la incertidumbre disminuye el impacto que la norma en cuestión tiene en el cociente, esto implica que la fórmula de Alexy trata estas “incertidumbres” como causas de disminución del valor dado a “I” o a “W”. Sin embargo, esto es totalmente inexistente en la “ley epistémica”: nada allí dice que las incertidumbres normativas tengan como efecto necesario disminuir el valor dado en “I” o “W”.²²

(xxxvii) En la ecuación siguiente (xxxviii), todas las variables tienen los mismos valores, excepto, en el numerador, “I” y “Rn”; como

²¹ Es decir, sin incertidumbres de naturaleza empírica.

²² Así, no está claro por qué una incertidumbre acerca de una interferencia normativa no puede causar también un aumento en este valor (¿la incertidumbre causa siempre un valor dado por exceso?). En rigor, lo que está en juego es el problema de no conocer el valor preciso de la interferencia y no una relación causal entre un grado de ignorancia y un impacto menor necesario de una interferencia en el cociente de la ecuación.

se puede ver, una potencia negativa en “Rn” disminuye necesariamente el impacto matemático de la notación dada en “I”: pasa de un 4 a un 2 efectivo debido a 0,5 en “Rn”.

(xxxviii) La fórmula de Alexy acomoda a esta disminución; pero no hay nada en la “ley epistémica” que justifique decir que estas incertidumbres implican necesariamente una disminución: ¿por qué una duda sobre el valor de una interferencia debería implicar por defecto una interferencia menor?:

$$W = \frac{4}{2} \frac{2}{2} \frac{1}{1} \frac{0,5}{1} = \frac{4}{4} = 1$$

Esta cuarta razón también muestra que la certeza de la “ley epistémica” solo se relaciona con el conocimiento empírico. La cuestión es la siguiente: dado que esa “ley” contrasta un grado de certeza con las pérdidas (iguales a las pérdidas de la “ley sustantiva”), resulta que con incertidumbre sobre una pérdida se están evaluando pérdidas en ambos lados. O sea, cuando una cantidad de certeza también representa una cantidad incierta de pérdidas, entonces la división requerida por la “ley epistémica” tendrá pérdidas inciertas en el numerador y la misma incertidumbre en el denominador. En suma, algo se está dividiendo por sí mismo. Por lo tanto, la certeza de la “ley epistémica” tiene que referirse a un objeto diferente: las premisas empíricas.²³

(xxxix) La “ley epistémica” es “con pérdidas en $N_x \Rightarrow$ la O certeza sobre las premisas subyacentes sea $\geq$ pérdidas”, cumpliéndose siempre que la certeza (C) dividida por las pérdidas (P) sea igual a 1; si el grado de certeza incluye la incertidumbre sobre pérdidas inciertas, entonces existe la misma incertidumbre en ambos lados ($\frac{C}{P}$)

(xl) usando la triádica simple, si la certeza es 2 (2^1) y las pérdidas son 2 (2^1), la primera y la segunda se confunden porque puede haber incertidumbre sobre pérdidas (que son inciertas); por eso, la división implica la misma pérdida en ambos lados; la “ley” solo funciona si “C” y “P” tienen objetos diferentes.

²³ En consecuencia, la “ley epistémica” versa sobre las certezas (empíricas) acerca del mundo, con respecto a una cierta cantidad de pérdidas, independientemente de si son (normativamente) ciertas o inciertas, lo que debe verse como un problema diferente, para la definición del alcance de la certeza.

Todo lo que se ha dicho hasta ahora apunta a la razón principal detrás de las críticas anteriores: el hecho de que la fórmula de Alexy expresa la confusión entre la “discrecionalidad de ponderación” y la discrecionalidad específica conferida por las “leyes de la ponderación”. En rigor, una ecuación construida con el fin de expresar esas “leyes” como límites internos de la “discrecionalidad de ponderación” no puede combinarla con la que deriva específicamente de esos límites. El cociente necesariamente mezclará dos cosas que deben separarse: limitar la discrecionalidad y tener discrecionalidad en las normas que la limitan. Para una ecuación que pretende desempeñar el papel de justificación interna de la ponderación, este problema parece fatal.

(xli) Las variables de la fórmula de Alexy muestran cómo se mezclan las dos discrecionalidades: las variables “I” y “Re” están previstas en las “leyes de la ponderación” y limitan la “discrecionalidad de cuantificación” (dp); sin embargo, la variable “Rn” solo representa la “discrecionalidad de cuantificación” (dq).

(xlii) Es decir, la variable “Rn” contiene la discrecionalidad directamente dada por las “leyes de la ponderación” en la cuantificación de las ganancias y las pérdidas; así, la fórmula de ponderación de Alexy mezcla los límites de la discrecionalidad (I y Rn) con la discrecionalidad dentro de los límites (Rn):

$$W = \frac{I(dp) W R(dp) Rn(dq)}{I(dp) W R(dp) Rn(dq)}$$

Los desacuerdos entre la fórmula de Alexy y las dos “leyes de la ponderación” (que deberían ser la única base de la ecuación) son razón suficiente para sostener que debe ser descartada. La utilidad de una herramienta matemática que pretende representar normas jurídicas termina en el punto en que el resultado que proporciona está lejos de las consecuencias deónticas de esas normas. Es, sin duda, una maravillosa pieza de ingeniería jurídica, particularmente en la forma como utiliza escalas crecientes y decrecientes de “2⁰” para combinar ambas “leyes de la ponderación”. Aun así, y pese a su virtuosismo, parece fallar como expresión exacta de la proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, es necesario concebir una ecuación capaz de expresarla con mayor precisión.

4. La fórmula positivista del peso

La fórmula positivista del peso es una ecuación que expresa solo y nada más que el contenido de las “leyes de la ponderación”. Aunque breve, esta frase dice prácticamente todo lo necesario para entender las razones que justifican calificar la fórmula como “positivista”. Primero, porque se limita al contenido y a la secuencia eliminatoria de la ley “sustantiva” y la ley “epistémica”: dado que su cociente nos dice si una norma ha violado o no cada una de las “leyes de la ponderación”, sabemos que su resultado matemático coincide plenamente con la proporcionalidad en sentido estricto. Segundo, porque no implica ninguna variable distinta de las exigidas por cada “ley de la ponderación”. Por eso, cualquier elemento ajeno a estas “leyes” queda completamente eliminado.

La naturaleza positivista de la fórmula es, entonces, el resultado de reproducir exactamente: (i) el contenido de la proporcionalidad en sentido estricto; y (ii) constituir una expresión plena de la tesis de la separación. En cuanto al primer punto, porque la ecuación solo conduce a un resultado de compatibilidad jurídica, tal como lo expresa su propia regla interpretativa: el cociente solo muestra el código binario “violación – no violación”. En cuanto al segundo punto, en la medida en que la ecuación solo tiene en cuenta los límites dados por la proporcionalidad en sentido estricto: sin perjuicio de las razones que puedan justificar los valores dados en cada variable, la ecuación se construye con variables inmunes a cualquier limitación extralegal (y, en particular, moral).

4.1. La “ley sustantiva”

Como se ha visto, la “ley sustantiva” comprende una constante de variación (relacionada con normas superiores contradictorias) que debe ser obedecida: 1 (2^0). Esta constante de proporcionalidad directa dicta que cuanto mayor es la pérdida en una norma (N_1), mayor debe ser la ganancia en la norma opuesta (N_2). Con ese contenido, es necesario confrontar una cantidad de pérdidas con una cantidad de ganancias, lo que, con respecto a una acción deóntica específica (N_3), significa que las ganancias en la norma

derrotante (N_2) deben dividirse con las pérdidas en la norma derrotada (N_1). Usando la triádica dupla, la ecuación funciona bajo la siguiente regla: la norma (N_3) es proporcional (solo en cuanto a la “ley sustantiva”) si el cociente es ≥ 1 (2^0).

(xliii) La constante de proporcionalidad directa en la escala triádica dupla es: con pérdidas de 256 (2^8), es obligatorio ganar 256 (2^8); con pérdidas de 128 (2^7) es obligatorio ganar ≥ 128 (2^7); con pérdidas de 64 (2^6) es obligatorio ganar ≥ 64 (2^6), y así sucesivamente; por debajo de esa constante, la norma no es proporcional.

(xliv) La definición matemática del “peso sustantivo” es: « $PS = \frac{G}{P}$ » donde “G” representa la cantidad de ganancias en la norma derrotante (N_2) y “P” la cantidad de pérdidas en la norma derrotada (N_1); la regla de la ecuación es: la norma en análisis (N_3) es proporcional si el cociente es ≥ 1 (2^0).

(xlv) Si N_3 implica 32 (2^5) de pérdidas en “libertad de prensa” (N_1 , la norma derrotada) y tiene 64 (2^6) de ganancias en “derecho a la imagen” (N_2 , la norma derrotante), entonces la ecuación debe notarse de la siguiente manera (siendo que, con el cociente 2 (2^1), la norma es compatible con la “ley sustantiva”):

$$PS = \frac{4}{2} = 2 = 2^1$$

4.2. La “ley epistémica”

La “ley epistémica” contiene una constante de variación entre las pérdidas en la norma derrotada (N_1) y la certeza sobre las premisas subyacentes: 1 (2^0). Esta constante impone que cuanto mayor es la pérdida en la norma derrotada (N_1), mayor deberá ser el grado de certeza sobre las premisas subyacentes. Así, para analizar la compatibilidad de una norma con la “ley epistémica” es necesario dividir el grado de certeza por las pérdidas ya medidas (las mismas determinadas antes en la “ley sustantiva”), operación que obviamente debe realizarse en una escala única (es una *ratio*). Con la doble triádica de nuevo, la ecuación funciona bajo la siguiente regla: la norma (N_3) es proporcional (en lo que respecta a la “ley epistémica”) si el cociente es ≥ 1 (2^0).

(xlv) La constante de proporcionalidad directa es: con pérdidas de 256 (2^8), la certeza de 256 (2^8) es obligatoria; con pérdidas de 128 (2^7) es obligatoria la certeza ≥ 128 (2^7); con pérdidas de 64 (2^6) la certeza ≥ 64 (2^6) es obligatoria, y así sucesivamente; por debajo de la constante, la norma es no es proporcional.

(xlvii) La definición matemática del “peso epistémico” es: « $PE = \frac{C}{P}$ » donde “C” representa el grado de certeza sobre las premisas subyacentes y “P” la cantidad de pérdidas en la norma derrotada (N_1); la regla de la ecuación es: la norma en análisis (N_3) es proporcional si el cociente es ≥ 1 (2^0).

(xlviii) Si N_3 implica 128 (2^7) de certeza sobre las premisas y tiene 32 (2^5) de pérdidas en la norma derrotada (N_1 , la “libertad de prensa”), entonces la ecuación debe notarse de la siguiente manera (siendo que, con el cociente 2 (2^1), la norma es compatible con la “ley epistémica”):

$$PS = \frac{128}{32} = 4 = 2^2$$

Es importante señalar, en el lado epistémico de la fórmula positivista, que la valoración de la certeza debe comprender todas las premisas subyacentes a la ponderación, independientemente de que estén vinculadas a la norma derrotante o a la norma derrotada. La razón es que las consecuencias de una acción deóntica tienen efectos sobre ambas normas en conflicto: sobre la norma derrotada en cuanto a pérdidas y sobre la norma derrotante en cuanto a ganancias. Sería reduccionista, entonces, que las premisas subyacentes a esas consecuencias se evaluaran únicamente en cuanto a una norma.²⁴ Para no distorsionar el contenido de la “ley epistémica”, en este sentido, todas las premisas sobre las cuales debe haber conocimiento son relevantes para el cociente dado por la ecuación.

²⁴ Dado que no hay pérdidas sin ganancias (y viceversa, aunque sin simetría), no considerar todas las premisas subyacentes sería desvirtuar las consecuencias generales de la norma cuya proporcionalidad se analiza. Puesto que el fundamento de la “ley epistémica” es aceptar algunas pérdidas cuando hay un buen conocimiento sobre el mundo, entonces, dado que las ganancias son una condición necesaria de las pérdidas, uno no puede tirar por la borda una parte de las premisas subyacentes. ¿qué sentido tendría aceptar pérdidas si no tenemos en cuenta el grado de conocimiento de las ganancias que vamos a obtener a costa de esas pérdidas?

(xlix) Puede considerarse como premisa subyacente de N_3 en relación con N_1 (libertad de prensa) que: (a) “el espectro de lo que se puede informar está más restringido”; y (b) sobre N_2 (derecho a la imagen) que: “la imagen de alguien que ha cumplido una condena es afectada por la difusión de sus antecedentes penales”.

(l) Si solo se considera la calidad del conocimiento con respecto a la condición “a” indicada arriba, la premisa relacionada con la norma del denominador (N_1), entonces se supondría que solo una parte de ese conocimiento es pertinente; pero si la premisa “b” indicada arriba es falsa, entonces las pérdidas en N_1 no tienen justificación empírica.

4.3. La ecuación completa

El carácter eliminatorio de la “ley sustantiva” significa que la segunda parte de la ecuación solo se aplica cuando el cociente de la primera satisface la constante de proporcionalidad directa definida por su regla: 1 (2^0). Así, la fórmula positivista completa comprende dos ecuaciones conectadas por un condicional derrotable: el cociente del “peso sustantivo” no es una condición suficiente para obtener el cociente del “peso epistémico”. La ecuación tiene que aplicarse, entonces, en dos pasos: primero, las ganancias en la norma derrotante se dividen por las pérdidas en la norma derrotada; y si el cociente es $\geq 2^0$, la certeza sobre las premisas subyacentes (de ambas normas) se divide por las pérdidas en la norma derrotada (lo que es el contenido de la regla de la ecuación).

(li) la definición matemática de la “fórmula positivista del peso” es:

$$PS = \frac{G}{P} \Rightarrow PE = \frac{C}{P}$$

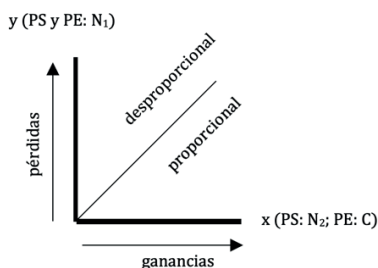
(lii) la regla interpretativa de la ecuación es la siguiente:

una norma es proporcional si $PS \geq 1$ (2^0) y, si PS no es < 1 (2^0), si $PE \geq 1$ (2^0).

5. El mecanismo de la “variación de la revisabilidad de la constante”

La fórmula positivista del peso, aunque se presenta aquí desde la perspectiva del agente decisorio, también puede ser utilizada por los órganos de control. Dado que define el modo como las “leyes de la ponderación” funcionan como límites internos de la discrecionalidad, cabe únicamente al órgano de control apreciar si se han respetado o no las constantes de proporcionalidad directa (en relación con una norma emitida por un agente decisorio). Si no lo han sido, el órgano de control señala la falta de proporcionalidad y, si es al nivel constitucional, declara la inconstitucionalidad. Si se han respetado esas constantes, entonces eso significa que el agente decisorio ha actuado dentro de su espacio de discrecionalidad y que el órgano de control debe autolimitarse.

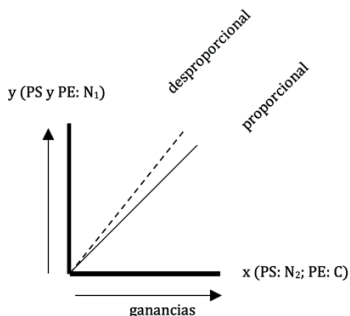
(liii) El eje “y” muestra las pérdidas en la norma derrotada N_1 (en PS y PE) y el eje “x” muestra las ganancias en la norma derrotante N_2 (PS) y la certeza (PE); la constante de proporcionalidad directa (con las áreas de proporcionalidad y de desproporcionalidad) está en la curva suroeste $\leftrightarrow$ noroeste:



Para el órgano de control surge, sin embargo, el problema de que ambas “leyes de la ponderación” comprenden el cuantificador “cuánto más”, lo que da lugar a una importante discrecionalidad lingüística (de cuantificación). Y el problema radica, en rigor, en que este cuantificador da a las constantes de proporcionalidad directa una zona de penumbra: independientemente de la medición hecha por el agente decisor y la que pueda realizar el órgano de control, es inevitable reconocer aquí una zona de incertidumbre dada

por la subjetividad de la medición.²⁵ Así, y a la luz de la prohibición de injerencia derivada de la separación de poderes, la autoridad de control debe necesariamente limitar su aplicación (control) de las “leyes de la ponderación”.

(liv) La efectividad del *self-restraint* judicial reduce el área de falta de proporcionalidad: el órgano de control reconoce que sus mediciones de pérdidas, ganancias y certeza, con relación a las realizadas por el agente decisorio, solo son exigibles más allá de un margen de moderación (entre líneas):



Puede insertarse en la fórmula positivista, entonces, un mecanismo matemático para expresar la medida de la reducción del área de falta de proporcionalidad debida por el *self-restraint* (impuesto por un límite interno de discrecionalidad que es en sí mismo discrecional). Es un mecanismo que define la diferencia aceptable entre las mediciones realizadas por el agente decisor y el órgano de control: es decir, establece la línea que dice cuando el órgano de control puede hacer cumplir las “leyes de la ponderación” y señalar la falta de proporcionalidad. Para ese efecto, se puede añadir a la regla de la ecuación una segunda parte: la definición de un incremento sobre la “variación de la revisabilidad de la constante” de proporcionalidad directa; por ejemplo, “2⁻¹”.

²⁵ Obviamente, solo cuando la medición de las ganancias, de las pérdidas y de la certeza no es de todo cierta (es decir, cuando hay discrecionalidad de cuantificación).

(lv) Así, la regla de la ecuación tiene dos partes:

- una norma es proporcional si PS es ≥ 1 (2^0) y, si el PS no es < 1 (2^0), si PE es ≥ 1 (2^0);
- la (falta) de proporcionalidad de esa norma solo es revisable si PS es $< 2^{-1}$ y si PE es $< 2^{-1}$.

(lvi) En estos términos, en casos inciertos de medición, se permite una pequeña desproporción debido a la “discrecionalidad lingüística” contenida en las “leyes de la ponderación”; en el caso del “peso sustantivo” solamente, el siguiente ejemplo muestra una desproporcionalidad que el órgano de control no debe declarar:

$$PS = \frac{16}{32} = 0,5 = 2^{-1}$$

Por supuesto, cada órgano de control definirá su “variación de revisabilidad de la constante” de acuerdo con sus criterios (lo que está fuera del ámbito de este trabajo). En cualquier caso, para la ciencia jurídica (y otras que tienen como objeto el derecho), el mecanismo de la revisabilidad puede ser útil para señalar las diversas intensidades de control.²⁶ En realidad, el control realizado bajo la proporcionalidad en sentido estricto será más o menos intenso en función de esa “variación de la revisabilidad”: si 1 (2^0) muestra un control intenso, esa intensidad disminuirá en la medida en que disminuya la variación en la revisabilidad de la constante. Además de lo que aporta a la fórmula, ese mecanismo también permite analizar hasta dónde llegan los órganos de control.²⁷

(lvii) La variación de la revisabilidad en la segunda parte de la regla de la ecuación también expresa la intensidad del control; por ejemplo:

- revisión muy fuerte $< 2^0$;
- revisión fuerte $< 2^{-1}$;
- revisión moderada $< 2^{-2}$;
- revisión débil $< 2^{-3}$.

²⁶ Sobre el problema de las diferentes intensidades de revisión, véase Tushnet (2008, p. 228) y Young (2010, p. 390).

²⁷ Esto significa que el mecanismo de revisión puede cumplir tanto una función normativa como una descriptiva: la primera imponiendo cuál debe ser el margen de autocontrol; la segunda describiendo el margen adoptado por un tribunal.

(lviii) Por ejemplo, y solo para el “peso sustantivo” (PS), el siguiente ejemplo muestra una falta de proporcionalidad significativa que un órgano de control no declara al hacer una “revisión débil”:

$$PS = \frac{8}{64} = 0,125 = 2^{-3}$$

6. Críticas a la fórmula positivista

Sampaio ha formulado algunas críticas a la fórmula positivista. Sus críticas pueden dividirse en cuatro grupos; sobre: (i) el papel desempeñado por las “leyes de la ponderación”; (ii) la posición de la fórmula en la relación entre decisión y control; (iii) la insuficiente contribución de la fórmula al esclarecimiento de la justificación externa; y (iv) la escala y la medición (Silva Sampaio, 2023, p. 491). La crítica sobre el papel de las “leyes de ponderación”, donde Sampaio dice que se asumen casi como si fueran leyes naturales, es “inesperada”. Es que la cuestión es muy sencilla: si la proporcionalidad se aplica en un sistema normativo y si se aplica con el contenido del modelo alemán, entonces las dos “leyes de la ponderación” son normas del sistema. Y deben aplicarse y hacerse cumplir.²⁸

²⁸ Sampaio sostiene que es una contradicción fundar una fórmula que no tiene nada que ver con la ponderación en las “leyes de la ponderación” cuando éstas no son más que un intento de explicar los elementos que deben considerarse en el contexto de la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto (Silva Sampaio, 2023, p. 496). Esta afirmación parece expresar dos confusiones. La primera es que la fórmula positivista no tiene nada que ver con la ponderación. Sin embargo, teniendo en cuenta de que se trata de una fórmula que expresa la regulación de la ponderación, no queda claro por qué razón se afirma que no tiene nada que ver con la ponderación. La segunda es que las “leyes de la ponderación” son sólo un intento de hacer explícitos los “elementos” (que no se sabe lo que son). Bueno, una de dos cosas hay que aceptar: (i) o bien se acepta que esas dos “leyes” son el contenido de la proporcionalidad en sentido estricto (como se hace aquí) y entonces son derecho vigente que debe ser obedecido (constituyendo, en estos términos, la justificación interna de una decisión de proporcionalidad (o falta de proporcionalidad); (ii) o bien no se acepta que sean derecho vigente y entonces nada de esto tiene sentido. Sin embargo, si se opta por la segunda posibilidad, nos encontramos ante una crítica que opera en un escenario normativo alternativo (negando el contenido de proporcionalidad en el modelo alemán) y que, por lo tanto, es vaciada de sentido. Sea como sea, ese escenario normativo alternativo no parece ser el que defiende el propio Sampaio, como se puede ver en Sampaio (2023, p.

La crítica sobre la posición de la fórmula en la relación entre decisión y control también es infundada. Que la fórmula se haya presentado con un ejemplo dado desde la perspectiva del legislador no significa que no se utilice cuando el agente de ponderación (inicial) sea un juez.²⁹ De hecho, la cuestión fue abordada expresamente y este es uno de los usos más visibles de la fórmula; sobre todo en contraste con la fórmula de Alexy, que está pensada solo desde la perspectiva del órgano de control.³⁰ Así, siempre que un agente (legislador, administrador o juez) lleva a cabo una ponderación, la proporcionalidad en sentido estricto limita su elección. Y la fórmula es precisamente el medio de evaluación de la legitimidad de esa elección: comprueba (transversalmente) su proporcionalidad.³¹

La crítica relativa a la falta de contribución de la fórmula para la justificación externa está en línea con las críticas más vulgares que se han hecho a la fórmula de Alexy.³² Y la respuesta, aquí, es básicamente la misma. Una ecuación que representa una norma tiene la función de operacionalizar la justificación interna de una decisión: solo sirve para mostrar el esquema matemático subyacente al derecho aplicable. Por eso, nada tiene que añadir en términos de justificación externa. La forma como el agente mide pérdidas y ganancias o convierte razones en cifras es un problema diferente, a resolver en otro lugar. Por lo tanto, pedir a la fórmula algo de justificación externa es lo mismo que pedir a una norma que contenga ya las razones que justifican la subsunción de un caso.

La crítica a la escala y la medición son relativas al uso de la doble triádica y la falta de un valor de cobertura (Sampaio, 2023, p. 503). En cuanto a la primera, es relevante decir que no hay nada que impida el uso

780), donde no hace más que dividir la ponderación en distintos factores para aplicar las “leyes” en cuestión.

²⁹ Crítica en Silva Sampaio (2023, p. 499).

³⁰ Sobre la disposición de la fórmula positivista para controlar la ponderación de cualquier agente, véase Duarte (2021, p. 43).

³¹ Por ejemplo, cuando el juez tiene que decidir un caso como el caso Lebach, al decidir si permite o prohíbe la emisión del documental, lo que tiene que hacer es dividir las ganancias por pérdidas y la certeza por pérdidas. Solo entonces sabrá si su decisión sobre la norma prevalente es compatible con la proporcionalidad en sentido estricto.

³² Como, por ejemplo, que se trata de una matematización imposible de juicios de valor. Así, Jestaedt (2012, p. 163), y Poscher (2020, p. 143).

de la fórmula con la triádica simple. Sin embargo, el uso preferente de la doble triádica (una escala cardinal imprecisa, contrariamente a lo que dice Sampaio) se debe a que permite una evaluación ligeramente más fina, atenuando así la propensión al empate inherente a la triádica simple.³³ Sea como sea, se trata de una escala normal de intervalo con puntos fijos, que son, exactamente, el grado de insatisfacción total de una norma y, en el punto opuesto, su grado de satisfacción máxima; cada grado intermedio expresa, por supuesto, un intervalo entre esos extremos.

(lix) Usando la doble triádica, y mirando N_1 , se puede ver que 256 (2^8) es equivalente a su máxima satisfacción (quedarse como está) y 1 (2^0) a su satisfacción mínima (vaciar la libertad de prensa): con N^3 se pierde algo con relación a la satisfacción máxima 256 (2^8), que se mide entre los extremos de la escala.

(lx) Lo mismo ocurre con N_2 : 256 (2^8) equivale a su máxima satisfacción (prohibida toda la interferencia) y 1 (2^0) a su mínima satisfacción (el derecho a la imagen no tiene contenido): con N_3 , se gana algo con relación al grado de satisfacción mínima 1 (2^0), que también se mide entre los extremos de la escala.

(lxi) Si 256 (2^8) se equipara con certeza (confiabilidad y verdad) y 1 (2^0) con ignorancia, entonces no hay nada que impida una evaluación dentro de la escala, generando comparabilidad; tener certeza sobre las premisas subyacentes tiene el mismo valor que satisfacer al máximo la libertad de prensa.

Con respecto a la segunda, es importante señalar que los puntos fijos, como correspondencia con la satisfacción y la insatisfacción totales, son en sí mismos la causa del valor de cobertura: la satisfactibilidad de una norma.³⁴ Como la medición se realiza en relación con la satisfacción máxima (o mínima) y ambas normas contienen esas grandezas, nada impide determinar cuán lejos (o cerca) queda cada norma de sus puntos extremos de (in)satisfacción. Aún más, parece errónea también la idea de que los pun-

³³ En cuanto a la afirmación del supuesto carácter preciso de la doble triádica, véase Silva Sampaio (2023, p. 504).

³⁴ Algo parecido también es aceptado por el propio Silva Sampaio (2023, p. 371).

tos fijos no pueden tomarse como referencia porque no existen.³⁵ No solo existen estos grados de satisfacción máxima y mínima (comunes a ambas normas), sino que nada impide ubicar en una escala a qué distancia de esos grados se encuentra una interferencia.³⁶

(lxii) Si 256 (2^8) es la satisfacción máxima de N_1 y 1 (2^0) su satisfacción mínima, entonces la pérdida causada por N_3 corresponde a algo entre 128 (2^7) y 2 (2^1); con N_3 , N_1 deja de estar en su grado máximo de satisfacción, 256 (2^8); la pérdida corresponde al grado en que N_3 coloca a N_1 (cuanto a su satisfacción máxima).

(lxiii) Si N_3 coloca a N_1 en el nivel de satisfacción de 64 (2^6), esto significa que hay una pérdida de 4 (2^2): la diferencia entre la satisfacción máxima de N_1 y el grado de satisfacción en que N_3 coloca N_1 ; la determinación de 64 (2^6) se puede hacer por comparación (con otras insatisfacciones) o con matrices de ponderación.

(lxiv) Si 1 (2^0) es la satisfacción mínima de N_2 y 256 (2^8) su satisfacción máxima, entonces la ganancia producida por N_3 corresponde a algo entre 2 (2^1) y 128 (2^7); con N_3 , N_2 queda allá de su grado mínimo de satisfacción, 1 (2^0); la ganancia corresponde al grado en que N_3 coloca a N_2 (cuanto a su satisfacción mínima).

(lxv) Si N_3 coloca a N_2 en el grado de satisfacción de 4 (2^2), esto significa que hay una ganancia de 4 (2^2): la diferencia entre la satisfacción mínima de N_2 y el grado de satisfacción dado por N_3 a N_2 ; la determinación de que se gana 4 (2^2) se puede hacer por comparación (con otras satisfacciones) o con matrices de ponderación.

³⁵ Como afirman Ratti y Rodríguez (2022, p. 150).

³⁶ Es decir, por comparación con otras interferencias posibles (Sartor, 2010, p. 208). Y tampoco se puede descartar que, utilizando matrices de ponderación, como las creadas por Mendonca (2006, p. 76), sea posible afinar el grado de la escala (entre los puntos fijos) correspondiente a una interferencia específica. El problema es esencialmente epistémico y depende de la completitud de la matriz: cuanto más completa es la matriz, más fácil es medir en qué grado de la escala se encuentra una determinada interferencia con respecto al intervalo entre la satisfacción mínima y máxima de una norma. Y, al que todo indica, la cardinalización de ese tipo de información es hoy en día corriente, como ocurre en la economía o en la psicología (DeVellis, 2017, p. 114; Bana e Costa y Vansnick, 1994, p. 489). Haciendo referencia a los intervalos como proporciones entre los puntos fijos, Sartor (2013, p. 1441).

7. Un ejercicio final

He sostenido aquí que la fórmula positivista del peso coincide más con las “leyes de la ponderación” que la fórmula de Alexy. Y también he afirmado que las fórmulas tienen diferentes morfologías matemáticas, proporcionando resultados con diferentes justificaciones racionales (basta mirar las respectivas reglas de interpretación). Sin embargo, se supone que cumplen la misma función: aplicar la proporcionalidad en sentido estricto y evaluar si una norma supera, o no supera, el test final de proporcionalidad. Pero la diferencia entre las dos se hace evidente cuando un caso (con medidas idénticas) tiene resultados diferentes en las dos fórmulas. Cuando esto ocurre, y si las afirmaciones anteriores son correctas, entonces parece que la fórmula positivista es una herramienta mejor y más precisa.

(lix) Una norma N_8 (también una preferencia de N_2 [numerador] sobre N_1 [denominador]) tiene los siguientes valores:

- interferencia en N_1 (pérdidas) = 64 (2^6); interferencia en N_2 (ganancias) = 64 (2^6);
- peso abstracto de N_1 = 32 (2^5); peso abstracto de N_2 = 128 (2^7);
- fiabilidad empírica y normativa relacionada con N_1 y N_2 = 0,0625 (2^{-4});
- certeza (correspondencia funcional de esta última en la fórmula positivista): 16 (2^4).

(lx) en la fórmula de Alexy, N_8 es proporcional (constitucional):

$$W = \frac{64}{64} \frac{128}{32} \frac{0,0625}{0,0625} \frac{0,0625}{0,0625} = \frac{32}{8} = 4$$

(lxi) En la fórmula positivista, N_8 es desproporcionada (es inconstitucional) y revisable:

$$PS = \frac{64}{64} = 1 \Rightarrow PE = \frac{16}{64} = 0,25 = 2^{-2}$$

Bibliografía

- Alexy, R. (2014a). Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, 22, 51-65.
- Alexy, R. (2014b). Formal Principles: Some Replies to Critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12(3), 511-524.
- Alexy, R. (2006). Discourse Theory and Fundamental Rights. En A. Menéndez (ed.), *Arguing for Fundamental Rights* (pp. 15-32). Dordrecht: Springer.
- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449.
- Bana e Costa, C. y Vansnick, J. (1994). Macbeth. An Internal Path Towards the Construction of Cardinal Value Functions. *International Transactions in Operational Research*, 1(4), 489-500.
- Barak, A. (2013). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2006). On Alexy's Weight Formula. En A. Menéndez (ed.), *Arguing for Fundamental Rights* (pp. 101-110). Dordrecht: Springer.
- Borowski, M. (2013). On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen. *German Law Journal*, 14, 1409-1420.
- Chang, R. (2002). *Make Comparisons Count*. Londres: Routledge.
- Clérico, L. (2008). *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- DeVellis, R. (2017). *Scale Development*, 4ª ed. Los Ángeles: Sage.
- Duarte, D. (2021). From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula. En J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights* (pp. 21-73). Cham: Springer.
- Duarte, D. (2018). Gains and Losses in Balancing Social Rights. En D. Duarte y J. Silva Sampaio (eds.), *Proportionality in Law: An Analytic Perspective* (pp. 49-70). Cham: Springer.

- Duarte, D. (2010). Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. En J. Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: the Methods of Balancing* (pp. 51-62). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Guibourg, R. (2010). On Alexy's Weighing Formula. En J. Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: the Methods of Balancing* (pp. 145-160). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press.
- Hage, J. (2005). *Studies in Legal Logic*. Dordrecht: Springer.
- Jestaedt, M. (2012). The Doctrine of Balancing – Its Strengths and Its Weaknesses. En M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 152-171). Oxford: Oxford University Press.
- Klatt, M. y Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press.
- Klatt, M. y Schmidt, J. (2012). Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, 10, 69-105.
- Kumm, M. (2012). Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. En M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 201-217). Oxford: Oxford University Press.
- Lindhal, L. (2009). On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing. En J. A. Raposo, J. Lopes Alves, P. de Sousa Mendes, A. Silva Dias, y L. Duarte D'Almeida (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70.º aniversário; estudos de direito e filosofia* (pp. 355-376). Coimbra: Almedina.
- Mendonça, D. (2006). *Los Derechos en Juego, Conflicto y Balance de Derechos*. Madrid: Tecnos.
- Moreso, J. J. (2007). Alexy y la Aritmética de la Ponderación. En R. García Manrique (de.), *Derechos Sociales y Ponderación* (pp. 223-247). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Petersen, N. (2017). *Proportionality and Judicial System*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Poscher, R. (2020). Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle. *Ratio Juris*, 33(2), 134-149.

- Ratti, G. y Rodríguez, J. (2022). *Estructura y Coherencia de los Sistemas Jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Rivers, J. (2012). Constitutional Rights and Statutory Interpretation. En M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 248-273). Oxford: Oxford University Press.
- Rivers, J. (2007). Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. En G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. (pp. 167-188). Londres: Hart Publishing.
- Sampaio, J. S. (2023). *Ponderação e Proporcionalidade*. II. Coimbra: Almedina.
- Sartor, G. (2018). A Quantitative Approach to Proportionality. En G. Bongiovanni, G Postema y otros (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation* (pp. 613-635). Dordrecht: Springer.
- Sartor, G. (2013). The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes. *German Law Journal*, 14(8),1419-1456.
- Sartor, G. (2010). Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality. *Artificial Intelligence and Law*, 14, 175-215.
- Sieckmann, J. (2012). *The Logic of Autonomy*. Oxford: Hart Publishing.
- Sieckmann, J. (2010). Balancing, Optimisation, and Alexy's "Weight Formula". En J. Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: the Methods of Balancing* (pp. 101-118). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Tsakyrakis, S. (2009). Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), 468-493.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Young, K. (2010). A Tipology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, 8, 385-420.

