

Directores

Luis Vega
 Hubert Marraud

Secretaria

Paula Olmos

Edición Digital

Roberto Feltrero

Con la plomada de Lesbos. Celano sobre *Rule of Law* y particularismo

Josep Joan Moreso

*Departamento de Derecho - Filosofía del Derecho
 Universitat Pompeu Fabra
 Ramon Trias Fargas, 25-27. 08005 Barcelona
 josejuan.moreso@upf.edu*

RESUMEN

B. Celano sostiene que nuestro razonamiento práctico está siempre sujeto a un “vaivén de razones” pretendiendo evidenciar que los principios generales de nuestro ámbito moral no resultan adecuados para examinar los casos específicos. En este artículo se admite que las razones contienen siempre un elemento de generalidad, pero el razonamiento jurídico estaría sujeto a principios con excepciones (*defeaters*). Tendríamos que considerar seriamente tales *defeaters* y ello conduciría a un tipo de “generalismo moderado” que evalúe propiedades relevantes en cada caso. El razonamiento jurídico sería, además, una especie de razonamiento moral, pero público e institucionalizado.

PALABRAS CLAVE: Aristóteles, Celano (Bruno), excepciones, principios, razonamiento jurídico, razonamiento moral, reglas.

ABSTRACT

B. Celano maintains that our practical reasoning is always subject to the “variability of reasons”, trying to prove that our moral general principles are not adequate to deal with particular cases. This paper concedes that reasons always bear some kind of generality but states that legal reasoning is based on exceptionable principles, principles with defeaters. We must seriously consider those defeaters and that will lead us to a kind of “moderate generalism” that would take into account the relevant particulars of each case. In addition to that, legal reasoning is a particular kind of moral reasoning with a characteristic public and institutionalized quality of its own.

KEYWORDS: Aristotle, Celano (Bruno), defeaters, legal reasoning, moral reasoning, principles, rules.



Copyright©J.J._MORESO

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a la Revista Iberoamericana de Argumentación), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

τοῦ γὰρ ἀορίστου ἀόριστος καὶ ὁ κανὼν ἐστίν,
ὥσπερ καὶ τῆς Λεσβίας οἰκοδομίας ὁ μολίβδινος κανὼν:
πρὸς γὰρ τὸ σχῆμα τοῦ λίθου μετακινεῖται καὶ οὐ μένει ὁ κανὼν,
καὶ τὸ ψήφισμα πρὸς τὰ πράγματα.

En efecto, tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida,
como la regla de plomo de los arquitectos lesbianos,
que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida,
y como los decretos que se adaptan a los casos.
Aristóteles (1984), *EN* 1137b

1. INTRODUCCIÓN

En diversos trabajos recientes, Bruno Celano (2012, 2013a, 2013b, 2013c, 2016) ha desarrollado, como si dijéramos en paralelo, una poderosa defensa de la *rule of law*, en el ámbito de la teoría jurídica, y del particularismo, en el ámbito de la filosofía moral. Estoy de acuerdo en mucho de lo que defiende Celano en estos trabajos. Hay un punto, sin embargo, en el que queda, me parece, margen para la discrepancia. Se trata de nuestra comprensión del razonamiento práctico. Bruno comparte la poderosa intuición de que razonar prácticamente consiste siempre en el balance de razones: ante un caso concreto, como por ejemplo, ¿debo devolver el libro que me prestó mi amiga Beatriz y que yo prometí devolverle en dos meses, dado que se está por cumplir dicho plazo?, obviamente el hecho de que prometí devolverlo, es una razón a favor de devolverlo? Sin embargo, ¿qué sucede si descubro que es un ejemplar sustraído de la biblioteca de mi Universidad? O, más complejo, qué sucede si Beatriz me ha prestado el libro de León Tolstoi *Ana Karenina* y, poco antes de que se cumpla el plazo para devolver el libro, descubro que mi amiga Beatriz ha vivido una muy dolorosa historia de amor. Casada con un importante miembro del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha enamorado perdidamente de un profesor universitario, joven, brillante y ambicioso. Por él, ella ha abandonado a su marido y a su hija pequeña de seis años y, después de algún tiempo, el joven profesor ha puesto fin a su romance. Beatriz está ahora realmente deprimida, bajo tratamiento psiquiátrico y tiene peligrosos sentimientos que la orientan al suicidio. Por otra parte, yo sé con plena certeza que ella desconoce totalmente el contenido de la novela de Tolstoi y también estoy seguro, dado que es una lectora compulsiva, que leerá la novela. Entonces, ¿tengo el deber de devolverle el libro en el plazo establecido?¹ Tal vez podemos decir que estos

¹ He usado este ejemplo en Moreso, (2015, 2016a y 2016b). Inspirado, como resultará obvio y Bruno se encargó de hacerme notar la primera vez que me oyó contarlo, en Platón (1986: 331c). Bagnoli (2016)

hechos *revocan* mi deber de devolverle el libro. O, también, ¿qué sucede si no lo he terminado todavía y Beatriz amplía el plazo para devolverlo?, o bien ¿Beatriz se ha marchado al extranjero por unos meses, y me escribe un e-mail para decirme que no es preciso que se lo mande por correo? En estos casos diríamos, tal vez, que estos hechos *socavan* mi deber de devolver el libro.²

Bruno considera, y no le falta parte de razón, que nuestro razonamiento práctico está siempre sujeto a este vaivén de razones y, por lo tanto, no tenemos garantía alguna de que algo que es una razón en un caso lo será siempre en otros casos. Debemos en cada caso individual estar al balance de razones para dicho caso, un razonamiento *particularista*.

Yo, en cambio, tengo intuiciones morales algo más *generalistas*. Tiendo a pensar que, contra los particularistas como Bruno, hay un lugar en el espacio de las razones para los principios. Que los principios ocupan un lugar relevante en el paisaje moral, que comportarse correctamente, en el caso de la moral, es actuar conforme a principios generales.³

Es por esta razón por la que, en este trabajo, me propongo indagar sobre el contenido y el alcance de dicha discrepancia.⁴ En concreto me voy a referir, fundamentalmente, al argumento desarrollado por Bruno (en Celano 2016) en donde vincula sus ideas sobre el particularismo con sus contribuciones a la comprensión de la *rule of law*.⁵ Comenzaré presentado su argumento. En el siguiente epígrafe, el tercero, presentaré lo que denomino la versión fuerte del argumento, que no deja lugar para la *rule of law*. En el cuarto epígrafe, veremos la versión atenuada, que Celano defiende, y que en su opinión hace compatible el particularismo moral y la *rule of law*. En el quinto, daré razones para concebir el razonamiento moral de un modo generalista, aunque con las cautelas que allí precisaré. En el sexto, para concluir, mostraré cómo este modo de concebir el razonamiento jurídico y el razonamiento moral da fundamento, en mi opinión, a lo que Celano denomina y defiende como

usa un ejemplo muy semejante con referencia a Platón.

² Los hechos que revocan y los que socavan mis deberes, pueden tal vez ser contemplados como respectivamente *rebutting defeaters* y *undercutting defeaters*. Como es sabido, la distinción procede de la epistemología de Pollock (por ejemplo 1974, 1986, 1991). Vd. también Horty (2007) y Bagnoli (2016). Montague (1995: 125-126) ha argumentado que mientras los primeros son *defeaters prescriptivos*, los segundos son *permisivos*. Volveré sobre ello.

³ Una conjetura de la que ya dejé constancia en el prólogo a su libro (Celano 2009), en Moreso (2009b: 13-14).

⁴ Que trae su causa de Celano (2002, ahora Celano 2009: cap. 8); Celano (2005a, ahora 2009: cap. 17) y Celano (2006, ahora 2009: cap. 16), Celano (2005b, ahora 2009: cap. 9), Celano (2012) y Moreso (2002a, ahora 2009a: ensayo 16), Moreso (2002b, ahora ensayo 2009a: ensayo 17), Moreso (2004), Moreso (2012a, 2012b).

⁵ Por ejemplo en Celano (2013a, 2013b, 2013c, 2016).

positivismo normativo incluyente.

2. EL ARGUMENTO DE CELANO

Voy a decir muy poco de la *rule of law*. Tomemos de ella una caracterización fulleriana (Fuller 1969: cap. II), en el sentido de que sus leyes son generales, públicas, irretroactivas, no contradictorias, no imponen deberes imposibles de cumplir, estables en el tiempo y de que la actuación de los órganos del Estado es congruente con lo que ellas establecen. Y añadamos otros requisitos procedimentales e institucionales (como precisa Celano 2016: 213-214, de acuerdo con, por ejemplo, Raz 1979, Laporta 2007, Waldron 2008, 2016, Atria 2016: 134-136), como que dichas normas sean aplicadas por órganos judiciales imparciales e independientes, en el ejercicio de su jurisdicción, respetando todos los requisitos de la equidad procesal (así los principios *nemo iudex in causa propria*, *audiatur et altera pars* y *ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*) y del acceso a la protección jurisdiccional, es decir, la tutela judicial efectiva.

Un sistema jurídico que cumple con estos requisitos se adecúa a la *rule of law*. Es razonable pensar que el grado de adecuación a estos requisitos es variable y, por lo tanto, la *rule of law* funciona como un ideal regulativo, ‘aspirational’ dice Dworkin (2006: 5). Voy a introducir sólo un comentario que, creo, suele olvidarse en estas presentaciones. El mismo Celano (2016: 240 y nota 7) aclara que la generalidad de las reglas, el primer requisito en la lista de Fuller, debe ser entendido como que las reglas son referidas a una clase de sujetos normativos y que son *abstractas*, en el sentido de que cubren una pluralidad indefinida de casos posibles y Celano añade que ello debe ser entendido en el sentido lógico, como cuantificación universal. Pues bien, mi precisión es la siguiente: todas las reglas prescriptivas, que intentan guiar el comportamiento humano son, de manera necesaria, *abstractas* en este sentido. Quiero decir que incluso una regla individual, así si el sargento de cocina ordena al soldado Ticio (y en este sentido la regla no es general dado que no es referida a una clase de individuos), ‘¡lava los platos!’, la acción ordenada es abstracta, y Ticio puede cumplirla de múltiples (tal vez infinitas maneras): lavando primero los platos más grandes y después los más pequeños, o al revés, o ahora unos y después otros, etc. Todas las reglas prescriptivas son abstractas. Véase este argumento referido a los enunciados de razón con estas palabras de Alchourrón (1996: 118):

Sin embargo, los enunciados de razón, cualquiera sea el tipo de razón considerada (suficiente, necesaria, contribuyente, sustitutiva, etc.), no sólo son

enunciados condicionales sino que además son enunciados generalizados universalmente. Este aspecto ha pasado con frecuencia inadvertido porque, en los ejemplos con que se ilustra la teoría de las razones, figuran referencias a individuos particulares (yo y mi hijo) y a momentos determinados (el día del cumpleaños de mi hijo) sin que se requiera referencia a todos los individuos o todos los momentos de cierta totalidad. Esto es verdad: un enunciado de razón no tiene por qué ser general respecto de los individuos y los momentos considerados. Ninguna de estas formas de generalidad es requerida en cada enunciado de razón. Sin embargo, hay un tipo de generalidad que no puede faltar, esto es: la generalidad universal respecto de las circunstancias posibles consideradas.

Si introduzco esta precisión es porque la considero relevante en la discusión del particularismo, en el sentido de que las razones contienen siempre un elemento de generalidad. Me he de referir a ello más adelante.

Hay muchas versiones del particularismo (McNaughton 1998: cap. XIII, Sinnott-Armstrong 1999, McKeever, Ridge 2006: cap. 1), pero tomemos aquí la que en dos tesis nos propone Celano (2016: 242-243):

Esta es la idea central del particularismo... El razonamiento práctico consiste en la individuación, en cada caso individual, de las razones (individuales) de principios no absolutos, sino 'contribuyentes', y en su balance caso por caso.

A esta idea se puede añadir una tesis ulterior (que llamaré 'tesis particularista radical'): aquello que es, en un caso determinado, una razón para hacer A, puede no ser, en otro caso, una razón para hacer A, o bien ser una razón para no hacer A [nota omitida].

Tomaré esta caracterización del particularismo moral, aunque deseo añadir que, según suele considerarse, esta caracterización implica que los principios morales no tienen un lugar relevante en el razonamiento moral, o bien porque no hay nada que sean principios morales o porque son totalmente inadecuados para reconstruir el razonamiento moral. Su máximo defensor, Jonathan Dancy (Dancy 2013) lo expresa así:

El particularismo moral, en su versión más incisiva, es la tesis de que no hay principios morales defendibles, que el pensamiento moral no consiste en la aplicación de principios morales a casos, y que la persona moralmente perfecta no debe ser concebida como una persona de principios.

Ahora estamos en condiciones de presentar el argumento de Celano, un argumento que parece mostrar la incompatibilidad entre la *rule of law* y el particularismo, pero que Celano tratará de persuadirnos de que, en una comprensión más adecuada, no es así. Este es el argumento (Celano 2016: 244):

- (1) El derecho debe conformarse a nuestras razones morales.
- (2) Nuestras razones morales son particularistas.
- (3) El derecho debe ser particularista.

3. DANCY Y LA REGLA STOP, LOOK, AND LISTEN

Parece que del argumento de Celano, como él mismo sugiere (2016: 245) se deriva que:

El razonamiento judicial (correcto) no consiste en la subsunción del caso individual ni en la emisión de un juicio que tenga como contenido la consecuencia que la regla correlaciona con el caso genérico. El juez no debe aplicar reglas previas. Debe decidir caso por caso.

Y, si esto fuese así, entonces (Celano 2016: 245): «Esta tesis, en efecto, contradice plenamente el ideal de la rule of law».

Esta versión del argumento de Celano, la versión fuerte, ha sido aparentemente aceptada, recientemente, para el derecho de la responsabilidad extracontractual, por el prestigioso *Restatement (Third) of Torts* del *American Law Institute*.⁶

En general, los tribunales americanos han decidido que las ventajas de permitir a los jueces tomar decisiones en el ámbito de la negligencia en los casos de esta clase no justifica sustraerlos al ámbito del jurado. Para comenzar, lo que tiene que ver con cuestiones de comportamiento que son constantes o recurrentes y en las que muchas partes están involucradas puede revelar una inspección más atenta a las muchas variables presentes y puede, por lo tanto, ser mejor considerada caso por caso. El derecho de daños (Tort Law) ha aceptado así una ética del particularismo, que tiende a arrojar dudas sobre la viabilidad de que las reglas generales sean capaces de producir resultados determinados y requiere que los juicios morales presentes estén fundados en las circunstancias de cada situación individual. La adopción del derecho de daños de este requisito enfatiza la función primaria cumplida por el jurado [e incluye una nota a Dancy 1983].⁷

Planteada así, parece una clara adopción del argumento de Celano en su versión fuerte. Aunque una afirmación tan radical es extraña a la literatura jurídica (véase, no obstante, Sunstein 1996: 194),⁸ Dancy mismo se refiere al *Restatement* en su CV como 'Impact' de su contribución académica, y afirma que «muestra un modo en el que la práctica jurídica de los Estados Unidos ha cambiado para acomodar la verdad del particularismo».⁹

No creo, sin embargo, que pueda sostenerse este cambio tan radical en la práctica jurídica, ni siquiera en el derecho de daños. Y no lo creo, en este caso, por

⁶ *RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PHYSICAL & EMOTIONAL HARM* § 8, Judge and Jury, cmt. c (2010).

⁷ Las contribuciones centrales de Dancy son Dancy (1994, 2004). Véase también, por ejemplo, McDowell (1998), Hooker, Little (2000).

⁸ Sunstein escribe: «Las teorías generales no deciden los casos concretos, y el particularismo caso por caso tiene ventajas sobre la creación y aplicación de reglas generales». Vd., en general, para el particularismo en la teoría y la literatura jurídica (Schauer 1991, Wright 2008).

⁹ <https://liberalarts.utexas.edu/files/m6GsmqWRrQ>.

dos razones.

En primer lugar, lo que el *Restatement* trata de establecer, principalmente, no es si la decisión debe ser tomada subsuntivamente o de manera ponderativa, caso por caso; sino más bien quién ha de tener la autoridad para tomar esa decisión: el *Restatement* trata de restaurar el lugar privilegiado del jurado en dicha función y, claro, como los jurados no han de *motivar* sus decisiones, entonces se privilegia la decisión caso por caso.

En segundo lugar, y más importante, la discusión en este contexto procede de, y se extiende en ello, dos casos importantes en los accidentes sufridos por vehículos arrollados por trenes en los comienzos del siglo pasado en los Estados Unidos: *Baltimore & O.R. Co. v. Goodman*,¹⁰ y *Pokora v. Wabash Ry.Co.*¹¹ Las circunstancias de ambos casos muestran que la cuestión del particularismo sigue abierta en el derecho de daños estadounidense.¹² En *Goodman*, un caso cuya sentencia fue redactada por O.W. Holmes, un tren arrolló a un camión en un paso a nivel, y el jurado dio la razón al demandante, la Compañía ferroviaria recurrió y la Corte Suprema decidió que el conductor del camión había obrado con negligencia contribuyente al no haber seguido la regla 'Stop, Look, and Listen', aunque el conductor había aminorado el paso no había detenido el camión en el paso nivel para cerciorarse de que no había cerca ningún tren. Holmes, que por cierto, había viajado hasta dos años antes siempre en coche de caballos y nunca ya aprendería a conducir un automóvil, escribió en la sentencia: «El conductor sabía que debía dejar pasar el tren, no que el tren lo dejara pasar a él» y formuló la regla 'stop, look and listen'. Lamentablemente, añadió una cláusula que provocaría los problemas posteriores: «En tales circunstancias nos parece que si un conductor no puede cerciorarse de otro modo de que un tren se halla peligrosamente cerca debe parar y bajar del vehículo, aunque obviamente, a menudo, no les es requerido más que parar y mirar». De manera que ahora la regla parece que era: 'Parar, mirar, escuchar y, cuando sea necesario, bajar del vehículo'.

Esta comprensión de la regla es lo que complicaría las cosas en el caso *Pokora*. En este caso, un camión que transportaba hielo, se halló ante un cruce de seis vías, se detuvo, miró y escuchó, al parecer en la primera vía había algunos vagones que le dificultaban la visión y, desgraciadamente, cruzó. Lo arrolló un tren de pasajeros que circulaba por la última vía. El juez del distrito, en este caso, (y también

¹⁰ 275 U.S. 66 (1927) (Holmes, J.).

¹¹ 292 U.S. 98 (1934) (Cardozo, J.).

¹² Sigo aquí el informado e iluminador trabajo de Solomon (2014).

la Corte del Circuito de Illinois), consideró –siguiendo la doctrina Holmes- que el conductor había actuado con negligencia contribuyente, dado que no había bajado del vehículo para cerciorarse de la ausencia de trenes. Sin embargo, la Corte Suprema, en una sentencia dictada por otro gran juez, Benjamin Nathan Cardozo –el sucesor de Holmes, cuando éste se jubiló- revocó la decisión. Y lo hizo con el argumento de que «bajar del vehículo y cerciorarse es una precaución excepcional, como la experiencia cotidiana nos informa» y añadió: «Ilustraciones tales como estas prueban la necesidad de cautela a la hora de construir estándares de conducta equivalentes a reglas jurídicas. La necesidad es más urgente cuando carecemos de la experiencia de la que los estándares han emergido». Y se refirió a *Goodman* como «una fuente de confusión en los Tribunales federales en la medida en que impone un estándar para la aplicación por parte de los jueces».

No es el lugar aquí de indagar sobre todos los aspectos del caso (*Pokora* sucede en 1934, en plena gran depresión y la conciencia de la sociedad norteamericana es más crítica con las grandes compañías y más sensible a los más vulnerables, por ejemplo, vd. Solomon 2014: 1161), ni tampoco de reflexionar sobre el importante lugar, tal vez excesivo, que Cardozo otorgaba a las normas sociales en la interpretación y aplicación del derecho (Cardozo 1921). El punto que quiero destacar aquí es sólo que la discusión es más sobre la confianza que, en el derecho de daños, debemos depositar en los jurados (a los que no les exigimos decisiones basadas en reglas) y en los jueces (a los que, casi nadie discute esto, sí se lo exigimos). Como concluye su muy atinada reflexión (Solomon 2014: 1202):

Nuestro error ha sido asumir que el jurado era el depositario de las normas sociales y que no había otra vía sino la de Cardozo: dar a los jurados discreción completa al decidir los casos tal y como ellos moldean. La alternativa, no obstante, no es simplemente la de reglas plenamente específicas a los hechos para dar cuenta de cualquier situación posible, como interpretan que Holmes argüía. Es reconocer que las reglas son generalizaciones, y estas generalizaciones acerca de normas pueden y deben proceder de otros lugares distintos a los jurados particulares.

Solomon encabeza su trabajo (2014: 1127) con un texto de Jerome Frank (1949: 132), revelador si tenemos en cuenta que procede de uno de los realistas más críticos del razonamiento jurídico basado en reglas previas, que considera un ideal irracional (explicado con ayuda del psicoanálisis por Frank 1930):

Avanzo la idea de que el jurado es el peor enemigo de este ideal de ‘supremacía del derecho’. Porque el ‘derecho creado por los jurados’ es, par excellence, caprichoso y arbitrario, obteniendo el máximo en la carencia de uniformidad, o

cognoscibilidad. Se reconoce que los jurados son órganos oficiales. Pero poco, en la práctica, se ha hecho para garantizar que estos cargos públicos, los hombres del jurado, 'actúen bajo principios y no bajo la voluntad arbitraria' o para disponer de efectivas restricciones para los peores de sus prejuicios.

Por lo tanto, para aceptar el argumento de Celano, en su versión fuerte, y concluir que el razonamiento judicial debe tener lugar sin sujetarse a ninguna pauta previa, deberíamos mostrar algo más que este debate en la teoría jurídica americana: un debate que es sobre todo sobre el lugar de las decisiones de los jurados en su sistema institucional. Pero no hace falta que lo hagamos, aunque espero que algo habremos aprendido de este asunto, porque esta no es la vía de Celano. Celano acepta el argumento pero en una versión muy distinta de la que paso a ocuparme.

4. LA VERSIÓN ATENUADA: LA *RULE OF LAW* DE NUEVO

Celano (2016: 247-248) nos propone una concepción del razonamiento práctico en dos niveles. En el nivel profundo, están las razones, que compiten entre sí y que han de compararse caso por caso, es el nivel del balance o la *ponderación*. En el nivel superficial, están las reglas, que establecen que si se dan determinadas condiciones, entonces debe realizarse determinado comportamiento.¹³ Estas circunstancias configuran lo que puede denominarse un caso genérico, una combinación de la presencia y la ausencia de determinadas propiedades *relevantes* en este ámbito.¹⁴ El caso genérico está correlacionado con una solución normativa. Las reglas expresan un modo de cristalizar (Celano 2016: 248) las razones subyacentes, pero son opacas a ellas. Las reglas tienen, como se ha dicho, *autonomía semántica* (Schauer 1991).

El origen de esta idea se halla, al menos en la literatura anglosajona acerca de las reglas,¹⁵ en el antiguo e influyente trabajo de Rawls (1955) sobre los dos conceptos de regla. Como es sabido, en una discusión sobre el utilitarismo, Rawls distingue entre la concepción de las reglas como resúmenes y la concepción de las reglas como prácticas. Para la primera, las reglas sólo son resúmenes de decisiones pasadas, muletas que nos ayudan a tomar decisiones en el futuro, dado cómo hemos decidido en el pasado, pero siempre abiertas a que nuevas circunstancias muestren que debemos cambiar la decisión. Sin embargo, para la concepción de las reglas como prácticas, estas son reglas que guían y determinan el comportamiento. Son reglas que ya han ponderado los aspectos relevantes, son reglas no sujetas a revisión.¹⁶

¹³ Que el razonamiento humano, teórico o práctico, tiene estos dos niveles es una idea central del mercedamente influyente Kahneman (2011).

¹⁴ Como resultará obvio, estas son las ideas de Alchourrón y Bulygin (1971).

¹⁵ Pero habría que revisar, por ejemplo, la obra de Ihering (véase Ihering 1865: Lib. II, sec. 50), como me ha sugerido alguna vez Ángeles Ródenas. Para el formalismo en Ihering, Atria (2016: 82).

¹⁶ Esta noción de regla, y de razonamiento jurídico, es la que se halla después en Hart (1961, 1982), Raz (1975), Schauer (1991), Atienza y Ruiz Manero (1996), Alexander y Sherwin (2001), Atria (2016), por

Entonces, ¿hay un lugar para las reglas como prácticas en el razonamiento jurídico y, por lo tanto, para la *rule of law*? Y, según Celano y la literatura sobre las reglas citada en la nota 16, lo hay. Se tratará siempre de decisiones *sub-óptimas*, sub-óptimas en relación con el nivel profundo, pero lo hay.

Celano nos da tres razones para ello.¹⁷ La primera guarda relación con nuestra *limitada racionalidad* (Celano 2016: 252-257). No disponemos de todo el tiempo ni de todos los recursos del mundo cuando debemos tomar decisiones. En casos de la racionalidad prudencial de la vida cotidiana adoptamos reglas para ahorrarnos tiempo y dinero en nuestras deliberaciones: decidimos poner todos los días de trabajo el despertador a una hora determinada (si no viajamos u otras eventualidades, claro), hacer nuestra compra un día determinado de la semana, etc. Una decisión caso por caso produciría resultados más ajustados pero nos consumiría demasiado esfuerzo y no merece la pena. Por otro lado, en nuestras decisiones estamos influidos por multitud de sesgos, alcanzar decisiones prudentes o, cuando afectan a otros, decisiones imparciales, comporta eliminar en la medida de lo posible dichos sesgos. Las reglas nos ayudan en este propósito.

En segundo lugar (Celano 2016: 260-274), Celano se refiere a la cuestión del poder decisorio. Hasta ahora nos hemos preguntado qué razones deben decidir un caso concreto. Pero, claro, a la hora de tomar decisiones los decisores pueden cometer errores. Por ello, quién ha de tomar la decisión es una cuestión muy relevante. Si las decisiones las toman, en el caso del derecho, los jueces caso por caso, entonces el poder de los jueces resulta inmenso, tal vez insostenible. Si las decisiones vienen prefijadas mediante reglas previas, que adoptamos democráticamente, y los jueces deben únicamente aplicarlas, entonces el poder decisorio está en nuestras manos, y el ideal del autogobierno es más alcanzable. Celano lo dice así (2016: 270):

Las reglas sustraen ciertas decisiones a la jurisdicción (es decir, a la competencia de juzgar, de tomar decisiones) de ciertos sujetos, reservándola a otros, y vinculando a los primeros a la decisión de los segundos. Son, de este modo, instrumentos para la asignación de clases de decisiones a clases de sujetos.

Y concluye (Celano 2016: 274):

El gobierno de las leyes – la *rule of law*– entonces, permite sujetar a una cierta

ejemplo. Las reglas son, o expresan, -se dice- razones perentorias e independientes del contenido, razones protegidas que expresan razones excluyentes de segundo orden.

¹⁷ Véase también Schauer (2001) y una perspicua presentación de sus ideas en Ruiz Manero 2016.

medida de control el poder decisonal, humano, al que estamos inevitablemente sujetos.

La tercera razón guarda relación con la *predecibilidad* de las decisiones. Sólo decisiones predecibles, previstas en leyes claras, precisas y cognoscibles por sus destinatarios permiten a los seres humanos elegir y trazar sus planes de vida con garantías. Si nos preguntamos por qué es valioso que las personas elijan y ejecuten sus propios planes de vida, la respuesta sólo puede ser porque ésta es una forma de mostrar respeto por su *autonomía personal*, puesto que una de las dimensiones de la autonomía personal es precisamente la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo.¹⁸ En la medida en que las leyes no son precisas, disminuye la capacidad de cada uno de planificar su propia vida a la vista de lo que el Derecho establece. La autonomía así comprendida es un principio de la racionalidad, dado que somos seres racionales –capaces de trazar y perseguir fines- es importante para nosotros el conocimiento de los obstáculos que pueden impedirnos alcanzar nuestros fines, para de este modo tratar de ser los autores de nuestra propia vida.¹⁹ O, en palabras de Celano (2016: 276):

Los seres humanos viven en un ambiente que está hecho también de instituciones. Para que puedan (tratar de) planificar su propio futuro, de modo que puedan llegar a ser parcialmente autores de su propia vida, es preciso que estas instituciones sean, por así decirlo, mecanismos: que su funcionamiento sea regular, y así predecible.

Ahora bien, ¿cómo esta argumentación es compatible con la conclusión del argumento de Celano, según la cual, el derecho –y el razonamiento jurídico- es particularista?

Para hacerla compatible Celano usa dos pasos: en primer lugar, lo que denomina la tesis de la *conformidad de las razones*:

Por lo general, la mayoría de las veces, normalmente [cursiva en el original], -si bien no siempre- en los casos de un cierto tipo las razones del primer nivel son las mismas, y su ponderación indica la misma línea de comportamiento.

Este primer paso es relevante, porque para los casos *normales*, el razonamiento particularista y el razonamiento mediante reglas, la ponderación y la subsunción, producen la misma solución. Entonces las tres razones anteriores son de gran peso, dado que tenemos razones para decidir con reglas, opacas a su fundamento, entonces debemos decidir con ellas, siempre que el resultado sea compatible con las razones subyacentes. Esta es la tesis de la conformidad, como la denomina Celano.

¹⁸ Vd., por ejemplo, Nino (1989: 229).

¹⁹ Vd. Raz (1986: 369).

No obstante, ¿qué sucede cuando los dos niveles son incompatibles? Si las reglas son totalmente opacas, tomaremos decisiones jurídicas contra las razones subyacentes, si son totalmente transparentes, dejan de ser reglas.²⁰

El segundo paso de Celano (2016: 277-282) consiste en señalar que las reglas jurídicas deben contener algún mecanismo para reconsiderar la aplicación de la regla, deben contener *defeaters*. Y, además, esto es lo que ocurre en el derecho. El derecho penal contiene casusas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de un derecho) que permiten la reconsideración a la hora de aplicar los tipos penales. El derecho privado contiene vicios del consentimiento que funcionan del mismo modo.²¹ El derecho privado y el derecho público contienen también *conceptos jurídicos indeterminados* que funcionan de un modo semejante, permitiendo al decisor la ponderación, también así pueden entenderse, y funcionan en el razonamiento judicial, los principios constitucionales, en especial aquellos que reconocen derechos fundamentales (Celano 2016: 281).²²

Esta es entonces la versión atenuada del argumento de Celano, la conclusión es, de acuerdo con todo lo anterior, que el razonamiento jurídico está sujeto a reglas con *defeaters*, que permiten acudir en determinadas ocasiones a la reconsideración de las razones, a la ponderación.

Estoy de acuerdo con esta conclusión. Sin embargo no estoy de acuerdo con la premisa (2) del argumento: 'el razonamiento moral es particularista'. Pienso que hay razones, como trataré de mostrar en el próximo epígrafe, para concebir de modo no particularista nuestro razonamiento moral: un razonamiento moral sujeto a principios, que contienen *defeaters*. Veamos cómo.

5. UNA DEFENSA DEL GENERALISMO PRINCIPIALISTA EN MORAL

La razón principal por la cual no acepto la concepción particularista del razonamiento moral guarda relación con una idea que introduje al comienzo, antes de exponer el argumento de Celano. La idea es que los enunciados de razón son generales, no son particulares. No pueden serlo por razones lógicas. Cuando yo digo que tengo una razón decisiva para devolver el libro que me prestó mi amiga Beatriz, entonces

²⁰ Una especialmente perspicua manera de plantar este problema en Ródenas (1998).

²¹ La analogía entre causas de justificación y vicios del consentimiento en Hart (1968). Véase para ello Moreso 2012a.

²² Un argumento a favor de esta forma de concebir los *defeaters* en el razonamiento jurídico en Moreso 2016c. Esta de forma de concebir el razonamiento jurídico está presente en algunos trabajos de Bayón que vale la pena recuperar (Bayón 1991, 2000, 2001).

expreso una razón que puede ser cumplida de muchos modos, y no todos honran y respetan dicha razón. Devolverle el libro con algunas páginas arrancadas no lo hace, ni con páginas tachadas, ni encerrado en una maleta cerrada con una llave de la que ella no dispone, ni –claro- con polvo de ántrax en algunas de sus páginas. Entonces, ¿cuál es el contenido de mi deber? Devolverle el libro de modo que pueda leerlo con comodidad y sin que le dañe. Por eso es un problema moral si debo devolverle el libro, aún sabiendo que puede incrementar sus tendencias suicidas, cuando Beatriz ha vivido una situación semejante a la que Ana Karenina vive en la novela, aunque no con un apuesto y ambicioso oficial del ejército, sino con un apuesto y ambicioso profesor de universidad. Dado que necesariamente las descripciones de una acción son infinitas, este es un problema recalcitrante. Y es parte del argumento particularista. Ello muestra una cierta paradoja en el argumento: no podemos *atrapar* la razón decisiva en toda su complejidad precisamente porque las razones son, necesariamente, generales.

Sin embargo, veamos los argumentos de Dancy (2004: 3-12) al respecto. Todos se fundan en una concepción *holista* de las razones, en contraposición a una concepción *atomista*. Es decir las razones se hallan en un espacio coherentista y cada una depende de todas las demás. Por ello, las razones no son *codificables*, a no ser al precio de hacerlas inmanejables, y son *variables*, es decir A puede ser una razón a favor de realizar un comportamiento determinado y A puede ser una razón en contra de realizar un comportamiento determinado en otra ocasión.

No me parecen argumentos concluyentes. En los últimos años ha habido una amplia proliferación de intentos de formular los principios de modo de dar cuenta de este problema y garantizar un cierto *generalismo moderado*. Por ejemplo, Holton (2002) propone una cláusula, *that's it*, que garantiza por defecto el hecho de que el principio aplicable no es desplazado. McKeever and Ridge (2006) prefieren una cláusula como 'y ningún otro rasgo de la situación explica porque...'. Väyriinen (2006) opta por una estrategia que *proteja (hedging)* los principios.

Recientemente, también Scanlon (2014), considera que un enunciado de razón tiene la siguiente estructura (Scanlon 2014: 31):

$$R(p, x, c, a),$$

que debe ser leído como: el hecho de que *p* es una razón para la persona *x*, en las circunstancias (un conjunto de condiciones) *c* para hacer *a*.

Si dejamos ahora aparte sus consideraciones sobre las razones opcionales – una razón puede ser suficiente para hacer a y, aun así, ser opcional, dado que hay otras razones suficientes para hacer b –, por ejemplo, yo, que suelo escuchar música clásica mientras escribo, puedo tener una razón suficiente para escuchar un concierto de violín de Anne-Sophie Mutter, pero también uno de Julia Fischer. Una razón es una razón concluyente (RC) para hacer a , cuando no es *superada* (*outweighed*) por ninguna otra. La relación de *superación* es definida del siguiente modo (Scanlon 2014: 108):

Una consideración, q , supera otra, p , si lo siguiente se mantiene: $R(p, x, c, a)$, $R(q, x, c, b)$, donde b es un curso de acción incompatible con a , y [razón suficiente] $RS(q, x, c, b)$, pero no $RS(p, x, c, a)$, aunque $RS(p, x, c', a)$ donde c' es un conjunto de circunstancias tan normativamente similares a c como es posible excepto que q no se obtiene en c' .

Mi propia posición (Moreso 2012b, 2016a, 2016b, 2016d), para lo que ahora interesa, puede ser reconstruida añadiendo un subíndice a la fórmula de Scanlon. Scanlon tiene en cuenta las circunstancias, que incluyen las condiciones en que una razón se activa, podemos añadir a dicho contexto, el *contexto de uso*, lo que podemos denominar el *contexto de evaluación*,²³ que está constituido por las propiedades *relevantes* en este contexto, las propiedades fijadas por algún principio aplicable al caso. Las propiedades relevantes son aquellas que conducen a las soluciones normativas, tales que su presencia o ausencia (a veces en conjunción) determina la solución. En el caso Karenina, de la devolución del libro a mi amiga Beatriz, que ha vivido una dolorosa historia de amor, son relevantes claramente: el vencimiento del plazo y la evitación de daños irreparables a nuestros amigos. Ahora los enunciados de razón concluyente tienen la siguiente estructura con cinco subíndices:

$$RC(p, x, c, r, a).$$

Es decir, p es una razón concluyente para que x haga a , en las circunstancias c , donde sólo son relevantes las propiedades r . Es una razón general, relativa a un contexto de uso, el conjunto de condiciones, y a un contexto de evaluación, el conjunto de propiedades relevantes.

Son todas estrategias similares para defender un generalismo moderado y, según alcanzo a comprender, están en condiciones de *codificar* nuestras razones para la acción.

²³ Tomo estas ideas de la reciente discusión acerca del relativismo, surgida de la filosofía del lenguaje (por ejemplo MacFarlane 2014).

Pasemos a la cuestión de la *variabilidad* de las consideraciones que cuentan como una razón. Al cambio de valencia o polaridad de dichas consideraciones. Dejemos aparte aquí las reflexiones acerca de si hay o no lugar en el enfoque de Dancy para *algunas* razones invariantes (McKeever, Ridge 2006: 30-31), y recordemos mi tratamiento del caso de devolver el ejemplar de *Ana Karenina* a Beatriz, después de su asunto amoroso y desgraciado. Bien, en dicho caso, la valencia de los hechos que son razones cambia: haberle prometido devolver el libro el 30 de agosto de 2016 es una razón para hacerlo en muchos casos, pero cuando dicha propiedad se halla en conjunción con la propiedad de dañar gravemente a una amiga, entonces cambia su polaridad, y ya no es una razón concluyente para hacerlo, figura en la lista de propiedades que conforman una razón concluyente para no devolverle el libro. De hecho (Moreso 2016a), configura cuatro casos genéricos: a) la promesa de devolver el libro antes del 30 de agosto de 2016 y el hecho de no dañarle gravemente al hacerlo, b) la promesa de devolver el libro antes del 30 de agosto de 2016 y el hecho de dañarle gravemente al hacerlo, c) la ausencia de la promesa de devolver el libro antes del 30 de agosto de 2016 y el hecho de no dañarle gravemente al hacerlo y d) la ausencia de la promesa de devolver el libro antes del 30 de agosto de 2016 y el hecho de no dañarle gravemente al hacerlo. Las soluciones normativas son distintas en estos casos: en a) debo devolver el libro, en b) y d), no debo devolverlo, en c) es opcional que lo devuelva. Creo que esto basta para mostrar que las consideraciones que son una razón se comportan variablemente en nuestro contexto. Y creo que este es un argumento generalizable.

Veamos ahora si queda algún lugar para los principios en el razonamiento moral. Dancy (2014) considera que la objeción más relevante que se pueda formular al particularista por su exclusión de los principios en el razonamiento moral es la siguiente:

¿Qué enfoque puede ofrecernos el particularista de nuestra capacidad de aprender de nuestra experiencia moral? Tal auto-educación moral es ciertamente posible. Un adolescente que ha rechazado aceptar la delicadeza como una virtud puede llegar a ver la importancia de ser delicado en un caso particular, y entonces será capaz de aplicar este conocimiento más en general. El generalista puede comprender este hecho como la obtención de un principio a partir de un caso previo, que entonces puede aplicar a los posteriores. ¿Qué puede el particularista ofrecer como alternativa?

Según Dancy, el hecho de que determinadas razones tengan fuerza para los casos futuros, puede integrarse en el razonamiento particularista, sin aceptar, sin embargo, que ellas están encapsuladas en principios que tienen una fuerza invariable.

Sea como fuere, sin embargo, hay algunas funciones que cumplen los principios en nuestra vida moral que no creo que puedan ser sustituidas. Scanlon (2014: 118), por ejemplo, nos dice:

Los principios que incorporan condiciones normativas, o incluso, morales pueden servir como un estándar compartido de comportamiento y justificación porque compartimos una idea lo suficientemente clara de qué condiciones no-normativas han de cumplir en la mayoría de los casos.

En este sentido, los principios constituyen nuestra agencia moral, definen nuestra práctica como agentes morales. Quien no comprende que, en general, se deben cumplir las promesas o bien que, normalmente, no se debe dañar a los demás, no participa de nuestra práctica moral, no es alguien sensible a los valores.²⁴ Los principios son, en este sentido, como *temas musicales* en el jazz. Como lo dice Nozick (1993: 39): «El término *principio* es usado, a menudo, para referirse a algo más profundo y más general que las reglas. Los principios son las líneas generales en las cuales los detalles encuentran su lugar». Así concebidos, los principios pueden ser considerados como los deberes básicos y *prima facie* de Ross (1930: cap. II) o como las virtudes, como quiere Crisp (2000).

Si estos principios nos comprometen con algo como *verdades normativas puras*, que no varían y asignan significado a los hechos no-normativos (Scanlon 2014: 121) o con principios últimos, totalmente independientes de los hechos (Cohen 2003) es algo que podemos dejar para otra ocasión, aunque sospecho que esta conjetura es correcta.

Mi conclusión es, por lo tanto, que no hay razones para abandonar la concepción principialista del razonamiento moral y que, con las cautelas que he introducido, no hay razones para abrazar una concepción particularista del razonamiento moral.

En el siguiente apartado trataré de mostrar que esta forma de comprender el razonamiento moral es más adecuada para nuestra concepción del razonamiento jurídico, tal y como Celano la ha diseñado.

²⁴ Y, como dice Raz (1999: 220) en un contexto de discusión sobre el particularismo: «La inteligibilidad del valor ejerce una fuerte presión hacia algún tipo de generalización».

6. LA PLOMADA DE LESBOS Y EL POSITIVISMO NORMATIVO INCLUYENTE

Si mi argumentación anterior va bien encaminada, entonces es posible restaurar la armonía entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que, al fin y al cabo, es una especie de razonamiento moral público institucionalizado.²⁵ Los dos razonamientos disponen de pautas o estándares previos, si bien el razonamiento moral se lleva a cabo mediante principios generales, ampliamente sensibles y transparentes a su justificación, y el razonamiento jurídico está disciplinado por pautas cuasi-concluyentes que, de manera limitada, remiten a su justificación. Si tomamos la vieja distinción dworkiniana (Dworkin 1977: cap. 2) entre reglas y principios, aunque como una distinción gradual²⁶ más que taxativa y mutuamente excluyente, el razonamiento jurídico es prevalentemente un asunto de reglas, mientras el razonamiento moral lo es de principios. Pero, en ambos razonamientos, ocupan un lugar clave los *defeaters*, mecanismos que autorizan el regreso al nivel profundo del razonamiento y que pueden revocar, superar, derrotar la aplicación de la regla o del principio en cuestión. Estos *defeaters*, por otro lado, contendrán conceptos evaluativos *densos* que es lo que nos permitirá acudir a las razones subyacentes (vd. Mcnaughton, Rawling 2000 y Moreso 2012a).

Tanto en el razonamiento moral como en el jurídico, aunque en grados diversos, necesitamos esta combinación de flexibilidad, para acudir a las razones subyacentes, y rigidez, apta para guiar nuestro comportamiento. Como nos recuerda Jeremy Waldron (2011: 82), Aristóteles, en un célebre pasaje de la *Ética a Nicómaco* (1984: 1137b, p. 83) nos dice que hay dimensiones de las acciones humanas que no pueden ser capturadas por reglas universales y para tratarlas debemos usar instrumentos no rígidos, y las reglas generales son rígidas, debemos usar reglas flexibles (reglas con *defeaters*) 'como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida'.

Y la referencia a Waldron va bien aquí, porque Waldron es uno de los más conspicuos representantes del positivismo normativo (Waldron 2001, 2005)²⁷ que –como Celano (y Celano lo admite en 2016: 280, nota 71)– considera pertinente añadir a las reglas generales, públicas y previas, *defeaters* evaluativos. Las dos tesis (normativas) que Celano (2016: 281) atribuye al positivismo normativo son las siguientes:

²⁵ La idea de una estructura de árbol para la moralidad, en donde comenzamos con los ideales para una moralidad privada y finalizamos con el derecho como moralidad pública de carácter institucional, en Dworkin (2011: cap 19). También podríamos usar la imagen de las muñecas rusas.

²⁶ Que es preferible comprender la distinción como una cuestión de grado ha sido argüido por Hart (1994: 262).

²⁷ Véase también Scarpelli (1965), Campbell (1996), Murphy (2001), Green (2008), Celano (2013c). En la literatura en español, con algunos matices, Hierro (2002), Martí (2008-9), Laporta (2007) y recientemente Atria 2016.

(1) Es deseable que el derecho esté constituido de tal modo que su existencia y contenido puedan determinarse sobre la base únicamente de consideraciones fácticas, fácilmente accesibles y no controvertidas, independientemente de consideraciones morales o controversias evaluativas.

(2) Es deseable que el derecho esté constituido [...] por reglas, y precisamente por reglas públicas, no retroactivas, etc. (recuérdese el elenco de desiderata de la *rule of law*), cuya existencia y contenido puedan determinarse sobre la base únicamente de consideraciones fácticas, fácilmente accesible y no controvertidas, independientemente de consideraciones morales o controversias evaluativas.

Ahora bien, Celano nos advierte (2016: 280-281), la segunda tesis ha de ser entendida de un modo determinado, como exigiendo que las reglas incluyan también *defeaters*, que permitan la 'reconsideración de estas reglas, y el recurso al balance de las razones de primer nivel', un sistema que no contuviera estos dispositivos sería, concluye Celano, irrazonable.

He defendido en diversos lugares (Moreso 2012a por ejemplo), una posición muy semejante. Celano la bautiza como *positivismo normativo incluyente*. Dado que el *positivismo jurídico incluyente* no tiene demasiados defensores ni en Italia ni en España, por no decir que somos muy pocos, y que añadirle ahora el *positivismo normativo*, puede despertar las iras de los que, entre nosotros, siguen esta posición, me temo que el conjunto de sus seguidores, entre nosotros, va a quedar reducido a Bruno y a mí mismo. Sea como fuere, comprendido como resulta del trabajo de Bruno y del mío (él con mayores simpatías hacia el positivismo normativo y yo con mayores simpatías hacia el positivismo incluyente), no tengo inconveniente alguno en adoptarlo. Como él advierte, sin embargo, normalmente el debate entre positivismo jurídico excluyente e incluyente es considerado un debate conceptual (vd., por ejemplo, Waluchow 1994, Himma 2002, Moreso 2009: ensayo 10), aunque esta es una cuestión que podemos dejar abierta. Aquí en cambio se *recomienda*, desde el punto de vista normativo, que el derecho sea en algún sentido como el positivismo incluyente dice que es, incorporando la moralidad en sus *defeaters*.

Para terminar, realizaré dos consideraciones de diverso nivel. La primera para tratar de atenuar una preocupación que Celano expresa, la segunda para esbozar tentativamente algunas ideas que creo debemos desarrollar en el futuro.

La preocupación a la que me refiero es la siguiente: Celano (2016: 282-283) percibe con agudeza que, aún en el caso de la introducción de *defeaters*, en nuestras reglas, queda la cuestión de cómo, cuándo y quién aplica los *defeaters*. El poder decisonal no puede ser trascendido, porque alguien ha de tomar la decisión definitiva.

Como dice Celano se trata de un círculo del que no ve el modo de salir. Y, según creo, en un punto lleva razón: cualquier sistema de reglas que disponga también de autoridades para decidir finalmente si las reglas han sido seguidas o no, produce esta tensión. Es conceptualmente posible que la autoridad final decida contra las reglas, o también contra el balance de razones adecuado (cuando los *defeaters* le permiten acudir a él). No hay modo de escapar a esta tensión en un sistema institucional. Sin embargo, hay modos de moderar su agudeza. Modos que usan nuestros sistemas jurídicos. Por ejemplo: mientras en nuestros sistemas jurídicos continentales (así el italiano y el español) la Administración está sujeta a todas las normas, las constitucionales, las legales y las reglamentarias, de modo que un miembro de la Hacienda pública no puede dejar de cobrar una multa porque la considera *irrazonable*, o un funcionario de prisiones no puede dejar de imponer una sanción penitenciaria porque la considera un *trato degradante*, los jueces ordinarios sí pueden hacerlo, siempre que las leyes hayan incorporado estas pautas. Si son pautas constitucionales (en nuestros sistemas de control concentrado de la constitucionalidad), entonces los jueces ordinarios sólo pueden elevar una cuestión al tribunal constitucional que es quien tiene la última palabra. Es este mecanismo de controles institucionales el que hace las reglas más opacas para unos decisores que para otros. De este modo, preserva la predecibilidad y la articulación de las decisiones, aún si ningún mecanismo puede garantizarla de modo absoluto.

La segunda cuestión la apuntaba al comienzo: si los *defeaters* son tan relevantes en el razonamiento moral y en el razonamiento jurídico, necesitamos una noción más clara de los tipos y el alcance de estos dispositivos que activan el balance de razones. Comienza a haber una prometedora literatura sobre el lugar de los *defeaters* en el razonamiento práctico (Bagnoli 2016 es un buen ejemplo). Pero hay poco sobre una taxonomía de los *defeaters*. En la nota 4 me refería a la distinción, procedente de la epistemología (Pollock 1974) entre *rebutting* y *undercutting defeaters*, *defeaters* que revocan y *defeaters* que socavan y me preguntaba si podían ser contemplados (una sugerencia de Montague (1995: 125-126) como *defeaters prescriptivos* y *defeaters permisivos*. Así, mientras la ampliación del plazo que me concede Beatriz para que le devuelva el libro puede considerarse un *defeater* permisivo, si Beatriz me regala el libro se trata más bien de uno prescriptivo, porque sería descortés, y por ello inmoral, devolverle un libro que me ha regalado. Y mientras la causa de justificación penal de la legítima defensa (propia) es permisiva (no es inmoral no repeler la agresión, por ejemplo, porque el agredido practica la no-violencia

extrema), la causa de justificación del cumplimiento de un deber es prescriptiva (un miembro de la policía no puede negarse a arrestar a una persona cuando se lo ordena un juez).

Sin embargo, parece que ello no es suficiente. Sinnott-Amstrong (1988, 1999) hila más fino. Y distingue cuatro tipos de *defeaters*. En primer lugar, aquellos que *cancelan* una razón (*underminer*), como cuando Beatriz me envía un e-mail diciendo que no es preciso que le devuelva el libro antes del plazo, que prolonga el plazo seis meses más. Si, en cambio, Beatriz me regala el libro, entonces este hecho *invierte* la razón (*reverser*), ahora tengo –como hemos visto– una razón para no devolverle el libro. Si, pensando regresar de vacaciones el 29 de agosto, cancelan mi vuelo y debo regresar tres días después, podemos considerar que este hecho *excusa* mi razón (*excuse*) para devolverle el libro a Beatriz. En cambio, el caso en el que Beatriz ha vivido ese asunto amoroso y desgraciado, podemos decir que *revoca* o *desplaza* o, tal vez, *reemplaza* (*override*) la razón para devolverle el libro. Tenemos entonces, como dice Sinnott-Amstrong (1999: 5): «Overriders, underminers, reversers, and excuses are, then, all reason defeaters».

En mi opinión, una idea como esta podría servir de base para tratar de clasificar nuestras causas de justificación y exculpación en derecho penal, o las condiciones de invalidez en el derecho de contratos, o una clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados.

Se trata de una tarea necesaria para lograr una comprensión más clara del funcionamiento de estos dispositivos en el razonamiento moral y en el razonamiento jurídico. Resultaría óptimo que Bruno nos ilustrara con sus ideas al respecto y, así, todos nos beneficiáramos como nos hemos beneficiado siempre de sus ideas y argumentos.

REFERENCIAS

- Alchourrón, Carlos E. (1996): 'Para una lógica de las razones prima facie', *Análisis Filosófico*, 16 (1996): 113-124.
- Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio (1971): *Normative Systems*. New York-Wien: Springer.
- Alexander, Larry, Sherwin, Edward (2001): *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, (Durham: Duke University Press).
- Aristóteles (1984): *Ética a Nicómaco*, trad. de M. Araújo y J. Marías (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan (1996): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, (Barcelona: Ariel).
- Atria, Fernando (2016) : *La forma del Derecho* (Madrid : Marcial Pons).

- Bagnoli, Carla (2016): 'Defeaters and practical knowledge', *Synthese* (2016): DOI 10.1007/s11229-016-1095-z.
- Bayón, Juan Carlos (1991): 'Razones y reglas : sobre el concepto de «razón excluyente» en Joseph Raz', *Doxa* 10: 25-66.
- (2000): 'Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico', *Isonomía*, 13: 87-117.
 - (2001): '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?', *Doxa*, 24: 35-62.
- Campbell, Tom D. (1996): *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth).
- Cardozo, Benjamin Nathan (1921): *The Nature of Judicial Process*, (New Haven: Yale University Press).
- Celano, Bruno (2002): 'Defeasibility e bilanciamento, Sulla possibilità di revisioni stabili', *Ragion Pratica* 18: 223-239.
- (2005a): 'Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale de diritto: tre ipotesi di ricostruzione', *Analisi e Diritto*, 53-74.
 - (2005b): 'Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?', *Ragion Pratica*, 25 :469-489.
 - (2006) : 'Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità : il modello triadico', *Ragion Pratica*, 26 :133-149.
 - (2009): *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, trad. del italiano y del inglés por F. Laporta y A. Greppi, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
 - (2012): 'True Exceptions: Defeasibility and Particularism', Ferrer Beltran, J., Battista Rati, G. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. (Oxford: Oxford University Press), cap. 16.
 - (2013a): 'Publicity and the Rule of Law' en L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in the Philosophy of Law, II*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), cap.4.
 - (2013b): 'Law as Power. Two Rule of Law Requirements', en Waluchow W.; Sciaraffa S. (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, (Oxford: Oxford University Press), cap. 6.
 - (2013c): 'Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law', en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D. M. Papayanis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, (Dordrecht: Springer), cap. 8.
 - (2016): 'Rule of law e particolarismo etico' en G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, (Bologna: Il Mulino): 237-285.
- Cohen, Gerald A. (2003): 'Facts and Principles', *Philosophy & Public Affairs*, 31: 211-245.
- Crisp, Roger (2000): 'Particularizing Particularism', en B. Hooker y M. Little (eds.) *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press), 23-47.
- Dancy, Jonathan (1983): 'Ethical Particularism and Morally Relevant Properties', *Mind*, 92: 530-547.
- (1993): *Moral Reasons* (Oxford: Basil Blackwell).
 - (2004): *Ethics without Principles*, (Oxford: Oxford University Press).
 - (2013): 'Moral Particularism', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/moral-particularism/>>.
- Dworkin, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*, (London: Duckworth).
- (2006): *Justice in Robes*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
 - (2011): *Justice for Hedgehogs*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- Frank, Jerome (1930): *Law and the Modern Mind*, (Gloucester, Mass.: Peter Smith).
- (1949): *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, (Princeton: Princeton University Press).
- Green, Leslie (2008): 'Positivism and the Inseparability of Law and Morals', *New York University Law Review* 83: 1035-1058.
- Hart, H.L.A. (1961): *The Concept of Law*, (Oxford: Oxford University Press).
- (1968): 'Legal Responsibility and Excuses' in H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press), 28-53.
 - (1982): 'Commands and Authoritative Legal Reasons' en H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, (Oxford, Oxford University Press), cap. X.
 - (1994): 'Postscript' en *The Concept of Law*, segunda edición, Bulloch P., Raz, J., eds., (Oxford: Oxford University Press).
- Hierro, Liborio (2002): '¿Por qué ser positivista?', *Doxa* 25: 263-302.

- Hooker, Brad; Little, Margaret (eds.) (2000), *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press).
- Holton, Richard (2002), 'Principles and Particularisms', *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 76: 191-210.
- Horty, John F. (2007): 'Reasons as Defaults', *Philosopher's Imprint*, 17, (3, April).
- Himma, Kenneth E. (2002): 'Inclusive Legal Positivism' en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 125-165.
- Ihering, Rudolph von (1865): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.*, (Leipzig: Breitkopf und Härtel), trad. de E. Príncipe Satorres, *El espíritu del derecho romano en sus diversas fases de desarrollo*, (Granada: Comares, 2011).
- Kahneman, David (2011): *Thinking, Fast and Slow* (London: Penguin).
- Laporta, Francisco J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, (Madrid: Trotta).
- MacFarlane, John (2014): *Assessment Sensitivity. Relative Truth and its Applications*, (Oxford: Oxford University Press).
- Martí, José Luis (2008-2009): 'Sobre la normatividad de la filosofía del derecho', *Anuario de Filosofía del Derecho*, 25: 427-454.
- McDowell, John (1998): *Mind, Value, and Reality* (Cambridge, Mass.; Harvard University Press).
- McKeever, Sean; RIDGE, Michael (2006: *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*, (Oxford: Oxford University Press).
- McNaughton, David (1988): *Moral Vision*, (Oxford: Oxford Blackwell).
- McNaughton, David; RAWLING, Piers (2000): 'Unprincipled Ethics' en B. Hooker y M. Little (eds.), *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press), 256-275.
- Montague, Philip (1995): *Punishment as Societal Defense*, (London: Rowman & Littlefield).
- Moreso, J.J. (2002a): 'Conflitti tra principi costituzionali', *Ragion Pratica* 18: 201-221.
- (2002b): 'A propósito de revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano', *Ragion Pratica* 18: 241-248.
 - (2005): 'Cristina Redondo su ragione e norme', *Ragion Pratica*, 2 (dicembre): 491-506.
 - (2009a): *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons).
 - (2009b): 'A modo de prólogo: Celano y la fragilidad del conocimiento práctico', en B. Celano, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, trad. del italiano y del inglés por F. Laporta y A. Greppi, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales), 9-16.
 - (2012a): 'Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality'. Ferrer Beltran, J., Battista Rati, G. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. (Oxford: Oxford University Press), 225-237.
 - (2012b): 'Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism', *Ratio Juris*, 25: 31-46.
 - (2015): 'Virtudes, particularismo y aplicación del Derecho' en Pau Luque (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, (Madrid: Marcial Pons, 2015), 187-200.
 - (2106a): 'Virtù, particolarismo e applicazione del diritto'. *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 4 (2015): 65-81.
 - (2016b): 'On Deontic Truth and Values', aparecerá en *Crítica*.
 - (2016c): 'Es gibt noch Richter in Berlin. Comentarios a *La forma del derecho de Fernando Atria*, manuscrito, accesible en academia.edu.
 - (2016d): 'Moral Complications and Constitutional Structures', la versión en inglés aparecerá en *Ratio Juris*, una versión en alemán en un libro editado por K. Günther y M. Willaschek y en español en un libro editado por L. Peña y T. Ausín.
- Murphy, Liam (2011): 'The Political Question of the Concept of Law' en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press), cap. 11.
- Nino, Carlos S. (1989): *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989).
- Nozick, Robert (1993): *The Nature of Rationality*, (Princeton: Princeton University Press)
- Platón (1986): *República*, trad. de C. Eggers Lan, (Madrid: Gredos).
- Pollock, John L. (1974): *Knowledge and Justification*, (Princeton: Princeton University Press).
- (1986): 'A Theory of Moral Reasoning', *Ethics*, 96: 506-523.
 - (1991): 'A Theory of Defeasible Reasoning', *International Journal of Intelligent Systems*, 6: 33-54.

- Rawls, John (1955): 'Two Concepts of Rules', *Philosophical Review*, 64: 3-32. Ahora en John Rawls, *Collected Papers*, ed. by S. Freeman, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999), cap. 2.
- Raz, Joseph (1975): *Practical Reason and Norms*, (London: Hutchinson).
- (1979): 'The Rule of Law and Its Virtue', en J. Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), cap. 11.
 - (1986): *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press).
 - (1999): 'The Truth in Particularism', en J. Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, (Oxford: Oxford University Press), cap. 10.
- Ródenas, Ángeles (1998): 'Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial', *Doxa*, 20-21: 99-121.
- Ruiz Manero, Juan (2016): 'Nota preliminar', en F. Schauer, *Positivismo constitucionalista*, trad. de M. Chuquillanqui Gonzéles, (Lima: Palestra), 7-34.
- Scanlon, T.M. (2014): *Being Realistic About Reasons*, (Oxford: Oxford University Press).
- Scarpelli, Uberto (1965): *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano: Edizione di Comunità).
- Schauer, Frederick (1991): *Playing by the Rules* (Oxford: Oxford University Press).
- Sinnot-Amstrong, Walter (1988). *Moral Dilemmas*, (Oxford: Blackwell).
- (1999): 'Some Varieties of Particularism', *Metaphilosophy*, 30:1-12.
- Solomon, Jason M. (2014): 'Juries, Social Norms and Civil Justice', *Alabama Law Review*, 65: 1125-2014.
- Sunstein, Cass R. (1986): *Legal Reasoning and Political Conflict*, (Oxford: Oxford University Press).
- Väyrynen, Peter (2006): 'Moral Generalism: Enjoy in Moderation,' *Ethics* 116: 707-741.
- Waldron, Jeremy (2001): 'Normative (or Ethical) Positivism' en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press), cap. 12.
- (2005): 'Law' en F. Jackson, M. Smith (eds), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy* (Oxford: Oxford University Press): 181-207.
 - (2008): 'The Concept and the Rule of Law', *Georgia Law Review*, 43: 1-61.
 - (2011): 'Vagueness and the Guidance of Action', en A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, (Oxford: Oxford University Press): 58-82.
 - (2016): 'Il Rule of Law' è l'importanza della procedura', en G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, (Bologna: Il Mulino): 357-392.
- Waluchow, W.J. (1994): *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press).
- Wright, R. George (2008): 'Dreams and Formulas: The Roles of Particularism and Principlism in the Law,' *Hofstra Law Review*, 37: 195-223.

AGRADECIMIENTOS: Este trabajo fue escrito originalmente para el volumen P. Luque, M. Maldonado (a cura di) *Problemi attuali di filosofia del diritto. Discutendo con Bruno Celano*, que será editado en 2017 por Marcial Pons en italiano. Agradezco a Pau y a Mauricio la amabilidad con la que me autorizan publicar aquí la versión castellana del trabajo y agradezco también los comentarios y sugerencias de varios colegas y amigos a una primera versión del trabajo: Víctor Ferreres, Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero. La investigación se ha beneficiado de la ayuda financiera del Ministerio español de Economía y Competitividad y de la AGAUR de la Generalitat de Cataluña a los proyectos de investigación DER 2013-48066-C2-1-R y SGR 626. 2014-2, respectivamente

J.J. MORESO: Licenciado en Derecho (1983 - UAB) y Doctor en Derecho (1988 - UAB), actualmente es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universitat Pompeu Fabra desde el año 2000, de la que fue rector entre 2005 y 2013, consejero de la ANECA y presidente de la Agencia de Calidad Universitaria de Cataluña (AQU). Anteriormente fue catedrático de Filosofía del Derecho en la Universitat de Girona (1996-2000). Es profesor honorífico de la Universidad Diego Portales de Chile y Doctor honoris causa por la Universidad de Valparaíso (2010) y por la UAO de Trujillo, Perú (2013). Es autor entre otras publicaciones del libro *La indeterminación y la interpretación de la Constitución* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997). También es editor de publicaciones especializadas en filosofía del derecho y filosofía práctica.