

La ponderación en la escuela de Lisboa. Acerca del enfoque de David Duarte

Balancing in Lisboa School. About David Duarte's Account

J. J. Moreso*

Recepción y evaluación de propuesta: 06/10/2025

Aceptación: 12/02/2026

Recepción y aceptación final: 20/03/2026

In short: enough is enough and more is too much.

More than enough is out of proportion,
more than necessary is out of proportion,
more than appropriate is out of proportion.

So, don't do more!
(Schlink, 2011, p. 292).

Resumen: En este trabajo se comentan las ideas de David Duarte sobre la ponderación en el razonamiento jurídico. Aunque se contraponen, a menudo, al enfoque de Robert Alexy, me parece que puede ser considerado una extensión de él con una corrección. En la segunda sección del trabajo, presento la posición de Duarte, que se articula como *la fórmula positivista del peso* y analizo en qué medida se aparta de Alexy. A continuación, me refiero a dos cuestiones que creo que son problemáticas tanto para Alexy

* Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: josejuan.moreso@upf.edu. <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>.

Este trabajo se ha beneficiado del apoyo de las siguientes ayudas a la investigación de la AEI, dependiente del gobierno de España: PID2023-146149NB-I00 y Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M; y también de la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923.

como para Duarte. Estas dos cuestiones son la generación de las escalas, en especial de las escalas de interferencias, que será analizada en la sección tercera y, para ser analizada en la sección cuarta, una cierta tensión que anida, según creo, entre la ley de la ponderación y la ley de la colisión. En la sección quinta, expongo lo que considero una alternativa al modelo de la ponderación. Y en la sección sexta, concluyo.

Palabras clave: David Duarte, Robert Alexy, razonamiento jurídico, ponderación, conflictos de derechos.

Abstract: This paper discusses David Duarte's ideas on balancing in legal reasoning. Although it is often contrasted with Robert Alexy's approach, I believe it can be considered an extension of it with one correction. In the second section of the paper, I present Duarte's position, which is articulated as the positivist formula of weight, and analyse the extent to which it departs from Alexy's. Next, I address two issues that I believe are problematic for both Alexy and Duarte. These two issues are the generation of scales, especially interference scales, which will be analysed in the third section, and, to be analysed in the fourth section, a certain tension that I believe exists between the law of balancing and the law of collision. In the fifth section, I present what I consider to be an alternative to the balancing model. And in the sixth section, I conclude.

Keywords: David Duarte, Robert Alexy, legal reasoning, balancing, conflicts of rights.

1. Introducción

Es un honor para mí la invitación a participar en esta sección de la revista *Discusiones* comentando la perspicua y excelente contribución de mi amigo David Duarte. Es un honor, en primer lugar, porque este es ya el octavo trabajo que publico en esta revista, en la que se me honró con la invitación a publicar el primer trabajo en su primer número (Moreso, 2000). Y también lo es, en segundo lugar, por permitirme conversar con David Duarte (2026), cuya aportación se enmarca en un enfoque, al que podemos deno-

minar como *lisboeta* y que, en los últimos años, está impulsando y al cual contribuye de forma principal (Duarte, 2010, 2018, 2021).¹

Son muchas las cosas que pueden decirse de un enfoque que ya cuenta con un desarrollo formal muy sofisticado. Aunque se contrapone, a menudo, al enfoque de Alexy, me parece que puede ser considerado una extensión de él con una corrección. En la segunda sección del trabajo, presentaré la posición de Duarte, que se presenta como *la fórmula positivista del peso* y analizaré en qué medida se aparta de Alexy. A continuación, me referiré a dos cuestiones que creo que son problemáticas tanto para Alexy como para Duarte. Estas dos cuestiones son la generación de las escalas, en especial de las escalas de interferencias, que será analizada en la sección tercera y, para ser analizada en la sección cuarta, una cierta tensión que anida, según creo, entre la ley de la ponderación y la ley de la colisión.² En la sección quinta, expondré lo que considero una alternativa al modelo de la ponderación. Y en la sección sexta, concluiré.

2. Duarte v. Alexy

Las ideas de Robert Alexy acerca de la ponderación son bien conocidas (véase Alexy, 2002a, 2003a, 2003b). Constituyen la concepción más difundida e influyente para resolver los conflictos entre principios constitucionales, no solo entre los teóricos del derecho, sino también en muchas Cortes, nacionales e internacionales, de todo el mundo (Barak, 2012).

Alexy (2005) resume su punto de vista de este modo tan elegante:

En la práctica actual de muchos Tribunales constitucionales, la ponderación representa un papel central. En el Derecho constitucional alemán la ponderación es un aspecto de lo que es requerido por un principio más comprensivo, a saber, el principio de proporcionali-

¹ Aquí hay que añadir otros miembros de la Escuela de Lisboa, por ejemplo, Lopes (2017), Sampaio (2021), Azevedo (2024).

² Me he ocupado en diversas ocasiones, en los últimos veinte años, de estas cuestiones (referidas, en especial, a la obra de Alexy). Véase, por ejemplo, Moreso (2002, 2004, 2012a, 2012b, 2017a, 2017b, 2023).

dad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). El principio de proporcionalidad consiste en tres sub-principios: el principio de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Todos estos principios manifiestan la idea de optimización. La interpretación constitucional a la luz del principio de proporcionalidad consiste en tratar los derechos constitucionales como mandatos de optimización, esto es, como principios y no simplemente como reglas. Como mandatos de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades factuales y jurídicas.

Los principios de adecuación y de necesidad conciernen a la optimización en relación con lo que es factualmente posible. Por lo tanto, expresan la idea del óptimo de Pareto. El tercer sub-principio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, concierne a la optimización en relación con las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas son definidas esencialmente por los principios en conflicto. La ponderación consiste en nada más que la relativa optimización de los principios en conflicto. El tercer sub-principio, por lo tanto, puede expresarse como una regla que establece: cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de, o en detrimento de, un principio, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse la Ley de la Ponderación (pp. 572-573).

Creo que la posición de Duarte asume esta posición alexyana con dos variaciones. La primera es una extensión de las escalas que la concepción de Alexy genera. La primera escala es una escala establecida en las interferencias en los derechos fundamentales protegidos. Como es sabido, Alexy distingue entre interferencias *graves*, *moderadas* y *leves*, y les asigna los siguientes valores: 2^2 , 2^1 y 2^0 ; es decir: 4, 2 y 1. La segunda escala se refiere a la fiabilidad epistémica de nuestras creencias acerca de las interferencias. Aquí la escala usa potencias negativas, así 2^0 cuando la fiabilidad es máxima, cuando la certeza es muy alta, y 2^{-1} y 2^{-2} , cuando va disminuyendo; esto es 1, $\frac{1}{2}$ y $\frac{1}{4}$.³

³ Estas ideas aparecen en Alexy por primera vez en el *Postscript* escrito para la versión inglesa de su libro sobre los derechos fundamentales, incluido en Alexy (2002a), que aquí se cita en la versión castellana (Alexy, 2002b).

Duarte (2026) extiende ambas escalas. Veamos cómo lo argumenta en la escala de las interferencias, la *escala sustantiva* como la llama (la otra es, obviamente, la *escala epistémica*):

Es preferible, sin embargo, utilizar una escala más fina (aunque imprecisa); la doble triádica: “256, 128, 64, 32, 16, 8, 4, 2”, que corresponde a “ 2^8 , 2^7 , 2^6 , 2^5 , 2^4 , 2^3 , 2^2 , 2^1 ”; esta escala es sólo un despliegue de la anterior: por ejemplo, “ $2^8 = 256 = \text{grave grave}$ ”, “ $2^7 = 128 = \text{grave moderado}$ ” y “ $2^6 = 64 = \text{grave leve}$ ” (2026, sección 1).

Como decía, esta maniobra extiende la idea de Alexy, la afina, como él argumenta adecuadamente, y disminuye los casos de empate, por ejemplo. Es una idea que, de hecho, procede del mismo Alexy (2002a, 2003b), que la expone precisamente en los términos de Duarte. Alexy parece pensar que en algunos casos esta afinación de la escala la haría inmanejable. Sea como fuere, la idea de que es posible generar escalas en este ámbito resta en pie. Dicha idea será cuestionada en la sección tercera.

La segunda variación implica no solo una extensión sino también una corrección a la fórmula del peso alexyana. Como es sabido, Alexy considera que la fórmula del peso permite construir una fracción que expresa la razón entre la satisfacción de un principio determinado con el detrimento del que está en conflicto con él, multiplicado por el peso abstracto de cada principio y por la confiabilidad de las premisas empíricas y normativas en juego. Lo que da una expresión como la siguiente:

$$W = \frac{I \ W \ R \ R_n}{I \ W \ R \ R_n}$$

En otros lugares (por ejemplo, Moreso, 2012b) me he referido a las dificultades de asignar pesos abstractos a los derechos fundamentales. Puesto que tal asignación presupone que somos capaces de ordenar jerárquicamente los derechos fundamentales. No conozco ningún intento mínimamente exitoso de tal ordenación, como también señala Duarte (2026). Alexy (2002b, p. 38) dice, por ejemplo:

La vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto.

Pero ¿cómo sabemos que la vida tiene un peso superior a la libertad? Tal vez, podemos imaginar un mundo con alta protección de la vida, pero sin libertad, donde (casi) todos somos esclavos y vivimos en las condiciones de un *Lager*, por ejemplo; y compararlo con otro, en el cual tenemos gran libertad de hacer y omitir lo que queramos, pero nuestra vida pende de un hilo; no sabemos, cuándo salimos de casa por la mañana, si vamos a ser asesinados. Si pudiéramos elegir entre estos dos mundos, optando –conforme a la sugerencia de Alexy– por el primero de ellos, habría una pista para establecer una jerarquía entre los derechos en cuestión. Pero creo que es una vana esperanza: no veo cómo elegir entre estos dos mundos, que parecen más bien dos círculos del infierno. Sin embargo, dejaré este asunto de lado.

Lo que Duarte cuestiona es que puedan ponerse en el mismo plano las cuestiones sustantivas y las cuestiones epistémicas. Duarte propone que la fórmula del peso se aplique en dos fases. En la primera solo tomamos en cuenta la interferencia concreta en los derechos y su peso abstracto. Si su valor es mayor o igual a 1, entonces pasamos a la fase epistémica, en la cual para que la ponderación sea adecuada también la razón de las confiabilidades epistémicas debe ser mayor que 1. Con lo cual, por diferencia a Alexy, no permite que la ponderación sustantiva *neutralice* la ponderación epistémica. Y la fórmula sugerida es explicada del siguiente modo:⁴

(li) la definición matemática de la «fórmula positivista del peso» es:

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

⁴ En la versión de la fórmula del peso de Duarte (2026) la expresión “PS” está por peso sustantivo, la expresión “PE” por peso epistémico, “G” por ganancias (de una de las normas en cuestión), “P” por pérdidas (de la otra norma en conflicto con la primera) y “C” por certeza.

(lii) la regla interpretativa de la ecuación es la siguiente:
 una norma es proporcional si PS es ≥ 1 (2^0) y, si PS no es < 1 (2^0),
 si PE es ≥ 1 (2^0).

No estoy en condiciones, la verdad, de valorar si este cambio significa un modo de mejorar la fórmula alexyana del peso. Presumo que la intención de Duarte es preservar la distinción entre las dos leyes de la ponderación, como a veces lo dice Alexy. La primera, que siempre presenta como la formulación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2002b, p. 31) dice que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Pero Alexy añade una segunda ley de la ponderación (Alexy, 2002b, p. 55) cuando dice “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.

Lo que no alcanzo a comprender es la siguiente afirmación que introduce al presentar su, como sabemos, *fórmula positivista del peso*:

La naturaleza positivista de la fórmula es, entonces, el resultado de reproducir exactamente: (i) el contenido de la proporcionalidad en sentido estricto; y (ii) constituir una expresión plena de la tesis de la separación. En cuanto al primer punto, porque la ecuación sólo conduce a un resultado de compatibilidad jurídica, tal como lo expresa su propia regla interpretativa: el cociente sólo muestra el código binario «violación $\vee$ no violación». En cuanto al segundo punto, en la medida en que la ecuación sólo tiene en cuenta los límites dados por la proporcionalidad en sentido estricto: sin perjuicio de las razones que puedan justificar los valores dados en cada variable, la ecuación se construye con variables inmunes a cualquier limitación extralegal (y, en particular, moral). (Duarte, 2026, sección 4)

No estoy seguro de entender bien la idea de Duarte. En especial, no entiendo bien por qué esta fórmula constituye una expresión plena de la tesis de la separación. Y, sospecho, la de Alexy no. Es obvio que en muchos trabajos Alexy (2013, 2021), ha defendido una posición no-positivista, que rechaza la tesis de la separación, en alguna de sus formulaciones al menos.

Sin embargo, ¿por qué la fórmula *alexiana* del peso es no positivista y la *duartiana* es positivista? En concreto, ¿qué exactamente quiere decir cuando afirma que “la ecuación se construye con variables inmunes a cualquier limitación extralegal (y, en particular, moral)?”. La verdad es que no comprendo cómo pueden establecerse argumentos inmunes a la valoración moral en este asunto. El problema, vale la pena recordarlo, que la fórmula del peso trata de resolver estriba en que dos principios constitucionales están en conflicto, que dirigen la aplicación del derecho en direcciones diferentes. Pongamos un ejemplo procedente de una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 51/2008, del 14 de abril) que deniega el amparo por vulneración del derecho al honor a la viuda del señor Pedro Ramón Moliner, reclamado contra el escritor Manuel Vicent (1996) que en la novela *Jardín de Villa Valeria*⁵ escribió:

Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo. (p. 106)

La primera demanda de la viuda de la persona mencionada por el autor de la novela fue desestimada por el Juzgado núm. 40 de Madrid en sentencia de 10 de diciembre de 1997. Recurrida en apelación la Audiencia Provincial de Madrid la revocó, considerando que había habido una intromisión ilegítima al honor, en la Sentencia 562/2000, de 22 de septiembre.

⁵ Usé este ejemplo en un homenaje al profesor Luis Prieto Sanchís, con motivo de su jubilación, (Moreso, 2020a); un ejemplo al que él se había referido en Prieto Sanchís (2016). *Villa Valeria* era una mansión abandonada, que antes de la guerra había formado parte de una colonia de la Institución Libre de Enseñanza. En los años sesenta del pasado siglo, sus jardines eran un lugar habitual de reunión de algunos jóvenes progresistas, *sesentayocheros*, que se oponían al franquismo. La novela de Vicent es una mirada nostálgica, algo irónica, a ese periodo.

La sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS 822/2004, de 12 de julio) casó y anuló la sentencia dictada en apelación, confirmando la primera decisión. Decisión confirmada, como sabemos, por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la decisión del Tribunal Supremo (de la que fue ponente Xavier O'Callaghan, catedrático de Derecho Civil) razona del siguiente modo:

No se trata tanto de hacer una correcta ponderación de la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión o el derecho a la información veraz, como de considerar si se ha producido una intromisión, proscrita legalmente, a aquel derecho, protegido constitucionalmente. Es decir, no es un tema de colisión, sino de calificación. En éste, se ha de tomar en consideración si lo expuesto o informado y si las expresiones tienen entidad suficiente para poder ser consideradas como intromisión ilegítima, sancionada por la ley como responsabilidad civil. (p. 3)

Es decir, el Tribunal Supremo no quiere renunciar al ideal del positivismo jurídico clásico: la aplicación del derecho consiste en una operación de subsunción, es decir, la comprobación de si determinadas acciones (la publicación de este párrafo en la novela) son subsumibles en el caso genérico a la que la norma correlaciona determinada solución normativa. Como en este caso no hay, según la sentencia, intromisión al honor, entonces no procede la responsabilidad civil que establece la consecuencia jurídica (en el art. 7.1.1. en relación con el 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Dos son las matizaciones que la decisión del Tribunal Constitucional (de la que fue ponente el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas) realiza a esta posición del Tribunal Supremo (dejemos ahora aparte la cuestión de si puede vulnerarse el honor de una persona fallecida): a) por un lado, adecuadamente, el Tribunal Constitucional aclara que lo que aquí está en juego no es la libertad de expresión, sino el derecho a la producción y creación literaria reconocidos en el art. 20.1, b del texto constitucional y b) por otro lado, y mucho más relevante, el Tribunal admite que se trata de una cuestión de ponderación más que de calificación. Lo dice del siguiente modo:

Como resulta de su exposición, las diferencias entre estos diversos enfoques son más aparentes que reales. A primera vista un comportamiento que no tiene entidad suficiente para ser considerado lesivo de un derecho fundamental no puede ser censurado desde una perspectiva constitucional. Máxime si, como en el presente caso, está conectado con el ejercicio de otro derecho fundamental. Sin la concurrencia de dos derechos fundamentales no hay, en efecto, ponderación posible.

[...]

Como suele ser habitual, pues, en los conflictos entre particulares que afectan al art. 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto, sino principal y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empleado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso. (p. 11)

Sin embargo, ¿cómo argüir que en este caso la ponderación decanta la decisión a favor del derecho a la producción y creación literaria y no al derecho al honor? No veo que ello pueda llevarse a cabo sin embarcarse en una caracterización de estos derechos, que ya no se halla explícita en los textos legales ni constitucionales. No hay duda que el honor de la persona nombrada por la obra de Manuel Vicent es afectado. No la hay tampoco que establecer la responsabilidad del escritor socavaría su derecho a la creación literaria. La cuestión, entonces, en los términos de Alexy y de Duarte es la siguiente: ¿es la interferencia en el derecho a la creación artística de la entidad suficiente, tal vez una interferencia grave, para desplazar la interferencia en el derecho al honor, tal vez media o leve, es decir la interferencia que se deriva del hecho de suponer que no se admite la indemnización en dicho caso? Y establecer la caracterización adecuada de dichos derechos es una cuestión político-moral. No podemos prescindir de la argumentación político-moral, porque los textos constitucionales y legales que regulan estos derechos la *presuponen*. El contenido de la Constitución no puede identificarse solo atendiendo al significado de las cláusulas en ella contenidas, es preciso acudir también a aquello que estas presuponen. Y lo que presuponen tiene, a menudo, carácter político-moral.

Tal vez, la posición iuspositivista más tradicional sea la que está tras la argumentación del Tribunal Supremo español, consistente en rechazar la ponderación como modo de adjudicar los derechos y las obligaciones de los ciudadanos. Es, por ejemplo, la que ha defendido en muchos trabajos Juan Antonio García Amado (algunos recogidos en García Amado, 2019, por ejemplo). Pero si la ponderación es aceptada, entonces ello comporta que los jueces, al decidir este tipo de casos, no han de tomar las cláusulas constitucionales y legales como opacas a sus razones subyacentes, sino que por el contrario han de acudir a dichas razones para decidir los casos y esas razones son de carácter político-moral.

3. La generación de las escalas

Alexy piensa, como sabemos, que es posible generar una escala *ordinal* entre las interferencias en los derechos, una escala con tres niveles que pueden ser expresadas numéricamente. Duarte, siguiendo una sugerencia del propio Alexy, lleva hasta nueve los niveles. Ahora bien, sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en presencia de una propiedad claramente definida, como sucede con el test del rayado para la escala de los minerales: un mineral es más duro que otro si y sólo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede rayar al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal, la famosa escala de Mohs, que tiene diez niveles, con el diamante en el nivel máximo de dureza y el talco en el nivel mínimo. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí.

De hecho, los conceptos que anidan tras los derechos fundamentales no acostumbran a presentarse con una sola propiedad, son multidimensionales. No se asemejan a la dureza de los minerales, definida claramente

por el test del rayado, sino que son más similares a nociones como la de elegancia.⁶ Un concepto que, cuando es aplicado a una persona, puede referirse a una adecuada forma de vestir, hablar, caminar, comer, beber, etc. Que alguien sea elegante depende de alguna combinación afortunada de todos estos (y tal vez otros) rasgos. En tales supuestos, no es posible generar una magnitud escalar, puesto que cualquier atribución de elegancia a una persona debe tomar en cuenta varias dimensiones: un modo particular de caminar puede arruinar un vestido espléndido y una manera especial de hablar puede rescatar una combinación desaliñada de prendas de vestir. Muchos pensamos que los varios actores que han desempeñado el personaje de James Bond en el cine son elegantes; sin embargo, lo son de un modo muy diferente. La elegancia de Sean Connery, por ejemplo, es muy distinta de la Roger Moore, que también es muy distinta de la de Daniel Craig. Y ello hace prácticamente imposible establecer una jerarquía de elegancia entre estos actores, no hay esperanza de colocarlos en un rango ordenado.

Y esto es lo que ocurre también, pienso, con conceptos como los de derecho al honor o libertad de expresión. Es, me temo, el contexto el que determina si y en qué medida, por ejemplo, referirse al color de la piel, a la altura, a los orígenes familiares, etc., interfieren en el honor. Es decir, no veo cómo introducir escalas en las interferencias puede resultar tan iluminador como piensan Alexy y Duarte. Algunas veces Alexy (2002b, p. 41) parece ser consciente de este problema:

Las escalas jurídicas sólo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos y esto ni siquiera ocurre así en todos los casos. Como consecuencia, debe descartarse el uso de mediciones calculables con ayuda de un continuo de puntos entre 0 y 1.

Esto quiere decir, lo que parece obvio, que no estamos en condiciones de generar escalas *cardinales*, pero me temo que también es muy difícil establecer en todos los casos escalas meramente *ordinales*, como parece reconocer el propio profesor de Kiel.

⁶ Una idea que usé en Moreso (2017c).

4. Una tensión entre las dos leyes de Alexy

En mi opinión, hay una cierta tensión entre *la ley de la ponderación*, tal como ha sido presentada en la fórmula del peso, y lo que Alexy (2002a, p. 54) llamó *la ley de colisión*:

De un enunciado de preferencia sobre una relación de preferencia condicionada se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia.

Esta ley, *la ley de la colisión*, no está tan presente ni en el Postscript de Alexy (2002a, 2002b) en su *Teoría de los derechos fundamentales*, ni en las posteriores publicaciones de esos años (Alexy, 2003a, 2003b, 2005), aunque recientemente Alexy ha vuelto a hacer uso de dicha ley en dos contribuciones replicando a Barak (2012, 2017) y Ferrajoli (2015) en Alexy (2018, 2020). Es cierto que Alexy (2002b, p. 41) piensa que la fórmula del peso “complementa la ley de colisión y la ley de ponderación”. Ahora bien, me parece que en dicha operación de complementación hay una cierta tensión.

En concreto, la cuestión que quiero analizar es cómo pueden ser compatibles dos tesis diferentes y cruciales en la concepción alexyana, la *tesis de las reglas constitucionales derivadas o adscriptas*: “De una relación de preferencia entre principios en colisión, se deriva una regla *adscripta* (*‘Zugeordnete’* en alemán) en la que el caso concreto puede ser subsumido” (Alexy, 2002a, p. 56). Conforme a esta regla, parece que la ponderación acaba en una subsunción. Sin embargo, según la *tesis del carácter distintivo de la ponderación* parece que “La subsunción y la ponderación son dos operaciones distintas, la primera relacionada con las reglas de la lógica, la segunda con las reglas de la aritmética” (Alexy, 2003b, p. 448).

En su réplica a Barak, Alexy reitera la idea de que la ponderación acaba con una regla derivada bajo la cual el caso en cuestión puede subsumirse (como sostiene Alexy, 2002a). Alexy (2018, pp. 875-876) dice ahora:

La idea de las normas adscriptas de derecho constitucional está íntimamente vinculada con la primera ley básica de la teoría de los principios, la ley de colisión.

Para esta ley, dos conceptos son constitutivos. El primero es la relación de precedencia. Esta relación es simbolizada como 'P'. El segundo es la condición de la precedencia. Es simbolizada por 'C'. El resultado de cada aplicación de la fórmula del peso puede expresarse con este fundamento. La forma estándar es:

$(P_i \ P_j) \ C$

Esta fórmula expresa una relación condicional de precedencia. Ha de ser leída como sigue:

El principio P_i precede al principio P_j en la condición C . El punto decisivo es que esta relación condicional de precedencia implica una regla.

Precisamente es lo que expresa la ley de colisión, que dice así: Si el principio P_i precede al principio P_j en las circunstancias C : $(P_i \ P_j) \ C$, y si P_i da lugar a las consecuencias jurídicas Q en las circunstancias C , entonces una regla válida es aplicable, que tiene a C como prótasis y a Q como apódosis: $C \rightarrow Q$.

Y, con arreglo a estas ideas, concluye:

Esta es una regla muy específica que es justificada por el Tribunal Constitucional fundado en los derechos constitucionales P_i y P_j en conflicto conforme a las dos leyes de la teoría de los principios, la ley de la ponderación, como explicada por la fórmula del peso, y la ley de la colisión. Una regla de este modo justificada es, si la justificación es correcta, una norma adscripta de derechos constitucionales. (Alexy, 2018, p. 876)

Parece de este modo que la ponderación es un mecanismo que nos permite la obtención de una regla derivada o adscripta. Obtenida dicha regla, podemos subsumir el caso en cuestión en ella.

Sin embargo, ¿cómo deben ser comprendidas las circunstancias C , la apódosis de la regla que surge de la previa ponderación? Alexy, como sabemos, insiste en el peso concreto, dado por las circunstancias particulares de la situación a examen. Ahora bien, si esto es así, las circunstancias C son el conjunto de todas las propiedades instanciadas por el caso particular y la regla adscripta sólo es apta para resolver este caso, por así decirlo. Es

decir, no es posible capturar un subconjunto de *propiedades relevantes*, de modo de convertir la regla adscripta en una regla *general*. Tal vez por esta razón, la ponderación es una operación distinta de la subsunción. Subsumir presupone *la generalidad*, supone que podemos identificar ciertas propiedades relevantes que, conjuntivamente, pueden resolver el caso. Ponderar, en cambio, parece de nuevo una operación *particularista*, una operación *ad hoc*.

Entonces, hay una tensión entre las leyes alexyanas de la ponderación y de la colisión. De acuerdo con la ley de la colisión, como veremos, la posición de Alexy no es muy diferente de la estrategia especificacionista que aquí expondré sumariamente en la sección siguiente, porque la ponderación es únicamente una etapa previa a la subsunción; conforme a la ley de la ponderación, hay un mayor margen para la discrepancia, porque la ponderación no deja espacio para la subsunción.

5. ¿Ponderar o especificar?

El texto de Duarte (2026, sección 1) comienza con esta rotunda afirmación:

La ocurrencia de un conflicto normativo para el cual el sistema normativo no contiene una norma aplicable de resolución de conflictos, o bien porque no existe o bien porque las existentes no se aplican a ese conflicto, implica que la determinación del derecho debe hacerse mediante una ponderación.

Mi intención en esta sección es poner en duda la plausibilidad de esta idea. Cuando estamos ante un conflicto normativo, en realidad, caben, al menos, dos posiciones. Dicho en palabras de Shafer-Landau (1995, p. 225):

Cuando nuestros derechos parecen entrar en conflicto con otras consideraciones morales, incluyendo otros derechos morales, podemos resolver la tensión reduciendo el alcance del derecho o bien reduciendo su fuerza.

Reducir la fuerza de los principios comporta considerar que los principios propiamente cubren los casos en los cuales varios de ellos pueden entrar en conflicto, pero en dichos supuestos uno de los principios resulta vencedor, conserva su fuerza, mientras el otro –el vencido– pierde su aplicabilidad al caso concreto. Se trata del enfoque *proporcionalista*, tal como ha sido presentado por Robert Alexy y también por David Duarte.

Reducir el alcance de los principios conservando su fuerza representa considerar la formulación de los principios como incompleta y *expandirla*⁷ de modo que, conservando el alcance, los principios debidamente reformulados no entren ya en conflicto. Se trata de la posición que he tratado de defender en diversos trabajos (Moreso, 2004, 2012b, 2017a, 2017b, 2023) y que podemos denominar enfoque *especificacionista*.⁸

Lo haré valiéndome del caso Titanic propuesto tantas veces por Alexy. El caso *Titanic*⁹ es un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado “asesino nato” y, en otra edición posterior, “tullido” a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser convocado de nuevo para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional alemán consideró que mientras llamar al oficial “asesino nato” era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar “tullido” a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea que por este segundo apelativo el Tribunal desestimó el recurso de amparo y sólo lo estimó por el apelativo “asesinato nato”.

⁷ Dancy (2004, p. 11) llama a esta posición “expansionismo”.

⁸ Y que se inspira en algunas ideas de Hare (1952, pp. 48-55 y pp. 60-65), Hurley (1989, 1990), Richardson (1990), Bayón (2001), Atienza y Ruiz Manero (2001) y Scanlon (2000). Con atención especial al particularismo y al modo en que una posición como esta puede preservar un espacio conceptual para los principios generales, véase Sinnott-Armstrong (1999), Holton (2002), MacKeever y Ridge (2006) y Väyrynen (2006).

⁹ Véase BVerfG, *Titanic*, 86 BVerfGE 1.

En este caso se ponen de manifiesto los problemas que he señalado, creo, en la concepción de Alexy. En primer lugar, ¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, como he tratado de argüir, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión y una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial “asesino nato” es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de “tullido” es gravísima (que, por cierto, no es una categoría presente en la clasificación tripartita de Alexy, aunque en la versión de Duarte, podría ser grave-grave)?¹⁰ Y ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales con este método: en el caso de la expresión “asesino nato” la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de “tullido” ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?

Por estas razones, creo que es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–,¹¹ a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como supuesto el caso del *Titanic*.

¹⁰ Alexy parece consciente de algunos de estos problemas (Alexy, 2002b, pp. 34-35).

¹¹ Para esta noción de principios véase Atienza y Ruiz Manero (1996, capítulo 1).

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *universo del discurso*.¹² Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo a un conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso del *Titanic*, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas.

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente.¹³ Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama de prostitución infantil es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de información cede ante el derecho al honor y b) publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un supuesto en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro

¹² Alchourrón y Bulygin (1971, capítulo 1).

¹³ Véase, para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, Dworkin (1986, pp. 255-257), Hurley (1989, p. 212), Endicott (1998).

supuesto son claramente relevantes las siguientes propiedades: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz (tal como ello es entendido por muchos altos Tribunales, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada),¹⁴ y que la noticia no sea injuriosa.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial, aunque reducen el alcance de los principios. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito norma-

¹⁴ Se trata de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), en donde se aplica el denominado “malice test: ‘knowledge of falsehood or reckless disregard for falsity’”. recogida por muchos Tribunales Constitucionales europeos. Para España (que, por otra parte, en el propio texto constitucional, en el art. 20.1 d) reconoce explícitamente el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz...” pueden verse, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, de 21 de enero; STC 40/1992, de 30 de marzo y STC 240/1992, de 21 de diciembre.

tivo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que, en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso.¹⁵ Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

Es obvio que en muchos casos individuales la solución ofrecida por una y otra reconstrucción será la misma. No obstante, insistiré en aquello que las distingue. La concepción aquí defendida requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas *relevantes*. Guiar el comportamiento es, en realidad, seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas. Obviamente que esta selección de propiedades no está en disposición de resolver todos los casos individuales, principalmente porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán casos de duda: ¿Es determinada expresión un *insulto* o no, como por ejemplo llamar al oficial de la reserva “asesino nato” en el contexto satírico de la revista *Titanic*? Esta podría ser una forma de reconstruir la decisión del Tribunal Constitucional alemán con el esquema presentado. La ventaja, en mi opinión, es que el Tribunal en el futuro sólo ha de plantearse si determinada expresión es o no injuriosa y no el grado de interferencia de dicha expresión en la libertad de información.

Por otra parte, en la concepción especificacionista no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia.

Por último y más importante: el modelo de Alexy está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito deter-

¹⁵ Como es obvio esta operación representa el cambio de las reglas del sistema normativo y, por lo tanto, del sistema normativo aplicable. Sin embargo, este cambio es compatible con el hecho de que la solución de los casos realmente ocurridos en el pasado sea la misma para los dos sistemas normativos. Véase el desarrollo de esta idea en Moreso (2002).

minado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados.

Considero la estrategia *especificacionista* razonable. Sin embargo, para que dicha estrategia sea convincente debe ser sometida a dos limitaciones importantes. Por una parte, dicha especificación contendrá siempre, entre las circunstancias que permiten revocar la obligación moral a la que en principio llevan determinadas propiedades –llamémoslas *defeaters*–, conceptos morales. Supongamos que yo he prometido ir esta noche a cenar a casa de un amigo. Si mi amigo me llama para decirme que si no termino el artículo que estoy escribiendo puedo no ir a su casa, este hecho socava la razón para cumplir la promesa, se trata de un *underminer*, una *causa de suspensión*. Ahora bien, si mi amigo me llama para decirme que está muy cansado y que no se siente con fuerzas para cocinar esta noche, entonces este hecho cancela mi obligación de un modo diverso al anterior: no sólo la socava, sino que me ofrece una razón para no ir a su casa, se trata de un *reverser*, una *causa de inversión*. Y si yo sufro mareos y no me encuentro bien para ir a su casa, entonces mi responsabilidad es anulada mediante una *excusa*. Por otra parte, si es mi mujer la que me llama desde el hospital en el que ha sido ingresada entonces el deber de acudir al hospital revoca el deber de cenar con mi amigo, se trata de un *override*, una *causa de anulación*. Como dice Walter Sinnott-Armstrong, al que se deben estas ideas y esta terminología: “Override, underminers, reversers, and excuses are, then, all reason *defeaters*” (anulaciones, suspensiones, inversiones y excusas son, entonces, todas ellas causas de revocación de las razones).¹⁶

Entonces, los principios morales deben ser formulados incluyendo sus *defeaters*. Ahora bien, los defeaters siempre contendrán conceptos morales. Sólo en este sentido es posible *codificar* los principios morales. Es claro que, al menos, por razones epistémicas no podemos codificar todos los *defeaters* acudiendo únicamente a propiedades naturales. Además, dadas las infinitas descripciones posibles de las acciones, es plausible pensar que también dicha tarea es irrealizable por razones conceptuales. Este es el sentido en el cual el universalismo puede ser adecuado: hay principios morales, ahora

¹⁶ Véase, Sinnott-Armstrong (1999, p. 5). He intentado ofrecer una tentativa taxonomía de los *defeaters* en Moreso (2020b).

bien –y esta es la concesión al particularismo– que contienen necesariamente conceptos evaluativos. Podemos de este modo revisar los antecedentes de nuestros principios *prima facie* haciéndolos más específicos, pero con el coste de incorporar en ellos, como *defeaters*, conceptos evaluativos.

Así es como, por otra parte, están codificadas las normas jurídicas. Si alguien mata a otro, comete un homicidio castigado, en principio, por el código penal; pero dicha acción no es punible si ha sido realizada en legítima defensa o en estado de necesidad o cualquiera del resto de causas de justificación, o ha sido realizada en presencia de alguna de las causas de exculpación (trastorno mental, por ejemplo). Las causas de justificación y las excusas son los *defeaters* en la codificación de las normas penales. Dichos *defeaters* están de hecho formulados de tal modo que incorporan conceptos evaluativos (en el caso de la legítima defensa, que la agresión a la que se responde sea *ilegítima*, que no mediare provocación *suficiente*, etc.) Si alguien realiza un contrato de compraventa, obligándose a la entrega de un coche a cambio de un precio, tal contrato es válido siempre que no medien, por ejemplo, algunos vicios del consentimiento. Es decir, las obligaciones en el derecho privado están también sujetas a *defeaters*: los contratos son nulos si son contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, son también nulos si se otorgan con algún vicio del consentimiento (error, coacción, etc.). Como puede apreciarse, también en este caso los *defeaters* contienen conceptos evaluativos.

No veo razones para rechazar este punto de vista para la moral, ni desde el punto de vista conceptual, ni desde el punto de vista justificativo. Ni siquiera Jonathan Dancy (1993, 2017), el mayor defensor contemporáneo del particularismo moral, rechaza esta posibilidad. Ahora bien, Dancy replica diciendo que de este modo no conseguimos todavía dar forma (*shape*) a las propiedades naturales sobre las que las propiedades morales supervienen, puesto que ahora queda por averiguar sobre qué propiedades naturales supervienen los *defeaters*. Es decir, esta forma de universalismo no es más que un particularismo disfrazado de universalismo, un lobo con piel de cordero. Es un argumento similar al de Bruno Celano (2006). Celano sostiene que no hay ningún modo estable de llevar a cabo la revisión desde nuestros condicionales derrotables hasta los condicionales inde-
rrotables y no lo hay porque la noción de una tesis de relevancia última está

mal formada. La tesis de relevancia última es aquella que establece cuáles son las propiedades naturales relevantes de un modo exhaustivo¹⁷ y, según Celano, no hay esperanzas de alcanzar tal objetivo. Según Celano (2006, 2023), el conjunto de las combinaciones de las propiedades potencialmente relevantes, que toman en cuenta la historia del caso, no es agotable.

Estas consideraciones de Celano y de Dancy nos llevan a otra limitación del universalismo. Concedo, sin más argumentos, que en la codificación de las normas morales (y jurídicas) no puede irse más allá de principios o normas con *defeaters* evaluativos. Sin embargo, el discurso de aplicación de dichas codificaciones puede ir más allá. Sería irrazonable suponer que, enfrentados a un problema moral, debamos reconstruir todos nuestros principios morales válidos para todas las acciones humanas posibles. Es más sensato considerar que podemos adoptar un determinado universo del discurso, es decir, un conjunto determinado de acciones humanas. Por ejemplo, el conjunto de las acciones de devolver los libros que tenemos en préstamo. Tal vez en este caso, podamos alcanzar algo como una tesis de relevancia. Son relevantes, con seguridad, el plazo de tiempo por el que tenemos el préstamo, el hecho de que el que nos lo prestó sea su verdadero propietario (no es un libro sustraído de la biblioteca universitaria, por ejemplo), debemos incluir también las justificaciones (tuvimos que ausentarnos de la ciudad por un tiempo) y las excusas (lo dejamos olvidado en un cambio de domicilio). Así limitada a un universo de acciones y a un subconjunto de las normas aplicables, creo que es razonable aspirar a obtener una tesis de relevancia manejable. Por otro lado, así operan los juristas cuando se enfrentan a un caso real o hipotético: toman en cuenta un universo del discurso delimitado y un subconjunto de normas jurídicas (no todas las normas jurídicas, ya que no es sensato, aunque son un conjunto finito –si nos limitamos a las normas formuladas y no tomamos en cuenta las derivadas–, pensar en una reconstrucción global de todas ellas). Para *microsistemas* así concebidos la operación de revisión estable es alcanzable y permite pasar, en este contexto delimitado, de la formulación de *defeaters* evaluativos a *defeaters* descritos mediante propiedades naturales.

¹⁷ La noción de tesis de relevancia se halla en Alchourrón y Bulygin (1971, capítulo VI.) Véase también Rodríguez y Súcar (1998), Rodríguez (2000) y Navarro, (2020).

Obviamente que se trata, por definición, de reconstrucciones incompletas. También es verdad, como quieren los particularistas, que dichas reconstrucciones dependen del contexto, pero no dependen –como arguyen los particularistas– del contexto establecido por las circunstancias del caso concreto, sino que dependen del contexto del problema normativo seleccionado. Es decir, en un contexto normativo así delimitado, hay propiedades naturales uniforme e invariablemente relevantes.

6. Frónesis aristotélica para concluir

Alguien puede considerar, con razón, que esta defensa del generalismo concede demasiado al particularismo, dado que sólo tenemos principios morales si los concebimos como incorporando conceptos evaluativos y en el razonamiento práctico el juego de estos principios está delimitado por el contexto del universo del discurso seleccionado y de los principios morales que consideramos aplicables. Sin embargo, aún con estos límites, la imagen del razonamiento práctico que obtenemos permite la subsunción de casos individuales en pautas generales y deja un razonable espacio para la articulación y la consistencia de las decisiones. Esta concepción del razonamiento práctico vale, en mi opinión, tanto para la moral cuanto para el derecho.

Creo que la estrategia de la *especificación* es más adecuada que la estrategia de la *ponderación* cuando nos enfrentamos con decisiones que involucran pautas generales en conflicto. Sin embargo, el modo tan detallado y articulado en el cual David Duarte presenta y defiende su estrategia de la ponderación nos hace más conscientes de su naturaleza y de su alcance y nos obliga a afinar nuestras objeciones y a tratar de articular mejor nuestra alternativa.

Quiero decir, para terminar, que me complacería que las ideas presentadas aquí sean sólo un desarrollo de la concepción aristotélica de la deliberación práctica, de la *frónesis* aristotélica.¹⁸ El cómo y por qué deberán, me temo, aguardar a otra ocasión.

¹⁸ En la línea, por ejemplo, del capítulo 6 de Wiggins (1987) o del capítulo 10 de Nussbaum (2001).

Bibliografía

- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (1971). *Normative systems*. Nueva York y Wien: Springer.
- Alexy, R. (2002a). *A theory of constitutional rights* (trad. J. Rivers). Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2002b). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64.
- Alexy, R. (2003a). Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, 16, 131-140.
- Alexy, R. (2003b). On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, 16, 433-449.
- Alexy, R. (2005). Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3, 572-581.
- Alexy, R. (2013). El no positivismo incluyente. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 15-23. DOI <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.01>
- Alexy, R. (2018). Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*, 16, 871-879.
- Alexy, R. (2020). Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales. *Revista Cubana de Derecho*, 1(2), 39-52.
- Alexy, R. (2021). *Law's ideal dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (2001). Rules and principles revisited. *Associations*, 4, 147-156.
- Azevedo, S. (2024). Ponderação: Teorias e principais críticas. *e-Pública*, 11(1), 130-150.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barak, A. (2017). A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship Between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality. En M. Borowski, S. L. Paulson, y J. R. Sieckmann (eds.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtsdogmatik. Robert Alexys System* (pp. 347-357). Tübingen: Mohr Siebeck.

- Bayón, J. C. (2001). Why is legal reasoning defeasible? In A. Soeteman (ed.), *Pluralism and law* (pp. 327-346). Dordrecht: Kluwer.
- Celano, B. (2006). Pluralismo ético, particularismo y caracterizaciones de deseabilidad: El modelo triádico. *Ragion Pratica*, 1, 133-150.
- Celano, B. (2023). Dog law. En T. Endicott, H. D. Kristjánsson, y S. Lewis (eds.), *Philosophical foundations of precedent* (pp. 214-226). Oxford: Oxford University Press.
- Dancy, J. (1993). Defending particularism. *Metaphilosophy*, 30, 24-32.
- Dancy, J. (2004). *Ethics without principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Dancy, J. (2017). Moral particularism. En E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Duarte, D. (2010). Normative conditions of balancing: Drawing up the boundaries of normative conflicts that lead to balances. En J. Sieckmann (ed.), *Legal reasoning: The methods of balancing* (pp. 51-62). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Duarte, D. (2018). Gains and losses in balancing social rights. En D. Duarte y J. S. Sampaio (eds.), *Proportionality in law: An analytic perspective* (pp. 49-70). Cham: Springer.
- Duarte, D. (2021). From constitutional discretion to the positivist weight formula. En J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, balancing, and rights* (pp. 21-73). Cham: Springer.
- Duarte, D. (2026). Una vez más: La fórmula positivista del peso. *Discusiones*, 36(1).
- Endicott, T. (1998). Herbert Hart and the semantic sting. *Legal Theory*, 4, 283-301.
- Ferrajoli, L. (2015). Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy. *Rivista di filosofia del diritto*, IV (1), 37-52.
- García Amado, J. A. (2019). *Ponderación judicial: Estudios críticos*. Puno: Zela.
- Hare, R. M. (1963). *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Holton, R. (2002). Principles and particularisms. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 76, 191-210.
- Hurley, S. (1989). *Natural reasons*. Oxford: Oxford University Press.

- Hurley, S. (1990). Coherence, hypothetical cases, and precedent. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 221-255.
- Lopes, P. M. (2017). The syntax of principles: Genericity as a logical distinction between rules and principles. *Ratio Juris*, 30, 471-490. DOI <https://doi.org/10.1111/raju.12183>
- McKeever, S., & Ridge, M. (2006). *Principled ethics: Generalism as a regulative ideal*. Oxford: Oxford University Press.
- Moreso, J. J. (2000). Derechos y justicia procesal imperfecta. *Discusiones*, 1, 15-52.
- Moreso, J. J. (2002). Conflitti tra principi costituzionali. *Ragion Pratica*, 18, 201-221.
- Moreso, J. J. (2004). Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. En J. Betegón et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 473-493). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. J. (2012a). Alexy und die Arithmetik der Abwägung. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 98(3), 411-420.
- Moreso, J. J. (2012b). Ways of solving conflicts of constitutional rights: Proportionalism and specificationism. *Ratio Juris*, 25(1), 31-46.
- Moreso, J. J. (2017a). Atienza: Dos lecturas de la ponderación. En J. Aguiló Regla y P. P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial* (pp. 205-220). Lima: Palestra.
- Moreso, J. J. (2017b). Moral complications and legal structures. En M. Borowski et al. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* (pp. 359-374). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Moreso, J. J. (2017c). Marry me a little: How much precision is enough in law? *Droit et Philosophie*, 9(1), 45-67.
- Moreso, J. J. (2020a). Regreso a Villa Valeria. En P. A. Ibáñez, P. Grández Castro, B. Marciani Burgos y S. Pozzolo (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Pietro Sanchís*. (pp. 85-113). Lima: Palestra.
- Moreso, J. J. (2020b). Towards a taxonomy of normative defeaters. En S. Berteau (Ed.), *Contemporary perspectives on legal obligation* (pp. 173-186). Londres: Routledge.

- Moreso, J. J. (2023). Maneras de resolver los conflictos entre derechos: Una estrategia especificacionista. En R. Caballero Hernández y R. Ortega García (eds.), *La interpretación y aplicación de los derechos humanos* (pp. 161-196). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Navarro, P. E. (2020). Lagunas en el derecho y casos irrelevantes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, 159-187.
- Nussbaum, M. C. (2001). *The fragility of goodness* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Prieto Sanchís, L. (2016). Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica Jurídica Hispalense*, 14, 263-279.
- Rodríguez, J. L. (2000). Axiological gaps and normative relevance. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 86, 151-167.
- Rodríguez, J. L. y Súcar, G. (1998). Las trampas de la derrotabilidad. *Analisi e Diritto*, 1998, 277-305.
- Richardson, H. S. (1990). Specifying norms as a way to resolve concrete ethical problems. *Philosophy & Public Affairs*, 19, 279-310.
- Sampaio, J. S. (2021). Brute balancing, proportionality and meta-weighting of reasons. En R. Sieckmann (Ed.), *Proportionality, balancing, and rights* (pp. 49-84). Cham: Springer.
- Scanlon, T. M. (2000). Intention and permissibility. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 74, 301-317.
- Shafer-Landau, R. (1995). Specifying absolute rights. *Arizona Law Review*, 37, 209-225.
- Schlink, B. (2011). Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2, 291-302.
- Sinnott-Armstrong, W. (1999). Some varieties of particularism. *Metaphilosophy*, 30, 1-12.
- Väyrynen, P. (2006). Moral generalism: Enjoy in moderation. *Ethics*, 116, 707-741.
- Vicent, M. (1996). *Jardín de Villa Valeria*. Madrid: Alfaguara.
- Wiggins, D. (1987). Deliberation and practical reason. En D. Wiggins, *Needs, values, and truth* (pp. 221-240). Oxford: Basil Blackwell.

Jurisprudencia

New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (US Supreme Court, 1964).

STC 6/1988 (Tribunal Constitucional de España, 21 de enero de 1988).

STC 40/1992 (Tribunal Constitucional de España, 30 de marzo de 1992).

STC 240/1992 (Tribunal Constitucional de España, 21 de diciembre de 1992).

STC 51/2008 (Tribunal Constitucional de España, 14 de abril de 2008).

STS 822/2004 (Tribunal Supremo de España, de 12 de julio de 2004).

