

Comentarios sobre “Una vez más: La fórmula positivista del peso”, de Duarte*

*Comments on Duarte's “Once Again:
The Positivist Weight Formula”*

Juliano Maranhão**

João Sgarbi***

Recepción y evaluación de propuesta: 20/10/2025

Aceptación: 12/02/2026

Recepción y aceptación final: 16/03/2026

Resumen: Este trabajo examina la crítica de Duarte al modelo de balance de derechos fundamentales propuesto por Alexy. Según Duarte, dicho modelo no resulta compatible ni con el contenido de la regla de proporcionalidad en el derecho positivo ni con su aplicación judicial. Su análisis se centra en tres objeciones: la confusión entre elementos normativos y epistémicos, la presuposición de jerarquías entre derechos en conflicto y la introducción de un “parásito moral” que incorpora la moralidad al razonamiento jurídico. Como alternativa, propone una nueva fórmula ajustada al positivismo jurídico. La crítica, sin embargo, trasciende la teoría de Alexy y alcanza a cualquier modelo matemático de balance de derechos. Mientras la proporcionalidad solo establece límites a la discrecionalidad de las autoridades, los modelos de balance vinculan las decisiones a relaciones de preferencia entre derechos. De fondo, se halla el debate entre positivismo y antipositivismo, en particular la tesis alexyana sobre la conexión entre

* Título original: Comments on Duarte's “Una Vez Más: La Fórmula Positivista del Peso”. Traducción de Pedro Moniz Lopes y Pablo E. Navarro.

** Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil. Correo electrónico: julianomaranhao@usp.br.

*** Máster en Derecho, Universidade de São Paulo, Brasil. Doctorando en Derecho, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Brasil. Correo electrónico: jfbsgarbi@gmail.com.

derecho y moral. La postura de Duarte se aproxima al positivismo, rechazando supuestos ontológicos incrustados en la moralidad. No obstante, el modelo de Alexy puede reinterpretarse como un marco independiente de racionalidad argumentativa, útil para acotar el razonamiento judicial sin asumir compromisos morales o metafísicos.

Palabras claves: Proporcionalidad, ponderación de derechos, positivismo jurídico, teoría de Alexy, derecho y moral.

Abstract: This paper examines Duarte’s critique of Alexy’s model of balancing fundamental rights. According to Duarte, the model is incompatible both with the content of the proportionality rule in positive law and with its judicial application. His analysis focuses on three objections: the conflation of normative and epistemic elements, the presupposition of hierarchies among conflicting rights, and the introduction of a “moral parasite” that brings morality into legal reasoning. As an alternative, he proposes a new formula consistent with legal positivism. The critique, however, extends beyond Alexy’s theory to any mathematical model of rights balancing. While proportionality merely sets limits on the discretion of authorities, balancing models tie decisions to preference relations between rights. Underlying this is the debate between positivism and antipositivism, particularly Alexy’s thesis on the necessary connection between law and morality. Duarte’s position aligns more closely with positivism, rejecting ontological assumptions embedded in morality. Nonetheless, Alexy’s model can be reinterpreted as an independent framework of argumentative rationality, useful for constraining judicial reasoning without committing to moral or metaphysical claims.

Keywords: Proportionality, Balancing of rights, Legal positivism, Alexy’s theory, Law and morality.

1. Introducción

El artículo de Duarte (2026) plantea cuestiones importantes e interesantes sobre la *regla de proporcionalidad* en relación con la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. Su tesis principal es que el modelo de Alexy para

un balance de derechos no es compatible con el contenido de la regla de proporcionalidad en el derecho positivo ni con la forma en que la aplican los tribunales.

Duarte presenta tres puntos principales: en primer lugar, la fórmula de ponderación de Alexy permite una interacción y compensación entre el grado de ganancias/pérdidas y el grado de certeza, lo que, según Duarte, elimina el carácter eliminatorio de cada ley y confunde los elementos normativos con los epistémicos; en segundo lugar, cree que los resultados de la fórmula del balance presuponen una relación de preferencia entre los derechos fundamentales, lo que contrasta con la regla de proporcionalidad, que solo establece un límite mínimo para una elección discrecional y autoritaria entre derechos en conflicto; en tercer lugar, sostiene que el peso abstracto representa un “parásito moral”, que permite la intrusión de la moralidad en el razonamiento jurídico. Su solución es la propuesta de una nueva fórmula, que, en su opinión, refleja las dos leyes de la proporcionalidad en sentido estricto y es compatible con el positivismo jurídico.

En este comentario no nos ocuparemos de las particularidades de la teoría de Alexy. Dejando de lado algunas críticas específicas a la teoría de Alexy, la principal incompatibilidad señalada en el artículo de Duarte podría aplicarse a cualquier modelo matemático de balance de derechos. Según Duarte, la proporcionalidad es una regla contingente presente en algunos ordenamientos jurídicos que establece límites al ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades para decidir un caso en el que existe un conflicto de derechos fundamentales. Pero el modelo de balance de Alexy, o cualquier otro, presupondría una relación de preferencia entre los derechos fundamentales en conflicto resultante del balance. Así, mientras que la regla de la proporcionalidad solo establece un límite al ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades, en el modelo de balance la decisión de las autoridades estaría vinculada a la relación de preferencia resultante del balance.

Por supuesto, el modelo de balance de Alexy está relacionado con su teoría jurídica no positivista, en particular con su creencia en la conexión necesaria entre el derecho y la moral, lo que suscita prejuicios sobre su adecuación entre los positivistas. La conexión del derecho con la moral radica precisamente en la tesis de Alexy de que la racionalidad de la argumen-

tación crítica justificaría una pretensión de corrección moral. El modelo del balance instrumentaliza esta racionalidad y, en este punto, respalda su teoría jurídica, haciendo una suposición ontológica que conecta dicha racionalidad con la existencia o validez de las normas positivas. Y tal suposición ontológica es inaceptable para los positivistas.

Sin etiquetar la posición de Duarte en el debate entre positivismo y antipositivismo, su crítica al modelo de balance es una faceta de una postura positivista contra una suposición ontológica, incrustada en la moralidad, de una relación de preferencia entre derechos fundamentales, donde, para los positivistas, solo debería haber una decisión discrecional de la autoridad. Por eso califica el resultado del modelo de balance de Alexy como *un parásito moral*.

Pero el modelo de balance de Alexy, a pesar de sus muchas limitaciones técnicas, puede considerarse como un marco independiente para modelar el razonamiento con derechos fundamentales que no hace ninguna suposición sobre la existencia, la validez o cualquier suposición sustancial sobre el derecho o la moralidad. Solo puede considerarse como un modelo para la racionalidad de la argumentación en la interpretación jurídica, tal y como se practica en los tribunales. Purificado de la teoría jurídica en la que ha nacido, el modelo de balance solo proporciona límites racionales para la decisión, al igual que lo hace la regla de proporcionalidad.

2. La supuesta relación de preferencia y el parásito moral

Partiendo de la premisa de que *los derechos fundamentales* son normas abstractas que deben promoverse en la mayor medida posible, se desarrolló el test de proporcionalidad para proporcionar un marco racional que sirviera de guía a la hora de resolver los supuestos conflictos entre derechos fundamentales que pueden surgir de una cierta ley, es decir, aquellas situaciones en las que una norma jurídica promueve un derecho fundamental, pero al mismo tiempo perjudica otro.

Dejando de lado los test de adecuación o de necesidad, nos vamos a centrar en el test de proporcionalidad estricta –lo que Alexy (2014) denomina “proporcionalidad en sentido estricto” (p. 54)– ya que este es el enfo-

que del modelo de balance. La visión de Duarte sobre la regla de proporcionalidad puede presentarse de la siguiente manera. Dado un conflicto de derechos fundamentales (libertad de prensa y derecho individual a la imagen) provocado por una norma jurídica que favorece a uno u otro (permitiendo o prohibiendo la publicación de contenidos que perjudican la imagen de alguien), la prueba de proporcionalidad solo aporta un límite a las consideraciones en una escala de ganancias o pérdidas en la promoción o degradación de cada derecho fundamental. Para ello establece que, sea cual sea la elección entre ellos, debe ser proporcional, es decir, no puede aumentar la promoción de un valor sin degradar el otro en mayor medida (de lo contrario, habría una solución con más ganancias y menos pérdidas).

Así pues, la regla de proporcionalidad, según Duarte, no presupone ninguna importancia relativa intrínseca de los derechos fundamentales ni ninguna dimensión real del impacto de los factores del caso (o mencionados por la norma positiva impugnada) en la degradación o la promoción de esos valores, ni en el grado de certeza sobre las premisas fácticas o normativas implicadas. La proporcionalidad puede cumplirse favoreciendo la libertad de expresión sobre el derecho a la imagen del individuo y también a la inversa, favoreciendo el derecho a la imagen sobre la libertad de prensa, siempre que la elección entre los derechos en conflicto sea proporcional en cada contexto de análisis.

A su vez, el modelo de balance, siempre según Duarte, presupone una asignación de pesos a los valores o derechos fundamentales degradados o promovidos por las normas jurídicas impugnadas, así como a la certeza de las premisas que vinculan los factores con sus repercusiones normativas. Dicha asignación daría lugar a una *relación de preferencia* entre los derechos fundamentales que podría revelarse en cada contexto de aplicación. Por lo tanto, en este relato, habría un compromiso por parte de las autoridades para descubrir dicha relación de preferencia, lo que resolvería el conflicto normativo.

Y es por eso por lo que Duarte insiste en que la regla de la proporcionalidad no es una regla para resolver conflictos normativos como la *lex superior*, sino que, por el contrario, el procedimiento de ponderación sería, en efecto, una especie de protocolo para resolver conflictos normativos.

En la tradición constitucional alemana, la proporcionalidad no es una norma positiva, sino en realidad un estándar jurídico que ha llegado a aceptarse a través de la práctica de los precedentes, por lo que la naturaleza exacta de sus requisitos es controvertida y objeto de reconstrucciones doctrinales.¹

El debate sobre la regla de proporcionalidad puede plantearse desde un punto de vista normativo o descriptivo. El primero sostiene que debe aplicarse el test de proporcionalidad, mientras que el segundo se limita a reconocer que se aplica y describe la práctica de su aplicación. Así pues, en la lectura descriptiva, la proporcionalidad es un esfuerzo doctrinal por articular lo que practican varios tribunales constitucionales o tribunales constitucionales específicos en los casos de revisión constitucional. La lectura normativa puede tener dos concepciones. La concepción trascendental afirma que *debe aplicarse*, ya sea por una exigencia de moralidad o por una exigencia de racionalidad (en la teoría de Alexy, ambas se unen en la pretensión racional del Derecho de corrección moral), ya que sería la mejor manera de resolver los conflictos constitucionales. La concepción basada en la tesis positivista de las fuentes sociales afirma también que *debe aplicarse*, pero por ser una regla válida contingente de determinados sistemas jurídicos (Duarte (2026) parece asumir este punto de vista).

Duarte conecta el modelo de balance de Alexy con la concepción trascendental de la normatividad y por eso creemos que lo considera incompatible con la naturaleza fáctica y de origen social de la regla de proporcionalidad. Sin embargo, podemos tener diferentes interpretaciones de cualquier modelo de balance, lo que los hace mucho más compatibles con la regla de proporcionalidad. Podemos explorar tres concepciones: la descriptiva, la normativa y la ontológica.

En la concepción descriptiva del modelo de balance, la primera impresión es que sería completamente artificial y no se correspondería con la práctica de justificación de las decisiones por parte de los tribunales, ya

¹ Alexy (2014) sostiene: “... el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se deriva lógicamente de la naturaleza de los principios como requisitos de optimización, y la naturaleza de los principios como requisitos de optimización se deriva lógicamente del principio de proporcionalidad.” (p. 57, traducido del original en inglés por los traductores).

que no vemos ningún cálculo matemático en el texto de las opiniones de los magistrados.

Sin embargo, se trata de una idea errónea. Un modelo de balance no presupone que exista un valor numérico preciso que indique la importancia relativa de un derecho fundamental, ni que se presuponga un impacto cuantificable de los factores en la promoción o degradación de dichos derechos. Su único objetivo es representar la racionalidad que subyace al razonamiento con dimensiones y magnitudes imprecisas presentes en el sentido común dentro de ámbitos cualitativos que no son cuantificables, y no excluye la justificación de dichas magnitudes mediante argumentos.²

Los marcos del balance pueden asumir diferentes escalas para representar diferentes ámbitos de razonamiento en los que se puede utilizar una gama más o menos refinada de magnitudes. Y el mismo modelo con atribuciones diferentes y arbitrarias de ponderaciones a los derechos o valores morales y un grado de impacto en su degradación puede utilizarse para describir la racionalidad de decisiones opuestas. Por ejemplo, en el famoso caso *Lebach*, dependiendo de la atribución de ponderaciones a la libertad de prensa y al derecho a la imagen, así como al impacto de factores como la gravedad del delito, la relevancia de mencionar al autor en el documental o el hecho de que la sentencia se cumpliera íntegramente es posible utilizar el mismo modelo en el sentido de que la libertad de prensa prevalece sobre el derecho a la imagen y viceversa. Esto no solo es un hecho bien conocido sobre el modelo de balance, sino que es el fundamento del argumento de arbitrariedad de sus oponentes.

Pero el potencial de estos modelos reside en su capacidad descriptiva, sobre todo si consideramos un conjunto de precedentes sobre el mismo tema. En el caso de un precedente concreto, la argumentación real de los

² Alexy (2014) advierte contra esta interpretación: “Contra la fórmula de ponderación se podría objetar que el razonamiento jurídico no puede reducirse a un cálculo. Pero esto se basaría en una concepción errónea del papel de la fórmula de ponderación. Los números que deben sustituir a sus variables representan proposiciones, por ejemplo, la proposición ‘La interferencia con la libertad de expresión es grave’. Esta proposición debe justificarse, y esto solo puede hacerse mediante argumentos. De este modo, la fórmula de ponderación está intrínsecamente relacionada con el discurso jurídico. Expresa una forma básica de argumentación del discurso jurídico” (p. 55, traducido del original en inglés por los traductores).

jueces puede captarse en cierta medida mediante la comprensión de la gravedad o la seriedad de los impactos de los valores otorgados por algunos factores o de cómo se refieren a la importancia relativa de los valores. A pesar de ello, y dependiendo de la granularidad de la escala de dimensiones numéricas adoptada, habrá una serie de asignaciones de ponderaciones e impactos que podrían describir el resultado de ese precedente (ya sea prefiriendo, en ese contexto, la libertad de prensa al derecho a la imagen o prefiriendo lo contrario).

Pero si consideramos un conjunto de precedentes, que en cierta medida coinciden en la presencia o ausencia de factores relevantes y en los derechos afectados por la norma o por una acción, dados esos factores, entonces el rango de asignaciones que explican el resultado de las decisiones en ese conjunto de precedentes será menor. Esto ocurre porque el marco de balance asume restricciones de coherencia en las asignaciones. Si en un precedente se considera que la libertad de prensa es más importante que el derecho a la imagen, entonces en el siguiente precedente se asumirá la misma importancia relativa, ya que sería arbitrario invertir simplemente esta polaridad. Por supuesto, dos precedentes pueden tener resultados opuestos, incluso siendo coherentes en las asignaciones. Pero el modelo limita el análisis al exigir diferencias en el impacto de los factores, o en la presencia o ausencia de factores, o en el grado de certeza de las premisas, o incluso ajustes en las asignaciones de importancia relativa a los valores dentro de la escala asumida, siempre que sea capaz de explicar los resultados.

Dos casos diferentes con soluciones opuestas que comparten exactamente los mismos factores relevantes y la misma norma o acción impugnada, y que, por lo tanto, implican los mismos derechos fundamentales o valores morales afectados, serían irracionales según el mismo modelo de ponderación. En la opinión de Duarte sobre la norma de proporcionalidad, tal restricción no existe, ya que dos casos coincidentes pueden tener soluciones opuestas siempre que se cumpla la prueba de proporcionalidad.

Por lo tanto, los modelos de balance son útiles para describir la racionalidad de las restricciones basadas en casos, que están presentes en el razonamiento sobre los precedentes, particularmente en la derivación de una regla a partir de un conjunto de precedentes, o la proporción de una decisión particular. Las decisiones posteriores están vinculadas al resultado

de los precedentes, lo que puede incluso constituir una fuente social de normas vinculantes. Los modelos de balance pueden ayudar a comprender esas elecciones y el contenido de las normas generadas por una serie de precedentes, al aportar valores y derechos fundamentales vinculados a los factores y resultados pertinentes de las decisiones.

Estos modelos pueden utilizarse para describir la racionalidad de tales decisiones, dado un conjunto de factores, valores y resultados de dichas decisiones, lo que ayuda a comprender su ratio y a generar la norma correspondiente. Incluso pueden utilizarse como modelo matemático subyacente a una metodología de aprendizaje automático para entrenar un sistema que encuentre asignaciones de pesos e impactos capaces de explicar el conjunto de entrenamiento y predecir los resultados futuros de las decisiones sobre el mismo tema con factores superpuestos.

Lo importante es que esos modelos no implican un compromiso con jerarquías de valores, ni ningún supuesto ontológico. Son solo una herramienta descriptiva.

En este sentido, los modelos de balance no son tan incompatibles con la regla de proporcionalidad, ya que no implican ningún supuesto ontológico sobre la importancia relativa de los valores, sino que solo proporcionan límites para la evaluación de una decisión como racional. Lo mismo ocurre con la prueba de proporcionalidad.

La diferencia es que el modelo de balance tiene más poder explicativo que la prueba de proporcionalidad (en la interpretación de Duarte) como herramienta descriptiva. La coherencia entre una serie de precedentes forma parte de la argumentación judicial y se plasma en las prácticas de diferenciación en las que aparece el lenguaje de las ponderaciones y los impactos sobre los derechos fundamentales. A menos que los jueces sean completamente insinceros sobre lo que están haciendo, es decir, a menos que su retórica solo disimule una elección arbitraria entre normas conflictivas, con un umbral de proporcionalidad muy bajo.

La interpretación normativa del modelo de balance supondría que, dada una asignación de ponderaciones y los impactos de los factores, de los que se deriva una relación de preferencia contextual entre los derechos fundamentales, los jueces deberían elegir el derecho preferido por el protocolo de balance. Es la interpretación normativa la que Duarte ataca como

un parásito moral, que difumina la discrecionalidad real de que disponen los jueces a la hora de decidir con autoridad sobre los conflictos entre derechos fundamentales instanciados por una norma positiva.

Llevando un paso más allá la lectura ontológica del modelo de balance, se implicaría la suposición de que el derecho fundamental preferido determina realmente cuál es el derecho en ese contexto. Es decir, si la norma impugnada ejemplifica el derecho preferido, entonces es una norma válida del sistema normativo, mientras que, si ejemplifica el derecho fundamental superado, es una norma inválida del sistema.

Al defender que hay margen para la discrecionalidad en la aplicación de la norma positiva de proporcionalidad y acusar a los modelos del balance de introducir relaciones de preferencia como parásitos morales, Duarte parece argumentar que la interpretación normativa del modelo de balance sería una restricción inaceptable al imponer una relación de preferencia que no está presente en el mandato dado por la norma de proporcionalidad en el derecho positivo. O incluso que el compromiso ontológico que se encuentra en algunas teorías del derecho que adoptan el modelo de ponderación, como la teoría de Alexy, es completamente erróneo.

Pero los modelos del balance en general no están comprometidos con ninguna dimensión normativa u ontológica.

3. La compatibilidad de la noción de peso abstracto con una concepción positivista del derecho

Duarte afirma que la noción de pesos abstractos sería incompatible con una concepción positivista del derecho, pero creemos que esta afirmación tergiversa la idea de peso abstracto, al menos en su interpretación más plausible, la interpretación que creemos que la fórmula de Alexy pretende incorporar.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico (exclusivo),³ las razones autoritativas excluyen las razones morales de primer orden aplicables a un

³ Durante las últimas décadas se ha establecido una distinción entre dos tipos de positivistas. Los positivistas jurídicos incluyentes, como H. L. A. Hart (1994 [1961], véase especialmente el epílogo), creen que la idea de un sistema jurídico es compatible con la

caso y convierten el razonamiento jurídico en un argumento factual, no moral. El contenido de alguna norma puede ser un asunto controvertido, pero se trata de una controversia que se resuelve mediante un argumento fáctico sobre la voluntad de la autoridad –en otras palabras, sobre lo que la autoridad pretendía al emitir la directiva o directivas–, y no mediante un argumento moral sobre el balance de las razones aplicables al caso, en el que el agente atribuye un valor determinado a cada razón según sus convicciones morales.

Si el peso abstracto incorporado en la fórmula no sirviera más que como un espacio abierto para que el juez asignara cualquier valor a los principios en cuestión de acuerdo con sus convicciones morales, entonces, obviamente, la noción serviría como un “parásito moral”. Pero la noción de peso abstracto puede interpretarse como una jerarquía *positiva* y autoritativamente instituida de derechos fundamentales. No es difícil encontrar formulaciones de normas constitucionales que indiquen tal jerarquía. Tomemos, por ejemplo, la Constitución brasileña, que establece en su artículo 1 que la dignidad humana es el *fundamento* de la República, mientras que otros derechos fundamentales se enumeran en el artículo 5. O consideremos la posición destacada de la libertad de expresión en la Constitución de los Estados Unidos. De hecho, este tipo de jerarquía positiva no necesita estar expresamente escrita en una Constitución para existir, y hay ejemplos de derechos que se consideran de mayor importancia en la práctica constitucional de varios sistemas jurídicos.

Dada la comprensión del positivismo jurídico mencionada anteriormente, nos parece que la concepción positivista es perfectamente compatible con este tipo de jerarquía, ya que el agente hipotético, para obedecerla, solo tiene que leer la Constitución para conocer la importancia que la autoridad asigna a cada derecho fundamental. La aplicación de la jerarquía

incorporación de razones morales al derecho. Siendo así, desde su perspectiva, es una cuestión contingente si un sistema jurídico incorpora o excluye razones morales. Por otro lado, los positivistas jurídicos excluyentes, como Joseph Raz (1985), creen que existe una clara distinción entre el razonamiento moral y el jurídico. Esto significa que las razones jurídicas excluyen *necesariamente* las razones morales. Por lo tanto, una posición compatible con el positivismo jurídico excluyente es tan positivista como se puede ser, y por eso solo discutiremos esta concepción.

sigue siendo una cuestión fáctica que refleja la elección de la autoridad, y no la propia valoración del juez sobre el peso de los principios a la luz de sus convicciones morales.

Se podría argumentar que este tipo de jerarquía positiva es poco frecuente –o incluso inexistente– y meramente artificial, por lo que, en la gran mayoría de los casos, la incorporación de esta variable sería inútil, ya que no serviría más que para promover la confusión y, en última instancia, permitir la intrusión del “parásito moral”. En primer lugar, este tipo de objeción pasa por alto el hecho de que, *desde el punto de vista conceptual*, la noción de peso abstracto no es incompatible con el positivismo, aunque pueda ser objeto de abuso en algunos casos. En segundo lugar, el mismo tipo de abuso es posible en la evaluación del grado de ganancias/pérdidas, algo que no parece preocupar a Duarte. En tercer lugar, como se ha señalado anteriormente, a pesar de estar sujetos a este tipo de abuso si consideramos los casos *de forma aislada*, estos juicios de importancia abstracta, *cuando se consideran en el contexto de varias decisiones constitucionales*, proporcionan criterios concretos para evaluar la coherencia del sistema, lo que crea una carga argumentativa para el responsable de la toma de decisiones. Si un tribunal decide en un caso que la libertad de expresión es abstractamente más importante que la libertad de reunión, independientemente de si esta sentencia es objetivamente cierta y refleja la realidad del sistema jurídico, o si simplemente expresa una preferencia moral de los jueces, este hecho proporciona un estándar para futuras decisiones, creando como mínimo una carga de justificación para la conclusión de que la libertad de reunión tiene prioridad.

Sea como fuere, independientemente de que la fórmula sea compatible con el positivismo u otra posible concepción del derecho, nos parece que una fórmula que incorpore la posibilidad de una jerarquía positiva de derechos fundamentales es más completa que una fórmula que no prevea tal posibilidad. Cabe recordar que, en un sistema en el que no existe una jerarquía de principios –un sistema que guarda silencio al respecto o que reconoce expresamente la igualdad de valor abstracto de los derechos fundamentales–, se debe asignar el mismo valor en esta variable a cada principio, en cuyo caso esta variable se vuelve insignificante e inocua.

4. La interacción y compensación entre el grado de certeza y el grado de ganancias/pérdidas

Duarte afirma que el carácter eliminatorio de cada ley de proporcionalidad no se refleja en la fórmula de Alexy. No queremos discutir si ambas leyes mencionadas por Duarte tienen realmente el carácter eliminatorio que él afirma en algún sistema jurídico específico. Supongamos que sí. Aunque el argumento pueda parecer plausible en un primer momento, creemos que la fórmula de Alexy probablemente refleja mejor el propósito fundamental de ambas leyes.

Si uno no está seguro de su juicio sobre la intensidad de las pérdidas y ganancias en un caso determinado, ¿puede realmente afirmar (o negar) que se ha violado la ley sustantiva de la proporcionalidad en este caso específico? ¿no sería un juicio de ganancias/pérdidas plagado de incertidumbre potencialmente erróneo y, por la misma razón, potencialmente contrario a esta misma ley?

Se podría argumentar que, en tales casos, uno podría simplemente elegir un grado más leve de ganancias/pérdidas para tener en cuenta su incertidumbre, pero esta solución parece ser peor que la propuesta por Alexy. La razón es que, en el mejor de los casos, *oscurece* la contribución del elemento de incertidumbre al juicio final, lo que dificulta aislar este elemento en casos futuros en los que se modifique el nivel de certeza y, en el peor de los casos, parece *duplicar* el aporte del elemento de incertidumbre, que se tendría en cuenta en la evaluación del grado de ganancias/pérdidas –lo que haría que esta evaluación fuera más indulgente– y en el juicio posterior sobre la propia incertidumbre.

Al final, la interacción y la compensación entre el grado de certeza y el grado de ganancias/pérdidas que se presenta en la fórmula de Alexy parece proporcionar una herramienta para acomodar un margen de error en relación con el juicio sobre las ganancias/pérdidas, una especie de presunción a favor del legislador, y esta solución no parece ser muy diferente del “margen de moderación” propuesto por Duarte.

Es importante darse cuenta de que, en la fórmula de Alexy, después de tener en cuenta el grado de certeza, si la intensidad de las pérdidas es demasiado alta en relación con las ganancias obtenidas, esta –la relación

entre ganancias/pérdidas y, por lo tanto, el derecho sustantivo– seguirá siendo razón suficiente para concluir que se ha violado la proporcionalidad.

Por lo tanto, la fórmula de Alexy no parece tergiversar el carácter eliminatorio de cada ley de proporcionalidad como razón suficiente para declarar inconstitucional alguna legislación, y la interacción y compensación entre el grado de certeza y el grado de ganancias/pérdidas parece razonable.

Bibliografía

- Alexy, R. (2014). Constitutional Rights and Proportionality. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 22, 51-65.
- Duarte, D. (2026). Una vez más: la fórmula positivista del peso. *Discusiones*, 36(1), 23-56.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press. (Obra original publicada en 1961).
- Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality. *The Monist*, 68(3), 295-324.