

La ponderación de Duarte. Comentarios y dudas*

Duarte's balancing: Comments and Doubts

Víctor García Yzaguirre**

Recepción y evaluación de propuesta: 06/10/2025

Aceptación: 12/02/2026

Recepción y aceptación final: 20/03/2026

Legal principles have a habit of running in pairs,
a plaintiff principle and a defendant principle
Cohen (1960, p. 83)

Resumen: En este comentario se examina la propuesta de David Duarte sobre la fórmula positivista del peso. El texto se estructura en dos partes. En la primera se sintetizan las críticas que hace Duarte a la fórmula del peso de Robert Alexy y las propuestas de cambio. En la segunda parte se presentan comentarios y dudas centrados en tres ejes: (i) la justificación del peso abstracto en la fórmula del peso y su vinculación con argumentos morales; (ii) las implicaciones del carácter eliminatorio de la ley sustantiva

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación “Sesgos en la producción y aplicación de derecho. Racionalidad legislativa, razonamiento probatorio e inteligencia artificial”, PID2023-152057NB-I00, y del Proyecto de Investigación “Epistemología Social y Derecho: Funciones y Medios del Conocimiento Jurídico”, PID2024-159612NB-I00. Ambos financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

** Doctor en Derecho por la Universidad Austral de Chile y la Universidad de Génova, Italia. Profesor asistente en la Universidad de Tarapacá, Chile. Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com. ORCID: 0000-0002-4662-2919.

Quiero agradecer encarecidamente a Pablo Navarro por su invitación a participar de este número de *Discusiones*. Asimismo, agradezco a Marin Kersic, Edgar Aguilera, Carolina Fernández Blanco, Daniel Oliver-Lalana y Natalia Scavuzzo por sus comentarios, críticas y sugerencias a versiones previas de diversos fragmentos de este artículo.

para la aplicación de principios formales; y (iii) los riesgos de fragmentar las premisas empíricas y normativas.

Palabras clave: Robert Alexy, ponderación, racionalidad, David Duarte, principios jurídicos.

Abstract: In this commentary, David Duarte's proposal on the positivist weight formula is examined. The text is structured in two parts. The first synthesizes Duarte's critiques of Robert Alexy's weight formula and his proposed revisions. The second part offers comments and doubts centered on three axes: (i) the justification of abstract weight in the weight formula and its link with moral arguments; (ii) the implications of the eliminative character of substantive law for the application of formal principles; and (iii) the risks of fragmenting empirical and normative premises.

Keywords: Robert Alexy, balancing, rationality, David Duarte, legal principles.

1. Introducción

Los integrantes del centro de investigación *Lisbon Legal Theory* desde hace un tiempo vienen aportando a la comunidad jurídica con instancias de intensa discusión e investigaciones provocadoras e interesantes. Entre ellas, David Duarte ha presentado una novedosa crítica a la fórmula del peso que analizaremos en este número de *Discusiones*.

La propuesta de Duarte apunta a dos dianas. Por un lado, busca demostrar que la fórmula del peso, de la manera en que Alexy la expresa, no es adecuada para representar el razonamiento exigido por la proporcionalidad en sentido estricto. Considera que ella no resulta adecuada para ofrecer una justificación interna que incluya únicamente las premisas exigidas por las leyes de la ponderación.

Por otro lado, propone una reformulación "positivista" de la fórmula del peso caracterizada por: i) ofrecer una fórmula que distingue entre casos de violación y no violación de un derecho; y ii) excluir la incorporación injustificada de argumentos morales en la ponderación. Así, Duarte busca ofrecer una fórmula del peso que sea «mejor» y «más precisa» que la de Alexy. Mejor, en tanto, cumple en mayor grado con las exigencias de racio-

nalidad formal. Más precisa en el sentido de que pretende ofrecer una fórmula que concrete adecuadamente las leyes sustantiva y epistémica de la ponderación (Duarte, 2026, sección 4.3).

La argumentación que ofrece para justificar ambos puntos es sugestiva y con muchos puntos de ella no es difícil estar en desacuerdo. En ese contexto, mi aporte no pretende refutar las conclusiones, sino ofrecerle algunos comentarios y dudas para valorar la fuerza de algunas de las premisas empleadas. En específico, me centraré en los siguientes puntos: i) ofrecer algunas dudas sobre si el peso abstracto está injustificado y si este solo puede ser justificado empleando argumentos morales; y ii) poner en duda el carácter eliminatorio de la ley sustantiva de la ponderación.

Para alcanzar este objetivo llevaré a cabo los siguientes pasos: en el apartado 2 formularé una breve síntesis de los argumentos esgrimidos por Duarte. En el apartado 3 presentaré los comentarios y dudas sobre el peso abstracto y sobre el carácter eliminatorio de la ley sustantiva.

2. La postura de David Duarte

Duarte (2026, sección 3) propone un problema: la fórmula del peso tal como la expone Alexy no especifica satisfactoriamente las exigencias de las leyes de la ponderación, pues carece de la estructura interna necesaria para justificar adecuadamente el resultado. Veamos, en extrema síntesis, la crítica y su propuesta de solución.

La *pars destruens* de su propuesta alude, en primer lugar, a que la proporcionalidad en sentido estricto no opera como un criterio que resuelva directamente conflictos normativos, sino que delimita un margen dentro del cual cabe ejercer discrecionalidad por parte del aplicador del derecho (Duarte, 2026, sección 2). Este punto supone rechazar que el coeficiente obtenido a través de la fórmula del peso exprese directamente una relación preferencial entre principios en colisión¹ (ella sería una conclusión que no se deriva de manera necesaria de las leyes de la ponderación).

¹ Si el coeficiente es mayor que 1, prevalece la norma indicada en el numerador; si es menor que 1, prevalece aquella indicada en el denominador, y si es igual a 1, se produce un empate.

El resultado de la ponderación ofrece, según Duarte (2026, sección 2), una constante de proporcionalidad directa: define un límite máximo dentro del cual ciertas acciones son jurídicamente admisibles. Por lo tanto, la proporcionalidad en sentido estricto no consiste en determinar si un principio P1 prevalece frente a otro principio P2, sino en verificar si la medida adoptada se encuentra o no dentro del límite máximo marcado por la constante.

En segundo lugar, señala que uno de los aspectos relevantes que no se ha valorado adecuadamente es el carácter eliminatorio que posee cada uno de los subexámenes de proporcionalidad. Así, de esta forma, si una medida no satisface la exigencia de optimización fáctica, entonces no es necesario valorar su optimización jurídica (Duarte, 2026, sección 1 y 3).²

La fórmula del peso de Alexy (2007) combina el análisis de la ley sustantiva y el de la ley epistémica. Al hacerlo se producen dos cosas: i) los resultados cambian y se distorsionan; y ii) no es claro qué ley se superó y cuál no en cada valoración (si la sustantiva, la epistémica o ambas). El punto i) es producto de haber diseñado una fórmula del peso que contiene un mecanismo de compensaciones internas (Duarte, 2026, sección 2): el peso concreto que un principio gana se puede perder por la valoración epistémica (o viceversa). Respecto a ii), ello refleja que la fórmula no toma en cuenta el carácter eliminatorio que ofrece el análisis de cada premisa.

En tercer lugar, respecto al peso abstracto, esgrime dos puntos. Por un lado, señala que a partir del contenido de la ley sustantiva no es posible justificar la valoración del peso abstracto en la justificación interna de la ponderación. La ley sustantiva no es explícita, sobre el contenido de la premisa denominada “peso abstracto”. Por otro lado, para Duarte (2026, p. 9) el peso abstracto es reducible a valoraciones morales que no deben formar parte de la justificación interna, sino que pueden ser usadas en la justificación externa de la determinación del peso concreto de cada principio.³

En tal sentido, se presenta la propuesta como una lectura positivista de la ley sustantiva de la ponderación al cazar de la fórmula del peso toda

² En este sentido, si una medida supera el subexamen de idoneidad, no es correcto revalorar su idoneidad en el examen de necesidad. Asimismo, si la medida resulta idónea y necesaria, al analizar la proporcionalidad en sentido estricto no es correcto revisar dichas evaluaciones, pues el juzgador de la proporcionalidad ya dispone de esa valoración.

³ Este punto también es mencionado, de forma parcial, en Lindahl (2009, p. 178).

incorporación injustificada de consideraciones morales. Dado que el peso abstracto se determina mediante un ejercicio de argumentación moral, entonces este debe ser eliminado para especificar (de mejor manera) la ley sustantiva de la ponderación.

La *pars construens* de esta propuesta conceptual es ofrecer una nueva fórmula del peso. Esta se caracteriza, especialmente (pero no únicamente), por tres innovaciones. En primer lugar, por la manera en que es entendido el coeficiente: el resultado de la ponderación es una constante de proporcionalidad directa bajo la cual cuanto mayor es la pérdida en una norma, mayor debe ser la ganancia en la norma opuesta.

En segundo lugar, por la forma de ordenar las premisas consideradas relevantes en la determinación del coeficiente. Sostiene que es necesario diferenciar las razones por las cuales una medida puede ser calificada como desproporcional o fuera del margen de discrecionalidad. Una medida puede resultar desproporcional por dos vías complementarias: de un lado, por incumplir la ley sustantiva. De otro lado, puede ser desproporcional por no satisfacer la ley epistémica, lo que supone un análisis diferente y posterior al análisis llevado a cabo por la ley sustantiva. Así, la fórmula del peso supondría no un solo cálculo (como propone Alexy) sino dos cálculos secuenciales.

En tercer lugar, por los criterios para determinar que una premisa es relevante. Como fue señalado líneas atrás, se propone la eliminación de dos variables. Por un lado, al momento de especificar las premisas exigidas por la ley sustantiva, Duarte sostiene que solo se debe considerar aquellos elementos que determinen el grado de pérdidas y de ganancias que ofrece el medio evaluado. En tal sentido, se elimina, como premisa, el peso abstracto (Duarte, 2026, sección 3).⁴ Por otro lado, Duarte sostiene que debe entenderse que el análisis de la ley sustantiva goza de carácter eliminatorio si este es superado con éxito.

⁴ Para un esfuerzo similar de intentar erradicar cualquier rastro de consideración extrajurídica en la ponderación ver la propuesta de Mart Susi de fórmula de la ponderación para que sea usada por una IA (Susi, 2024).

3. Comentarios y dudas

La propuesta de Duarte supone múltiples aspectos sobre los cuales cabría tener muchas discusiones. Al respecto, me voy a centrar en solo dos: i) si está justificado excluir el peso abstracto de la justificación interna de la ponderación; y ii) si está justificado considerar que la ley sustantiva tiene carácter eliminatorio.

3.1. Peso abstracto: ¿irrelevante?

La presencia o ausencia del peso abstracto en la ponderación no es un punto de poca importancia. Como bien ha presentado el artículo objeto a comentario, el peso abstracto (en aquellos casos en los que es diferente en el numerador y en el denominador) puede cambiar el resultado de la ponderación. Además de dicho efecto, esta variable exige tomar postura en una de las discusiones teóricas subyacentes: si asumimos que los principios pueden tener peso abstracto diferente, ello quiere decir que no necesariamente todos, de manera previa a la resolución de un conflicto, se encuentran en una situación de empate. El punto de Duarte es, justamente, sostener que la ley sustantiva de la ponderación justifica que todos los principios están relacionados de forma que se verifica un empate entre los diferentes pesos y la diferencia entre ellos se introduce solo mediante los concretos que se les pueda asignar.⁵

Ahora bien, ¿de qué manera podemos determinar cuál es la mejor interpretación de la ley sustantiva? En efecto, la ley sustantiva de la ponderación puede ser interpretada de múltiples maneras.⁶ Al respecto, tomaré como criterio (en un escenario en el que no se rechazan las premisas teóricas y normativas de Alexy) que la mejor interpretación es aquella que es capaz de captar las exigencias de racionalidad argumentativa alexyanas.

⁵ Una discusión ulterior es qué expresa la metáfora “peso”. Al respecto, ver Kersic y García Yzaguirre (2022).

⁶ Caben otras interpretaciones a considerar, por ejemplo, la de Rivers (2007), de Klatt y Schmidt (2012), Bernal Pulido (2006).

Dicho de otro modo, aquella que concrete de mejor manera los presupuestos teóricos y normativos.

¿A qué se compromete Duarte y a qué no? Por un lado, respecto a la relevancia del peso abstracto caben, por lo menos, las siguientes posturas: a) calificar el peso abstracto como información irrelevante para la ponderación;⁷ b) considerar que el peso abstracto es relevante y no es reducible a ninguna otra variable;⁸ y c) considerar que el peso abstracto no es relevante en la justificación interna de la ponderación, pero sí que podría ser relevante como parte de las razones esgrimibles en la justificación externa de la calificación del peso concreto. Duarte toma esta última postura (lo que le compromete a rechazar la irrelevancia total y su relevancia en la justificación interna) junto con señalar que el peso abstracto es reducible a consideraciones morales.⁹

Duarte lleva razón en un punto: la relevancia del peso abstracto no se deriva, con facilidad, de la formulación de la ley sustantiva.¹⁰ Sin perjuicio de ello, y con ánimo de ofrecer una discusión, en este apartado ofreceré algunas consideraciones para no rechazar la relevancia de esta premisa en la justificación interna de la ponderación y para no reducir el peso abstracto a consideraciones morales.

En primer lugar, la propuesta de Alexy está comprometida con la forma en que los derechos fundamentales se relacionan con otras normas (Klatt

⁷ Esta equivale, como he indicado líneas atrás, a asumir que todos los principios constitucionales están, antes de la ponderación, en empate entre ellos. Esta es esgrimida, por ejemplo, por Moreso. Él señala que los pesos abstractos “son independientes de cualquier circunstancia concreta” y que ello implica formula una ordenación abstracta de los derechos. Señala, además, que no es posible formular una escala de este tipo que sea razonablemente aceptada” (Moreso, 2009, p. 231). Al respecto, Alexy (1993) es expreso en estar de acuerdo con la idea que subyace a la crítica de Moreso: “es inaceptable un orden de jerarquía abstracto de valores de derecho fundamental, sea este orden cardinal u ordinal” (p. 153).

⁸ Esta es la postura de Alexy. Para un análisis en extenso ver, por todos, Bernal Pulido (2014, pp. 55 y ss.; 100 y ss.).

⁹ Esto, como podrá notarse, es una idea opuesta a la de Alexy al momento de incorporar el peso abstracto: asignar un peso abstracto alto a un principio refleja que una ganancia leve a este principio es apta para justificar una restricción mayor a principios considerados menos importantes.

¹⁰ Además de ser, como bien señalan Klatt y Meister (2012, p. 31), uno de los puntos menos desarrollados por Alexy.

y Meister, 2012, pp. 16 ss.). En efecto, este autor adopta una postura intermedia (Rivers, 2007, p. 167): por un lado, rechaza la idea de que esté justificado formular una ordenación inderrotable entre principios constitucionales.¹¹ Por otro lado, justifica que no hay un empate entre todas las normas jurídicas que reconocen derechos, sino que los derechos fundamentales (reconocidos por la Constitución) poseen, por razones normativas y sustantivas, una preferencia por sobre el resto de normas.

Las razones normativas aluden, en síntesis, a que entre las normas constitucionales e infraconstitucionales media una jerarquía material, de manera que se prefiere un derecho fundamental por sobre cualquier norma (incluidos derechos) infraconstitucional (Guastini, 2013; Alexy, 1993, p. 277).¹² Sobre este punto no profundizaré más, pues no resulta controvertido (además de ser un efecto previo a la ponderación).

En cambio, las razones sustantivas justifican la creación de una relación de prioridad derrotable en caso de conflictos entre derechos fundamentales y otras normas constitucionales.¹³ El punto a expresar es que la positivización de un derecho no es equivalente a la positivización de cualquier otra regulación en la Constitución. En efecto, los derechos incorporan un límite a las medidas que puedan implementar el Estado y los particulares, lo que

¹¹ Esto supone que la proporcionalidad es incompatible con modelos que tengan como premisa la formulación de una jerarquización en abstracto de ciertos principios. Por ejemplo, supone un rechazo a la tesis de los derechos como triunfos de Dworkin (1977, p. 191) (“Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that our legal system respects the fundamental rights of the citizen”) y a ciertas tesis *rawlsianas* sobre los derechos (Rawls, 1996, p. 294) (“the priority of Liberty means that the first principle of justice assigns the basic liberties, as given by a list, a special status. They have an absolute weight with respect to reasons of public good and of perfectionist values”).

¹² Esta idea, como podrá verse, está incorporada en el examen de proporcionalidad en el examen de idoneidad.

¹³ A efectos de mayor claridad, refiero a que podemos diferenciar entre: i) ponderación entre principios constitucionales que no reconocen derechos; ii) ponderación entre principios constitucionales que reconocen derechos y principios que no reconocen derechos; y iii) ponderación entre principios constitucionales que reconocen derechos.

supone que estos no operan al mismo nivel que los intereses públicos o privados.¹⁴

La relevancia o irrelevancia de estas razones sustantivas refleja una postura teórica. Considerar que son irrelevantes es un compromiso con el discurso de los intereses. Esta es una tesis normativa que señala que los aplicadores del derecho deben considerar que los derechos están empatados entre sí.¹⁵ Un derecho podría, por tanto, ser superado por cualquier interés lícito, incluso si se trata de una menor importancia (según la comunidad de referencia).

Cabe señalar que este es un discurso contrario a las tesis de Alexy. Este último autor ha ofrecido razones sustantivas que ofrecen razones *pro tanto*¹⁶ a favor de aplicar derechos constitucionales por sobre el resto de normas constitucionales, en específico, por sobre bienes colectivos (Alexy, 1993, p. 277).¹⁷ Asimismo, es explícito en reconocer que no se compromete con la idea de que los derechos constitucionales necesariamente operan de la misma manera en cada caso. En efecto, no todos los principios de la constitución operan, necesariamente, en una relación de empate.¹⁸

Al respecto, considero que la ponderación no exige un compromiso con el discurso de los intereses, sino que es abierto a incluir dentro de sus premisas un discurso de prelación a los derechos. Lo hace, por lo menos,

¹⁴ La propuesta alexyana no tiene un compromiso fuerte con este discurso, pero sí lo hace con considerar que los derechos tienen una resistencia diferenciada frente al resto de normas del sistema jurídico. Sobre este punto volveré luego.

¹⁵ Para un análisis en extenso de este punto ver (Klatt, 2021).

¹⁶ Sobre la noción de razones *pro tanto* en la teoría de los principios ver García Yzaguirre (2021).

¹⁷ Para una discusión general de este punto ver McHarg (1999). Cabe señalar que Duarte no demuestra cómo algunos ejercicios de asignación de peso abstracto llevados a cabo por Alexy son reducibles a consideraciones morales. Por ejemplo, en Alexy (1994, p. 207), una argumentación para dar una preferencia *pro tanto* a favor de los derechos individuales por sobre bienes colectivos basada en un análisis conceptual de ambas nociones.

¹⁸ Es correcto que bajo la forma en que están redactadas las leyes de la ponderación no ofrecen una prioridad en abstracto de los derechos fundamentales sobre los bienes colectivos. Sin embargo, el compromiso con esta forma de entender la resolución de conflictos no implica un rechazo a las tesis que puedan sostener que es posible identificar razones y ponderar razones para asumir esta prioridad (no cabe rechazar que esto opere como un presupuesto implícito en la ley sustantiva de la ponderación). En este mismo sentido ver, por todos, Kumm (2007, p. 148).

por tres razones: i) es la forma de implementar una carga de argumentación; ii) es coherente con los principios de racionalidad discursiva; y iii) evita, en cierto grado, que la proporcionalidad colapse en una forma de particularismo. Sobre i) volveré en el siguiente punto.

Respecto a ii) y iii), las leyes de la ponderación no solo reflejan una concepción principalista de la teoría de las normas y de la teoría del derecho, sino que pretenden operativizar las reglas y argumentos de la justificación jurídica (entendida como un caso especial de la justificación práctica racional) (Alexy, 2006).¹⁹ En relación con las afirmaciones sobre el peso abstracto, estas deben satisfacer dichas reglas, en especial, la exigencia de universalidad.²⁰

La variable de peso abstracto se asigna a cada principio en relación con otro principio. Este no da cuenta de una ordenación abstracta entre todos los principios constitucionalmente reconocidos, sino que pretende reflejar un conjunto de discursos de ordenación de un principio en comparación con otro (P1 y P2) sin tomar en cuenta los hechos del caso individual analizado. En tal sentido, expresa consideraciones previas y autónomas al análisis de un caso concreto, pero asociadas entre sí a razón del conflicto normativo.²¹ Junto con ello, toda decisión que resuelve una operación debe articularse según las estructuras argumentativas propias del discurso práctico racional. Esto significa que cada juez, al ponderar el peso de P1 frente a P2, debe formular sus argumentos bajo criterios universales: lo que afirme para este caso debe ser, también, usado para resolver casos análogos. De este modo, el peso abstracto no se concibe como una valoración meramente subjetiva sino como una premisa que debe satisfacer las exigencias de racionalidad, garantizando la consistencia interna y la previsibilidad del derecho.

¹⁹ Esto alude, en extrema síntesis, que el discurso jurídico está sujeto a rasgos característicos: guarda una especial sujeción (condicionado por el contenido de las normas jurídicas, el discurso de los dogmáticos y por los precedentes) y reglas y formas peculiares (cánones interpretativos, la ponderación)

²⁰ “Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes” (Alexy, 2016, p. 185).

²¹ Ver, por todos, Sieckmann (2011, p. 215).

Esto hace que los resultados de la ponderación tengan incidencia en el diseño institucional de los procesos de toma de decisiones: se debe tomar en cuenta razones a favor de un principio P1, cada vez que está relacionado con un principio P2, a razón de que en el pasado así fue sostenido. Esta idea no es captada, por definición, por el peso concreto. Se capta con la noción de peso abstracto.²²

Además, la exigencia de universalidad funciona como una exigencia que mitiga el riesgo de que la ponderación se convierta en un instrumento de particularismo.²³ Aunque la noción de peso abstracto no garantiza por sí misma la racionalidad del resultado, sí impone la obligación de aportar razones que justifiquen la modificación de decisiones previas.

En segundo lugar, la afirmación de que el peso abstracto se relaciona con la argumentación moral requiere ulteriores precisiones respecto a qué quiere decir ello. Creo que la mejor manera de entender a Duarte sobre este punto es poniendo en contraste a lo que se opone. En este sentido, una manera de leer a Duarte es que está participando en la discusión respecto a si el peso abstracto de los derechos se determina a través de la explicación de la práctica local o si es una afirmación elaborada a partir de la dimensión ideal del derecho.²⁴ Visto desde esa perspectiva, entiendo, el manuscrito se opone a la segunda opción.

Duarte asocia la noción de determinación de peso abstracto con la argumentación moral. Es cierto que Alexy no ofrece en sus trabajos una propuesta clara sobre cómo determinar el peso abstracto y que una lectura posible (que no suponga caer en el decisionismo o en la arbitrariedad) es que sea necesario emplear un razonamiento moral para crear este tipo de ordenación (derrotable) entre principios. Sin embargo, a pesar de ello, en este punto no es fácil determinar contra quién está argumentando el manuscrito.

²² Sobre este punto volveré, brevemente, al relacionar los efectos de la ponderación en el tiempo.

²³ Entendido como el conjunto de tesis que sostienen que no es plausible sostener que existan propiedades que resulten pertinentes de manera universal (es decir, aplicables a toda situación sin atender a sus circunstancias). En cada caso concreto, las particularidades generan razones que deben valorarse dentro del conflicto específico. Por tanto, el hecho de que una característica sea relevante para juzgar la corrección de una situación dada no autoriza a presumir que lo será en cualquier otro supuesto (Moreso, 2009, p. 54).

²⁴ Véase, por todos, Alexy (2019, p. 280; 2010) y Klatt (2014).

Una primera alternativa es que está discutiendo contra lo que han señalado los discípulos de Alexy o contra determinadas inferencias posibles de los textos de este autor. Ahora bien, entre ellos, no pocos autores han tratado de afrontar el desafío de ofrecer criterios para determinar y asignar el peso abstracto de un principio en relación con otro, sin emplear razones morales en ello. Para ello, se han adoptado discursos que señalan en que el peso abstracto es un peso relativo condicionado por el diseño del sistema normativo de referencia, por las condiciones sociales que operan en el espacio-tiempo en el que se realiza la ponderación, entre otras posibles vinculadas a hechos (Sieckmann, 2010, p. 105; Rivers, 2007, pp. 177-179).²⁵ Pensemos, por ejemplo, en las siguientes consideraciones:

Asignación de peso abstracto por relación entre normas. La asignación de un peso abstracto a un principio depende de la relevancia de su vinculación con otros principios, sin que ello implique una mera acumulación de normas. En efecto, la mera vinculación no es suficiente. Esta vinculación será valiosa en función a la práctica constitucional concreta. Así, en los Estados con democracias constitucionales, suelen ser dos los principios que dotan de un alto peso abstracto a aquellos con los que se relacionan: el principio de protección y respeto de la dignidad humana²⁶ y el principio democrático. Por ejemplo, siguiendo a Clérico, se justifica otorgar un peso abstracto alto a la libertad de expresión en la arena política debido a que su resguardo opera como una condición necesaria para que opere el régimen democrático.²⁷

²⁵ Como he indicado líneas atrás, la determinación del peso abstracto responde a juicios de valoración de grados de cumplimiento de principios en escenarios hipotéticos de un principio P1 en relación a un principio P2. Esto podría ser interpretado de las siguientes maneras:

Si estamos en un mundo P1.P2, entonces tener una preferencia por P1 quiere decir que nos gustaría perder P2 y mantener P1 que perder P1 y mantener P2;

Si estamos en un mundo P1.¬P2, entonces tener una preferencia por P1 quiere decir que nos gustaría que el mundo sea el mismo a obtener P2 y perder P1;

Si estamos en un mundo ¬P1.P2, entonces tener una preferencia por P1 quiere decir que nos gustaría cambiar de ¬P1 a P1, sin importar si ello implica el paso de P2 a ¬P2;

Si estamos en un mundo ¬P1.¬P2, entonces tener una preferencia por P1 quiere decir que nos gustaría obtener P1 y continuar sin P2, en vez de obtener P2 y continuar sin P1.

²⁶ Ver, por ejemplo, Barak (2012, p. 532).

²⁷ Ver Clerico (2009, pp. 222-223), Lopera Mesa (2006, pp. 523 y ss.) y Alexy (2012, p. 330).

Otro ejemplo es el caso de la seguridad social con el modelo de Estado Social de Derecho,

Este punto se ve mejor reflejado al momento de asignar el peso abstracto a un principio formal. Los principios formales incorporan un peso abstracto que refleja el grado de deferencia concedido al legislador democráticamente legitimado. Siguiendo a Borowski (2015, p. 107), a mayor peso abstracto se expresa un discurso que dé cuenta del margen de discrecionalidad parlamentaria. Al respecto, la asignación de ese peso no consiste en una mera acumulación de normas, sino en evaluar la relevancia de la vinculación del principio con otros principios en la práctica constitucional concreta. Supondrá expresar cuál es el diseño institucional implementado en la comunidad de referencia.

Peso abstracto como propuesta de modelización. La discusión sobre si el peso abstracto alude a una explicación de la práctica local o si es una afirmación sobre la dimensión ideal del derecho puede ser traducida como una discusión sobre los criterios de corrección de asignación de peso. Si entendemos que el criterio de corrección es que el discurso sobre el peso abstracto de cuenta de cómo es la práctica jurídica en un espacio –tiempo determinado–, entonces es necesario precisar qué debería ofrecer la judicatura al justificar esta variable (Bolaños, 2010, pp. 68-69). Una manera de entender la exigencia del peso abstracto es considerarla como una exigencia de los jueces de ofrecer un modelo de la práctica, esto es, un discurso representativo de un fenómeno social.²⁸

en tanto, se aspira crear una sociedad donde exista un mínimo de bienestar material al que puedan tener acceso todos los ciudadanos. Así, dicho principio goza al margen de las circunstancias concretas del caso de un peso abstracto alto. En este sentido ver Corte Constitucional de Colombia (T-608/1996).

Un grupo de autores entiende este criterio en función a la relación entre derechos y normas procesales. Así, todos aquellos derechos que encuentren protección en una garantía constitucional gozan de una mayor relevancia que aquellos a los que se les ha restringido tal posibilidad. Este criterio se ha esgrimido en sistemas jurídicos en los que se hace una distinción entre derechos constitucionales y fundamentales dentro de la Constitución y es el caso que solo los fundamentales están resguardados por garantías procesales específicas (por ejemplo, el proceso de amparo). Ver Lopera Mesa (2006, p. 519).

²⁸ Aquí empleo “modelo” para hacer referencia a un esquema representativo que abstraer y organiza determinados rasgos de un fenómeno de la realidad social (en este caso: las preferencias mayoritariamente compartidas de un principio por sobre otro). No se trata de una mera reproducción mimética, sino de una construcción que busca capturar lo que resulta más significativo de la experiencia para facilitar su análisis y discusión. Esto se

Desde esta aproximación, el peso abstracto no se reduce a una mera preferencia normativa respecto a qué derechos se consideran más valiosos a partir de un determinado discurso ético-normativo. En cambio, lo que tenemos es un discurso sobre cómo entender la práctica jurídica de una determinada comunidad que se elabora a partir de un conjunto de premisas sobre teoría de los derechos y de la Constitución.

En tal sentido, la atribución del peso abstracto de los principios exige: i) explicitar el compromiso con la teoría sustantiva de la Constitución que haya adoptado (Bernal Pulido, 2010, p. 55; Lopera Mesa, 2016, p. 514); y ii) demostrar que ella es útil para reconstruir la práctica local. Por ejemplo, si el aplicador del derecho considera que la mejor teoría disponible es una concepción liberal-individualista, ello (probablemente) implique darle una prioridad derrotable a los derechos vinculados con el derecho a la libertad. De esta forma, el peso abstracto opera como una carga de argumentación de justificar las razones por las que ese compromiso es correcto y que es el mejor para dar cuenta de la práctica. Esto supondría que una adecuada asignación de esta prioridad exigiría ofrecer razones a favor de este modelo teórico y demostrar que sus conclusiones respecto a la práctica son correctas. Así, una asignación de peso abstracto incorrecta sería emplear un discurso normativo a partir de un conjunto de preferencias ideológicas para asignar un mayor peso abstracto a un principio por sobre otro,²⁹ o bien

hace para identificar y aislar situaciones recurrentes en los sistemas jurídicos, en este caso, preferencias mayoritariamente compartidas de un principio por sobre otro que pueden ser rastreadas a partir de los discursos jurídicos imperantes, los diseños institucionales, entre otros. Al respecto ver Di Robilant (1968, pp. 67 y ss.) y Ferrater (1973).

Este punto tiene sentido si entendemos que la práctica jurisdiccional, la historia constitucional del país de referencia, las ideologías imperantes en la comunidad jurídica y otros hechos son fuente de peso abstracto. Como se puede apreciar, esto no nos compromete a un discurso basado en argumentos morales.

²⁹ Considero que esta sería una diferencia entre la noción de peso abstracto alexyana y la preferencia derrotable de principios sobre directrices en Atienza y Ruiz Manero. Dichos autores señalan que las directrices expresan valores utilitarios y los principios expresan valores últimos. Al respecto, la distinción entre ambos se articula en torno a las nociones de producción y distribución de bienes: los primeros implican la exigencia de incrementar la producción de cierto bien con el fin de aumentar su cantidad total; los segundos, en cambio, imponen que dicho bien debe repartirse de manera igualitaria entre todos sus receptores. Así, afirmar que un principio debe siempre prevalecer sobre una directriz equivale a

señalar que P1 tiene mayor peso abstracto que P2 y las razones esgrimidas no son adecuadas para reconstruir la práctica local.

Podemos tener desacuerdos respecto a cuál es la mejor manera de reconstruir la práctica local y ello hará que diferentes jueces puedan tener diferentes asignaciones de peso abstracto. Esto hace del peso abstracto una exigencia a que en cada ponderación (incluso en aquellas en las que se considere que hay iguales pesos abstractos) se deba tener una discusión sobre este punto.

Efectos de ponderaciones pasadas y peso abstracto. Uno de los puntos pendientes de teorizar, con profundidad, es la determinación del peso abstracto como una forma de expresar los efectos en el tiempo de los resultados de una ponderación(ones) previa(s). ¿Necesariamente la fuerza argumentativa de un principio P1 es la misma a la que poseía antes de la ponderación? Dicho de manera alternativa, ¿los resultados de una ponderación entre los principios P1 y P2 son relevantes, por lo menos, para futuros casos de conflicto entre los mismos principios? Paso a precisar esta intuición.

Los resultados de la ponderación pueden operar como razones en contra de prioridad a un principio P1 por sobre un principio P2. En otra sede he analizado los efectos que ofrece la ponderación a nivel de reglas y de principios (García Yzaguirre, 2022a, 2021). Respecto a los principios, la ponderación supone un caso de superación. Al derrotar un principio lo que hacemos es construir una relación de preferencia entre una norma de mandato por sobre otra que determina, finalmente, cuál es la norma interna y externamente aplicable. En cambio, respecto a las reglas la ponderación es un caso de socavar normas. Al derrotar una regla descartamos una interpretación por no tener todas las especificaciones que debería contener, conforme a la ponderación entre principios relevantes al caso.

postular que todos los individuos merecen un trato uniforme en determinados aspectos, y que esta igualdad de trato prima por encima de cualquier imperativo de maximización productiva. Como subraya Ruiz Manero (2008, p. 177), tras esta formulación de los tipos de principios subyace una ideología igualitaria de corte individualista. Esta es una propuesta normativa, que se diferencia de la reconstrucción que ofrezco en el texto principal, pues no sería relevante que la comunidad de referencia se caracterice o no por una preferencia mayoritaria a dicha ideología.

Ahora bien, las consecuencias de la ponderación no se reducen a esto. Podemos distinguir, en relación con el grado de fuerza de un principio, una consecuencia sincrónica y posibles consecuencias diacrónicas. En el escenario que, en un momento T1, la fuerza de las razones a favor de P1 superen a las de P2 puede generar, de forma diacrónica, algunos de estos posibles resultados: i) la deliberación generó una pérdida en la fuerza de las razones a favor de P1, de manera que en un momento T2 no estaríamos dispuestos a asignarle el mismo peso que se hizo en T1; ii) la deliberación generó una pérdida en la fuerza de las razones a favor de P2, de manera que en T2 no estaríamos dispuestos a asignarle el mismo peso que se hizo en T1; o iii) tanto en T1 como en T2 estaríamos dispuestos a asignar los mismos pesos.

Por un lado, los resultados de la ponderación pueden operar como razones a favor de darle prioridad a un principio P1 por sobre un principio P2 en el futuro. En efecto, como bien señala Atienza (1996, pp. 88-90), una manera posible de reconstruir una línea jurisprudencial es identificando reglas de prioridad que ofrecen una razón *pro tanto* a favor de un principio por sobre otro. En tal sentido, por ejemplo, si tenemos una línea jurisprudencial en un determinado lugar que favorece la libertad de expresión de los periodistas por sobre el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos que ocupan puestos de alta importancia política, es posible que el juez deba considerar esa información relevante. Además de la exigencia de universalidad vista líneas atrás, este punto también puede estar justificado a razón de las metanormas que regulen un sistema de precedentes.³⁰

³⁰ No todos los precedentes operan de la misma manera, su fuerza vinculante depende de las normas que regulan los precedentes (ver Núñez Vaquero, 2022). Sobre las posibles maneras de regular esta fuerza vinculante, cabe distinguir entre: i) fuerza vinculante plena (un precedente ofrece una *ratio decidendi* que condiciona la validez de otras decisiones, de manera que opera de manera previa a la ponderación); ii) fuerza vinculante superable (un precedente ofrece una *ratio decidendi* que condiciona la validez de otras decisiones y respecto de la cual el aplicador del derecho puede apartarse como forma de resolver un conflicto con otro precedente de igual jerarquía); iii) fuerza vinculante cancelable (un precedente ofrece una *ratio decidendi* que condiciona la validez de otras decisiones y respecto de la cual el aplicador del derecho puede apartarse mediante reinterpretación restrictiva; y iv) fuerza vinculante superable y cancelable (un precedente ofrece una *ratio decidendi* que condiciona la validez de otras decisiones y respecto de la cual el aplicador del derecho

Este tipo de razones normativamente relevantes (en virtud de las meta-normas) no son captadas por la noción de peso concreto. Para incorporar estas razones es útil la noción de peso abstracto.

Por otro lado, reformulando a Pollock, un resultado posible de la ponderación es que las razones esgrimidas en contra de dotarle de preferencia a P1 operen como atenuantes de la fuerza.³¹ Esta noción alude a un tipo de refutación que opera en el esquema de “P1 a pesar de P2”: aunque P2 no sea suficientemente fuerte para derrotar por completo la P1 y, por tanto, la conclusión C se mantenga (la regla derivada de P1), la existencia de P2 hace que los argumentos a favor de P1 no sean tan fuertes como antes. Sin la noción de peso abstracto la ponderación no podría captar esta información.

Si estas lecturas son correctas, entonces la determinación del peso abstracto no es, necesariamente, predeterminada e independiente del agente. Ni basada en argumentación moral. En cambio, es un discurso condicionado a la capacidad argumentativa del intérprete tomando en cuenta la información sobre el sistema jurídico y los cambios contextuales.

En tercer lugar, retomando un punto anterior, es posible que Duarte esté discutiendo directamente con Alexy en aquellas instancias en las que él ofrece una argumentación que justifica el peso abstracto a partir de la dimensión ideal del derecho. Al respecto, el discurso más claro de este tipo ha sido su propuesta de asignación de peso abstracto de la noción de dignidad. Alexy (2021) señala que “the abstract weight of human dignity plays a pivotal role because it is regularly deemed to be greater than that of the colliding principle. This is one of the features of human dignity from which a certain tendency towards absoluteness stems” (p. 205). Asimismo “If one assumes that human dignity is the highest principle of law, its abstract

puede apartarse como forma de resolver un caso de conflicto con otro precedente de igual jerarquía o mediante reinterpretación restrictiva). Peczenik (1997). El punto del texto principal es que aquellos precedentes que dan prioridad a P1 por sobre P2 y que tienen fuerza vinculante no plena pueden ofrecer razones a favor de mantener esta preferencia.

³¹ Empleo esta frase a falta de una mejor traducción de *diminishers*. Véase Pollock (2010). Aclaro dos cosas. La primera es que no es mi pretensión llevar a cabo una teorización profunda de esta noción. Ello escaparía al objetivo de este artículo. La segunda es que tampoco estoy señalando que el lenguaje teórico de la ponderación sea traducible directamente en las categorías de Pollock. Ello requeriría de un trabajo ulterior. Para unos primeros pasos en esa dirección ver García Yzaguirre (2022b).

weight is cancelled out only in collisions in which human dignity stands on both sides” (p. 205).³²

Esto, sin perjuicio de que es argumentación moral, no supone una vulneración de las reglas de la racionalidad del discurso. Tampoco supone que, en todos los casos, sea indispensable emplear este tipo de argumentos.

3.2. Ponderación, exigencias de racionalidad y discrecionalidad epistémica

Paso ahora a hacer algunos comentarios sobre la tesis de Duarte de que es posible (y ofrece una mayor racionalidad a la ponderación) separar la evaluación que exige la ley sustantiva y la que exige la ley epistémica de la ponderación. Ahora bien, ¿cuál es el problema teórico y práctico en el que Duarte ofrece una propuesta?

Quienes tienen competencia para tomar decisiones jurídicamente relevantes para sí mismos y para otros pueden padecer de dificultades vinculadas a la determinación de hechos. Por un lado, no es posible conocer, a cabalidad, todas las condiciones en las que se encuentra al momento de tomar la decisión (no es posible conocer todos los detalles relevantes del pasado) ni es posible anticipar por completo todos los efectos que tendrá una decisión. Esto es, no se puede determinar con absoluta certeza³³ qué alcance tendrán las medidas implementadas, qué grado de éxito, cómo cambiará la vida de los demás. Asimismo, este problema de indeterminación se manifiesta en caso sea plausible formular dos enunciados que están en oposición entre sí y no tengamos medios para determinar cuál de las dos da cuenta de mejor manera las satisfacciones y/o afectaciones a un principio.

Por otro lado, en determinadas circunstancias es posible padecer de dificultades epistémicas que impiden diferenciar dos regímenes normativos simultáneamente aplicables a un mismo caso. De igual forma, puede ser el caso que no tenemos certeza respecto cuán severa es la satisfacción

³² No es oportuno reconstruir el argumento completo de Alexy, pues ello escaparía a los fines del artículo.

³³ Respecto a la predictibilidad del derecho ver García Yzaguirre (2024).

y/o insatisfacción de un derecho. Siguiendo a Rivers (2007, p. 65), esto se manifiesta de tres maneras: i) no estamos seguros cómo ordenar las afectaciones o realizaciones concretas de un principio (calificar su grado en la escala que mide la intensidad del peso); ii) no estamos seguros cómo se relaciona la satisfacción de un principio con la afectación de otro principio; y/o iii) no estamos seguros del peso abstracto de cada principio en relación con el otro.

Ahora bien, en escenarios de falta de fiabilidad epistémica, uno de los puntos a determinar es quién es competente para decidir la calificación deóntica de las acciones. En este escenario, para Alexy, los principios formales legitiman la discrecionalidad epistémica del legislador (Alexy, 2014, pp. 20-24; Borowski, 2015, pp. 101 ss.). El desafío que presenta esta situación es que, al autorizar al legislador a fundamentar su intervención sobre un derecho fundamental en premisas inciertas, se corre el riesgo de denegar la protección que dicho derecho confiere basándose en valoraciones erróneas (Alexy, 2014, pp. 25). Para enfrentar este punto, el primer movimiento de Alexy fue introducir la segunda ley de la ponderación precisamente para dar cuenta de la división de competencias entre parlamento (dictar medidas) y tribunal (controlar medidas y determinar la invalidez de aquellas que son desproporcionales): el balance resultante justifica una regla que determina qué autoridad debe adoptar la decisión cuando existe incertidumbre epistémica (Alexy, 2002, p. 57; Klatt y Schmidt, 2012, pp. 72 ss.).³⁴ Para estos efectos, incorporó la variable R en la ponderación: la ponderación no solo equilibra las ganancias normativas y las pérdidas concretas y abstractas de cada principio, sino también cualitativamente la fiabilidad de las bases empíricas respectivas. Mediante esta incorporación se pretendió ofrecer un esquema que permita resolver el conflicto entre el mandato epistémico de optimización de los derechos fundamentales y el

³⁴ La ponderación de los principios formales expresa el diseño institucional de una determinada práctica jurídica. Consideremos la relación entre el principio democrático y los principios formales que justifican el control de constitucionalidad de los jueces. Otorgar un mayor peso abstracto al primer principio sería una manera de indicar que, en el diseño institucional, hay una preferencia *pro tanto* a la discrecionalidad legislativa frente al control sustantivo que puedan llevar a cabo los jueces.

principio formal del legislador democrático (Alexy, 2014, pp. 25-26; Alexy, 2012, pp. 331 y 333).

Ahora bien, para Duarte el grado de certeza o incerteza que tengamos de estas variables debería afectar el coeficiente resultante de haber ponderado el peso concreto de los principios. Esto, como bien se demuestra en el manuscrito, supone un cambio en el cálculo del resultado final de la ponderación. Frente a esta propuesta, me gustaría ofrecer dos puntos a considerar.

En primer lugar, la propuesta de Duarte incide en la manera en que entendemos y enfrentamos el problema de la discrecionalidad epistémica. La optimización fáctica puede ser entendida como el deber de resolver las incertidumbres epistémicas en el mayor grado posible. Asimismo, es el caso que no tenemos la capacidad para resolver todas nuestras dudas sobre cómo impacta o impactará una medida respecto de los derechos afectados por ella. Entonces, no implementamos medidas hasta tener certeza de todas las dudas que puedan surgir antes de implementar una medida (que podría llevar a la parálisis legislativa) o procedemos a ponderar principios en contextos de incertidumbre, lo que quiere decir que afectaremos derechos sin saber si tal afectación supondrá, causalmente, un grado de satisfacción (o satisfacción alguna).

La ley epistémica de la ponderación exige que mientras más seria la violación de derechos, mayor debería ser el grado de certeza sobre las premisas subyacentes. Esta solución al desafío que supone la toma de decisiones en incertidumbre epistémica implica: i) la incorporación de principios formales en la discusión de la ponderación (razones para determinar quién debería tomar la decisión todo considerado); y ii) entender que el problema epistémico es uno de justificación externa de los valores asignados al peso concreto y peso abstracto y su inclusión en la fórmula del peso supone el deber de tener una instancia de deliberación sobre este punto. El problema de la justificación interna de la ponderación y la discrecionalidad epistémica, de esta forma, es un punto derivado de la discusión sobre cómo ponderar principios formales entre sí y principios formales con principios sustantivos (Alexy, 2012, p. 331).

Ahora bien, frente a este problema la propuesta de Duarte (2026) es la siguiente:

[e]l 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 ≥ 20 , 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). (sección 4.3)

Entiendo de esto que no se efectúa el cálculo del peso epistémico siempre que el cociente del peso sustantivo no alcance la constante de proporcionalidad.

Esta situación muestra dos cosas. Puede ser entendida como una propuesta de cómo insertar los principios formales en la ponderación y un compromiso respecto a cómo entender el alcance de la discrecionalidad epistémica. A diferencia del modelo epistémico de Alexy, bajo esta propuesta la ponderación de los principios formales estará condicionada a determinados resultados (el primer coeficiente). De tal manera, se trata de un modelo combinado (entre principios sustantivos y formales) de tipo parcial: no siempre es relevante valorar el peso de los principios formales representados a través de la variable R , solo lo será en determinados supuestos. Esto, considero, supone un desafío pendiente: ¿cómo entender e insertar los principios formales en la fórmula positivista del peso?

El punto, como hemos visto, tiene implicancias sobre la manera de entender el desafío de la incertidumbre epistémica. Esto supondrá, para casos en los que el cociente del peso sustantivo no alcance la constante de proporcionalidad, que no discutiremos sobre si la discrecionalidad epistémica concedida al legislador es correcta en este tipo de supuestos. Esto puede ser entendido como un compromiso *a priori* con una forma de entender la solución al desafío (y con el riesgo de vulnerar derechos empleando premisas sin respaldo epistémico), pero de ser así sería necesario explicitar razones para ello.

En segundo lugar, Duarte pone en discusión uno de los puntos pendientes de mayor profundización en la literatura principalista: ¿qué tipo de análisis exige la variable R? Esta variable no opera de la misma manera que las otras. Tanto la variable I como W se determinan a partir de una relación entre dos principios. Ambas variables de un principio se determinan en función a los efectos que produce frente a esas mismas variables de otro principio. En cambio, en el caso de la variable R esto no es así. La variable R se determina en función a la información disponible de las premisas I y W del propio principio (operan dentro del numerador o dentro del denominador, solamente), no por su relación con las variables R del principio que está relacionado.³⁵ La segunda ley de la ponderación opera de manera diferente que la primera.

Al respecto, considero que una de las mejores maneras de interpretar dicha variable es como una exigencia de evaluación del razonamiento probatorio, tanto para los legisladores como para los aplicadores del derecho.³⁶

Respecto del legislador. Hemos visto que la discrecionalidad epistémica es una noción que da cuenta de una consecuencia residual: esta se determina luego de haber llevado a cabo un trabajo de indagación llevado a cabo por el parlamento y que muestra un límite de recursos y usos de esos recursos. Ahora bien, la ley epistémica implica una serie de deberes legisprudenciales: i) deber de determinar cuál es el problema a ser resuelto; ii) deber de probar que el problema es genuino; iii) deber de probar una relación causal entre la medida legislativa a implementar y la solución del

³⁵ Siguiendo a Klatt y Schmidt, a diferencia de la primera ley, la segunda ley atiende de manera independiente cada lado del conflicto en la fórmula de pesos, de modo que la variable R se analiza exclusivamente en relación con las demás variables que conforman su numerador o su denominador; esto garantiza que la intensidad de la interferencia de un principio y la certeza de su premisa entren en equilibrio, y que, en cada operación de ponderación, la segunda ley se aplique por separado a cada componente del cociente (Klatt y Schmidt, 2012, p. 84). Cabe agregar que esta valoración epistémica opera sobre la información considerada relevante en los subexámenes de idoneidad y necesidad (Lopera Mesa, 2006, pp. 525-526).

³⁶ Siguiendo a Alexy, la variable R alude al conocimiento de la afectación y el grado que esta tiene (Alexy, 2019, p. 304). Ello, considerado, puede ser traducido como un problema de si está justificado tener una determinada creencia.

problema.³⁷ La ejecución de estos deberes se puede sintetizar en un enunciado sujeto a corroboración: “el mundo actual M1 está presente la situación PR, y si implementamos la medida S1, entonces el mundo cambiará a M2 que o bien no tiene la situación PR, o bien mitiga la situación PR”.³⁸ Aquí M1 y M2 refieren a dos espacio -tiempo, PR expresa una situación que se considera problemática y S1 alude a una medida que afecta derechos.

Como se podrá notar, en este enunciado hay, por lo menos, tres cosas a demostrar con evidencia:³⁹ que hay un problema, que hay una relación causal entre el medio y la solución al problema y cuál es el grado de satisfacción del principio que justifica la solución elegida. Como podrá notarse, aquí hay dos elementos reunidos que es conveniente distinguir.⁴⁰ Por un lado, tenemos que dar evidencia para probar la ocurrencia de hechos (especialmente, pero no necesariamente de manera exclusiva, en aras de justificar la existencia del problema). La justificación epistémica supone justificar una creencia a partir de la prueba de enunciados descriptivos. La justificación epistémica se basa en evidencias que apoyan la creencia en un hecho determinado.

Por otro lado, será necesario ofrecer evidencia para llevar a cabo un cálculo de riesgo. Si entendemos que probar supone tener una justificación epistémica y ella, por su parte, implica una creencia, entonces no es posible tener creencias sobre sucesos futuros. De igual manera, tanto la prueba como el cálculo de riesgo suponen criterios de corrección diferentes. No siempre que una predicción no se cumpla significa que lo que se decía carece de justificación. Puede haber razones válidas que respalden la predicción, aunque el resultado no se materialice. La justificación no depende únicamente del desenlace, sino de las evidencias y razonamientos disponibles en el momento en que se hizo la predicción.

³⁷ Como se podrá notar, las explicitaciones que hago en el texto principal no se alejan de las exigencias contenidas en el subexamen de idoneidad.

³⁸ Le agradezco a Daniel Oliver-Lalana y a Carolina Fernández Blanco por sus comentarios sobre este punto.

³⁹ Entiendo por probado al resultado de un conjunto de actividades orientadas a usar medios para construir inferencias sobre hechos y que dichas inferencias superan un determinado umbral que permite calificarla como justificada. Al respecto Ferrer (2023).

⁴⁰ Le agradezco a Edgar Aguilera por todas sus sugerencias y críticas sobre este punto.

El cálculo de riesgos implica un proceso distinto, centrado en tomar decisiones racionales empleando, entre otros elementos, predicciones.⁴¹ Dentro de este cálculo, cabe distinguir entre riesgos aceptables e inaceptables. Los riesgos aceptables son aquellos que, tras un análisis, se consideran tolerables en función de los beneficios o las circunstancias, mientras que los inaceptables superan un umbral de peligro o incertidumbre que los hace injustificables.

En relación con el cálculo de riesgos, ello se expresará mediante enunciados del tipo “S1 probablemente tendrá el efecto E”.⁴² Esta probabilidad se basa en generalizaciones, estereotipos u otros medios que, aunque no constituyan una prueba definitiva, permiten una evaluación razonable del riesgo en un contexto dado.

Así, es pertinente diferenciar entre la racionalidad de las decisiones, que se vincula al cálculo de riesgos, y la justificación de las creencias, que depende de la evidencia epistémica. Mientras que la primera se enfoca en evaluar opciones y sus posibles consecuencias, la segunda se centra en determinar si una creencia está respaldada por hechos o medios de prueba suficientes. Ambos procesos, aunque relacionados, operan en dimensiones distintas del razonamiento. Si esta distinción es correcta, entonces la variable R, desde la perspectiva del legislador, mide actos de cálculo de riesgos y actos de justificación de las creencias (que depende de la evidencia epistémica). La primera se enfoca en evaluar las posibles consecuencias de una acción, considerando probabilidades y riesgos, mientras que la segunda se centra en determinar si una creencia está respaldada por hechos

⁴¹ Sobre este punto véase García Yzaguirre (2024).

⁴² En la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (STC 3482-2005-PHC/TC) se analizó la proporcionalidad de cerrar un vecindario con rejas metálicas a efectos de controlar el acceso de personas no residentes ahí. Parte del razonamiento presente en dicho caso puede ser reconstruido de esta forma: “en el vecindario Monterrico Chico (durante el año 2001) hay un problema de aumento de criminalidad, y si implementamos la medida de instalar rejas metálicas que sirvan para controlar el acceso a personas no residentes, entonces en el vecindario Monterrico Chico se reducirá la criminalidad”. En ese caso, los vecinos tenían que ofrecer un cálculo de riesgo que justificara implementar ese medio (que suponía un costo para la libertad de movimiento).

verificables. Esta distinción permite analizar situaciones desde diferentes perspectivas, según el contexto y los elementos disponibles.⁴³

Ahora bien, la manera de cumplir con los deberes epistémicos puede ser llevada a cabo de diversas formas. Una interpretación posible es que la optimización fáctica exige mantener un cierto grado de diligencia en el tipo de información recabada y usada para justificar conclusiones.⁴⁴ Por ejemplo, empleando una estrategia que forme parte de la *evidence based legislation*. Sobre esta posible vinculación profundizaré en ulteriores investigaciones.

A partir de lo señalado creo que es posible afirmar que las consideraciones normativas, si bien son necesarias para justificar una medida legislativa, no son suficientes. El razonamiento basado en hechos y cálculos de riesgos también son relevantes en la justificación. Esta permite justificar sus razones subyacentes (determinar el estado de cosas deseado), así como su grado de eficacia y eficiencia. En atención a ello, entonces, un punto por justificar en el manuscrito es si resulta posible, al analizar un argumento, deslindar las razones normativas de las premisas fácticas.

En cada argumento, que afirme que debemos llevar a cabo de una determinada acción, es posible identificar (por lo menos de manera implícita) una serie de afirmaciones que aluden a hechos y/o a cálculos de riesgo (junto con la justificación de los umbrales que determinan que cuenten como justificados). Entre ambos hay una vinculación, en el sentido de que las premisas empíricas están integradas en las razones.

Por ejemplo, las discusiones sobre la viabilidad constitucional de la eutanasia presentan una discusión entre el principio a la autonomía personal y el derecho a la vida. En la argumentación a favor de la autonomía es clara la vinculación de la premisa empírica: que este medio será útil para

⁴³ Un posible deber (adicional al de ofrecer estos dos tipos de razones) es el deber de llevar a cabo actos de escrutinio postlegislativo, esto es, que el legislador analice si la medida dictada fue, con el paso del tiempo, idónea y eficiente para alcanzar el estado de cosas deseado. Al respecto véase Oliver-Lalana (2016, pp. 261 y ss.).

⁴⁴ Sobre este punto ver los párrafos 18 y 52 de la Observación General 25 (2020) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En ellos se expresa que los Estados cumplirían de mejor manera con sus deberes si emplean, en la justificación de sus decisiones, fuentes de información de carácter científico. Afirmación que pretende rechazar el uso de la pseudociencia o de afirmaciones no generalmente compartidas como sustento que justifique medidas legislativas.

reducir el sufrimiento de personas. Esta implicará, a su vez, una serie de premisas fácticas relacionadas: condiciones mínimas para expresar una decisión libre, el impacto en la calidad de los cuidados paliativos, entre otras. Supondrá prueba de hechos y cálculo de riesgos. Lo mismo ocurre respecto a la argumentación a favor del derecho a la vida.

Los efectos de esta vinculación, considero, suponen lo siguiente: por un lado, la pretensión de corrección del derecho y la segunda ley de la ponderación suponen explicitar estos supuestos fácticos, someter a escrutinio su grado de corroboración. La variable R opera como: i) una exigencia de explicitación de las variables empleadas a efectos de que la discusión se lleve a cabo de forma justificada; y ii) valoración de estas premisas empíricas (a la luz de los umbrales que determinan su fiabilidad y en su relación con las razones). Sobre este punto no insistiré más.

Por otro lado, este punto también permite explicar la relación que Klatt y Schmidt (2012, pp. 77 ss.) han mostrado entre discrecionalidad epistémica y clasificación del peso de los principios en la ponderación. Ambos autores han argumentado que, el grado de incertidumbre condiciona el peso que está justificado asignar al peso concreto y al peso abstracto. Sostienen que, en situaciones de mayor certeza sobre la intensidad de la interferencia, esta debe ponderarse adoptando una perspectiva más pesimista. De este modo, se obtiene un coeficiente que refleja un grado específico de interferencia, derivado de lo que denominan la “Ley de la Clasificación”. De acuerdo con ella, cuanto más fiable sea una clasificación de mayor intensidad de interferencia, más confiable debe ser una clasificación de menor intensidad para esa misma interferencia.⁴⁵

Respecto de los aplicadores del derecho. Los tribunales tienen la labor de evaluar el razonamiento probatorio empleado por los legisladores, examinando la fiabilidad de los medios probatorios empleadas y la base para formular predicciones en las que se fundamentan las decisiones legislativas.⁴⁶ Esto implica que las cortes deben examinar tanto el proceso de

⁴⁵ Sobre esta no profundizaré, pues Duarte ya ha discutido sobre este punto en Duarte (2021, pp. 21 y ss.).

⁴⁶ Me centro únicamente en este supuesto a efectos de simplicidad y claridad, sin perjuicio a que las competencias de los tribunales no se limitan a este tipo de análisis.

averiguación de hechos llevado a cabo por el legislador como el cálculo de riesgos que este realiza. La tarea de la corte no es sustituir al legislador en su labor, sino cuestionar la forma en que se ha realizado dicha averiguación y evaluación, asegurándose de que cumpla con umbrales de suficiencia (Borgmann, 2009, p. 3).

Esto supondrá que el aplicador del derecho tenga que tomar decisiones respecto a qué umbrales de suficiencia se deben usar: uno que le permita determinar si los hechos alegados están probados y otro que le permita determinar la corrección del cálculo de riesgo. En este contexto, es posible que no todas las decisiones legislativas requieran el mismo nivel de certeza, por lo que los umbrales pueden variar. Esta variación está sujeta, considero, a la forma cómo resolvamos las preguntas ¿qué errores nos preocupan? ¿Cuáles son los falsos positivos y negativos que queremos evitar? La respuesta, considero, incidirá en la manera en que se asignen valores en la escala.

El punto para expresar con estas consideraciones es que asumir el carácter eliminatorio del análisis de la ley sustantiva de la ponderación no refleja, adecuadamente, el tipo de valoraciones que se llevan a cabo al momento de determinar el peso concreto (y abstracto) de los principios en colisión. Ni tampoco la toma de decisiones respecto a los umbrales que filtran razones justificadas y rechazan las injustificadas. No refleja la valoración de las premisas empíricas en la determinación de qué principio justifica la medida, qué principio es afectado, qué pesos son asignados a cada principio y para determinar qué argumentos son admisibles o no en el cálculo de esos pesos es necesario evaluar las premisas empíricas subyacentes en cada movimiento.

En ese sentido, si la determinación de los pesos consignados para operativizar la ley sustantiva de la ponderación está condicionada por la valoración de las premisas empíricas subyacentes, entonces pareciera pertinente mantener ambos cálculos juntos en una misma fórmula.

4. Conclusiones

En este artículo he señalado las siguientes consideraciones y dudas a la propuesta de fórmula positivista del peso:

La variable de peso abstracto no contradice las reglas del discurso práctico; por el contrario, contribuye a su especificación en la resolución de conflictos. En esa misma línea, es posible identificar y formular formas de asignar peso abstracto que no supongan el uso de la argumentación moral. A su vez, asumir el carácter eliminatorio de la ley sustantiva de la ponderación plantea un desafío aún abierto en relación con cómo incorporar los principios formales dentro de la ponderación y cómo delimitar el alcance de la discrecionalidad epistémica del legislador. Finalmente, dicho carácter eliminatorio no permite reflejar de manera adecuada el uso y la valoración de las premisas empíricas, tanto en la determinación del problema a resolver como en el alcance de la medida, la identificación de los principios en conflicto y la atribución de su peso concreto en el proceso de ponderación.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64.
- Alexy, R. (2006). Discourse theory and fundamental rights. En A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights* (pp. 15-29). Dordrecht: Springer.
- Alexy, R. (2007). The weight formula. En J. Stelmach, B. Broze y W. Zaluski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law* (pp. 9-27). Cracovia: Jagiellonian University Press.
- Alexy, R. (2010). The dual nature of law. *Ratio Juris*, 23, 167-182.
- Alexy, R. (2012). Comments and responses. En M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 319-356). Oxford: Oxford University Press.

- Alexy, R. (2014). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 15-29.
- Alexy, R. (2016). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2019). La dimensión absoluta y relativa. En R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio* (pp. 299-318). Lima: Palestra Editores.
- Alexy, R. (2021). *Law's ideal dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- Atienza, M. (1996). Juridificar la bioética. *Isonomía*, 8, 75-99.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, C. (2006). On Alexy's weight formula. En A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights* (pp. 101-111). Dordrecht: Springer.
- Bernal Pulido, C. (2010). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 43-68). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bolaños, B. (2010). Balancing and legal decision theory. En J. R. Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: The Methods of Balancing* (pp. 63-72). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Borgmann, C. E. (2009). Rethinking judicial deference to legislation factfinding. *Indiana Law Journal*, 84(1), 1-56.
- Borowski, M. (2015). Robert Alexy's reconstruction of formal principles. En J. Aguiar de Oliveira, S. L. Paulson y A. Travessoni Gomes Trivisonno (Eds.), *Alexy's Theory of Law* (pp. 95-109). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- Cohen, F. S. (1960). The problems of a functional jurisprudence. En F. S. Cohen (Ed.), *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen* (pp. 77-98). New Haven: Yale University Press.
- di Robilant, E. (1968). *Modelli nella filosofia del diritto*. Bologna: Il Mulino.

- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Duarte, D. (2021). From constitutional discretion to the positivist weight formula. En J. R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights* (pp. 21-73). Cham: Springer.
- Duarte, D. (2026). Una Vez Más: La Fórmula Positivista del Peso. *Discusiones*, 36(2).
- Ferrater Mora, J. (1973). Pinturas y modelos. En *Filosofía y ciencia en el pensamiento español contemporáneo (1960-1970): Simposio de lógica y filosofía de la ciencia* (pp. 87-98). Madrid: Tecnos.
- Ferrer Beltrán, J. (Coord.) (2023). *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- García Yzaguirre, V. (2021). Derrotabilidad de reglas y principios: Una propuesta de análisis. *Derecho PUCP*, 87, 373-404.
- García Yzaguirre, V. (2022a). «A primera vista»: Un análisis sobre las normas prima facie. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 25, 31-85.
- García Yzaguirre, V. (2022b). Excepciones en las normas jurídicas: Una propuesta de análisis conceptual. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 22(2), 61-84.
- García Yzaguirre, V. (2024). Seguridad jurídica y predictibilidad: Una propuesta de reconstrucción. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 110(4), 551-571.
- Guastini, R. (2013). Gerarchie normative. *Revus*, 21, 57-70.
- Kersic, M., y García Yzaguirre, V. (2022). El “peso” de los principios: Descifrando la metáfora. *Revista Ius et Praxis*, 28(1), 162-179.
- Klatt, M. (2014). An egalitarian defense of proportionalitybased balancing: A reply to Luc B. Tremblay. *International Journal of Constitutional Law*, 12(4), 891-899.
- Klatt, M. (2021). Balancing rights and interests: Reconstructing the asymmetry thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, 41(2), 1-27.
- 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. *I•CON*, 10(1), 69-105.
- Kumm, M. (2007). Political liberalism and the structures of rights: On the place and limits of the proportionality requirement. En G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 131-166). Oxford: Hart Publishing.
- Lindahl, L. (2009). On Robert Alexy's weight formula for weighing and balancing. En A. Silva Bias et al. (eds.), *Liber Amicorum de Jose de Sousa e Brito* (pp. 355-375). Coimbra: Almedina.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- McHarg, A. (1999). Reconciling human rights and the public interest: Conceptual problems and doctrinal uncertainty in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *The Modern Law Review*, 62(5), 671-696.
- Moreso, J. J. (2009). Alexy y la aritmética de la ponderación. En R. García Manrique (coord.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 223-248). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Núñez Vaquero, Á. (2022). *Precedentes: Una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- OliverLalana, D. (2016). Due postlegislative process? On the lawmakers' constitutional duties of monitoring and revision. En D. OliverLalana y K. Meßerschmidt (eds.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court* (pp. 257-294). Cham: Springer.
- Peczenik, A. (1997). The binding force of precedent. En N. McCormick, R. Summers & A. Goodhart (coords.), *Interpreting Precedents* (pp. 461-480). Nueva York: Routledge.
- Pollock, J. L. (2010). Defeasible reasoning and degrees of justification. *Argument and Computation*, 1(1), 7-22.
- Rawls, J. (1996). *Political liberalism*. New York: Columbia 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). Portland: Hart Publishing.

- Ruiz Manero, J. (2008). Principios, objetivos y valores: Otra vuelta de tuerca. En S. Ortega (comp.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 149-178). Lima: Hermeneia Editores.
- Sieckmann, J.-R. (2010). Balancing, optimisation, and Alexy's "weight formula". En J.-R. Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Proceedings of the Special Workshop "Legal Reasoning: The Methods of Balancing" held at the 24th World Congress of the IVR, Beijing, 2009 (pp. 101-118). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Sieckmann, J. (2011). Concepciones de la ponderación: Optimización y la 'fórmula del peso' de Robert Alexy. En L. Clérico y G. Beade (eds.), *Desafíos a la ponderación* (pp. 189-230). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Susi, M. (2024). The Internet balancing formula. En M. Susi, *The NonCoherence Theory of Digital Human Rights* (pp. 249-266). Cambridge: Cambridge University Press.