

## CAPÍTULO CUARTO

### ARBITRARIEDAD Y RAZONABILIDAD

#### I. PARTICULAR, PERO RAZONABLE

El camino recorrido hasta ahora puede reconstruirse rápidamente —no sin el riesgo de simplificaciones excesivas—, destacando las tres etapas del análisis de la noción de “poder arbitrario” y su relación con lo que se ha señalado intuitivamente como la dimensión *particular* de la política. A través del razonamiento alrededor del tema de la “racionalidad del poder” y el problema de la particularidad de los juicios en los que se basan las decisiones políticas “arbitrarias”, se destacó el vínculo conceptual entre *arbitrariedad* y *libertad* de límites y restricciones: un poder *arbitrario* —en este sentido— decide *libremente*, basando sus elecciones en juicios exclusivamente personales de las situaciones y no considerando otras “razones” distintas a las que son inherentes a su idiosincrática visión *particular* de un problema determinado.

Esta reflexión sobre el problema del juicio “libre” —el libre albedrío, que si se aplica a la política se convierte en un principio de poder caprichoso y despótico— ha llevado a la exploración de un segundo significado de poder arbitrario en el sentido específico de *ilegal*. Esta segunda figura se construyó siguiendo la evolución de las teorías del “gobierno de derecho” primero y del “Estado de derecho” después, con el objetivo de investigar el problema de los límites *formales* a la política de lo particular. Para ello, hablamos del ideal de gobierno *per leges* —que privilegia la prescripción de leyes *generales* y *abstractas*, para contrarrestar la *particularidad* y *concreción* del gobierno por decreto.

Ante el problema de la posible arbitrariedad del *contenido* de normas formalmente *generales* y *abstractas*, es decir, arbitrariedad en el sentido específico de *discriminación*, pasamos a examinar la cuestión de la igualdad *en* el derecho, es decir, el problema de la *relevancia* de algunas diferencias fácticas entre categorías de sujetos para establecer determinados tratamientos jurídicos. En particular, se exploró la posibilidad de identificar algún criterio “generalizable” (es decir, no meramente *particular*) para juzgar la construcción de categorías jurídicas por parte del legislador.

A partir de los problemas encontrados en el análisis de las tres dimensiones de la arbitrariedad del poder, este capítulo estará dedicado a las llamadas teorías de la “razonabilidad”, actualmente en boga del debate sobre la teoría política normativa —basta citar a Rawls y Habermas, ambos en la teoría de la interpretación jurídica de corte hermenéutico o neoconstitucionalista, de Perelman a MacCormick, de Aarnio a Alexy, de Zagrebelsky a Atienza—. Aunque vago y controvertido, el término “razonabilidad” se utiliza hoy en el campo filosófico, llegando incluso a sostener que ésta “no puede prescindir de la verdad porque es la medida y la forma de la verdad”.<sup>318</sup> Al mismo tiempo, esta noción es a menudo utilizada por jueces y juristas como *piedra angular* para comprender el marco de los Estados constitucionales modernos, ya que constituye “la textura lógica (no deductiva) y la naturaleza política de la revisión de la legitimidad *tout court*”.<sup>319</sup>

El análisis de las teorías políticas inspiradas en la noción de razonabilidad, propuesto en el primer capítulo,<sup>320</sup> resaltó que la tendencia contemporánea por favorecer las decisiones llamadas “razonables” constituye un intento por partir de nuevo desde la particularidad, la situacionalidad y la concreción de los diferentes casos en los que se forman juicios políticos, en un intento de sal-

---

<sup>318</sup> Sala, Roberta, *op. cit.*, p. 4.

<sup>319</sup> Scaccia, Gino, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 23.

<sup>320</sup> Apartado V del primer capítulo.

var su alcance normativo.<sup>321</sup> Dicho intento está lejos de ser nuevo, Aristóteles afirma en el libro VI de la *Ética nicomaquea* que:

La sabiduría (*phronesis*) tampoco tiene por objeto sólo lo universal, sino que también debe conocer lo particular: de hecho, dirige la acción, y la acción tiene una relación con lo particular. Por eso ciertas personas sin conocimiento universal son más capaces de actuar que otras que poseen tal conocimiento; y, entre otros, gente de experiencia. De hecho, si alguien sabe que las carnes ligeras son fáciles de digerir y saludables, pero ignora cuáles son las carnes ligeras, no producirá salud, sino que la producirá el que sabe que la carne de ave es ligera y saludable. La sabiduría dirige la acción; en consecuencia, debe poseer ambos conocimientos, o preferentemente el relativo a las cuestiones particulares.<sup>322</sup>

Resulta claro que Aristóteles no se refiere sólo a la aplicación de normas o cánones —ni, por tanto, a la pura arbitrariedad del juicio del Cádiz, entendida al modo weberiano—,<sup>323</sup> sino más generalmente a la “prudencia como *producción de normas*”,<sup>324</sup> partiendo de casos particulares.

La recuperación de la noción de *phronesis* —prudencia o sabiduría— fue la base de la llamada “rehabilitación de la filosofía

---

<sup>321</sup> Sobre estos problemas, resultan particularmente interesantes los trabajos de Alessandro Ferrara: *Autenticità riflessiva. Il progetto della modernità dopo la svolta linguistica*, Milán, Feltrinelli, 1998; *Giustizia e giudizio, cit.*; *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Milán, Feltrinelli, 2009.

<sup>322</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea, cit.*, p. 1141b; nótese que por conocimiento de lo particular, Aristóteles entiende el conocimiento del valor de verdad de las proposiciones particulares (afirmativas o negativas) y no (necesariamente) de las singulares, como resulta claro del ejemplo.

<sup>323</sup> Laporta, Francisco J., *op. cit.*, pp. 113 y ss.

<sup>324</sup> Bodei, Remo, “Fra prudenza e calcolo. Sui canoni delle decisionii razionali”, en Bovero, Michelangelo (ed.), *Ricerche politiche 2*, Milán, Il Saggiatore, 1973, p. 79. William David Ross habla de sabiduría sobre los “detalles”, “la cual se encuentra en quienes han tenido una determinada experiencia de vida aunque no sepan formular principios generales”. Ross, William D., *Aristotele*, (1923), trad. al italiano, Bari, Laterza, 1946, p. 326.

práctica”, y de la reflexión de Hannah Arendt, primero sobre los temas de *Vita activa*, y luego sobre el juicio político. A partir de la *Crítica del juicio* kantiana y el fundamento trascendental del “sentido común” propuesto en ella,<sup>325</sup> Arendt desarrolla su teoría del juicio, muy discutida en el debate filosófico contemporáneo.<sup>326</sup> Según Arendt, “la mayoría de los conceptos en ciencia histórica y política son de este tipo limitado: tienen su origen en un precedente histórico particular al que damos carácter «ejemplar» — ver en lo particular lo que es válido en más de un caso”—.<sup>327</sup> La “validez ejemplar”, que Kant propone como modelo normativo de los juicios estéticos, es transpuesta por Arendt a la esfera política a partir de la observación de Kant de que incluso el juicio más subjetivo —de lo correcto o justo— presupone alguna pretensión normativa para ser comprendido por otros. La dimen-

---

<sup>325</sup> Kant, Immanuel, *Crítica della facoltà di giudizio*, cit., cap. 40, p. 130; cap. 32, p. 120.

<sup>326</sup> Véase, a título de ejemplo, Beiner, Ronald, *Political Judgment*, Londres, Methuen, 1983; Benhabib, Seyla, “Judgment and the Moral Foundation in Arendt’s Thought”, *Political Theory*, vol. 16, núm. 1, 1988; Forti, Simona, “Hannah Arendt e la facoltà di giudicare: considerazioni su un’eredità contesa”, *Teoria Politica*, vol. 8, núm. 3, 1992; Deutscher, Max, *Judgment After Arendt*, Burlington, Ashgate, 2007; Lara, María P., *Narrating Evil: A Postmetaphysical Theory of Reflective Judgment*, Nueva York, Columbia University Press, 2007; Bazzicalupo, L., *Il Kant di Hannah Arendt*, en Chiodi, Giulio M.; Gatti, Roberto y Marini, Giuliano (eds.), *La filosofia politica di Kant*, Milán, Franco Angeli, 2008; Abensour, Miguel, *Hannah Arendt contro la filosofia politica?*, (2006), trad. al italiano, Milán, Jaca Book, 2010.

<sup>327</sup> Arendt, Hannah, *Teoria del giudizio politico. Lezioni sulla filosofia politica di Kant*, (1982), trad. al italiano, Génova, Il Melangolo, 1990, p. 126. De nuevo: “la facultad de juzgar, [es] la más política de las capacidades mentales del hombre. Es la facultad de juzgar detalles sin subsumirlos bajo reglas generales que pueden enseñarse y aprenderse hasta que se conviertan en hábitos que puedan ser reemplazados por otros hábitos y reglas. La facultad de juzgar los detalles (como la descubrió Kant), la capacidad de decir «esto está mal» o «esto es bello», no coincide con la facultad de pensar. Pensar se refiere a lo invisible, a la representación de cosas que no están ahí, mientras que juzgar se refiere siempre a cosas y detalles que están estrictamente a nuestro alcance”. Arendt, Hannah, *Pensiero e riflessioni morali*, (1971), trad. al italiano como *La disobbedienza civile ed altri saggi*, Milán, Giuffrè, 1985, p. 151.

sión intersubjetiva de los juicios de gusto —es decir, en primera aproximación, subjetiva pero comunicable— sirve a Arendt para redefinir los juicios políticos a partir de enunciados kantianos del tipo: “Los preceptos generales aprendidos de sacerdotes o filósofos, o incluso extraídos de los propios recursos, nunca han sido tan eficaces como ejemplo de virtud o de santidad”.<sup>328</sup> Arendt propone, por tanto, partir de nuevo de lo *particular* para pensar en el alcance normativo de los supuestos generales o generalizables sobre la política.

El gran interés contemporáneo por la noción de “razonabilidad”<sup>329</sup> parece responder a la misma necesidad. Para intentar traducir el problema en los términos utilizados hasta ahora, la noción de razonabilidad parece funcional al intento de demostrar la no arbitrariedad de juicios particulares, o al menos para cuestionar la tesis de la conexión necesaria entre particularidad y arbitrariedad. La tendencia a justificar y legitimar las decisiones políticas —pero también, y más a menudo, judiciales—, partiendo del criterio de razonabilidad, fue irónicamente criticado por Flavio Baroncelli: “en mi opinión se ha hecho un gran uso del término «razonabilidad», sobre todo, por su indudable valor

---

<sup>328</sup> Kant, Immanuel, *Critica della facoltà di giudizio*, cit., cap. 32, p. 120; citado también en Arendt, Hannah, *Verità e politica*, (1968), trad. al italiano, Turín, Bollati Boringhieri, 1995, p. 57.

<sup>329</sup> Véase, entre otros, Hevia, Martín, *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, Dordrecht, Springer, 2013; Rufino, A. y Pizzo, C. (eds.), *Giusto, vero, ragionevole. La percezione della giustizia nell'era globale*, Nápoles, Scritaweb, 2011; Siltala, Raimo, *Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2009; Bongiovanni, Giorgio; Sartor, Giovanni y Valentini, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009; Modugno, Franco, *Ragione e ragionevolezza*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2009; MacMahon, Christopher, *Reasonable Disagreement. A Theory of Political Morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Young, Shaun, (ed.), *Reasonableness in Liberal Political Philosophy*, Londres, Routledge, 2008; Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de «razonable»”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 4, 2007; Päivänsalo, Ville, *op. cit.*; Besson, Samantha, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Portland, Hart, 2005.

consolador. Nadie sabe lo que significa, pero tranquiliza pensar que, si no se puede ser racional, al menos se es razonable”.<sup>330</sup>

El uso del criterio de razonabilidad está particularmente extendido hoy en día en el ámbito jurídico. El tema de la “razonabilidad de la ley” —y de su aplicación como criterio tanto en las interpretaciones de los juristas como en las sentencias de los jueces— remite a la ambición teórica de salvar alguna forma de *no-arbitrariedad* de las normas a partir de la evaluación *a posteriori* de los procedimientos incidentales en que se basa el control de constitucionalidad de las leyes. En cierto sentido se trataría de repensar el problema de las razones (¿particulares?) que subyacen a las decisiones políticas desde el punto de vista del juez que las evalúa.

Los tres significados de arbitrariedad examinados hasta ahora serán reconsiderados en este capítulo en orden inverso. Serán tratados desde el punto de vista del juez de la ley, entendido como quien decide sobre la *constitucionalidad* de las decisiones del poder —aunque los autores neoconstitucionalistas a menudo pretenden decidir sobre la *justicia*,<sup>331</sup> como se verá más adelante—. Partiremos luego del debate sobre la razonabilidad como criterio de aplicación del principio de *igualdad*, útil para superar las dificultades inherentes al problema de la arbitrariedad como *discriminación*. Pasaremos al análisis de los usos de la razonabilidad que más se aproximan al campo de los problemas que atañen a la institución jurídica tradicionalmente designada como *equidad*, para justificar la no aplicación de la ley en un caso concreto y específico —recurso que, por tanto, nos retrotrae al problema de la arbitrariedad como *ilegalidad*—. El capítulo concluirá con el intento de reconstruir los usos de la razonabilidad que se refieren a algunos aspectos controvertidos de las teorías neoconstitucionalistas y las implicaciones *cognitivist* relacionadas desde un punto

---

<sup>330</sup> Baroncelli, Flavio, “Etica e razionalità. Un finto divorzio?”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 27, núm. 1, 1997, p. 133, nota 5.

<sup>331</sup> Véase el apartado IV del presente capítulo.

de vista ético, a través de una comparación más específica con la noción de arbitrariedad como *irracionalidad*.

## II. IRRAZONABLE COMO INJUSTO

El significado más común de la expresión “razonabilidad de la ley”, tanto en la teoría como en las sentencias judiciales, se refiere a la violación del principio de igualdad. Una sentencia del Tribunal Constitucional alemán afirmó: “El principio de igualdad se viola si no puede encontrarse un motivo razonable (*Vernünftig*) que resulte de la naturaleza de las cosas, o sea objetivamente evidente, en resumen: si la disposición debe ser declarada arbitraria (*Willkürlich*)”.<sup>332</sup>

Una primera conexión conceptual (inversa) entre “razonabilidad” y “arbitrariedad” se basa en el supuesto de que el principio de igualdad contribuye —aquí incluso contribuye con evidencia objetiva—<sup>333</sup> a definir el límite entre diferenciación jurídica y discriminación arbitraria a través del análisis del problema de la *relevancia* de ciertas características distintivas de clases de sujetos a los efectos de un tratamiento diferente de los mismos en la ley.<sup>334</sup> La literatura jurídica utiliza frecuentemente la noción de *ratio legis* como elemento clave para resolver este problema. “Razonable” sería la clasificación jurídica (el caso particular) justificable a la luz de alguna “razón suficiente”<sup>335</sup> para una diferencia de trato,

<sup>332</sup> *BVerfGE* 1, 14 (52) II; trad. en Moscarini, Anna, *op. cit.*, p. 98, nota 39.

<sup>333</sup> La referencia a la “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*) es muestra de la recuperación de una tradición interpretativa que se contrapone al positivismo jurídico. Sobre el tema, véase, al menos, Radbruch, Gustav, “La natura delle cose come forma giuridica di pensiero”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 21, 1941; Bobbio, Norberto, “La natura delle cose”, (1958), en Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965.

<sup>334</sup> Véase el capítulo tercero de este texto.

<sup>335</sup> Según Leibniz: “ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna proposición verdadera, sin que exista una razón suficiente para que sea así y no de otra manera, aunque estas razones la mayor parte de las veces no nos sean conocidas”. Leibniz, Gottfried W., “Monadologia”, (1714), trad. al italiano, en

en ausencia de la cual se aplica la “regla de justicia” que prescribe tratar a los iguales por igual y desigualmente a los desiguales.

Como ya se ha señalado, la simple observancia de la regla de justicia —como mero precepto formal tanto en la aplicación como en la producción de normas— ciertamente no puede considerarse como un criterio decisivo para determinar la “razonabilidad” de cualquier calificación jurídica. La doctrina constitucional italiana en cuanto a la interpretación del principio de igualdad ha sido bastante cautelosa durante mucho tiempo. Las posiciones de Carlo Esposito<sup>336</sup> son muy influyentes, tanto entre los juristas como en la jurisprudencia de la Consulta, al menos en dos puntos fundamentales: el “dictado estricto” de las leyes personales y la prohibición de discriminación. Según Esposito, el principio de igualdad prohíbe estrictamente, en primer lugar, cualquier norma de carácter personal, es decir, que carezca de generalidad y abstracción;<sup>337</sup> en segundo lugar, cualquier ley que establezca un trato desigual, según alguno de los criterios establecidos en el artículo 3o. de la Constitución (sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones sociales y personales). Un corolario de esta posición es la imposibilidad, por parte de la Corte, bajo pena de violación del artículo 101,<sup>338</sup> de interpretar ampliamente esta disposición e imaginar todas y cada una de

---

Leibniz, Gottfried W., *Scritti filosofici*, Turín, Utet, 1967, vol. I, p. 288. A propósito, también véase Modugno, Franco, *op. cit.* pp. 26 y ss.

<sup>336</sup> Sobre el pensamiento de Esposito véase, Modugno, Franco, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Turín, Giappichelli, 2008.

<sup>337</sup> Esposito precisa naturalmente que “las leyes de delegación, autorización o aprobación previstas por la Constitución (artículos 76, 77, 79, 81) no son leyes «personales» ya que no regulan ni controlan al ciudadano individual, sino que tienen como objetivo los órganos, oficinas, autoridades, a los que se les confiere facultades por delegación, o que estén autorizados, o cuyos actos se aprueben”. Esposito, Carlo, *op. cit.*, p. 42.

<sup>338</sup> De acuerdo con Esposito, el artículo 101, párrafo 2, de la Constitución (“los jueces se encuentran sujetos sólo a la ley”) prohibiría explícitamente al juez de cualquier ampliación para la interpretación de las normas de rango constitucional.

las reglas de “discriminación positiva” capaces de restablecer la igualdad.<sup>339</sup>

La propia Corte, en la sentencia 3/1957, adopta una posición similar, al afirmar que

Este principio no debe entenderse en el sentido de que el legislador no puede dictar normas diferentes para regular situaciones que considere diferentes, adaptando así la disciplina jurídica a los diversos aspectos de la vida social. Pero el mismo principio debe garantizar la igualdad de trato para todos, cuando sean iguales las condiciones subjetivas y objetivas a que se refieren las normas jurídicas para su aplicación. La valoración de la *relevancia* de las distintas situaciones en que se encuentran los sujetos de las relaciones a regular no puede dejar de quedar reservada a la *discrecionalidad* del legislador, sin perjuicio del cumplimiento de los límites establecidos en el primer párrafo del citado art. 3.<sup>340</sup>

Por tanto, el juicio de relevancia siempre y en todo caso coincide con un juicio de valor que, como tal, cae dentro del ámbito de la discrecionalidad del legislador,<sup>341</sup> como se desprende del

---

<sup>339</sup> Esposito llegó incluso a dudar de la constitucionalidad de las leyes de compensación para la población de origen judío perseguida durante el régimen fascista, porque se relacionaban con un único grupo identificado sobre una base étnica. Véase Esposito, Carlo, *op. cit.*, p. 32.

<sup>340</sup> Las cursivas son mías. Comentando la sentencia 53/1958, Esposito sostiene que “la valoración de las diferentes situaciones está reservada al poder discrecional del legislador y, por tanto, se sustrae al juicio de legitimidad constitucional. Pero también es cierto que *no* se contradice a estas afirmaciones ni se realizan valoraciones de naturaleza política, o se revisa el uso del poder discrecional del legislador si se sostiene que el principio de igualdad es vulnerado cuando el legislador somete a una regulación indiscriminada situaciones que él mismo considera y declara diferentes”. Esposito, Carlo, “L’art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi”, *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 3, núm. 3-4, 1958, p. 610.

<sup>341</sup> Es evidente que las excepciones son los casos en los que el legislador asume los criterios de “sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones sociales y personales”, como criterios explícitos de valor, son, por tanto, superiores e, indefectibles.

texto de la sentencia y también de las palabras de Espósito (que se refiere a los jueces a quienes “arbitran para revisar el mérito como leyes”). El problema de Esposito no es señalar la posible arbitrariedad en los juicios individuales relevantes, más bien es reiterar que esta evaluación no corresponde al juez, cuya legitimidad no depende de la investidura democrática, sino que su jurisdicción está sujeta únicamente a la ley.<sup>342</sup>

Esta advertencia, sin embargo, no parece ser hoy compartida por la literatura, que está más bien orientada a considerar la razonabilidad como una especie de principio ordenador del derecho, aunque no sin excesos de entusiasmo que entorpecen la comprensión de la noción.<sup>343</sup> La aparición en el debate jurídico del tema de la “razonabilidad de la ley”<sup>344</sup> —aunque no

---

<sup>342</sup> La crítica contra el riesgo del “despotismo de los jueces” se extiende también a otros sistemas jurídicos. Respecto a la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, Esposito se pregunta si “El hecho mismo de que los jueces siempre hayan tratado de disfrazar de control de legalidad lo que era un control de mérito, ¿no demuestra que los jueces se transforman en legisladores (y en legisladores incontrolables) cuando deciden revisar el mérito de las leyes?”. Esposito, Carlo, “Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione italiana”, *cit.*, p. 12, nota 24.

<sup>343</sup> A título de ejemplo: D’Andrea, Luigi, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell’ordinamento costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 22. O bien: “Es cierto que una ley razonable —debido a la discrecionalidad (y por tanto a la incertidumbre) que caracteriza su determinación— es «menos» objetiva, pero en cualquier caso —gozando de legitimación intersubjetiva— parece «más» justa”. Spadaro, A., “Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali”, *Politica del Diritto*, vol. 37, núm. 1, 2006, p. 170.

<sup>344</sup> Véase Paladin, Livio, *Ragionevolezza (principio di)*, en *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, I, Milán, Giuffrè, 1997; Luther, Jörg, “Ragionevolezza (delle leggi)”, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín, Utet, 1997; Jori, Mario, “Razionalità e ragionevolezza del diritto”, *Sociologia del diritto*, vol. 2, 1975; *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi a Roma nel Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, *cit.*; Morrone, Andrea, *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001; La Torre, Massimo y Spadaro, Antonio (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín,

faltan referencias ya en años anteriores—<sup>345</sup> coincidió con la evolución de la interpretación del principio de igualdad hacia un progresivo alejamiento de los supuestos sostenidos por Espósito.

La falta de razonabilidad en este contexto se refiere a la posibilidad que tiene el juez de evaluar las distinciones arbitrarias hechas por el legislador a partir de un caso concreto en el que dicha discriminación se haría evidente. Sin embargo, la inestabilidad de este criterio de “razonabilidad” es evidente, dadas las diferencias en los contextos en los que se utiliza y corre el riesgo de una ampliación (¿potencialmente infinita?) de los márgenes de discrecionalidad (¿o de arbitrariedad?) del juez constitucional: éstos terminan haciendo valer en la argumentación consideraciones sobre razones, motivos y fines que se presumen compartidos por los ciudadanos en un momento histórico determinado, suscitando algunas dudas sobre el respeto a las garantías de seguridad jurídica y a la separación entre derecho y moralidad del positivismo jurídico.

Tomemos, por ejemplo, el caso de la jurisprudencia italiana relativa al castigo del adulterio femenino únicamente. Ante una cuestión de constitucionalidad<sup>346</sup> en 1961, la Corte llegó a la conclusión de que

---

Giappichelli, 2002; Scaccia, Gino, *op. cit.*; D’Andrea, Luigi, *op. cit.*; “Ragionevolezza e interpretazione”; número monográfico de la revista *Ars Interpretandi*, 2002; Ruggeri, Antonio, “Il «diritto ragionevole» e la teoria della Costituzione”, en Ruggeri, Antonio, *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. VII. Studi dell’anno 2003*, Turín, Giappichelli, 2004; Pajno, S. y Verde, G. (eds.), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto. Atti del seminario di Palermo dell’11 febbraio 2002*, Turín, Giappichelli, 2004; Modugno, Franco, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2007; Maniaci, Giorgio, (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milán, Giuffrè, 2006; La Torre, Massimo, “Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 41, núm. 2, 2011.

<sup>345</sup> Luther, Jörg, *op. cit.*, p. 342.

<sup>346</sup> En México, este medio de control recibe el nombre de acción de inconstitucionalidad.

...la disposición impugnada, desde el punto de vista de su legitimidad constitucional, no tiene nada que pueda calificarla como una violación del principio de igualdad en su contenido y fines". Con esta norma no se creó ninguna posición de inferioridad para la esposa, sino que sólo se tuvo en cuenta una situación diferente, adaptándole un marco jurídico diferente. Que dicha disciplina satisfaga todas las necesidades y sea un medio adecuado y suficiente para los fines considerados es una cuestión de política legislativa, no de legitimidad constitucional.<sup>347</sup>

La cuestión fue planteada nuevamente al Tribunal en 1968, en un clima cultural profundamente modificado, y fue aceptada con el siguiente razonamiento: "el Tribunal considera, por tanto, que la discriminación consagrada en el primer párrafo del art. 559 del Código Penal no garantiza la unidad familiar, sino que es más bien un privilegio garantizado al marido; y, como todo privilegio, viola el principio de igualdad".<sup>348</sup>

Un caso igualmente interesante lo encontramos en la disciplina que regulaba las políticas raciales en algunas partes de Estados Unidos. En 1896, la Suprema Corte se encontró juzgando el caso de un ciudadano afroamericano de Luisiana que fue detenido por haber tomado un asiento en un compartimento ferroviario reservado a los blancos y haberse negado a moverse, en acto de desobediencia, tras la intervención del policía. Con el caso *Plessy vs. Ferguson*,<sup>349</sup> la Corte sancionó el llamado principio de *separate but equal* (separados pero iguales) que legitimaba la segregación racial en muchos estados del sur. Esta doctrina permaneció vigente hasta el caso *Brown v. Board of Education*<sup>350</sup> de 1954 sobre la demanda colectiva (*class action*) de un grupo de padres afroamericanos de la ciudad de Topeka, en Kansas, que reclamaban el derecho a elegir la escuela primaria más cercana a casa para

---

<sup>347</sup> Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 64/1961.

<sup>348</sup> Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 126/1968.

<sup>349</sup> 163 U.S. 537.

<sup>350</sup> 347 U.S. 483.

sus hijos. En este fallo histórico, la Corte, presidida por el juez Warren, declaró inconstitucionales todas las formas de segregación, allanando, efectivamente, el camino para las demandas del movimiento de derechos civiles.

Estos ejemplos muestran cómo casos similares —si no es que iguales— pueden encontrar soluciones muy diferentes cuando son evaluados en diferentes momentos y contextos, dependiendo de la interpretación que se le de a una misma disposición constitucional. La situación histórica de los dos casos muestra también cómo el uso del criterio de razonabilidad es útil hoy para describir un fenómeno que no es nada nuevo: la posibilidad de que los tribunales revisen decisiones del poder legislativo consideradas arbitrarias. Según Roberto Bin, por ejemplo, el control de razonabilidad aplicado a cuestiones de igualdad no sería muy diferente al razonamiento más clásico por analogía,<sup>351</sup> fundado, según Letizia Gianformaggio, en el “núcleo racional de la idea de justicia distributiva”, es decir, “la igualdad, que no sólo ayuda en la aplicación de las reglas, sino también en su producción”.<sup>352</sup>

La confianza excesiva en el recurso de los jueces al control de razonabilidad corre también el riesgo de subestimar que el poder judicial es también un poder y que la multiplicación de las “justificaciones” a las que recurre constituye una ampliación de los márgenes de arbitrariedad que, como tal, no está exento de la necesidad de imponerle restricciones y límites.<sup>353</sup> Ya desde principios de la década de 1960, en una nota a la sentencia sobre el *Tribunal Constitucional como juez de la “no arbitrariedad” de la ley*, Carlo Esposito advertía: “es definitivamente lamentable que

---

<sup>351</sup> Bin, Roberto, “Ragionevolezza e divisione dei poteri”, *Diritto e Questioni Pubbliche*, núm. 2, 2002, pp. 115 y ss.

<sup>352</sup> Gianformaggio, Letizia, *Analogia*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, Utet, 1987, vol. I, p. 325.

<sup>353</sup> Luigi Ferrajoli también volvió recientemente al tema de los límites del poder judicial, *cf.* Ferrajoli, Luigi, “Il potere giudiziario nel sistema delle garanzie”, en Bovero, Michelangelo y Pazé, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013, pp. 170 y ss.

la Corte, al afirmar abstractamente su poder para revisar la arbitrariedad o inconsecuencia del legislador... se ha abierto el camino para juzgar libre o a voluntad la constitucionalidad de muchas leyes".<sup>354</sup>

Una vez más, el problema de Esposito no es la posible arbitrariedad del poder político —sobre la cual el autor se cuida de no tomar posición—, sino el riesgo de que la discrecionalidad (¿o *arbitrio*?) del legislador sea reemplazada con facilidad por el *libre* juicio del juez.

### III. IRRAZONABLE COMO INEQUITATIVO

Un segundo significado posible de “razonabilidad de la ley” puede encontrarse en aquellos casos particulares que justifican la derogación o inaplicación de reglas generales. En el tercer capítulo de *I promessi sposi*, Manzoni relata el siguiente comunicado oficial:

Su Excelencia (el Marqués de la Hynojosa) manda que quien lleve cabello de tal longitud que cubra exclusivamente la frente hasta las pestañas, o que lleve la trenza, antes o después de las orejas, incurrirá en la pena de trescientas coronas; y en caso de incapacidad, tres años de prisión, por primera vez, y por segunda vez, además de las antes mencionadas, aún mayores, pecuniarias y corporales, al *arbitrio* de Su Excelencia.

Sin embargo, permite que, en caso de que alguien se encuentre calvo, o por otra causa *razonable* de señal o lesión, estas personas puedan, para mayor decoro y salud, llevar el cabello el tiempo necesario para cubrir tales carencias y nada más; teniendo cuidado de no exceder el deber y la pura necesidad, para (no) incurrir en el castigo impuesto a otros falsificadores.<sup>355</sup>

<sup>354</sup> Esposito, Carlo, “La Corte Costituzionale come giudice della «non arbitarietà» della legge”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, p. 82. Las cursivas son mías.

<sup>355</sup> Manzoni, Alejandro, *I promessi sposi*, cap. III, las cursivas son mías.

Este edicto, diríamos hoy, establece ámbitos de “discrecionalidad” del poder de hacer leyes, de por sí muy amplios, y esto en, al menos, tres sentidos diferentes. En primer lugar, la *auctoritas* establece qué materias están a disposición de su *potestas*, en este caso el *buen* corte de cabello.<sup>356</sup> En segundo lugar, el poder se pronuncia sobre la materia de que se trata, estableciendo la proporción entre el delito y la pena. En tercer lugar, define el ámbito de las circunstancias agravantes (a su *arbitrio*) y de las excepciones (*razonables*) a la regla general, dotándose, además, entre otras cosas, de la facultad de juzgar sobre la materia. El *arbitrio* del Marqués es la vara para establecer las circunstancias agravantes en caso de reincidencia, y la *razonabilidad* es el criterio con el que el juez (en este caso es el propio marqués) valorará la posible inaplicabilidad de la sanción en algún caso concreto, previsto sólo parcialmente. Razonable, en este caso, es la posible causa para no aplicar la regla general dentro de márgenes indeterminados (¿por ser indeterminables?) de “deber y pura necesidad”.

El problema de adaptar una regla general a un caso particular —como ya se ha discutido en parte—<sup>357</sup> constituye un segundo posible ámbito de aplicación del criterio de razonabilidad. Se trata del problema de la “equidad”, que tampoco es nada nuevo en la historia de la reflexión jurídica y política.<sup>358</sup> El término “equidad” corresponde al griego *epieikeia*, que hace referencia a

---

<sup>356</sup> Las normas relativas al “peinado adecuado” son un ejemplo interesante de cómo algunas normas sociales sobreviven mucho más allá de la abolición de las normas legales correspondientes. La canción en la que se preguntaba una famosa banda *beat* italiana se remonta a los años 1960: “¿Cómo puedes juzgar, cómo puedes condenar/quienes crees que somos, por el pelo que tenemos? (*Come potete giudicar, come potete condannar/chi vi crediate che noi siamo, per i capelli che portiamo?*)”.

<sup>357</sup> Véase el capítulo segundo de esta obra.

<sup>358</sup> Ya a mediados de la década de 1970, Stefano Rodotà argumentaba que “la insistencia en la equidad aparece sólo como una manera tardía y cansada de registrar los componentes creativos y políticos de la acción judicial”. Rodotà, Stefano, *Quale equità, in L'equità. Atti del Convegno di studio svoltosi a Lecce, 9-11 novembre 1973*, Milán, Giuffrè, 1975, p. 47.

la noción común de “verosimilitud”, “conveniencia” y, de alguna manera, tiene que ver con “aproximación”; también se utiliza en términos técnicos para designar una forma de “igualdad” (noción inherente al significado literal del lema italiano “equidad”, un calco del latín *aequitas*), y en términos éticos para indicar la virtud moral de “templanza” y “moderación”, frente al excesivo “rigor” y “rigidez”.<sup>359</sup> *Epieikon* es aquello que es “conveniente”, “apropiado”, “adecuado”, incluso “razonable”; por ejemplo, se dirá que un vestido es “adecuado” en el sentido de que no es ni demasiado holgado ni demasiado ajustado y, por tanto, de la talla adecuada. La palabra compuesta *epieikon* se construye con el sustantivo *eikón*, “imagen” (el “icono” italiano), “figura”, “forma”, “retrato” (por semejanza), y con el prefijo *epi*, por tanto, significa “adecuado a la forma”, “adecuado a la imagen”. Así, la forma verbal *éika*, correspondiente al latín *videor*, que significa, literalmente, “soy similar”, “me parezco”, y también indica lo que es “conveniente”.<sup>360</sup>

La disposición conceptual en términos jurídicos de la noción de *epieikeia* se encuentra, una vez más, en el libro V de la *Ética nicomaquea* de Aristóteles. Después de haber distinguido y clasificado los diferentes significados de la noción de justicia, Aristóteles aborda el tema de la *equidad* como una *adaptación* de la justicia (jurídica) a casos concretos:

La equidad es efectivamente justa, pero no se refiere a una justicia que cumpla con la ley, sino que es más bien un correctivo a la justicia legal. La razón es que toda ley es una disposición universal y que sobre ciertos temas no es posible hablar correctamente a nivel universal. Cuando es necesario establecer una disposición universal y no es posible hacerlo correctamente, la ley tiene en cuenta lo que ocurre en la mayoría de los casos, sin por ello ignorar el error. Y la ley no es menos justa, porque el error

<sup>359</sup> En Plutarco (*Vita di Cesare*), por ejemplo, *Epieikeia* corresponde a la diosa romana de la clemencia.

<sup>360</sup> Agradezco a Michelangelo Bovero por la nota filológica.

no está en la ley ni en el legislador: está en la naturaleza de la cosa misma, como la materia de las acciones es en el fondo de esa naturaleza.<sup>361</sup>

Dado que la ley se expresa en *universales*, no puede tomar en cuenta las variaciones de cada posible caso *particular* que caerá bajo la regla general. Por eso, según Aristóteles, cuando el caso “se desvía” de la “mayoría de casos”, de los cuales no puede más que ocuparse la ley, es necesario construir una esfera de justicia subordinada (precisamente, *equitativa*), que abra la posibilidad de apartarse de la ley. Este es el sentido de Aristóteles cuando sostiene que lo que “erra” (se desvía) no es la norma, que sigue siendo correcta a pesar de ser inaplicable, y, por tanto, no debería aplicarse, a algunas situaciones concretas.

Por tanto, continúa Aristóteles:

Cuando la ley habla a nivel universal y luego ocurre un caso que va más allá del nivel universal, entonces es justo que, donde el legislador falla y se ha equivocado al expresarse absolutamente, se corrija la omisión —lo que el legislador hubiera hecho si hubiera estado presente y lo habría prescrito si lo hubiera previsto—. Por eso lo que es equitativo es justo y mejor que un determinado justo; no el justo absoluto, sino el del error que produce la formulación absoluta de lo justo.<sup>362</sup>

Según Aristóteles, “injusta” (como “específicamente” injusta) sería la aplicación de una ley inadecuada a un caso concreto específico. Cuando se produce una anomalía de tratamiento tras la aplicación de una norma, el juez debe comportarse como si el legislador estuviera presente (o como si el legislador hubiera previsto el caso) y “corregir” la ley, “igualando” las disparidades

---

<sup>361</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, p. 1137b; sobre el mismo tema, también véase Aristóteles, *Retórica*, trad. al italiano, Turín, Utet, 2006, p. 1374a.

<sup>362</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, p. 1137b.

producidas por la insuficiencia del caso *particular* respecto de la norma *general*.<sup>363</sup>

La recepción latina del principio de equidad —la *aequitas* en la traducción ciceroniana—<sup>364</sup> se encuentra en la oposición entre el *ius scriptum* (puesto, positivo) y el *ius aequum*, aquella parte del derecho que, “enderezando” la ley, “nivela” o “elimina” las disparidades que surgen en un caso concreto. Esta oposición corresponde a la que existe entre el *ius civile* y el *ius praetorium*,<sup>365</sup> que atribuye al pretor la facultad de adaptar la norma rígida —establecida por la *civitas*— al caso y al contexto en el que se encuentra (especialmente en relación con el *praetor peregrinus*).<sup>366</sup> En el

<sup>363</sup> Cinzia Bearzot analizó diversas fórmulas de juramento de los jueces en la antigua Grecia, encontrando a menudo la presencia de la expresión *gnome dikaiotate* (opinión conforme a la justicia), a veces incluso en contraste explícito con los estrictos dictados de la ley, como indicación de la difusión de una concepción de la interpretación de la ley según los dictados de la conciencia y el sentido de justicia del juez. Bearzot, Cinzia, *La giustizia nella Grecia antica*, Roma, Carocci, 2008, pp. 55 y ss.

<sup>364</sup> Cicerón, *De officiis*, I, 10, 33 y II, 12, 42; y *De oratore*, 1.57. A propósito, véase Ciulei, Georges, *L'équité chez Ciceron*, Amsterdam, Hakkert, 1972.

<sup>365</sup> Volterra, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1961, p. 36.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 39. El problema de la adaptación al contexto es históricamente muy relevante, incluso más allá de la acción del pretor que actúa en las provincias. En un ensayo sobre la justicia en el Turín del siglo XVIII, Simona Cerutti habla de los usos de nociones como “naturaleza de las cosas” o “ley natural” en juicios sumarios. Éstas eran utilizadas por individuos en diversas capacidades denominados “extranjeros”, entre ellos, por ejemplo, los comerciantes. En tales procedimientos, “hay una tendencia a suspender los privilegios y prerrogativas que distinguen a quienes gozan de raíces locales, de las que, en cambio, está imbuido el derecho positivo. El procedimiento sumario está dirigido a los extranjeros (o, mejor dicho, a los no ciudadanos) porque puede garantizarles protección contra la discriminación causada por el derecho positivo... Ante el problema capital de afirmar un principio de equidad en presencia de una nebulosa de normas locales, esta cultura produjo, como respuesta, el procedimiento sumario: es decir, un procedimiento que legitimaba las prácticas sociales como argumentos judiciales, y como fuentes del derecho”. Cerutti, Simona, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime*, Milán, Feltrinelli, 2003, p. 77.

*Digesto* leemos que “el *ius praetorium* es la ley introducida por los pretores para ayudar, añadir, modificar [el *ius civile*] para la utilidad pública; lo que también se llama *honorarium* del honor de los pretores”.<sup>367</sup>

La institución jurídica de la equidad<sup>368</sup> —la *aequitas* romana, justamente, pero también la *equity*<sup>369</sup> de la tradición inglesa— es un principio que permite al juez apartarse de la ley si ésta produce efectos que parecen (¿inmediatamente? ¿intuitivamente?) inaceptables. Frente a una norma general —que precisamente por ser general no contempla determinadas características de los sujetos y de las situaciones—, la equidad es el fin último que le corresponde perseguir al juez, alejándose de la ley, una vez to-

<sup>367</sup> Papiniano, *Digesto*, D.1.1.7.1.

<sup>368</sup> Ver, por ejemplo, Maitland, Frederic William, *L'equità*, trad. al italiano, Milán, Giuffrè, 1979; Perelman, Chaïm, *La giustizia*, cit., pp. 57 y ss.; Lundstedt, Vilhelm, *Law and Justice*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1952; Allen, Carleton K., *op. cit.*, pp. 56 y ss.; Newman, Ralph A. (ed.), *Equity in the World's Legal System*, Edinburg, Edinburgh University Press, 1974; Pinna Parpaglia, Paolo, *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica*, Sassari, Gallizzi, 1969; Pinna Parpaglia, Paolo, *Aequitas in libera republica*, Milán, Giuffrè, 1973; D'Agostino, Francesco, *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milán, Giuffrè, 1973; D'Agostino, Francesco, *Dimensioni dell'equità*, Turín, Giappichelli, 1977; Chiodi, Giulio M., *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Nápoles, Guida, 1989; Chiodi, Giulio M., *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Turín, Giappichelli, 2000; D'Avack, Lorenzo, y Riccobono, Francesco, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Nápoles, Guida, 2004; Watt, Gary, *Equity Stirring. The Story of Justice beyond Law*, Portland, Hart, 2009; Carpi, Daniela, *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Heidelberg, Winter, 2007; Barberis, Mauro, “Equità”, *il Mulino*, núm.2, 1986; Barberis, Mauro, “Tutta un'altra storia. *Equity*, diritto e letteratura”, *Etica e Politica*, vol. 10, núm. 1, 2008. Una bibliografía muy detallada sobre el tema se encuentra en Bucci, Onorato, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2000.

<sup>369</sup> Nótese que el término “*equità*” se utiliza a menudo para traducir también la palabra inglesa *fairness*. Esa traducción se hizo popular tras la publicación de la edición italiana de *Una teoría de la justicia* (véase Maffettone, S., “Avvertenza del curatore”, en Rawls, John, *Una teoría della giustizia*, cit., p. 9). *Fairness* remite, sin embargo, a una gama de significados más cercanos a “justicia mutua entre las partes”, “imparcialidad”, “honestidad al juzgar”. Más parecido a “correcto” como lo opuesto a “incorrecto”, más que “injusto”.

madras en consideración “todas” las características específicas del caso concreto.<sup>370</sup>

Un ejemplo: en 1991 se presentó ante la Corte Constitucional el caso de un médico de una autoridad sanitaria local de Génova a quien se le había calculado su indemnización sobre la base del último año de actividad en el que había trabajado con jornada reducida, sin tener en cuenta el mayor salario recibido en el pasado. La Corte aceptó la excepción presentada por el magistrado de Génova quien, invocando el principio de equidad, demostró cómo en el caso concreto se había creado una situación de *disparidad*<sup>371</sup> (*inequidad*, que requiere de un “ajuste”, una “corrección”, un “enderezamiento”) y, por tanto, una violación de la (regla de) justicia. La norma en cuestión, de hecho, reconocía la misma asignación con base en el último año del trabajo a diferentes materias sin tener en cuenta el tiempo trabajado anteriormente.

En este caso, por tanto, el juez *a quo* primero y el juez constitucional luego reconocen una diferencia de trato que se produciría al aplicar la misma regla en casos diferentes; en esta circunstancia, de hecho, se produciría una situación de injusticia en la que dos casos iguales, o dos casos diferentes por igual, sean tratados de manera diferente. La equidad resulta así un canon de inaplicación de la ley general al caso particular, y no el simple juicio del Cadí que reconoce todas y cada una de las decisiones concretas a la discreción del juez.

Aristóteles discute el problema del *canon* que se debe aplicar al caso específico: “De hecho, de todo lo que es indeterminado, la regla también lo es, como lo es la regla principal (*kanon*) de las construcciones de Lesbos: la regla se adapta a la forma de la piedra y no permanece rígido”.<sup>372</sup> La contraposición entre el canon *dúctil* y plomizo de Lesbos y el canon *rígido* y férreo de Policleto se repite a menudo en la historia del pensamiento y resume el

<sup>370</sup> Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio... cit.*, p. 50.

<sup>371</sup> Corte Constitucional italiana, sentencia no. 421/1991.

<sup>372</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, p. 1137b.

contraste sobre la naturaleza de las reglas y su aplicación.<sup>373</sup> Por un lado, está la posición de quienes, como Hobbes, sostienen la superioridad del texto de la ley —que, como el canon de hierro, adapta las cosas a sí mismo— y de la autoridad soberana que lo establece:

...muchas acciones injustas y las sentencias permanecen sin control durante más tiempo que cualquier memoria humana; y nuestros juristas piensan que sólo las costumbres razonables son leyes, y que las malas costumbres deben ser abolidas. Pero el juicio sobre lo que es razonable (*reasonable*) y lo que debe ser abolido corresponde a quienes hacen la ley, es decir, a la asamblea soberana o al monarca.<sup>374</sup>

Por otro lado, hay quienes, como Jean Bodin, defienden la necesaria flexibilidad en la interpretación del texto normativo —el cual, como el canon de plomo, se dobla para seguir el contorno de las cosas, adaptándose a su forma (*eikon*)— según las circunstancias: “la ley sin equidad es como un cuerpo sin alma: puesto que se refiere a las cosas de carácter general, mientras que la equidad concierne a las circunstancias particulares, que son infinitas,

---

<sup>373</sup> Bodei, Remo, *Fra prudenza e calcolo...*, cit., pp. 79 y ss. Sobre el nexo entre el criterio de equidad y el tema más general de la prudencia —entre *epieikeia* y *phronesis*, entre *aequitas* y *prudentia*—, véase Giarrizzo, Giuseppe, “Aequitas e prudentia: storia di un topos vichiano”, *Bollettino del Centro Studi Vichiani*, núm. 7, 1997.

<sup>374</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatano*, cit., p. 181. De nueva cuenta, siguiendo el texto citado: “Cuando una costumbre antigua adquiere autoridad de ley, no es la antigüedad la que le da tal autoridad, sino la voluntad del soberano, expresada por su silencio (porque a veces el silencio es signo de consentimiento); y se convierte en ley sólo hasta que el soberano se pronuncie al respecto. Por tanto, si el soberano se basa, en una cuestión de derecho, no en la voluntad presente, sino en las leyes hechas anteriormente, la antigüedad de estas no perjudica su derecho y la cuestión debe ser juzgada de acuerdo con equidad (*equity*). Sobre el tema de la equidad en Hobbes, véase Abosch, Yishaiya, “An Exceptional Power: Equity in Thomas Hobbes’s Dialogue on the Common Law”, *Political Research Quarterly*, vol. 20, núm. 10, 2012.

a las que deben adaptarse las leyes, tanto en términos de justicia como en materia de política, para que no resulte inconveniente o absurdo”.<sup>375</sup> Sin embargo, superar el inconveniente —*adaptando* el derecho a circunstancias particulares y evitando así el *absurdo*— no implica una alternativa radical entre los dos cánones que coexisten en todo sistema jurídico. Bodin continúa: “pero el magistrado no debe torcer la ley hasta el punto de infringirla, aunque parezca muy dura, si es en sí misma lo suficientemente clara”.<sup>376</sup>

Como ya se ha visto para el criterio de “igualdad–razonabilidad”, el recurso al juicio de equidad —es decir, la evaluación de un caso utilizando el canon de Lesbos— abre “espacios más amplios para la intervención discrecional del juez”,<sup>377</sup> esto es indudable. Siguen siendo relevantes las polémicas palabras de John Selden sobre una institución jurídica que permite no cumplir con los meros dictados de la ley, según las cuales “hacer de la conciencia del Canciller el criterio de *equity* es como hacer que la medida de longitud sea el pie de cada Canciller”.<sup>378</sup>

Surge, por tanto, una vez más el problema del *arbitrio* de los jueces. La atención a la cuestión del principio de equidad, de hecho, sólo puede ir acompañada del análisis de los límites y restricciones a la discrecionalidad del poder judicial, que no parece (siendo realistas) encontrar un solo canon en los estrictos dictados de la ley.<sup>379</sup> Si bien no pretende resolver un dilema probablemente insoluble, la literatura sobre la razonabilidad del derecho es

<sup>375</sup> Bodin, Jean, *I sei libri dello Stato*, (1576), trad. al italiano, Turín, Utet, 1988, vol. VI, p. 577.

<sup>376</sup> *Idem*, p. 578. A propósito, véase Portinaro, Pier Paolo, *La giustizia introvabile*, cit., pp. 125 y ss.

<sup>377</sup> Rodotà, Stefano, *op. cit.*, p. 47.

<sup>378</sup> Véase Selden, John, “Equity”, en *Table-Talk: Being the Discourses of John Selden*, Londres, J. M. Dent, 1689, p. 54. Sobre la *equity* en la jurisprudencia inglesa y estadounidense, véase Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio... cit.*, pp. 52 y ss.

<sup>379</sup> Sobre el problema del principio de legalidad como vínculo para el juez, véase Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris... cit.*, vol. I, p. 876; Guastini, Riccardo, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1995.

más sensible a los riesgos de una rigidez excesiva en la aplicación del derecho general y abstracto a todos y cada uno de los casos, que a las garantías de seguridad e igualdad jurídicas frente al derecho que cierta literatura positivista jurídica resolvió, no sin ingenuidad en la figura del juez como *boca de la ley*.<sup>380</sup>

Al abordar el problema de la tensión entre legalidad y equidad —entre el gobierno de *hierro* de la ley y el gobierno de *plo-mo* (flexible) de los jueces—, Gustavo Zagrebelsky afirma que “la verdadera alternativa no es entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, sino entre el arbitrio y la discreción bien orientada, entre la creatividad sin sentido y la prudencia fecunda”.<sup>381</sup> Esta afirmación ciertamente puede leerse como una observación *fáctica* sobre la irreductibilidad de los dos tipos ideales —*los hombres y la ley*— que siempre coexisten en sistemas jurídicos y políticos concretos. Pero al mismo tiempo parece revelar consideraciones *de valor* que demuestran una mayor sensibilidad del autor hacia los argumentos críticos del “gobierno de derecho”, en comparación con los esgrimidos tradicionalmente contra el “gobierno de los hombres”.

#### IV. IRRAZONABLE COMO INMORAL

La “discrecionalidad bien orientada” y la “prudencia fecunda” pueden considerarse (casi) sinónimos de la “razonabilidad de la ley”, según los autores comúnmente denominados “neoconstitucionalistas”.<sup>382</sup> Esta expresión, acuñada en el contex-

---

<sup>380</sup> Una visión que Weber resume irónicamente al hablar de “la concepción del juez moderno como un autómatas a quien se entregan las actas y las costas con el fin de que formule un juicio según razones mecánicamente deducidas de los párrafos legales. Al respecto, véase Weber, Max, *op. cit.*, vol. II, p. 292.

<sup>381</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cargo de Preterossi, G. Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 154.

<sup>382</sup> Me refiero, en particular, a lo que Paolo Comanducci ha definido como “neoconstitucionalismo metodológico”, en contraposición a lo que Bobbio definía “positivismo metodológico”. La crítica del neoconstitucionalismo metodo-

to de la filosofía jurídica genovesa<sup>383</sup> y luego difundida en el debate italiano, español y latinoamericano,<sup>384</sup> indica una corriente de pensamiento jurídico que tiene en común la crítica al positivismo jurídico,<sup>385</sup> por la tesis de la necesaria conexión entre moral y derecho, por la idea de que la interpretación jurídica consiste, principalmente, en un proceso de ponderación de principios y por tesis metaéticas cognitivas. Evidentemente, no todos los autores que caen en esta categoría coinciden pacíficamente en los distintos problemas de la teoría y metateoría del derecho. Sin embargo, persiste una consonancia sustancial en los puntos enumerados anteriormente y en algunos corolarios, como aquel según el cual la ciencia jurídica es una ciencia eminentemente práctica-normativa y no teórico-descriptiva.<sup>386</sup>

---

lógico se enfoca en atacar la tesis que, según la cual, sería posible identificar y describir el derecho como es, distinguiéndolo del derecho como debería ser. *Cf.* Comanducci, Paolo, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica”, en Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.

<sup>383</sup> Pozzolo, Sussana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Barberis, Mauro “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, *Ragion pratica*, núm. 14, 2000.

<sup>384</sup> Véase, entre otros, Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovrà)...*, *cit.*; Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstituzionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Barberis, Mauro, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 29-37; Atienza, Manuel, “Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero”, *Analisi e Diritto*, 2010; Dogliani, Mario *et al.*, “Neo-costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?”, *Teoria Politica*, año 1, 2011; Pino, Giorgio, “Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici”, *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 56, núm. 1, 2011. Mauro Barberis observó algunos puntos de contacto entre los usos de la expresión “neoconstitucionalismo” y la *New Constitutionalism* anglosajona (Barberis, Mauro, “Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo dei valori”, *Teoria Politica*, año II, 2012).

<sup>385</sup> Aquí se privilegia el análisis de lo que Luigi Ferrajoli definió como “neoconstitucionalismo principista” en oposición al “neoconstitucionalismo garantista”, véase Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013, cap. 3.

<sup>386</sup> Ver Guastini, Riccardo, “A proposito di neo-costituzionalismo”, *Teoria Politica*, vol. I, 2011.

Al igual que el antiguo derecho natural y el moderno derecho racional, el neoconstitucionalismo parte de la creencia de que un sistema jurídico no puede basar su pretensión de legitimidad en la autoridad exclusiva del poder legislativo, volviendo a proponer el antiguo debate sobre la oposición entre *ratio* y *voluntas*.<sup>387</sup> Después de la Segunda Guerra Mundial, Gustav Radbruch —considerado por muchos un precursor del neoconstitucionalismo— afirmó que aquellas regulaciones que carecen del “sentido de la verdad”<sup>388</sup> pretendían frenar las “órdenes criminales de tiranos inhumanos”<sup>389</sup> no son leyes:

El rasgo más llamativo de la personalidad de Hitler, rasgo que a partir de él se convirtió también en un rasgo esencial de todo el derecho nacionalsocialista, fue su total falta de sentido de la verdad y de la ley: puesto que era capaz de poner el acento de la verdad sin vergüenza o escrúpulos ante lo eficaz oratoriamente; como estaba desprovisto de todo sentido del derecho, pudo elevar a ley el arbitrio más inédito (*Willkür*).<sup>390</sup>

Una vez más, la no arbitrariedad de la ley —la “razonabilidad” de la literatura neoconstitucionalista— puede argumentarse recurriendo a algún canon de verdad, que es todo menos dúctil. En un significado cercano al de la máxima del derecho natural *iniusta lex non est lex sed corruptio legis*, la noción de “razonable” tiende a coincidir con la de “consistente con la razón práctica” y, por tanto, en cierto sentido, “buena” o (moralmente) “correcta” (*giusta*).

Para comprender las implicaciones de esta posición es útil analizar el ensayo de Robert Alexy, titulado *The Reasonableness of*

---

<sup>387</sup> Véase el capítulo primero.

<sup>388</sup> Radbruch, Gustav, “Ingiustizia legale e diritto sovraleale”, (1946), trad. al italiano, en Conte, Amedeo Giovanni, *et al.* (eds.), *Filosofia del diritto*, Milán, Raffaello Cortina, 2002, p. 157.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 158.

*Law*.<sup>391</sup> A través de la lectura de von Wright y Rawls, Alexy llega a una definición de razonabilidad en oposición a racionalidad: la primera se refiere al bien y lo correcto en un sentido moral, la segunda a la corrección lógica y la eficiencia de los medios respecto a los fines. Sin embargo, en el razonamiento de Alexy se superponen, al menos, cuatro significados diferentes de la oposición racional-razonable. Estos significados son bastante intuitivos, ya que todos ellos se remontan a una forma de atenuación (más o menos explícita) de lo razonable respecto de lo racional, evidente por el uso del sufijo *able*, que, como el latín *abile*, tiene la función de atenuar la raíz que va acompañada de la idea de posibilidad, eventualidad, relatividad.

En un primer ámbito de significados se contrasta la racionalidad del objeto con la razonabilidad del sujeto. Este significado, apenas mencionado y luego inmediatamente abandonado por Alexy, es quizá el más extendido en el lenguaje común. En el *Diccionario de la lengua italiana* de Devoto y Oli, se habla de razonable como “dotado de facultades racionales... apropiado, conveniente, inspirado en un criterio justo de evaluación... dicese de una persona que demuestra equilibrio, sensatez, moderación en sus peticiones o en sus juicios”.<sup>392</sup> De otra manera, se dice de lo racional: “dotado de razón, como facultad peculiar del hombre... relacionado con la razón, en cuanto corresponde a una necesidad de lógica, sistematicidad o rigor, congruencia y funcionalidad científica”.<sup>393</sup> En estos términos, donde se usa *ratio* en el sentido de cálculo lógico, *rationabilis* (razonable) es quien tiene la facultad de utilizar la *ratio*. Racional sería el cálculo y su resultado (si es correcto), mientras que el sujeto calculador sería razonable.

En un segundo significado, la oposición racional-razonable toma la forma del contraste *necesidad-posibilidad*, desviando la

---

<sup>391</sup> Alexy, Robert, “The Reasonableness of Law”, en Bongiovanni, Giorgio; Sartor, Giovanni y Valentini, Chiara (eds.), *op. cit.*

<sup>392</sup> Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, Turin, Utet, 1997, p. 2541.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 2562.

atención del problema de “quién es razonable (o se comporta razonablemente)” al de “qué es razonable”. La expresión “certeza razonable” (o por el contrario “duda razonable”) se refiere a la presencia de argumentos suficientemente concluyentes. Este es el sentido en el que Alexy afirma que el concepto de “razonabilidad” tiene “una función similar a la de verdad”,<sup>394</sup> pero en un contexto diferente. No cuestionamos la veracidad de la afirmación “afuera está lloviendo”, sino su razonabilidad —que aquí parece corresponder a la presencia de razones suficientes para esa afirmación—. En este sentido, pasa lo mismo con la frase “fumar en un lugar público es (moralmente) incorrecto”. Según Alexy, por tanto, lo que justifica esta afirmación sería la certeza razonable de que fumar es perjudicial para la salud, derivando —de manera un tanto temeraria— un juicio de valor a partir de un juicio fáctico.<sup>395</sup> Conectándose con von Wrighth, Alexy recurre a una tercera oposición, esta vez más explícita: la racionalidad se predica de los *medios*, la razonabilidad de los *fines*.<sup>396</sup> La referencia aquí es a la *Zweckrationalität* weberiana, relacionada con la adecuación de los medios a los fines, en contraposición a la “razón práctica” de quienes cuestionan la corrección moral, es decir, esencialmente, la bondad, de los fines mismos. Éste es el significado de la referencia de Alexy a von Wright y su afirmación de que la razonabilidad tiene que ver con “la forma correcta de vivir” (*the right way of living*) y con “lo que es bueno o malo para los seres humanos” (*what is good or bad for man*).<sup>397</sup> Obsérvese cómo aquí *right* se refiere explícitamente a una noción (presunta, pero asumida por él) de “corrección moral” en sí misma: el comportamiento *reasonable* —lo que es bueno o malo para los seres huma-

<sup>394</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 7.

<sup>395</sup> Sobre el problema de la llamada “falacia naturalista”, véase, al menos, Carcaterra, G., *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milán, Giuffrè, 1969; Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turín, Giappichelli, 1994.

<sup>396</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 5.

<sup>397</sup> *Idem*.

nos— puede, según Alexy, obtenerse mediante criterios objetivos o, en cualquier caso, no subjetivos.<sup>398</sup>

En una cuarta y última vía para la distinción entre racional y razonable, Alexy deriva del *Liberalismo político* de Rawls. Partiendo de una interpretación cuestionable de Kant, racional sería un juicio *de hecho* propio de imperativos hipotéticos. Mientras que el de razonabilidad sería un juicio *de valor* como en el caso de los imperativos categóricos. La razonabilidad tendría, por tanto, que ver con juicios prácticos y sería el criterio propio del razonamiento moral. Este es el punto de llegada del argumento de Alexy, la razonabilidad es el criterio de validez de los juicios de valor, representado por el razonamiento práctico por excelencia: la ponderación (*bilanciamento*)<sup>399</sup> entre valores morales o principios jurídicos, entre los cuales habría una correspondencia estructural.<sup>400</sup>

La ponderación sería un procedimiento no estrictamente deductivo<sup>401</sup> que apunta a la aceptabilidad de una decisión moral. Es en este punto que Alexy recupera algunas de sus tesis más célebres para justificar el análisis de la razonabilidad de los *finés* del derecho como momento fundamental de la interpretación jurídica y, por tanto, de la labor de jueces y juristas: todo sistema jurídico, así como las reglas que la componen, tiene una pretensión de corrección formal (*claim to correctness*),<sup>402</sup> en el sentido de que cualquier regla implica una pretensión de justificación (*claim to justification*) basada en “razones”.<sup>403</sup> Esto es algo equivalente a hablar del derecho en términos de “empresa racional”. Es decir,

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 8. Véase también Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 149 y ss.

<sup>400</sup> La tesis de la equivalencia entre principios y valores es sostenida por el autor en diversas obras, entre las cuales Alexy, Robert, *Concetto e validità del diritto*, (1992), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1997, p. 79.

<sup>401</sup> Alexy, Robert, “The Reasonableness of Law”, *cit.*, p. 13.

<sup>402</sup> Alexy, Robert, *Concetto e validità del diritto*, *cit.*, p. 38.

<sup>403</sup> Alexy, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 3, 1996, p. 215.

sostener, con Letizia Gianformaggio, que “si afirmo, por ejemplo, que Tizio cometió el delito *R*, quiero decir que «hay una razón» por la que el comportamiento del delito de Tizio es «*R*»”.<sup>404</sup> A pesar de eso, como es sabido, Alexy va más allá, apoyando la tesis de la necesaria conexión entre moral y derecho,<sup>405</sup> so pena de transformar esta *claim* o pretensión en una contradicción performativa en la cual el legislador, en el acto de emanar una disposición, afirmarí­a simultáneamente su injusticia (moral).

A través de la tesis de la conexión pragmática entre derecho y moral,<sup>406</sup> Alexy se distancia de la idea intuitiva y consolidada de que la razonabilidad sería una forma debilitada de racionalidad (también común a von Wright y Rawls).<sup>407</sup> Para Alexy, la respuesta correcta para un conflicto entre principios surgiría del proceso racional (pero también justo) de la ponderación entre ellos. Una decisión acertada o *justa*, entonces, sería en términos de Alexy una decisión *justificada* por un procedimiento (discursivo) desarrollado a partir de la transformación que resulta de incluir valores morales en forma de principios en los documentos constitucionales.<sup>408</sup>

En este sentido, la teoría de Alexy es similar a la de Ronald Dworkin,<sup>409</sup> quien dice que la actividad del intérprete sería “ga-

<sup>404</sup> Gianformaggio, Letizia, “Valori giuridici fondamentali...”, *cit.*, p. 97.

<sup>405</sup> Alexy, Robert, “On Necessary Relation between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989.

<sup>406</sup> Para una crítica de esa tesis, véase Guastini, Riccardo, “A proposition di neo-costituzionalismo”, *cit.*, p. 150; Bulygin, Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 2, 2000.

<sup>407</sup> Alexy, Robert, *The Reasonableness of Law*, *cit.*, p. 6.

<sup>408</sup> Alexy, Robert, “Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità”, *Arx Interpretandi*, 2002.

<sup>409</sup> Nótese, de cualquier manera, que Alexy es menos categórico que Dworkin respecto al problema de la “única respuesta correcta”; la llamada “formula del peso” —propuesta por Alexy en varias ocasiones— hace que la teoría de la interpretación de Alexy sea más indeterminada que la de Dworkin. Sobre la *One Right Answer Thesis*, véase Schiavello, Aldo, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno?* *Saggio su Ronald Dworkin*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 228 y ss.

rantizar un resultado moralmente defendible”,<sup>410</sup> reconociendo el amplio margen de juicio necesario para quienes deben ponderar principios, costumbres y, no mejor definidos, “criterios de racionalidad, equidad y eficacia”.<sup>411</sup> En este sentido, la búsqueda de la razonabilidad del derecho corresponde al razonamiento práctico de ponderación y equilibrio entre principios (o valores) encaminados a la “correcta resolución” de un caso concreto. La noción de “razonabilidad” termina así superponiéndose y confundándose con la de “corrección ética”, “justicia en el sentido moral”, como característica de las leyes y sentencias que las hace compatibles con el marco moral de las Constituciones, especialmente con los derechos fundamentales que Dworkin va a definir como criaturas de la moralidad (*creatures of morality*).<sup>412</sup>

Si bien los autores neoconstitucionalistas no subestiman las garantías ligadas a la certeza y a la igualdad ante la ley, propias del positivismo jurídico,<sup>413</sup> parece difícil no interpretar la posición de quienes consideran a los derechos “criaturas de la moralidad” como una nueva forma de iusnaturalismo, cada vez más alejada

---

<sup>410</sup> Dworkin, Ronald, *L'impero del diritto*, (1986), trad. al italiano, Milán, Il saggiaiore, 1989, p. 157.

<sup>411</sup> Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*, *cit.*, p. 63.

<sup>412</sup> Dworkin, Ronald, “A Reply by Ronald Dworkin”, en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, Rowman & Allanheld, 1984, p. 256. Véase también, García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

<sup>413</sup> Gustav Radbruch (“Ingiustizia legale e diritto sovraleale”, *cit.*), por ejemplo, por un lado termina con adjudicarle la legitimidad del derecho nazi al iuspositivismo: “Fue gracias a dos principios que el nazionalsocialismo supo encadenar a sus secuaces; por un lado los soldados, por el otro los juristas: «Una orden es una orden!» y «La ley es la ley»... Se trata de la expresión del positivismo jurídico que por décadas había dominado y contrastado entre los juristas” (p. 152). Por otra parte, sostiene que “después de doce años de negación de la seguridad jurídica, es más necesario que nunca defenderse, con la ayuda de cuidadosas consideraciones «formalistas» contra las tentaciones que, comprensiblemente, podrían surgir en cualquiera que haya atravesado doce años de amenazas y opresión” (p. 162).

de la posición de quienes creen que los derechos constitucionales son *criaturas del poder*<sup>414</sup> porque fueron impuestos por batallas políticas y no porque hayan sido demostrados racionalmente.

## V. ¿LA RAZONABILIDAD COMO LÍMITE AL PODER?

El pensamiento neoconstitucionalista parece poder interpretarse, entonces, como una forma de cognitivismo moral que de algún modo está “situado”: una moral que es objetivamente válida aquí y ahora y que es ampliamente aceptable en una era de amplio consenso hacia los ideales democráticos y la defensa de los derechos humanos. La versión contemporánea de la superioridad de la *ratio* sobre la *voluntas* parte de la observación de que los derechos fundamentales, diversamente reconocidos y garantizados, son derechos morales. Según Dworkin, “el debate no gira en torno a si los ciudadanos tienen derechos morales frente al Estado. Ahora está claro que los tienen”.<sup>415</sup> Las respuestas neoconstitucionalistas al problema del poder arbitrario, que debe estar limitado por derechos universales porque son universalmente válidos y racionalmente demostrables “fuera de la ley”,<sup>416</sup> parecen ser todo menos particularistas. Bien conscientes de las objeciones particularistas, los neoconstitucionalistas reemplazan el universal codificado de derechos como normas jurídicas establecidas por el legislador (constitucional) por el universal ético de derechos como principios morales (ocasionalmente) positivizados. La perspectiva llamada “principalista” pone la custodia de lo universal (derechos, precisamente) completamente en manos del juez, quien encuentra la respuesta “correcta” (moralmente) a cada problema *particular* precisamente en la concreción del contexto en el que se encuentra de vez en vez para juzgar.

---

<sup>414</sup> Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 71.

<sup>415</sup> Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio...*, *cit.*, p. 269.

<sup>416</sup> *Idem.*

Esta tesis parece enfrentarse tanto a los problemas y contradicciones típicos del cognitivismismo como a los del particularismo. La idea de que las elecciones de valores derivan de un acuerdo universal y razonable y no de la persuasión contrasta con la observación de que tal acuerdo nunca puede ser verdaderamente universal y definitivo. Según Alf Ross:

El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno, aquello que debe hacer del derecho algo más que una creación del hombre y que exime al legislador de las dolorosas responsabilidades de la decisión. La fuente de la validez trascendente de la ley se encontraba en una ley mágica del destino, en la voluntad de Dios o en el conocimiento absoluto de la razón. Pero la experiencia demuestra que las doctrinas construidas por los hombres sobre este fundamento, lejos de ser eternas e inmutables, cambia según los tiempos, los lugares y las personas.<sup>417</sup>

Esta posición, relativista respecto de la elección de los valores últimos, constituye entonces el objetivo polémico más importante de los juristas naturales de todo tiempo y lugar. Ya Platón criticaba este “relativismo” *ante litteram*, atribuyéndolo a los sofistas: “lo que a cada *polis* le parece justo y bello, también lo es para ella, siempre que lo considere así”.<sup>418</sup> Más adelante, por boca de Sócrates, Platón reiterará este argumento afirmando que “a los justos y a los injustos, a los santos y a los no santos, los seguidores de Protágoras sostienen deliberadamente que ninguna de estas cosas existe por naturaleza propia; sino que la opinión que se tiene comúnmente se convierte en opinión verdadera en el momento en que se piensa y durante el tiempo que se piensa”.<sup>419</sup>

Partir de nuevo de la particularidad y especificidad de los contextos sólo responde aparentemente a la objeción de Ross,

<sup>417</sup> Ross, Alf, *Diritto e giustizia*, (1959), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2001, p. 243.

<sup>418</sup> Platón, *Teeteto*, trad. al italiano, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 167c.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 172b. Nótese que aquí regresa la pareja *hosion/anhosion* que se encontraba en Platón, a propósito del así llamado “dilema de Eutifrón”.

pues no elimina la idea básica de la posibilidad de demostrar racionalmente verdades morales, aunque sean válidas (¿sólo?) “aquí y ahora”.<sup>420</sup> Como señala de manera convincente Anna Pintore: “la etiqueta de «razonable» suele servir para elevar un estado de hecho a norma, es decir, para indicar lo que *de hecho* se considera aceptable dentro de la propia comunidad o grupo social”.<sup>421</sup> Parecería que, en este punto, las opiniones de los teóricos neoconstitucionalistas de la razonabilidad comparten las preocupaciones de Carl Schmitt. Según Schmitt, cuando se reconoce que la elección de los valores no puede residir (al estilo weberiano) en otra cosa que no sea el “libre albedrío total y puramente subjetivo”<sup>422</sup> de quienes la plantean, corremos el riesgo de volver a caer en el escenario que obsesionaba a Hobbes, o, incluso, en una pesadilla aún peor:

...la libertad puramente subjetiva de la posición de los valores conduce, sin embargo, a un eterno conflicto de valores y visiones del mundo, una guerra de todos contra todos... en comparación con la cual el viejo *bellum omnium contra omnes* e incluso el atroz estado de naturaleza de la filosofía política de Thomas Hobbes son auténticos idilios. Los viejos dioses se levantan de sus tumbas y retoman su antigua batalla, pero desencantados y —hay que añadir hoy— con nuevos instrumentos de guerra, que ya no son armas convencionales, sino terroríficos medios de aniquilamiento y métodos de exterminio, terribles productos de la ciencia avaluativa, así como de la técnica a cuyo servicio se pone. Lo que para uno es el diablo, para el otro es dios.<sup>423</sup>

---

<sup>420</sup> Laporta, Francisco, *op. cit.*, pp.119 y ss.

<sup>421</sup> Pintore, Anna, *op. cit.*, p. 59. En modo análogo, Silvia Zorzetto sostiene que: “Me parece que, en cada concepción examinada, ya sea retórica u objetivista, nuestro concepto se revela como un instrumento para el ejercicio del poder; es decir, a través de la razonabilidad se transmiten elecciones políticas en sentido estricto, elecciones en relación con una determinada estructura de poderes en una comunidad política”. Zorzetto, Silvia, *op. cit.*, p. 208.

<sup>422</sup> Schmitt, Carl, *La tiranía dei valori*, (1979), trad. al italiano, Milán, Adelphi, 2008, p. 50.

<sup>423</sup> *Idem.*

Para Schmitt, sin embargo, el freno a la arbitrariedad del poder que sus propios valores quieren imponer no consiste en las limitaciones del “gobierno de derecho”. Aunque evidentemente movido por inquietudes (y justificado por razones) profundamente diferentes, Schmitt considera que el freno a la arbitrariedad se ejerce más bien a través de prácticas hermenéuticas de defensa de los valores más compartidos en una sociedad —de ahí la referencia al “orden concreto”—, en un sentido no demasiado diferente del cognitivismo ético neoconstitucionalista.

Reconocer que el juez de la ley tiene la tarea de estar en sintonía con el espíritu del tiempo,<sup>424</sup> defendiendo los valores socialmente más difundidos a partir de las elecciones políticas del legislador, trae consigo peligrosos mecanismos de justificación de lo existente.<sup>425</sup> Norberto Bobbio señaló que la justificación racional de la realidad une la defensa de Hobbes de los Estuardo y la defensa de Hegel del Estado burocrático prusiano; la combinación es tan inusual como apropiada. Precisamente respecto a Hobbes, Bobbio afirma:

Lo que sus contemporáneos no entendieron fue que Leviatán era el gran Estado moderno, surgido de las cenizas de la sociedad medieval. Tomaron a su autor por un escéptico, un cínico, incluso un libertino, cuando él era ante todo un observador sin escrúpulos que presenciaba, humanamente horrorizado, pero filosóficamente im-

---

<sup>424</sup> Véase, por ejemplo, Häberle, Peter, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), trad. al italiano, Roma, Carocci, 2001.

<sup>425</sup> Según Riccardo Guastini, “la tesis de que el derecho surge no de los legisladores, sino de las «costumbres», de la «conciencia social», de la «dinámica» de la sociedad y cosas similares, a menos que se limite inesperadamente la noción de derecho únicamente a las normas consuetudinarias —no sólo es históricamente falso, sino que también es comprensivamente reaccionario—. Implica, por así decirlo, que el Code Napoléon, a pesar de haber barrido por completo las relaciones feudales, maduró precisamente en las costumbres de la sociedad feudal. Y ese es el lado históricamente falso de esto. Pero también implica que ninguna reforma de la ley vigente es posible (o legítima) hasta que la necesidad de la reforma misma se haya manifestado en las costumbres y/o en la conciencia social. Y éste es su lado reaccionario”. Guastini, Riccardo, “Sostiene Baldassarre”, *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 52, núm. 2, 2007, p. 1374.

pasible, el nacimiento de un gran acontecimiento cuyas causas y finalidad intentaba comprender. Y estaba tan convencido de la exactitud geométrica de su construcción que presentó una descripción, similar en esto a Hegel, como justificación, lo real como racional, lo que era como lo que debería ser. Como todo realista, al burlarse de quienes confunden sus deseos con la realidad, Hobbes, como Hegel, acabó confundiendo la realidad más cruel con lo más deseable.<sup>426</sup>

La crítica neoconstitucionalista del relativismo corre así el riesgo de entrar en contradicción con los principios de tolerancia y de pluralismo que intenta salvaguardar, alejando, además, el análisis de las reglas de la verificación de la conformidad con las reglas formales y sustanciales de producción del derecho. De hecho, sin las herramientas de la racionalidad formal, parece difícil alcanzar los estándares de certeza, coherencia e igualdad formal que son la base del “Estado de derecho”. Afirmar que es la *justicia moral* —cualquiera que sea el significado de esta expresión— la que pone límites a la arbitrariedad de los gobernantes parece ser una afirmación tan ambiciosa como peligrosa.

El *árbitro* o *juez-filósofo* mencionado por Dworkin es el prototipo del gobierno de los hombres que vela por el gobierno de las leyes (*morales*). Esta concepción del derecho ya fue criticada por Lord Pomeroy —cuyos argumentos contra los usos de la *equidad* en los tribunales ingleses parecen ser los precursores de toda polémica antidworkiniana—, según quien si se concibe la equidad como “la decisión tomada sobre un determinado hecho en determinadas circunstancias por un hombre de gran inteligencia y de altísimos principios morales”, entonces “no hay necesidad de demostrar que toda decisión sería potencialmente arbitraria, y se perdería toda la certeza inherente a las normas jurídicas y toda la garantía de los derechos”.<sup>427</sup>

---

<sup>426</sup> Bobbio, Norberto, “La teoría política de Hobbes”, (1980), en Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi, 2004, p. 66.

<sup>427</sup> Pomeroy, John Norton, *Pomeroy's Equity Jurisprudence and Equitable Remedies: A Treatise on Equity Jurisprudence*, San Francisco, Bancroft-Whitney, 1905, citado en Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio. cit.*, p. 57.