

Colección

**Filosofía y Derecho**

José Juan Moreso Mateos

Jordi Ferrer Beltrán

Adrian Sgarbi

(dirs.)

PARTICULARISMO  
Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral

PAU LUQUE  
(Ed.)

**PARTICULARISMO**  
**Ensayos de filosofía del derecho  
y filosofía moral**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2015

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@filosofiyderecho.es](mailto:manuscritos@filosofiyderecho.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web [www.filosofiyderecho.es](http://www.filosofiyderecho.es).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Pau Luque (ed.)  
© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ (91) 304 33 03  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)  
ISBN: 978-84-16402-52-6  
Depósito legal: M. 33.171-2015  
Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico  
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.  
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.  
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)  
MADRID, 2015

INTRODUC  
DE LOS

BIBLIO

¿QUÉ ES E

BIBLIO

PRINCIPI  
TICUL

1. LA

2. CA

3. LA

4. DIS

5. CO

BIBLIC

DOS MOD  
Cristine

1. IN

trabajos que han superado una evaluación  
según los estándares usuales en la comu-

n deberán enviar sus manuscritos en do-  
uscritos@filosofiyderecho.es. Los datos  
aparte y el manuscrito no debe contener  
ficar al autor.

el autor deberá adaptarlo a los criterios  
to PDF, en la página web [www.filosofiyderecho.es](http://www.filosofiyderecho.es)

la escritura de los titulares del «Copyright»,  
la total o parcial de esta obra por cualquier  
tratamiento informático, y la distribución  
cos.

Madrid)

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN. EL PARTICULARISMO ENTRE LA GUERRA DE LOS HECHOS Y LA PAZ DE LAS REGLAS, <i>Pau Luque</i> .....	11
BIBLIOGRAFÍA.....	17
¿QUÉ ES EL PARTICULARISMO EN ÉTICA?, <i>Jonathan Dancy</i> .....	19
BIBLIOGRAFÍA.....	37
PRINCIPIOS, ATENCIÓN Y CARÁCTER: UNA DEFENSA DEL PAR- TICULARISMO MORAL, <i>Josep E. Corbí</i> .....	39
1. LA IDENTIDAD MORAL Y EL MODELO DEL COMBATE.....	40
2. CARÁCTER Y PRINCIPIOS MORALES .....	47
3. LA DISCIPLINA NARRATIVA DE LOS RASGOS MORALES .....	49
4. DISCIPLINA NARRATIVA, PROYECCIÓN Y CARÁCTER .....	52
5. CONCLUSIONES .....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	57
DOS MODELOS DE NORMA Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO, <i>María Cristina Redondo</i> .....	59
1. INTRODUCCIÓN .....	59

	Pág.
2. UNIVERSALISMO VS. PARTICULARISMO .....	61
2.1. El universalismo.....	62
2.1.1. Predicados universales, cuantificadores universales y relevancia universal .....	63
2.2. El particularismo.....	65
2.3. Diversos tipos de derrotabilidad y razonamiento práctico.....	67
2.4. Algunas consecuencias destacables .....	71
3. LAS RAZONES JURÍDICAS .....	73
3.1. El universalismo en el ámbito jurídico .....	74
3.2. El particularismo en el ámbito jurídico .....	77
3.3. El debate en la teoría jurídica .....	79
3.4. ¿Dos presentaciones equivalentes? .....	84
4. REFLEXIONES FINALES.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	87
 <b>SOBRE LA UNIVERSALIDAD Y LA PARTICULARIDAD DE RAZO- NES Y NORMAS, Nicola Muffato .....</b>	 89
1. INTRODUCCIÓN.....	89
2. UNIVERSALIDAD Y PARTICULARIDAD «SEMÁNTICAS» (Y METAFÍSICAS) .....	90
3. UNIVERSALIDAD Y NO-UNIVERSALIDAD (DERROTABI- LIDAD) «LÓGICAS».....	102
4. UNIVERSALIDAD Y PARTICULARIDAD «SUSTANCIAL», UNI- VERSALIZABILIDAD .....	121
5. CONCLUSIONES .....	128
BIBLIOGRAFÍA.....	128
 <b>EXCEPCIONES Y SUPERACIÓN, Luís Duarte d'Almeida.....</b>	 133
BIBLIOGRAFÍA.....	150
 <b>RULE OF LAW Y PARTICULARISMO ÉTICO, Bruno Celano.....</b>	 151
1. INTRODUCCIÓN .....	151
2. RULE OF LAW.....	151

	Pág.
ISMO .....	61
.....	62
uantificadores universales y .....	63
.....	65
razonamiento práctico.....	67
s .....	71
.....	73
dico .....	74
ídico .....	77
.....	79
.....	84
.....	86
.....	87
<b>ICULARIDAD DE RAZO-</b>	
.....	89
.....	89
DAD «SEMÁNTICAS» (Y .....	90
ALIDAD (DERROTABI-	
.....	102
AD «SUSTANCIAL», UNI-	
.....	121
.....	128
.....	128
e d'Almeida .....	133
.....	150
<b>O, Bruno Celano.....</b>	151
.....	151
.....	151

3. PARTICULARISMO ÉTICO .....	153
4. EL PROBLEMA .....	156
5. REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	157
6. MODELO DE LA PONDERACIÓN Y REGLAS .....	158
7. POR QUÉ EL <i>RULE OF LAW</i> Y EL PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (I): EFICIENCIA DECISORIA, RACIONALIDAD LIMITADA, <i>BIAS</i> .....	162
8. LA CONFORMIDAD DE LAS RAZONES .....	165
9. POR QUÉ EL <i>RULE OF LAW</i> Y EL PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (II): LA NO TRASCENDIBILIDAD DEL PODER DECISORIO .....	167
10. POR QUÉ <i>RULE OF LAW</i> Y PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (III): PREVISIBILIDAD DE LA DECISIÓN .....	176
11. POSITIVISMO NORMATIVO INCLUYENTE .....	179
12. CONCLUSIÓN .....	183
BIBLIOGRAFÍA.....	184

#### VIRTUDES, PARTICULARISMO Y APLICACIÓN DEL DERECHO, *J. J. Moreso* .....

1. INTRODUCCIÓN .....	187
2. LA ESPECIFICACIÓN DE LAS PAUTAS PRÁCTICAS .....	188
3. EL LUGAR DE LAS VIRTUDES EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO .....	191
4. EPISTEMOLOGÍA DE LAS VIRTUDES Y ÉTICA DE LAS VIRTUDES .....	192
5. JUSTIFICACIÓN, VIRTUDES Y APLICACIÓN DEL DERECHO...	195
BIBLIOGRAFÍA.....	197

#### MÁS ALLÁ DEL PARTICULARISMO: POR UNA ÉTICA DE LA EXPERIENCIA, *Hernán G. Bouvier*.....

1. INTRODUCCIÓN .....	201
2. OBJETIVIDAD Y REALIDAD DE LA MORAL .....	202
3. CONOCIMIENTO NECESARIAMENTE PARCIAL Y VERDAD ...	204

	<u>Pág.</u>
4. UNA TESIS DE ÉTICA NORMATIVA .....	207
5. EXPERIENCIA Y SENSIBILIDAD: ALGUNOS PARADIGMAS....	209
6. EL VALOR DE LA EXPERIENCIA .....	212
BIBLIOGRAFÍA.....	214



*Particularism*, en FERRER, J.,  
*ents. Essays on Defeasibility*,

nt of Legal Exceptions», *Ox-*

/ and Rights», *Proceedings of*

University Press (1.<sup>a</sup> ed. 1961).

*ceedings of the Aristotelian*

*il of Political Philosophy*, 18,

SOAMES, S. (eds.), *Philoso-*

rd: Oxford University Press,

gic», en GOBLE, L. (ed.): *The*

ackwell, 336-361.

## RULE OF LAW Y PARTICULARISMO ÉTICO \*

Bruno CELANO

Universidad de Palermo (Italia)

### 1. INTRODUCCIÓN

Este escrito aborda el problema de si el ideal del *Rule of Law* es compatible con el particularismo ético. Sostendré que, a pesar de las apariencias, la respuesta a esta cuestión es afirmativa. Antes de presentar mis argumentos a favor de esta tesis, sin embargo, es necesario: i) aclarar qué entiendo por *Rule of Law* y por «particularismo ético» (apdos. 2 y 3); ii) explicar por qué deberíamos plantearnos el interrogante —interrogante que puede parecer fútil o abstruso— sobre si el *Rule of Law* es o no compatible con el particularismo ético (apdo. 4); y por último iii) aclarar por qué, como he dicho al comienzo, la respuesta a este interrogante es aparentemente negativa (apdo. 4). En ese momento presentaré mis argumentos —tres— a favor de la tesis de la compatibilidad (apdos. 7, 9, 10). La demostración exigirá la construcción de un modelo «de dos niveles» del razonamiento práctico (apdo. 6), la asunción de un postulado altamente controvertido (la tesis de la «conformidad de las razones», apdo. 8) y, por último, el esbozo de una particular versión del positivismo jurídico normativo, que denominaré «positivismo ético incluyente» (apdo. 11).

### 2. RULE OF LAW

Hay muchos modos de entender la expresión *Rule of Law*<sup>1</sup>. Adoptaré aquel que se ha convertido en usual en la teoría del derecho anglosajón en

\* Agradezco a Riccardo GUASTINI y a Giorgio PINO sus comentarios y sus objeciones.

<sup>1</sup> Cfr. WALDRON, 2002: 155-157, y 2004: 319-320; BENNETT, 2007: 92-94.

los últimos cuarenta años (con muchas excepciones, la primera de ellas la de R. DWORKIN). Por *Rule of Law* (de ahora en adelante, RoL) entiendo una cierta técnica de control social —es decir, un cierto modo de intentar hacer cumplir u omitir ciertas acciones a los individuos pertenecientes a un grupo<sup>2</sup>—, técnica consistente en el intento de sujetar el comportamiento de los individuos en cuestión a la guía de reglas<sup>3</sup>; y aquello que es necesario en vistas de este objetivo, o que, en cualquier caso, se deriva del mismo.

Entendido de este modo, el ideal del RoL incluye en primer lugar un conjunto de requisitos formales: que las normas jurídicas sean: 1) generales, 2) públicas, 3) inteligibles y relativamente claras, 4) relativamente estables, 5) prospectivas y no retroactivas, 6) que sean coherentes entre ellas, y 7) que no prescriban lo imposible. Y en segundo lugar, incluye un conjunto, abierto, de *desiderata* procedimentales e institucionales: que la producción de normas individuales o concretas, que se aplican a casos individuales, esté en general guiada por reglas generales (además de públicas, etc.), de manera tal que haya congruencia entre el contenido de estas últimas y las decisiones de casos individuales. Y, luego, los denominados principios de «justicia natural»: que la resolución de controversias se confíe a un sujeto no interesado, y que su juicio no esté viciado; el principio *audi alteram partem*, etc. (en términos jurídicos: que las normas jurídicas —generales, públicas, etc.— sean aplicadas por un enjuiciador imparcial e independiente, que, en la jurisdicción, respete los requisitos de equidad procedimental, el denominado *due process*). Todavía: que el enjuiciador, y en general los órganos competentes para emanar decisiones individuales o concretas, estén sujetos a control, y su juicio esté sujeto a revisión (que, por tanto, estos órganos sean responsables en cuanto al respeto, en la decisión, de las normas relevantes); que los tribunales sean accesibles, etcétera<sup>4</sup>.

Los elementos del RoL definen un ideal ético-político, que se considera tradicionalmente que los sistemas jurídicos deben satisfacer. Estos *desiderata* (en particular, las siete características formales mencionadas anteriormente) especifican, de modo más o menos directo, aquello que es instrumentalmente necesario para conseguir un determinado fin (guiar el comportamiento humano mediante reglas); o, en cualquier caso, condiciones que favorecen la persecución de este objetivo. Así, por ejemplo, no sería posible, para los destinatarios, seguir una regla que no fuese pública, o que fuese (puramen-

<sup>2</sup> Esta es la noción de «técnica de control social» de Kelsen (1945: 5-15).

<sup>3</sup> Para decirlo con Lon Fuller, «the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules» (1969: 106).

<sup>4</sup> Las concepciones del RoL pertenecientes a esta familia tienen, por tanto, la forma de «a sort of laundry list of features that a healthy legal system should have» (WALDRON, 2002: 154). Cfr. la lista de *desiderata* en FULLER, 1969: cap. 2; RAZ, 1977: 215-218 (que estoy siguiendo aquí, con algunas modificaciones); FINNIS, 1980: 270-271; MARMOR, 2004: 5 y ss.; KRAMER, 2007: cap. 2.

te) retro  
etcétera

Es o  
este sig  
cisión. N  
expresio  
mo está  
de Rule  
atribuid  
tra en q  
gobiern  
de esto  
humanc

2)  
importe  
arriba:  
valente  
«reglas  
tricto: 1  
los X c  
una pl

Est  
de este  
titutivc  
tados.  
cualqu  
ticular  
propug  
contro

3. P

El  
pecífico

5  
que en c  
instanci

6  
estricto  
sentido  
como «

la primera de ellas la de RoL) entiendo una cierta de intentar hacer cumplir a un grupo<sup>2</sup>, tratamiento de los individuos necesario en vistas de este no.

uye en primer lugar un dicas sean: 1) generales, ) relativamente estables, ntes entre ellas, y 7) que ye un conjunto, abierto, la producción de normas viduales, esté en general , de manera tal que haya . decisiones de casos in-justicia natural»: que la teresado, y que su juicio . (en términos jurídicos: - sean aplicadas por un sdicción, respete los re-*process*). Todavía: que para emanar decisiones juicio esté sujeto a revi-en cuanto al respeto, en iles sean accesibles, et-

ético, que se considera sfacer. Estos *desidera*-cionadas anteriormen-o que es instrumental-iar el comportamiento liciones que favorecen sería posible, para los o que fuese (puramen-

5-15).  
in conduct to the governance

or tanto, la forma de «a sort of  
ON, 2002: 154). Cfr. la lista de  
endo aquí, con algunas modi-  
17: cap. 2.

te) retroactiva, o que prescribiera algo (conceptual o físicamente) imposible, etcétera<sup>5</sup>.

Es oportuno hacer, en este punto, dos matices: 1) La decisión de atribuir este significado a la expresión *Rule of Law* constituye, precisamente, una decisión. No pretendo que éste sea el auténtico, el «verdadero» significado de la expresión (sea lo que sea lo que esto quiera decir). Se trata, superado un mínimo estándar, de una cuestión de estipulación. Si se sostiene que esta definición de *Rule of Law* es, respecto a la importancia, el valor, la sacralidad, que se ha atribuido a este ideal en el curso de los siglos, reductiva, no tengo nada en contra en que se utilice una etiqueta diferente, como por ejemplo «(principios del) gobierno *per leges*» (BOBBIO, 1983: 175-179). En todo caso, yo me ocuparé de esto y no de otra cosa: el ideal de un régimen en el cual el comportamiento humano está sujeto y guiado por reglas.

2) «Reglas»: ¿en qué sentido? Para nuestros propósitos, el elemento más importante del RoL es el primero de siete requisitos formales mencionados arriba: que el derecho conste (no exclusivamente, pero, en algún sentido, prevalentemente; *infra*, 9) de normas *generales*. Precisamente, con el término «reglas» designo directivas (normas) que son: a) «generales» en sentido estricto: normas que regulan el comportamiento de una clase de sujetos («Todos los X deben...»), y b) como se suele decir, «abstractas»: normas que regulan una pluralidad indefinida de casos posibles<sup>6</sup>.

Esto no debe entenderse en el sentido de que me ocuparé exclusivamente de este primer requisito. Como hemos visto, los diferentes *desiderata* constitutivos del RoL (sobre todo los primeros siete) están estrechamente conectados. Pero, como veremos en breve, éste es el aspecto del RoL que, más que cualquier otro, parece —al menos a primera vista— incompatible con el particularismo ético. El problema que yo me planteo es si un particularista puede propugnar coherente y razonablemente el recurso a esta específica técnica de control social, el «gobierno mediante «reglas».

### 3. PARTICULARISMO ÉTICO

El particularismo es una concepción del razonamiento práctico —y, específicamente, del razonamiento moral—. Es posible distinguir varias formas

<sup>5</sup> No tendría mucho sentido para el destinatario seguir una regla sin una expectativa razonable de que en caso de controversia *esa misma regla* será aplicada por un tribunal, y que si el tribunal de primera instancia se equivoca en la aplicación de la regla se podrá recurrir en segunda instancia, etcétera.

<sup>6</sup> En el curso de toda mi argumentación el requisito de la generalidad (generalidad en sentido estricto, y abstracción) es entendido en sentido puramente lógico (cuantificación universal). En este sentido, «Está prohibido que los negros usen medios de transporte públicos» es una norma general así como «Todo aquel que cometa un homicidio debe ser castigado con N años de reclusión».

de particularismo, o varias acepciones del vocablo «particularismo» (se trata, en efecto, de una familia de tesis o teorías; cfr. MCKEEVER y RIDGE, 2006: cap. 1). Pero aquí no es necesario entrar en estas complicaciones. Me limito a presentar la versión de la posición particularista que abordaré en los próximos apartados<sup>7</sup>.

Considérese la hipótesis siguiente (llamaré a esta representación del razonamiento práctico «modelo de la ponderación»): en cada caso sometido a nuestra decisión (ya se trate de decidir cómo actuar, o de establecer si una cierta acción, nuestra o ajena, ha sido justa o no)<sup>8</sup>, las razones de acción relevantes —razones a favor o en contra de particulares líneas de conducta— son múltiples y están, a menudo, en conflicto entre ellas; la decisión —la decisión correcta, se entiende— es el resultado de su ponderación: se trata, caso por caso, de verificar cuáles, de entre todas las razones en conflicto (si aquellas a favor de la acción A o aquellas que militan contra ella, etc.), tienen mayor peso, de modo que «derroten» (*defeat*), o «superen» (*override*), a las otras<sup>9</sup>. Algunas razones de acción son generales; algunas consideraciones siempre tienen relevancia práctica, y tienen siempre la misma polaridad: valen siempre como razones a favor, o en contra, de una cierta línea de conducta. En cada caso —en cada caso concreto, o «caso individual»<sup>10</sup>—, sin embargo, se aplican más razones: a menudo, estas razones están en conflicto entre ellas, y la decisión (correcta) sobre cómo actuar (sobre qué cosa se tienen más razones para hacer, habida cuenta de todo, o cuál debe ser el veredicto final) depende, en última instancia, de una ponderación de las razones *pro* y *contra* (no hay ningún orden predefinido de prioridad entre ellas).

Esta es la idea central del particularismo (tal y como lo entiendo aquí). El razonamiento práctico consiste en la identificación, y en la ponderación, en

<sup>7</sup> Preciso de una vez por todas que esta es una versión de la posición particularista que, aun siendo fuertemente deudora de la forma de particularismo elaborada por J. DANCY (el principal defensor contemporáneo del particularismo ético; cfr. DANCY, 1993: 2004), se separa de ella en algunos puntos esenciales.

<sup>8</sup> De ahora en adelante esta puntualización será sobreentendida.

<sup>9</sup> Asumo, como se ve, que la ponderación de las razones puede ser justa o equivocada, correcta o no: que una respuesta a la pregunta sobre cuál es, en un cierto caso, la ponderación de las razones (si tienen mayor peso las razones a favor de la acción A o aquellas a favor de B, etc.) puede ser justa o equivocada, verdadera o falsa (en una acepción minimalista del predicado «verdadero»; cfr. HORWICH, 1990). Esto, naturalmente, no es pacífico. Pero se trata de un aspecto central de la posición particularista. Si se rechaza esta asunción se cambia el tema de discusión (algo que, por sí mismo, no tiene nada de malo, naturalmente). De ahora en adelante, por «ponderación (de las razones)» se entenderá «ponderación correcta (de las razones)», o a la búsqueda de la ponderación correcta de las razones —no, para entendernos, «atribución arbitraria de un peso a las razones»— (o a elementos —sean los que sean: actitudes...—, tratados como razones).

<sup>10</sup> Derivo la noción de «caso genérico» (por ejemplo, «ataque terrorista») y «caso individual» («el ataque lanzado contra las torres gemelas, en Nueva York, el 11 de septiembre de 2001») de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 27-30. Se trata de la reformulación en términos rigurosos de la distinción entre supuesto de hecho abstracto y supuesto de hecho concreto.

cada caso in-  
tos<sup>11</sup>, sino «c

A esta id-  
ticularista ra-  
puede no ser-  
no hacer A<sup>12</sup>  
sea una razón  
—o P— no :  
ejemplo, el l-  
aunque no e-  
puede ser ur-  
que *p* sea ur-  
de la regla s-  
ceder que, e-  
no, una razón  
razón para n

El partic-  
que la dispo-  
les que reca-  
tanto, el razi-  
consiste en  
*generales*; s-  
bajo el casc-  
hacer A; est-  
los ladrones  
ser castigad-  
razones rele-

He sost-  
particularis-  
forma del r

<sup>11</sup> Un pri-  
siderations» (S

<sup>12</sup> Como  
la posición anti-  
acción son «co-  
modo que una  
de expresarse  
que tener bien

<sup>13</sup> Cfr. D.

<sup>14</sup> El mo-  
cal (el primero  
conflicto, sin e-  
entre las dos p-  
posición). No

rticularismo» (se trata, EEVER y RIDGE, 2006: icaciones. Me limito a rdaré en los próximos

a representación del i cada caso sometido de establecer si una azones de acción re-úneas de conducta— as; la decisión —la nderación: se trata, nes en conflicto (si ontra ella, etc.), tie- pperen» (*override*), algunas considera- re la misma polari- una cierta línea de o individual»<sup>10</sup>—, ones están en con- ar (sobre qué cosa ), o cuál debe ser nderación de la le prioridad entre

entiendo aquí). El nderación, en

ularista que, aun sien- (el principal defensor ulla en algunos puntos

equivocada, correcta ración de las razones (tc.) puede ser justa o dero»; cfr. HORWICH, a posición particula- nismo, no tiene nada se entenderá «pon- le las razones —no, —sean los que sean:

aso individual» («el 2001») de ALCHOU- e la distinción entre

cada caso individual, de las razones (individuales) de principios no absolutos<sup>11</sup>, sino «contribuyentes», y en su ponderación caso por caso<sup>12</sup>.

A esta idea puede ser aparejada una tesis ulterior (que llamaré «tesis particularista radical»): aquello que, en un cierto caso, es una razón para hacer A, puede no ser, en otro caso, una razón para hacer A, o puede ser una razón para no hacer A<sup>13</sup> (cuando, en un cierto caso, el hecho de que *p* —la propiedad *P*— sea una razón para hacer A, bien puede suceder que, en otro caso, el hecho *p* —o *P*— no sea una razón para hacer A, o sea una razón para no hacer A; por ejemplo, el hecho de que una acción sea gentil puede ser en alguna ocasión, aunque no en otra, una razón para llevarla a cabo, o incluso en otra ocasión puede ser una razón para no llevarla a cabo). Que, en este caso, el hecho de que *p* sea una razón para hacer A, no constituye en absoluto una implicación de la regla según la cual, en general, *p* es una razón para hacer A. Puede suceder que, en casos diversos, el hecho *p* sea algunas veces, mientras que otras no, una razón para hacer A; y puede ocurrir que *p* sea, en alguna ocasión, una razón para no hacer<sup>14</sup>.

El particularismo afirma la contingencia de las razones: nada nos garantiza que la disposición de las razones, en casos del mismo tipo —casos individuales que recaen bajo un único y mismo caso genérico—, será la misma. Por tanto, el razonamiento práctico —y, en particular, el razonamiento moral— no consiste en la aplicación, a casos individuales, de reglas (es decir, de normas generales; *supra*, 2). Esto es, no consiste en la subsunción del caso individual bajo el caso genérico previsto por una regla («En casos del tipo C se debe hacer A; este, c, es un caso del tipo C; por tanto, se debe hacer A»; o «Todos los ladrones deben ser castigados; Ticio es un ladrón; por tanto, Ticio debe ser castigado»). Consiste, en cambio, en la ponderación, caso por caso, de las razones relevantes.

He sostenido en otro lugar (CELANO, 2002a, 2005, 2006a, 2012) que el particularismo es verdadero: que se trata de la reconstrucción correcta de la forma del razonamiento práctico —y, por tanto, del razonamiento moral—.

<sup>11</sup> Un principio absoluto «*can never be overridden, and it overrides all possibly competing considerations*» (SHAFFER-LANDAU, 1997: 585).

<sup>12</sup> Como se ve, la posición particularista —así como, por el resto, en el debate contemporáneo, la posición antagonista («generalismo», o «universalismo») — sugiere la imagen de que las razones de acción son «cosas», objetos que «están ahí», están presentes, en una determinada situación, del mismo modo que una mesa puede encontrarse en una habitación, o un árbol encima de una colina. Este modo de expresarse es a día de hoy de uso corriente entre aquellos que se ocupan de filosofía práctica. Hay que tener bien presente, sin embargo, que éstas son imágenes que pueden ser engañosas.

<sup>13</sup> Cfr. DANCY, 1993: 60, y 2004: 73.

<sup>14</sup> El modelo de la ponderación es a primera vista incompatible con la tesis particularista radical (el primero no incluye que haya razones generales, ya sean sólo *pro tanto*, o «contribuyentes»). El conflicto, sin embargo, es sólo aparente. He mostrado en otro lugar (2005: *apdo. II*), que la diferencia entre las dos posiciones es evanescente (se trata, en efecto, de formulaciones diferentes de la misma posición). No es necesario aquí desarrollar este punto.

Vivimos en un espacio moral particularista. Esta tesis desarrollará aquí el rol de un axioma o un postulado. Se trata de una tesis controvertible, y de hecho muy controvertida. Pero su demostración será considerada aquí como algo adquirido.

#### 4. EL PROBLEMA

¿Por qué deberíamos preguntarnos si el RoL es o no es compatible con el particularismo ético? ¿Y por qué deberíamos considerar que la respuesta a esta pregunta es negativa? Comencemos por este segundo interrogante.

La conclusión de que el RoL es incompatible con el particularismo ético parece derivarse de un argumento, y de una particular interpretación —la interpretación a primera vista más plausible— de la conclusión de este argumento.

El argumento se apoya sobre dos premisas. Una, que, como he dicho más arriba (*supra*, 3), asumirá aquí el rol de un axioma, es la tesis de que el particularismo ético es verdadero, o que el razonamiento moral es particularista. La segunda premisa es que el derecho debe conformarse a nuestras razones morales. El argumento es éste:

(A)

- (1) El derecho debe conformarse a nuestras razones morales, y
- (2) nuestras razones morales son particularistas (el razonamiento moral es particularista); por tanto
- (3) el derecho debe ser particularista.

¿Qué puede querer decir que «el derecho debe ser particularista»? Este enunciado puede ser entendido de varias maneras. Pero hay una interpretación, creo, que viene en seguida en mente: los jueces deben mirar el caso concreto (el caso individual sometido a su juicio), y deben tomar sus propias decisiones sobre la base de un examen de la composición particular que las razones (*pro* o *contra* particulares hipótesis de decisión) tienen en el caso concreto. El razonamiento judicial (correcto) no consiste en la subsunción del caso individual bajo el caso genérico previsto por una regla preconstituida, y 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 preconstituidas. Debe decidir caso por caso (el ideal del juez sabio, que se ocupa de aquello que es justo en el caso concreto).

Esta tesis contradice vistosamente, en efecto, el ideal del RoL (tal y como lo hemos entendido aquí; *supra*, 2). Lo que el RoL exige son reglas, normas generales y abstractas, preconstituidas respecto al caso individual sometido

a decisión  
Esto contr  
práctico.

Ésta es  
tible con e

Es igua  
ideal del R  
Es importa  
decidir cas  
las razones  
base de su

#### 5. REFC

Intenta  
cuestionar  
crucial es,  
derecho de

En par  
de (A), «E  
misa, me  
razones m  
cualquier  
modo inm

<sup>15</sup> Como  
muchas formi  
ción de la reg

<sup>16</sup> Tres  
como se suel  
ción metaéti  
el no objetiv  
moral cualqui  
no consienten  
tal que impli  
caso, efectiva  
los no objetiv  
el plano étic  
morales, juici  
posibilidad—  
en particular  
son derechos  
la forma de  
que el derech  
discuto la dis  
ámbito del ra

a decisión; y que la decisión consista en la aplicación, al caso, de la regla. Esto contradice, evidentemente, la concepción particularista del razonamiento práctico.

Ésta es la razón, muy simple, por la que el ideal del RoL parece incompatible con el particularismo ético. Parece obvio que así es como están las cosas.

Es igualmente evidente, en este punto, por qué no es fútil preguntarse si el ideal del RoL es compatible con el particularismo ético (primer interrogante). Es importante establecer si los jueces deben aplicar reglas preconstituidas, o decidir caso por caso —examinando, cada vez, la conformación particular de las razones en cada caso individual, y tomando las propias decisiones sobre la base de su ponderación—<sup>15</sup>.

## 5. REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Intentaré mostrar ahora que la tesis de la incompatibilidad es errónea. No cuestionaré la validez de (A), ni la fundamentación de sus premisas. El punto crucial es, más bien, cómo debe entenderse la conclusión según la cual «el derecho debe ser particularista».

En particular, no pretendo cuestionar la fundamentación de la premisa (1) de (A), «El derecho debe conformarse a nuestras razones morales». Esta premisa, me parece, no hace nada más que enunciar una obviedad: si hubiese razones morales para comportarse así o asá, es obvio que el derecho —como cualquier otra cosa— debería conformarse con ellas. No se debe actuar de modo inmoral<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Como se ve, el problema de la compatibilidad entre particularismo ético y RoL es una de las muchas formas en las que se puede presentar la antítesis tradicional entre *equidad* (*epieikeia*) y aplicación de la regla. Cfr. SOLEM, 1994 (en part., pp. 125-126).

<sup>16</sup> Tres matices. Primero: los no objetivistas no deben ponerse nerviosos aquí. Si efectivamente, como se suele decir, ética y metaética son lógicamente independientes, entonces una particular posición metaética (por ejemplo, el no objetivismo) no tiene implicaciones éticas, y viceversa. Por tanto, el no objetivismo no quita validez en modo alguno a la posibilidad de formular sensatamente un juicio moral cualquiera —por ejemplo, «El hecho de que hacer A provocaría dolor a personas inocentes que no consienten es una razón para no hacer A»—. Si, en cambio, el no objetivismo es entendido en modo tal que implica la imposibilidad de formular sensatamente juicios morales, *nulla quaestio*. En este caso, efectivamente, la premisa (1) de (A) será calificada como insensata. Pero si las cosas están así, los no objetivistas deberían decir claramente que su posición tiene implicaciones, efectivamente, sobre el plano ético, y abstenerse de una vez por todas de formular, o incluso únicamente concebir, juicios morales, juicios sobre cómo debemos comportarnos, o para qué tenemos razones. Si luego —tercera posibilidad— se considera que el no objetivismo en metaética implica lógicamente alguna tesis ética en particular (por ejemplo, que la tolerancia es un valor, que la libertad de pensamiento y de expresión son derechos fundamentales que todo ordenamiento jurídico debería tutelar, o que la democracia es la forma de gobierno más justa), serán precisamente *éstos* los valores y las razones morales con los que el derecho —como afirma (1)— deberá conformarse. Segundo: para no complicar las cosas, no discuto la distinción entre «moral» y «práctico», entre la esfera del discurso moral, por un lado, y el ámbito del razonamiento práctico en general, por otro lado. Sería una desviación inútil (en efecto, no

La cuestión, sin embargo, es si la moral —nuestras razones morales— deja espacio para el derecho, entendido como una cuestión de reglas, es decir, para el ideal del RoL<sup>17</sup>. ¿Hay razones morales que puedan justificar, en ciertos ámbitos y en ciertos casos, recurrir a esta particular técnica de control social, el RoL? En particular, dado que las razones morales son particularistas [la premisa (2) de (A)], ¿puede suceder que, en ciertos ámbitos, en ciertos casos, bajo determinadas condiciones, el recurso al RoL esté justificado?

## 6. MODELO DE LA PONDERACIÓN Y REGLAS

¿Qué valor pueden tener las reglas (por definición generales; *supra*, 2) en un espacio moral particularista?

El particularismo se identifica con el modelo de la ponderación (*supra*, 3). El modelo de la ponderación va acompañado de una cierta concepción de las reglas y de su rol en el razonamiento práctico. La idea central es que el razonamiento práctico tiene dos niveles. El nivel más profundo, el nivel de base, está habitado por las razones —por hipótesis, particularistas— de la ponderación de las cuales depende, en cada caso individual, la respuesta a la pregunta sobre cómo se debe actuar (se puede sostener que estas razones dependen de valores —cfr. RAZ, 1975; DANCY, 2004; CELANO, 2006a— pero esto no es importante para nuestros propósitos actuales). De caso en caso, qué debe hacerse depende en *última instancia* de estas razones. Pero, precisamente, en *última instancia*. Un segundo nivel, más superficial, del razonamiento práctico, intermedio entre las razones de base y el juicio sobre cómo debe actuarse, está habitado por las reglas: directivas de conducta que establecen cómo se debe actuar en *un cierto tipo de caso* —es decir, que conectan una consecuencia normativa a un caso genérico, un supuesto de hecho abstracto («Todas las veces que se verifica un caso del tipo C, se debe hacer A»)—. Las reglas expresan aquello que *las más de las veces, usualmente, habitualmente* (veremos más adelante —*infra*, 8— cuál es el sentido que hay que atribuir a estas expresiones) constituye, en casos de ese tipo, el resultado de la ponderación de las razones de primer nivel. *Las más de las veces, usualmente*, en casos del tipo C —es decir,

me parece que haya ninguna posibilidad, que no tenga carácter meramente estipulativo, de trazar un límite preciso: pero ésta ya es otra historia). Tercero: (1) y (2) no implican, ni presuponen, que haya siempre razones morales determinadas, que no se den genuinos dilemas morales o razones (o valores) incommensurables. Que *x* —por ejemplo, el derecho— deba conformarse con las razones morales que tenemos no implica que la moralidad hable siempre (completitud), o que hable siempre con una sola voz (coherencia, commensurabilidad).

<sup>17</sup> Este interrogante apela al modo, genialmente innovador, en que J. RAZ (2004) ha replanteado la relación entre derecho y moral. No se trata, sin embargo, del mismo interrogante. La cuestión discutida en el texto es una cuestión explícita e inequívocamente ético-política. El planteado y discutido por RAZ (en última instancia, la defensa del positivismo jurídico excluyente contra una cierta forma de incorporacionismo; véase *infra*, n. 52), oficialmente no (digo «oficialmente» porque se pueden nutrir, con fundamento, dudas al respecto; cfr. WALERON, 2001: 412, 432).

en los casos in el caso genérico A; por tanto (é verifica un cas regla es la cris razones subya (imaginando q que algo o alg de este local se las más de las los perros<sup>18</sup>.

Todo esto rece suscitar i es irracional i ma de *razona* un caso gené aquel caso ge razones prese qué no decidi las razones de nos llevará, q a la ponderac de la regulari

En otros por hipótesis individuales ración de las nivel del razi na diferencia rencia, pero vocadas. Rec engañar por hipótesis, la

<sup>18</sup> Este mo se desarrolla ant fundamentación posteriormente, su aplicación a l ZA y RUIZ MANE el nivel intermec las intenciones esta concepción «problema de l SHAPIRO, 2011.



ras razones morales—  
tión de reglas, es decir,  
lan justificar, en ciertos  
nica de control social,  
son particularistas [la  
bitos, en ciertos casos,  
justificado?

generales; *supra*, 2) en

ponderación (*supra*, 3).  
erta concepción de las  
ntral es que el razona-  
, el nivel de base, está  
— de la ponderación  
sta a la pregunta sobre  
s dependen de valores  
esto no es importante  
debe hacerse depende  
te, en última instan-  
práctico, intermedio  
tuarse, está habitado  
no se debe actuar en  
secuencia normativa  
das las veces que se  
las expresan aquello  
remos más adelante  
s expresiones) cons-  
ón de las razones de  
del tipo C —es decir,

estipulativo, de trazar un  
, ni presuponen, que haya  
rales o razones (o valores)  
n las razones morales que  
able siempre con una sola

RAZ (2004) ha replanteado  
rogante. La cuestión dis-  
. El planteado y discutido  
contra una cierta forma de  
porque se pueden nutrir,

en los casos individuales que presentan las propiedades P, Q y Z, que definen el caso genérico C— la ponderación de las razones indica que se debe hacer A; por tanto (ésta es la regla) en casos del tipo C —es decir, cada vez que se verifica un caso que presenta las propiedades P, Q y Z— se debe hacer A. La regla es la cristalización del resultado de una determinada ponderación de las razones subyacentes —que, por hipótesis, son su justificación—. Por ejemplo (imaginando que nos encontramos en la posición del gestor de un restaurante): que algo o algún animal tenga características tales que moleste a los clientes de este local será, las más de las veces, una buena razón para no dejarlo entrar; las más de las veces, los perros molestarán; por tanto, prohibida la entrada a los perros<sup>18</sup>.

Todo esto no está exento de problemas. Esta concepción de las reglas parece suscitar un dilema, según el cual la referencia a las reglas o es inútil o es irracional (RAZ, 1990; no se podría hablar de forma sensata de una forma de *razonamiento* práctico). ¿La línea de acción indicada por la regla para un caso genérico coincide siempre, en cada caso individual que recae bajo aquel caso genérico, con la línea de acción indicada por la ponderación de las razones presentes en aquel caso? Si es así, la regla es inútil, o redundante. ¿Por qué no decidir directamente, en cada caso, sobre la base de la ponderación de las razones de primer nivel? Si no es así, la regla es perjudicial: su aplicación nos llevará, quizás, a tomar decisiones erróneas (erróneas, se entiende, respecto a la ponderación de las razones presentes en aquel caso). Decidir sobre la base de la regularidad será, por tanto, irracional.

En otros términos: si la ponderación de las razones de la cual la regla es, por hipótesis, la cristalización coincide siempre, en cada uno de los casos individuales que recaen bajo el genérico previsto por la regla, con la ponderación de las razones presentes en aquel caso, entonces este presunto primer nivel del razonamiento práctico, el nivel de las razones, no significará ninguna diferencia respecto al nivel base. Si no es así, sí que significará una diferencia, pero esta diferencia consistirá en provocar errores, decisiones equivocadas. Recurrir a la regla será, por tanto, irracional. No debemos dejarnos engañar por la regla: en un espacio moral particularista queda abierta, por hipótesis, la posibilidad de que, en este caso, la ponderación de las razones

<sup>18</sup> Este modelo de «dos niveles» del razonamiento práctico, y del lugar que en él ocupan las reglas, se desarrolla antes que nada en el contexto de los debates sobre el utilitarismo (en particular, sobre la fundamentación de la distinción entre utilitarismo del acto y utilitarismo de la regla), y es desarrollado posteriormente, desvinculándolo de su matriz utilitarista, por J. RAZ (1975) y F. SCHAUER (1991). Para su aplicación a las reglas jurídicas, cfr., además de los trabajos de RAZ y SCHAUER recién citados, ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996; ALEXANDER y SHERWIN, 2001. Lo que se ha dicho en el texto no implica que el nivel intermedio del razonamiento práctico esté ocupado sólo por reglas. Una concepción análoga de las intenciones y de los proyectos (*plans*), que plantea problemas análogos a aquéllos planteados por esta concepción de las reglas (en particular, el dilema que presentaré a continuación, y lo que llamaré «problema de la reconsideración») se encuentra en BRATMAN, 1987. Para su aplicación al derecho, cfr. SHAPIRO, 2011.

subyacentes a la regla, o en cualquier caso la ponderación de todas las razones relevantes, indique una línea de acción diferente de aquella indicada por la regla. Debemos estar preparados, por tanto, para revocar la ponderación de la cual la regla es la cristalización, atendiendo directamente las razones presentes en el caso individual objeto de decisión (llamaré a este proceso «reconsideración» de la regla; véase también *infra*, 11). Si no queremos dejarnos engañar, debemos estar preparados para reconsiderar la regla. Pero no podemos estar *siempre*, en cada caso individual, sea como sea, preparados para hacerlo. Si lo estamos —esto es, en cada caso individual, sea como sea, nos preguntamos si, en aquel caso, la ponderación de las razones de primer nivel indica una línea de acción diferente de aquella indicada por la regla—, la regla será un ornamento inútil. Lo que estaremos haciendo será, en efecto, decidir cada caso sobre la base de la ponderación de las razones de primer nivel. Así pues, ¿cuándo reconsiderar? En términos metafóricos: las reglas sirven para algo sólo si son opacas respecto a las razones subyacentes (esto es, nos permiten no preguntarnos, en cada caso individual, cuál es la línea de acción indicada por la ponderación de las razones de primer nivel); pero no pueden serlo del todo, de lo contrario serían engañosas (cfr. RÓDENAS, 1998). ¿Cómo establecer si es oportuno, en un caso determinado, reconsiderar la regla sin reconsiderarla?

Para concentrarme más en el modelo, y en el dilema, utilizaré (con cierta libertad) en lo que queda de apartado, algunas nociones elaboradas por F. SCHAUER (1991: caps. 2, 3, 7), y uno de sus ejemplos<sup>19</sup>.

Distinguiremos dos métodos de decisiones. Llamaremos «decisión basada sobre reglas» (*rule-based decision-making*) al método consistente en la aplicación a casos individuales de reglas preestablecidas. Llamaremos «decisión particularista» al método consistente en establecer caso por caso (caso individual, se entiende) cuál es la decisión justa, atendiendo caso por caso a las razones —todas las razones— que militan a favor o en contra de las diversas soluciones posibles, o en preguntarse, caso por caso, si la regla (asumiendo que hay una regla que regula aquel tipo de caso) debe ser efectivamente aplicada o no, a la luz de las circunstancias particulares del caso. Quien decide sobre la base de reglas no atiende a las razones *pro* y *contra* en el caso particular. No se pregunta si en el caso particular se aplican o no las razones que, por hipótesis, justifican la regla, o si por casualidad no se aplican otras razones que justifican una decisión diferente de aquella indicada por la regla. No entra a valorar: se limita a verificar si el caso recae o no bajo la regla. Si es que sí, emite la decisión dictada por la regla. El decisor particularista, por el contrario, entra, cada vez, a valorar. Sopesa, cada una de las veces, las razones que

se aplican al caso; y, en este examen, si se det

Así pues, ¿existe i sobre reglas, como tal

Un ejemplo pued un guardia de seguridad de animales en el local sobre la base de una «Prohibida la entrada». El guardia legalista al del local, se pregunta es, lo deja entrar. El g se presenta en la entr («¿Es un perro particular podría molestar a los razones relevantes.

Así pues, ¿es pr ventajas en la decisio

Desde luego, hay más de las veces, la i cal provocará confus razón para dejarlos tifica la regla «Prohi basada en una gene más casos de los que exige que se deje fu perros de salón bien y no incluye casos perros», no precluye probablemente, gen galista, paradójicam y perros policías y p

La decisión bas subóptimo —es dec nos puede llevar a justificación subyac posible defenderla c

<sup>19</sup> Lo que diré a partir de aquí y hasta el próximo apartado simplifica un poco el cuadro, de un modo, sin embargo, que me parece que no compromete el análisis.

lización de todas las razones de aquella indicada por la revocación de la ponderación directamente las razones (llamaré a este proceso 11). Si no queremos reconsiderar la regla. Pero no sea como sea, preparados individual, sea como sea, de las razones de primer nivel indicada por la regla—, haciendo será, en efecto, de las razones de primer nivel metafóricos: las reglas subyacentes (esto individual, cuál es la línea de primer nivel); pero no as (cfr. RÓDENAS, 1998). minado, reconsiderar la

ema, utilizaré (con ciertas objeciones elaboradas por os<sup>19</sup>).

remos «decisión basada» consistente en la aplicación. Llamaremos «decisión» caso por caso (caso individual) caso por caso a las razones contra de las diversas reglas si la regla (asumiendo ser efectivamente aplicada del caso. Quien decide *contra* en el caso particular o no las razones que se aplican otras razones a por la regla. No entra la regla. Si es que sí, particularista, por el contrario, a veces, las razones que

ica un poco el cuadro, de un

se aplican al caso; y, si hay una regla, decide caso por caso, sobre la base de este examen, si se debe aplicar o no.

Así pues, ¿existe una ventaja, un beneficio, derivado de la decisión basada sobre reglas, como tal, respecto a la decisión particularista?

Un ejemplo puede aclarar la diferencia. Imaginemos un restaurante, con un guardia de seguridad en la puerta. Consideremos la clase de casos «entrada de animales en el local». Imaginemos un guardia de seguridad que decide sobre la base de una regla —un guardia «legalista», que dispone de la regla «Prohibida la entrada de perros»— y un guardia de seguridad particularista. El guardia legalista aplica la regla: cuando un animal se presenta en la entrada del local, se pregunta: «¿es un perro o no?». Si es un perro, lo para, si no lo es, lo deja entrar. El guardia particularista, en cambio, cada vez que un animal se presenta en la entrada del local, se pregunta si hay que dejarlo o no entrar («¿Es un perro particularmente bien educado?»; «¿Se trata de un animal que podría molestar a los clientes?»; etc.): qué respuesta da la ponderación de las razones relevantes.

Así pues, ¿es preferible un guardia legalista o uno particularista? ¿Hay ventajas en la decisión basada sobre reglas?

Desde luego, hay desventajas. Una regla se basa en una generalización: las más de las veces, la inmensa mayoría de casos, la presencia de perros en el local provocará confusión, molestará a los clientes (y esto constituirá una buena razón para dejarlos fuera). Ésa es la generalización que —asumimos— justifica la regla «Prohibida la entrada de perros». Pero, justamente porque está basada en una generalización, una regla es sobre- e infraincluyente: incluye más casos de los que debería incluir (la regla «Prohibida la entrada de perros» exige que se deje fuera del local también aquellos perros que no molestarían: perros de salón bien educados, perros lazarillos para ciegos, perros policías), y no incluye casos que sí debería incluir (la regla «Prohibida la entrada de perros», no precluye, por sí misma, la entrada de osos o de pitones, que, muy probablemente, generarían desorden y caos entre los clientes). Un guardia legalista, paradójicamente, dejará fuera del local perros de salón bien educados y perros policías y permitirá la entrada de osos y pitones.

La decisión basada en reglas es, por tanto, un procedimiento de decisión subóptimo —es decir, un procedimiento del cual ya sabemos que alguna vez nos puede llevar a resultados erróneos (erróneos, se entiende, respecto a la justificación subyacente a la regla, o a la ponderación de las razones)—. ¿Es posible defenderla de algún modo?

7. POR QUÉ EL *RULE OF LAW* Y EL PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (I): EFICIENCIA DECISORIA, RACIONALIDAD LIMITADA, *BIAS*

1) La asunción de decisiones es una actividad que, como cualquier otra actividad humana, exige el empleo de recursos (tiempo, energías; y, en el caso de procesos decisorios institucionalizados —como, por ejemplo, la jurisdicción—, espacios, infraestructuras...). Estos recursos son escasos.

Las reglas se fundan, como hemos visto, sobre generalizaciones. Y, por ello, simplifican la decisión. Aquel que decide sobre la base de una regla está exento de la tarea de tomar en consideración y sopesar, caso por caso, todas las razones *pro* y *contra* en una cierta decisión que se aplican al caso. Se limitará a examinar si el caso recae o no bajo la regla («¿Es un perro o no?») —algo, por hipótesis, menos complejo y laborioso—.

Por tanto, la decisión sobre la base de reglas permite economizar recursos decisorios escasos, haciendo posible su distribución eficiente (SCHAUER, 1991: cap. 7). Las reglas son mecanismos heurísticos, atajos cognoscitivos («*time- and labour-saving devices*»; RAZ, 1975: cap. 2.2): pueden desarrollar una función de «simplificación deliberativa» (MCKEEVER y RIDGE, 2006: cap. 9.1.1)<sup>20</sup>.

2) Lo que se acaba de decir tiene una implicación obvia. Las razones para preferir la decisión basada en reglas a la decisión particularista pueden consistir, banalmente, en la circunstancia de que este último tipo de decisión es demasiado complejo para nuestras capacidades. Las reglas, como acabamos de ver, son instrumentos de simplificación de la tarea decisoria. Y nuestras capacidades cognitivas son limitadas: la racionalidad humana es una racionalidad limitada (*bounded rationality*; SIMON, 1983: cap. 1). Recurrir a reglas, por tanto, puede estar justificado por la necesidad de hacer frente a los límites de nuestras capacidades cognitivas<sup>21</sup>.

Éstas —las consideraciones adoptadas *sub* (1) y (2)— son razones por las cuales puede suceder que la decisión basada en reglas, aun siendo un procedimiento de decisión subóptimo (*supra*, 6), presente ventajas respecto a la

<sup>20</sup> Esta idea es un lugar común, compartido entre muchos autores (además de aquellos expresamente citados).

<sup>21</sup> También éste, en la literatura contemporánea, es un lugar común. Nótese que esta segunda línea de justificación de la decisión basada en reglas tiende a difuminarse en la precedente: las capacidades cognitivas (o al menos algunas de ellas, como la memoria y la atención) pueden ser descritas como recursos decisorios (escasos). M. ADLER (2008) ha mostrado que la idea de racionalidad limitada (la constatación de que la racionalidad humana es limitada) implica la inadecuación radical de la teoría de la decisión racional estándar como metodología de elección de políticas públicas, abriendo de este modo una vorágine en el corazón del análisis económico del derecho tradicional. En el texto, sostengo que esta idea pone en tela de juicio también el modelo de la ponderación (tal y como ha sido definido *supra*, 6), y que recurrir a reglas puede ser un modo de hacer frente a este desafío.

decisión particularista; ral particularista, pu

3) La cognición res sistemáticos, pre glas quizá puede pe

Éste es un punto dos razones:

a) No hay dudas, sortear la in esto se verifique de rios a resolver y de un punto important sostener que la dec neutralizar, los (o al mentos para poder a la segunda razón.

b) Las reglas minados por nuestro de este apartado, si puede ser la huella, justificadas, genera sobre representativ heurísticos originar

4) Lo dicho e distorsiones determ sorios también pue Es posible pensar q torsiones de este ti permita a un agente de preferencias, o i cap. 1; BRATMAN, 2

No trataré aquí nuestro asunto, la c

<sup>22</sup> MCKEEVER y RID están guiados, entre otras tienen o no éxito a la hora están *framed*.

<sup>23</sup> El paradigma de reciente, la distinción entr y distorsiones emotivas, t sistemáticos a la influenc MACGREGOR, 2002). Pero

SMO ÉTICO  
A.

decisión particularista. Son razones por las cuales, incluso en un espacio moral particularista, puede tener sentido —puede estar justificado— usar reglas.

3) La cognición humana adolece de *bias* que nos llevan a cometer errores sistemáticos, previsibles (cfr. para todos KAHNEMAN, 2011). Recurrir a reglas quizá puede permitirnos tener bajo control estos *bias*.

Éste es un punto delicado, cuya importancia no debe ser sobrevalorada por dos razones:

a) No hay duda de que recurrir a *ciertas* reglas permite, en algunas ocasiones, sortear la influencia de *bias* cognitivos (JOLLS y SUNSTEIN, 2006). Que esto se verifique depende, banalmente, de cuáles sean los problemas decisorios a resolver y de cuál sea el contenido de las reglas adoptadas<sup>22</sup>. Este es un punto importante, por supuesto. Pero algo completamente distinto sería sostener que la decisión basada en reglas, como tales, nos permite sortear, o neutralizar, los (o algunos de los) *bias* cognitivos. No me parece que haya elementos para poder sostener esta tesis, más bien al contrario. Y esto nos lleva a la segunda razón.

b) Las reglas pueden ser, al contrario, la petrificación de *errores* determinados por nuestros *bias* cognitivos. Las reglas, se ha dicho en el punto 1) de este apartado, son mecanismos heurísticos cognitivos. Como tales, bien puede ser la huella, en nuestro razonamiento práctico, de simplificaciones *no justificadas*, generalizaciones determinadas por *bias* (fundadas, por ejemplo, sobre representatividad, disponibilidad, anclaje y ajuste, los tres mecanismos heurísticos originariamente identificados por TVERSKY y KAHNEMAN).

4) Lo dicho en el punto precedente tiene que ver, específicamente, con distorsiones determinadas por *bias* cognitivos. Pero nuestros procesos decisorios también pueden estar viciados, naturalmente, por factores emotivos<sup>23</sup>. Es posible pensar que recurrir a reglas quizá también nos permita evitar distorsiones de este tipo —por ejemplo, que la adopción de reglas personales permita a un agente no ser víctima de la influencia de inversiones irracionales de preferencias, o resistir a tentaciones— (cfr., por ejemplo, NOZICK, 1993: cap. 1; BRATMAN, 2007: cap. 12).

No trataré aquí de desarrollar esta idea porque nos llevaría muy lejos de nuestro asunto, la compatibilidad entre particularismo ético y RoL (los argu-

<sup>22</sup> MCKEEVER y RIDGE (2006: cap. 9.3), explotando la idea de que nuestros procesos decisorios están guiados, entre otras cosas, por efectos de *framing* (KAHNEMAN, 2011), muestran que si las reglas tienen o no éxito a la hora de neutralizar algunos de nuestros *bias* puede depender del modo en que están *framed*.

<sup>23</sup> El paradigma de irracionalidad «caliente», o «motivada», es el *wishful thinking*. En la literatura reciente, la distinción entre irracionalidad «fría» y «caliente», o entre distorsiones puramente cognitivas y distorsiones emotivas, tiende a debilitarse, como consecuencia de la imputación de muchos errores sistemáticos a la influencia de la denominada «heurística del afecto» (SLOVIC, FINUCANE, PETERS y MACGREGOR, 2002). Pero no es importante desarrollar este punto para nuestros fines.

mentos que muestran las ventajas derivadas de la adopción de reglas personales no tienen que ver, a menudo, con el derecho)<sup>24</sup>. De manera verosímil, también vale respecto de este tipo de distorsiones la advertencia formulada en el punto precedente: las reglas pueden constituir, precisamente, la petrificación de errores determinados por *bias* (en este caso, *bias* derivados de factores emotivos). Este argumento también constituye, por tanto, un argumento cuya importancia no debe ser sobrevalorada.

Hay un punto, sin embargo, sobre el cual es oportuno poner atención, ya que ello nos será útil para proseguir la discusión. Tradicionalmente, se ha sostenido que hay un nexo muy estrecho entre el uso de reglas y la neutralización de formas de parcialidad determinadas por factores emotivos: entre la aplicación de reglas y la *imparcialidad* en la decisión (una regla consistente en «no mirar a la cara a nadie»). No está claro, sin embargo, cuál es este nexo. Como se acaba de decir, bien puede suceder que una regla sea la huella, en el razonamiento de un decisor, de la influencia de *bias* emotivos. La idea de que hay un nexo particularmente estrecho entre uso de reglas e imparcialidad parece presuponer que las reglas son algo impersonal, anónimo —casi se asume que las reglas de las que se discute no son ellas mismas el producto de decisiones humanas—. Y esto nos deja perplejos. Y, por otro lado, se puede objetar, si las reglas son el producto de decisiones humanas, ¿por qué no deberían poder servir como instrumentos para la satisfacción de intereses particulares?

Volveré en breve (*infra*, 9) sobre este problema. Por el momento, me limito a observar que también las consideraciones apenas adoptadas (las reglas como instrumentos de neutralización de *bias* de origen emotivo), así como aquellas adoptadas *sub* 3) (las reglas como instrumentos de neutralización de *bias* específicamente cognitivos), prestan un apoyo bastante débil —cuando no simplemente nulo— a la tesis de que la decisión basada en reglas, aun siendo un procedimiento de decisión subóptimo, pueda, como tal, presentar ventajas respecto de la decisión particularista<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Con una excepción importante: la línea de argumentación, inaugurada por J. ELSTER (1979) y desarrollada, por ejemplo, por J. J. MORESO (1998), que ve en la constitución un *precommitment* por parte de un pueblo, orientado, precisamente, para evitar sucumbir a tentaciones futuras. Dejo a un lado este tipo de argumentos tanto porque son muy problemáticos (véanse, por ejemplo, las reconsideraciones en ELSTER, 2000), como porque no es en absoluto claro cuál puede ser, sobre ellos, el impacto del particularismo (diré algo sobre cómo deben entenderse los principios constitucionales —o algunos de ellos— desde un punto de vista particularista *infra*, 11).

<sup>25</sup> MCKEEVER y RIDGE (2006: cap. 9.2) sostienen que la adopción de reglas es un instrumento de defensa contra una forma específica de parcialidad a favor de ellos mismos, el *special pleading* («those who have an eye on their self-interest —that is, virtually everyone— are thereby prone to interpret their moral requirements in ways that are favorable to those interests»). También éste es un punto cuyo tratamiento nos llevaría lejos de nuestro tema. Pero su argumento, si está fundamentado, llevaría agua al molino de la tesis según la cual también en un espacio moral particularista puede estar justificado recurrir a la decisión basada en reglas.

## 8. LA CONFI

Es bastante  
ahorrar tiempo,  
a nuestras limita  
distorsiones, em  
Y que todo ello

Si se observ  
De acuerdo, rec  
sos decisorios  
hacerlo— que e  
rios? (errores, s  
o en cualquier  
caso individual;  
los recursos dec  
qué confiar en l

A fin de que  
les, y no resulte  
satisfaga una cc  
lleva a cometer  
si tratáramos de  
caso genérico p  
necesario que s  
a las razones de  
aplica la regla -  
mente, en cada  
la base de su p  
esta condición:  
que garantiza un  
mer nivel prese  
respecto al que  
cuál es la línea  
Llamaré a esta  
cuando una reg  
la «tesis de la c

<sup>26</sup> De ahora en  
reglas (recursos deci  
diversa, sobre las re  
precedente, las hipó  
en este apartado val  
exploraré esta posibi

<sup>27</sup> La elaboraci  
a J. RAZ. Cfr. RAZ, 1

## 8. LA CONFORMIDAD DE LAS RAZONES

Es bastante plausible, por tanto, la idea de que el recurso a las reglas permite ahorrar tiempo, energías, u otros recursos escasos, o que nos permite hacer frente a nuestras limitaciones cognitivas (racionalidad limitada), y quizá también a las distorsiones, emotivas o no, de nuestros procesos mentales (*bias*, parcialidad)<sup>26</sup>. Y que todo ello pueda justificar recurrir a la decisión basada en reglas.

Si se observa bien la cuestión, sin embargo, el asunto no resulta pacífico. De acuerdo, recurrir a reglas simplifica la decisión, o nos hace ahorrar recursos decisorios escasos. ¿Pero qué garantiza —si es que hay algo que pueda hacerlo— que esto no tenga un coste excesivo, en términos de errores decisorios? (errores, se entiende, en relación con las razones subyacentes a la regla, o en cualquier caso en relación con el conjunto de las razones aplicables al caso individual; de ahora en adelante, presupondré este matiz). Si economizar los recursos decisorios y simplificar la decisión nos hace cometer errores, ¿por qué confiar en las reglas y no, pongamos por caso, en el instinto?

A fin de que recurrir a reglas pueda desarrollar de forma sensata estos roles, y no resulte gratuito o contraproducente, es necesario, me parece, que se satisfaga una condición. Ocurre que, en conjunto, la aplicación de la regla nos lleva a cometer un número de errores menor respecto a los que cometeríamos si tratáramos de decidir cada uno de los casos individuales que recaen bajo el caso genérico previsto por la regla entrando, cada vez, a valorar, a enjuiciar. Es necesario que seguir la regla haga, en conjunto, más probable la conformidad a las razones de primer nivel presentes en los casos individuales a los que se aplica la regla —más probable de lo que sucedería si examináramos directamente, en cada caso, estas razones, intentando establecer caso por caso, sobre la base de su ponderación, cuál es la línea de conducta a seguir—. Cuando esta condición se satisface, recurrir a la regla está justificado por el hecho de que garantiza un cierto grado de conformidad *indirecta* con las razones de primer nivel presentes en cada caso individual: un grado de conformidad mayor respecto al que alcanzaríamos si, en cada caso individual, nos preguntáramos cuál es la línea de acción indicada por la ponderación de las razones presentes. Llamaré a estas condiciones «condiciones de conformidad indirectas»; si y cuando una regla R satisface esta condición, diré que, en relación con R, vale la «tesis de la conformidad indirecta»<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> De ahora en adelante, discutiré sólo las dos primeras hipótesis de justificación del recurso a reglas (recursos decisorios escasos, racionalidad limitada; pero volveré en breve, desde una perspectiva diversa, sobre las reglas como garantía de imparcialidad), porque, como he mostrado en el apartado precedente, las hipótesis restantes son problemáticas. Probablemente, las consideraciones adoptadas en este apartado valen también, *mutatis mutandis*, en relación con estas hipótesis ulteriores, pero no exploraré esta posibilidad.

<sup>27</sup> La elaboración de este línea de justificación de la decisión basada en reglas, se debe sobre todo a J. RAZ. Cfr. RAZ, 1990, y 1986: cap. 3 (tesis de la «justificación normal» de la autoridad).



Para que la condición de conformidad indirecta sea satisfecha es necesario que se cumpla una condición ulterior. La condición de conformidad indirecta quedaría satisfecha si, en todos los casos individuales que recaen bajo el caso genérico previsto por la regla, las razones de primer nivel fueran las mismas y su ponderación indicara siempre la misma línea de conducta. La asunción de que las cosas están así es, evidentemente, incompatible con el particularismo ético (si la condición de conformidad indirecta pudiera ser satisfecha sólo de este modo, deberíamos realmente concluir que el particularismo ético es incompatible con recurrir a las reglas —al menos si las entendemos como instrumentos para ahorrar recursos decisorios, o para compensar nuestras limitaciones cognitivas— y por tanto con el RoL). Pero esta condición —que en todos los casos individuales que recaen bajo el caso genérico previsto por la regla las razones de primer nivel sean las mismas, y que su ponderación indique siempre la misma línea de conducta— es, en efecto, respecto de la satisfacción de la condición de conformidad indirecta, condición suficiente, pero no es condición necesaria. Para que, en relación con una regla, valga la tesis de la conformidad indirecta es necesario, al menos, que *las más de las veces, a menudo, normalmente* —si bien no siempre— en los casos individuales que recaen bajo el caso genérico previsto por la regla, las razones de primer nivel sean las mismas, y su ponderación indique la misma línea de conducta. *Las más de las veces, a menudo*, en casos del tipo C —es decir, en los casos individuales que presentan las propiedades P, Q y Z, que definen el caso genérico C— las razones son las mismas, y su ponderación indica la misma línea de conducta: si las cosas están así, vale, en relación con la regla «En casos del tipo C —es decir, cada vez que se verifica un caso que presenta las propiedades P, Q y Z— se debe hacer A», la tesis de la conformidad indirecta. El punto crucial, por tanto, es:

(CR) *Las más de las veces, a menudo, normalmente* —si bien no siempre— en los casos de un cierto tipo<sup>28</sup> las razones de primer nivel son las mismas, y su ponderación indica la misma línea de conducta.

Llamaré a esta asunción la «tesis de la conformidad de las razones».

¿El particularismo ético es compatible con la tesis de la conformidad de las razones? Sí. Y no sólo esto: se puede sostener (aunque no lo haré aquí: en este trabajo se asumirá como un postulado no demostrado) que una versión plausible del particularismo ético debe conceder la tesis de la conformidad de las razones<sup>29</sup>. El particularismo afirma la contingencia de las razones (*sit-*

<sup>28</sup> No hago ningún intento de indicar criterios sobre la base de los cuales establecer cuándo un tipo de caso se presta a desarrollar el rol de caso genérico en una regla.

<sup>29</sup> Para un embrión de argumentación en defensa de la tesis de la conformidad de las razones, cfr. CELANO, 2012: apdo. 6. También J. DANCY, a quien se debe la elaboración de la versión más radical del particularismo ético, admite que ciertas propiedades, a diferencia de otras, son habitualmente moralmente relevantes, y tienen el mismo valor (esto es, son razones a favor o razones en contra de la acción

*pra*, 8): nada nos garantiza la misma. Pero no es habitual. ¿Por qué? Se quiere, se puede una generalización

Por tanto, las reglas desarrollan, de forma que los recursos decisorios cognitivos, es sólo por entenderlos) son norm

## 9. POR QUÉ EL SON COMPATIBLE DEL PODER

Todo esto deja en nuestro examen hemos preguntado decir, reglas que son *vecas*, usualmente, por ellas regulado; pero tiene también

El límite: quedamos son los criterios (en este sentido)? ¿esto, no he dicho —ma muy importante

Sin embargo, es interrogante, y se resuelve cuando las reglas procedimiento subido, creo, preguntar la decisión particular (recursos decisorios) taré ahora un argumento a los precedentes

que las posee); cuando no llama a este tipo de razones

<sup>30</sup> Esta sugerencia

<sup>31</sup> La noción de no tautología).Cuál es, resu



*pra*, 8): nada nos garantiza que la conformación, en casos del mismo tipo, será la misma. Pero no suele haber sorpresas: la conformación de las razones es la habitual. ¿Por qué? Como he dicho, no trataré de responder a esta pregunta. Si se quiere, se puede considerar la tesis de la conformidad de las razones como una generalización empírica<sup>30</sup>.

Por tanto, las reglas se aplican sólo a los casos normales. Si pueden desarrollar, de forma sensata, la función de instrumentos de economización de recursos decisorios escasos, o de compensación de nuestras limitaciones cognitivas, es sólo porque la mayor parte de los casos (casos individuales, se entiende) son normales<sup>31</sup>.

#### 9. POR QUÉ EL *RULE OF LAW* Y EL PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (II): LA NO TRASCENDIBILIDAD DEL PODER DECISORIO

Todo esto deja en suspenso un problema crucial: ¿qué reglas? Hasta aquí, en nuestro examen de las características de la decisión basada en reglas, nos hemos preguntado sobre las ventajas y las desventajas de las reglas *justas* (es decir, reglas que son la cristalización de la ponderación que vale *las más de las veces*, usualmente, en los casos individuales que recaen bajo el caso genérico por ellas regulado; *supra*, 8). Este modo de proceder tiene un límite evidente; pero tiene también su razón de ser.

El límite: queda abierto un interrogante crucial, ¿cuál es el criterio, o cuáles son los criterios, sobre la base de los cuales establecer si una regla es justa (en este sentido)? ¿Cuándo puede decirse que una regla está justificada? Sobre esto, no he dicho —y no diré— nada. Pero se trata, obviamente, de un problema muy importante.

Sin embargo, aunque no se busque de modo alguno dar respuesta a este interrogante, y se reconozca, como hemos hecho aquí (*supra*, 6), que —incluso cuando las reglas son aquéllas justas— la decisión basada en reglas es un procedimiento subóptimo (esto es, nos llevará a cometer errores), tiene sentido, creo, preguntarse si, cuándo o por qué puede parecer preferible respecto a la decisión particularista. Los argumentos que he presentado en el apartado 7 (recursos decisorios escasos, racionalidad limitada) son de este tipo. Presentaré ahora un argumento ulterior de este tipo. Este argumento comporta, respecto a los precedentes, un cambio de perspectiva. Gracias a este cambio de

que las posee); cuando no lo son, o tienen diverso valor, esto exige una explicación particular. DANCY llama a este tipo de razones «*default reasons*» (2004: 69, 111-117).

<sup>30</sup> Esta sugerencia genera un *analogon* práctico del («viejo») problema de la inducción.

<sup>31</sup> La noción de normalidad relevante, por tanto, no es puramente estadística (si lo fuera, sería una tautología). Cuál es, resulta, precisamente, el problema.

perspectiva nos acercaremos a la comprensión del RoL como ideal jurídico (los argumentos del apdo. 7 no tienen que ver, específicamente, con el derecho), y surgirán, creo, las razones principales para sostener la compatibilidad entre particularismo ético y RoL.

En síntesis, el argumento es este. Hasta ahora, hemos examinado la cuestión desde el punto de vista del sujeto de la decisión (es decir, del que decide); y hemos asumido, como modelo, el caso de la deliberación y de la elección individual, en una serie de casos concretos. Pero el problema de la decisión se sitúa también en el nivel colectivo (asumimos que, en un grupo social relativamente estable y duradero, son necesarios elementos vinculantes para la colectividad). Y, desde esta perspectiva, los seres humanos no comparecen sólo como *sujetos* de la decisión, sino también como sus *objetos*: no sólo como decisores, sino también como individuos cuya conducta —cuál debe ser y cómo debe ser valorada— es materia para la decisión, y para la decisión *ajena*. Si observamos nuestro problema desde esta nueva perspectiva, surge la razón principal para sostener el recurso a la decisión basada en reglas en un espacio moral particularista (y, por tanto, para sostener la tesis de la compatibilidad): la inevitabilidad, la imposibilidad de eludir, el *poder* decisorio (que haya sujetos que asumen decisiones autoritativas y definitivas, vinculantes para todos). Si la presencia de un *poder* de decisión no puede ser evitado, se plantea un doble problema: el problema de la distribución y del control de este poder. Las reglas son, precisamente, instrumentos para la subdivisión y el control del poder decisor. En esto consiste el argumento que ahora trataré de desarrollar.

La alternativa entre decisión particularista y decisión basada en reglas presenta una cierta semejanza con una alternativa que constituye un *topos* de la cultura jurídico-política occidental desde la antigüedad: la alternativa entre el «gobierno de las leyes» y el «gobierno de los hombres» (el problema de si es mejor que la colectividad esté sujeta a leyes o a los seres humanos). A primera vista, se trata únicamente de una analogía que, podríamos decir, está coja. «Ley», en un sentido totalmente genérico, equivale precisamente a «regla», norma general y abstracta (*supra*, 2). El significado genérico, tradicional de *Rule of Law* es, precisamente, «gobierno de las leyes» (*nomos basileus*, justamente la interpretación corriente de esta expresión griega). Pero, en efecto, se trata de algo más que de una analogía coja.

¿Cómo debe entenderse la idea de un «gobierno de los hombres»? En un pasaje de *Politico* (296e-297a) Platón compara al gobernante ideal con el capitán de una nave, que, estando en el puente, somete a monitorización constante todas las variables relevantes para guiar la nave, y emite, cada minuto, órdenes particulares, referidas a la situación concreta. La ley (es decir, la regla) —esto es lo que Platón tiene en mente aquí— es como un hombre poco perspicaz y prepotente, que repite siempre la misma cosa, sin tener en cuenta que las circunstancias varían. A la torpeza de la ley es preferible el gobierno de un

hombre inteligente la ponderación

Tal es, precisamente, el argumento de los *managers*. Tal es, precisamente, la decisión particularista más que una alternativa

El ideal de la decisión de los hombres, la decisión de las leyes» al «gobierno de los hombres»

Para responder a la pregunta entre «gobierno de las leyes» y «gobierno de los hombres» al pie de la letra, impersonales y nunciar a este ideal no trascendible

¿La alternativa es una alternativa tanto, de «desiderio»

1) Si nos referimos a los malos seres humanos, la pregunta es sensata: ¿el hombre bueno o el hombre malo? Obvio que ambos

2) La alternativa presupone, a priori, un cambio, sólo de la ley es quizá verdadera y no pueden no producirse y la

a) Considerando En primer lugar que no son el fin sino el medio

<sup>32</sup> Cfr. RAZ.

<sup>33</sup> Esto también (1996). En la edad normalmente con la

L como ideal jurídico icamente, con el dere-  
ner la compatibilidad

os examinado la cues-  
decir, del que decide);  
ción y de la elección  
lema de la decisión se  
in grupo social relati-  
inculantes para la co-  
s no comparecen sólo  
*objetos*: no sólo como  
ta —cuál debe ser y  
ara la decisión *ajena*.  
ectiva, surge la razón  
reglas en un espacio  
e la compatibilidad):  
sorio (que haya suje-  
culantes para todos).  
itado, se plantea un  
ontrol de este poder.  
isión y el control del  
rataré de desarrollar.

basada en reglas pre-  
ituye un *topos* de la  
a alternativa entre el  
el problema de si es  
umanos). A primera  
os decir, está coja.  
isamente a «regla»,  
írico, tradicional de  
*mos basileus*, justa-  
. Pero, en efecto, se

s hombres»? En un  
te ideal con el capi-  
orización constante  
da minuto, órdenes  
cir, la regla) —esto  
re poco perspicaz  
en cuenta que las  
el gobierno de un

hombre inteligente, que sepa tomar, caso por caso, la decisión justa a la luz de la ponderación de todas las razones relevantes.

Tal es, precisamente, la decisión particularista (otro caso ejemplar: el *manager*, al menos según una imagen hagiográfica de las decisiones que toman los *managers*). El paradigma del «gobierno de los hombres» es, en efecto, la decisión particularista. Por esto, la relación entre las dos alternativas es algo más que una analogía coja.

El ideal del RoL expresa la idea de que el «gobierno de las leyes» —es decir, la decisión basada en reglas— es preferible respecto al «gobierno de los hombres», la decisión particularista. ¿Pero por qué preferir el «gobierno de las leyes» al «gobierno de los hombres»?

Para responder a esta pregunta, partimos de una constatación: la alternativa entre «gobierno de las leyes» y «gobierno de los hombres» es, si se toma al pie de la letra, mítica<sup>32</sup>. La idea de un gobierno de leyes puras, no humanas, impersonales y anónimas, es un mito. Si queremos ser realistas, debemos renunciar a este mito. Y, si dejamos a un lado el mito, surge el punto central: la no trascendibilidad del poder decisorio. Me explico.

¿La alternativa entre «gobierno de los hombres» y «gobierno de las leyes» es una alternativa genuina? Hay dos modos de mostrar que no lo es —y, por tanto, de «desinflar» el problema tradicional—.

1) Si nos preguntamos si es mejor ser gobernados por *buenas* leyes o por *malos* seres humanos, la respuesta será obvia. Lo mismo se dirá si nos hacemos la pregunta en sentido inverso. Parece, por tanto, que el único interrogante sensato es el siguiente: ¿es preferible el gobierno de buenas leyes o de hombre buenos? Pero este interrogante suena algo extraño. ¿No resulta quizás obvio que ambas hipótesis son *optima*, del mismo valor?

2) La alternativa («gobierno de las leyes» o «gobierno de los hombres»?) presupone, a primera vista, que es posible un gobierno sólo de leyes, o, en cambio, sólo de seres humanos. Pero este doble presupuesto no es creíble. ¿No es quizá verdad, banalmente verdad, que aquellos que gobiernan son siempre, y no pueden no serlo, hombres y leyes, seres humanos que operan mediante la producción y la aplicación de leyes? Veamos.

a) Considérese, antes de nada, la hipótesis de un gobierno sólo de leyes. En primer lugar, a no ser que supongamos la existencia de reglas de convivencia que no son el producto de seres humanos, un «gobierno de las reglas» no podrá ser sino el gobierno de los seres humanos mediante la producción de reglas<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. RAZ, 1977: 212; BOBBIO, 1983; MARMOR, 2004: 2-3; WALDRON, 2007: 101-104.

<sup>33</sup> Esto también vale para las formas más plausibles de iusnaturalismo (cfr., p. ej., FINNIS, 1980, 1996). En la edad moderna, en todo caso, la idea de «gobierno de las leyes», o de RoL, es entendida normalmente con referencia específica al derecho *positivo*.

Y, en segundo lugar, las reglas no se aplican solas: para aplicarlas a casos particulares, y para hacerlas valer, son necesarios seres humanos. Un «gobierno de las leyes», por tanto, no podrá ser sino un gobierno de seres humanos que producen o aplican leyes<sup>34</sup>.

b) Entendemos, con el término «reglas» (o «leyes»), directivas (normas) generales y abstractas (*supra*, 2). Ahora bien, ¿cómo podrían los gobernantes prescindir de reglas? Un gobierno que opere exclusivamente mediante directivas singulares (en particular, directivas dirigidas, mediante actos comunicativos «cara a cara», a individuos) o concretas (que se aplican sólo a un caso individual) es, en un grupo social numeroso, imposible (HART, 1961: 20).

Estos argumentos parecen probar que nuestro problema (¿«gobierno de las leyes»? está mal planteado. Pero no son decisivos. Nos inducen, más bien, a reformular la alternativa.

Admitamos que un «gobierno de las leyes» no puede ser sino un gobierno de seres humanos que producen o aplican leyes. Queda abierta la cuestión sobre si este particular modo de gobernar —este particular modo de ejercer el poder— es preferible respecto a otros. De acuerdo: un gobierno que opere *exclusivamente* mediante directivas singulares o concretas es, en un grupo social numeroso, imposible. Pero: 1) es conceptualmente posible un gobierno que opere *prevalentemente* mediante decisiones *ad hoc* (es decir, directivas singulares o concretas), o en cualquier caso que asigne a estas últimas un rol muy significativo, determinante. 2) Es concebible, por el contrario, una modalidad de gobierno en la cual las directivas singulares o concretas sean —no todas, siempre, sino las más de las veces, o en cualquier caso en una medida significativa, y en los casos importantes— el resultado de la aplicación, a casos individuales, de reglas («X debe ser castigado» se sigue de «Los ladrones deben ser castigados» —una regla— y «X es un ladrón»).

La cuestión, por tanto, es si es deseable un poder que opere *prevalentemente*, en modo decisivo, mediante la emisión y la aplicación, por parte de seres humanos, de directivas generales y abstractas —de modo tal que las directivas singulares o concretas sean mayoritariamente, o en cualquier caso en medida significativa, en los casos importantes, el resultado de la aplicación, a casos individuales, de reglas—<sup>35</sup>. Con esto queda superada la segunda objeción.

<sup>34</sup> Preciso de una vez por todas que, de ahora en adelante, cuando hable de «producción o aplicación» de reglas haré referencia, implícitamente, también a los procesos de *interpretación* de enunciados normativos. Tener cuenta expresamente de esta variable, indagar en la naturaleza de estos procesos, cuáles pueden ser los actores de la interpretación y sus respectivos roles, cuáles son las relaciones entre estos sujetos, etc., complicaría mucho el modelo, simplificado, que pretendo proponer. No creo que esta simplificación comporte una distorsión irreparable de los fenómenos, pero no argumentaré a favor de esta tesis. Sin embargo, a su debido tiempo (*infra*, n. 37), será necesario introducir un matiz al respecto.

<sup>35</sup> Hay, además, modos de «gobierno» —variedades del poder social— que no consisten en absoluto en la emisión de directivas (sino, por ejemplo, en la manipulación, sin que el agente lo sepa, de sus

Vayamos a la p  
simas, y, correlativ  
infla. Pero el punt  
*malmente*, típicam  
razonablemente, qu  
esperar que sean y  
habitualmente, ¿es  
modo decisivo, en  
de reglas (de mod  
riamente basadas e  
que consista, preval  
*ad hoc* (decisiones  
en absoluto obvia.

Reformulada d  
necicio derivado de

Ambos término  
fines de una conviv  
so recíprocamente  
alguna forma de «g  
rechazo de la anarc  
ampliamente comp  
si concentramos nu  
blema de si, en un e  
reglas puede estar ji

Hasta ahora, he  
un particular punto  
interroga, en una cie  
nes sobre la acción  
de la decisión (de a  
la deliberación indi  
recurrir a reglas des  
de una convivencia  
debe estar sujeto a a  
necesarias *decision*  
también un punto de  
no son sólo sujetos

creencias o actitudes, o de  
ferible un gobierno que op  
de otro modo. He sostenid  
directivas es condición ne  
la capacidad, por parte de  
tiene razón, deberán ser en

Vayamos a la primera. Es verdad que, si imaginamos leyes óptimas o pésimas, y, correlativamente, óptimos o pésimos hombres, el problema se desinfla. Pero el punto es este: si consideramos a los seres humanos como *normalmente*, típicamente, las más de las veces, son —como podemos esperar, razonablemente, que sean—, y si consideramos las leyes tal y como podemos esperar que sean y son aplicadas, dado el modo en que los seres humanos son habitualmente, ¿es preferible un gobierno que consista prevalentemente, en modo decisivo, en la emisión y en la aplicación, por parte de seres humanos, de reglas (de modo que las directivas singulares o concretas estén mayoritariamente basadas en directivas generales y abstractas), respecto a un gobierno que consista, prevalentemente y en modo decisivo, en la emisión de directivas *ad hoc* (decisiones singulares o concretas)? La respuesta a esta pregunta no es en absoluto obvia.

Reformulada de este modo, la cuestión es seria. ¿Hay una ventaja o beneficio derivado del hecho de estar sujeto a reglas y no a decisiones *ad hoc*?

Ambos términos de la alternativa presuponen una asunción: que, para los fines de una convivencia relativamente pacífica, tolerable y duradera, o incluso recíprocamente ventajosa, el comportamiento humano debe estar sujeto a alguna forma de «gobierno», o de dirección. Esta asunción —que implica el rechazo de la anarquía como teoría política normativa— es muy plausible, ampliamente compartida, y me parece que debe ser aceptada. Si se acepta, y si concentramos nuestra atención en las decisiones *de los gobernantes*, el problema de si, en un espacio moral particularista, recurrir a la decisión basada en reglas puede estar justificado se manifiesta bajo una nueva luz.

Hasta ahora, hemos discutido este problema adoptando, implícitamente, un particular punto de vista: el punto del vista del agente individual que se interroga, en una cierta situación, sobre cómo actuar, o que formula valoraciones sobre la acción propia o ajena —el punto de vista, en definitiva, del *sujeto* de la decisión (de aquel que decide)—. Nuestro modelo ha sido la imagen de la deliberación individual (los argumentos adoptados en el apdo. 7 defienden recurrir a reglas desde esta perspectiva). Pero si asumimos que, para los fines de una convivencia pacífica, tolerable y duradera, el comportamiento humano debe estar sujeto a alguna forma de gobierno o de dirección —esto es, que son necesarias *decisiones vinculantes para todos*— deberemos tener en cuenta también un punto de vista distinto. Desde esta perspectiva, los seres humanos no son sólo sujetos de la decisión, sino también sus objetos: no sólo como

---

creencias o actitudes, o del ambiente en que debe actuar). Una cuestión ulterior, por tanto, es si es preferible un gobierno que opere (prevalentemente, de modo decisivo) mediante la emisión de directivas, o de otro modo. He sostenido en otro lugar (CELANO, 2013a; 2013b) que un gobierno que opere mediante directivas es condición necesaria del respeto de la dignidad humana —y, en particular, del respeto de la capacidad, por parte de los seres humanos, de hacer elecciones (elecciones que, si el particularismo tiene razón, deberán ser en última instancia particularistas)—.

decisores, sino también como individuos cuya conducta —como sea que debe ser, y como sea que sea valorada— es materia de decisiones *ajenas*; decisiones que pueden tener consecuencias significativas sobre sus vidas. Deberemos abordar nuestro problema, por tanto —si y cuando esté justificado recurrir a la decisión basada en reglas— también desde *sus* puntos de vista (desde el punto de vista, no de aquel que delibera, sino desde el punto de vista de aquel *sobre el que se delibera*).

Si abordamos nuestro problema desde esta perspectiva, surge la razón principal a favor de recurrir a la decisión basada en reglas (también en un espacio moral particularista). Desde el punto de vista de aquel que es objeto de las decisiones ajenas (aquel sobre el que se delibera) la decisión aparece como el contenido de un *poder* —una fuerza que puede incidir en modo significativo sobre el devenir de su vida—. Si, para los fines de una convivencia pacífica, tolerable y duradera, son necesarias *decisiones vinculantes para todos*, entonces es inevitable que hay un *poder decisorio* (poder de asumir decisiones autoritativas y, más tarde o más pronto, definitivas). Llamaré a este fenómeno la «no trascendibilidad» del poder decisorio.

De la tesis de la no trascendibilidad del poder decisorio se derivan dos problemas: el problema de la distribución y el del control de este poder. ¿Cómo debe ser distribuido el poder de decidir? ¿De qué modo es posible sujetarlo a un control? (ya que el ejercicio de este poder puede tener consecuencias significativas sobre nuestras vidas, no queremos que esté desligado de cualquier control: se trata de encontrar el modo de defenderse de una amenaza exógena, como un aluvión o una epidemia). Recurrir a la decisión basada en reglas responde a esta doble exigencia.

En otros términos. Dada la no trascendibilidad del poder decisorio, se plantea el problema de su «arquitectura»: cómo es, o pueda ser, o deba ser ejercitado, a qué vínculos está, puede o debe estar sujeto. De la tesis de la no trascendibilidad del poder decisorio surge la exigencia de que esté «proyectado», diseñado, en modo satisfactorio para nosotros<sup>36</sup>. La proyección de un «ambiente decisorio» consistirá, sobre todo, en la atribución de *clases* de decisiones —es decir, decisiones de un cierto *tipo*— a clases de decisores. Las reglas, como ahora veremos, son un instrumento para este objetivo<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Derivo la noción de «arquitectura decisoria» de THALER y SUNSTEIN, 2008: cap. 5 (THALER y SUNSTEIN, p. 3, denominan «*choice architect*» a quien «*has the responsibility for organizing the context in which people make decisions*»).

<sup>37</sup> En los próximos tres puntos sigo muy de cerca a SCHAUER, 1991: cap. 7. Lo que diré en lo que sigue en este apartado y en el sucesivo vale sólo si las reglas de las que se trate tienen un contenido suficientemente determinado. Para quien sea escéptico acerca de la posibilidad de que esta condición sea satisfecha, los argumentos de este apartado y del siguiente serán, simplemente, fútiles. Y, por lo demás, para el escéptico no podrá ser sino fútil, de arriba abajo, la cuestión sobre si el RoL es compatible con el particularismo ético. La idea misma de un «gobierno de las reglas» estará, para él, vacía (perseguir el ideal del RoL no es, me parece, compatible con una teoría escéptica de la interpretación).

En general, un reglas es la *descon* sores, respecto a d en reglas vale, por frainclusión), la a aquellos a los q subyacente de la (*supra*, 6). Pero si razón cualquiera, un decisor o de u un cierto tipo, la j razones relevantes: pacidades cogniti por parcialidad, p consideramos que en cuestión come la justificación su respecto a aquell la justificación, y más razonable in en cuestión, sobr (atendiéndose, p cación de la regla llevado la aplicac razones relevante errores significati «todos los animal gir que decidan, p en cada uno de lc («Prohibida la en

Estas conside razón que sea, se decisores, tome d línea de conduct cisores en cuestió vinculado para tc litado para recon: línea de acción ir

<sup>38</sup> Nótese: también (cialidad) se apoyan en de vista relevante ya n proyección de una det decisores).

En general, una justificación obvia para recurrir a la decisión basada en reglas es la *desconfianza* respecto de ciertos decisores, o ciertas clases de decisores, respecto a decisiones de un cierto tipo. En el caso de la decisión basada en reglas vale, por definición, que, en ciertos casos (los casos de sobre- e infrainclusión), la aplicación de la regla llevará a resultados erróneos, respecto a aquellos a los que habría llevado la aplicación correcta de la justificación subyacente de la regla, o en cualquier caso de todas las razones relevantes (*supra*, 6). Pero se trata, precisamente, de la aplicación *correcta*. Si, por una razón cualquiera, albergamos poca confianza en la capacidad, por parte de un decisor o de una clase de decisores, de aplicar correctamente, a casos de un cierto tipo, la justificación en cuestión, o de capturar, en general, todas las razones relevantes (por ejemplo, porque tenemos poca confianza en sus capacidades cognitivas, o cuando tememos que su decisión pueda estar viciada por parcialidad, prejuicios, consideraciones de interés personal); y si, además, consideramos que, si estuvieran vinculados a aplicar una regla, los decisores en cuestión cometerían en su conjunto un número de errores (en relación con la justificación subyacente, y en general con las razones relevantes) menor respecto a aquellos que cometerían si se les liberara de aplicar directamente la justificación, y de sopesar todas las razones relevantes, entonces puede ser más razonable imponerles que tomen decisiones, relativas al tipo de casos en cuestión, sobre la base de la regla, atendiendo a ella escrupulosamente (atendiéndose, por tanto, también en los casos en que, por hipótesis, la aplicación de la regla llevará a un resultado erróneo respecto a aquel a que habría llevado la aplicación correcta de la justificación subyacente, o de todas las razones relevantes). En definitiva: cuando se teme que los decisores cometan errores significativos en la aplicación de una cierta justificación (por ejemplo, «todos los animales que molestarían a los clientes») puede ser razonable exigir que decidan, por así decir «a ciegas», obtusamente, limitándose a aplicar, en cada uno de los casos relevantes, una regla que tenga aquella justificación («Prohibida la entrada de perros»)<sup>38</sup>.

Estas consideraciones pueden extenderse a todos los casos en que, por la razón que sea, se quiera evitar que un cierto decisor, o un cierto conjunto de decisores, tome decisiones sobre la base de las razones *pro* o *contra* una cierta línea de conducta en un cierto tipo de caso, y se desea, más bien, que los decisores en cuestión se atengan a la decisión de algún otro. Un decisor que esté vinculado para tomar decisiones sobre la base de reglas es un decisor inhabilitado para reconsiderar, caso por caso, las razones que militan *pro* o *contra* la línea de acción indicada por la regla: no le toca a él valorar si la justificación

<sup>38</sup> Nótese: también algunos de los argumentos del apartado 7 (racionalidad limitada, *bias*, parcialidad) se apoyan en la desconfianza hacia el decisor. Pero ahora la perspectiva es diferente: el punto de vista relevante ya no es el de la deliberación (desconfianza del decisor hacia *sí mismo*), sino el de la proyección de una determinada disposición del poder decisorio (atribución de decisiones a clases de decisores).

—como sea que debe  
nes *ajenas*; decisio-  
us vidas. Deberemos  
stificado recurrir a la  
vista (desde el punto  
vista de aquel *sobre*

tiva, surge la razón  
s (también en un es-  
uel que es objeto de  
ción aparece como  
a modo significativo  
onvivencia pacífica,  
tes *para todos*, en-  
e asumir decisiones  
aré a este fenómeno

se derivan dos pro-  
este poder. ¿Cómo  
posible sujetarlo a  
consecuencias sig-  
ligado de cualquier  
amenaza exógena,  
asada en reglas res-

oder decisorio, se  
da ser, o deba ser  
. De la tesis de la  
de que esté «pro-  
. La proyección de  
ución de *clases* de  
s de decisores. Las  
objetivo<sup>37</sup>.

2008: cap. 5 (THALER y  
r organizing the context

7. Lo que diré en lo que  
tienen un contenido su-  
e que esta condición sea  
fútiles. Y, por lo demás,  
RoL es compatible con  
ra él, vacía (perseguir el  
pretación).







ia es sustraída a su nulado la regla) —. ibución de poder» aglas sustraen ciertas para juzgar, para s, y vinculando los s, por tanto, para la currir a la decisión la vez que se desee s, sustrayéndolas a por los primeros: oder decisorio. Las s son múltiples. Se a la exactitud de la dente, el de la des- es sustanciales de- e tomar decisiones

le las leyes» —, es, sorio<sup>39</sup>. Es sustraí- petencia para esta- jo el caso genérico razones de la cual lección ha sido ya no tiempo, ha sido regla, la competen- es las propiedades recae o no bajo el atribuida al decisor

Esta doble sustracción de competencia decisoria tiene un evidente —aun- que sólo probable, esto es, no seguro— efecto de defensa frente a un uso ar- bitrario del poder decisorio al que, ineluctablemente, estamos sujetos. Por un lado, la atribución a un decisor de la tarea de producir reglas que serán aplica- das por otros hace más difícil (aunque no es imposible, que quede claro) tomar decisiones que privilegien, o perjudiquen, a individuos particulares<sup>41</sup>. Por otro lado, la atribución a un decisor de la tarea de aplicar reglas preconstituidas convierte en controlables a las decisiones. Las reglas, en efecto, desarrollan el rol de parámetro bajo el cual valorar la corrección de *sus* decisiones: no si éstas son correctas (a la luz de la ponderación de las razones presentes en cada caso individual), sino la corrección de las decisiones de *aquel* decisor, al que ha sido confiado (razonablemente, se espera) la tarea de aplicar la regla<sup>42</sup>.

Dada la no trascendibilidad del poder decisional, *también en un espacio moral particularista* se plantea el problema de la disposición y del control de este poder (recuérdese: se trata de encontrar el modo de defenderse de una amenaza exógena, como un aluvión o una epidemia). La proyección de un ambiente decisorio caracterizado por la decisión basada en reglas responde a esta doble exigencia. La decisión basada en reglas hace posible una cierta me- dida de control, y constituye una (limitada, sin lugar a dudas) defensa, frente al poder decisorio. Por tanto, también en un espacio moral particularista puede ser razonable proyectar ambientes decisorios caracterizados por la decisión basada en reglas —es decir, recurrir a la técnica del RoL—.

Todo esto puede ser reformulado en los términos, un poco míticos, y apro- ximativos, del topos clásico, la alternativa entre «gobierno de las leyes» y «gobierno de los hombres».

Estar sujetos a «hombres» quiere decir estar sujetos a la *voluntad* de indi- viduos particulares. Y la voluntad es, en su mayor parte, autointeresada: indi-

judicial y sólo en los casos y modos previstos por la ley». Mediante esta disposición, en un sólo movi- miento a) es sustraída a las fuerzas de seguridad públicas la competencia para decidir caso por caso si las razones de orden general que, por hipótesis, justifican en algunas ocasiones restricciones de la liber- tad personal se aplican o no: la decisión sobre si imponer o no semejantes restricciones está reservada al legislador: el juez debe únicamente aplicar la ley —está constreñido a tomar en consideración sólo los aspectos del caso objeto de juicio seleccionados como relevantes por la ley—. c) La competencia para decidir si las razones de orden general que, por hipótesis, justifican en algunas ocasiones restricciones de la libertad personal se aplican o no a ciertos (tipos de) casos está también sustraída a cualquier poder público dotado de la competencia para producir normas, también de carácter general (y, por tanto, a la potestad normativa del ejecutivo), y reservada al legislador (la denominada «reserva de ley»). Y, por último, d) está sustraída al legislador la competencia de verificar si, en un caso individual, se aplican las razones que, por hipótesis, justifican en algunas ocasiones restricciones de la libertad personal.

<sup>41</sup> No imposible, desde luego, ya que la delimitación de clases de destinatarios puede responder al intento de favorecer o dañar a individuos particulares. Recuerdo (*supra*, n. 6) que la generalidad de una regla interesa aquí sólo en un sentido puramente lógico. El RoL no es la panacea.

<sup>42</sup> Naturalmente, también el ejercicio de este control no podrá ser sino el contenido de un poder (ulterior). Éste es un círculo —el poder decisorio no es trascendible—. Se trata de un problema que no puede ser resuelto (cfr. CELANO, 2002b; 2006b; 2013d: cap. 4). Únicamente puede buscarse un modo satisfactorio de estar dentro de este círculo.

ra, n. 34), la no trascen- interpretación de estos

eces están sujetos sólo a sición, a una cierta clase rar, tiene el propósito de aquellos (tipos de) casos n indicados por la ley— r caso, si la justificación aso objeto de decisión). nilmente, no ya una ge- asunción (una asunción tativo legitimado demo- blecer de qué modo de- ión italiana, dispone que otivado de la autoridad

viduos particulares persiguen su propio interés particular. El «gobierno de los hombres», por tanto, no da garantía alguna a aquellos que están sujetos de que no serán tratados, por los gobernantes, como medios para perseguir el propio interés (y no, en cambio, también como fines, dotados de valor por sí mismos) —que no serán, en definitiva, explotados—.

A favor del «gobierno de las leyes» milita, por tanto, la *desconfianza* hacia aquel que se encuentra en una posición de ordenar (esto es, de aquel que tiene poder decisorio). El poder —esta es la asunción implícita— corrompe, generalmente, a los seres humanos: aquellos que detentan el poder decisorio tenderán a hacer uso de él para perseguir sus propios intereses, y tenderán a incrementar, más allá de todo límite, el propio poder. Por tanto son necesarios frenos, vínculos, límites. Allá donde gobiernan las leyes, el interés privado de los gobernantes, y el impulso del poder a crecer ilimitadamente, es necesario tener frenos.

Esta línea de defensa del «gobierno de las leyes», se apoya, sin embargo, sobre el presupuesto de que las leyes pueden ser algo impersonal, anónimo (es esto, como se recordará —*supra*, 7—, lo que nos deja perplejos de la idea de que haya un nexo muy estrecho entre el uso de reglas y la neutralización de formas de parcialidad en la decisión). ¿Por qué, podría objetarse, si las leyes son producidas o aplicadas por seres humanos, no deberían poder servir como instrumentos para perseguir intereses particulares? ¿De qué modo las reglas —producidas o aplicadas por los gobernantes— deberían servir de instrumento de protección frente a los gobernantes mismos?

Hay, en efecto, un sentido en el que las reglas —reglas producidas y aplicadas por seres humanos— pueden ser caracterizadas, *metafóricamente*, como algo impersonal, anónimo. Por un lado, cuando estamos sujetos a un decisor vinculado a aplicar reglas, no estamos, en un cierto sentido, sujetos a la voluntad *de esa persona*, ya que estamos, en efecto, sujetos a la voluntad *de otros*: aquellos que han producido las reglas. Y, por otro lado, estamos, en cierta medida, protegidos frente a estos últimos: aquellos que han tomado ya la decisión antes de que sea sometido a juicio el caso concreto. Su decisión, asumida anticipadamente, versa sobre clases de casos, no sobre éste o aquel caso individual, y no puede, por tanto, ser dictada por el intento de dañar o favorecer a individuos particulares (una regla «no mira a la cara a nadie», *supra*, 7). El «gobierno de las leyes» —el RoL— por tanto, permite sujetar a una cierta medida de control el poder decisorio, al que estamos ineluctiblemente sujetos.

#### 10. POR QUÉ *RULE OF LAW* Y PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (III): PREVISIBILIDAD DE LA DECISIÓN

Presentaré ahora un último argumento a favor de la tesis de la compatibilidad. También en este caso, como en el caso del argumento precedente, la

compatibilidad entre p a la perspectiva usual mos de ángulo visual vista de quien decide, «gobierno de las regla autonomía de aquellos para que puedan llevi particularismo tiene ra de este modo (intentat Veamos por qué.

La adopción de la privilegiada, o exclus ambiente decisonal, puedan, normalmente tipo serán decididos e mente, por la regla (cl la persecución, por pa intereses, mediante la la medida —no muy seres humanos).

Una vez más, por bilidad o no entre pa decisión —decisión d cho— que permite co razones de base). Las convierten, para aque en el cual deben vivir den tener, para ellos, c base de reglas hace<sup>44</sup> necesaria para que ac consecuencias de las y consciente cómo ac

Una razón a favor tanto, la previsibilida 1991: cap. 7). Alguna das, anticipadamente. (considérese por ejen la derecha; no es tan

<sup>43</sup> Esta definición del c

<sup>44</sup> Sólo si las reglas est

<sup>45</sup> La formulación clás 2010: 2; y, con referencia a

ular. El «gobierno de los que están sujetos de que para perseguir el propio de valor por sí mismos)

to, la *desconfianza* hacia to es, de aquel que tiene ita—corrompe, general- poder decisorio tenderán tenderán a incrementar, necesarios frenos, víncu- privado de los gobernantes necesario tener frenos.

se apoya, sin embargo, impersonal, anónimo (es perplejos de la idea de s y la neutralización de a objetarse, si las leyes erían poder servir como De qué modo las reglas an servir de instrumen-

reglas producidas y apli- metafóricamente, como os sujetos a un decisor tido, sujetos a la volun- a la voluntad *de otros*: estamos, en cierta me- an tomado ya la deci- ). Su decisión, asumida éste o aquel caso indi- o de dañar o favorecer a nadie», *supra*, 7). El te sujetar a una cierta eluctiblemente sujetos.

## LO ÉTICO DE LA DECISIÓN

a tesis de la compati-  
mento precedente, la

compatibilidad entre particularismo ético y RoL resultará evidente si, respecto a la perspectiva usual (para los teóricos del razonamiento práctico), cambiamos de ángulo visual: si, en lugar de adoptar, como es natural, el punto de vista de quien decide, adoptamos aquel de quien es objeto de la decisión. El «gobierno de las reglas», sostendré, es condición necesaria del respeto de la autonomía de aquellos que están sujetos a él. A saber, es condición necesaria para que puedan llevar a cabo las *propias* elecciones (elecciones que, si el particularismo tiene razón, deberán ser, en última instancia, particularistas); y, de este modo (intentar) convertirse en parte en autores de sus propias vidas<sup>43</sup>. Veamos por qué.

La adopción de la decisión basada en reglas como estrategia decisional privilegiada, o exclusiva, por parte de una clase de decisores, o en un cierto ambiente decisional, hace que aquellos que están sujetos a estas decisiones puedan, normalmente, confiar en el hecho de que casos de un determinado tipo serán decididos en un cierto modo —en el modo establecido, anticipadamente, por la regla (cfr. nuevamente SCHAUER, 1991: cap. 7)—. Esto favorece la persecución, por parte de cada uno, de los propios objetivos y de los propios intereses, mediante la asunción de elecciones informadas y conscientes (en la medida —no muy buena, evidentemente— en que esto es posible para los seres humanos).

Una vez más, por tanto, el problema principal —referente a la compatibilidad o no entre particularismo ético y RoL—, no es cuál es el método de decisión —decisión de casos por parte de los órganos de aplicación del derecho— que permite cometer el menor número posible de errores (respecto a las razones de base). Las decisiones que son el *output* de este proceso decisorio se convierten, para aquellos que están sujetos al derecho, en parte del ambiente en el cual deben vivir y hacer las propias elecciones. Y estas decisiones pueden tener, para ellos, consecuencias significativas. Que sean asumidas sobre la base de reglas hace<sup>44</sup> que sean previsibles; y que sean previsibles es condición necesaria para que aquellos que están sujetos al derecho puedan calcular las consecuencias de las propias acciones, y por tanto decidir en modo informado y consciente cómo actuar<sup>45</sup>.

Una razón a favor del «gobierno de las leyes» —esto es, del RoL— es, por tanto, la previsibilidad de la decisión basada en reglas, su *certeza* (SCHAUER, 1991: cap. 7). Algunas veces, es más importante que las cosas estén establecidas, anticipadamente, en un modo determinado, que *cómo* están establecidas (considérese por ejemplo la cuestión sobre si conducir por la izquierda o por la derecha; no es tan importante que se opte por una u otra posibilidad como

<sup>43</sup> Esta definición del concepto de autonomía se debe a J. RAZ (1986: 369).

<sup>44</sup> Sólo si las reglas están suficientemente determinadas, recuérdese (*supra*, n. 37).

<sup>45</sup> La formulación clásica de este argumento se debe a F. VON HAYEK. Cfr. al respecto WALDRON, 2010: 2; y, con referencia a la condición de que las reglas sean públicas, CELANO, 2013c.

que haya una regla cierta —por la derecha o por la izquierda, no importa—, de modo que cada uno pueda confiar en el hecho de que los otros se comportarán en aquel modo determinado). Y, en particular, la previsibilidad de las decisiones que nos conciernen —si, por ejemplo, haciendo tal cosa sufriremos un castigo o no— es muy importante para poder planificar de modo racional nuestras actividades (así, por ejemplo, para poder entender qué medio será más eficaz para llevar a cabo mis propósitos, es importante que yo sepa antes de qué modo, con cuáles decisiones, el sistema jurídico reaccionará a mis acciones). Y, si sé que el decisor aplicará una cierta regla, y si conozco la regla<sup>46</sup>, seré capaz de prever la decisión; y por tanto seré capaz de decidir, con conocimiento de causa, si comportarme o no de un cierto modo. Esta decisión deberá tener en última instancia, si el particularismo tiene razón, carácter particularista. Pero para que mis decisiones, particularistas, puedan ser informadas y conscientes, es necesario que las decisiones de las que yo soy objeto sean previsibles. Y la imposición, a los autores de estas decisiones, del *decision-making* basado en reglas puede ser un modo para hacerlas previsibles. Simplificando: para que yo pueda llevar a cabo mis elecciones, particularistas, es necesario que las decisiones de las cuales son el objeto —en particular, las decisiones jurídicas que tienen como objeto mi comportamiento— estén basadas en reglas.

En otros términos. Los seres humanos viven en un ambiente que está hecho también de instituciones. Para que puedan (intentar) planificar el propio futuro, de forma tal que se conviertan en parte en autores de sus propias vidas, es necesario que estas instituciones sean, por así decir, mecanismos: que su funcionamiento sea regular, y en consecuencia previsible (así como, para decidir cómo comportarme, es importante, para mí, saber que, si meto la mano en el fuego, me quemaré, o que a medianoche el reloj sonará doce veces, del mismo modo puede ser importante saber que, si hago una determinada cosa, la institución X reaccionará en un cierto modo). Algunas instituciones sociales tienen tareas decisorias: parte de su funcionamiento consiste en la producción de decisiones. En el caso de instituciones de este tipo, la exigencia de que su funcionamiento sea regular y previsible incluye, habitualmente, la exigencia de que lo sean también sus decisiones. Y lo que esto muestra vale también para un espacio moral particularista (se trata, recuérdese —*supra*, 9—, de defenderse de una amenaza exógena: el *poder* decisorio). La decisión basada en reglas es, si las reglas son suficientemente determinantes (y conocidas), un mecanismo con resultados previsibles. Para que los individuos puedan tomar sus *propias* decisiones —si el particularismo tiene razón, de forma particularista— es necesario que el *decision-making* de estas instituciones esté basado en reglas.

<sup>46</sup> Recuérdese (*supra*, 2) que entre los requisitos del RoL figuran las condiciones de que las reglas sean públicas e inteligibles (cfr. CELANO, 2013c).

También este argumento de la traposición tradicional de los valores». Estar sujetos a sujetos a la *voluntad* caprichosa; y, de ahí, de vista, las reglas impersonal, anónimo. nunciamientos *ad hoc* su resultado está predecible puede decirse, es un problema cómo funcionará decir que las reglas, al por los gobernantes producidos o aplicadas (todo obvio, estar sujetos

## 11. POSITIVISMO

Lo que se ha dicho (p. 9)? Luego está, en este último de importancia hemos visto (*supra*, 6) caso no se puede excluir los cuales la conforma o exigirá, la suspensión conecta una cierta con caso individual recae) sobre la base de la pon en estos casos, legítimos (desaparece la que la justifican; *supra* la regla es, por hipótesis

¿Cuándo reconsiderar el interrogante. Lo que se establece en su momento tiene razón, es razonable jurídico basado en el ius cuando resulte oportuno que haya «defeater» la reconsideración está

<sup>47</sup> A condición, recuérdese

También este argumento puede ser formulado en los términos de la contraposición tradicional entre «gobierno de las leyes» y «gobierno de los hombres». Estar sujetos al «gobierno de los hombres» significa, se decía, estar sujetos a la *voluntad* de individuos particulares. Y la voluntad es mutable, caprichosa; y, de ahí, inestabilidad e inseguridad. También desde este punto de vista, las reglas pueden ser caracterizadas, metafóricamente, como algo impersonal, anónimo. La decisión basada en reglas, a diferencia de los pronunciamientos *ad hoc* de una voluntad no vinculada por reglas, es previsible<sup>47</sup>: su resultado está preestablecido. Confiarse al gobierno de reglas, parece que puede decirse, es un poco como confiarse a un dispositivo mecánico: ya sabemos cómo funcionará y qué resultados producirá. Pero esto, nótese, no quiere decir que las reglas, aun siendo ciertas, no puedan ser instrumentos utilizados por los gobernantes para perseguir su propio interés, o que estar sujetos a reglas (producidas o aplicadas por ciertos individuos) no sea, en un sentido del todo obvio, estar sujetos a *alguien*.

## 11. POSITIVISMO NORMATIVO INCLUYENTE

Lo que se ha dicho hasta ahora no responde a la pregunta: ¿qué reglas (*supra*, 9)? Luego está, como sabemos, un segundo problema (*supra*, 6), también este último de importancia capital, el problema de la reconsideración. Como hemos visto (*supra*, 6), si el particularismo tiene razón, habrá —o en cualquier caso no se puede excluir que haya— casos (casos individuales, se entiende) en los cuales la conformación de la razón de primer nivel será tal que justificará, o exigirá, la suspensión de la aplicación de la regla relevante (la regla que conecta una cierta consecuencia normativa con el caso genérico bajo el cual el caso individual recae), la reapertura de la deliberación, y la decisión del caso sobre la base de la ponderación de las razones de primer nivel. El decisor está, en estos casos, legitimado para mirar a través de la regla, a las razones subyacentes (desaparece la peculiar opacidad de las reglas respecto de las razones que la justifican; *supra*, 6), reabriendo, de este modo, la ponderación de la cual la regla es, por hipótesis (*supra*, 6), la cristalización.

¿Cuándo reconsiderar? Hasta ahora, no he dicho nada en respuesta a este interrogante. Lo que se acaba de decir, atendiendo a las consideraciones adoptadas en su momento (*supra*, 6), sin embargo, muestra que el particularismo tiene razón, es razonable que un sistema de reglas —en particular, un sistema jurídico basado en el ideal del RoL— incluya mecanismos que hagan posible, cuando resulte oportuna, la reconsideración. O, en otros términos, es necesario que haya «*defeaters*» previstos para las reglas: condiciones bajo las cuales la reconsideración está justificada, o es exigida.

<sup>47</sup> A condición, recuérdese, de que las reglas estén suficientemente determinadas.

El derecho, como lo conocemos, prevé mecanismos de este tipo: las causas de justificación en derecho penal, los vicios del consentimiento, cláusulas generales y nociones indefinidas formuladas recurriendo a conceptos valorativos «densos» (*thick*) (por ejemplo, «daño injusto»)<sup>48</sup>. Las constituciones de los Estados modernos constitucionales de derecho contienen principios que indican las razones de primer nivel que, se asume, justifican las reglas, y que pueden operar como *defeaters* de estas últimas<sup>49</sup>.

Nótese: si el particularismo tiene razón, para que podamos desarrollar el propio rol estos mecanismos no pueden ser reglas. Sino que más bien tales mecanismos indican las condiciones bajo las cuales las reglas se convierten en transparentes respecto a las razones —por hipótesis particularistas— de primer nivel. Las condiciones bajo las cuales está justificado atender las razones presentes en el caso, y tomar la propia decisión sobre la base de la ponderación de estas últimas.

La especificación de estas condiciones puede ser más o menos vacua. El extremo de la vacuidad se da debido al *defeater* «a menos que no haya buenas razones en contra» («En casos del tipo C se debe hacer A, salvo que haya buenas razones en contra»). Pero, por más que se pueda rehuir de este tipo de fórmulas, un *defeater* no podrá estar exento en cualquier caso de un cierto margen de indeterminación. Si el particularismo tiene razón no se podrá excluir la eventualidad de excepciones a la regla no especificadas y no susceptibles de ser especificadas —si no es en términos precisamente más o menos vacuos, indeterminados— precedentemente<sup>50</sup>. En definitiva, dada una regla, no se puede establecer en general —si no es mediante cláusulas más o menos vacuas— cuándo es justo reconsiderar. *Aquí* es donde se halla el particularismo.

Con la locución «positivismo jurídico normativo» (o «ético») entiendo, según el uso corriente, una posición teórica fundada sobre la tesis —una tesis ético-política— según la cual:

<sup>48</sup> Para la caracterización de las causas de justificación como *defeaters* de las normas penales ordinarias cfr. MORESO, 2001. El acercamiento, bajo este aspecto, entre causas de justificación y vicios del consentimiento se debe a HART (1968: 28-53; cfr. también MORESO, 2009: cap. 1). Sobre los «conceptos éticos densos» cfr. WILLIAMS, 1985; sobre su uso en normas jurídicas, cfr. CELANO, 2013d: cap. 2. Cláusulas generales como «daño injusto», o similares, pueden operar como *defeaters* de reglas precedentemente construidas (por ejemplo, por la jurisprudencia) para el propósito de su aplicación.

<sup>49</sup> Esta proposición resume una historia muy complicada y controvertida. No es este el lugar para intentar devanar esta madeja. El punto que se pone de manifiesto aquí es sólo éste: si los principios constitucionales (o algunos de ellos) pueden, o deben, ser entendidos de este modo, entonces cumplen, en el cuadro de las relaciones entre particularismo ético y RoL, también el rol indicado en el texto. «También» porque en este panorama conceptual los principios cumplen el rol, sobre todo, de razones de primer nivel, subyacentes a las reglas (concebidas, por tanto, como fruto de la cristalización de su ponderación en casos típicos).

<sup>50</sup> Se ve claramente en el caso de los principios constitucionales. Los principios constitucionales pueden operar, se decía, como *defeaters*. ¿De qué? Antes que nada, de las reglas que son el resultado (por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional) de la ponderación de estos principios mismos. Los principios pueden conducir a la revisión de reglas de este tipo. Pero las revisiones serán necesariamente inestables, sujetas a la posibilidad de revisiones ulteriores (CELANO, 2002a).

1) Es deseable la combinación de su contenido y su consideración de manera independiente de los demás.

La combinación de los dos modos de consideración.

2) Es deseable un modo decisivo, pero no retroactivo, de la existencia y cuyo de consideración independiente de los demás.

Así pues, lo que se quiere es la combinación de 2). Más precisamente, si hacemos nuestra versión del positivismo cluyente. Con esta versión (parcial) sobre el contenido, entiendo una posición según la cual es deseable también *defeaters* de la inclusión de mecanismos justificada la recepción de las razones de deseable que el contenido, cláusulas generales y principios constitucionales versión del positivismo cluyente — que, bajo esta combinación, que su aplicación de razones morales.

¿Bajo qué combinación de consideración. Y establecer en general.

<sup>51</sup> Para aclaración.

<sup>52</sup> La analogía de la normativa sustantiva y el positivismo jurídico incluyen son tesis descriptivas.

<sup>53</sup> La tesis según la cual puede ser argumentado el reconocimiento de la tesis, esta conclusión.

smos de este tipo: las cláusulas de consentimiento, cláusulas de no consentimiento, cláusulas de no consentimiento, cláusulas de no consentimiento...<sup>48</sup>. Las constituciones de este tipo contienen principios que justifican las reglas, y que

podamos desarrollar el Sino que más bien tales las reglas se convierten en particularistas— de principio atender las razones sobre la base de la ponderación

más o menos vacua. El menos que no haya buenas razones A, salvo que haya buenas razones de este tipo de fórmulas en caso de un cierto margen no se podrá excluir las reglas y no susceptibles de más o menos vacuos, incluso una regla, no se puede más o menos vacuas— el particularismo.

» (o «ético») entiendo, sobre la tesis —una tesis

*defeaters* de las normas penales entre causas de justificación y viabilidad. MORESO, 2009: cap. 1). Sobre los principios jurídicos, cfr. CELANO, 2013d: operan como *defeaters* de reglas el propósito de su aplicación. No es este el lugar para decir es sólo éste: si los principios operan de este modo, entonces cumplen, también el rol indicado en el texto. En el rol, sobre todo, de razones de fondo de la cristalización de su

Los principios constitucionales las reglas que son el resultado de estos principios mismos. Los principios serán necesariamente (2a).

1) Es deseable que el derecho esté constituido de modo tal que su existencia y su contenido puedan ser verificados sobre la base únicamente de consideraciones de hecho, fácilmente accesibles y no controvertidas, independientemente de consideraciones morales o valorativas controvertidas<sup>51</sup>.

La combinación del positivismo ético y el ideal del RoL genera la tesis:

2) Es deseable que el derecho esté constituido (prevalentemente, de modo decisivo, etc.; *supra*, 9) por reglas, y precisamente por reglas públicas, no retroactivas, etc. (recuérdese la lista de *desiderata* del RoL, *supra*, 2), cuya existencia y cuyo contenido puedan ser verificados sobre la base únicamente de consideraciones de hecho, fácilmente accesibles y no controvertidas, independientemente de consideraciones morales o valorativas controvertidas.

Así pues, lo que se ha dicho en este apartado aconseja una particular versión de 2). Más precisamente, si el particularismo tiene razón, si aceptamos 1), y si hacemos nuestro el ideal del RoL, tendremos que aceptar una particular versión del positivismo normativo, que llamaré «positivismo normativo incluyente». Con esta locución, modelada (si bien se trata de una analogía muy parcial) sobre el «positivismo jurídico incluyente» (frente a «excluyente»)<sup>52</sup>, entiendo una posición teórica que, junto a la tesis 2), incluye también la tesis según la cual es correcto que el derecho incluya, además de las reglas, también *defeaters* de estas reglas. Un sistema conformado sólo por reglas, que no incluyera mecanismos que especifiquen las condiciones bajo las cuales está justificada la reconsideración de estas reglas, y el recurso de la ponderación de las razones de primer nivel, no sería, he sostenido, razonable. Por esto, es deseable que el derecho incluya elementos como las cláusulas de justificación, cláusulas generales o (con arreglo a la caracterización que he propuesto) principios constitucionales, que operen como *defeaters* de las reglas<sup>53</sup>. Esta versión del positivismo normativo es «incluyente» porque permite —y exige— que, bajo ciertas condiciones, las reglas jurídicas estén sujetas a revisión, que su aplicación esté en suspenso y que el decisor atienda directamente a las razones morales (por hipótesis particularistas) de primer nivel.

¿Bajo qué condiciones, precisamente? Este es el primer problema de la reconsideración. Y, como he dicho, si el particularismo tiene razón no se puede establecer en general —si no es mediante cláusulas más o menos vacuas—

<sup>51</sup> Para aclaraciones, matices y referencias bibliográficas, cfr. CELANO, 2013a.

<sup>52</sup> La analogía es parcial porque el positivismo ético incluyente, como se ha dicho, es una posición normativa sustantiva —la (2) es de forma declarada, una tesis ético-política—, mientras que el positivismo jurídico incluyente y excluyente, como son habitualmente entendidos (aunque cfr. *supra*, n. 17), son tesis descriptivas o conceptuales, libres de implicaciones ético-políticas.

<sup>53</sup> La tesis según la cual es correcto que las reglas jurídicas vayan acompañadas de los *defeaters* puede ser argumentada sobre la base del valor de la autonomía (MORESO, 2009: cap. 1; 2012) o del reconocimiento de la racionalidad de los destinatarios de las normas jurídicas (WALDRON, 2011). En el texto, esta conclusión es presentada como una implicación del particularismo ético.



cuándo una regla debe ser reconsiderada. De lo que se sigue que, si el particularismo tiene razón, no hay, y no tiene sentido ir a la búsqueda de, una solución, en términos generales, del problema de la reconsideración. Cuándo una regla debe ser reconsiderada depende, banalmente, de las circunstancias del caso individual. Esta conclusión es frustrante, lo reconozco. Pero no veo ninguna escapatoria a ella.

En otros términos. Escasez de recursos decisorios, racionalidad limitada, no trascendibilidad del poder decisorio y exigencia de certeza de las decisiones que nos conciernen pueden justificar recurrir a la decisión basada en reglas. Pero la justificación tiene un alcance limitado. Así, por ejemplo, la eficiencia decisoria es desde luego un valor, pero sólo un valor entre otros, y debe ser ponderado con estos. A veces puede ser más importante que la decisión sea poco costosa (en términos de recursos decisorios, sean los que sean), pero es todavía más importante que sea (a la luz de razones de primer nivel) la decisión *justa*. Y puede suceder que la aplicación de la regla lleve a una decisión precipitada. Lo mismo puede decirse de la certeza y previsibilidad de la decisión. A veces puede ser importante que la decisión sea previsible, pero es todavía más importante que la decisión sea justa. Y puede suceder que la aplicación de la regla no lleve a la decisión justa, por más que sea previsible.

Es esta, por tanto, la interpretación de la conclusión del argumento (A), la tesis de que «El derecho debe ser particularista» (*supra*, 4), que propongo: no el juez sabio que decide caso por caso, sino (por las razones que hemos revisado: escasez de recursos decisorios, capacidades cognitivas limitadas, *bias* y parcialidad, exigencia de subdivisión y control del poder decisorio, exigencia de previsibilidad de las decisiones de las cuales somos objeto) decisores que producen reglas, y decisores que aplican reglas —excepto en aquellos casos, anómalos (conformidad de las razones: *supra*, 8), en que la regla debe ser reconsiderada—.

Esta interpretación de la conclusión de (A) es compatible con el RoL —en la versión que he llamado positivismo normativo «incluyente»—. Naturalmente, también respecto a la decisión sobre cuándo reconsiderar se plantea el problema de la no trascendibilidad del poder decisorio. ¿Quién decide? ¿Quién decide si es el caso de reconsiderar la regla, quién decide si y cómo se aplica un cierto *defeater*? (no está dicho que establecer si es el caso que hay que reconsiderar sea una tarea del mismo decisor al que se le ha confiado la tarea de aplicar la regla y, probablemente, lo mejor es que no sea así). Y también respecto a *este* poder surge la exigencia de que sea subdividido, que su ejercicio sea controlable y que las decisiones sean previsibles. Esto es, evidentemente un círculo<sup>54</sup>. Pero, de nuevo, no veo escapatoria posible<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, n. 42.

<sup>55</sup> Es oportuno hacer un matiz. El ideal del RoL ha sido entendido, tradicionalmente, de modo tal que incluya la definición, mediante normas de competencia (es decir, normas que confieren poderes), de

## 12. CONCLU

La solución RoL depende, y en conformidad de la regla basada en reglas, las decisiones individuales respecto de la aplicación de las competencias en cualquier caso, particularistas. Las razones particulares de las decisiones perturban las reglas (esto es, la clase de decisores) ser muy razonables. Las razones particulares de la decisión están dicho que

Tercero, los decisores. La decisión también desde el punto de reparto y substituciones con tamente determinan el poder decisorio de las decisiones.

He mostrado que el problema, obviamente,

una disposición de la del ideal tradicional, ne, antes que nada, la decisión basada en los instrumentos para la entre particularismo de gobierno no pres

<sup>56</sup> Mi enfoque un lado, y, por otro, dados mediante la aq entre los *desiderata* requisitos ulteriores que deben ser satisfechos en cualquier caso, favor haya específicas razones RoL. Lo que he mostrado sujeción del compor



## 12. CONCLUSIÓN

La solución del problema de la compatibilidad entre particularismo ético y RoL depende, por tanto, de tres consideraciones. En primer lugar, la tesis de la conformidad de las razones (*supra*, 8). Segundo: la alternativa entre decisión basada en reglas y decisión particularista se plantea no sólo respecto de decisiones individuales, sino también respecto de clases de decisiones (es decir, respecto de la arquitectura de ambientes decisorios, o de la determinación de las competencias de clases de decisores). Esta decisión debe ser asumida, en cualquier caso, si el particularismo tiene razón, sobre la base de las razones particularistas. Puede ocurrir, precisamente, que sea asumida sobre la base de razones particularistas la decisión de que las decisiones de un cierto tipo —las decisiones pertenecientes a una cierta clase— sean tomadas sobre la base de reglas (esto es, que en un cierto ambiente decisorio, o por parte de una cierta clase de decisores, las decisiones sean tomadas sobre la base de reglas). Puede ser muy razonable instalar en ciertos cruces, seleccionados sobre la base de razones particularistas, semáforos —inflexibles aplicadores de una regla (no está dicho que deban decidir si hay que reconsiderar los mismos decisores)—.

Tercero, los seres humanos no son sólo sujetos, sino también objetos, de decisiones. La no trascendibilidad del poder decisorio hace inteligible, también desde el punto de vista particularista, la exigencia de que este poder esté repartido y subdividido, que sea controlable, y que el funcionamiento de instituciones con tareas decisorias sea previsible. Las reglas, si están suficientemente determinadas, son instrumentos para la disposición y la distribución del poder decisorio, que hacen posible el control de su ejercicio y la previsión de las decisiones.

He mostrado que particularismo ético y RoL son *compatibles*<sup>56</sup>: no se trata de que el particularismo ético *exija* el *decision-making* basado en reglas, ni, obviamente, que desde el punto de vista particularista sea siempre y en

una disposición de los poderes públicos (un *frame of government*). No he discutido este ulterior aspecto del ideal tradicional, porque el problema de la compatibilidad entre particularismo ético y RoL concierne, antes que nada, a la posibilidad de justificar, desde el punto de vista particularista, el recurrir a la decisión basada en reglas. Una vez superado este obstáculo —en particular, si las reglas, como tales, son instrumentos para la disposición y la distribución del poder decisorio (*supra*, 9)— la compatibilidad entre particularismo ético y diseño, mediante normas de competencia, de una disposición de los poderes de gobierno no presenta, creo, ningún problema específico.

<sup>56</sup> Mi enfoque ha tenido como objeto, principalmente, la relación entre particularismo ético, por un lado, y, por otro lado, la exigencia de directivas generales, y que los casos individuales sean decididos mediante la aplicación de semejantes directivas. Estas, como sabemos (*supra*, 2), son sólo dos entre los *desiderata* del RoL. Pero, como también hemos visto, se trata de los requisitos centrales. Los requisitos ulteriores descienden, directa o mediatamente, de estos —el RoL incluye las condiciones que deben ser satisfechas para que el comportamiento humano esté sujeto a la guía de reglas, o que, en cualquier caso, favorezcan la posibilidad de llevar a cabo este objetivo (*supra*, 2)—. No me parece que haya específicas razones de incompatibilidad entre el particularismo ético y los aspectos ulteriores del RoL. Lo que he mostrado es que el particularismo ético es compatible con perseguir el objetivo de la sujeción del comportamiento humano a la guía de reglas.

cualquier caso razonable recurrir a reglas. Al contrario: si el razonamiento práctico es particularista, es razonable que un sistema de reglas prevea mecanismos —*defeaters*— que permitan suspender la aplicación de la regla, y que justifiquen la reconsideración (la versión del positivismo ético, y del ideal del RoL, que el particularismo aconseja es el positivismo normativo incluyente; *supra*, 11). Se trata de ver caso por caso —ya se trate de decisiones individuales o de clases de decisiones— si recurrir al *decision-making* basado en reglas es oportuno. Éste es el residuo ineliminable del particularismo ético en un sistema jurídico basado en el RoL.

Los argumentos que he adoptado a favor de la tesis de la compatibilidad no resuelven los dos problemas cruciales: ¿cuándo puede decirse que una regla está justificada? ¿Cuándo está justificada su reconsideración? (he sostenido —*supra*, 11— que, si el particularismo tiene razón, no es posible dar una respuesta en términos generales, no vacua, a este segundo interrogante). Pero me parece que muestran que, en igualdad de condiciones, en un ambiente decisorio real (decisores humanos, recursos decisorios escasos, no trascendibilidad del poder decisorio), el recurso a la decisión basada sobre reglas puede, respecto de la decisión particularista, presentar ventajas: conformidad indirecta con las razones de primer nivel, subdivisión y control del poder decisorio, previsibilidad de la decisión. Por esto, también en un espacio moral particularista, puede ser razonable recurrir a la técnica del *Rule of Law*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, M. D., 2008: *Bounded Rationality and Legal Scholarship*, Institute for Law and Economics research paper no. 08-03, University of Pennsylvania Law School.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, New York/Wien: Springer.
- ALEXANDER, L., y SHERWIN, E., 2001: *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham: Duke University Press.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- BENNETT, M., 2007: «“The Rule of Law” Means Literally What it Says: The Rule of the Law: Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law», *Australian Journal of Legal Philosophy*, 32.
- BOBBIO, N., 1983: «Governo degli uomini o governo delle leggi?», en BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Torino: Einaudi.
- BRATMAN, M. E., 1987: *Intentions, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- 2007: *Structures of Agency. Essays*, Oxford: Oxford University Press.
- CELANO, B., 2002a: «“Defeasibility” e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili», *Ragion Pratica*, 18.

- 2002b: «G: stizia e pro Milano: Gi
- 2005: «Pos
- 2006a: «Pl modello tri
- 2006b: «L them», en di giurispr
- 2012: «Tru y RATTI, C Oxford: O
- 2013a: «N BELTRÁN, Law, Dord
- 2013b: «L SCIARAFFA Oxford Ur
- 2013c: «Pl Studies in
- 2013d: *I d DANCY, J.*, 19
- 2004: *Ethi ELSTER, J.*, 19
- Cambridg
- 2000: *Uly. Cambridg*
- FINNIS, J. M.,
- 1996: *The Oxford: C*
- FULLER, L. L.
- sity Press.
- HART, H. L. A
- 1968: *Pur Clarendor*
- HORWICH, P.,
- JOLLS, C., y S
- ies, 35.
- KAHNEMAN, I
- KELSEN, H.,
- University
- KRAMER, M.
- iversity Pr
- MARMOR, A.,
- MCKEEVER, J
- Ideal*, OX
- MORESO, J. J.

- 2002b: «Giustizia procedurale pura e teoria del diritto», en BASCIU, M. (ed.), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano: Giuffrè.
- 2005: «Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?», *Ragion Pratica*, 25.
- 2006a: «Pluralismo ético, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico», *Ragion Pratica*, 26.
- 2006b: «Legal reasoning: three key issues, and what philosophy can(not) do about them», en COMANDUCCI, P., y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli.
- 2012: «True Exceptions: Defeasibility and Particularism», en FERRER BELTRÁN, J., y RATTI, G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press.
- 2013a: «Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law», en FERRER BELTRÁN, J.; MORESO, J. J., y PAPAYANNIS, D. M. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht: Springer.
- 2013b: «Law as Power: Two Rule of Law Requirements», en WALUCHOW, W., y SCIAFFA, S. (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 2013c: «Publicity and the Rule of Law», en GREEN, L., y LEITER, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, Oxford: Oxford University Press.
- 2013d: *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino.
- DANCY, J., 1993: *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell.
- 2004: *Ethics Without Principles*, Oxford: Clarendon Press.
- ELSTER, J., 1979: *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 2000: *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FINNIS, J. M., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- 1996: *The Truth in Legal Positivism*, en GEORGE, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- 1968: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- HORWICH, P., 1990: *Truth*, Oxford: Blackwell.
- JOLLS, C., y SUNSTEIN, C. R., 2006: «Debiasing through Law», *Journal of Legal Studies*, 35.
- KAHNEMAN, D., 2011: *Thinking, Fast and Slow*, London: Penguin.
- KELSEN, H., 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- KRAMER, M. H., 2007: *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MARMOR, A., 2004: «The Rule of Law and Its Limits», *Law and Philosophy*, 23.
- MCKEEVER, S., y RIDGE, M., 2006: *Principled Ethics: Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford: Clarendon Press.
- MORESO, J. J., 1998: «Diritti e giustizia procedurale imperfetta», *Ragion Pratica*, 10.

- 2001: «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa*, 24.
- 2009: *La constitución: modelo para amar*, Madrid: Marcial Pons.
- 2012: «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality», en FERRER BELTRÁN, J., y RATTI, G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press.
- NOZICK, R., 1993: *The Nature of Rationality*, Princeton (N. J.): Princeton University Press.
- RAZ, J., 1975: *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- 1977: «The Rule of Law and Its Virtue», en RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- 1990: «Postscript to the Second Edition: Rethinking Exclusionary Reasons», en RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- 2004: «Incorporation by Law», en RAZ, J., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press.
- RÓDENAS, Á., 1998: «Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial», *Doxa*, 21.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press, Oxford. Trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna: Il Mulino, 2000.
- SHAFFER-LANDAU, R., 1997: «Moral Rules», *Ethics*, 107.
- SHAPIRO, S. J., 2011: *Legality*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- SIMON, H. A., 1983: *Reason in Human Affairs*, Stanford (Calif.): Stanford University Press.
- SLOVIC, P.; FINUCANE, M.; PETERS, M., y MACGREGOR, D. G., 2002: «The Affect Heuristic», en GILOVICH, T.; GRIFFIN, D., y KAHNEMAN, D. (eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SOLUM, L. B., 1994: «Equity and the Rule of Law», en SHAPIRO, J. (ed.), *The Rule of Law*, Nomos XXXVI, New York: New York University Press.
- THALER, R. H., y SUNSTEIN, C. R., 2008: *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press.
- WALDRON, J., 2001: «Normative (Ethical) Positivism», en COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 2002: «Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?», *Law and Philosophy*, 21.
- 2004: «The Rule of Law as a Theatre of Debate», en BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and His Critics*, Oxford: Blackwell.
- 2007: «Legislation and the Rule of Law», *Legisprudence*, 1.
- 2010: «The Rule of Law and the Importance of Procedure», *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 234.
- 2011: «Vagueness and the Guidance of Action», en MARMOR, A., y SOAMES, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press.
- WILLIAMS, B., 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Fontana.

## VIRI

## 1. INTROI

Un mod  
tica compor  
a un princip  
cabo dicha  
comprendid  
práctica. Ap  
correlaciona  
El caso indiv  
se halla cone

\* Una ante  
Virtue, and Politi  
burgo en junio de  
evento por todas