

En Lisboa, en los confines de Iberia, hay una “escuela” que se gobierna y no se deja gobernar

*In Lisbon, on the Margins of Iberia, There is a “School” That
Governs Itself and Does Not Allow Others to Govern It*

Pedro Moniz Lopes*

Recepción y evaluación de propuesta: 10/10/2025

Aceptación: 12/02/2026

Recepción y aceptación final: 17/03/2026

En los confines de Iberia hay un pueblo que ni se
gobierna ni se deja gobernar.

Gaius Julius Caesar

Resumen: Los objetivos principales de esta introducción son tres: (i) presentar el texto de David Duarte sobre la fórmula positivista de peso y resumir los principales ejes de crítica desarrollados por sus comentaristas; (ii) esbozar la trayectoria del Grupo de Lisboa (el llamado ‘Lisbon Legal Theory’) y el papel desempeñado por David Duarte en la formación y consolidación de este espacio académico y (iii) señalar mis cuatro críticas a la propuesta de Duarte.

Palabras claves: Teoría del derecho, ponderación, fórmula del peso, positivismo.

* Doctor en Derecho por la Universidade de Lisboa, Portugal. Profesor Adjunto de la Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Investigador Principal de *Lisbon Public Law Research Centre* – Coordinador de Teoría y Filosofía del Derecho. Miembro de *Lisbon Legal Theory* (<https://lisbonpubliclaw.pt/en/lisbon-legal-theory/>), Portugal. Correo electrónico: plopes@fd.ulisboa.pt.

Abstract: The main objectives of this introduction are threefold: (i) to present David Duarte's text on the "positivist weight-formula" and to summarize the main points of critique developed by his commentators; (ii) to outline the trajectory of the Lisbon Group (the so-called "Lisbon Legal Theory") and the role played by David Duarte in the setting up and consolidation of this academic space; and (iii) to point out my own four criticisms of Duarte's proposal.

Keywords: Legal Theory, Balancing, Weight Formula, Positivism.

1. Introducción

Mi propósito en esta breve introducción es bastante modesto. Cuando me invitaron a colaborar en la organización de este número de Discusiones, le respondí que sería un honor para mí; sin embargo, rápidamente acordamos que mi misión sería fundamentalmente organizativa y consistiría en redactar una breve introducción, tanto sobre el autor comentado como sobre el grupo de Lisboa al que ambos pertenecemos: el denominado "Lisbon Legal Theory".

El número que ahora se publica se centra en una exposición y posterior apreciación crítica del pensamiento de David Duarte sobre la ponderación, tal y como se sintetiza en el artículo "Una vez más: la fórmula positivista del peso" (2026). A diferencia de la estructura de los principios y su análisis lógico y lingüístico, que me fascinan particularmente, los ajustes y refinamientos de la fórmula de Alexy, como punto de partida, son temas que últimamente, para bien o para mal, me han suscitado solo un interés indirecto. En verdad, a Duarte (y, en realidad, también a Sampaio) les corresponde el mérito exclusivo de situar a Lisboa en el centro del debate sobre la ponderación. También les corresponde el mérito exclusivo de continuar con ahínco y resiliencia, basándose en teorías y visiones distintas que no siempre son compatibles, la disección progresiva y detallada de la fórmula de Alexy. En el caso particular de Duarte, se trata de un análisis progresivo tendiente al "noble sueño", que es el suyo, de crear una fórmula que descarte a todos aquellos elementos que, en su expresión, son "parásitos morales".

Además de un autor de prestigio como David Duarte, este número cuenta con comentaristas de renombre, con diversos enfoques e intereses: Chiara Valentini, Juliano Maranhão y João Sgarbi, Jorge Silva Sampaio, Marco Segatti, J.J. Moreso, Víctor García Yzaguirre. Soy un lector atento e interesado de sus trabajos y aunque ellos no necesitan presentación, a los efectos de presentar el debate, elaboraré un breve esquema de sus propuestas.

2. El debate acerca de la fórmula propuesta por David Duarte

Las principales ideas introducidas por los comentaristas a lo largo de estos trabajos son las que se indican a continuación.

Chiara Valentini, de la Universidad de Bolonia, examina hasta qué punto es posible aislar la reconstrucción de la fórmula de peso del discurso moral resulta practicable; especialmente en el ámbito constitucional, donde las normas terminan por vincularse de manera ineludible con valores y principios que requieren ser ponderados según el contexto, y en el que la etapa decisiva de balance se conecta con las fases de determinación del fin, adecuación y necesidad. Del mismo modo, ella pone en duda la conveniencia de prescindir de la dimensión moral a la luz de la cultura de la justificación, la cual demanda apertura, razonamiento explícito y deliberación pública. Por último, se recupera la doctrina del doble efecto para destacar la estructura normativa que subyace al juicio de proporcionalidad.

Juliano Maranhão y João Sgarbi, de la Universidad de São Paulo, señalan que la proporcionalidad solo establece límites a la discrecionalidad de las autoridades, pero que los modelos de balance vinculan las decisiones a relaciones de preferencia entre derechos. Como trasfondo de esa discusión se encuentra el debate entre positivismo y antipositivismo, especialmente la tesis de Alexy sobre la conexión entre derecho y moral. Los autores destacan que, aunque las tesis de Duarte se aproximan al positivismo, rechazando supuestos ontológicos incrustados en la moralidad, el modelo de Alexy puede reinterpretarse como un marco independiente de racionalidad argumentativa, útil para acotar el razonamiento judicial sin asumir compromisos morales o metafísicos

Según Jorge Silva Sampaio, de la Universidad de Lisboa, la fórmula positivista de peso propuesta por Duarte pretende ofrecer una versión más fiel a las prácticas jurídicas y a sus contenidos normativos, pero en su ensayo procura destacar que enfrenta importantes dificultades conceptuales. Entre otras observaciones, él desarrolla una objeción decisiva: la naturaleza cardinal precisa de las escalas utilizadas en la fórmula, que reactiva con toda su fuerza la objeción de la incommensurabilidad. Para superar estas dificultades, Silva Sampaio ofrece de forma sucinta una propuesta alternativa: el “modelo de las razones”, basado en el aparato conceptual del razonamiento práctico

En su ensayo, Marco Segatti, de la Universidad de Génova, ofrece un examen crítico de la fórmula del peso de Alexy y de la versión positivista desarrollada por Duarte, valorando tanto sus alcances como sus limitaciones dentro del razonamiento jurídico y práctico. En primer lugar, se aborda la cuestión de la primacía de la libertad y de la ponderación entre libertades en conflicto pertenecientes a distintos individuos. En segundo lugar, se considera el problema de las dinámicas intertemporales, subrayando que tanto la propuesta de Alexy como la de Duarte tienden a dejar fuera la consideración de las consecuencias futuras derivadas de las decisiones presentes. En tercer lugar, se plantea la dificultad que supone la heterogeneidad de los intereses amparados bajo un mismo principio. La conclusión sostiene que, pese a no ofrecer soluciones plenas a estos desafíos de orden práctico y estructural, ambas fórmulas representan un intento valioso de dotar de transparencia al análisis y a la crítica, evitando que el razonamiento práctico se reduzca a intuiciones opacas o a meras expresiones retóricas sin control.

Para José Juan Moreso, de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, el texto de Duarte puede ser considerado como una extensión del enfoque de Alexy, pero con divergencias y matices, que expone en las primeras secciones de su ensayo crítico. En gran medida, Moreso dedica una parte de su trabajo a la reconstrucción de la “fórmula positivista” elaborada por Duarte como alternativa a la propuesta de Alexy. Sin embargo, en mi opinión, el núcleo de las observaciones más importantes de Moreso se refieren a la generación de las escalas, en especial de las escalas de interferencias (que analiza en la sección tercera) y una cierta tensión que anidaría entre la ley de la ponderación y la ley de la colisión (que analiza en la sección cuarta). Finalmente,

propone una alternativa al modelo de ponderación, que puede considerarse “especificacionista” y que básicamente consiste en reducir el alcance de los principios conservando su fuerza. Ello requiere considerar la formulación de los principios como incompleta y reformularla para que, conservando su alcance, los principios reformulados ya no entren en conflicto.

En su propuesta, Víctor García Izaguirre, de la Universidad de Tarapaca, Chile, sintetiza las objeciones que Duarte dirige a la formulación original de Robert Alexy, así como las modificaciones que sugiere. Y, luego, articula sus observaciones en tres ejes: (i) la fundamentación del peso abstracto en la fórmula y su necesaria conexión con razones de índole moral; (ii) las consecuencias que se derivan del carácter excluyente de la norma sustantiva en relación con la operatividad de los principios formales; y (iii) los problemas asociados a una posible disgregación entre premisas empíricas y premisas normativas.

Por supuesto, con estas líneas no pretendo resumir los méritos de sus propuestas ni las principales objeciones presentadas por los comentaristas a la “nueva fórmula” de Duarte. El lector podrá juzgarlas mejor en sus propias palabras.

Finalmente, en el último apartado de esta introducción presentare cuatro apreciaciones *en passant* que, en mi opinión, dejarán claro mi escepticismo frente a la empresa de Duarte. Subrayo que se trata de un escepticismo que no desvaloriza, en modo alguno, el esfuerzo y la creatividad emprendidos por Duarte en su tarea.

3. Una “escuela” en los confines de Iberia: el “Grupo de Lisboa” y el papel de Duarte

El Grupo de Lisboa nació hace diez años, en 2015, poco después de la celebración del “Imperia” –en aquel momento, un encuentro hispano-franco-italiano sobre teoría del derecho– en Alicante. En este encuentro participamos Duarte y yo mismo tras un infausto, pero divertido, viaje en coche. En realidad, es difícil describir a un “dúo” como un “grupo”. No me preocuparé ahora por las ambigüedades lingüísticas, pero se trataba realmente de un “dúo”. Una pareja particularmente desequilibrada: Duarte

estaba relativamente consolidado en el panorama internacional de la teoría del derecho; ya había hecho más que suficiente para ser reconocido por su nombre y por los temas tratados en artículos publicados. Yo esperaba la defensa de mi tesis doctoral bajo la supervisión de Duarte y, mientras tanto, daba mis primeros pasos internacionales.

El dinamismo, el espíritu emprendedor, la capacidad organizativa, la obstinación y la voracidad de Duarte se ilustran más fácilmente que se describen. Un día después de llegar a Alicante, Duarte había conseguido por sí solo que Lisboa fuera la sede del “Imperia” de 2016. Al año siguiente, por tanto. De la nada tenía que surgir algo.

Es importante señalar que, en 2015, prácticamente no existía ninguna tradición filosófica consolidada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (FDUL). Al igual que en Alemania, la FDUL se divide en cuatro departamentos: derecho privado, derecho público, derecho económico e historia del derecho. La filosofía y la teoría del derecho es algo que, aún hoy, se comparte entre los cuatro departamentos. Esta circunstancia perturba, por sí sola, la consolidación de cualquier escuela filosófica. Para bien o para mal, también perturba la creación de relaciones verdaderamente discipulares. Ese es nuestro destino, pero también es nuestra marca. Probablemente sea nuestra ventaja.

Si la tradición filosófica consolidada era casi inexistente en Lisboa, la tradición analítica era totalmente nula. A excepción de algunos nombres vagamente asociados a la Facultad de Derecho, pero ya ausentes de la misma, como Sousa e Brito (jubilado) y Duarte d’Almeida (en aquel momento entre Oxford y Edimburgo y posteriormente en Lisboa, desde 2022, aunque en otra universidad), la bandera de la teoría analítica la enarbolaba en solitario Duarte.

En realidad, nunca consideré estas circunstancias como negativas. Naturalmente, la creación de un departamento de teoría y filosofía del derecho es atractiva. Pero el hecho de que tanto Duarte como yo, así como la totalidad de los miembros actuales de *Lisbon Legal Theory*, pertenezcamos al departamento de derecho público tuvo (y tiene) ventajas evidentes. Creo que es Guastini quien afirma algo así como “para entender la filosofía del derecho, es necesario entender el derecho positivo”. En lo que a mí respecta, realizar un análisis conceptual de los conceptos centrales del derecho

—especialmente el público— fue una tarea parcialmente simple, dado que yo seguía el camino de la dogmática hacia la teoría y la filosofía. Los años de docencia en derecho constitucional y derechos fundamentales fueron particularmente útiles para el debate de los problemas teóricos planteados por la ponderación. Los conocimientos de la teoría general del derecho administrativo fueron fundamentales para debatir conceptos centrales como “validez” y “eficacia”. Años después, no lamento ese camino recorrido.

Con este telón de fondo, fue en el departamento de derecho público de la FDUL donde comenzaron a surgir las primeras presencias en las reuniones informales del “Grupo de Lisboa”, en la sala del segundo piso de los despachos de los profesores. Duarte siempre fue el *caput scholae* del Grupo. A pesar de rechazar repetidamente ese epíteto, siempre fue el agente instigador, el que presidía las reuniones, el que determinaba el orden a seguir. Aunque parezca paradójico, no veo imposible la existencia de un *caput scholae* sin que exista, en el sentido habitual de la palabra, una verdadera “escuela de pensamiento”. Quizás la haya, quizás la haya habido, quizás llegue a existir. Es algo que me cuesta analizar desde dentro. La monstruosidad de tareas, responsabilidades y proyectos que Duarte cargó sobre sus hombros (y, luego, en un nivel sustancialmente menor, sobre los míos) no le dejaba más opción que consolidarse como líder natural del grupo.

No es de extrañar que muchos miembros del grupo, yo incluido, le debemos interminables horas de debate sobre temas que él mismo planteó y exploró inicialmente. Al inicio del Grupo, las primeras ideas eran de Duarte; las primeras dudas eran de Duarte; la literatura sugerida era de Duarte; la indicación de conferencias sobre diversos temas era de Duarte. Y, por supuesto, era de Duarte la firme convicción de que los miembros del Grupo estarían, más temprano que tarde, sujetos al escrutinio de las rigurosas audiencias internacionales de la teoría del derecho. A todo esto, se sumaba el punto fundamental: era de Duarte la afirmación (a veces con la arrogancia provocadora de “una evidencia”, pero siempre con la intención de ser falsable) de varias proposiciones sobre el tema discutido, proposiciones que servían de combustible para el desafío de la refutación por parte de los miembros del Grupo. El desafío de contrarrestar el pensamiento imperante —personificado por el *caput scholae* que no quería serlo—

se abstrajo y se convirtió entre nosotros en la obsesión científica general del cuestionamiento y el análisis.

No tengo la menor duda de que Duarte era perfectamente consciente de que la dimensión provocativa de sus proposiciones “evidentes” (como tantas veces las califica) servía de estímulo para los más jóvenes. Como algunos de nuestros invitados podrán atestiguar, la cultura del Grupo de Lisboa siempre fue la de debates abiertos e intensos (como su *caput scholae*), poco propicia para las almas sensibles (también como su *caput scholae*). Quizás esa sea la verdadera “escuela de Lisboa”: más que la plataforma inicial de intereses comunes, un “nullius in verba” lusitano y muy particular. Si a veces las reuniones se asemejaban al toque de queda para la creación de un ejército homogéneo, otras veces parecía seguro que los miembros iban a luchar entre sí.

4. De la nada, en efecto, surgió algo: el *Lisbon Legal Theory*

El grupo tuvo miembros fluctuantes, pero pronto se estableció una línea firme. A Duarte y a mí se nos unió Sampaio, que defendió su tesis doctoral en 2022. A partir de aquí se abre una nueva brecha generacional, con la incorporación de Ana Escher (que alcanzó su grado de doctora en 2023), Sara Azevedo y Gonçalo Fabião, que actualmente están escribiendo sus disertaciones doctorales, respectivamente sobre los temas “Tiempo, derecho y retroactividad” y “Restricciones normativas a los derechos fundamentales”.¹ Como es habitual en Lisboa, las tesis de los miembros se elaboran entrelazando la teoría del derecho con el derecho público.

Durante varios años, este fue el núcleo en torno al cual orbitaban presencias, a veces entusiastas y fugaces, a veces perdidas, pero siempre resilientes. El grupo funcionaba esencialmente sobre la base de lecturas de artículos seleccionados, desde los clásicos hasta los recién publicados, evolucionando inicialmente hacia *workshops* internos y, posteriormente, hacia *workshops* internacionales con una impresionante periodicidad prácticamente mensual (a menudo superior).

¹ También José Coimbra, aunque otros intereses le han llevado a una presencia menos asidua.

El grupo se profesionalizó, adoptó el nombre de *Lisbon Legal Theory* y pasó a formar parte del centro de investigación en derecho público (*Lisbon Public Law Research Centre*), organizado en cuatro áreas de investigación: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional y teoría y filosofía del derecho.² Fue en este centro de investigación –el único en Portugal evaluado internacionalmente con la nota más alta en dos períodos consecutivos– donde *Lisbon Legal Theory* se consolidó, alcanzando la sofisticación y agilidad necesarias. *Workshops* internacionales, proyectos cofinanciados, un *staff* reactivo y adecuado, *Annual Lectures*, *Annual Meetings*, *Work in Progress*, *Advanced Series*, intercambio de profesores, etc. No hay otra forma de hacer las cosas en la actualidad.

La presencia pendular de Domingos Farinho (profesor de Derecho Público y líder del Grupo de *Digital Rights and Freedoms*) se hizo más frecuente, hasta el punto de pasar a formar parte del Grupo. Le siguieron Tiago Barboza (el primer miembro internacional, de Brasil), Vlada Kaplina (el segundo miembro internacional, de Ucrania) y Bruno Assalin (el tercer miembro internacional, también de Brasil), todos ellos en diferentes fases de elaboración de sus respectivos doctorados. Es también en este momento cuando el Grupo cuenta con investigadores internacionales, en residencia permanente o esporádica: Pablo Navarro, Pedro Caballero, Julieta Rábanos, Anna de Giuli, entre muchos otros.

Agradezco al director de la revista *Discusiones* la posibilidad de hacer una breve presentación de *Lisbon Legal Theory* con motivo de un número dedicado al trabajo de su arquitecto y promotor fundamental. No puedo ocultar un cierto orgullo al constatar, diez años después, la presencia de los miembros del Grupo en diversos *fora* internacionales. La amplia gama de temas tratados y comentados me parece absolutamente impresionante.

De la nada, en efecto, surgió algo.

² Los principales trabajos (*artículos* y conferencias) del Grupo pueden consultarse en <https://lisbonpubliclaw.pt/en/lisbon-legal-theory/> y en sus *websites* de Academia.edu.

5. Cuatro observaciones críticas a la fórmula de Duarte

Una vez presentado el debate sobre el texto de Duarte y el desarrollo del Grupo que se formó a partir de su influencia, no quiero dejar de pronunciarme, como he mencionado anteriormente, sobre el artículo de Duarte. No hay mejor forma de mostrar el aprecio académico que el comentario interesado sobre el trabajo de otros. Y yo siento un genuino aprecio académico por Duarte.

Como también he mencionado, no pretendo evaluar aquí, de manera estructurada, el trabajo de Duarte presentado en el artículo. Esa tarea corresponde más bien a los comentaristas. No obstante, expongo cuatro consideraciones que ponen de manifiesto tanto algunos problemas que me plantea esta “nueva fórmula” como, en términos más generales, mi escepticismo ante la iniciativa de Duarte.

En primer lugar, se trata de un escepticismo asociado a mi relativa indiferencia ante la “supresión formulista” de las puertas de entrada de los juicios morales en la ponderación. Sin entrar en la variable “W”, que Duarte suprime, creo que los juicios morales siempre entrarán por la sustitución numérica de las variables. No veo una diferencia real en el “control” efectivo –al fin y al cabo, el propósito confesado de la fórmula de Duarte– que no resida en el mero estilo o estética formulista. Debo decir, por cierto, que me parece que la purga de juicios impertinentes de la ponderación (prefiero llamarlos juicios impertinentes, ya que pueden ser morales o no) se hará mucho más, y mejor, con el estudio y el análisis en profundidad de los sesgos cognitivos y las falacias argumentativas que con la modificación representacional de fórmulas que ya son suficientemente descriptivas de lo que pretenden dar cuenta.

En segundo lugar, confieso tener algunas dudas sobre el propósito de la nueva fórmula, que me parece ambiguo. Es cierto que la fórmula de Alexy surgió como síntesis descriptiva de las operaciones realizadas por el *Bundesverfassungsgericht*. Aunque Duarte (2026, sección 2) señala que su fórmula “regula” la ponderación, no está absolutamente claro si pretende prescribir o describir. En general, si una fórmula pretende describir prácticas relativas a la ponderación, lo que no parece ser el caso de esta, entonces ciertamente no debe prescindir de la representación de juicios morales. No creo que nadie pueda sostener legítimamente que la ponderación es una operación

moralmente neutra. La ponderación no es un mero cálculo de predicados; comprende todo lo que precede a ese cálculo incluso los inescapables juicios morales. Otra cuestión, que no cabe discutir aquí, es si sería deseable que la ponderación fuera una operación moralmente neutra. Aunque la cuestión es interesante, creo que la pertinencia de la pregunta se ve perjudicada por la (im)posibilidad de que lo sea. Es un caso claro de *“ought implies can”*.

Si, por otro lado, una fórmula pretende prescribir prácticas con respecto a la ponderación (es decir, regular, controlar, etc.), como parece ser el caso de esta, no entiendo por qué Duarte la llama “positivista”. ¿Qué tienen que ver las tesis de la separación o separabilidad, donde realmente es pertinente hablar de positivismo, con la estructuración o el control del razonamiento ponderativo? Incluso si las tesis tuvieran algo que ver con el tema, calificar la fórmula de “positivista” supondría algo que, creo, el propio Duarte no aceptaría. Es que la separación o separabilidad entre derecho y moral es pertinente en la evaluación del papel de la moral en la descripción del derecho y sus criterios de validez. Así, calificar las fórmulas de “positivistas” (la de Duarte) y “no positivistas” (la de Alexy) implicaría equiparar el resultado de la ponderación a “derecho supuestamente válido”. El descarte positivista de los parásitos morales que Duarte intenta llevar a cabo con su fórmula equivaldría al descarte positivista de la moral en la descripción del derecho y sus criterios de validez; pero eso significaría que el resultado de la ponderación sería el resultado de una prescripción tendente a la determinación del “derecho del caso” al mejor estilo dworkiniano, en lugar de un mero ejercicio discrecional, aunque racionalmente controlado. Si hay algo que sé sobre Duarte es su incomodidad al compartir supuestos y conclusiones con Dworkin.

Aún en este punto, Duarte siempre podría contraargumentar que la fórmula es solo metodológicamente positivista, en el sentido “bobbiano” del uso de recursos científicos para la descripción del derecho. La fórmula prescribiría, entonces, solo en el sentido poco riguroso en que correspondería a una descripción fiel de la prescripción (el objeto descrito). Pero, en ese caso, ello implicaría que el objeto descrito –las “leyes de ponderación” tal y como las enuncia Alexy– fuera derecho. Esto es contrario a la intuición, pero es algo que, sorprendentemente, el propio Duarte (2026) reconoce expresamente cuando afirma:

(...) si la proporcionalidad se aplica en un sistema normativo y si se aplica con el contenido del modelo alemán, entonces las dos 'leyes de la ponderación' son normas del sistema. Y deben aplicarse y hacerse cumplir' y '(i) o bien se acepta que esas dos 'leyes' son el contenido de la proporcionalidad en sentido estricto (como se hace aquí) y entonces son derecho vigente que debe ser obedecido (constituyendo, en estos términos, la justificación interna de una decisión de proporcionalidad (o falta de proporcionalidad); (ii) o bien no se acepta que sean derecho vigente y entonces nada de esto tiene sentido. (sección 6)

Tengo serias dudas de que se pueda afirmar que las “leyes de la ponderación” son normas de un sistema normativo. En primer lugar, estoy convencido de que el “deber” derivado de las leyes, fruto de la ambigüedad *ought to be / must be*, no se refiere a un *ought to be* normativo (y mucho menos jurídico), sino a dos tipos diferenciados de *must be*, cada uno de ellos relativo al propósito de la ley de ponderación en cuestión. Las principales críticas formuladas por Sampaio (2026, sección 6) a este respecto me parecen, en general, bastante acertadas, aunque no estoy seguro de que ambas leyes de ponderación sean similares a las “leyes naturales”. Veamos.

Incluso si se aceptara que de las “leyes de la ponderación” se deriva un *ought to be* jurídico, lo cual es muy discutible, sin duda Duarte estará de acuerdo en que, para ello, estas no pueden ser necesarias. En el conocido ejemplo de Kelsen, que ilustra la contraposición entre lo alético y lo deóntico, una norma que prescribiera que las personas no deberían morir (“*Menschen sollten nicht sterben*”) no tendría sentido, ya que la muerte es consecuencia de una ley natural. El derecho regula acciones, que a su vez son fenómenos contingentes. Las normas que integran un sistema normativo se refieren necesariamente, para tener sentido, a esos fenómenos contingentes. Por lo tanto, corresponde a Duarte demostrar que las “leyes de la ponderación” son contingentes y que el sistema normativo que (supuestamente) las contiene podría no contenerlas o podría contener la negación de esas mismas leyes.

Pues bien, no creo que la ley sustantiva de la ponderación, con el contenido “cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o perjuicio de un principio, mayor deberá ser la importancia de satisfacer el otro”, sea contingente. En una analogía simplista que sigue la metáfora alexyana del “peso”, eso equiv-

aldría a decir que la ley de Hooke (“*ut tensio, sic vis*”), el principio de la física, según el cual la extensión es proporcional a la fuerza, es una ley contingente. No creo que eso sea posible, ni en la física ni en el mundo normativo. Una cosa es decir que, en general, un sistema normativo puede o no comprender la norma de la proporcionalidad, con su complejo contenido. Por ejemplo, aunque fuera raro, el principio de necesidad puede no pertenecer a un sistema normativo. Otra cosa es negar la necesidad lógica de que al mayor grado de insatisfacción de un principio corresponderá siempre la mayor importancia de satisfacer el principio conflictivo. La verdad de que esto es así se deriva directamente de la verdad de que existe un conflicto normativo entre esos principios. O bien Duarte niega la necesidad lógica de la “ley sustantiva de la ponderación”, o bien acepta que un sistema normativo tiene contenidos necesarios, lo cual es muy poco positivista. Creo que *tertium non datur*.

La imposibilidad de negar la “ley sustantiva de ponderación”, que aquí sostengo, es suficiente para desmentir que se trate de una norma jurídica. Al no tratarse de una norma jurídica, no se trata de derecho que describir. Al no tratarse de derecho que describir, no se comprende la calificación de la fórmula por parte de Duarte como “positivista”.

La cuestión es diferente en lo que respecta a la ley epistémica de la ponderación, cuyo contenido es “cuanto más grave sea la injerencia en un derecho fundamental, mayor deberá ser la certeza de las premisas en que se basa”. La ley epistémica de ponderación se refiere al ámbito probatorio y al grado necesario de evidencia de las injerencias en derechos fundamentales. Lejos de referirse a una convicción subjetiva (la “certeza”), la ley exige el establecimiento de estándares probatorios externos, gradualmente proporcionales a los grados de injerencia en derechos fundamentales. Nada impide, *a priori*, que un sistema normativo comprenda una norma que prescriba que “cuanto más grave sea la injerencia en un derecho constitucional, menor deberá ser la certeza de las premisas en que se basa”. Pero creo que nadie dudaría en afirmar que ese sistema sería irracional.

El imperativo resultante de la ley epistémica no es, ahora, una necesidad lógica, sino un imperativo de racionalidad. Aunque su juridificación (es decir, la existencia de ese imperativo de racionalidad en un sistema jurídico) es contingente, su contenido no parece serlo. Cuando se habla del contenido de los imperativos de racionalidad (por ejemplo, “cuanto

mayor es la discrecionalidad, mayor es el deber de fundamentación”), no se pretende, ciertamente, decir que el contenido del que se habla es contingente; se dice, en cambio, que x es racional e y es irracional. Por ejemplo, el imperativo “cuanto mayor es la discrecionalidad, menor es el deber de fundamentación” es irracional. Al no tratarse de algo parecido a una “ley de la física”, como ocurre con la ley sustantiva, prefiero conceptualizar la ley epistémica como un “imperativo hipotético de racionalidad” o, si se quiere, como una norma técnica con el siguiente contenido: si se pretende ser racional en la evaluación de las pruebas en la ponderación, entonces se debe considerar que “cuanto más grave sea la injerencia en un derecho fundamental, mayor deberá ser la certeza de las premisas en que se basa”. Admito que Duarte pueda argumentar que este imperativo tiene *pertenencia* al sistema a través de la costumbre, pero tengo serias dudas de que esto tenga alguna relevancia para calificar la fórmula como “positivista”.

En cuarto y último lugar, confieso mi extrañeza ante el supuesto carácter eliminatorio de las leyes de ponderación, una de las supuestas ventajas de la fórmula de Duarte, según él mismo. Debo decir que, en este punto, mi desacuerdo con Duarte es total; creo incluso que la modificación introducida por la fórmula de Duarte es no solo filosóficamente dudosa como socialmente perjudicial.

Duarte (2026) critica la fórmula de Alexy al afirmar que

cuando las ganancias en una norma no son iguales o mayores que las pérdidas en la norma contraria, se produce inmediatamente una violación de la “ley sustantiva”. Cuando así es, la proporcionalidad de la acción deóntica en cuestión se ve inmediatamente comprometida, lo que significa que ya es irrelevante evaluar la conformidad con la “ley epistémica”. La fórmula conduce, sin embargo, a un resultado en el que las dos “leyes” se mezclan: en esta ecuación nunca se sabe de forma autónoma si la “ley sustantiva” ha sido o no violada. (sección 3)

Sinceramente, solo puedo entender esta afirmación como parte de un error filosófico inicial: que la dimensión ontológica es separable de la dimensión epistémica. Creo que esa premisa es errónea. Si Duarte afirma que podemos hablar de “lo que es” sin tener en cuenta “cómo lo sabemos”, entonces corre el riesgo de convertir la ontología en dogma. Afirma la rea-

lidad sin rendir cuentas necesariamente a la evidencia o la justificación. O, mejor dicho, su fórmula solo rinde cuentas condicionalmente a la evidencia y la justificación, dado que esto solo ocurrirá si no existe una violación previa de la “ley sustantiva”.

Quizás Duarte entienda que la introducción de la variable R en la fórmula de Alexy está exclusivamente ligada a la importancia del principio de legitimidad democrática del poder legislativo y que la división en dos fases, sucesivas y eliminatorias, según su fórmula, salvaguardaría la integridad de los juicios sustantivos de las razones para la deferencia. Pero el alcance de los juicios epistémicos es mucho más amplio. Desde Kant se entiende que nunca accedemos a la “cosa en sí misma” sin las condiciones de nuestro conocimiento. No existe una “visión desde ninguna parte”. Lo que Duarte parece afirmar, al admitir que se puede concluir que “las ganancias en una norma no son iguales o mayores que las pérdidas en la norma contraria” (2026, sección 3) (y, en consecuencia, por la violación de la ley sustantiva), siendo “irrelevante” evaluar la conformidad con la “ley epistémica”, es precisamente la posibilidad de esa “visión desde ninguna parte”. Pero parece obvio que, si la ley epistémica se refiere al ámbito probatorio y al grado necesario de evidencia de las inferencias en derechos fundamentales (las pérdidas), entonces la conclusión por las mayores ganancias y menores pérdidas ya tiene necesariamente en cuenta un juicio epistémico.

Afirmar que algo *es* –por ejemplo, que X interfiere con Y en la medida W– ya es afirmar que *sabemos* algo al respecto. Las afirmaciones sobre interferencias y causalidad dependen de observaciones, teorías, herramientas de medición e interpretaciones, todas ellas de naturaleza epistémica. Y sabemos algo al respecto porque hay alguna evidencia, mayor o menor. Las afirmaciones ontológicas siempre se filtran a través del acceso epistémico. Por lo tanto, pretender que lo ontológico puede ser “puro” o estar separado de nuestras formas de conocimiento es filosóficamente erróneo.

Sospecho que, además de filosóficamente errónea, la división en dos fases eliminatorias que opera la “fórmula positivista” es también socialmente perjudicial. No pretendo demostrar matemáticamente mi sospecha. Solo creo que el plano del grado de evidencia empírica asume relevancia en la ponderación porque es condición *sine qua non* para sostener lo que ya se desprende del sentido común:

(i) Si es cierto que evitar o mitigar el riesgo “alto” de una afectación “grave” de un derecho fundamental “casuísticamente importante” justifica una afectación “media”, de probabilidad “media”, de un derecho fundamental “casuísticamente menos importante”,

(ii) También puede ocurrir que evitar o mitigar el riesgo “bajo” de una afectación “grave” de un derecho fundamental “casualmente importante” no justifique una afectación “media”, de probabilidad “alta”, de un derecho fundamental “casualmente menos importante”.

Todo depende. Solo es posible saber si este es el caso o no mediante una ponderación, que conlleva los costes de procesamiento de la información, la comparabilidad de los escenarios, la asignación de probabilidades y la definición de escalas o valores de cobertura que permitan llegar a una conclusión racional, ordinal y coherente. Solo estos costes, incluido el procesamiento del grado de evidencia empírica, constituyen un elemento fundamental para rechazar los argumentos *ad terrorem* o las falacias de *slippery slope*. Es este elemento fundamental el que temo que se esté minimizando con la nueva fórmula de Duarte que se está debatiendo. Sin este elemento fundamental, puede bastar con enumerar el derecho a la vida (tan a menudo un “*conversation stopper*”) como potencialmente afectado, independientemente de la probabilidad de su afectación, para descondicionar cualquier restricción a los demás derechos fundamentales y abrir el camino a gobiernos totalitarios.

Bibliografía

- Duarte, D. (2026). Tras la naturaleza del derecho. Reflexiones sobre el desafío de Shapiro. *Discusiones*, 36(2).
- Sampaio, J. S. (2026). Los límites conceptuales de la Fórmula Positivista del Peso de David Duarte y el modelo de las razones como alternativa. *Discusiones*, 36(2).