

A Propósito de una fórmula pura: respuestas a las críticas*

As To a Pure Formula: Responses to Criticisms

David Duarte**

Recepción y evaluación de propuesta: 06/10/2025

Aceptación: 12/02/2026

Recepción y aceptación final: 17/03/2026

Resumen: Este artículo contiene las respuestas a las críticas hechas en este volumen a la “Fórmula Positivista del Peso”. Genéricamente, se reafirman los pilares principales del artículo original, subrayando que las críticas dirigidas al contenido de la proporcionalidad (en lugar de las críticas dirigidas a las proposiciones presentadas sobre ese contenido) están de algún modo fuera del campo de discusión. Además de un nuevo análisis crítico del “Especificacionismo”, el artículo también contiene, a propósito de la crítica sobre la inconmensurabilidad, matrices de ponderación, intentando demostrar que medir ganancias y pérdidas con relación a la satisfacción de normas puede hacerse bajo una base racional comparativa.

Palabras clave: fórmula de peso positivista, matrices de ponderación, especificacionismo, ponderación.

Abstract: This paper contains the responses to the criticisms made in this volume to “The Positivist Weight Formula”. Broadly speaking, the main pil-

* Es imprescindible agradecer a Juliano Maranhão, Josep Joan Moreso, Jorge Silva Sampaio, Marco Segatti, João Sgarbi, Chiara Valentini y Víctor García Yzaguirre por su tiempo y paciencia en la redacción de sus excelentes comentarios. También hay que agradecer a Pedro Moniz Lopes por la edición y la introducción y a Pablo Navarro por la iniciativa (y todo lo demás).

** University of Lisbon, Lisbon Legal Theory, Lisboa, Portugal.
Correo electrónico: davidduarte@fd.ul.pt.

lars of the original paper are reaffirmed, and it is additionally stressed that criticisms directed to the content of proportionality (instead of criticisms directed to the propositions presented about that content) are somehow beyond the point. Besides a new critical analysis of “Specificationism”, the paper also contains, in what concerns the incommensurability issue, matrices of balancing, trying to show that measuring gains and losses in the satisfaction of norms can be done under a comparative rational basis.

Keywords: Positivist Weight Formula, Matrices of balancing, Specificationism, Balancing.

1. El escenario normativo de la discusión

Las proposiciones planteadas en el artículo aquí publicado parten de un escenario normativo muy preciso, aunque contingente: (i) que un determinado sistema normativo contiene una norma como la que suele denominarse “principio de la proporcionalidad”; (ii) que el contenido de esta norma es, dentro del llamado “modelo alemán”, la imposición de que los medios deónticos utilizados por una autoridad normativa (las normas producidas) sean, con vista a los fines perseguidos, adecuados, necesarios y proporcionales en sentido estricto; (iii) que esta tercera imposición se compone de dos elementos, la “ley sustantiva” y la “ley epistémica” de la ponderación; y que (iv) éstas imponen que las pérdidas no sean mayores que las ganancias en la norma promovida (la primera) o no sean mayores que la certeza sobre los datos empíricos subyacentes (la segunda).¹

¹ Todavía más, y también como parte del “modelo alemán”, todos los requisitos de proporcionalidad (incluido las “leyes de la ponderación”) son acumulativos y, por lo tanto, eliminatorios: el incumplimiento de uno de ellos implica inmediatamente desproporcionalidad. Si no fuera así, no se hablaría de tests (en plural). También es importante señalar que la proporcionalidad es, en todos los sistemas normativos en que está vigente, una norma de ese sistema. Incluso en los casos en que no está escrita en una constitución, como ocurre en Alemania o Brasil, debe entenderse que está en vigor como norma consuetudinaria, normalmente con raíces jurisprudenciales, siendo así tan positiva como cualquier norma explícitamente enunciada. De ese modo, no se sostiene la afirmación de Maranhão y Sgarbi de que se trata de un “legal standard” y, aún más, con contenido discutible. Ni una, ni la otra. Véase Maranhão y Sgarbi (2026, sección 2).

La importancia de enfatizar el escenario normativo de referencia, que corresponde a una multiplicidad significativa de sistemas jurídicos contemporáneos, radica en evitar la confusión entre el derecho como objeto de conocimiento y el conocimiento que se produce sobre él. La discusión sobre este conocimiento sólo es operativa (o tiene más valor dialógico) si todas las hipótesis explicativas que se confrontan tienen como objeto el mismo derecho. Cuando ese objeto ya no es el mismo, la discusión deja de tener sentido, al menos como ejercicio de ciencia jurídica (puede ser válida, naturalmente, en otros enfoques). Este punto es decisivo para analizar la fórmula positivista del peso y, en consecuencia, para analizar las críticas que se han hecho: es necesario ajustar cual es el derecho que se utiliza como base de las proposiciones normativas.

Se trata de dos categorías distintas de falsación: (i) la que tiene por objeto el derecho, en la que se niega la existencia de un cierto contenido (aquí con referencia a la negación de la proporcionalidad con el contenido antes descrito); y (ii) la que se dirige específicamente al conocimiento producido, que niega la verdad de las proposiciones formuladas, ya que, por alguna razón, presentan deficiencias explicativas y no aportan ningún valor cognitivo añadido.² La primera categoría de falsación es irrelevante aquí. Como se ha supuesto que la proporcionalidad tiene un determinado contenido (como descrito antes), el único nivel en el que puede operar la falsación es el de las proposiciones. La mera negación del contenido, aunque posiblemente válida, conduce a una discusión totalmente distinta, que en nada afecta a la fórmula positivista.³

² El término “falsación” se refiere a la posibilidad de demostrar la falsedad de una proposición (falsabilidad), que, rigurosamente, es lo que sustenta el diálogo científico: el constante ir y venir entre diferentes hipótesis explicativas para averiguar cuál responde mejor a la *why-question* que suscita el debate.

³ Hay dos opciones: por una parte, (i) esa proporcionalidad no se aplica en los términos en que se dice que se aplica, y entonces el derecho está mal descrito, en cuyo caso la fórmula positivista se refiere a un derecho que no existe (o que existe en otro sistema que no se está considerando); o bien, por otra parte, (ii) esa proporcionalidad sí tiene el contenido indicado y entonces es a partir de ahí (y sobre esa base como supuesto adquirido) que se inicia la discusión. Este punto implica que las críticas que se han formulado dentro del primer nivel de falsación se vuelven inoperantes. Por ejemplo, la crítica de Sampaio al contenido “natural” de las “leyes de la ponderación” (véase Sampaio (2026, sección 3.1));

Considerando lo anterior, el punto de partida está definido y esa definición es esencial para delimitar el ámbito de la discusión: la fórmula positivista y todas las demás proposiciones que se han planteado se basan en una determinada configuración de la proporcionalidad; que es la que efectivamente configura (en el derecho vigente) el “modelo alemán”.

Las críticas efectuadas a la fórmula positivista son variadas y abarcan varios ámbitos, con temas transversales a todos los comentarios y otros que sólo aparecen por separado. Así, la estrategia correcta de respuesta parece consistir en enumerar los “temas del desacuerdo” y discutirlos uno a uno, agrupando de ese modo todas las críticas.

2. El carácter positivista de la fórmula y la pertinencia de la moral

Es asumido que la fórmula positivista aparece como reacción a la fórmula de Alexy y que, en ese sentido, tiene dos propósitos específicos: (i) traducir fielmente la proporcionalidad en sentido estricto, reflejando rigurosamente la matemática intrínseca a las dos constantes de proporcionalidad directa que allí se encuentran; y (ii) al hacerlo, corregir las deficiencias de que padece la fórmula de Alexy. El primer propósito se basa en el imperativo metodológico de que la ecuación sólo traduzca al lenguaje matemático lo que está contenido en las “leyes de la ponderación”: lo que está en juego son sólo las “leyes” que, en relación con una decisión de ponderación, actúan como su justificación interna. El segundo propósito es meramente consecuencial: la ecuación no puede contener las discrepancias con esas “leyes” que se encuentran en la fórmula de Alexy.

El aspecto central de la ecuación presentada es que ella sea, en lenguaje matemático, la justificación interna de una decisión de ponderación: en otras palabras, la ecuación no es más que la traducción del contenido de la proporcionalidad en sentido estricto de un lenguaje al otro. Como

la de García Yzaguirre contestando el carácter eliminatorio de estas “leyes” (véase García Yzaguirre (2026, sección 3.2)); o la de Valentini según la cual la tercera consecuencia de la proporcionalidad no debe aislarse de las demás (véase Valentini (2026, sección 2.1)).

ocurre con cualquier traducción, su corrección reside en la identidad de los significados: la traducción está bien hecha cuando se dice lo mismo en ambos los lenguajes. Y es aquí donde radica el gran problema de la fórmula alexyana, que también fue construida con la idea de traducir la proporcionalidad en sentido estricto, pero que, como fue demostrado, la adultera; esencialmente: (i) al insertar una variable inexistente en las “leyes de la ponderación” (W); y (ii) al contener una regla interpretativa del cociente que es incluso contraria al contenido de esas “leyes”.

La explicación del carácter positivista de la fórmula reside, pues, en su “pureza”, que se manifiesta en dos niveles.⁴ Primero, y desde el punto de vista metodológico, porque la fórmula es rigurosa cuanto a su función de justificación interna de una decisión de ponderación: sólo contiene las variables que corresponden a las constantes de proporcionalidad directa ya contenidas en las “leyes de la ponderación”. Segundo, porque de allí resulta una clara separación entre derecho y moral, concretamente en el derecho tal como existe y, por lo tanto, en el plano de la justificación interna de una decisión de ponderación. La proporcionalidad, en sí misma, sólo es moral en la medida en que impone una forma de equilibrio; pero no lo es, de ningún modo, en la medida en que supuestamente determina juicios de preferencia moral entre normas que formalmente valen lo mismo.

Y éste es el punto decisivo, en particular con relación a las críticas de Moreso, Maranhão y Sgarbi y Valentini, según las cuales las situaciones de conflictos de normas (y de derechos) son terreno fértil para consideraciones morales.⁵ Claro que sí; no hay duda. Sin embargo, hay una diferencia decisiva que debe tenerse en cuenta. Una cosa es que haya razones morales para preferir una norma a otra en un caso determinado, que siempre existen, y que son relevantes para la justificación externa. Otra muy distinta es que la propia proporcionalidad, en el plan de la justificación interna, contenga ya una imposición de preferencia moral entre normas con el mismo valor formal. Lo primero es correcto y corresponde a la ponderación (y la

⁴ La alusión kelseniana no es fortuita: la teoría pura es “pura” porque retrata una ciencia jurídica meramente descriptiva y libre de valoraciones con relación a un derecho que es independiente de la moral. Véase Kelsen (1966, p. 3).

⁵ Respectivamente, véase Moreso (2026, sección 2); Maranhão y Sgarbi (2026, sección 2) y Valentini (2026, sección 3).

fórmula positivista lo acomoda); lo segundo es un error a la luz del contenido de la proporcionalidad en el “modelo alemán”.

(i) en el conflicto entre N_1 y N_2 es distinto decir: (i) que la primera norma debe prevalecer sobre la segunda porque es moralmente más valiosa (*tout court*); y (ii) que la primera debe prevalecer sobre la segunda porque, a la luz de las propiedades del caso, hay razones morales que lo justifican.

(ii) las consideraciones morales son pertinentes en la justificación externa (deben utilizarse para rellenar las variables de la fórmula positivista, por ejemplo); pero son inexistentes en la justificación interna: en ninguna parte la proporcionalidad impone que una norma prevalezca por su valor moral.

Por lo tanto, las críticas formuladas en este punto (esencialmente por Moreso y Valentini) carecen de fundamento. Plantean la idea de que el carácter positivista de la fórmula equivale a un rechazo del argumento moral, lo cual es erróneo: de hecho, y como ya se ha afirmado en el pasado, no es comprensible que un proceso de valoración normativa (como es la ponderación) pueda prescindir de argumentos de carácter moral.⁶ Son indispensables. Pero son indispensables en el contexto de las razones que se aducen para justificar la prevalencia de una u otra norma y que conducen a asignar una determinada magnitud de “peso” a cada uno de esos conjuntos de razones. Fuera de este contexto, la moralidad ya no tiene ningún lugar: no cabe saber si una norma “vale moralmente más” que otra y si esto, por sí solo, justificará la preferencia de una de ellas.⁷

La cuestión, sin embargo, remite a otro punto, específicamente planteado por Maranhão y Sgarbi: que la referencia moral en la justificación interna es ventajosa porque puede revelar la jerarquía entre normas.⁸ El desacuerdo con esta afirmación es, sin embargo, doble. Primero, porque no

⁶ Véase Duarte (2021, p. 38).

⁷ Por eso se acepta la afirmación de Valentini de que la introducción de componentes morales en la ponderación tiene la ventaja de darle mayor riqueza (véase Valentini (2026, sección 3)), aunque no se puede aceptar el *target* al que se dirige la afirmación: a la luz del derecho vigente, esa riqueza no tiene lugar en la justificación interna.

⁸ Véase Maranhão y Sgarbi (2026, sección 2).

existe jerarquía entre normas constitucionales (al menos, normalmente). El hecho de que una norma pueda sostener a otra (dignidad humana e integridad física, por ejemplo) no se traduce en una forma de jerarquía, sino sólo en una relación material de concreción, normativamente inconsecuente.⁹ Segundo, porque volvemos al principio y al contenido de la proporcionalidad en sentido estricto: es irrelevante apelar a un imperativo moral en la justificación interna de una decisión de ponderación si ese imperativo no existe en el sistema normativo de referencia.¹⁰

El carácter positivista de la fórmula no tiene nada que ver, así, con la supresión de consideraciones morales en la ponderación, como afirma, con mayor énfasis, Moreso.¹¹ La cuestión es bien distinta; tiene que ver: (i) con la pureza metodológica de traducir dos “leyes” al lenguaje matemático (lo que puede hacerse porque esas “leyes” ya expresan una ecuación); y (ii) con la pureza teórica de impedir que contengan una imposición moral que no existe. Es por esta última razón que se entiende que la supresión de los imperativos morales en el derecho, cuando éste no los contiene (como es el caso de la variable W), es una expresión efectiva del positivismo teórico: lo que así se hace es, en contra de lo que dice Sampaio, poner en acción la tesis de la separación.¹² En rigor, se está diciendo que este derecho está libre de tener una determinada restricción moral.

⁹ García Yzaguirre también alude a preferencias materiales entre normas constitucionales, pero reconociendo que no existe jerarquía entre ellas (véase García Yzaguirre (2026, sección 3.1)). Sin embargo, los argumentos para refutar la idea son los mismos: en condiciones habituales, nada permite afirmar que: (i) la libertad de prensa tenga alguna preferencia *by default* sobre el derecho al honor; o (ii) que esa supuesta preferencia tenga alguna consecuencia en el conflicto en cuestión.

¹⁰ Dice García Yzaguirre que “la ley sustantiva de la ponderación” puede tener varias lecturas y que, por lo tanto, no está garantizado que elimine el peso abstracto (véase García Yzaguirre (2026, sección 2)). No se puede aceptar esta idea. De hecho, y a pesar de las diferencias de detalle en la redacción que a veces se encuentran, no hay una sola mención a esta “ley” en la que se vea algo parecido con el peso abstracto (desde la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* hasta la literatura que la expone). Por otro lado, Sampaio también menciona que, en la comprensión dada de las “leyes de la ponderación”, existe una reformulación de estas (véase Sampaio (2026, sección 3.1)). Esto no parece ser cierto: la textualización de las leyes sólo depura el contenido habitual (sobre el que existe un amplio consenso), sin cambiar su significado. Sobre esto, véase Duarte (2021, p. 27).

¹¹ Véase Moreso (2026, sección 2).

¹² Sobre esto, véase Sampaio (2026, sección 3).

3. Conflictos intra-normativos

La parte más sustantiva de la crítica de Segatti se refiere a la supuesta inaplicabilidad de la fórmula positivista a los conflictos intranormativos; es decir, a los conflictos que se producen entre dos posiciones jurídicas de agentes distintos bajo una misma norma.¹³ Es el caso, por ejemplo, de la situación concebida por el propio Segatti, en la que una norma limita la libertad de expresión (de un agente) para garantizar la misma libertad por parte de otro agente, como también es el caso, en otro ejemplo, de dos mellizos siameses en que, por deficiencias congénitas, sólo uno puede sobrevivir y el derecho a la vida de uno implica la violación del derecho a la vida del otro.¹⁴ En ambos casos se puede ver que no hay conflicto entre dos normas distintas, sino, diferentemente, entre dos posiciones jurídicas conferidas por la misma norma a agentes distintos.

El punto de la crítica de Segatti, si bien entendida, radica en la afirmación de que la fórmula positivista declararía legítima, por el mero hecho de no existir norma contraria, cualquier limitación a un derecho que se justifique por ese mismo derecho.¹⁵ Esto significaría que la ausencia de una norma contraria, haciendo inaplicable la fórmula, haría posible cualquier limitación, siendo que una norma podría, y volviendo a los casos, quitar toda la libertad de expresión a un agente si tuviera por objeto proteger la misma libertad de otro, del mismo modo que podría determinar la muerte de un mellizo, sea cual sea la razón, para hacer posible la vida del otro. El problema de Segatti, sin embargo, no parece residir en la prevalencia de una posición de *no matter what*, sino en la inaplicabilidad de un mecanismo de ponderación cuando el conflicto es intra-normativo.

La normalización del discurso sobre los conflictos en el plano de las normas no es más que el resultado de una prevalencia estadística, quizá nunca demostrada, pero muy intuitiva. Esa normalización no perjudica, sin embargo, que todo lo que se diga sobre cómo resolver los conflictos de normas a los que no se aplican normas de conflicto sea aplicable a los

¹³ Véase Segatti (2026, sección 2).

¹⁴ Véase el caso en Daniel Mendonca (2017, p. 144).

¹⁵ Véase Segatti (2026, sección 2).

conflictos de posiciones jurídicas bajo la misma norma. De inmediato, en relación con las condiciones normativas de la ponderación: como aquí no hay normas de conflicto aplicables y el sistema no tiene forma de resolver el conflicto, sólo la ponderación puede producir una decisión de prevalencia de uno de los derechos (y para que se cumpla la prohibición de *non liquet*). Por lo tanto, y para los conflictos intra-normativos, no parece haber otra vía de solución que no sea la ponderación.

Que el conflicto sólo pueda resolverse mediante ponderación significa que todo lo que se aplica a los conflictos inter-normativos también se aplica aquí. Del mismo modo, hay que asignar razones para la prevalencia de una posición y para la prevalencia de otra, hay que medir el “peso” comparativo de estas razones y, después, someter la decisión tomada al escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto: saber si, en esa decisión, las pérdidas en la posición jurídica preterida son mayores que las ganancias en la otra y, por otro lado, si esas pérdidas son mayores que el grado de certeza sobre las premisas empíricas subyacentes. Cualquier respuesta afirmativa en esta doble indagación (evaluación con relación a la “ley sustantiva” y a la “ley epistémica”) implica que la decisión adoptada es desproporcional y, por lo tanto, jurídicamente ilegítima.

(iii) la N_1 confiere el derecho a estar vivo; X e Y están en una situación en la que la vida de uno sólo se protege sacrificando la vida del otro: así, es necesario evaluar si las razones para mantener vivo a X son “más fuertes” que las razones para hacerlo con Y (si tiene más posibilidades de sobrevivir, por ejemplo).

(iv) la decisión de matar a Y es ilegítima si la posición jurídica de X tiene razones más fuertes (matar a Y tiene más pérdidas que ganancias en el la “ley sustantiva”) o si esa decisión se basa en premisas empíricas falsas (más pérdidas que certezas en la “ley epistémica”); la siguiente notación lo ilustra:

$$PS = \frac{32}{64} = 0,500 \Rightarrow PE = \frac{4}{64} = 0,062$$

El carácter intra-normativo de un conflicto no impide, como se ha visto ahora, la ponderación y la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto, haciendo de la aplicación de la fórmula positivista una mera con-

secuencia de la verificación de una operación intelectual dirigida a establecer una preferencia normativa (que desencadena la tercera consecuencia de la proporcionalidad). La razón de ello es más o menos obvia: todo considerado, la norma y la posición jurídica son la misma cosa, aunque vista desde perspectivas diferentes. En el primer caso, la regulación objetiva de una acción-tipo; en el segundo, la regulación subjetiva de ese tipo de acción cuanto a un agente que está previsto en la norma. Un conflicto intra-normativo funciona, pues, del mismo modo que un conflicto entre normas, con la (curiosa) particularidad de que siempre implica una ponderación.¹⁶

4. La fórmula y el problema epistémico

Una de las consecuencias de afinar lo que realmente contienen las “leyes de la ponderación” (quizá la más relevante) es entender que la proporcionalidad en sentido estricto no es una norma de conflicto, que no apunta a una prevalencia normativa, sino que es tan sólo un límite a la discrecionalidad de la autoridad normativa que resuelve el conflicto: con relación a la proporcionalidad, la norma producida por una autoridad normativa puede tener cualquier contenido siempre que, acumulativamente, no viole la “ley sustantiva” y la “ley epistémica”. Este aspecto marca una importante diferencia con la visión alexyana tradicional, en la que, debido a la regla interpretativa de su fórmula, la proporcionalidad en sentido estricto aparecería (y en clara contradicción con el contenido de esas mismas “leyes”) como indicando una preferencia entre normas.

La configuración de las “leyes de la ponderación” como meros límites a la discrecionalidad de la autoridad normativa que resuelve el conflicto es un efectivo *game changer* en esta materia: hace legítima cualquier decisión de prevalencia cuyo contenido se encuentre dentro de la zona de elección en la cual no interviene la proporcionalidad en sentido estricto. El esquema que resulta es particularmente simple: o bien (i) la norma que

¹⁶ Dado que las reglas de conflicto nunca se aplican en estos conflictos y que se trata de un conflicto que no puede resolverse a través de las reglas contenidas en el sistema. Las reglas de conflicto siempre presuponen dos reglas.

decide el conflicto viola una de las “leyes de ponderación” y es, por lo tanto, jurídicamente ilegítima; o bien (ii) esta norma no afecta a esos límites y, en estos términos, es un ejercicio legítimo de la discrecionalidad presente (legislativa, administrativa o judicial). Al ofrecer un espacio de autonomía decisoria, las “leyes de la ponderación” crean una zona de “legitimidad jurídica *by default*”: todo es legítimo dentro de sus límites.

Y esto también tiene impacto en la actividad de un órgano de control, cuya valoración de la legitimidad jurídica de la norma producida por la autoridad normativa se limita a juzgar si se han violado esos límites. Así, este órgano sólo tiene dos alternativas: o bien (i) existe una violación manifiesta de las “leyes de la ponderación”, que puede ser apreciada dentro de los límites del *self-restraint* que le impone la separación de poderes, y de ende se sigue la ilegitimidad jurídica de la norma; o bien (ii) esta violación no es manifiesta y el órgano de control debe abstenerse de intervenir, reconociendo que la norma analizada se produjo dentro de un espacio legítimo de discrecionalidad (*judicial deference*). En esta segunda alternativa, el órgano de control respeta la competencia del órgano decisor y evita la situación de producir él mismo una decisión que no le compete.

Comprender las “leyes de la ponderación” como límites (y no como preferencias) tiene, entonces, la ventaja de eliminar los llamados principios formales de la ponderación y de su control. En rigor, se trata de normas que nada tienen que ver con la ponderación y que nunca deberían confundirse con ella: el principio democrático, por ejemplo, en nada interfiere con una norma parlamentaria que hace prevalecer una norma sobre otra. Y lo mismo puede decirse, en otro ejemplo, del principio de separación de poderes: tampoco entra en la ponderación porque tampoco tiene nada que ver con el conflicto. El conflicto entre dos normas que no pueden aplicarse simultáneamente es una cuestión material que sólo puede resolverse como tal. La introducción de principios formales en la ponderación no sólo provoca dificultades innecesarias, sino que, además, es errónea.¹⁷

¹⁷ Evidentemente, la norma de separación de poderes es importante cuando se trata del control judicial de la legitimidad de una decisión de ponderación. Pero es completamente ajena a esta ponderación. Se limita a decir al órgano de control que no debe ejercer competencias que no son suyas, siendo que, por esa razón, debe abstenerse de juzgar la ponderación realizada cuando su ilegitimidad no es manifiesta.

La repercusión de todo esto en la cuestión epistémica es significativa. Es evidente que las premisas empíricas que subyacen a una ponderación no son siempre ciertas. Cualquier decisión de riesgo es una decisión en la que no está claro cuáles son los grados de ganancias y de pérdidas en las normas que se promueven y se sacrifican. Pero la incertidumbre que pueda existir sobre estas premisas empíricas subyacentes es, desde la perspectiva de la ponderación y de su control a través de la proporcionalidad en sentido estricto, un falso problema. Si no hay certeza sobre la existencia de mayores pérdidas que ganancias, ni en la “ley sustantiva” ni en la “ley epistémica”, lo que ocurre es que la norma con la decisión de riesgo es producida, para todos los efectos aquí relevantes, dentro del margen de discrecionalidad que tiene la autoridad normativa competente.¹⁸

Por eso, la incertidumbre sólo trae algunas complicaciones por dificultar el relleno de las variables contenidas en las “leyes de la ponderación”: cuando no está muy claro cuál es la magnitud de las ganancias y de las pérdidas en las normas promovidas y sacrificadas, implicando siempre que, en la “ley epistémica”, la notación será siempre baja dentro de la escala utilizada.¹⁹ Pero esta insuficiencia no pone en peligro la legitimidad jurídica de la norma adoptada. Tanto la autoridad normativa que la adopta como el órgano de control que eventualmente evalúa su proporcionalidad saben que, sin poder aplicar las “leyes de ponderación”, la norma es válida porque no hay forma de anularla con base en un juicio de desproporcionalidad. Fuera del conflicto y sin tener nada que ver con él, el principio de separación de poderes sólo protege la discrecionalidad existente.

Por esa razón no se puede aceptar la posición de García Yzaguirre cuando dice que el problema de la justificación interna de la ponderación deriva del problema de cómo ponderar principios formales frente a principios sustantivos. La verdad es que, en el modelo de proporcionalidad como límite (que es el modelo de las “leyes de la ponderación”), la cuestión

¹⁸ Por eso no es necesario incluir principios formales en la ponderación. Acerca del supuesto papel de la variable R para hacer viable la ponderación de esos principios, véase García Yzaguirre (2026, sección 3.1).

¹⁹ Aunque siempre queda, con respecto a estas dificultades en la cumplimentación de las variables, el mecanismo funcional de la *classification balancing* desarrollado por Klatt. Véase Klatt y Schmidt (2012, p. 81).

ni siquiera se plantea.²⁰ Dadas las razones expuestas, no parece correcta la idea de que la composición de la proporcionalidad implica que las normas sustantivas deben ponderarse con las normas formales. Y tampoco parece correcta la idea (que no es de García Yzaguirre, aunque la utiliza) de que la incertidumbre epistémica es un medio para incorporar principios formales. Si lo único que está en juego es la certeza sobre las premisas empíricas, en juego solo está la evaluación del conocimiento existente.²¹

5. El “especificacionismo”

La preocupación de Moreso con la fórmula positivista, e incluso con la ponderación en general, pasa esencialmente por mostrar que hay una alternativa mejor: aquella que designa con la expresión “especificacionismo”.²² Afirmar Moreso que, ante un conflicto normativo, hay dos formas de resolverlo: o bien (i) reducir la fuerza de las normas; o bien (ii) reducir su alcance. En la primera, lo que se hace es dar prevalencia a una norma sobre otra, dado que ambas cubren el caso, mostrando que una de ellas tiene más “peso” (o más “fuerza”). En la segunda, no se atiende a la fuerza de las normas, sino que se modifica su alcance para que, teniendo ya ámbitos

²⁰ Véase García Yzaguirre (2026, sección 3.1).

²¹ No tiene nada que ver con quién decide qué; es decir, no tiene nada que ver con competencias y márgenes de deferencia. Por otro lado, es importante decir que se aceptan todas las consideraciones de García Yzaguirre sobre la valoración de la variable del conocimiento (R en una fórmula, C en la otra) con base en el razonamiento probatorio. Véase García Yzaguirre (2026, sección 3.1). Relacionada con el problema epistémico está la afirmación de Maranhão y Sgarbi de que la fórmula alexyana no distorsiona el carácter eliminatorio de cada “ley de la ponderación” (véase Maranhão y Sgarbi (2026, sección 2)). La cuestión está clara y ni siquiera es nueva: ya la planteó hace tiempo Lindahl (Lindhal (2009, p. 361)). El hecho es que a partir del momento en que esa fórmula permite juegos compensatorios entre variables, como en la realidad ocurre, ya no es posible evaluar si una norma viola o no de forma independiente cada una de las “leyes de la ponderación”. La notación dada a las ganancias y a las pérdidas sustantivas acaba diluyéndose en un cociente en el que se mezclan las magnitudes de la “ley epistémica”. Además de diluir las dos “leyes”, el problema más grave es que el resultado queda así adulterado: dado que una variable puede compensar a la otra, la fórmula de Alexy permite ocultar violaciones claras de cualquiera de las “leyes”.

²² Véase Moreso (2026, sección 4).

distintos, no estén en conflicto. Si en la primera vía se asume un conflicto que debe resolverse, en la segunda el conflicto pasa desapercibido en una configuración en que sólo es aplicable una norma.²³

La forma cómo funciona el “especificacionismo” es la siguiente: (i) se delimita el universo del discurso, determinando qué conductas humanas están presentes; (ii) se seleccionan las normas aplicables a esas mismas conductas; (iii) se conciben casos paradigmáticos en los que la prevalencia de cada una de las normas es (prácticamente) evidente; (iv) se determinan las propiedades relevantes en el contexto del universo del discurso; y (v) a través de todas las combinaciones posibles de esas propiedades, se formulan las normas que pueden resolver todos los casos concebibles dentro del universo del discurso delimitado. Con estas normas, determinadas en esta etapa final, los casos se resuelven por subsunción, quedando clara la idea, que Moreso torna explícita, de que en toda esta secuencia es la subsunción la que es precedida de una ponderación.²⁴

(v) cuando un periódico publica una noticia injuriosa e infundada sobre un ciudadano anónimo, el universo del discurso es la acción de publicar noticias sobre personas en los medios de comunicación (etapa₁); en la etapa₂ se establece que las normas aplicables son la libertad de prensa (N_1) y el derecho al honor (N_2).

(vi) en la etapa₃ se definen los casos paradigmáticos: así, si está claro que una noticia perjudicial para un político basada en hechos fundamentados hace prevalecer la libertad de prensa, también está claro que una noticia claramente falsa sobre un ciudadano anónimo hace prevalecer el derecho al honor.

(vii) con esto ya se pueden seleccionar las propiedades relevantes (etapa₄); aquí, son: (i) si el destinatario es un mero ciudadano anónimo o una figura pública, es decir, si hay o no relevancia noticiosa ($R \vee \sim R$); (ii) si los hechos están o no bien fundamentados ($F \vee \sim F$); y (iii) si son o no injuriosos ($I \vee \sim I$).

(viii) con la combinación de todas las posibilidades, aparecen las normas (propiedades más la consecuencia de la norma prevalente [CN]) que pueden regular todos los casos (etapa₅); en el “especificacionismo”,

²³ Véase Moreso (2026, sección 4).

²⁴ Véase Moreso (2012, p. 40).

son estas las normas que se aplican a los casos (normas que alterarían el alcance de las normas “originales”):

Universo de casos	Normas aplicables	Propiedades	Norma del caso
caso ₁	$N_1 \vee N_2$	$R \wedge F \wedge I$	$R \wedge F \wedge I \Rightarrow CN_1$
caso ₂	$N_1 \vee N_2$	$\sim R \wedge F \wedge I$	$\sim R \wedge F \wedge I \Rightarrow CN_2$
caso ₃	$N_1 \vee N_2$	$R \wedge \sim F \wedge I$	$R \wedge \sim F \wedge I \Rightarrow CN_2$
caso ₄	$N_1 \vee N_2$	$\sim R \wedge \sim F \wedge I$	$\sim R \wedge \sim F \wedge I \Rightarrow CN_2$
caso ₅	$N_1 \vee N_2$	$R \wedge F \wedge \sim I$	$R \wedge F \wedge \sim I \Rightarrow CN_1$
caso ₆	$N_1 \vee N_2$	$\sim R \wedge F \wedge \sim I$	$\sim R \wedge F \wedge \sim I \Rightarrow CN_1$
caso ₇	$N_1 \vee N_2$	$R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$R \wedge \sim F \wedge \sim I \Rightarrow CN_2$
caso ₈	$N_1 \vee N_2$	$\sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$\sim R \wedge \sim F \wedge \sim I \Rightarrow CN_2$

El “especificacionismo” tiene un enorme potencial en materia de ponderación, sobre todo en lo que se refiere a la valoración de la prevalencia. La creación de todas las combinaciones posibles, cuando se hace sobre un universo particularmente extenso de propiedades, puede ayudar a definir los diferentes grados de ganancias y de pérdidas en las normas aplicables (como se verá adelante), siendo un esquema útil para rellenar una escala de intensidades: una combinación de múltiples propiedades puede ilustrar los diferentes grados de afectación (de ganancias o de pérdidas), permitiendo escalonar en intervalos lo que es, por ejemplo, ganar más y ganar menos. Sin embargo, el “especificacionismo” no sólo no es una alternativa a la ponderación, sino que padece de problemas que ponen en peligro su viabilidad como teoría explicativa de la solución de conflictos normativos.

Son varios los problemas a que se enfrenta el “especificacionismo”. El primero, y quizá el más evidente, es que supone y da por sentada la ponderación, como si no tuviera que hacerse de alguna manera. Desde luego, en la etapa₃, cuando se asume la solución de los casos paradigmáticos, lo que está en juego en la realidad es una ponderación: subyace a la solución una ponderación que, aun cuando tenga un resultado evidente, no deja de ser una ponderación. Lo mismo ocurre con la solución de los casos cuando se realiza la combinación de propiedades. La solución de cualquiera uno de

ellos es siempre el resultado de una ponderación: hacer prevalecer la N_1 sobre la N_2 , por ejemplo, es lo que ocurre normalmente cuando dos normas entran en conflicto y es necesario dar preferencia a una de ellas. No se puede elegir N_1 sin ponderarla contra la norma en conflicto.

Este primer problema muestra inmediatamente que el “especificacionismo” no es una alternativa a la ponderación (y, también, que no es un modelo de ponderación). Al fin y al cabo, lo que hace el “especificacionismo” es simplemente organizar las respuestas de la ponderación a la luz de las propiedades de los casos, mostrando qué soluciones corresponden a qué combinación de propiedades. Sin embargo, sólo lo hace porque asume ponderaciones que no hace explícitas y que, de alguna manera, tienen (o tenían) que hacerse de alguna forma. Por esa razón, las normas de los casos expresan ponderaciones ocultas y sin saberse como se justifican. En rigor, y, por ejemplo, el caso₁ muestra inmediatamente una solución que, siendo discutible, carece de justificación; pero aún más, muestra un resultado que depende del cumplimiento de la proporcionalidad en sentido estricto.

(ix) la norma que resuelve el caso₁, por ejemplo, combina las propiedades “ $R \wedge F \wedge I$ ” con la consecuencia de la libertad de prensa (CN_1); las propiedades se convierten en el antecedente de esta norma mientras que su consecuente asume el estatuto deóntico de la acción dada por la norma prevalente ($R \wedge F \wedge I \Rightarrow CN_1$).

(x) la norma “ $R \wedge F \wedge I \Rightarrow CN_1$ ” es una norma distinta de N_1 y es el resultado de una ponderación entre N_1 y la norma conflictiva N_2 ; la norma del caso, es, por lo tanto, un resultado de una ponderación y, como tal, está sujeta a todo aquello a lo que está sujeta una ponderación; por ejemplo, a las “leyes de la ponderación”.

El segundo problema del “especificacionismo” reside en el hecho, estrechamente relacionado con lo que se acaba de decir, de que no se trata de una secuencia en la que las normas se aplican mediante una subsunción precedida únicamente de una ponderación, contrariamente a lo que parece afirmar Moreso.²⁵ Es cierto que hay una parte de verdad en la afirmación: antes de llegar a las normas que resuelven los casos del universo del dis-

²⁵ Sobre la declaración de Moreso (2026, sección 4).

curso, ya se ha producido una ponderación (como se ha dicho en el párrafo anterior). Pero esta ponderación no ha venido de la nada: se ha hecho por la razón de que dos normas son *prima facie* aplicables al caso y, dentro de un contexto en que ya ha habido una subsunción, protagonizan un conflicto normativo que hay que resolver. Esas normas del caso se aplican por subsunción, pero ya después de haberse resuelto un conflicto que, por su propia definición, ya supone la subsunción de las normas en conflicto.

(xi) así, la secuencia es “subsunción → conflicto → ponderación → subsunción” y no sólo “ponderación → subsunción”, como parece ser afirmado por el “especificacionismo”; la ponderación que precede a la subsunción tiene un conflicto previo, que por lo tanto supone la subsunción de dos normas en conflicto.

El tercer problema del “especificacionismo” es la naturaleza de las normas que resuelven los casos. Moreso dice que son normas que resuelven casos reales o ficticios.²⁶ En la segunda hipótesis, como casos ficticios, esas normas son meras posibilidades (literarias) de resolver un caso; pero, por esta misma razón, no son normas del sistema, por lo que parece difícil hablar de subsunción en sentido propio. En la primera hipótesis, como casos reales, lo más probable es que sean normas obtenidas a través de decisiones judiciales y, como tales, encarnen la *ratio decidendi* de una decisión anterior. Y aquí hay dos opciones: o bien (i) el sistema tiene una norma de precedente y su aplicación es equivalente a de las normas legislativas que resuelven los conflictos constitucionales; o bien (ii) no existe tal norma y siempre hay que crear las normas para una nueva decisión.²⁷

El cuarto problema del “especificacionismo” está en la idea de que se resuelve un caso reduciendo el alcance de las normas en conflicto y no a través de su fuerza. En rigor, aquí hay dos cuestiones delicadas. La primera se refiere al hecho de que es por vía de la ponderación que se llega a las normas del caso: sin esta ponderación, estas normas ni siquiera son configurables. Por lo tanto, expresan la fuerza de las normas en conflicto (porque

²⁶ Véase Moreso (2012, p. 40).

²⁷ Lo que significa, por tanto, que también aquí es difícil hablar de subsunción en sentido propio.

una prevalece sobre la otra), mucho antes de tener impacto en su alcance. La segunda se refiere al hecho de que parece ilusorio que exista alguna restricción de ese alcance: las normas en conflicto mantienen el ámbito de aplicación que siempre han tenido. Lo que ocurre es que la ponderación genera una nueva norma y es bajo sus términos que se configura la solución al caso (y no reduciendo la norma *prima facie* aplicable).

(xii) en el caso₁, las normas N_1 y N_2 entran en conflicto; la aplicación de " $R \wedge F \wedge I \Rightarrow CN_1$ " resulta de la prevalencia de N_1 a la luz de las propiedades del caso ($R \wedge F \wedge I$); la norma " $R \wedge F \wedge I \Rightarrow CN_1$ " expresa la fuerza de N_1 frente a N_2 y, en rigor, no reduce el alcance ni de N_1 ni de N_2 (que permanecen intactas).

Por todas estas razones, no se cree que el "especificacionismo" sea una alternativa a la ponderación, desde luego porque en la base de su construcción siempre hay un conflicto entre dos normas irresoluble por las normas de conflicto que el sistema pueda contener. La ponderación siempre aparece como inevitable y, por lo tanto, de alguna manera siempre es necesario evaluar qué razones, en un caso, juegan a favor de una u otra de las normas en conflicto. La valoración de la prevalencia de una de ellas, condición necesaria para llegar a las reglas en el caso del "especificacionismo", está sujeta a la proporcionalidad en sentido estricto y tiene siempre que pasar por el tamiz de las dos "leyes de la ponderación". En el "especificacionismo", la norma del caso también carece de justificación interna y, así, de la evaluación dada por la fórmula positivista.

6. La inconmensurabilidad

La objeción de inconmensurabilidad se basa esencialmente en la crítica de Sampaio, que reitera las ideas de que el uso de una escala como la doble triádica (con valores progresivos de 1 a 256) expresa una cardinalidad precisa y que, además, esa cardinalidad precisa es conceptualmente imposible en este contexto.²⁸ Es importante negar desde luego la primera idea: la

²⁸ Véase Sampaio (2026, sección 3.2.2). Una crítica similar véase en Moreso (2026, sección 2).

variación entre 1 y 256 no es aritmética y, por lo tanto, no se está hablando de 255 intervalos, sino sólo de 8. En rigor, se está hablando de una escala de progresión geométrica, organizada en potencias de 2, en la que sólo se descomponen en tres niveles las tres magnitudes de la triádica simple que utiliza normalmente Alexy. La mera existencia de ocho intervalos, que acerca mucho esta escala a muchas otras utilizadas en ámbitos evaluativos, muestra su clara imprecisión.²⁹

La segunda cuestión, relacionada con lo que puede y no puede medirse a la hora de evaluar las ganancias y las pérdidas en normas, requiere consideraciones más sustantivas. Pero el punto de partida es la constatación más o menos obvia de que en el ámbito temático que aquí interesa no sólo existe un valor cero, sino que también hay un límite superior de medición. Dado que se está midiendo el grado de satisfacción y de insatisfacción de una norma, no sólo es posible averiguar el grado de insatisfacción total, sino también determinar, en el extremo opuesto, el de satisfacción total. Una norma que permite la acción φ está totalmente satisfecha cuando, considerando todas las normas del sistema, se permite cualquier variable de esa acción. Y está totalmente insatisfecha cuando, en el extremo opuesto, ninguna variable de φ está bajo ese estatuto deóntico de permiso.

(xiii) la norma (constitucional) que otorga la libertad de prensa permite todas las variables posibles de expresión; por lo tanto, tiene un grado máximo de satisfacción ($2^8 = 256$); si una autoridad normativa restringe esta norma impidiendo toda y cualquier expresión noticiosa, crea una insatisfacción total ($2^0 = 1$).

(xiv) la norma (constitucional) que prohíbe afectar el derecho al honor prohíbe todas las variables de la acción de afectar el honor; así, tiene un grado de satisfacción máximo ($2^8 = 256$); si una auto-

²⁹ Por ejemplo, aunque se trata de una escala de progresión geométrica, acaba teniendo tantos intervalos como las famosas escalas Likert, con las que se escalan intervalos sobre opciones (véase Likert (1932, p. 15)). Sobre la comprensión de estas escalas como escalas de intervalos continuos, véase Huiping Wu y Shing-On Leung (2017, p. 528). La cuestión de las escalas de intervalo para medir valores se generalizó tras el famoso artículo de Stevens sobre las escalas y, en particular, sobre la creación de escalas basadas en secuencias ordinales; véase Smith Stevens (1946, p. 679).

ridad normativa restringe la prohibición, permitiendo cualquier forma de afectación, crea una insatisfacción total ($2^0 = 1$).

La existencia de un valor de cobertura común a todas las normas y que, además, permite conocer los extremos de ausencia absoluta y de satisfacción total, simplifica la comparación de pérdidas y de ganancias en distintas normas (como debe hacerse al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto). Para cada norma que interviene en el análisis basta medir el grado de satisfacción (en términos de ganancias) y el grado de insatisfacción (en términos de pérdidas) que conlleva cada una. Como se sabe cuáles son los grados extremos de la escala, sólo queda determinar a que corresponden los siete niveles (y ocho intervalos) restantes que contiene la escala (dado que, en esta escala, 256 equivale a satisfacción absoluta y 1 a insatisfacción absoluta). Determinar esas correspondencias entre 2 y 128 es, por tanto, el ejercicio que queda para hacer la escala operativa.

Este ejercicio ya es frecuente en muchos campos.³⁰ El hecho de que no exista en el campo de conocimiento que aquí interesa sólo se debe a que, hasta ahora, nunca se han creado matrices de variables de satisfacción, norma por norma, con las que: (i) se pueda tener un estándar que determine que significan los distintos grados; y (ii) se puedan establecer las equivalencias que hay que atribuir. No se trata, por lo tanto, de una dificultad insuperable, como dice Sampaio, que habla incluso de una imposibilidad conceptual, sino de un mero problema operativo, en el que hay trabajo por hacer, en un escenario de vacío racional en que la solución de la cuestión se ha dejado a formas meramente intuitivas de determinar magnitudes.³¹ Nada impide, sin embargo, que se pueda ir más lejos e ilustrar cómo la escala de 1 a 256 puede ser implementada (y, así, usada).

Con múltiples ganancias o pérdidas en una norma determinada, nada impide que se pueda jerarquizar (en un esquema inicialmente estrictamente ordinal) la diferente magnitud que cada una de ellas tiene en relación con las demás (en ganancias o en pérdidas). La asignación de todos estos grados a una secuencia progresiva de mayor y menor intensidad permite

³⁰ Referencias ya hechas en Duarte (2026, sección 5).

³¹ El escepticismo radical, véase Sampaio (2026, sección 3.2.2).

crear niveles comparativos de ganancias y de pérdidas. Utilizando distintos casos de ganancias y de pérdidas en la combinación de propiedades, se pueden ordenar y, en una segunda fase, asignar por proximidad y distancia a las siete magnitudes de los grados 1 a 128 de la escala (asumiendo que ningún caso es de ganancia o pérdida totales). Realizando este ejercicio se crea un mapa de correspondencias que servirá para medir las ganancias y las pérdidas equivalentes y hacer operativa la escala.³²

El ejercicio puede comenzar con la norma que confiere la libertad de prensa. En la medida en que la norma tiene valores de satisfacción total e insatisfacción absoluta que no son relativos al conflicto con otra norma específica, las propiedades que se combinan, aunque idealmente deben ser tantas cuanto sea posible, deben expresar las variables más relevantes de la acción regulada. Asumiendo, en términos de modelo explicativo, un conjunto de propiedades y su combinación, el siguiente paso es seleccionar las combinaciones más ilustrativas y asignarlas a las siete magnitudes vacías de la escala. A partir de ahí, cada combinación de propiedades y el grado que representa se convierte en un estándar de ganancias y de pérdidas (que funciona por comparación) para que se identifiquen otras ganancias y otras pérdidas (mediante un juicio analógico de proximidad).

(xv) se asumen cuatro propiedades como las más relevantes para la acción regulada por la norma que confiere libertad de prensa (N_1):

(i) si una noticia es personal o colectiva ($P \vee \sim P$); (ii) si tiene o no relevancia pública ($R \vee \sim R$); (iii) si está o no fundamentada ($F \vee \sim F$); y (iii) si es o no injuriosa ($I \vee \sim I$).

(xvi) se realizan todas las combinaciones posibles (16) y, valorativamente, se ordenan por grados de intensidad de la pérdida realizada en la satisfacción total; en otras palabras, se hace en todos los casos una ordenación como entre " $P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ " y " $\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$ " (se pierde más en el segundo caso).

(xvii) el orden entre los casos es un juicio de valor y, por lo tanto, carece de objetividad; no obstante, es un juicio que pretende reflejar

³² Y esto vale tanto para la "ley substantiva" como para la "ley epistémica". En la última, sólo es necesario ordenar, en términos equivalentes, los niveles de ganancias y de pérdidas en una escala de certeza. Sin embargo, para evitar una excesiva complejización, el análisis que sigue se limitará a la "ley sustantiva".

las percepciones colectivas más comunes; el siguiente orden muestra los casos cuyo permiso va de mayor a menor libertad de prensa (satisfacción total a insatisfacción total):

Universo de casos	Propiedades	Orden descendente (+ libertad $\rightarrow$ - libertad)
caso ₁	$P \wedge R \wedge F \wedge I$	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₇)
caso ₂	$P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₁₅)
caso ₃	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$ (caso ₅)
caso ₄	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₈)
caso ₅	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₁₁)
caso ₆	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$ (caso ₁₃)
caso ₇	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₁₆)
caso ₈	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$P \wedge R \wedge F \wedge I$ (caso ₁)
caso ₉	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₃)
caso ₁₀	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₄)
caso ₁₁	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₆)
caso ₁₂	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$ (caso ₉)
caso ₁₃	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₁₂)
caso ₁₄	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₁₄)
caso ₁₅	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$	$P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₂)
caso ₁₆	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₁₀)

(xviii) asignando las combinaciones más expresivas a los siete grados de la escala (lo que implica, en este ejercicio, que quedan fuera nueve casos), se puede rellenar la escala estableciendo un estándar de ganancia o de pérdida para cada grado: por ejemplo, la magnitud 32 se caracteriza por “ $P \wedge R \wedge F \wedge I$ ”.

(xix) una vez completada la escala, puede después utilizarse por comparación (proximidad); por ejemplo, una combinación excluida, como “ $P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$ ” (caso₃), puede asignarse a un estándar de ganancias y de pérdidas ya contenido en la escala; aquí, por ejemplo, a la magnitud 64.

(xx) es importante darse cuenta de que, en esta evaluación de intensidades, la norma está, originariamente, en satisfacción total (cuando no contenga ya restricciones); así, lo que se perderá o

ganará es la diferencia entre la satisfacción total y el grado en que se coloca la norma bajo el escrutinio de proporcionalidad.
(xxi) esto significa que, si la norma analizada es “ $P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ ” (caso₂), con el estatus de permiso (donde prevalece la libertad de prensa), el grado de ganancia es 2; pero si esta norma tiene estatus de prohibición (prevaleciendo el derecho al honor), entonces el grado de pérdida también es de 2:

G / P	Satisfacción	Casos estándar	Propiedades
256 / 1	satisfacción total	todo puede ser noticia	permiso: todos casos
128 / 2	casi total	caso ₇	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$
64 / 4	muy superior a la media	caso ₍₅₎	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$
32 / 8	superior a la media	caso ₍₈₎	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$
16 / 16	media	caso ₁₃	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$
8 / 32	inferior a la media	caso ₁	$P \wedge R \wedge F \wedge I$
4 / 64	muy inferior a la media	caso ₄	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$
2 / 128	casi nulo	caso ₍₁₀₎	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$
1 / 256	nulo	nada puede ser noticia	prohibición: todos casos

El mismo ejercicio puede realizarse ahora con la norma que confiere el derecho al honor, prohibiendo su afectación. Para esta norma, y también por la misma razón de que las variables más ilustrativas de la acción de afectar al honor no están necesariamente vinculadas al conflicto con otra norma, se seleccionan cuatro propiedades para hacer las combinaciones. Se realiza el mismo ejercicio valorativo de ordenar las dieciséis combinaciones, estableciendo en orden descendente los casos de menor a mayor gravedad de la afectación (en el sentido de que la permisón de afectar implica menor cumplimiento de la norma). Al situar los siete casos más ilustrativos en la escala, lo que se obtiene, una vez más, es un estándar de ganancias y de pérdidas que luego se utiliza para evaluar y medir otros casos cuya proximidad por analogía puede demostrarse de alguna manera.

(xxii) las cuatro propiedades más relevantes para la prohibición de afectar al honor son: (i) si la afectación se realiza en contexto

público o privado ($P \vee \sim P$); (ii) si tiene o no relevancia pública ($R \vee \sim R$); (iii) si está o no fundamentada ($F \vee \sim F$); y (iii) lo siendo siempre, si es directa o indirectamente injuriosa ($I \vee \sim I$).

(xxiii) se analizan todas las combinaciones posibles (16) y, valorativamente, se ordenan según el grado de intensidad de la pérdida realizada en la satisfacción total; en otras palabras, se hace para todos los casos una ordenación como entre “ $P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$ ” y “ $\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$ ” (se pierde más en el segundo caso).

(xxiv) también aquí la valoración de los casos es un juicio que carece de objetividad; sin embargo, también aquí se trata de expresar un juicio que refleje lo mejor posible las percepciones colectivas más comunes; la siguiente orden muestra los casos en que la prohibición se cumple en mayor o menor medida:

Universo de casos	Propiedades	Orden descendente (+ prohibición $\rightarrow$ - prohibición)
caso ₁	$P \wedge R \wedge F \wedge I$	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₁₀)
caso ₂	$P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$ (caso ₉)
caso ₃	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₁₄)
caso ₄	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₁₂)
caso ₅	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$	$P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₂)
caso ₆	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$ (caso ₁₃)
caso ₇	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₁₍₁₎)
caso ₈	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$P \wedge R \wedge F \wedge I$ (caso ₁)
caso ₉	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₁₆)
caso ₁₀	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$ (caso ₆)
caso ₁₁	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₄)
caso ₁₂	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₁₅)
caso ₁₃	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$	$P \wedge \sim R \wedge F \wedge I$ (caso ₅)
caso ₁₄	$\sim P \wedge \sim R \wedge F \wedge \sim I$	$P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₃)
caso ₁₅	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$ (caso ₈)
caso ₁₆	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ (caso ₇)

(xxv) una vez más, las combinaciones más expresivas se asignan a los siete grados disponibles de la escala (con nueve combinaciones excluidas); y la escala puede completarse estableciendo un estándar de ganancias y de pérdidas para cada grado de la escala: por ejemplo, la magnitud 32 es “ $\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ ”.

(xxvi) esta escala también puede utilizarse por comparación (proximidad); una combinación excluida, por ejemplo “ $P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ ” (caso₄), puede asignarse a un estándar de ganancias y de pérdidas que la escala ya contiene; aquí, por ejemplo, a la magnitud 32.

(xxvii) la evaluación de las intensidades toma como punto de partida la satisfacción total (que siempre es el caso cuando no haya ya restricciones); lo que se ha de perder o de ganar es la diferencia entre la satisfacción total y el grado en que se coloca la norma bajo el escrutinio de proporcionalidad.

(xxviii) esto también significa que, por ejemplo, si la norma analizada es “ $\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$ ”, con un estatus de prohibición (donde prevalece el derecho al honor) el grado de ganancia es de 4; pero si esta norma tiene un estatus de permiso (donde prevalece la libertad de prensa), entonces el grado de pérdida también es de 4.

G / P	Satisfacción	Casos estándar	Propiedades
256 / 1	satisfacción total	no se puede decir nada	prohibición: todos casos
128 / 2	casi total	caso ₁₀	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge \sim I$
64 / 4	muy superior a la media	caso ₉	$\sim P \wedge R \wedge F \wedge I$
32 / 8	superior a la media	caso ₁₁	$\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge I$
16 / 16	media	caso ₁₆	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$
8 / 32	inferior a la media	caso ₁₅	$\sim P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$
4 / 64	muy inferior a la media	caso ₈	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge \sim I$
2 / 128	casi nulo	caso ₇	$P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$
1 / 256	nulo	todo se puede decir	permiso: todos casos

(xxix) el caso inicial puede ahora ser “juzgado” con estas escalas: se trataba de la publicación de una noticia injuriosa e infundada sobre un ciudadano anónimo; para la norma de libertad de prensa, el caso tiene las propiedades “ $P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ ”; para el derecho al honor, las propiedades “ $P \wedge \sim R \wedge \sim F \wedge I$ ”.

(xxx) con el estatus de permiso (prevalencia de la libertad de prensa), la decisión es desproporcional en cuanto a la “ley sustantiva”: la pérdida en el derecho al honor es de 128 y la ganancia en la libertad de prensa es sólo de 2; así, la imposición de ganancias superiores a las pérdidas es violada:

(xxxii) la operatividad de las escalas también puede comprobarse con otro caso: un periódico publica un reportaje infundado pero no injurioso sobre un político; para la libertad de prensa, el caso tiene las propiedades “ $P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ ”; para el derecho al honor, el caso tiene las propiedades “ $P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ ”.

(xxxiii) en cuanto al derecho al honor, un caso con las propiedades “ $P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$ ” sólo puede obtenerse por equivalencia, ya que no está directamente en la escala; pero, por proximidad, es equivalente al caso₁₆ ($\sim P \wedge R \wedge \sim F \wedge \sim I$), obteniéndose una magnitud de 16.

(xxxiii) con el estatuto de permiso (prevalencia de la libertad de prensa), la decisión es proporcional bajo la “ley sustantiva”: la pérdida en el derecho al honor es de 16 y la ganancia en libertad de prensa es de 64; así, la imposición de ganancias superiores a las pérdidas es cumplida:

Comprender estas escalas implica, en última instancia, darse cuenta de que los estándares de ganancias y de pérdidas no sólo suponen juicios de valor, sino que también son meramente convencionales (o que dependen de una convención). Sin embargo, ambos pasos no parecen muy problemáticos. Las opciones valorativas son siempre inherentes a cualquier ponderación y forman parte del proceso de medición de ganancias y de pérdidas. La especificidad aquí reside únicamente en hacerlo de forma genérica y para crear valores de referencia. Por otro lado, la asunción de esos valores sólo funciona sobre una base convencional: su operatividad depende de un consenso entre los agentes, que permita a todos compartir las correspondencias de intensidades establecidas. La dependencia del consenso es, no obstante, inherente a todas las escalas de valores.

Bibliografía

- Duarte, D. (2026). Una Vez Más: La Fórmula Positivista del Peso. *Discusiones*, 36(1), 23-56.
- 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.
- Kelsen, H. (1966). On the Pure Theory of Law. *Israel Law Review*, 1 (1), 1-7.
- Klatt, M. y Schmidt, J. (2012). Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, 10, 69-105.
- Likert, R. (1932). A Technique for Measurement of Attitudes. *Archives of Psychology*, 14, 5-56.
- Lindahl, L. (2009). On Robert Alexy's weight formula for weighing and balancing. En J. A. Raposo, J. Lopes Alves, P. de Sousa Mendes, A. Silva Dias, y L. Duarte D'Almeida (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70.º aniversário; estudos de direito e filosofia* (pp. 355-376). Coimbra: Almedina.
- Maranhão, J. y Sgarbi, J. (2026). Comentarios a “Una Vez Más: La Fórmula Positivista del Peso” de Duarte. *Discusiones*, 36(1), 119-131.
- Mendonca, D. (2017). Rights, reasons, and emotion: Conflict and balance of rights. En M. Sellers (ed.), *Law, reason and emotion* (pp. 138–164). Cambridge: Cambridge University Press.
- Moreso, J. J. (2026). Ponderación en la Escuela de Lisboa. Sobre el Planteamiento de David Duarte. *Discusiones*, 36(1), 57-85.
- Moreso, J. (2012). Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism. *Ratio Juris*. 25(1), 31-46.
- Sampaio, J. (2026). Los Límites Conceptuales de la Fórmula Positivista del Peso de David Duarte y el Modo de las Razones como Alternativa. *Discusiones*, 36(1), 149-195.
- Segatti, M. (2026). Prioridad a la Libertad, Dinámicas Inter-temporales y Heterogeneidad de los Intereses en la Ponderación. *Discusiones*, 36(1), 133-147.
- Stevens, S. (1946). On The Theory of Scales of Measurement. *Science*, 103(2884), 677-680.

- Valentini, C. (2026). El Sentido de la Proporcionalidad. *Discusiones*, 36(1), 197-215.
- Wu, H. y Leung, S. (2017). Can Likert Scales Be Treated as Interval Scales. *Journal of Social Service Research*. 43, 527-532.
- García Yzaguirre, V. (2026). La Ponderación de Duarte. Comentarios y Dudas. *Discusiones*, 36(1), 87-117.