

El sentido de la proporcionalidad

The sense of proportionality

Chiara Valentini*

Recepción y evaluación de propuesta: 18/10/2025

Aceptación: 12/02/2026

Recepción y aceptación final: 20/03/2026

Resumen: Este artículo examina la propuesta de David Duarte de sustituir la “fórmula del peso” de Robert Alexy por una “fórmula positivista” que aísla la justificación interna (leyes sustantiva y epistémica) de toda valoración moral. Se analiza la viabilidad de este aislamiento en la práctica constitucional, donde las normas remiten a valores y principios cuyo peso debe evaluarse en contexto, y cómo la fase final de balance se entrelaza con las etapas de legitimidad del fin, idoneidad y necesidad. Asimismo, se cuestiona la deseabilidad de excluir la dimensión moral desde la perspectiva de la cultura de la justificación, que exige transparencia y debate público. Finalmente, se recupera la doctrina del doble efecto para subrayar la estructura normativa en el juicio de proporcionalidad.

Palabras claves: proporcionalidad, justificación, balance, doble efecto.

Abstract: The article discusses David Duarte’s proposal to replace Robert Alexy’s “weight formula” with a “positivist formula” that isolates internal justification (the substantive and epistemic laws) from moral evaluation. I analyse the feasibility of such isolation in constitutional practice, where norms refer to values and principles whose weight must be assessed in context, and highlight how the final balancing stage is intertwined with the

* Doctora en “Giustizia costituzionale e diritti fondamentali”, Università di Pisa, Italia. Professoressa associata di filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Bologna, Bologna, Italia. Correo electrónico: c.valentini@unibo.it.

earlier stages of legitimate aim, suitability, and necessity. I also question the desirability of excluding the moral dimension from the standpoint of the culture of justification, which demands transparency and public debate. Finally, I draw on the doctrine of double effect to shed light on the normative structure of proportionality analysis.

Keywords: proportionality, justification, balancing, double effect.

1. Proporcionalidad y balance positivista: la fórmula de Duarte

La teoría del balance de David Duarte (2010, 2010, 2026) es una contribución a los debates contemporáneos sobre la proporcionalidad que ilumina, y profundiza, su sentido y sus aspectos más significativos. Tanto por la manera en que revisa la “fórmula del peso” de Robert Alexy (2003, 2010) como por los elementos que aporta a la teoría de la proporcionalidad en términos más amplios: la conceptualización de los conflictos normativos y la reflexión sobre los usos que deberían hacerse de ella en la argumentación y justificación de las conclusiones a las que se llega al razonar sobre dichos conflictos. Me detendré en el primer aspecto y destacaré algunas ideas que, en mi opinión, pueden derivarse en relación con el segundo, que voy a discutir para destacar algunas cuestiones que considero importantes acerca el papel normativo de la proporcionalidad.

La vasta literatura contemporánea sobre la proporcionalidad a menudo “fuerza” su carácter desde el punto de vista teórico, cayendo con frecuencia en críticas que, coincidiendo con Duarte (2026), me parece que tergiversan su alcance y valor. Me refiero, por ejemplo, a las críticas que la presentan como una “matematización imposible de juicios de valor” (Duarte, 2026, sección 6) o a la idea de que se trata de un modelo de razonamiento que despoja a los derechos de su fuerza normativa o que convierte en arbitrarias las decisiones judiciales (Habermas, 1996; Tsakyrakis, 2009; Webber, 2009). En este sentido, uno de los aspectos más controvertidos de la teoría de Alexy se refiere a cómo estructura el análisis de proporcionalidad: como una secuencia de tests que requieren resolver un conflicto entre normas verificando que la interferencia entre ellas persiga un objetivo legítimo;

sea adecuada para la realización de este objetivo; sea necesaria para tal fin; y sea proporcional en sentido estricto. Es decir, “equilibrada” según una “fórmula del peso” en la que Alexy combina la consideración de elementos jurídicos, fácticos y valorativos. Esta secuencia analítica es la formalización de un razonamiento que, en términos lógicos, expone su estructura y muestra cómo la proporcionalidad es “transversal” a esta en el plano de la justificación de sus resultados (Duarte, 2026, sección 6).

En el debate sobre esta secuencia, el último test, que verifica la proporcionalidad *stricto sensu* en términos de balance, y la “fórmula del peso”, han recibido importantes críticas y han sido objeto de varios intentos de revisión (Barak, 2012; Moreso, 2012; Luterán, 2014; Bernstorff, 2014; Letsas, 2015). En este sentido, algunos han propuesto revisar la estructura de la proporcionalidad eliminando este paso y limitándola a un escrutinio de la legitimidad del fin, la idoneidad y la necesidad (Bernstorff, 2014; Letsas, 2018). En otro lugar, he destacado cómo el modo en que se plantean el último test y la fórmula del peso permite distinguir entre un proporcionalismo “débil” y un proporcionalismo “fuerte” (Valentini, 2019; Bongiovanni y Valentini, 2018).

Duarte asume, en este debate sobre el balance, una posición teórica de particular relevancia, ya que no elimina la idea de plasmar en términos matemáticos la ponderación que requiere, sino que la lleva a cabo de un modo distinto al de Alexy, proponiendo una fórmula positivista.

Esta reformulación de la ponderación se basa en una crítica fundamental a la fórmula de Alexy, según la cual ésta confunde dos aspectos fundamentales que deberían permanecer claramente diferenciados: la justificación interna (es decir, la evaluación de la proporcionalidad a través del cumplimiento de una constante de proporcionalidad directa) y la justificación externa (que incluye las razones morales que fundamentan la asignación específica de un peso “abstracto” dentro de la fórmula). Más precisamente, la variable *W* (peso abstracto de las normas) que Alexy incluye en su fórmula del peso debe ser vista como un “parásito moral” que distorsiona lo que resultaría (bajo la “ley sustantiva”) de la interferencia recíproca de las normas en conflicto. El error central de la fórmula de Alexy, en opinión de Duarte, es la mezcla indebida entre una estructura matemática destinada a reflejar la justificación interna de la decisión

jurídica y los criterios externos. Esta confusión conduce, en su opinión, a decisiones que pierden rigor y objetividad jurídica:

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. 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. Sólo 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. (Duarte, 2026, sección 3)

La fórmula alexyana incorporaría de manera impropia consideraciones morales generando resultados que pueden ser incompatibles con las reglas internas estrictas de la proporcionalidad. Duarte (2026, sección 3) enfatiza explícitamente 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.

Frente estas críticas, Duarte propone su propia “fórmula positivista” del peso, que tiene como objetivo separar de manera rigurosa la justificación interna, basada únicamente en las leyes de ponderación, de cualquier consideración externa de índole moral. En palabras del propio Duarte (2026),

esta fórmula reproduce “exactamente el contenido y la secuencia eliminatoria de la ley sustantiva y la ley epistémica” (sección 4).

En primer lugar, establece que una norma será proporcional si y solo si la ganancia de la norma que prevalece supera o iguala la pérdida de la norma que se sacrifica. En segundo lugar, si se cumple esta condición, la evaluación pasa al plano epistémico, donde el grado de certeza de las premisas empíricas y normativas debe superar o igualar las pérdidas implícadas. De este modo

La fórmula positivista del peso es una ecuación que expresa sólo y nada más que el contenido de las “leyes de la ponderación” [...] 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. (Duarte, 2026, sección 4)

Así, la fórmula positivista busca proporcionar un esquema matemático que refleje fielmente la estructura interna de la proporcionalidad, evitando interferencias morales o abstractas ajenas a la evaluación jurídica objetiva:

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 sólo conduce a un resultado de compatibilidad jurídica, tal como lo expresa su propia regla interpretativa: el cociente sólo muestra el código binario “violación - no violación”. En cuanto al segundo punto, en la medida en que la ecuación sólo 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. (Duarte, 2026, sección 4)

La propuesta de Duarte se destaca por abordar en profundidad el papel fundamental que desempeña la proporcionalidad en la práctica jurídica y en la teoría del razonamiento jurídico. Coincido con la importancia de reflexionar sobre la fórmula de Alexy y perfeccionarla.

Muchos aspectos de la teoría alexyana, tan rica como compleja, pueden desarrollarse y servir de base para elaboraciones que también pueden desvincularla de algunas premisas teóricas relativas al vínculo entre el derecho y la moral. Me refiero, por ejemplo, a los aspectos de esta teoría relativos a los resultados del juicio de proporcionalidad y a la forma en que pueden interactuar con la exigencia de certeza jurídica y el uso judicial de los precedentes con el paso del tiempo (Alexy, 2010). También me refiero a los aspectos relativos a la interacción entre principios formales y principios materiales en el juicio de proporcionalidad (Alexy, 2014; Allan, 2012; Klatt, 2019b). La relación entre justificación interna y externa y, en términos más amplios, la relación entre los diferentes componentes del juicio de proporcionalidad se encuentra indudablemente entre estos aspectos. David Duarte tiene el mérito teórico de arrojar luz sobre ella y proporcionarnos herramientas importantes para configurarla.

Sin embargo, creo que se plantean algunas cuestiones importantes sobre la viabilidad y la deseabilidad de la estricta separación propuesta por Duarte: ¿es posible eliminar toda consideración moral del test de proporcionalidad *stricto sensu*, tal como postula su fórmula positivista? Y, en caso afirmativo, ¿sería esto deseable en términos de calidad deliberativa y legitimidad institucional?

2. ¿Una separación posible?

La propuesta de Duarte responde a una concepción positivista del razonamiento jurídico que busca aislar la “justificación interna” del test de proporcionalidad de toda referencia a razones extralegales o valoraciones morales. Esta operación de purificación no está exenta de tensiones: para eliminar toda valoración externa, Duarte debe aislar la ponderación para llevarla a cabo según leyes de ponderación que apelan únicamente a consideraciones

jurídicas y epistémicas, abandonando la noción de peso abstracto de los principios tal y como la concibe Alexy. ¿Es posible tal aislamiento?

Creo que existen al menos dos elementos que permiten plantear esta cuestión. El primer elemento es la “thickness” del derecho contemporáneo, especialmente del derecho constitucional. El segundo es la dificultad de aislar el test de ponderación del más complejo esquema analítico de la proporcionalidad para “depurarlo” de consideraciones sobre el peso abstracto de los principios. A pesar de formar parte de un esquema que cierra y perfecciona una secuencia de tests combinados –en los que dichas consideraciones desempeñan un papel relevante– parece difícil desconectarlas sin pagar el precio de una “fragmentación” del juicio de proporcionalidad justo en su paso final, cuando el flujo de consideraciones que articula los distintos pasos debería culminar en lugar de interrumpirse.

Me detengo ahora en el primer aspecto para luego pasar al segundo.

2.1. Densidad del derecho y peso abstracto de los principios

En el derecho contemporáneo, especialmente en el ámbito constitucional, donde se recurre de manera más extendida e intensa al juicio de proporcionalidad, los conflictos normativos suelen implicar normas que remiten a consideraciones de valor, lo que dificulta precisar su relevancia concreta sin un razonamiento sobre su importancia en términos más abstractos dentro del ordenamiento jurídico al que pertenecen y en el que interactúan con otras normas. ¿Cómo se puede apreciar el peso concreto de normas que garantizan la libertad de expresión o el derecho a la vida sin llevar a cabo consideraciones político-morales que vinculen su relevancia en circunstancias específicas con las razones por las que en un ordenamiento reciben tutela o pueden ser sacrificadas? Desde la perspectiva positivista, una solución podría ser la de un positivismo “inclusivo” que intenta dar cuenta de cómo, y hasta qué punto, la aplicación del derecho positivo, y la solución de conflicto normativos, no puede evitar moverse en el terreno del razonamiento moral o basarse en consideraciones “extrajurídicas” en función del contenido y de las conexiones sistémicas de las normas que lo constituyen.

Desde esta perspectiva, Moreso (2012) ha intentado combinar el positivismo inclusivo con una teoría del razonamiento sobre conflictos normativos que, como alternativa al razonamiento proporcionalista, defiende la estrategia del “especificacionismo”. Esta propuesta no intenta eliminar el componente moral del razonamiento sobre el conflicto entre principios, sino controlarla para evitar que llegue hasta un balance entre “pesos” normativos difícil de traducir en los términos alexyanos de una escala ordinal (2012, 2007). La idea del especificacionismo es disolver los conflictos normativos antes que puedan llegar a esto, mediante una “especificación” de los datos normativos en juego.

Esta forma de razonamiento no excluye las consideraciones morales, pero contempla un uso argumentativo y justificatorio diferente del que se hace en el razonamiento proporcionalista. Así, el especificacionismo se centra en el alcance de las normas y requiere desarrollar progresivamente y especificar sus límites según el alcance de otras normas (Moreso, 2012; Wellman, 1995; Richardson, 1990; Scanlon, 2000; Webber, 2009; Oberdiek, 2004) de modo que puedan aplicarse con toda su fuerza a los casos que les correspondan.

Más precisamente, el especificacionismo busca “reducir el alcance de los principios preservando su fuerza”, lo que “equivale a concebir la formulación de los principios como incompleta y especificarla de una manera tal que, convenientemente restringida, el ámbito de los principios permanece diferente y, sin embargo, no están en conflicto” (Moreso, 2012, p. 36). De esta manera, el enfoque consiste en considerar totalmente protegido aquello que queda cubierto por el alcance de los principios. Como resultado, se llega a reglas que prohíben las acciones que violan esos principios y permiten las que no lo hacen.

Sin embargo, se puede cuestionar que el enfoque especificacionista permita un razonamiento que no recurra a algún balance. De hecho, la tarea de especificar el contenido y el alcance de los principios parece requerir que definamos sus límites *en relación* con los de otros derechos e intereses. Esta tarea difícilmente puede presentarse como libre de una ponderación comparativa sin pagar el precio de disfrazar la interacción entre las distintas razones que deben evaluarse para determinar qué cae dentro del ámbito de un principio (Alexy, 2010, pp. 208-209; Klatt y Meister, 2012).

En este sentido, esta estrategia no evita la necesidad de una deliberación práctica “en profundidad”, sino que simplemente la anticipa: desde el momento del juicio proporcional al momento de la determinación de las normas aplicables, manteniendo, en última instancia, el mismo compromiso con la justificación moral de las decisiones.

Lo que parece estar en juego es una especie de ponderación “excluyente”, es decir, una ponderación que procede aislando las razones que caen dentro del ámbito de un principio de aquellas que quedan fuera, ocultando estas últimas y dando visibilidad y protección plenas a las primeras. De este modo, sin embargo, se pierde un “residuo” de razones relevantes en un conflicto normativo y surge el problema de explicar la diferencia entre una violación y el “infringement” de un principio (Thomson, 1990; Oberdiek, 2004; Moreso, 2025). Desde esta perspectiva, los resultados de un enfoque especificacionista sirven de base para reglas que no capturan todas las razones implicadas en la decisión judicial y, por tanto, no permiten su debida consideración, como es necesario si queremos comprender la evolución de la jurisprudencia.

2.2 El balance entre una secuencia analítica

El juicio de proporcionalidad *stricto sensu* cierra una secuencia más amplia que incluye evaluaciones sucesivas sobre la legitimidad del fin, la idoneidad y la necesidad del medio. Esta secuencia no es meramente procedimental, ya que cada paso contiene juicios normativos que ponen las bases para, y en este sentido se entrelazan con, el siguiente (Schlink, 2012). Por tanto, aislar completamente la última fase de ponderación de las valoraciones introducidas en las fases anteriores parece problemático.

Desde esta perspectiva, quizás pueda ser útil reflexionar críticamente sobre si la separación entre la justificación interna y externa en la última etapa de una secuencia analítica continua es deseable. Esta exclusión podría tener un alto coste, ya que limitaría la profundidad y el alcance de la proporcionalidad como herramienta jurídica. Al silenciar el “peso abstracto”, es posible que la formula resultante, aunque más pura desde una perspectiva positivista, se vuelva incapaz de captar la riqueza y la complejidad

de los conflictos normativos que se resuelven mediante la ponderación proporcionalista.

Desde el punto de vista institucional, permitir que una norma supere todas las pruebas preliminares y luego evaluar su proporcionalidad sin tener en cuenta el contexto de justificación en el que se produjeron esas evaluaciones equivale a ignorar la dinámica misma del razonamiento jurídico, especialmente en lo que respecta a las normas constitucionales. Sin embargo, aun si tal operación fuera técnicamente posible, cabe preguntarse si sería deseable para el recurso a la proporcionalidad en la justificación pública de las acciones institucionales.

3. ¿Es deseable?

La proporcionalidad no solo es una técnica de decisión racional, sino también un instrumento institucional al servicio de una “cultura de la justificación” (Cohen-Eliya y Porat, 2011; Dyzenhaus, 2014). Una cultura que exige escrutar la acción institucional para verificar que se base en razones accesibles, comprensibles y públicamente debatibles. Estas exigencias no se cumplen solo con fórmulas lógicamente consistentes, sino también con procesos argumentativos capaces de explicar la razonabilidad sustantiva de las decisiones públicas (Alexy, 2009).

La cultura de la justificación representa, en este sentido, un ideal institucional que transforma la estructura misma del derecho en un sistema orientado al deber de justificar públicamente las acciones institucionales y, en particular, las que tienen un impacto sobre los derechos (Mureinik, 1994; Dyzenhaus, 2014; Kumm, 2010). En el marco de esta transformación, la proporcionalidad juega un papel central. Opera como un mecanismo que articula formas múltiples de razonamiento normativo –fáctico, legal, moral – en una práctica que no solo evalúa las ganancias y pérdidas normativas en conflictos concretos, sino que también exige un escrutinio y un equilibrio entre las razones públicas subyacentes que puedan ser comprendidas y aceptadas por ciudadanos razonables en condiciones de igualdad (Alexy, 2009).

El control de proporcionalidad está estrechamente vinculado a esta cultura y, en particular, al derecho a la justificación, entendido como el derecho fundamental de toda persona a recibir razones plausibles por parte del Estado cuando se ven afectados sus derechos. Este derecho, que combina elementos procedimentales y sustantivos, se concreta en dos exigencias: el acceso a una justificación y que esta se base en razones públicas. El control de proporcionalidad institucionaliza ambas dimensiones y permite evaluar si una medida estatal interfiere con los derechos de forma justificada (Kumm, 2010; Klatt, 2019a; Valentini, 2019, 2025).

La proporcionalidad no solo permite revisar los fundamentos normativos de una decisión, sino que hace visible la estructura de los conflictos entre normas y las razones que las sustentan. Su valor no solo es instrumental –como técnica para promover la legitimidad o la eficiencia–, sino también intrínseco: es valioso en sí mismo, ya sea por sus propiedades internas o por su conexión con el ideal de justicia pública.

Además de comprobar si existen razones públicas adecuadas, el control de proporcionalidad permite evaluar su peso frente a razones contrapuestas. Esta actitud comparativa y equilibradora resulta esencial para cumplir con una cultura de la justificación, sobre todo cuando se analizan interferencias entre derechos. De este modo, se detectan patologías institucionales que otras técnicas no pueden identificar, como la influencia ilegítima de intereses particulares o el uso de razones ideológicas irrelevantes.

Como se ha dicho, el análisis de proporcionalidad se desarrolla en fases: identificación del fin legítimo, evaluación de la idoneidad y necesidad de la medida, y ponderación final. Esta última permite detectar si, aun cuando una medida es necesaria y adecuada, impone un sacrificio excesivo de los principios. Si esto ocurre, la medida resulta desproporcionada.

Así, el control de proporcionalidad permite un examen estructurado para ser equilibrado e inclusivo de *todas* las razones relevantes. Este análisis no solo detecta violaciones de derechos, sino que también ofrece una justificación comprensible y exhaustiva que explica cómo se tuvieron en cuenta las razones en conflicto en la decisión. La inclusividad y la inteligibilidad que resultan de este análisis son fundamentales para garantizar que toda decisión pública sea razonable y justificable ante ciudadanos libres e iguales (Valentini, 2019).

Así entendida, la proporcionalidad encarna una forma de razonamiento institucional que busca garantizar que toda injerencia en los derechos se justifique de manera accesible, razonable y abierta al escrutinio democrático. La exigencia de transparencia es, por tanto, una condición estructural de legitimidad que obliga a jueces y legisladores a explicar por qué una medida es adecuada, necesaria y proporcional no solo en términos de eficacia o legalidad, sino también de equidad, inclusión y razonabilidad sustantiva.

Este enfoque tiene importantes implicaciones para el diseño institucional y la función crítica del derecho en contextos democráticos. En primer lugar, impide que el lenguaje técnico o las fórmulas abstractas sirvan de escudo para tomar decisiones arbitrarias. En segundo lugar, promueve una adjudicación, y acción institucional, que reconoce a las personas como sujetos de razones, no simplemente como objetos de regulación. En tercer lugar, permite formas de resistencia institucional frente a medidas regresivas, ya que obliga a examinar el significado profundo de la interferencia jurídica, más allá de su mera legalidad formal.

En el test de proporcionalidad *stricto sensu*, se sopesan las razones que justifican una medida legal frente a las razones que respaldan la protección de los intereses afectados. Si el equilibrio entre ambas es adecuado, se considera que la medida es legítima. Sin embargo, incluso cuando las razones contrarias son superadas, estas no desaparecen: siguen siendo razones públicas y legítimas, cuyo valor jurídico no se anula por haber sido vencidas en ese caso concreto.

Al reconocer este “residuo” de razones desestimadas, el razonamiento proporcionalista no solo ofrece una justificación completa y transparente, sino que también proporciona orientación para el análisis de casos futuros (Oberdiek, 2004; Valentini, 2019). Al visibilizar todas las razones relevantes, incluidas las derrotadas, se entiende mejor cómo se han ponderado, cuál ha sido su peso relativo y en qué medida deben ser consideradas en decisiones similares. De este modo, la proporcionalidad puede proyectar claridad, exhaustividad y coherencia interpretativa hacia el futuro.

En este contexto, la proporcionalidad puede entenderse como infraestructura de la deliberación jurídica, es decir, una estructura formal que no impone contenidos ni resultados sustantivos, sino que orienta la forma en

que deben construirse y comunicarse las razones públicas (Klatt, 2019b). Se trata de un dispositivo institucional capaz de canalizar la racionalidad jurídica hacia formas de justificación que respeten la dignidad, la pluralidad y la igualdad de los ciudadanos. En definitiva, es este potencial deliberativo, creo, lo que explica la centralidad de la proporcionalidad en las democracias constitucionales contemporáneas.

Desde esta perspectiva, se puede entender la relevancia de reflexionar sobre el papel normativo de la proporcionalidad a la luz de su “sentido” originario (Luteran, 2014) y su conexión con la doctrina del doble efecto (en adelante, DDE). Esta doctrina, ampliamente discutida en la ética práctica, subraya que no toda interferencia con principios, y derechos, es igual: hay una diferencia moral fundamental entre lesionar un derecho como efecto colateral no intencional y utilizar esa lesión como medio deliberado para alcanzar un fin.

Más precisamente, la legitimidad de una interferencia depende del cumplimiento de cuatro condiciones, la última de las cuales es la proporcionalidad:

- 1) El acto en sí mismo debe ser moralmente bueno o, al menos, indiferente; 2) El agente no puede desear positivamente el efecto malo, pero puede permitirlo; si pudiera lograr el efecto bueno sin el efecto malo, debería hacerlo; 3) El efecto bueno debe derivarse de la acción al menos tan inmediatamente (en el orden de causalidad, aunque no necesariamente en el orden temporal) como el efecto malo. En otras palabras, el efecto bueno debe ser producido directamente por la acción, no por el efecto malo. De lo contrario, el agente estaría utilizando un medio malo para un fin bueno, lo cual nunca está permitido; 4) El efecto bueno debe ser lo suficientemente deseable como para compensar el permitir el efecto malo. (McIntyre, 2023)

En la reconstrucción del “sentido perdido” (Luterán, 2014) de la proporcionalidad, se ha mostrado que esta “cerraba” una estructura de razonamiento más compleja y amplia y que, en virtud de ello, la distinción entre interferencias admisibles e inadmisibles basadas en la intención fue originalmente parte constitutiva del razonamiento proporcionalista. En

este contexto, el razonamiento proporcionalista debe entenderse como un instrumento no solo para medir consecuencias, sino también para evaluar la dimensión intencional de las decisiones públicas y su relación con la dignidad de las personas.

En este sentido, el significado de la proporcionalidad tiene que ver con su papel dentro de un esquema evaluativo más amplio que pone en juego, ante todo, las razones subyacentes a intervenciones que generan conflictos entre principios y derechos. La proporcionalidad nació como una herramienta para limitar el poder público en función de consideraciones cualitativas sobre la intención, la necesidad y el valor de los fines perseguidos. Esta perspectiva exige que el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* incorpore una reflexión sobre cómo se conciben los elementos normativos en conflicto: como obstáculos sacrificables o como fines en sí mismos. Por cierto, el esquema de proporcionalidad propuesto por Alexy exige que se evalúe, en primer lugar, la legitimidad del fin perseguido por la acción institucional que genera un conflicto normativo, y este es un paso que, según esta relectura, no es meramente introductorio al razonamiento proporcionalista, sino que constituye su clave de interpretación y su núcleo analítico.

La DDE, en esta óptica, remite este razonamiento al respeto de un criterio cualitativo dominante, que exige examinar la estructura intencional de un acto normativo, reforzando la necesidad de una proporcionalidad comprensiva y no meramente formal (Luterán, 2014; McIntyre, 2023). Esta afirmación no implica necesariamente que la intención de producir un daño convierta en ilegítima toda medida estatal: la intención no determina por sí sola la licitud de un acto, pero sí permite identificar fallos en la *deliberación* del agente (Scanlon, 2008; McIntyre, 2023). Por tanto, no se trata de importar juicios morales externos, sino de dotar al razonamiento proporcionalista las herramientas necesarias para reconocer cuándo una interferencia normativa resulta problemática por la forma en que fue justificada y deliberada institucionalmente.

Recuperar este significado “perdido” implica reconectar la proporcionalidad con la exigencia de que todo poder público se justifique no solo *ex post*, en función de los resultados, sino también *ex ante*, en función del respeto debido a la agencia moral de los individuos y de las garantías que, en el plano de la justificación de las acciones institucionales, les reconoce

el *derecho*, como miembros de las comunidades políticas democráticas. Desde esta perspectiva, intenciones, medios y fines se vuelven componentes inseparables del juicio proporcional.

Este enfoque quizá no solo sea teóricamente más completo, sino que también resulta útil desde el punto de vista institucional en contextos de regresión democrática y del estado de derecho. De hecho, en muchos sistemas jurídicos contemporáneos asistimos a la proliferación de leyes formalmente válidas que socavan los derechos fundamentales mediante usos estratégicos, retóricos o manipuladores del derecho (Sajo, 2024). En estos casos, la proporcionalidad, entendida como herramienta de justificación pública, permite detectar y rechazar estas formas sutiles de arbitrariedad normativa. No es casual que, en este contexto, se haya reivindicado un papel más activo de los tribunales en defensa de los principios democráticos y del Estado de derecho constitucional.

Esta defensa presupone, precisamente, una actitud en el razonamiento jurídico capaz de penetrar más allá de la legalidad formal para evaluar la congruencia de las normas en términos institucionales de moralidad política (Sajo, 2024). En este sentido, se ha destacado la posibilidad de recurrir a formas de razonamiento jurídico, especialmente en el ámbito de la justicia constitucional, que otorguen relevancia precisamente a la intención que sustenta la acción institucional: “posibilidades de revisión menos ortodoxas, pero aun así aceptadas, incluyen el análisis de la intención, que es necesario cuando existe un incumplimiento sistemático de la legislación” (Sajo, 2024, p. 546),¹ ya que “en un sistema de fraude legal, el simple hecho de que los medios y los fines tienen una relación *prima facie* plausible entre sí debe considerarse insuficiente, dado que los fines son a menudo simples cortinas de humo y, de hecho, debe presumirse un mal motivo” (p. 547).

Una proporcionalidad que cortara su vínculo con las valoraciones de moral política a las que alude la DDE, y que no las proyectara en el peso

¹ Sajo (2024, p. 546) se refiere en particular al enfoque de Ely (1970, pp. 1207-1208), según el cual “En un caso ordinario, en el que el desencadenante es simplemente una distinción desfavorable, la carga del gobierno será justificar la elección impugnada relacionándola con un objetivo gubernamental admisible, una demostración en la que la motivación es irrelevante. Sin embargo, a falta de tal demostración, la prueba de la motivación que ha dado lugar a la carga de la justificación invalidará necesariamente la acción gubernamental”.

atribuido a las normas en un balance “final”, no creo que pueda ir más allá de estas “cortinas de humo”. Considero, pues, que el análisis realizado hasta ahora, y su vínculo con la DDE, puede resultar relevante. Ante legislaciones que ocultan su finalidad regresiva bajo formas aparentemente neutras o racionales, el razonamiento proporcionalista puede, y debe, operar como una herramienta crítica, estructurada e inclusiva, capaz de visibilizar los efectos de poder y las intenciones que pueden poner en riesgo los principios democráticos fundamentales.

En otras palabras, una proporcionalidad verdaderamente en línea con la cultura de la justificación no solo sopesa consecuencias, sino que también examina contextos y estructuras prácticas de justificación para garantizar que el derecho no se convierta en un instrumento de opresión institucionalizada.

Desde esta perspectiva, la proporcionalidad no puede concluir con un balance que desactive toda referencia moral, sino que debe concebirse como una práctica argumentativa estructuralmente integrada que articula elementos legales y morales en función de un ideal democrático de justificación.

Bibliografía

- Alexy, R. (2003). On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449.
- Alexy, R. (2009). The reasonableness of the law. En G. Bongiovanni, G. Sartor, y C. Valentini (eds.), *Reasonableness and law* (vol. 86, pp. 5-16). Dordrecht: Springer.
- Alexy, R. (2010). *A theory of constitutional rights*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2014). Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12(3), 511-524.
- Allan, T. R. S. (2012). Constitutional rights and the rule of law. In M. Klatt (ed.), *Institutionalized reason: The jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 132-151). Oxford: Oxford University Press.

- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bernstorff, J. von. (2014). Proportionality without balancing: Why judicial ad hoc balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination. En L. Lazarus, C. McCrudden, y N. Bowles (eds.), *Reasoning rights: Comparative judicial engagement* (pp. 63-86). Oxford: Hart Publishing.
- Bongiovanni, G., y Valentini, C. (2018). Balancing, proportionality and constitutional rights. En G. Bongiovanni, G. Postema, A. Rotolo, G. Sartor, C. Valentini y D. Walton. (eds.), *Handbook of legal reasoning and argumentation* (pp. 581-612). Dordrecht: Springer.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2011). Proportionality and the culture of justification. *The American Journal of Comparative Law*, 59(2), 463-490.
- 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, Germany: Franz Steiner Verlag.
- 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. (2026). Una vez más: la fórmula positivista del peso. *Discusiones*, 36(1), 23-56.
- Dyzenhaus, D. (2014). Proportionality and deference in a culture of justification. En G. Huscroft, B. W. Miller, y G. Webber (eds.), *Proportionality and the rule of law: Rights, reasoning, justification* (pp. 234-258). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ely, J. W. (1970). Legislative and administrative motivation in constitutional law. *The Yale Law Journal*, 79(7), 1205-1341.
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press.
- Klatt, M. (2019a). Proportionality and justification. En E. Herlin-Karnell y M. Klatt (Eds.), *Constitutionalism justified: Rainer Forst in discourse* (pp. 159-196). Oxford: Oxford University Press.
- Klatt, M. (2019b). Judicial review and institutional balance. *Revus*, 38, 21-38.

- Klatt, M., y Meister, M. (2012). *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press.
- Kumm, M. (2010). The idea of Socratic contestation and the right to justification: The point of rights-based proportionality review. *Law & Ethics of Human Rights*, 4, 141-175.
- Letsas, G. (2015). Rescuing proportionality. En R. Cruft, S. M. Liao, y M. Renzo (eds.), *Philosophical foundations of human rights* (pp. 316-340). Oxford: Oxford University Press.
- Letsas, G. (2018). Proportionality as fittingness: The moral dimension of proportionality. *Current Legal Problems*, 71(1), 53-86.
- Luterán, M. (2014). The lost meaning of proportionality. En G. Huscroft, B. W. Miller, y G. Webber (Eds.), *Proportionality and the rule of law: Rights, justification, reasoning* (pp. 21-42). Cambridge: Cambridge University Press.
- McIntyre, A. (2023). Doctrine of double effect. En E. N. Zalta y U. Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>
- Moreso, J. J. (2007). Alexy y la aritmética de la ponderación. En R. García Manrique (Ed.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 223-247). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Moreso, J. J. (2025). Rescue distance: Celano and the rights in clusters. *Diritto e questioni pubbliche*, 25(1), 127-137.
- Moreso, J. J. (2012). Ways of solving conflicts of constitutional rights: Proportionalism and specificationism. *Ratio Juris*, 25(1), 31-46.
- Mureinik, E. (1994). A bridge to where? Introducing the interim bill of rights. *South African Journal on Human Rights*, 10, 31-48.
- Oberdiek, J. (2004). Lost in moral space: On the infringing/violating distinction and its place in the theory of rights. *Law and Philosophy*, 23, 325-346.
- Richardson, H. S. (1990). Specifying norms as a way to resolve concrete ethical problems. *Philosophy & Public Affairs*, 19, 279-310.
- Sajó, A. (2024). Militant rule of law and not so bad law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 16, 525-549.
- Scanlon, T. M. (2000). Intention and permissibility. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 74, 301-317.

- Scanlon, T. M. (2008). *Moral dimensions: Permissibility, meaning, blame*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Schlink, B. (2012). Proportionality (1). En M. Rosenfeld y A. Sajó (Eds.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law* (pp. 718–737). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Thomson, J.J. (1990) *The realm of rights*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Tsakyrakis, S. (2009). Proportionality: An assault on human rights. *International Journal of Constitutional Law*, 7, 468–493.
- Valentini, C. (2019). Rights, proportionalism and inclusive adjudication. En M. Nogueira de Brito et al. (Eds.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B): The role of legal argumentation and human dignity in constitutional courts* (pp. 83–99). Wiesbaden, Germany: Franz Steiner Verlag.
- Valentini, C. (2025). Principles, balancing, and proportionality. En L. Duarte d’Almeida et al. (Eds.), *Research handbook on legal argumentation* (pp. 96–114). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Webber, G. (2009). *The negotiable constitution: On the limitation of rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Wellman, C. H. (1995). On conflicts between rights. *Law and Philosophy*, 14, 271–295.

