*Errores en la creación y aplicación del derecho*
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 233-244
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/08*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

# ERRORES CLAROS EN EL DERECHO

José Juan Moreso*

*Let the law enforcement people do their own dirty work. Let the lawyers work it out. They write the laws for other lawyers to dissect in front of other lawyers called judges so that other judges can say the first judges were wrong and the Supreme Court can say the second lot were wrong. Sure there's such a thing as law. We're up to our necks in it. About all it does is make business for lawyers. How long do you think the big-shot mobsters would last if the lawyers didn't show them how to operate?*

Raymond Chandler, *The Long Goodbye* (1953).

## 1. INTRODUCCIÓN

Los juristas estamos familiarizados con decisiones judiciales y administrativas que a la hora de aplicar el derecho lo hacen de modo erróneo, algunas veces de modo claramente erróneo. Enrique Gimbernat (2009, 111-116), al ocuparse de una cuestión que en los años noventa del pasado siglo comportó cierta polémica: la condena del Tribunal Supremo al magistrado Gómez de

* J.J. Moreso, catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. E-mail: *josejuan.moreso@upf.edu*. Este trabajo se ha beneficiado del apoyo de las siguientes ayudas a la investigación de la AEI, dependiente del gobierno de España: PIF2020-115941GB-100 y Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M; y también de la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923.

Liaño por prevaricación[1], sostiene que hay sentencias que son lógicamente e, incluso, matemáticamente falsas —sería mejor decir erróneas—. Y lo sostiene con buenos argumentos.

Cuando Gimbernat dice que hay sentencias lógicamente falsas se refiere, en realidad, a casos en los cuales el órgano aplicador del derecho funda su decisión en una norma que no es, claramente, aplicable a su caso. Pone el ejemplo de una decisión del Tribunal Constitucional español, STC 232/1997, de 16 de diciembre[2], que anuló la sentencia de la Audiencia provincial de Oviedo, de 11 de junio de 1996, que condenaba a una persona por el delito de *exhibicionismo*, un delito que el nuevo código penal solo se preveía, en su art. 185, para «actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces», lo que no era el caso en el asunto enjuiciado.

Y cuando se refiere a sentencias matemáticamente falsas incluye casos en los que, claramente, los hechos descritos —la premisa menor del silogismo judicial— son patentemente falsos, lo son por razones matemáticas. Así (Gimbernat, 2009: 114):

> Una sentencia *condenatoria* de la Audiencia Provincial de Pontevedra es revocada también por otra del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 1998, al ser aquella *matemáticamente* falsa por aplicar un delito y no una falta de daños ejecutada sobre un vehículo cuyo valor no excede a las 50.000 pesetas, siendo así que es en esa cuantía donde la ley sitúa la frontera entre el delito y la falta.

Pero no es de estos errores claros en la aplicación del derecho de lo que deseo ocuparme aquí. Uno de los objetivos de los recursos procesales a las resoluciones judiciales es precisamente eliminar estos errores y ello se cumple, en los sistemas jurídicos que gozan de un razonable estado de salud, bastante adecuadamente.

Voy a ocuparme de una cuestión que parece más controvertida, de la cuestión de si también en la creación del derecho puede haber *errores claros* y de cuáles sean las consecuencias de estos errores del legislador. En la sección segunda presentaré algunos casos que, a menudo, han sido considerados errores de este tipo. En la sección tercera, me referiré a la concepción de las normas jurídicas de Joseph Raz y a algunas consideraciones que el autor ofrece sobre los errores en la creación del derecho. En la sección cuarta, presentaré algunas consideraciones acerca de la concepción raziana y propondré un modo de afrontar estos errores claros del legislador. En la sección quinta, concluiré.

---

[1] La primera publicación del trabajo se halla en el diario *El Mundo* de 1 de noviembre de 1999. No es mi intención aquí, aunque es una cuestión íntimamente vinculada con el propósito de este trabajo, entrar en el debate sobre la naturaleza y el alcance del delito de prevaricación.

[2] *https://www.boe.es/boe/dias/1998/01/21/pdfs/T00028-00031.pdf*

## 2. PUFENDORF Y EL DERRAMAMIENTO DE SANGRE EN LAS CALLES DE BOLONIA

En un texto de Samuel Pufendorf (1672, V.XII.8: 718), citado a menudo en la literatura sobre la interpretación jurídica[3], el autor refiere un caso en el que una regulación medieval de la ciudad de Bolonia castigaba con duras penas a aquellos que derramaran sangre en las calles de la ciudad, una regulación que perseguía combatir el duelo al parecer[4]. El caso era si debía aplicarse dicha regulación a un barbero; como es sabido, en esos tiempos los barberos ejercían también de cirujanos, que había realizado una sangría, en la calle, a un ciudadano para salvarle la vida. Y la cuestión era más complicada si cabe porque, nos dice Pufendorf, el estatuto boloñés añadía que las palabras de la ley debían ser tomadas en su sentido preciso, no sujetas a la interpretación[5].

La conclusión de Pufendorf (y, también, de Blackstone) es que sería absurdo aplicar la sanción a nuestro barbero y que, por lo tanto, las palabras de ley no deben ser comprendidas como abrazando esta conclusión.

El caso de Bolonia también es traído a colación en un caso bastante comentado en la literatura anglosajona sobre la interpretación, *United States v. Kirby*,[6] un caso favorito del iusfilósofo Michael Moore (2002: 625-626)[7]. En este caso Kirby, un sheriff, fue detenido por el delito federal de obstruir o detener el paso del correo, y era cierto que él había realizado esta acción contemplada por la legislación penal federal, de hecho había retrasado la salida de un barco fluvial con la intención, que llevó a cabo, de arrestar a un cartero acusado de un delito de homicidio. La Corte Suprema absolvió a Kirby, en una decisión unánime, por considerar que, a los efectos legales, la acción de Kirby no era una obstrucción del correo. Argumentó que

> *All laws should receive a sensible construction. General terms should be so limited in their application as not to lead to injustice, oppression, or an absurd consequence. It will always, therefore, be presumed that the legislature intended exceptions to its language, which would avoid results of this character. The reason of the law in such cases should prevail over its letter.*

---

[3] Por ejemplo, para referencias relativamente recientes y autorizadas, Schauer (2009: 155), ATRIA (2016: 209). En el mundo anglosajón la referencia a Pufendorf suele ser indirecta, a través de la referencia que se halla en Blackstone (vol I. Introd. Sect 2.4: 37).

[4] *Ubi memorat Bononiae fuisse statutum, ut quicunque in platea alteri sanguinem elicuerit gravissimas poenas daret.*

[5] *Qui inde in non mediocri periculo fuerat, quod in statuto esset additum, ea verba esse praecise & citra omnem interpretationem intelligenda.*

[6] *74 U.S. (7 Wall.) 482 (1869). https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/482*. La decisión también se refiere, plausiblemente, a que el delito de escaparse de la cárcel no se extiende a aquella persona que huye de ella porque se ha producido un incendio, para evitar perecer en el siniestro.

[7] También yo me he referido en diversas ocasiones a este caso, así Moreso (2020: 86, 461, 474, 532, 585-6).

¿Podemos suponer, entonces, que estos son casos de errores del legislador, que pueden corregirse en la aplicación del derecho? Tal vez algo así es lo que supone Friedrich Karl von Savigny en sus reflexiones sobre la interpretación del derecho. Savigny (1840: I.IV.35) distingue dos casos en que la ley es defectuosa: por expresión *indeterminada* (*Unbestimmter Ausdruck*) y por expresión *impropia* (*Unrichtiger Ausdruck*). En el primer caso, así en casos de vaguedad, la ley no determina el resultado; en el segundo caso, la ley determina el resultado, pero lo determina de modo contradictorio con «el verdadero pensamiento de la ley», lo determina de un modo claramente erróneo, incorrecto (*Unrichtiger*). Fernando Atria, comentando estas ideas de Savigny, dice que (ATRIA, 2016: 212):

> La corrección de la expresión impropia de la ley es la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional, es de hecho lo que nos provee la clave para entender la jurisdicción.

Son, sin embargo, errores de distinta naturaleza a los que consideraba Gimbernat, expuestos al comienzo de este trabajo. Son errores de carácter *normativo*, no errores fácticos o conceptuales. Es más que razonable no castigar al barbero de Bolonia por derramar la sangre en las calles al practicar una sangría y lo es no castigar al sheriff Kirby por detener a una persona sobre la que pesaba una orden de arresto por haber cometido un homicidio. Sin embargo, ¿cómo funcionan entonces las normas jurídicas en el razonamiento jurídico? ¿No determinan siempre el resultado?

## 3. RAZ SOBRE ERRORES CLAROS Y SOBRE GRANDES ERRORES

Una de las concepciones más robustas e influyentes acerca de cómo operan las normas jurídicas en el razonamiento práctico es la de Joseph Raz. Presentaré de modo muy sumario las ideas de Raz acerca de cómo funciona el razonamiento jurídico, ya que se trata de ideas muy conocidas[8].

Raz presenta sus ideas como una crítica al punto de vista común, a la concepción ortodoxa podemos decir, de las razones para la acción. Cuando, por ejemplo, yo me pregunto si debo dedicar esta tarde a terminar este artículo o a visitar a un amigo o a irme al cine o bien me pregunto qué porcentaje de mi salario debo entregar a *Amnistía Internacional*, es usual considerar que la estructura de mi razonamiento se articula asignando determinado peso a las diversas alternativas, con arreglo a las razones que las soportan, y decidir a favor de aquel curso de acción que cuenta con las razones de mayor fuerza, más

[8] Las ideas de Raz se hallan en, por ejemplo, Raz (1975, 1979, 1986, 1989, 1990, 1994, 2004, 2009, 2021). Sigo aquí de cerca la presentación que realicé en Moreso, 2024.

poderosas, con las razones que decantan la cuestión en un sentido determinado. Podemos llamarlo *el modelo del balance o la ponderación de razones*[9]. RAZ lo formula del siguiente modo (1975, 36):

> P1. *Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones*[10].

Raz, sin embargo, considera que este es un principio incompleto para dar cuenta de nuestros razonamientos prácticos. Por ejemplo, si prometo a mi hija llevarla a un concierto de Kathia Buniatishvili, entonces mi promesa es una razón de primer orden para llevarla y, también, es una *razón excluyente*, de segundo orden, para no actuar por otras razones distintas al contenido de la promesa. Si el día del concierto me apetece más ir a jugar al pádel con unos amigos, esa razón no ha de ser balanceada con la razón de ir al concierto, porque dicha razón está *excluida* por mi promesa. Es decir, las razones están estructuradas en diversos niveles. Y eso nos lleva a otro principio del razonamiento práctico (RAZ, 1975: 40):

> P2. *No se debe actuar sobre el balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada*.

Si P2 es válido, como Raz argumenta, entonces P1 debe, obviamente, ser revisado. La introducción de las razones excluyentes comporta que las razones pueden ser desplazadas de dos modos, pueden ser superadas por otras razones de primer orden o bien pueden ser excluidas por las razones excluyentes de segundo orden. Eso comporta, según su punto de vista, que P1 debe ser sustituido por otro principio (RAZ, 1975: 40):

> P3. *Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada.*

Esta idea de las razones es aplicada por Raz con gran perspicuidad a las razones provistas por las normas jurídicas dictadas por las autoridades. Dichas normas proporcionan razones *protegidas* para actuar, razones para comportarnos como la norma prescribe y razones que excluyen al menos algunas de las otras consideraciones para actuar[11]. De este modo, es posible sostener que el derecho pretende *autoridad*, pretende que las normas *obligan* de manera perentoria. Cuando dicha autoridad es legítima —y lo es cuando reúne los requisitos de la doctrina que llamó la *autoridad como servicio*— entonces sus normas reflejan las razones subyacentes que tenemos para actuar y consiguen su cometido. Este es el modo en el que Raz vindica el *positivismo jurídico*,

---

[9] RAZ en varios lugares (por ejemplo 1975, 36 nota, 1979, 3 nota 1) se refiere a DAVIDSON, 1969.

[10] Uso las formulaciones cómo aparecen en la traducción al español de Juan Ruiz Manero (RAZ, 1991).

[11] Raz usa en algunas ocasiones, después de la publicación de RAZ (1975), la expresión «razones *protegidas*» para referirse a esta doble dimensión de las razones suministradas por las autoridades, así (RAZ, 1979: 18; 1990: 191).

para que las normas puedan ejercer su función como razones protegidas su identificación debe ser posible atendiendo solo a sus fuentes sociales, sin recurrir a la argumentación moral.

Entonces como venía diciendo, con arreglo a su concepción (Raz, 1975), las normas jurídicas son razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente que desplazan otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio* (Raz, 1986: caps. 2-4, Raz, 1994: cap. 10), según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

Sin embargo, ¿dicha autoridad se extiende también a supuestos como el de Pufendorf? O, más bien, ¿hay casos que caen fuera del alcance de la exclusión de las razones? Raz reconoce que las razones excluidas son solo aquellas a las que la razón protegida alcanza y que puede haber razones que no son excluidas por ella. En otro lugar (Moreso, 2024) he tratado de mostrar que esta posición provoca una cierta tensión en su concepción, porque sin criterios claros acerca del modo de acotar el alcance de las razones excluyentes, es difícil saber cómo podemos delimitar las razones abrazadas por la exclusión sin acudir al balance de las razones subyacentes. No obstante, al menos en una ocasión, Raz se ocupa de la cuestión de los errores y de cuándo y en qué medida los errores anulan la fuerza excluyente de las razones. Lo hace con una analogía (Raz, 1986: 62):

> Consideremos una suma larga de, digamos, algo como treinta números. Alguien puede cometer un error muy pequeño que es a la vez muy claro, como cuando la suma es un número entero mientras uno y solo uno de los sumandos es una fracción decimal. Por otra parte, la suma podría ser de varios miles de modo que el error no fuese detectable más que con una cuenta laboriosa paso por paso. Incluso si la autoridad legítima es limitada por la condición de que sus directivas no son obligatorias si son claramente erróneas, y no deseo expresar opinión alguna sobre si se halla limitada de este modo, puede seguir realizando su papel de mediación. Para establecer que algo es claramente erróneo no es preciso acudir al razonamiento subyacente. No es el caso que el poder legítimo de las autoridades sea generalmente limitado por la condición que es revocado por errores significativos que no son claros.

Poco más dice Raz al respecto. Sin embargo, dos ideas parece que pueden ser rescatadas de su analogía: una es la importancia de distinguir entre errores *claros* y errores *grandes,* la segunda es la sugerencia de que los errores claros pueden ser detectados sin acudir a las razones subyacentes.

No es claro, sin embargo, como Raz mismo observa, que él considere que los errores claros caen fuera del alcance de la exclusión de las razones [12]. Pero supongamos que esta fuese su sugerencia, es decir, cuando los errores son claros las directivas de las autoridades pierden su fuerza de obligar.

Sea como fuere, me parece que las dos ideas que Raz sí sostiene, la idea de que es posible distinguir entre errores claros y errores grandes y la idea de que los errores claros pueden ser detectados sin acudir a las razones subyacentes, son ambas controvertibles.

Respecto de la primera, en el ejemplo aritmético de Raz es posible que un error, como él señala, sea pequeño, pero claro. ¿Tenemos algo así en los casos normativos? Me parece que la respuesta es negativa, que en los casos normativos si un error es claro entonces es un gran error. Es lo que sucede con el caso de Pufendorf referido a la regulación en Bolonia, aplicar la regulación que prohíbe derramar la sangre en las calles de la ciudad al barbero que realiza una sangría, es un error claro, pero también es grande. Es más, es claro precisamente porque es grande. Es el tamaño del error aquello que lo hace claro. Su aplicación produciría *absurdas* consecuencias precisamente por la amplitud del error. No soy capaz de ver como un error pequeño, desde el punto de vista normativo, un error que no tuviera gran relevancia práctica acerca de nuestras obligaciones, puede ser, a la vez, un error claro.

En relación con la posibilidad de detectar el error normativo sin acudir a las razones subyacentes también albergo algunas dudas. Es cierto que en el caso de Bolonia o en el caso *United States v. Kirby*, nuestra reacción inmediata es que las normas en cuestión no han de ser aplicadas al caso enjuiciado. Nos parece que una mirada a los hechos del caso ya conlleva la inaplicación de la norma. Sin embargo, el caso *Kirby* llegó hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos, y Mr. Ashton, Assistant Attorney- General, arguyó a favor de la culpabilidad de Kirby. Y, en el caso de Bolonia, Pufendorf nos recuerda que el barbero no se halla en una situación de riesgo menor (véase nota 6), puesto que el estatuto establecía que las palabras en él contenidas debían ser tomadas en su tenor más literal. Entonces, parece que también en estos casos claros, es preciso acudir, aunque sea de un modo sumario, a las razones subyacentes para determinar que la regla *errónea* no alcanza a incluir estos casos en su ámbito.

Con lo que me parece que la analogía aritmética raziana no es una buena senda para abordar los supuestos de errores claros en la creación del derecho.

---

[12] Regan (1989: 1017), en discusión con Raz, sugiere esta posibilidad, pero Raz no parece persuadido (1989: 1195). Más sobre las ideas de Raz sobre los errores en, por ejemplo, Venezia (2013, 2020) y Gur (2018: 58-61).

## 4. ERRORES Y *DEFEATERS*

Hay, sin embargo, otra idea en Raz que puede servir, según creo, de marco para hallar una vía de solución al problema de los errores claros en la creación del derecho.

De hecho, la gran mayoría de los casos de errores claros que son considerados en esta literatura son casos que, en el ámbito del derecho penal, consideramos casos cubiertos por las causas de justificación. El barbero de Bolonia podría, sin duda, esgrimir la causa de justificación del estado de necesidad, en su caso el hecho de preservar el bien de la vida del herido al que practica una sangría, un bien mayor que evitar que se vierta la sangre en las calles. Kirby podría argüir también estado de necesidad o, mejor, al menos en nuestra cultura jurídico-penal, la causa de justificación del cumplimiento de un deber o el ejercicio de una potestad[13].

Algunas veces, Raz ha considerado que las causas de justificación en el derecho penal (Raz, 1986: 101-102, por ejemplo) suministran razones que justifican la desobediencia, en el sentido de que comportamientos aparentemente culpables, como puede ser un homicidio en legítima defensa, no deben ser castigados por el derecho. Veamos cómo explica el funcionamiento de las causas de justificación un raziano, como lo fue John Gardner, apoyado en la idea raziana de que algunas permisiones jurídicas funcionan como razones de segundo orden que cancelan la fuerza de las razones excluyentes para no obrar por algunas razones de primer orden; en el ejemplo de la legítima defensa, que dadas ciertas condiciones, podemos actuar haciendo de menos de la prohibición de matar (Raz, 1975: 89-91). Gardner (2007: 106-107) lo dice del siguiente modo:

> Lo que hace el derecho, que, sin embargo, crea un espacio para algunas defensas justificatorias, es proveernos de *permisiones cancelatorias* para realizar, bajo determinadas condiciones, las acciones que él criminaliza. Esta puede parecer una proposición sorprendente. Después de todo, antes se argumentó que las razones justificadoras no *cancelan*, sino más bien *derrotan* a las razones en contra de una acción o creencia. Ahora, por contraste, la pretensión parece ser que las justificaciones surgen en el derecho penal precisamente cuando las razones son canceladas por las permisiones. Pero el aire de paradoja se disipa tan pronto como se percibe que las permisiones cancelatorias del derecho no cancelan las razones para no realizar la acción criminal, sino simplemente cancelan las razones protectoras de segundo orden para no actuar por ciertas razones compensatorias.

[13] Nuestro código penal vigente, en su art. 20.7, exime de la responsabilidad criminal al «que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

La idea de concebir las causas de justificación como razones de segundo orden que cancelan, y así restringen su alcance, las razones excluyentes para no actuar por razones contrarias a las prohibiciones establecidas penalmente me parece iluminadora (véase en dicho sentido Moreso, 1997). Sin embargo, ¿cómo puede averiguarse si en un caso concreto la legítima defensa, por ejemplo, es aplicable y cancela la razón que excluye actuar por consideraciones en contra de la prohibición de matar o, en todo caso, lesionar a una persona; sin atender a las razones subyacentes? Debe establecerse si medió una agresión *ilegítima*, si la fuerza ejercida para repeler la agresión es o no *proporcional*, por ejemplo y, entonces, para averiguar qué es lo que queda fuera del alcance de la razón excluyente e incluido por la permisión cancelatoria, habremos de acudir a las razones subyacentes, lo que significa recurrir al balance de razones de primer orden[14].

Debe quedar claro que este argumento se aparta de la concepción de Raz. Se aparta porque considera que para determinar el alcance de las razones excluyentes es preciso acudir a las razones subyacentes, algo que el mecanismo raziano de la exclusión impide. Como bien sostiene Gur (2018: 55): «el peso de las razones es la única cosa de la cual el alcance de la exclusión no puede depender».

Sin embargo, este es —según creo— el modo en el que operan las causas de justificación. Introducen mecanismos, que operan como conductos, por los cuales los aplicadores del derecho pueden acudir a las razones subyacentes, operan como *defeaters*. Es mi opinión que hay otros mecanismos en el derecho que operan de este modo: las causas de invalidez de los actos y negocios jurídicos en derecho privado, los conceptos jurídicos indeterminados en derecho público y, también, los derechos constitucionales. Es también mi opinión, pero no puedo desarrollarla aquí[15], que este es el modo por el cual el derecho incorpora la moralidad, porque las razones subyacentes son de carácter moral. Por así decirlo, las fuentes sociales del derecho delimitan el marco en el que se generan nuestras obligaciones, pero son las razones subyacentes de carácter moral las que revelan su contenido[16].

## 5. PARA CONCLUIR: SETOS INSTITUCIONALES

Como antes decía, en la sentencia *United States v. Kirby* la Corte sostiene que siempre ha de presumirse que la legislatura supone determinadas excepciones en su lenguaje, precisamente para evitar resultados que producen

---

[14] Esta es la idea que defendí en Moreso, 2001.

[15] Aunque véase Moreso, 2022.

[16] Muy cerca ya de algunas ideas de Dworkin (por ejemplo, Dworkin, 2011: cap. 19) y de los más o menos dworkinianos, Greenberg (2014) y Hershovitz (2024).

consecuencias absurdas. Creo que es una idea saludable, una idea que nos conduce a rechazar un esquema simple de razonamiento jurídico, como sería el siguiente:

1. SUPUESTO DE HECHO SH → CONSECUENCIA JURÍDICA CJ
2. Los hechos h son una instancia de SH

Entonces, a h debe aplicarse CJ.

Dicho esquema debe sustituirse por uno como el siguiente:

1. SH & no hay DEFEATERS activables→ CJ
2. Los hechos h son una instancia de SH
3. No hay DEFEATERS activables

Entonces, a h debe aplicarse CJ.

Es decir, en los casos de errores claros en la creación del derecho lo que ocurre es que la presencia de *defeaters* bloquea la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la generalización normativa. No habría de resultar demasiado extraño, porque así es como funcionan las generalizaciones en nuestros razonamientos ordinarios. En uno de los ejemplos preferidos en este tipo de literatura se trata de hacer compatible la generalización según la cual los pájaros vuelan, con el hecho de que el pingüino Tweety, que es un pájaro, no vuela. Como tampoco no vuelan los pájaros muertos o los que han perdido sus alas, etcétera. Sin embargo, ello no significa que debamos abandonar las generalizaciones, sumamente útiles para nuestros razonamientos ordinarios. Solo significa que debemos hacerlas compatibles con la presencia de *defeaters* y, también, con procedimientos adecuados para determinar cuando son activadas.

No veo por qué las cosas deberían ser distintas en el razonamiento práctico, ni en el razonamiento jurídico. Aunque, obviamente, establecer cómo en el razonamiento jurídico son activables los *defeaters* es una cuestión de la máxima importancia. Lo que comporta una teoría adecuada del marco en el que se produce dicho razonamiento, esto es, de los *setos institucionales* en los que dicho razonamiento se produce. Aun si aceptamos, como yo lo hago, que el razonamiento jurídico es un *razonamiento moral institucionalizado*, establecer cuáles son las diferencias con relevancia práctica que la institucionalización produce es crucial, puesto que es la razón por la cual el razonamiento jurídico es un razonamiento moral de carácter *especial*, que tiene rasgos distintivos.

Establecer cuáles son más precisamente esos rasgos es algo que debe ser dejado para otra ocasión. Aquí se trataba solo de indagar cómo nuestra concepción del razonamiento jurídico podía evitar que los errores claros en la creación del derecho llevaran a consecuencias absurdas desde el punto de vista normativo.

## REFERENCIAS


Atria, F., 2016:: *La forma del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

Blackstone, W., 1771: *Commentaries on the Laws of England,* vol. 1, Philadelphia: J.B. Lippincott.

Chandler, R., 1953: *The Long Goodbye*, Boston: Houghton Mifflin.

Davidson, D., 2001: «How Is Weakness of the Will Possible?», en J. *Feinberg* (ed): *Moral Concepts,* Oxford: Oxford University Press: 93-113.

Dworkin, R., 2011: *Justice for Hedgehogs,* Cambridge: Harvard University Press.

Gardner, J., 2007: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Gimbernat, E., 2009: «De nuevo sobre la sentencia del caso 'Gómez de Liaño'», en E. Gimbernat, *Estado de Derecho y Ley Penal*, Madrid: La Ley: 111-116.

Greenberg, M., 2014: «The Moral Impact Theory of Law», *The Yale Law Journal*, 123: 1288-1314.

Gur, N., 2018: *Legal Directives and Practical Reasons*, Oxford: Oxford University Press.

Hershovitz, S., 2024: *Law is a Moral Practice,* Cambridge: Harvard University Press.

Moore, M., 2002: «Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology», *Law and Philosophy*, 21: 619-705.

Moreso, J.J., 1997: «Come far Combaciare i Pezzi del Diritto», *Analisi e Diritto*, 7: 79 – 118.

— 2001a: *Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)*, *Doxa*: 525 – 545.

— 2020: *Lo normativo: variedades y variaciones,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2022b, «Nuevas variaciones para mis críticos» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22: 558- 573.

— 2024: «On the Exclusionary Scope of Razian Reasons» *Ratio Juris*, 37: 148-160.

Pufendorf, S., 1672: *De Iure Naturae et Gentium. Libri Octo.* Londini Scanorum: Junghans.

Raz, J., 1975: *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson.

— 1979: *The Authority of Law,* Oxford: Oxford University Press.

— 1986: *The Morality of Law,* Oxford: Oxford University Press.

— 1989: «*Facing Up: A Reply*», *Southern California Law Review.* 62: 1153-1235.

— 1990: «Postscript to the Second Edition: Rethinking Exclusionary Reasons», en J. Raz. *Practical Reason and Norms*, 2a ed., Princeton: Princeton University Press: 178-199.

— 1991: *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.

— 2004: «Incorporation by Law», *Legal Theory*. 10: 1-17.

— 2009: *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.

— 2021: *Exclusionary Reasons*, en https://ssrn.com/abstract=3933033 (última consulta realizada el 7 de septiembre de 2024)

Regan, D,1989: «Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom» *Southern California Law Review,* 62: 995-1095.
Savigny, F.K. von (1840): *System des heutigen römischen Rechts*, (Berlin), Band I. *http://dlibpr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22199236%22*
Schauer, F., 2009: *Thinking like a Lawyer,* Cambridge: Harvard University Press.
Venezia, L., 2013: «Raz's Normative Theory of Authority», *Philosophical enquiries: revue des philosophies anglophones*, 1: 95-110.
— 2020: «Mistaken Authority and Obligation», *Legal Theory* 26 (4): 338-351.