



## Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo\*

**Massimo Cuono**

*Università di Sassari*

[mcuono@uniss.it](mailto:mcuono@uniss.it)

### Resumen

El autor reconstruye varios de los posibles significados de la noción de “razonabilidad de la ley” y analiza en profundidad aquellos más característicos del pensamiento neoconstitucionalista con el objetivo de estudiar su incidencia en el ideal del Estado de derecho como modelo para la limitación del poder arbitrario. Se examinan, en primer lugar, la teoría de la ponderación racional de principios como instrumento para alcanzar la “decisión correcta” de un caso y, en segundo lugar, la teoría de la argumentación jurídica en relación a la flexibilidad en la toma de decisiones. Por último, se afronta la relación entre neoconstitucionalismo y cognitivism meta-ético.

### Palabras clave

Razonabilidad, racionalidad, arbitrariedad, justicia, equidad, flexibilidad, discriminación, neoconstitucionalismo.

## Between Arbitrary and Reasonable. A Criticism of the (Neo)Constitutionalism

### Abstract

The author reviews different possible meanings of the notion of “reasonableness of the law”. He analyses the main thesis on reasonableness of the so-called neocostituzionalismo (neo-constitutionalism), focusing on the relationship between this thesis and the rule of law as a limit to arbitrary power. He discusses the theory of the reasonable balancing of principles as a way to take the “correct decision” in a judicial case as well as the theory of legal argumentation in relation to the problem of flexibility in decision-making. In conclusion, the author discusses the relationship between neo-constitutionalism and cognitivist thesis in meta-ethics.

### Keywords

Reasonableness, rationality, arbitrary, justice, equity, flexibility, discrimination, constitutionalism.

---

\* Traducido del italiano por Álvaro Núñez Vaquero. Una primera versión de este texto fue presentada en el XVII Seminario hispano-italiano-francés de Teoría del Derecho, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 21 y 22 de octubre de 2011. Quiero agradecer a todos los participantes sus valiosos consejos, observaciones y comentarios críticos.

J'ai l'amour de la raison, je n'en ai pas le fanatisme, répondit Brotteaux. La raison nous guide et nous éclaire; Quand vous en aurez fait une divinité, elle vous aveuglera et vous persuadera des crimes.

Antole France, *Les dieux ont soif*

Si è soprattutto fatto un grande uso del termine “ragionevolezza”, per il suo indubitabile potere consolatorio. Nessuno sa cosa voglia dire, ma è rassicurante pensare che, se non si può essere razionali, almeno si è ragionevoli.

Flavio Baroncelli, *Etica e razionalità*

## 1. Introducción

«Razonabilidad», parece superfluo señalarlo, es un término del lenguaje jurídico contemporáneo que jueces y juristas han usado –y del que han abusado– como punto arquimédico para comprender “el entramado lógico (no deductivo) y la naturaleza política del control de legitimidad *tout court*”<sup>1</sup>.

Recurrir a tal concepto parece hacer referencia al milenar debate sobre la relación entre *ratio* y *voluntas* (o *potestas*, en su variedad más específicamente político-jurídica): *stat pro ratio voluntas*, aquella que según Leibniz sería “propriadamente la divisa de un tirano”<sup>2</sup>. El tirano, en síntesis, es quien sustituye la razón por su propia voluntad, en diferentes sentidos. De aquí la vasta literatura sobre la arbitrariedad del poder<sup>3</sup>, como aquella característica del gobernante que se comporta *libremente*<sup>4</sup> sin las «leyes» y los «frenos» de los que hablaba Montesquieu.

Pensar en la razón como un límite al arbitrio del poder nos induce a reformular la noción misma de «razón» utilizada –tanto en el lenguaje común como en el teórico– en una amplia variedad de significados. «Razón» puede significar: calcular, ordenar, reconocer o construir regularidades, valorar la adecuación entre medios y fines, generalizar, universalizar, controlar las propias emociones... pero también pensar abandonando dogmas y supersticiones. En resumen: pensar por sí mismos, según la máxima kantiana de la Ilustración<sup>5</sup>.

El pensamiento iusnaturalista, al menos el moderno, resuelve esta compleja relación optando por la indiscutible superioridad de la razón legisladora sobre la voluntad del gobernante porque la primera sería capaz de diferenciar –mediante un método no diferente de aquel científico– lo justo de lo injusto en materia moral.

Según John Locke:

Partiendo de proposiciones de suyo evidentes, las verdades medidas del bien y del mal, por una serie de consecuencias necesarias e incontestables como las que se emplean en las matemáticas, pero siempre que se aplique alguien a esa tarea con la misma indiferencia y atención que se emplean en los razonamientos matemáticos.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Scaccia (2000: 23).

<sup>2</sup> Leibniz (1951: 213) [trad. esp., p. 81].

<sup>3</sup> Me permito señalar sobre este punto, Cuono (2011).

<sup>4</sup> Nótese que el arbitrio como “facultad de elegir y juzgar autónomamente” (De Giorgi, 2009: 26) es frecuentemente caracterizado negativamente cuando hace referencia al poder, mientras que es utilizado en términos neutros o positivos en otros contextos como, por ejemplo, en la literatura sobre el “libre albedrío”.

<sup>5</sup> Kant, (1999: § 40, 130). Las tres máximas del sentido común son enunciadas por Kant también en Kant, 2001: § 43 y 59).

<sup>6</sup> Locke (1971: 663) [trad. esp., p. 548].



Aunque hoy en día, sueños iusnaturalistas tan ambiciosos como estos parecen haber sido abandonados, el debate sobre los límites impuestos por la «razón» al poder no se ha aplacado. No es casual que el término «razonabilidad» aparezca frecuentemente en la teoría política normativa (por ejemplo, en Habermas y en Rawls) y en la teoría de la interpretación jurídica de cuño hermenéutico –o como se diría hoy, neoconstitucionalista– como las de Perelman, MacCormick, Aarnio, Alexy, Zagrebelsky o Atienza.

El objetivo de este trabajo es reconstruir los diferentes significados posibles de «razonabilidad» de los actos del poder, y analizar en profundidad aquellos más característicos del pensamiento neoconstitucionalista con el fin de valorar su impacto en el ideal del Estado de Derecho.

## 2. Cinco posibles significados de “razonabilidad”

Es posible identificar, *ex negativo*, cinco posibles significados de «razonabilidad» de los actos del poder a partir de otros tantos tipos de gobernantes que sustituyen el dictado de la razón por su propia voluntad.

a) *Irrazonable como insensato*. El primer caso tiene que ver con el problema de la racionalidad en sentido estricto. A la pregunta «¿en qué sentido los gobernantes se comportan racionalmente?» se podría responder “en el sentido de que tienen necesidades, gustos y valores, y eligen los medios que –también para quienes no compartan los fines– parecen razonablemente idóneos para tales fines, con la obvia falibilidad de las cosas humanas”<sup>7</sup>. Se trata de una concepción puramente instrumental de la racionalidad como adecuación medios-fines: «si quieres x, entonces debes hacer y»<sup>8</sup>. El soberano insensato es aquel que no usa la razón para emplear los medios idóneos para alcanzar los fines deseados en su propia actuación, ignorando el *vínculo prudencial* hobbesiano el cual, en el estado civil, es tan válido para los súbditos que respetan las leyes por temor a la sanción como para el soberano que respeta la ley natural por temor a perder el trono (corriendo así el riesgo de provocar el caos en el Estado). Más allá de los pertinentes juicios de valor, la campaña de Napoleón en Rusia, y también la de Hitler, fueron «errores de cálculo» estratégico.

b) *Irrazonable como inicuo*. El antiquísimo problema de la equidad encuentra su primera sistematización conceptual en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, donde se afirma que “[P]or eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto”<sup>9</sup>. La *epieikeia*, según Aristóteles, es un correctivo de la justicia en los casos concretos. Por ejemplo: en 1991 llegó al Tribunal Constitucional italiano el caso de un médico de Génova a quien le habían calculado el finiquito con base en el último año de actividad durante el que no había trabajado a tiempo completo, sin tener en cuenta la mayor retribución percibida en los años anteriores. El Tribunal acogió el recurso presentado por el prefecto de Génova quien –invocando el principio de equidad– argumentó que en el caso específico se había generado un caso de *disparidad*<sup>10</sup> y,

<sup>7</sup> Baroncelli (2004: 369). Giorgio Maniaci (2008) reconstruye un concepto de racionalidad práctica formal y limitada, donde por “formal” entiende el análisis de los medios, y nunca el de los fines, de la acción; por “limitada” entiende el hecho de que tales medios no deben ser siempre considerados óptimos sino más bien suficientes.

<sup>8</sup> Ello es independiente de la teoría epistemológica relativa sobre el antecedente x. Sobre la distinción entre regla técnica (los *imperativos hipotéticos técnicos* kantianos o regla de habilidad) y la regla pragmática (los *imperativos hipotéticos pragmáticos*), véanse, entre otros, Conte (1985), Azzoni (1991), Gometz (2008).

<sup>9</sup> Aristóteles (1998: 1137b).

<sup>10</sup> Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 421/1991.

por tanto, una violación de la (regla de) justicia. En efecto, dicha norma reconocía la misma indemnización con base en el último año de trabajo a diferentes sujetos sin tener en cuenta el tiempo trabajado anteriormente. Este es un caso de resultado «inicuo» (específicamente injusto) debido a la creación de una disparidad de tratamiento debido a la aplicación de la misma norma a casos concretos diferentes.

«Equidad»<sup>11</sup> –*epieikeia* en griego, *aequitas* en la traducción de Cicerón<sup>12</sup> y *equity*<sup>13</sup> en la traducción inglesa– hace referencia a un instituto que permite al juez apartarse de la ley en el caso en que su aplicación produzca efectos que parezcan (¿inmediatamente?, ¿intuitivamente?) inaceptables por ser *injustificables*. Por tanto, no se trata de un juicio del Cadí o de juicios salomónicos en los que los proverbios sirven “para conocer la sabiduría y la instrucción, para entender las palabras profundas, para obtener una instrucción esmerada –justicia, equidad y rectitud–, para dar perspicacia a los incautos, y al joven, ciencia y reflexión”<sup>14</sup>. Ni tampoco se trata del juez “de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quién [Dworkin llama] Hércules”<sup>15</sup>. Antes bien, se trata de un instituto jurídico que permite al juez no atenerse al mero dictado de la ley, y sobre el cual son todavía hoy actuales las polémicas palabras de John Selden según el cual “hacer de la conciencia del juez el criterio de la *equity* es como hacer del pie de cada juez la medida de la longitud”<sup>16</sup>.

c. *Irrazonable como discriminatorio*. El significado más común de la expresión «razonabilidad de la ley», tanto en la teoría como en las sentencias de los tribunales, hace referencia a la violación del principio de igualdad. La construcción por parte del legislador de los tipos jurídicos mediante su equiparación y diferenciación en clases lógicas<sup>17</sup> constituye una de las actividades fundamentales del Derecho. Decía Carlo Esposito que “tratar del mismo modo al ladrón que al hombre gentil sería eliminar el derecho”. Sin embargo, es una opinión muy difundida que el límite entre la diferenciación y la discriminación consiste en la presencia de una “razón suficiente”<sup>18</sup> –y de aquí, a través del concepto de *ratio legis*, el recurso al término “razonabilidad”– para la diferencia de tratamiento. Lo contrario supondría una violación de la regla de justicia que prescribe tratar a los iguales de manera igual, y a los desiguales de manera desigual. Hart lo explica de este modo:

De un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente *malo*, o aún *malvado* [...] Pero sería extraño que se criticara su conducta como injusta [...] «Injusto» sería apropiado si el padre hubiera elegido

<sup>11</sup> Véanse, por ejemplo, Newman (1974); Pinna Pagliarini (1969); Pinna Pagliarini (1973); D’Agostino (1973); D’Agostino (1977); Maitland (1979); Lundstedt (1952); Allen (1958: 56); Ciulei (1972); Chiodi (1989); Chiodi (2000); D’Avack y Riccobono (2004); Carpi (2007); Barberis (1986); Barberis (2008b).

<sup>12</sup> Cicerone (1987: I, 10, 33).

<sup>13</sup> Nótese que el término «equidad» (it. *equità*) no sería una buena traducción del término inglés *fairness*. No obstante, tal traducción se ha impuesto tanto en italiano como en francés a raíz de las respectivas traducciones de *A Theory of Justice*. En español, por su parte, no existe un acuerdo sobre la traducción del término en relación a la obra de Rawls, que ha sido traducido como «equidad», pero también como «imparcialidad». En cualquier caso, *fairness* hace referencia a una gama de significados más cercanos a «corrección recíproca entre las partes», «imparcialidad», «honestidad en el juicio», más parecido a «justo» como contrario de «equivocado» que como contrario de «injusto».

<sup>14</sup> *Proverbios*, 1, 2-4.

<sup>15</sup> Dworkin (1982: 203) [trad. esp., p. 177].

<sup>16</sup> Véase Selden (1689: 38, 2, 44).

<sup>17</sup> Scarpelli (1988).

<sup>18</sup> Según Leibniz: “ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna Enunciación verdadera, sin que de ello haya una razón bastate para que así sea y no de otro modo. Aunque las más veces esas razones no pueden ser conocidas por nosotros”. (Leibniz, 1967: 32, 288) [trad. esp., p. 17]. Véase Modugno (2009: 26).



arbitrariamente a alguno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que a otros de ellos culpables de la misma falta<sup>19</sup>.

Según Roberto Bin, el juicio de razonabilidad aplicado a la cuestión de la igualdad no sería muy diferente del clásico argumento por analogía<sup>20</sup>, fundado –según Letizia Gianformaggio– sobre el “núcleo racional de la idea de justicia distributiva, es decir, la igualdad, que no se requiere solo en la aplicación de reglas sino también en su producción”<sup>21</sup>. Ello naturalmente no excluye –cosa que Hart tenía bien presente– que el mencionado criterio sea “cambiante y variable”<sup>22</sup>, siendo buen ejemplo de ello la jurisprudencia italiana en materia de punición sólo del adulterio femenino. Planteada una cuestión de constitucionalidad en 1961, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión según la cual “desde el punto de vista de su legitimidad constitucional, no hay nada en la norma impugnada, ni en su contenido ni en su finalidad, que pueda ser calificado como violación del principio de igualdad. Mediante dicha norma no se ha creado ninguna posición de inferioridad para la esposa sino que únicamente se ha tomado acto de una situación diferente, adaptando una disciplina jurídica diferente. Si tal disciplina satisface todo tipo de exigencia, y si es el medio idóneo y suficiente para las finalidades tomadas en cuenta por el legislador, son cuestiones de política legislativa, no de legitimidad constitucional”<sup>23</sup>. La cuestión, planteada nuevamente al Tribunal en 1968 en un clima político profundamente distinto, fue acogida con la siguiente motivación: “el Tribunal considera por tanto que la discriminación sancionada en el primer párrafo del artículo 559 del Código penal no garantiza la unidad familiar sino que constituye un privilegio asegurado para el marido; y como todos los privilegios, viola el principio de paridad”<sup>24</sup>.

*d. Irrazonable como inmoral.* En su cuarto significado, irrazonables son los actos contrarios a los *dictamina rectae rationis*. El iusnaturalismo antiguo y el iusracionalismo moderno coinciden en la posibilidad de establecer un conjunto de normas que constituyen un derecho fundado en verdades cognoscibles. Según Gustav Radbruch, ello permitiría excluir las leyes a las que les faltaría “total sentido de la verdad y del Derecho”<sup>25</sup> –recuérdese que estamos justo en el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial– como límite a los “mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos”<sup>26</sup>.

*e. Irrazonable como inflexible.* En un quinto significado, irrazonables serían los actos de los gobernantes incapaces de tomar en consideración las razones de los otros: “nada tiene de vergonzoso que un hombre, aunque sea sabio, aprenda

<sup>19</sup> Hart (2002: 185) [trad. esp., p. 196].

<sup>20</sup> Bin (2002: 115). Nótese que esta posición no es en absoluto mayoritaria en la literatura contemporánea. Hoy, por el contrario, está más bien orientada a definir la razonabilidad como una suerte de principio ordenador del Derecho, recurriendo a entusiastas observaciones, rozando incluso el misticismo: “No hay ningún estudioso que –aunque sensible a los riesgos ínsitos a un recurso siempre más masivo del incierto e imprevisible (y por tanto incontrolable) criterio bajo examen– llegue a negar (ni tampoco a discutir seriamente) la necesidad de su uso para conferir el efectivo alcance normativo a las disposiciones constitucionales (especialmente a las disposiciones de principio) y, por tanto, para garantizar la misma rigidez constitucional (D’Andrea, 2002: 22). O bien: “es verdad que un derecho razonable –por la discrecionalidad (y por tanto la incertidumbre) que caracteriza su determinación– es «menos» objetivo pero, en cualquier caso, al gozar de una legitimación intersubjetiva, aquél se presenta como «más» justo” (Spadaro, 2006:170, cursivas en el original).

<sup>21</sup> Gianformaggio (1987: 325).

<sup>22</sup> Hart (2002: 187) [trad. esp., p. 199].

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale italiana 64/1961.

<sup>24</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale italiana 126/1968.

<sup>25</sup> Radbruch (2002: 157) [trad. esp., p. 14].

<sup>26</sup> Radbruch (2002: 156) [trad. esp. p. 10].

mucho y no se obstina en demasía”<sup>27</sup>, le dice Hemón a su padre Creonte para intentar evitar la condena a muerte de Antígona, en contra de la opinión mayoritaria de la ciudad. “Ser razonables”, sostiene Nicola Abbagnano, “significa, en la lengua común, darse cuenta de las circunstancias y de las limitaciones que éstas implican, con la renuncia a una actitud, teórica o práctica, de absolutismo”<sup>28</sup>.

Estas dos últimas acepciones de razonabilidad, como una suerte de «justicia racional» y como «flexibilidad», constituyen los dos significados más frecuentes en la literatura teórico-jurídica comúnmente identificada bajo la etiqueta «neoconstitucionalismo»<sup>29</sup>. Dicha expresión, acuñada en el contexto de la Filosofía del Derecho genovesa<sup>30</sup> y más tarde difundida en el debate italiano, español y latinoamericano<sup>31</sup>, indica una corriente de pensamiento jurídico que tiene en común las siguientes tesis: la crítica al positivismo jurídico<sup>32</sup>; la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral; la tesis según la cual la interpretación jurídica consiste sobre todo en un proceso de ponderación entre principios; y una tesis meta-ética con un marcado carácter cognitivista. Obviamente, no todos los autores que normalmente se identifican como neoconstitucionalistas concuerdan pacíficamente sobre todos los problemas de teoría y meta-teoría del Derecho. No obstante, se da una sustancial consonancia en todos los puntos anteriormente enumerados y sobre algunos de sus corolarios, como aquel según el cual la ciencia jurídica es una disciplina eminentemente práctico-normativa, y no teórico-descriptiva<sup>33</sup>.

Para reconstruir una teoría de la razonabilidad neoconstitucionalista me concentraré en dos tipos de gobernantes: aquellos *inmorales* y los *inflexibles*.

### 3. El gobernante inmoral: ponderación y decisión correcta

Para comprender qué significa razonabilidad en el sentido de «conforme a la razón práctica» –y por tanto en cierto sentido «bueno» o (moralmente) «justo»– analizaré el reciente ensayo de Robert Alexy “*The Reasonableness of Law*”<sup>34</sup>.

A través de la lectura de von Wright y Rawls, Alexy elabora una definición de «razonabilidad» en contraposición a «racionalidad»: mientras que la primera se referiría al bien y a lo justo en sentido moral, la segunda haría referencia a la corrección lógica y a la eficiencia de los medios en relación a los fines. Sin embargo, en el razonamiento de Alexy se sobreponen al menos cuatro significados diferentes e intuitivos de la oposición entre racional-razonable; «intuitivos» porque son todos reconducibles a alguna forma de atenuación –más o menos explícita– de lo razonable respecto de lo racional, detectable por el recurso al sufijo *-evole* (italiano *ragionevole*, español *razonable*) que, del mismo modo que el sufijo latino *-abile*,

<sup>27</sup> Sófocles (1997: 710) [trad. esp., p.275].

<sup>28</sup> Abbagnano (1998<sup>3</sup>: 896). [trad. esp., pp. 986-987].

<sup>29</sup> Me refiero, en concreto, a aquello que Paolo Comanducci ha definido como «neoconstituzionalismo metodológico» en oposición a lo que Bobbio definió como «positivismo metodológico». En particular, el neoconstitucionalismo metodológico se concentra en la crítica de la tesis según la cual sería posible identificar y describir el Derecho como es, distinguiéndolo, de este modo, del Derecho como debería ser. Véase Comanducci (2002).

<sup>30</sup> Pozzolo (2001); Comanducci. (1999); Barberis (2000).

<sup>31</sup> Véanse, entre otros, Mazzarese (2002); Carbonell (2003); Barberis (2008a: 29-37); Atienza y Chiassoni (2010); Dogliani, Atienza., Guastini y Salazar Ugarte (2011). Mauro Barberis ha señalado recientemente algunos puntos de contacto entre los usos de la expresión neocostitucionalismo y la expresión anglosajona “*New Constitutionalism*”. Sobre este punto, véase Barberis (2012).

<sup>32</sup> Aquí me ocuparé exclusivamente de aquello que Luigi Ferrajoli (2010) ha definido como «neoconstitucionalismo principialista» en oposición al «neoconstitucionalismo garantista».

<sup>33</sup> Véase Guastini (2011: 149).

<sup>34</sup> Alexy (2009).



tiene en las lenguas romances la función de atenuar las raíces a las que acompaña, añadiendo un matiz de posibilidad, eventualidad o relatividad.

a. En un primer ámbito de significados, la racionalidad del *objeto* se contrapone a la razonabilidad del *sujeto*. Este significado –sólo lateralmente mencionado por Alexy y luego inmediatamente abandonado – es tal vez aquél más frecuente en el lenguaje común. En el *Dizionario della Lingua Italiana* de Devoto y Oli se habla de «razonable» como “de dotado de facultades racionales [...] oportuno, conveniente, en cuanto inspirado por un justo criterio de valoración, [...] de persona que demuestra equilibrio, sensatez, medida en sus peticiones o en sus juicios”<sup>35</sup>. Por el contrario, sobre «racional» el mismo *Dizionario* afirma: “provisto de razón como facultad peculiar del hombre [...] relativo a la razón en la medida en que se corresponde con una exigencia de ser lógico, de sistematicidad, de rigor científico, de congruencia y funcionalidad”<sup>36\*\*</sup>. Es decir, la *ratio* es usada para el cálculo lógico, *rationabile* (it. *ragionevole*, esp. razonable) es quien tiene la facultad de usar la *ratio*. «Racional» serviría para designar el cálculo (y, si es correcto, también su resultado), mientras que «razonable» sería el sujeto que calcula.

b. En un segundo significado, la oposición racional-razonable toma la forma de la contraposición *necesidad-posibilidad*. Es decir, ya no se trata del problema sobre «quién es razonable (o se comporta razonablemente)» sino «sobre qué es razonable». La expresión «razonable certeza» (o al contrario, «duda razonable») hace referencia a la presencia de argumentos suficientemente concluyentes. En este sentido es en el que Alexy afirma que el concepto de «razonabilidad» tiene “una función similar al de verdad”<sup>37</sup>, pero en un ámbito diferente. No se pregunta sobre la verdad de la aserción «fuera llueve» sino sobre la razonabilidad –que aquí parece corresponder a la presencia de razones suficientes– del enunciado «fumar en un lugar público es (moralmente) errado». Según Alexy, por tanto, lo que justificaría tal afirmación sería la razonable certeza de que fumar perjudica la salud. Es necesario señalar que en tal argumento se da una falacia naturalista, es decir, la derivación de un juicio de valor a partir de un juicio de hecho, aunque esto no parece turbar demasiado a Alexy, quien está convencido de la necesidad de abandonar el principio positivista de la avaloratividad de la ciencia jurídica.

c. Siguiendo a von Wright, Alexy utiliza una tercera oposición, esta vez más explícita: la «racionalidad» se predica de los *medios*, mientras que la «razonabilidad» de los *fines*<sup>38</sup>. La referencia aquí es a la weberiana *Zweckrationalität*, que se refiere a la idoneidad de los medios respecto de los fines, contrapuesta a la «razón práctica» que emplea quien se interroga sobre la corrección moral –es decir, en sustancia, sobre la bondad– de los fines mismos. Este es el sentido de la referencia de Alexy a von Wright, y de su afirmación según la cual la «razonabilidad» tendría que ver con “the right way of living” y con “what is good or bad for man”<sup>39</sup>. Nótese cómo aquí *right* se refiere explícitamente a una –

<sup>35</sup> Devoto Oli (1997: 2541).

<sup>36</sup> Devoto Oli (1997: 2562).

\*\* Nota del Traductor: El Diccionario de la RAE ofrece tres significados para «razonable». Los dos primeros no difieren demasiado del significado ofrecido por el *Dizionario* italiano: “1. Arreglado, justo, conforme a razón. 2. Mediano, regular, bastante en calidad o en cantidad». No obstante, el tercer significado del Diccionario de la RAE propone como tercer significado de razonable: “3. Racional”. Por el contrario, en su entrada «racional», se limita a decir: “1. Perteneciente o relativo a la razón. 2. Conforme a ella. 3. Dotado de razón. 4. Dicho de una expresión algebraica: Que no contienen cantidades irracionales”. El resto de significados ofrecidos por el Diccionario de la RAE en esta entrada no hacen referencia a la idea aquí discutida.

<sup>37</sup> Alexy (2009: 7).

<sup>38</sup> Alexy (2009: 5).

<sup>39</sup> *Ibidem*.

presunta, pero por él asumida— noción de *intrínseca* corrección moral. Según Alexy, podemos establecer si un comportamiento es *razonable* —es decir, bueno o malo para los hombres— mediante criterios objetivos o, en cualquier caso, no subjetivos<sup>40</sup>.

d. Para distinguir entre «racional» y «razonable», Alexy utiliza una cuarta y última estrategia a partir del Rawls del *Liberalismo político*. Basándose en una discutible interpretación de Kant, «racional» sería el juicio *de hecho* típico de los imperativos hipotéticos, mientras que aquel de «razonabilidad» sería el juicio *de valor*, propio de los imperativos categóricos. Por tanto, la razonabilidad tendría que ver con los juicios prácticos, y sería el criterio propio del razonamiento moral.

La conclusión a la que Alexy llega mediante esta estructura teórica es que la razonabilidad es el criterio de validez de los juicios de valor, representado por el razonamiento práctico por excelencia: la ponderación<sup>41</sup> entre valores morales o principios jurídicos, entre los que se daría una correspondencia estructural<sup>42</sup>. Por su parte, la ponderación sería un instrumento no estrictamente deductivo<sup>43</sup> para determinar la aceptabilidad de una decisión moral.

En este momento de su elaboración teórica, Alexy recupera algunas de sus tesis más celebres para justificar el análisis de la razonabilidad de los *finés* del derecho como paso fundamental de la interpretación jurídica y, por tanto, de la labor de jueces y juristas. Según Alexy, todo sistema jurídico —así como cada una de las normas que lo componen— contiene una pretensión de corrección formal (*claim to correctness*<sup>44</sup>) ya que toda norma implica una pretensión de justificación (*claim to justification*) basada en razones<sup>45</sup>. Ello equivale, en algún sentido, a hablar del derecho en términos de «empresa racional», es decir, sostener que —dicho con palabras de Letizia Gianformaggio— “si yo afirmo, por ejemplo, que Tizio ha cometido el delito R, entiendo que «existe una razón» por la cual el comportamiento de Tizio es el «delito R»”<sup>46</sup>. Sin embargo, como es bien sabido, Alexy va más mucho allá, sosteniendo la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral<sup>47</sup>, tesis cuya negación implicaría, según Alexy, que toda vez que el legislador emanara una norma se incurriría en una contradicción performativa ya que se estaría afirmando simultáneamente su injusticia moral.

Mediante la tesis de la conexión pragmática entre derecho y moral<sup>48</sup>, Alexy toma distancia de la idea intuitiva y consolidada —común tanto a von Wrigth como a Rawls<sup>49</sup>— según la cual la razonabilidad sería una forma rebajada de racionalidad. Para Alexy, la respuesta correcta para un conflicto entre principios resultaría del proceso racional (y también justo) de la ponderación entre aquellos. Una decisión *justa*, por tanto, sería para Alexy una decisión justificada por el procedimiento (discursivo) elaborado a la luz de las transformaciones realizadas por la inclusión en las constituciones de valores morales bajo la forma de principios<sup>50</sup>.

<sup>40</sup> Alexy (2009: 13)

<sup>41</sup> Alexy (2009: 8).

<sup>42</sup> La tesis de la equivalencia entre principios y valores es defendida por el autor en diferentes obras, entre las cuales Alexy (1997: 79) [trad. esp. pp. 79-80].

<sup>43</sup> Alexy (2009: 13).

<sup>44</sup> Alexy (1997: 38) [trad. esp., p. 44-45]

<sup>45</sup> Alexy (1996: 215) [trad. esp., p. 78-79].

<sup>46</sup> Gianformaggio (1995: 97).

<sup>47</sup> Alexy (1989).

<sup>48</sup> Para una crítica de esta tesis, véase, Guastini (2011: 150); Buligyn (2000).

<sup>49</sup> Alexy (2009: 6).

<sup>50</sup> Alexy (2002).



En este sentido, la teoría de Alexy<sup>51</sup> se acerca a aquella de Ronald Dworkin, según el cual la actividad del intérprete sería “asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral”<sup>52</sup>, reconociendo un amplio margen de juicio necesario a quien debe ponderar principios, costumbres y los –definidos en manera no muy precisa– “estándares de racionalidad, justicia y eficacia”<sup>53</sup>.

El primer significado de razonabilidad de la ley dentro de una teoría neoconstitucionalista del Derecho es, por tanto, *el razonamiento práctico de ponderación y equilibrio entre principios (o valores) dirigido a la “correcta resolución” de un caso concreto*.

#### 4. El gobernante *inflexible*: ponderación y razón argumentativa

En una segunda gama de significados –igualmente amplia y no siempre opuesta a la anterior– el término «razonabilidad» atraviesa la literatura jurídica para designar la actitud «anti-absolutista» del intérprete de la ley en los estados constitucionales. Según Gustavo Zagrebelsky, por ejemplo, la ductilidad es la actitud de quien toma en cuenta también las “razones de los otros”:

La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina «razonabilidad» y alude a la necesidad de un espíritu de «adaptación» de alguien respecto a algo o algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. «Razonable», también en el lenguaje común («sé razonable»), es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a «compromisos» en los que haya espacio no sólo para una, sino para muchas «razones»<sup>54</sup>.

La referencia a algún tipo de «razonabilidad» con el objetivo de encontrar soluciones para las controversias en sociedades plurales es común a las dos teorías de la razón práctica más influyentes después de la Segunda Guerra Mundial: la *razón pública* de Rawls y la *razón discursiva* de Habermas<sup>55</sup>. Este no es el lugar indicado para reconstruir las características específicas de estas dos teorías, su evolución interna o sus relaciones recíprocas<sup>56</sup>, lo que constituye uno de los debates filosóficos más interesantes de los últimos años<sup>57</sup>.

Aquello que resulta especialmente relevante para el tema aquí tratado son las características comunes a las dos majestuosas construcciones filosóficas. Para Rawls, la teoría de la «justicia como equidad» (*fairness*, no *equity*) tiene como pre-

<sup>51</sup> Nótese que Alexy es menos categórico que Dworkin en relación al problema de la «única respuesta correcta». La conocida «fórmula de la ponderación» –propuesta por Alexy en diferentes ocasiones, y últimamente en Alexy (2009: 9)– hace la teoría de la interpretación de Alexy más indeterminada respecto de aquella de Dworkin. Sobre la *One Right Answer Thesis*, véase, Schiavello (1998: 228).

<sup>52</sup> Dworkin (1989: 157) [trad. esp., p. 124].

<sup>53</sup> Dworkin (1982: 104) [trad. esp., p. 86].

<sup>54</sup> Zagrebelsky (1992: 203) [trad. esp., p. 147].

<sup>55</sup> Nótese, en primer lugar, que las posiciones de Rawls y Habermas difieren respecto de la de Zagrebelsky quien, en el pasaje citado, habla de soluciones “razonables” que “satisfacen a todos en la mayor medida permitida por las circunstancias”. Por el contrario, la teoría del *overlapping consensus* de Rawls no sirve para alcanzar acuerdos, ya que excluye las posiciones “irrazonables” del debate público. Véase, Rawls (1999: 31) [trad. esp., p. 38-39].

<sup>56</sup> Para una interesante reconstrucción de las líneas principales de estas dos líneas filosóficas, véanse los capítulos I y II de Ferrara (2000).

<sup>57</sup> Véanse Habermas (1996a); Rawls (1995). En este sentido, véase también Habermas (1996b); Ferrara (2004: 44).

condición necesaria –en sus diferentes formulaciones– una actitud «razonable» por parte de los ciudadanos de las democracias constitucionales contemporáneas. Esto implica que las personas «razonables» estén dispuestas a “proponer principios y normas como términos justos de cooperación y cumplir con ellos de buen grado, si se les asegura que las demás personas harán lo mismo”<sup>58</sup>.

Por el contrario, la ética del discurso habermasiana asume que la «validez» de una norma moral depende de los vínculos iniciales del procedimiento discursivo racional, a través del cual dicha norma es formulada<sup>59</sup>. Según Habermas, el término «validez» es sinónimo de aceptabilidad universal desde un punto de vista deontológico y cognitivista. El principio *U* es un principio moral imparcial que reconoce que una norma es válida “cuando todos pueden aceptar *libremente* las consecuencias y los efectos colaterales que se producirán previsiblemente del cumplimiento *general* de una norma polémica para la satisfacción de los intereses de *cada uno*”<sup>60</sup>.

Tanto Rawls como Habermas recurren a juicios sobre la racionalidad de los *finés* a partir del presupuesto según el cual la elección sobre los valores últimos no es –ni debe ser– de tipo emotivo. La «justicia como equidad» tiene como resultado la formulación de los principios de justicia<sup>61</sup> para el buen orden de sociedades complejas y plurales. Por su parte, la ética del discurso culmina en la elaboración de una serie de vínculos formales sobre los procedimientos discursivos cuya universalidad, neutralidad e inclusividad serían garantías del buen resultado de la deliberación, y no sólo –como parecería legítimo pensar– de la igualdad formal para participar en las decisiones públicas<sup>62</sup>.

Estas teorías hacen referencia al concepto de «razón argumentativa», vecina de la retórica de los antiguos –mirada con sospecha por parte de los científicos modernos<sup>63</sup>– y que se ha impuesto nuevamente en el debate filosófico, sobre todo con el movimiento alemán de la llamada «rehabilitación de la filosofía práctica»<sup>64</sup>. La racionalidad argumentativa<sup>65</sup>, como proceso de justificación, consiste en aducir «razones» (en el sentido de argumentos, no de demostraciones) en apoyo de una tesis. Estas «razones» se parecen a las «creencias y certezas del sentido común» de las que hablaba Wittgenstein, o al «saber práctico» de los neoaristotélicos de escuela heideggeriana. En la teoría contemporánea del Derecho aparecen como instrumentos de la llamada «teoría de la argumentación jurídica», que comienza con los estudios de Perelman<sup>66</sup>, y en la que por «pruebas» se entiende razones

<sup>58</sup> Rawls (1999: 133) [trad. esp., p. 67]. Véase también Rawls (2001: 220) [trad. esp., pp. 189].

<sup>59</sup> En relación a la noción habermasiana de «racionalidad formal», véase Habermas (2001); Petrucciani (2000: 139).

<sup>60</sup> Habermas (1985: 103) [trad. esp., p. 116]. También la teoría habermasiana ha sido modificada a lo largo de los años por parte de su autor. En *Facticidad y validez*, por ejemplo, el principio *U* quedaba englobado en un principio discursivo más general. Según el llamado principio *D*, “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”. (Habermas, 1996c: 131) [trad. esp., p. 172].

<sup>61</sup> Rawls (1982: 255) [trad. esp., p. 280].

<sup>62</sup> Sobre el tema de los llamados «falsos procedimentalismos», véase Pintore (2003: 76).

<sup>63</sup> Según Jean-Pierre Vernant «esta razón verbal es desde luego justificadora, por no decir teológica. Más que preguntar sobre lo real para investigar en qué medida nuestras teorías se percatan de esto, se plantea como tarea elaborar, a nivel de discurso, una argumentación al término de la cual todos los problemas aparezcan ordenados, todas las contradicciones suprimidas o superadas» (Vernant, 1998: 81) [trad. esp., p. 80].

<sup>64</sup> Véase Riedel (1972-1974).

<sup>65</sup> Atienza (2006: 203).

<sup>66</sup> Aquí no se está sosteniendo que la elaboración de Wittgenstein sobre «seguir una regla» sea equivalente a la hermenéutica de Gadamer o a la «nueva retórica» de Perelman. Tales teorías difieren profundamente tanto en sus aspectos epistemológicos como en aquellos morales. Sin embargo, el



argumentativas y persuasivas irreducibles a la evidencia demostrativa. Parafraseando a Perelman, Silvia Zorzetto sostiene que “la tesis central de la nueva retórica afirma que es razonable, sobre todo, aquello que suscita la adhesión del auditorio universal, lo que persuade a un auditorio privilegiado –imaginado por el retórico– compuesto por individuos razonables. Aquí razonabilidad y persuasión son, por decirlo de algún modo, los dos lados de la misma medalla”<sup>67</sup>.

Las diferentes teorías que recurren a la razón argumentativa tienen, por tanto, frecuentemente dos consecuencias: a) dejan de lado –cuando no prescindan completamente de– la razón demostrativa en favor de formas «lógicamente no deductivas de razonamiento». La racionalidad rigurosa<sup>68</sup> como instrumento del razonamiento político no parece poder garantizar la pacífica convivencia de intereses y valores sumamente diferentes, como sucede en las democracias contemporáneas<sup>69</sup>; b) la reconstrucción de nuevos criterios –comprendidos precisamente bajo la etiqueta «razonabilidad»– para identificar la *mejor* forma de convivencia posible.

Tales asunciones son frecuentes en la teoría jurídica contemporánea donde se sustituye un proceso de garantías formales –típicas de las concepciones iuspositivistas del «Estado de Derecho»– por nuevas asunciones de tipo cognitivista<sup>70</sup> que se presume que son más funcionales para la resolución de controversias dentro de los estados constitucionales. Dentro de este cuadro, la «razonabilidad» del Derecho deriva de lecturas morales de los textos constitucionales y de la positivización de los derechos fundamentales, denominados por Dworkin *creatures of morality*<sup>71</sup>.

El segundo significado de razonabilidad de la ley dentro de una teoría del Derecho neoconstitucionalista es, por tanto, *el resultado de razonamientos argumentativos a partir de la interpretación moral de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones contemporáneas*.

---

horizonte común es una profunda desconfianza hacia la posibilidad de emplear la racionalidad científica y demostrativa en el campo práctico. Cualquiera que tenga familiaridad con el pensamiento de Wittgenstein sabe que las reflexiones de las *Investigaciones filosóficas* (Wittgenstein, 1967) se basan en las conclusiones del *Tractatus Logico-Philosophicus* (Wittgenstein, 1989) donde se excluye la posibilidad de usar la lógica deductiva en todos los ámbitos no estrictamente científicos. La lapidaria conclusión de su obra más famosa recita: «de todo aquello que no se puede hablar, hay que callar».

<sup>67</sup> Zorzetto (2008: 20).

<sup>68</sup> Hablando de la retórica neoconservadora contemporánea, Ota de Leonardis señala que hoy «se subrayan los límites de la regulación estatal, su hipertrofia, su distancia respecto a los ciudadanos y la irrazonabilidad del criterio de racionalidad sobre el que se funda» (De Leonardis, 2002: 10).

<sup>69</sup> La tesis del «hecho del pluralismo» es formulada por Rawls: “una sociedad democrática moderna se caracteriza no sólo por la pluralidad de doctrinas comprensivas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí. Ninguna de estas doctrinas cuenta con el consenso de los ciudadanos en general. Ni tampoco deberíamos suponer que en un futuro previsible una de ellas, o alguna otra doctrina razonable, algún día sea suscrita por todos o casi todos los ciudadanos de esa sociedad. El liberalismo político presupone que, en cuanto a propósitos políticos, una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, aunque incompatibles entre sí, es el resultado normal del ejercicio de la razón humana dentro del marco de las instituciones libres de un régimen constitucional democrático” (Rawls, 1999: 5) [trad. esp., pp. 11-12].

<sup>70</sup> Este aspecto es válido también para Rawls. Sobre este punto en Rawls, véase Estlund (1998). Para una interpretación de las tesis rawlsianas desde una perspectiva pragmatista y no-cognitivista, véase Rorty (1994) y Berstein (1994), sobre todo capítulo 8.

<sup>71</sup> Dworkin (1984: 256). Véase también, García Figueroa (2009). En un sentido crítico, véase Laporta (2007: 71), donde se habla de los derechos como “criaturas del poder”.

## 5. Neoconstitucionalismo y cognitivismo ético

Con base en el análisis de las características comunes de los diferentes significados del término «razonabilidad» propuestos por los autores neoconstitucionalistas, me parece posible afirmar que existe un sustancial acuerdo entre tales autores sobre el cognitivismo ético como meta-ética de referencia. «Razonable» sería aquella característica de las leyes y de las sentencias que las hace compatibles con la estructura moral de las constituciones. «Razonabilidad», en resumen, corresponde a corrección ética, a justicia en sentido moral. Los teóricos de la razonabilidad derivan la legitimidad de los principios constitucionales –no tanto de su validez en relación al ordenamiento, fruto de batallas políticas, sino– a partir de una razón aminorada respecto al iusnaturalismo moderno.

Todo ello es criticable tanto desde el plano descriptivo como desde el normativo.

Hoy en día parece muy difundida la tesis según la cual las elecciones valorativas no son susceptibles de demostración<sup>72</sup>. No obstante, los neoconstitucionalistas consideran que ello equivale a decir que tales elecciones valorativas derivan de un acuerdo universal y razonable, y no de la persuasión. Sin embargo, ya los sofistas consideraban que tal acuerdo no puede ser nunca realmente universal ni definitivo. En el Teeteto de Platón, por ejemplo, las tesis sofistas parecen un manifiesto *ante litteram* del «relativismo»:

Pues lo que a cada ciudad le parece justo y recto, lo es, en efecto, para ella, en tanto lo juzgue así. Pero la tarea del sabio es hacer que lo beneficioso sea para ellas lo justo y les parezca así, en lugar de lo que es perjudicial<sup>73</sup>.

55

Más adelante, por boca de Sócrates, Platón insiste en el argumento afirmando que “tanto en lo justo, como en lo piadoso y en lo impío, están dispuestos a afrontar que nada de esto tiene por naturaleza una realidad propia, sino que la opinión de una comunidad se hace verdadera en el momento [en] que a ésta se lo parece y durante el tiempo que se lo parece”<sup>74</sup>. En términos similares, Alf Ross afirma:

El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno, que hará del derecho algo más que la obra de seres humanos y librerá al legislador de las penurias y las responsabilidades de una decisión. La fuente de la validez trascendente del derecho ha sido buscada en una mágica ley del destino de la voluntad de Dios, o en una captación racional absoluta. Pero la experiencia muestra que las doctrinas que los hombres han construido sobre estas fuentes, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y a la persona.<sup>75</sup>

Pasando a las críticas prescriptivas al neoconstitucionalismo, vuelven a aparecer problemas ya típicos del iusracionalismo. En efecto, el cognitivismo ético corre el peligro de caer en contradicción con los principios de tolerancia y pluralismo que intenta proteger, del mismo modo que le sucedió a la anti-dogmática razón ilustrada, divinizada durante el terror jacobino<sup>76</sup>. El abandono de los instrumentos

<sup>72</sup> Ya David Hume afirmaba que “ha sido una opinión muy activamente propagada por ciertos filósofos la de que la moralidad es susceptible de demostración, y aunque nadie haya sido nunca capaz de dar un solo paso en estas demostraciones, sin embargo se da por supuesto que esa ciencia puede ser llevada a la misma certeza que la geometría o el álgebra” (Hume, 1971: 490) [trad. esp., p. 626].

<sup>73</sup> Platón (1999: 167c).

<sup>74</sup> Platón (1999: 172 b).

<sup>75</sup> Ross, A. (2001): 241 [trad. esp., p. 319].

<sup>76</sup> Sobre este punto, véanse las reflexiones de Remo Bodei (2007: 479) [trad. esp., pp. 451].



consolidados por el positivismo jurídico, además, entraña el riesgo de que se deje de lado el análisis acerca de si las normas han sido creadas respetando las reglas formales y sustanciales para la producción del Derecho. Dicho con otras palabras: sin instrumentos como la racionalidad no parece posible perseguir estándares de certeza, coherencia e igualdad formal, los cuales constituyen la base del «Estado de Derecho». Pretender que sea la *justicia moral* –independientemente de lo que se entienda con tal expresión– la que limite el arbitrio de los gobernantes parece una pretensión, por lo menos, ambiciosa. Más razonable, en el sentido de «probablemente más útil al objetivo», parece ser defender el Estado de Derecho también mediante nuevas garantías tales como la rigidez de las constituciones o el control de constitucionalidad.

Llegados a este punto, sin embargo, es todavía necesario responder a la objeción de quien recuerda que el neoconstitucionalismo puede ser interpretado como una forma de cognitivismo moral en algún sentido «situado»: una moral objetivamente válida para el aquí y el ahora, en la medida en que sería ampliamente aprobada en una época de gran consenso sobre los ideales democráticos y sobre los derechos humanos. Sin embargo, esta visión no sólo parece peligrosamente optimista, sino que además parece un potente instrumento de justificación del *status quo*<sup>77</sup> mediante categorías racionales.

Norberto Bobbio señaló que la justificación racional de lo existente es común a la defensa de los Estuardo por parte de Hobbes –la aproximación es tan insólita como acertada– y a la del Estado burocrático prusiano por parte de Hegel. Precisamente en relación a Hobbes, Bobbio (2004: 66) afirma:

Lo que sus contemporáneos no pudieron comprender fue que el Leviatán era el gran estado moderno que nacía de las cenizas de la sociedad medieval. Tomaron a su autor por un escéptico, por un cínico, incluso por un libertino, mientras él era antes que nada un observador sin prejuicios que asistía, humanamente horrorizado pero filosóficamente impasible, al nacimiento de un gran acontecimiento cuya causa y cuyo fin trató de comprender. Y estaba tan convencido de la exactitud geométrica de su construcción como para hacer una descripción – como Hegel – que era una justificación, en lo que lo real era racional, y lo que era como lo que tenía que ser. Como todos los realistas, que se ríen de todos aquellos que confunden sus deseos con realidades, también Hobbes acabó, como Hegel, confundiendo la realidad más cruel por lo que era más deseable<sup>78</sup>.

## Bibliografía

- ABBAGNANO, N. (1998), *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino  
 ABBAGNANO, N. (1998), *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México DF.  
 ALEXY, R. (1989), “On Necessary Relation between Law and Morality”, *Ratio Juris*, Vol. 2, Núm. 2, pp. 167-183  
 ALEXY, R. (1998), “Sobre las relaciones necesarias entre derecho y moral”, en VÁZQUEZ, R. *Derecho y Moral*, Paidós, Barcelona.

<sup>77</sup> Según Riccardo Guastini, “La tesis según la cual el derecho nace no del legislador sino de las «costumbres», de la «conciencia social», de las «dinámicas» sociales o de cosas parecidas – a menos que se circunscriba irreflexivamente la noción de derecho sólo a las normas consuetudinarias – no sólo es históricamente falsa sino también simpáticamente reaccionaria. Implica, por decir una banalidad, que el *Code Napoléon*, aunque hiciera tabula rasa de las relaciones feudales, maduró precisamente en las costumbres de la sociedad feudal. Y esto es su lado históricamente falso. Pero implica también que ninguna reforma del derecho vigente sea posible (ni legítima) hasta que la necesidad de la reforma misma no se manifieste en las costumbres o en la conciencia social. Y este es su lado reaccionario” (Guastini, 2007: 1374).

<sup>78</sup> [trad. esp., pp. 100-101].

- ALEXY, R. (1996), "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris*, Vol. 9, Núm. 3, pp. 209-235.
- ALEXY, R. (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (1997), *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino.
- ALEXY, R. (2002), *Concepto y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (2002), "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", *Ars Interpretandi*, Núm. 7, pp. 131-140.
- ALEXY, R. (2009), "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, Núm. 11, pp. 3-14.
- ALEXY, R. (2009), "The Reasonableness of the Law". en BONGIOVANNI, G., SARTOR, G. y VALENTINI, C., *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, pp. 5-15.
- ALLEN, C.K. (1958), *Aspects of Justice*, Stevens, London.
- ARISTÓTELES (1998), *Ética nicomachea*, Rizzoli, Milano.
- ARISTÓTELES (1989), *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M. (2006), *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, M. y CHIASSONI, P. (2010), "Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero", *Análisis e diritto*, Núm. 3, pp. 289-321.
- AZZONI, G.M. (1991), *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, FrancoAngeli, Torino.
- BARBERIS, M. (1986), "Equità", *il Mulino*, Núm. 2, pp. 304-312.
- BARBERIS, M. (2000), "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", *Ragion pratica*, Núm. 14, pp. 147-162.
- BARBERIS, M. (2003), "Neoconstitucionalismo, democrazia e imperialismo de la moral", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- BARBERIS, M. (2008a), *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino.
- BARBERIS, M. (2008b), "Tutta un'altra storia. Equity, diritto e letteratura", *Ética & Política*, Vol. X, Núm. 1, pp. 143-150.
- BARBERIS, M. (2012), "Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo dei valori", *Teoria politica*, Núm. 2, pp. 189-203.
- BARONCELLI, F. (2004), "Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane", *diario*, 26 de noviembre, pp. 36-37.
- BERNSTEIN, R. (1991), *The New Constellation*, Polity, 1991.
- BERNSTEIN, R. (1994), *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno*, Feltrinelli, Milano.
- BIN, R. (2002), "Ragionevolezza e divisione dei poteri", *Diritto e questioni pubbliche*, Núm. 2, pp. 115-131.
- BOBBIO, N. (2004), "La teoría política de Hobbes", *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO, N. (1991), *Thomas Hobbes*, Plaza y Janés, Madrid.
- BODEI, R. (2007), *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Feltrinelli, Milano.
- BODEI, R. (1995), *Geometría de las pasiones*, Muchnik, Barcelona.
- BULYGIN, E. (2000), "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, Vol. 13, Núm. 2, pp. 133-137.
- BULYGIN, E. (2001), "Alexy y el argumento de la corrección", en Alexy, R. y Bulygin, E., *La pretensión de corrección en el derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- CARBONELL, M. (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CARPI, D. (2007), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Winter, Heidelberg.
- CHIODI G.M. (1989), *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli.



- CHIODI G.M. (2000), *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino.
- CICERONE (1987), *De officiis*, Rizzoli, Milano.
- CICERÓN (1943), *De los oficios*, Espasa-Calpe, Madrid.
- CIULEI, G. (1972), *L'équité chez Ciceron*, Hakkert, Amsterdam.
- COMANDUCCI, P. (1999), "Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio", en BIANCHINI, M. y VIARENGO, G., *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino.
- COMANDUCCI, P. (2002), "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica", en MAZZARESE, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- COMANDUCCI, P. (1993), "Formas de neocostituzionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, M., *Neocostituzionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CONTE A.G. (1985), "Materiali per una tipologia delle regole", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Núm. 15, pp. 343-368.
- CUONO, M. (2011), "Sul potere arbitrario. Esercizi di ridefinizione", *Teoria politica*, Núm. 1, pp. 407-423.
- D'AGOSTINO, F. (1973), *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano.
- D'AGOSTINO, F. (1977), *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino.
- D'ANDREA, L. (2002), *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- D'AVACK, L. y RICCOBONO, F. (2004), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli.
- DE GIORGI, A. (2009), "Arbitrio", en FLORODI, L. y TERRAVECCHIA, G.P., *Le parole della filosofia contemporanea*, Carocci, Roma.
- DE LEONARDIS, O. (2002), *In un diverso welfare. Sogni e incubi*, Feltrinelli, Milano.
- DEVOTO-OLI (1997), *Dizionario della lingua italiana*, UTET, Torino.
- DOGLIANI, M., ATIENZA, M., GUASTINI, R. y SALAZAR UGARTE, P. (2011), "Neocostituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?", *Teoria politica*, Núm. 1, pp. 129-168.
- DWORKIN, R. (1982), *I diritti presi sul serio* (1977), il Mulino, Bologna.
- DWORKIN, R. (2002), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1984), "A Reply by Ronald Dworkin", en COHEN, M., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa.
- DWORKIN, R. (1989), *L'impero del diritto*, Il saggiatore, Milano.
- DWORKIN, R. (2008), *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- ESTLUND, D. (1998), "The Insularity of the Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit the Truth", *Ethics*, Vol. 118, Núm. 2, pp. 292-275.
- FERRAJOLI, L. (2010), "Neocostituzionalismo principialista e neocostituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 55, Núm. 3, pp. 2771-2771.
- FERRAJOLI, L. (2012), "Constituzionalismo principialista y costituzionalismo garantista", *Doxa*, Núm. 34, pp. 15-54.
- FERRARA, A. (2000), *Giustizia e giudizio*, Laterza, Roma-Bari.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009), *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstituzionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (1987), "Analogia", en *Digesto delle discipline civilistiche*, I, UTET, Torino, pp. 320-329.
- GIANFORMAGGIO, L. (1995), *Filosofía e crítica del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GOMETZ, G. (2008), *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Ets, Pisa.
- GUASTINI, R. (2007), "Sostiene Baldassarre", *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 52, Núm. 2, pp. 1373-1383.
- GUASTINI, R. (2011), "A proposito di neo-costituzionalismo", *Teoria politica*, Núm. 1, p. 147-158.
- HABERMAS, J. (1985), *L'etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari.
- HABERMAS, J. (1991), *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Madrid.

- HABERMAS, J. (1996a), "Per la critica del liberalismo politico di John Rawls", *Micromega. Almanacco di filosofia*, suppl. del Núm. 5/95, pp. 26-50.
- HABERMAS, J. (1998), "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en HABERMAS, J. y RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. (1996b), "L'insostenibile contingenza della giustizia", *Micromega*, Núm. 5, pp. 127-154.
- HABERMAS, J. (1996c), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano.
- HABERMAS, J. (2010), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, J. (2001), "Diritto e morale", *Morale, Diritto e Politica*, Edizioni di Comunità, Torino.
- HART, H.L.A. (2002), *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino.
- HART, H.L.A. (2004), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HUME, D. (1971 [1739]), *Trattato sulla natura umana. Opere*, vol. I, Laterza, Roma-Bari.
- HUME, D. (1998), *Tratado sobre la naturaleza humana*, Tecnos, Madrid.
- KANT, I. (1999 [1790]), *Critica della facoltà di giudizio*, Einaudi, Torino.
- KANT, I. (1999), *Critica del juicio*, Austral, Madrid.
- KANT, I. (2001 [1798]), *Antropología Pragmática*, Laterza, Roma-Bari.
- KANT, I. (1990), *Antropología Práctica*, Tecnos, Madrid.
- LAPORTA, F. (2007), *El imperio del ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- LEIBNIZ G.W. (1951 [1703]), "Se la giustizia sia arbitraria", *Scritti politici e di diritto naturale*, UTET, Torino.
- LEIBNIZ G.W. (2001), *Escritos de filosofía política y jurídica*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- LEIBNIZ, G.W. (1967 [1714]), *Monadologia. Scritti filosofici, Vol. I*, UTET, Torino.
- LEIBNIZ, G.W. (1994), *Monadología: principios de la naturaleza de la gracia*, Universidad Complutense, Madrid.
- LOCKE, J. (1971 [1690]), *Saggio sull'intelletto umano*, UTET, Torino.
- LOCKE, J. (1956), *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Fondo de Cultura Económica, México.
- LUNDSTEDT, V. (1952), *Law and Justice*, Almqvist & Wiksell, Stockolm.
- MAITLAND, F.W. (1979 [1909]), *L'equità*, Giuffrè, Milano.
- MANIACI, G. (2008), *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino.
- MAZZARESE, T. (2002), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- MODUGNO, F. (2009), *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- NEWMAN, R.A. (1974), *Equity in the World's Legal System*, Edinburgh University Press, Edinburg.
- PETRUCCIANI, S. (2000), *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari.
- PINNA PAGLIARINI P. (1969), *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica*, Gallizzi, Sassari.
- PINNA PAGLIARINI P. (1973), *Aequitas in libera republica*, Giuffrè, Milano.
- PINTORE, A. (2003), *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- PLATÓN (1999), *Teeteto*, Laterza, Roma-Bari.
- PLATÓN (1900), *Diálogos*, Editorial Gredos, Madrid.
- POZZOLO, S. (2001), *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino.
- POZZOLO, S. (2011), *Neoconstituzionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2011.
- RADBRUCH, G. (2002), "Ingiustizia legale e diritto sovralegale" (1946), en CONTE, A.G., DI LUCIA, P., FERRAJOLI, L. y IORI, M., *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano.





- RADBRUCH, G. (1971), "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes", en RADBRUCH, G., SCHMITT, E. y WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid.
- RAWLS, J. (1982 [1971]), *Una teoría della giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- RAWLS, J. (2003), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México DF.
- RAWLS, J. (1996), "Risposta a Jürgen Habermas", *Micromega. Almanacco di filosofia*, suppl. del Núm. 5/95, pp. 51-106.
- RAWLS, J. (1998), "Réplica a Habermas", en HABERMAS, J. y RAWLS, G., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona.
- RAWLS, J. (1999), *Liberalismo político*, Edizioni di Comunità, Torino.
- RAWLS, J. (1995), *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- RAWLS, J. (2001), "Un riesame dell'idea di ragione pubblica", *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino.
- RAWLS, J. (2001), *El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona.
- RIEDEL, M. (1972-1974), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg.
- RORTY, R. (1994), "La priorità della democrazia sulla filosofia", *Scritti filosofici, Vol. I*, Laterza, Roma-Bari.
- RORTY, R. (1996), "La prioridad de la democracia sobre la filosofía", *Objetividad, relativismo y verdad*, Paidós, Barcelona.
- ROSS, A. (2001 [1959]), *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino.
- ROSS, A. (1995), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
- SCACCIA, G. (2000), *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- SCARPELLI, U. (1988), "Classi logiche e discriminazione dei sessi", *Lavoro e diritto*, pp. 615-622.
- SCHIAVELLO, A. (1998), *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino.
- SELDEN, J. (1689), *Equity*, in *Table-Talk: Being the Discourses of John Selden*, J.M. Dent, London.
- SOFOCLE (1997), *Antigone*, Rizzoli, Milano.
- SÓFOCLES (1992), *Tragedias*, Gredos, Madrid.
- SPADARO, A. (2006), "Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali", *Politica del diritto*, Vol. XXXVII, Núm. 1, pp. 167-181.
- VERNANT, J.-P. (1998), *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina, Milano.
- VERNANT, J.-P. (2002), *Entre mito y política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- WITTGENSTEIN, L. (1967 [1953]), *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino.
- WITTGENSTEIN, L. (2008), *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona.
- WITTGENSTEIN, L. (1989 [1922]), *Tractatus Logico-Philosophicus*, Einaudi, Torino.
- WITTGENSTEIN, L. (2007), *Tractatus Logico-Philosophicus*, Tecnos, Madrid.
- ZAGREBELSKY, G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- ZAGREBELSKY, G. (1995), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.
- ZORZETTO, S. (2008), *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano.