# Decidir caso por caso

## FIGURAS DE PODER ARBITRARIO

MASSIMO CUONO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

## MASSIMO CUONO

ES LICENCIADO Y MAESTRO EN FILOSOFÍA por la Universidad de Roma "La Sapienza"; doctor en Estudios Políticos Europeos y Euroamericanos por la Universidad de Turín.

Desde 2021 es profesor asociado de filosofía política en el Departamento de Cultura, Política y Sociedad, en la Universidad de Turín. Desde 2018 es coordinador científico de la Bienal Democracia (Biennale Democrazia) y desde 2014 es integrante del Consejo Directivo de la Unione Culturale "Franco Antonicelli", de Turín. Durante 2016 y 2017 fue investigador asociado del Centre de Recherche Économie, Société et Culture (CRESC) de la Universidad Politécnica Mohammed VI, de Rabat, Marruecos. Realizó una estancia de investigación en el Departamento de Ciencias Políticas en la New School for Social Research, en Nueva York, entre 2006 y 2007.

Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: "Vértigo" (en coautoría), en *Atlas político de las emociones*, España, Trotta, 2024, y "Excepción, necesidad, urgencia. Los anteojos deformantes de la emergencia", en *Democracia, Estado de derecho y COVID-19. Una mirada desde Italia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024.

# DECIDIR CASO POR CASO

*Figuras de poder arbitrario*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 425

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró
*Directora*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
*Secretario Académico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
*Secretaria Técnica*

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
*Coordinación editorial*

Roberto Zavaleta Cornejo
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez
*Diseño* y *elaboración de portada*

MASSIMO CUONO

# DECIDIR CASO POR CASO

## *Figuras de poder arbitrario*

PAULINA BARRERA ROSALES
*Traductora*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2026

Libro completo en https://tinyurl.com/nhhr944n
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026

**Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información**

**Nombres:** Cuono, Massimo, autor. | Barrera, Paulina, traductora.

**Título:** Decidir caso por caso : figuras de poder arbitrario / Massimo Cuono ; Paulina Barrera Rosales, traductora.

**Otros títulos:** Decidere caso per caso. Español.

**Descripción:** Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2025. | Serie: Serie Estudios jurídicos ; núm. 425.

**Identificadores:** LIBRUNAM 2270263 (impreso) | LIBRUNAM 2270368 (libro electrónico) | ISBN 9786075876849 (impreso) | ISBN 9786075876856 (libro electrónico).

**Temas:** Poder (Derecho). | Derecho -- Aspectos políticos. | Práctica del derecho. | Estado de derecho.

**Clasificación:** LCC K487.P68.C8618 2025 (impreso) | LCC K487.P68 (libro electrónico) | DDC 340.1 —dc23

Traducción del original en italiano de Paulina Barrera Rosales.
Título original: *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario.*
© 2013 Marcial Pons.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 21 de agosto de 2025
Primera edición electrónica: 20 de febrero de 2026

DR © 2026. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México
ISBN (libro impreso): 978-607-587-684-9
ISBN (libro electrónico): 978-607-587-685-6

Impreso y hecho en México

Libro completo en https://tinyurl.com/nhhr944n
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026

# CONTENIDO

Prólogo . . . . . XI
Paulina Barrera Rosales
Premisa . . . . . XVII
Introducción. La política de lo particular . . . . . 1

Capítulo primero
ARBITRARIO COMO IRRACIONAL . . . . . 17
I. La razón como límite al poder . . . . . 17
II. Poder arbitrario y poder limitado. . . . . 24
III. El tirano insensato . . . . . 31
IV. El tirano impío . . . . . 36
V. El tirano inflexible . . . . . 42

Capítulo segundo
ARBITRARIO COMO ILEGAL . . . . . 53
I. La ley como límite al poder . . . . . 53
II. El gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes . . 59
III. La ley: gobierno *sub lege* y gobierno *per leges* . . . . . 69
IV. Los hombres: el héroe, el sabio, el justo . . . . . 72
V. Poder extraordinario y gobierno por decretos . . . . . 77

CAPÍTULO TERCERO
ARBITRARIO COMO DISCRIMINATORIO . . . . . 91
I. La igualdad como límite al poder. . . . . 91
II. La justicia como igualdad . . . . . 97
III. Los criterios de justicia . . . . . 102
IV. Formulaciones históricas del principio de igualdad . . 109
V. La construcción de la categoría de iguales . . . . . 117

CAPÍTULO CUARTO
ARBITRARIEDAD Y RAZONABILIDAD . . . . . 127
I. Particular, pero razonable. . . . . 127
II. Irrazonable como injusto . . . . . 133
III. Irrazonable como inequitativo . . . . . 140
IV. Irrazonable como inmoral . . . . . 149
V. ¿La razonabilidad como límite al poder? . . . . . 157

CAPÍTULO QUINTO
HÉROES, SABIOS, REFORMADORES. UNIVERSAL Y PARTICULAR . . . . . 163

Bibliografía . . . . . 177

Libro completo en https://tinyurl.com/nhhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026

# PRÓLOGO

Durante la última década se ha intensificado el uso de algunos términos que, por lo general, reciben una connotación negativa y contraria al adjetivo "democrático" en el lenguaje común, pero también en las discusiones académicas. Aunque palabras como "autoritario", "dictatorial", "tiránico" y otras, siempre han estado presentes en los discursos sobre la vida pública —la tentación por calificar de esta manera a los proyectos y personas con las que no estamos de acuerdo es muy grande— en los últimos años, se ha multiplicado la producción académica sobre una aparente tendencia al retroceso democrático[1] y, con ella, la necesidad de emplear los términos con los que calificamos a los regímenes contemporáneos de una manera más rigurosa.

En el presente libro, Massimo Cuono parte de la noción de "poder arbitrario" para afrontar un problema central en la transformación de las democracias contemporáneas: la renuncia a la generalidad del derecho frente a formas modernas de decisionismo, las cuales justifican el abandono de reglas generales y abstractas —diseñadas para salvaguardar principios como la igualdad y la seguridad jurídica— en nombre de la eficacia, la necesidad o la razonabilidad de las decisiones particulares. Para ello, elabora un análisis del concepto de "poder arbitrario" que le permita identi-

[1] Croissant y Tomini señalan que una búsqueda bibliométrica de las revistas en el Índice de Citas de Ciencias Sociales (*Social Science Citation Index*) muestra un crecimiento exponencial de los términos "democratic backsliding", "autocratization" y "democratic deconsolidation" en el periodo de 2010 a 2023. *Cfr.* Croissant, Aurel, y Tomini, Luca, "Introduction", en Croissant, Aurel, y Tomini, Luca, (eds.) *The Routledge Handbook of Autocratization*, Londres, Routledge, 2024, p. 27.

ficar las condiciones en las que el poder busca justificarse y actuar desde lo particular: una voluntad, un juicio o un interés que no reconoce más límite que sí mismo.

Su argumento central es que "decidir caso por caso" no se refiere simplemente a una técnica de gobierno, sino que es síntoma de una política liberada de los límites que los criterios generales o compartidos representan para el ejercicio del poder. El poder arbitrario se caracteriza por ser un poder basado en una visión particular de la toma de decisiones colectivas, la cual defiende la excepcionalidad, la "política de lo particular", así como la eficacia y la rapidez de las decisiones técnicas por encima de las que son adoptadas por los órganos representativos luego de un proceso deliberativo, sustenta y fortalece muchas propuestas para responder a los problemas actuales, desde las que proponen el estado de excepción para combatir al terrorismo o a la delincuencia organizada, hasta aquellas detrás de las teorías que parten de nociones como gobernabilidad, razonabilidad y gobernanza o *governance*.

Sin duda, la rigurosa reconstrucción de los diferentes significados de la noción del poder arbitrario es una característica digna de resaltar de este libro. Sin embargo, a mi parecer, uno de los aportes más interesantes y significativos para la teoría jurídica y política es que el autor somete a evaluación las "razones" con las que se suele defender el ejercicio de un poder particular (¿arbitrario?) por parte de los *órganos jurisdiccionales*, específicamente aquellos que deciden sobre cuestiones de constitucionalidad. Cuono reconoce que una de las manifestaciones más comunes de lo que denomina la "política de lo particular" es aquella en la que se busca justificar el reforzamiento del órgano ejecutivo, de manera que sea libre para resolver una situación excepcional, pero la justificación de lo particular no sólo busca legitimar las decisiones políticas, también sirve para intentar legitimar y justificar las decisiones de los órganos *jurisdiccionales*, en específico aquellos que deciden en materia de constitucionalidad.

El autor advierte que "[l]a 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, como

tal, no está exento de la necesidad de imponerle restricciones y límites. La multiplicación de las "justificaciones" a las que se recurre para abonar a su discrecionalidad constituye una ampliación de los márgenes de arbitrio de los órganos jurisdiccionales".[2] Su anotación remite, inevitablemente, a una de las observaciones más comunes que surgen al momento de acercarnos al estudio de la labor jurisdiccional: que las personas juzgadoras poseen una facultad *discrecional, pero no arbitraria*, para interpretar y decidir sobre los casos que llegan a su escritorio. En este libro, el autor orienta la reflexión sobre el poder arbitrario, en especial hacia los argumentos que buscan justificar márgenes de discrecionalidad demasiado amplios en lo que respecta a la labor de las personaz juzgadoras.

Los primeros tres capítulos de este libro desarrollan los diferentes significados de la palabra *arbitrario* en relación con el ejercicio del poder. Éste puede ser *irracional*, o libre de las ataduras de la razón; *ilegal* o libre de los impedimentos impuestos por disposiciones generales; y *discriminatorio* porque es libre de decidir según su propia visión y juicio de un problema determinado. El cuarto capítulo parte de estos tres significados (discriminación, ilegalidad e irracionalidad) para analizar los argumentos con los que se podría buscar defender —y algunas corrientes jurídicas efectivamente lo hacen— que las personas juzgadoras se aparten de la generalidad de la norma para ejercer un poder particular.

En el caso del poder arbitrario como poder que *discrimina*, se puede intentar justificar la particularidad de la decisión respecto del *contenido* de la norma. En esta línea de argumentación sería razonable que exista un trato distinto del que establece la norma para asegurar el principio de igualdad material y superar los obstáculos que enfrentan grupos históricamente excluidos y oprimidos. El poder arbitrario como poder *ilegal* es concerniente a la *forma* de la norma, ya que justifica la inaplicación de una norma por parte de las personas juzgadoras en un caso concreto. Por último, el autor identifica una relación entre el poder arbitrario como poder *irracional* con las justificaciones del proceso jurisdiccional

[2] *Ibidem*, p. 110.

que proponen las teorías neoconstitucionalistas y las implicaciones cognitivistas de algunos de sus postulados desde un punto de vista ético. Con frecuencia se adoptan posturas de este tipo cuando se presenta alguna situación excepcional que justifica (según quienes proponen como solución) el hecho de flexibilizar o eliminar dichos límites para permitir que el poder resuelva situaciones particulares, confiando en su capacidad y juicio para solventarlos.

Cuono observa que las preocupaciones de quienes creen que los márgenes de acción excesivos preparan el camino para los abusos de poder tienen menor aceptación en la actualidad que aquellas que advierten contra los riesgos de la aplicación de normas rígidas e incapaces de resolver los problemas concretos y particulares que se presentan. La advertencia vale para las teorías neoconstitucionalistas o principialistas como para otras que, con acercamientos teóricos diferentes, adoptan la defensa de un modelo "de lo *particular*" para la función jurisdiccional si es que este órgano puede contribuir a la realización de ciertos valores que justifican su actuar libre de ataduras. Detrás de la defensa del modelo teórico que se funda sobre los valores de lo *universal* se encuentra, por el contrario, la desconfianza por el ejercicio del poder y la consecuente necesidad de limitarlo.

En las reflexiones conclusivas, el autor refrenda su convencimiento por la defensa de ciertos valores universales frente a la "política de lo particular" que caracterizan al constitucionalismo, como expresión más reciente del paradigma del "gobierno de las leyes" frente al "gobierno de los hombres". Si bien reconoce que las disposiciones normativas, así como las decisiones políticas y judiciales son adoptadas por seres humanos —y eso necesariamente incluye e implica márgenes de arbitrio que ninguna ley general o regla racional puede erradicar—, sostiene que esto no debilita las razones para defender el paradigma universal, que entiende como "una barrera a las decisiones tomadas caso por caso por el gobernante sin límites y sin restricciones, incluso si se admiten y conceden todas las advertencias ilustradas"[3] en el volumen.

[3] *Ibidem*, p. 136.

*Decidir caso por caso* fue escrito originalmente en italiano y publicado en 2014 por la prestigiosa editorial Marcial Pons. Muchas de las referencias, como artículos constitucionales, proyectos de ley, o los significados de ciertas palabras en el diccionario, están pensados para un público italiano y son de hace poco más de una década. Sin embargo, el tema que afronta es de suma relevancia para cualquier sistema jurídico y político. Recientemente, el autor reiteró la importancia por reflexionar sobre estos modelos alternativos para pensar los problemas jurídicos y políticos contemporáneos. Incluso, subraya que "ante reformas constitucionales que ponen en cuestión la estructura misma de todo el sistema —como en el caso de algunas involuciones en curso en países de Europa del Este— podríamos invocar interpretaciones sistemáticas para denunciar la inconsistencia entre normas constitucionales, pero el problema persiste [y] se complica aún más si ampliamos la mirada a la interpretación constitucional".[4]

En México, el interés por estas reflexiones se ha renovado a partir de la reforma constitucional al Poder Judicial de 2024. La presente traducción, publicada ahora por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, responde a la necesidad de profundizar en lo que solemos llamar poder arbitrario, de conocer las coordenadas en las que se discute la arbitrariedad, los argumentos de quienes buscan justificarla, y de reflexionar sobre la posibilidad del ejercicio del poder arbitrario no sólo por parte de los órganos ejecutivos (y legislativos), sino también por los jurisdiccionales.

Paulina BARRERA ROSALES
*Ciudad de México, primavera de 2025*

[4] Cuono, Massimo, "Il malgoverno della legge. Il lavoro sporco dell'avvocato del diavolo" en Calvo, Roberto (ed.), *La ragione e il buon gusto sono passeggeri, Studi in onore di Ermanno Vitale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, p. 68.

Libro completo en https://tinyurl.com/nhhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026

# PREMISA

Quienes defienden que las decisiones políticas sean tomadas sobre la base de reglas generales se oponen al carácter caprichoso e inconstante del poder desenfrenado y cuestionan, por tanto, la tendencia a "decidir caso por caso". Por el contrario, quienes apoyan una concepción del poder más rápida y eficiente, capaz de liberar la toma de decisiones de la rigidez de las arquitecturas procesales y regulatorias de los Estados burocráticos modernos, reivindican la posibilidad de "decidir caso por caso". La oposición entre el gobierno de los hombres —flexible y eficaz— y el gobierno de las leyes —rígido y garantista— es un tema clásico de reflexión política. La idea de volver a proponerlo hoy surge de la necesidad de restaurar herramientas teóricas para abordar los problemas de una época en la que la historia milenaria de planificación teórica y construcción práctica de barreras al poder en sus diversas formas parece (¿temporalmente?) inactivo.

Este libro reconstruye, aborda y clasifica las críticas vertidas contra el poder de "decidir caso por caso", un poder que se pretende libre —en parte o en su totalidad— de restricciones y límites. Las advertencias contra los riesgos de normas rígidas hoy parecen gozar de mayor aceptación que las preocupaciones de quienes creen que los márgenes excesivos de arbitrariedad son el precursor de cualquier abuso de poder. Esto parece evidente en una amplia gama de circunstancias: hay quienes buscan el diseño de sistemas políticos *eficientes*, aumentando el poder del Ejecutivo respecto al Legislativo; hay quienes proponen nuevos procedimientos para la toma de decisiones colectivas, desligados de las regularidades consolidadas de las asambleas democráticas; hay quienes apoyan la necesidad de derogar las piedras angulares del

Estado de derecho para hacer frente a las emergencias más dispares, ya sean naturales, políticas o, incluso, económicas. En mi opinión, este marco incluye las teorías que comúnmente apelan a nociones como gobernabilidad, gobernanza y emergencia, pero también a la de razonabilidad, término clave para defender nuevos márgenes de arbitrariedad de decisiones que, si no pueden ser racionales en el sentido weberiano, al menos podrían ser razonables en el sentido dworkiniano. La referencia a las "figuras de poder arbitrario" indica el camino recorrido con el objetivo de esclarecer una noción tan frecuente como confusa. La clasificación de los argumentos críticos frente a un poder acusado de arbitrariedad constituye el enfoque propuesto para analizar los distintos problemas relacionados con los límites impuestos a las decisiones del gobernante en nombre de la *razón*, la *ley* y la *igualdad*.

El camino de investigación que condujo a este libro comenzó durante los años de mi doctorado en el entonces Departamento de Estudios Políticos de la Universidad de Turín. Quiero agradecer a Michelangelo Bovero, quien siguió la obra en todas sus fases, soportando infinitas reformulaciones tanto del proyecto global como de cada detalle. La investigación se benefició de un período de estudio en la New School for Social Research de Nueva York y continuó gracias a dos becas postdoctorales en el entonces Departamento de Economía, Instituciones y Sociedad de la Universidad de Sassari, y, posteriormente, en el Departamento de Culturas, Política y Sociedad de la Universidad de Turín. Durante estos años he tenido la suerte de trabajar en un clima lleno de estímulos y apoyos, a pesar de las condiciones precarias en las que se encuentra la universidad italiana. Además, he tenido la oportunidad de intercambiar opiniones con muchos colegas y amigos que contribuyeron a las reflexiones que subyacen a este volumen con una lectura de versiones preliminares y con la discusión de los problemas abordados: Matilde Adduci, Amando Basurto, Fabrizio Cattaneo, Erika Cristina, Francesco Frisari, Andrea Greppi, Man Kwon Kim, Alfio Mastropaolo, Patricia Mindus, Virgilio Mura, Álvaro Núñez Vaquero, Giovanni

Pagano, Valentina Pazé, Davide Pellegrino, Geminello Preterossi, Gianfranco Ragona, Daniela Rana, Jacopo Rosatelli, Raffaella Sau, Ermanno Vitale y Federico Zappino.

Por otra parte, agradezco a todos los participantes del Seminario de Filosofía Política y en el Seminario Italo-Español-Francés de Filosofía del Derecho, donde presenté algunos trabajos preparatorios, recibiendo atentos y generosos comentarios. Reconozco a Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, quienes aceptaron publicar el libro en su nueva y prestigiosa serie.

Le doy las gracias también a mi familia, en sentido estricto y extendido, que nunca ha dejado de brindarme el apoyo necesario.

Mi mayor agradecimiento es para Irene, a quien está dedicado este libro, por innumerables razones, entre ellas las relecturas y discusiones hasta altas horas de la noche, que son sólo una pequeña muestra, aunque especialmente valiosa.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026.c1

# INTRODUCCIÓN. LA POLÍTICA DE LO PARTICULAR

En una entrevista televisiva concedida durante el rodaje de *Salò*, Pier Paolo Pasolini afirmó: "nada es más anárquico que el poder, el poder prácticamente hace lo que quiere. Y lo que el poder quiere es completamente arbitrario, o le viene dictado por sus necesidades económicas que escapan a la lógica común".[1] Este ejemplo muestra cómo la expresión "poder arbitrario" se usa comúnmente con énfasis retórico y con fines persuasivos.[2] La connotación mayoritariamente negativa desde el punto de vista axiológico se refiere a la combinación de las dos nociones —poder y arbitrio— que, por separado, se expresan más frecuentemente en términos neutros.

Aunque en la historia del pensamiento político no faltan teorías del poder con connotaciones axiológicas, esta noción significa, en términos muy generales y descriptivos, una situación de asimetría en una relación entre dos o más individuos, en virtud de la cual uno condiciona el comportamiento del otro. Ejercer el poder significa, en una primera aproximación, limitar o influir en la *libertad* de alguien, recurriendo a instrumentos de coerción (poder político) o utilizando, como medio para ello, bienes (poder económico), conocimientos o información (poder ideológico).[3]

---

[1] Marco Revelli retomó estas reflexiones de Pasolini en *I demoni del potere*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 73 y ss.

[2] Otro ejemplo de esto se encuentra en Bonduelle, Matthieu *et al.*, *Contre l'arbitraire du pouvoir. 12 propositions*, París, La fábrique, 2012.

[3] Sobre las relaciones conceptuales entre las nociones de "poder" y "libertad", véase Bovero, Michelangelo, "Il potere, i poteri", en Bovero, Michelangelo y Pazé, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013; sobre la cla-

Del mismo modo, comportarse según el propio *arbitrio*, es decir, arbitrariamente, significa, al menos *prima facie*, comportarse libremente, sin limitaciones o, si éstas existen, en conflicto con ellas: "Arbitrio. Del latín *arbiter*, el que juzga y dispone de alguna cosa según su naturaleza. En general, la capacidad del ser humano para elegir y juzgar de manera autónoma".[4] En el *Ensayo sobre el intelecto humano*, John Locke, como nominalista radical, habla de la arbitrariedad del lenguaje tal como es "impuesto por la voluntad" y "no por ninguna conexión natural".[5] La expresión *libre albedrío* significa en realidad voluntad libre de la necesidad (de ahí, por ejemplo, *free will* en inglés y *freier Wille* en alemán). Al imaginar al dios bíblico que crea al hombre libre, Pico della Mirandola le hace decir:

> No te he dado, oh Adán, ni un lugar específico, ni un aspecto específico, ni alguna prerrogativa tuya, para que ese lugar, ese aspecto, esas prerrogativas que deseas, los puedas obtener y conservar según tu voto y tu consejo. La naturaleza limitada de los demás está contenida dentro de las leyes prescritas por mí. Tú la determinarás por ti mismo sin ninguna barrera impuesta, según tu voluntad, cuyo poder te entregué.[6]

---

sificación de los poderes sociales —como tipos ideales— en económicos, ideológicos y políticos, véase Bobbio, Norberto, *Stato, governo e società*, Turín, Einaudi, 1995, pp. 66 y ss.

[4] De Giorgi, A., "Arbitrio", en Floridi, Luciano y Terravecchia, Gian Paolo, (eds.), *Le parole della filosofia contemporanea*, Roma, Carocci, 2009, p. 26.

[5] Locke, John, *Saggio sull'intelletto umano*, (1690), trad. al italiano, Turín, Utet, 1971, III, 9, 4, p. 554. Sobre el tema de la arbitrariedad del lenguaje, véase Keach, William, *Arbitrary Power: Romanticism, Language, Politics*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 2; Forster, Michael N., *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

[6] Pico della Mirandola, Giovanni, *De hominis dignitate*, (1496). En un sentido similar se expresó Dante: "El primer principio de nuestra libertad es la libertad de arbitrio, que está en boca de muchos y de pocos en intelecto. Porque hasta aquí llegan a lo que dicen que es el libre albedrío, ser libre del juicio de la voluntad". *De Monarchia*, (1310), I, XIV, citado en la traducción vernácula de Marsilio Ficino.

Arbitrio es, por tanto, sinónimo de *libre* albedrío, como condición de la autonomía individual.[7]

En el ámbito político, el arbitrio remite al mismo universo de significados vinculados a la noción de libertad, muchas veces con una connotación axiológicamente opuesta. Es el mismo Locke, esta vez en el *Segundo tratado sobre el gobierno,* quien sostiene que "el hombre no puede, por contrato y con su propio consentimiento, hacerse esclavo de nadie, ni ponerse bajo el poder absoluto y arbitrario de otro".[8] Si se aplica al poder, entonces, la característica de arbitrariedad remite a una imagen de intolerancia hacia cualquier forma de límite: el poder arbitrario es un poder que limita *libremente* —de manera caprichosa, inconstante, irrazonable— la libertad de alguien sin estar este mismo limitado.[9] Asimilándolo a los impulsos del hombre durante el sueño, Platón describe la voluntad (*libre*) del tirano como "desatada y liberada de toda restricción de vergüenza y sabiduría".[10]

En busca de una definición lo más completa y rigurosa posible de la expresión "poder arbitrario", puede resultar útil partir de una serie de ejemplos a los que parece remitirnos (casi) inmediatamente.

En la comedia *Bananas* (1971) de Woody Allen,[11] cuando el "revolucionario" toma el poder del Estado libre de Bananas, ante

---

7 Bodei, Remo, *Ordo amoris. Conflitti terreni e felicità celeste*, (1991), Bolonia, Il Mulino, 2005, pp. 75 y ss.

8 Locke, John, "Secondo trattato sul governo", (1689), trad. al italiano, en Locke, John, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Turín, Utet, 1982, II, 4, p. 242.

9 Sobre la oposición entre arbitrariedad y libertad como "no dominación", hubo un debate constante y muy animado en los últimos años entre los estudiosos del pensamiento republicano. Al respecto, véase Lovett, Frank y Pettit, Philip, "Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program", *Annual Review of Political Science*, vol. 12, 2009; Lovett, Frank, "What Counts as Arbitrary Power?", *Journal of Political Power*, vol. 5, núm. 1, 2012; Markell, Patchen, "The Insufficiency of Non-Domination", *Teoria Politica*, vol. 36, núm. 1, 2008.

10 Platón, *Repubblica*, trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 2006, 571c.

11 En algunos países de Latinoamérica esta película se llamó *La locura está de moda*.

la mirada primero de admiración y luego consternada de la multitud, pierde la *razón*: "Yo soy su nuevo presidente. De ahora en adelante, el idioma oficial de Bananas será el sueco. A partir de ahora, todos los ciudadanos deberán cambiarse la ropa interior cada treinta minutos. La ropa interior se usará sobre la ropa de calle para poder inspeccionarla. Además, todos los niños menores de dieciséis años tendrán, a partir de ahora, dieciséis años".

Al describir el gobierno nazi, Ernst Fraenkel contrasta recurrentemente el *Massnahmenstaat*, donde se rige por decretos, con el *Normenstaat*, donde se gobierna mediante leyes: "En el Estado de derecho los tribunales controlan la administración desde el punto de vista de la legalidad; en el Tercer Reich, las autoridades policiales controlan los tribunales desde el punto de vista de la conveniencia (*opportunità*)".[12]

En un célebre pasaje de su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Jean-Jacques Rousseau habla de la introducción de la esclavitud como la "transformación del poder legítimo en arbitrario",[13] definiendo la *distinción* entre amo y esclavo como "el grado último de desigualdad":[14] "Al no tener los súbditos otra ley que la voluntad del amo, ni el amo otra regla que sus pasiones, las nociones del bien y los principios de la justicia se desvanecen de nuevo: aquí todo nos lleva de nuevo a la única ley del más fuerte, y, en consecuencia, a un nuevo estado de naturaleza".[15]

El primer ejemplo propone, en forma de hipérbole irónica, un *topos* de la reflexión política realista: al convertirse en dictador, el revolucionario abandona los ideales universalistas para servir

---

[12] Fraenkel, Ernst, *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura*, (1941), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1983, p. 62. Para un análisis más profundo de la relevancia de las tesis de Fraenkel para la problema de la arbitrariedad del poder y sus críticas al movimiento del "derecho libre" —en cuya libertad coincide totalmente con la voluntad (ver más abajo, pp. 83 y ss).

[13] Rousseau, Jean-Jacques, "Discorso sull'origine dell'ineguaglianza fra gli uomini", (1755), trad. al italiano, en Rousseau, Jean-Jacques, *Discorsi*, Milán, Rizzoli, 1997, p. 160.

[14] *Idem*.

[15] *Ibidem*, p. 165.

a sus propios caprichos particulares, hasta llegar al absurdo de la comedia de Allen —que tal vez haga recordar al Nerón de Tácito——en el que las decisiones ya no son sostenibles bajo ningún argumento racional. El poder es arbitrario en sentido estricto en cuanto decide sin *razones* y libre de *razón*. La *voluntas* particular del tirano no responde a ninguna *ratio*.

El segundo ejemplo es el del Estado policial nazi —definido por muchos como el reino del *arbitrio*—, un modelo ejemplar de régimen totalitario que Hannah Arendt define como "una forma moderna de tiranía, es decir, un gobierno sin ley en el que el poder está en manos de un solo hombre".[16] En este caso, el poder (político) ya no se expresa a través de la ley (con reglas generales y abstractas), sino con reglas particulares y concretas, actos dirigidos a individuos y dictados por la circunstancia específica. El poder, en estos términos, es llamado arbitrario en el sentido de que actúa siempre fuera del antiguo modelo de gobierno de las leyes —que en este aspecto no se aparta del ideal moderno del Estado de derecho—, expresándose siempre y sólo a través de *decretos*, libre de la *ley* como forma (general y abstracta) de la voluntad pública.

El tercero de los ejemplos recuerda la desigualdad más radical que, según Rousseau, jamás haya planteado el derecho: la que existe entre hombres libres y esclavos. Si bien fue considerada legítima en muchos sistemas jurídicos antiguos y modernos —al contrario, fue un pilar tanto de la primera democracia antigua, la *polis* ateniense, como de la primera democracia moderna, los Estados Unidos independientes—, la esclavitud es el objetivo paradigmático de toda lucha contra la discriminación que se justifica sobre la base de la supuesta superioridad —desde todos los puntos de vista— de unos seres humanos sobre otros, *distinguiendo* (discrimi-

[16] Arendt, Hannah, *Le origini del totalitarismo*, (1951), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2004, p. 631. Un poco más adelante Arendt prosigue su descripción: "Un poder arbitrario, no limitado por la ley, ejercido en interés del gobernante y contrario a los intereses de los gobernados; por un lado, el miedo como principio de acción, es decir, el miedo al pueblo por parte del gobernante y por el otro lado, el miedo al gobernante por parte del pueblo".

nando), partiendo nada más que —en palabras de Rousseau— de la "única ley del más fuerte"; el poder queda así libre de respetar el principio de igualdad, al menos en su definición mínima.[17]

Este trabajo estará dedicado a la reconstrucción analítica de los universos de significado —a menudo superpuestos y confusos— que remiten a estas tres dimensiones de la arbitrariedad del poder —*irracionalidad, ilegalidad y discriminación*—, entendidas de manera mucho más rica y matizada respecto de los casos extremos —la *locura*, el *totalitarismo* y la *esclavitud*— propuestos aquí como ejemplos. En el centro se encuentra la hipótesis de que los más diversos significados de la elusiva noción de poder arbitrario están unidos por la referencia a la dimensión *particular* de la política. En resumen, el ejercicio arbitrario del poder siempre parece atribuirse al gobernante que actúa impulsado por intereses, razones, motivos y propósitos meramente particulares. No se trata, sin embargo, de una reflexión normativa sobre el contraste entre el interés (o bien) particular y el interés general (o bien común), sino de una investigación —que pretende ser lo más descriptiva posible— sobre las diferentes teorías de los límites a la decisión (política), en relación con los problemas del carácter ocasional, contingente, extraordinario; en suma, *particular* de las elecciones políticas sin caer en la tentación de buscar, frente a esta dimensión *particular*, algún valor *universal* último.

En relación con las tres dimensiones de la arbitrariedad aquí propuestas, corresponde precisar qué se entiende por dimensión particular de la política. En la primera acepción de arbitrariedad —como *irracionalidad*— quien detenta el poder lo ejerce a partir de un "juicio exclusivamente personal de la situación".[18] Aquí se

[17] Según Luigi Ferrajoli, por ejemplo, el universalismo del principio de igualdad representa la introducción de la "ley del más débil" en el derecho positivo: "como convención jurídica es una norma que pretende proteger a todos contra la ley del más fuerte". Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. II, p. 60.

[18] Bobbio, Norberto, "Legalità", en Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (eds.), *Dizionario di politica*, Turín, Utet, 2004, p. 526.

hace explícita la cuestión de la antigua reflexión sobre la relación entre *ratio* y *voluntas*; es decir, sobre la posibilidad de hacer universales —pero también más modestamente compartibles y justificables— las normas fruto de las decisiones políticas en un intento de extraerlas del juicio individual de voluntades *particulares*.[19] Si se observan los principios del gobierno burocrático, así como fueron reconstruidos por Max Weber, encontramos un intento en esta dirección. La *racionalidad* de los sistemas burocráticos, de hecho, se describe como una "mecanización rígida" que prevé "la exclusión del amor y del odio, de todos los elementos afectivos puramente personales, generalmente irracionales y no calculables, en el desempeño de los negocios de oficina"[20] con el efecto, entre otros, de la creación de funcionarios con "salario garantizado en efectivo, vinculado con la posibilidad de [hacer] una carrera que no dependa exclusivamente del azar y la arbitrariedad".[21]

Del lado opuesto se encuentra el dictador de Woody Allen —o más banalmente, el administrador público que prefiere que su propio pariente gestione un hospital—, que se comporta como los poderosos descritos por Francesco Guicciardini, un clásico de la reflexión política sobre lo *particular*:[22] "No creáis a quienes predican con tanta eficacia la libertad porque casi todos, es más, tal

---

[19] El problema metafísico, aun antes que político, en la base del particularismo voluntarista encuentra una de sus máximas formulaciones en el debate medieval sobre "el principio de individuación". Al respecto, véase Gracia, Jorge J. E. (ed.), *Individuation in Scholasticism: The Later Middle Ages and the Counter Reformation (1150-1650)*, Albany, University of New York Press, 1994. La posición de Duns Scoto, según la cual la suma de los predicados de un objeto no es suficiente para describir el objeto mismo, implica la irreductibilidad a la razón de la llamada "haecceidad" de cada entidad individual. Al respecto, véase la edición crítica de Duns Scoto, Giovanni, *Il principio di individuazione*, Bolonia, Il Mulino, 2011; y Bonino, Guido, *Universali e particolari*, Bolonia, Il Mulino, 2008, pp. 102 y ss.

[20] Weber, Max, *Economia e società*, (1922), trad. al italiano, Milán, Comunità, 1961, vol. II, p. 289.

[21] *Ibidem*, p. 283.

[22] A proposito, véase Sasso, Gennaro, "I volti del «particulare»", *La Cultura*, vol. 22, núm. 1, 1984.

vez no haya nadie, que no tenga por objeto intereses propios; y muchas veces la experiencia demuestra, y es muy cierto, que si creyésemos encontrar mejores condiciones en un Estado estricto, se dirigirían hacia allá a máxima velocidad".[23]

El segundo significado propuesto de arbitrariedad —como *ilegalidad*— tiene que ver con la forma de las decisiones que pierden la generalidad y la abstracción que caracterizan a las normas del *Code Civil*, aunque hayan sido impuestas por el despotismo napoleónico. Se trata aquí de la oposición milenaria entre *nomoi* —leyes generales y estables— y *psephismata* —los decretos individuales y caducos—;[24] entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres; entre las decisiones generales y descontextualizadas y aquellas particulares tomadas, se podría decir, "caso por caso".[25] Regresando a las características de la burocracia weberiana, la *tecnificación* de la aplicación de las reglas —garantizada por la burocratización de la administración de la justicia— rompe la relación tradicionalmente rígida entre la "justicia del cadí", que decide caso por caso, y la exaltación del "libre arbitrio y de la gracia del señor".[26] Diferentes son las posturas de Guicciardini en su famosa diatriba contra los vanos intentos de instituir leyes duraderas que —análogamente a todos los "particularistas" antiguos y modernos—[27] le valió el apelativo de "hombre de las ex-

---

[23] Guicciardini, Francesco, *Ricordi*, (1512), Roma, Carocci, 2013, 66, p. 141.

[24] Véase, a propósito, el capítulo 7 de Hansen, Mogens Herman, *La democrazia ateniese nel IV secolo a. C.*, (1991), trad. al italiano, Milán, Led, 2003, pp. 254 y ss.; Pazé, Valentina, "Demagogia, ieri e oggi", *Meridiana*, vol. 77, 2013, p. 72.

[25] El problema de la dimensión particular del juicio tanto del legislador como del juez a partir del problema jurídico de la "gracia" se puede ver en Christodoulidis, Emilios A., "The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular, *Law and Philosophy*, vol. 18, núm. 3, 1999.

[26] Weber, Max, *op. cit.*, p. 290.

[27] El tema del particularismo —también lema usado claramente de manera unívoca— es central, ya sea en el debate de filosofía moral o en el de la teoría jurídica. Sobre el "particularismo" ético y jurídico, véase Dancy, Jonathan, *Ethics Without Principles*, Oxford, Clarendon, 2004; Sunstein, Cass R., *One Case at a*

cepciones", en oposición a Maquiavelo, quien era el "hombre de las reglas":[28] "Es un grande error hablar de las cosas del mundo indistinta y absolutamente y, por decir así, según la regla; porque casi todas tienen distinciones y excepciones por la variedad de las circunstancias, las cuales no se pueden detener con una misma medida y estas distinciones y excepciones no se encuentran escritas en los libros, sino que las debe mostrar la discreción".[29]

La tercera noción de la arbitrariedad tiene que ver con los contenidos de la decisión, con la distinción —primero que nada, aquella que hace tiempo existía entre el caballero y el malhechor— que está en la base de todas las formas del derecho. Las mismas leyes (generales y abstractas) no hacen otra cosa que establecer categorías jurídicas, distinguiendo entre características y comportamientos *relevantes* para un trato determinado. Se trata de la complicada oposición entre *justo* e *injusto* en la base de la máxima (también general y abstracta) "trata de manera igual a los iguales y desigual a los desiguales". La investigación de la dimensión particular de las discrminaciones corresponde, en este

---

*Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; Schauer, Frederick, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, (1991), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2000; Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, (2003), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2008; Hooker, Brad y Little, Margaret (eds.), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon, 2000; Celano, Bruno, "Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico, *Ragion Pratica*, vol. 1, 2006; Celano, Bruno, "Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?", *Ragion Pratica*, vol. 2, 2005; Redondo, María Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 2005; Bouvier, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

[28] De Ruggiero, Guido, *Storia della filosofia. Rinascimento, riforma, controriforma*, Bari, Laterza, 1947, t. II, p. 71. Para una interpretación más compleja del problema de lo "particular" en Maquiavelo, véase Bodei, Remo, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, (1991), Milán, Feltrinelli, 2007, pp. 328 y ss.

[29] Guicciardini, Francesco, *op. cit.*, p. 51.

caso, a las razones que justifican tal diferenciación. Lo que hace de una distinción una discriminación *arbitraria,* en suma, es la ausencia de alguna "justificación" del trato de casos o sujetos concretos. Al describir la *despersonalización* de los sistemas burocráticos, Weber habla de un proceso de profesionalización ligado a la calculabilidad del resultado que favorece la distribución de los roles de manera "deshumanizada", es decir, "sin importar la persona" o su pertenencia de clase o de casta.[30] Al defender una visión aristocrática de la política, Guicciardini aporta razones —la prudencia de los nobles y la ignorancia de la plebe— que hoy parecen la defensa *arbitraria* de una clase privilegiada:

> Pero cuando fuese necesario establecer en una ciudad un gobierno puramente de nobles o un gobierno de plebeyos, creeré que no sería un error hacerlo de nobles. Porque como estos tienen más prudencia y más cualidades, más se puede esperar que lo hagan razonablemente bien; en cambio, de un plebeyo que, lleno de ignorancia, confusión y muchas malas cualidades, no se puede esperar, sino que caiga y fracase en todo.[31]

Racionalización —como sustracción al caso—, tecnificación —como decisión "con base en las leyes"—[32] y despersonalización —como superación de cualquier criterio de justicia basado en el rango— están entre las características de la legitimidad que Weber define legal-racional.[33]

---

[30] Weber, Max, *op. cit.*, p. 289.

[31] Guicciardini, Francesco, "Considerazioni intorno ai Discorsi di Machiavelli", (1529), en Maquiavelo, Nicolás, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Turín, Einaudi, 1983, p. 531.

[32] Weber, Max, *op. cit.*, p. 290.

[33] Sobre el tema, ver Rotelli, Ettore y Schiera, Pierangelo (eds.), *Lo Stato moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1971; Poggi, Gianfranco, *La vicenda dello Stato moderno. Profilo sociologico*, Bolonia, Il Mulino, 1988; Poggi, Gianfranco, *La burocrazia. Natura e patologie*, Roma-Bari, Laterza, 2013. De esa tripartición de las características de los procesos de burocratización parte también Bono, Irene, "Comment devenir employable? Certifier l'exclusion, l'indifférence et la stigmatisation sur

Estas características aseguran la obediencia al poder, debido a una mayor garantía contra la arbitrariedad de una voluntad particular. Sin embargo, el "poder arbitrario" no se opone al "poder legítimo" en el sentido mínimo de *Herrschaft*, con el que Weber indica la autoridad que recibe obediencia gracias a la adhesión a la "investidura, o cobertura de valor, de «validez» en torno al hecho desnudo del monopolio de la fuerza".[34] Además, la historia enseña que se obedecen órdenes tradicionales, basados en justificaciones teológicas del poder, que se pueden adherir a los principios del totalitarismo del Estado policial, así como reconocer —desde hace milenios— la legitimidad[35] de la discriminación que se encuentra en la base de la institución de la esclavitud.

A partir de esta perspectiva es posible resaltar cómo las razones de la excepción, propias de la política de lo particular, están en la base de argumentos de gran éxito en el debate político actual (y que, por tanto, gozan de mayor legitimación), y que se encuentran en las teorías de la gobernabilidad y la *governance*.[36]

---

le marché du travail au Maroc", en Hibou, Béatrice (ed.), *La bureaucratisation néolibérale*, París, La Découverte, 2013.

[34] Bovero, Michelangelo, "La natura della politica. Potere, forza, legittimità", *Teoria Politica*, vol. 13, núm. 3, 1997, p. 6. La observación, después de todo, es recurrente en la historia del pensamiento político, y mucho antes que Weber. "[E]l más fuerte nunca es lo suficientemente fuerte para ser siempre el amo (padrone), a menos que trasforme su fuerza en derecho y la obediencia en deber". Rousseau, Jean-Jacques, *Il contratto sociale*, (1762), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1997, I, 3, p. 9. "Ninguna autoridad al mando de un país civilizado osa proponerse como meramente autoritaria". Allen, Carleton Kemp, *Aspects of Justice*, Londres, Stevens, 1958, p. 72.

[35] Nótese que aquí se opta por un uso de "legitimidad" como "consenso de los dominados respecto de los actos de los dominantes" (opuesto a deslegittimación) y no en el uso también actual de "conformidad con reglas a establecidas" (opuesto a ilegitimidad, por ejemplo, constitucional). Sobre estos diversos significados, véase Beetham, David, *The Legitimation of Power*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1991, pp. 16 y ss; Mura, Virgilio, *Le categorie della politica*, Turín, Giappichelli, 1997, pp. 166-172.

[36] Las dos expresiones son recurrentes en el léxico político mucho antes de la década de 1970, pero asumen un rol clave en el debate politológico sólo en tiempos muy recientes. En particular, la expresión *governability* entra con fuerza

Las prácticas que reenvían a estas dos nociones son asociadas con frecuencia a la teoría de la democracia y consideradas como instrumentos correctivos, cuando no sustitutivos, de los procedimientos consolidados en los sistemas representativos. A menudo se invoca el ideal político de *gobernabilidad* para denunciar la lentitud y la inestabilidad de los procesos democráticos de toma de decisiones, especialmente los parlamentarios; mientras que las nuevas formas de toma de decisiones que llevan el nombre de *governance* a menudo se toman como modelo de solución de los problemas típicos de las democracias contemporáneas, como la falta de transparencia y eficiencia, o las excesivas curvaturas oligárquicas.

Los partidarios de la gobernabilidad —como teoría del poder de decisión vertical y concentrado, decisionista— proponen confiar las decisiones colectivas a órganos restringidos (los ejecutivos) o a sus líderes monocráticos capaces de afrontar problemas y emergencias ligadas a la complejidad de múltiples situaciones particulares. La noción confusa y controvertida de *governance*[37] —como teoría del poder horizontal, difuso y contractualizado—, en cambio, se invoca en apoyo de procedimientos de decisión basados en el modelo de los contratos de derecho privado[38]

---

en el lenguaje político y en la ciencia política después de la publicación del informe de la *Trilateral Commission* de 1975, mientras que el término *governance* cobrará relevancia —y un significado específicamente opuesto a *government*— después de las reformas de las décadas de 1980 y 1990, empezando por la Gran Bretaña. Para una tematización de la relación entre las dos nociones me permito referir a Cuono, Massimo, "Bureaucratiser l'inégal, l'extraordinaire, le particulier. Paternalisme et dépolitisation à l'époque néolibérale", en Hibou, Béatrice (ed.), *op. cit.*; Cuono, Massimo, "La rappresentanza democratica alla prova di governabilità e governance", *Fenomenologia e Società*, vol. 34, núm. 1, 2013.

[37] Sobre los innumerables problemas de definición de la noción de *governance*, véase, al menos, Offe, Claus, "Governance: An 'Empty Signifier'?", *Constellations*, vol. 6, núm. 4, 2009.

[38] Gaudin, Jean-Pierre, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, París, Presses de Science Po., 1999. Para una problematización histórica del "gobierno por contrato", véase Mastropaolo, Alfio, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Turín, Bollati Boringhieri, 2011, pp. 179 y ss.

que se adaptan a problemas concretos: un conjunto de decisiones flexibles y cambiantes que tienen la finalidad de optimizar el funcionamiento del sistema,[39] reemplazando un modelo imperativo compuesto por leyes generales e impersonales que pretenden regular y regularizar la multiplicidad de lo real.[40]

La raíz misma de las nociones de gobernabilidad y *governance* remite a la concreción de la acción gubernamental: la acción del *kybernetes*, el timonel platónico,[41] de donde proviene la expresión latina *gubernator*, y los modernos *government*, *gouvernement*. En los mismos años en que se consolidaba el uso de estas nociones, Michel Foucault acuñó una categoría procedente también de la familia semántica de los *kybernetes*: "gubernamentalidad".[42] La reflexión de Foucault, no siempre fácil de interpretar y tan afortunada como plural en las obras que la retoman, constituye una interesante vía metodológica para comprender la evolución de las concepciones contemporáneas sobre la decisión política. Según Foucault, la historia de la gubernamentalidad corre paralela a la de la soberanía y concierne a la evolución del poder pastoral de influencia sobre las conciencias. Una especie de modelo de disciplina y autodisciplina que no es directamente coercitivo y se basa en elementos religiosos, morales y económicos.[43] Es una especie

[39] Greppi, Andrea, "Ideologías constitucionales y globalización económica", *Teoria Politica*", año I, 2011, p. 123.

[40] Según Maria Rozaría Ferrarese, el derecho legislativo se presenta como "un elegante caparazón formal con el que se envuelve la sustancia de las decisiones políticas. No se trataba de papel de china: la envoltura estaba hecha de una sustancia densa, fuerte y resistente a los ataques, incluso al tiempo". Por el contrario, "los marcos jurídicos de la *governance* están hechos de una sustancia diferente, más ligera y más blanda, una sustancia que se adhiere más directamente al contenido de las medidas, y que se dobla y desgarra más fácilmente bajo la presión de intereses en conflicto". Ferrarese, Maria Rozaría, *La governance fra politica e diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2010, p. 9.

[41] Platón, *Politico,* trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 2005, 296e.

[42] Foucault, Michel, *Nascita della biopolitica*, Corso al Collège de France, (1978-79), Milán, Feltrinelli, 2005.

[43] Esta es la versión convincente —en sintonía con el método weberiano— propuesta en Bayart, Jean-François, *Le gouvernement du monde. Une critique politique de*

de gestión o gobierno de la hegemonía, distribuida y diluida en retórica y prácticas en los más diversos niveles, que da cuenta también de los elementos no intencionales de la obediencia.[44]

El punto de partida sugerido por Foucault, entonces, es útil para comprender el éxito de los argumentos *particularistas* en apoyo de estas nuevas formas de concebir y practicar las decisiones públicas que constituyen el "régimen de la verdad" (Foucault) —pero así se podría seguir caminos similares propuestos por quienes recurren a las nociones de "hegemonía cultural" (Gramsci)[45] o "marco ideológico" (Lakoff)—[46] de la política contemporánea.

La invocación de mayores poderes para los ejecutivos a expensas de las asambleas representantivas y de los poderes de garantía, o de las mayorías parlamentarias en detrimento de las minorías (*gobernabilidad*) y reclamar nuevas formas de decisión concertada y puntual sobre el caso concreto, contingente y circunscrito (*governance*), implica la petición de mayores márgenes de *arbitrio* para los gobernantes; ampliando el espacio de la excepción en un intento de restaurar una política hecha de casos críticos, anómalos, específicos y, por tanto, *particulares*.

---

*la globalisation*, París, Fayard, 2004; sobre todo en los capítulos 4 y 5. Véase también Burchell, Graham; Gordon, Colin y Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 2001; Vaccaro, Salvo, "Governance e governamentalità", en Palumbo, Antionio y Vaccaro, Salvo (ed.), *Governance e democrazia*, Milán, Mimesis, 2007; Bevir, Mark, "Governance and Governmentality after Neoliberalism", *Policy & Politics*, vol. 39, núm. 4, 2011; Bevir, Mark, "Rethinking Governmentality: Towards Genealogies of Governance", *European Journal of Social Theory*, vol. 13, núm. 4, 2010.

[44] Recientemente volvió al problema de la relación entre intencionalidad y legitimidad. Véase Di Palma, Giuseppe, *Viaggio nelle modernità. Rischio sociale e solidarietà dall'assolutismo al neoliberalismo e oltre*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, p. 56.

[45] Para un intento de aplicar la noción de "hegemonía" de Gramsci a la política actual, véase el capítulo cuarto de Preterossi, Geminello, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

[46] A propósito, véase el primer capítulo de Barisione, Mauro, *Comunicazione e società*, Bolonia, Il Mulino, 2009.

En un intento por preparar herramientas conceptuales para analizar algunas características prominentes de la actualidad, este libro pretende, entonces, reflexionar sobre la compleja historia de las teorías de los límites a la *política de lo particular*, a partir de las acusaciones de *arbitrariedad* vertidas contra el poder que quiere ser *libre* de esos límites.

El trabajo procederá analizando la noción de poder arbitrario en los significados específicos de *irracional*, en relación con el problema de la justificación particular de las decisiones (capítulo 1); *ilegal*, a partir de la cuestión de la *forma* particular de las decisiones (capítulo 2); y *discriminatorio*, en relación con el tema del *contenido* particular de las decisiones (capítulo 3), empleando el método propuesto y practicado por Norberto Bobbio en la elaboración de las categorías fundamentales de la teoría jurídica y política a través del análisis tanto lingüístico-conceptual como histórico. Este enfoque empírico-analítico y, a la vez, histórico-analítico, parte de las distinciones conceptuales entre los diferentes significados asociados a un término para ofrecer redefiniciones que tengan en cuenta sus múltiples conexiones y oposiciones dentro de las diferentes teorías que se han puesto a la prueba. Finalmente, el cuarto capítulo estará dedicado a las teorías contemporáneas de la llamada "razonabilidad del derecho", como un intento de partir de una concepción situada de la justicia —ejemplificada desde el punto de vista del juez de la ley— que de alguna manera propone recuperar una dimensión normativa universalizante, precisamente a partir de juicios sobre casos particulares y concretos.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026.c2

Capítulo primero

# ARBITRARIO COMO IRRACIONAL

## I. La razón como límite al poder

La expresión "poder arbitrario" aparece a menudo en el discurso político desde un punto de vista normativo con connotaciones negativas. En los diccionarios de lengua italiana, bajo la entrada "arbitrario", leemos: "no sostenido por ninguna norma, regla o ley; abusivo, injustificado";[47] "que se mueve por arbitrio; elegido, establecido arbitrariamente. Sobre todo, en sentido negativo: irregular, despótico, caprichoso";[48] en similar sentido hablamos de "decisión arbitraria (por extensión: irregular, ilegítima), búsqueda arbitraria…".[49]

El lenguaje filosófico, aunque más controlado y preciso, está, muy a menudo, anclado en la dimensión valorativa de la definición de arbitrio: arbitrario es "un acto realizado sobre la base de un juicio exclusivamente personal de la situación";[50] "las instituciones son justas cuando no se hace alguna distinción arbitraria entre las personas en la asignación de derechos y deberes fundamentales";[51] "se considerará arbitraria una distinción cuan-

47 Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, Turín, Utet, 1997, p. 182.

48 Battaglia, *Grande dizionario della lingua italiana*, Turín, Utet, 2004, p. 611.

49 De Mauro, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Turín, Utet, 2000, p. 384.

50 Bobbio, Norberto, "Legalità", *cit.*, p. 526.

51 Rawls, John, *Una teoria della giustizia*, trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 1982, p. 23. Más adelante: "La injusticia más evidente del sistema de libertad natural reside intuitivamente en el hecho de que permite que las cuotas distri-

do no sea posible señalar una razón evidente o funcional, conforme a la naturaleza de las cosas, razonable, pertinente y al menos no irrazonable, que permita justificarla".[52]

Al buscar un ejemplo intuitivo de lo que comúnmente se entiende por la expresión "poder arbitrario", podríamos referirnos a la ley electoral italiana que toma el nombre de su redactor, Roberto Calderoli, aprobada por el Parlamento algunos meses antes de las elecciones políticas de 2006. Esta ley se interpreta comúnmente como el intento de una mayoría en el poder para "limitar los daños" de una prevista derrota electoral".[53]

En ese caso, sería sencillo relacionar la noción de *arbitrariedad* con las razones *particulares* que subyacen a esta decisión —en este caso la necesidad de una mayoría de no convertirse en minoría—. La dimensión particular de la acción política, sin embar-

---

butivas se vean excesivamente influenciadas por factores tan arbitrarios desde un punto de vista moral" (p. 75).

[52] Perelman, Chaïm, *Diritto, morale e filosofia*, trad. al italiano, Nápoles, Guida, 1973. p. 288. Más adelante: "el recurso al principio de igualdad ante la ley atañe a la aplicación de la ley, invoca el valor de la seguridad jurídica. Cuando se trata de no discriminación en la formulación del derecho, el valor que defiende es el de lo razonable, del rechazo de lo arbitrario, de la conformidad de las clasificaciones con los fines perseguidos. En estos dos casos, la igualdad de trato se presume justa, mientras que cualquier discriminación debe ser justificado".

[53] Para un análisis más profundo, véase Renwick, Alan; Hanretty, Chris y Hine, David, "Partisan Self-Interest and Electoral Reform: The New Italian Electoral Law of 2005", *Electoral Studies*, vol. 28, 2009; Cuono, Massimo, "Italians Do It Better? How Governability Challenged Representation in Italy's Electoral Debates (1946-2012)", *Representation*, vol. 48, núm. 2, 2012. El ejemplo de la ley Calderoli es muy útil, más allá de la cuestión general de la arbitrariedad como decisión descaradamente tomada para dar ventaja exclusiva a quien toma las decisiones. Esta ley aparece como irracional, incluso desde otros puntos de vista más específicos, por ejemplo, el primer conflicto que surgió tras las elecciones políticas de 2006 se refería a un problema de interpretación de la ley relativa a la asignación de ocho escaños en el Senado reclamados por los radicales. De hecho, la prisa con la que se redactó el texto dejó abiertas muchas cuestiones interpretativas relativas a la solicitud, lo que dio lugar a un litigio muy largo ante el Comité Electoral del Senado, el cual se resolvió hasta enero de 2008.

go, se refiere, al menos, a dos significados de *arbitrio* que, aunque están interconectados, son analíticamente distinguibles. Por un lado, es arbitraria la decisión que los anglosajones definirían como *unfair*, en tanto que altera las reglas del juego político en beneficio exclusivo de quienes, en ese preciso momento, tienen la fuerza para imponerse. Éste es el tema clásico de la *pleonexia* —ya presente en Platón y, posteriormente, tematizado en el libro V de la *Ética nicomaquea* de Aristóteles—,[54] es decir, de la arrogancia y la codicia como "vicios" de quienes quieren más de lo que merecen, exigiendo una ventaja indebida sobre los demás.

El problema de qué debe considerarse *debido* o *indebido* —es decir, cuál es una situación libre de discriminaciones y privilegios— conduce a la segunda acepción de arbitrariedad como característica de aquellas decisiones alejadas de cualquier posible justificación ofrecida para compartir, más allá de los límites de las *razones* particulares de los detentadores del poder. En estos términos, la arbitrariedad es la característica de quien "justifica" (pero en realidad "no justifica") sus acciones a partir de un punto de vista estrictamente personal, sin defender la propia decisión, apelando a algún criterio o alguna regla general, sino de manera tramposa y recurriendo a lo que Rousseau definió como "razones engañosas" (*raisons spécieuses*). Así, de hecho, el "rico" del *Discurso sobre el origen de la desigualdad* convence a los no propietarios —engañándolos— de abandonar el estado de naturaleza y establecer el estado civil:

---

[54] En el nuevo testamento la noción es retomada en la llamada parábola del "rico tonto/insensato", que termina con la advertencia: "así es el que atesora y no se enriquece delante de Dios" (Lucas 12, 21). La influencia de los tratados antiguos y medievales sobre las virtudes también es muy relevante en la época moderna. Tanto es así que incluso Hobbes, al abordar el tema de las leyes naturales, afirma: "Distribuir cosas iguales es lo mismo que distribuir proporcionalmente. La observancia de esta ley se llama moderación, la violación pleonexia (codicia); los que la violan son llamados «inmoderados» e «indiscretos»". Hobbes, Thomas, "De cive", trad. al italiano, en Hobbes, Thomas, *Opere politiche*, Turín, Utet, 1988, III, 14, p. 124.

> Después de haber expuesto a sus vecinos el horror de una situación que los armaba unos contra otros, que hacía que su posesión fuera tan onerosa como sus necesidades, en la que nadie encontraba seguridad ni en la pobreza ni en la riqueza, inventó fácilmente razones engañosas para llevarlos a su objetivo. "Unámonos, les dijo, para proteger a los débiles de la opresión, contener a los ambiciosos y asegurar que cada uno tenga posesión de lo que le pertenece: establezcamos sistemas de justicia y de paz, a los que todos estén obligados a conformarse, que no hagan distinciones entre personas, y que reparen de alguna manera los caprichos de la fortuna, sometiendo por igual a los poderosos y a los débiles a obligaciones mutuas. En una palabra, en lugar de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos, reunámoslas en un poder supremo, que nos gobernará según leyes sabias, que protegerá y defenderá a todos los miembros de la asociación, repelerá a los enemigos comunes y nos mantendrá en armonía eterna".[55]

En el razonamiento de Rousseau encontramos los dos significados de arbitrariedad, respectivamente relacionados con el problema de las decisiones "prepotentes" y de las elecciones "injustificadas": el rico, que actúa exclusivamente para mantener sus privilegios —y, por tanto, en vista de sus intereses *particulares*— busca argumentos *generales* para justificar sus decisiones. Obviamente, las dos nociones no son fáciles de distinguir en situaciones concretas. En el caso de la ley electoral, por ejemplo, el objetivo de "favorecer a un partido" ciertamente no es reivindicado por quienes redactaron la ley, quienes en realidad ofrecen "razones" presentándolas, probablemente, de "buena fe" como compartibles por todos: en primer lugar, el efecto "positivo" sobre la gobernabilidad del sistema político; sin embargo, si lo observan quienes se consideran desfavorecidos por la ley, este argumento es sólo aparentemente *universal*, ya que el "interés general" que dicen querer proteger ocultaría los objetivos *particulares* de quienes buscan beneficiar a su propio partido.

---

[55] Rousseau, Jean-Jaques, "Discorso sull'origine dell'ineguaglianza fra gli uomini", *cit.*, p. 148.

El panorama se complica a partir del hecho de que la referencia a la gobernabilidad constituye el argumento por excelencia de quienes defienden la expansión de los márgenes de acción del gobernante *libre* de restricciones (por tanto, literalmente márgenes de *arbitrio*). Tomemos como ejemplo el caso de la introducción en el discurso político de la figura del "gobernador regional", caracterizado en el debate público en términos axiológicamente positivos para designar —en términos lexicalmente muy inadecuados y políticamente afortunados— al presidente de la junta regional a partir de una serie de reformas electorales y administrativas aprobadas durante la llamada "segunda república" italiana, a partir de la reforma del sistema electoral regional en 1995.[56] La figura del gobernador —importada del imaginario político estadounidense— remite precisamente a la dimensión *decisionista* del poder, que se basa en una concepción voluntarista de la *auctoritas*. Por un lado, la voluntad del gobernador que decide por sí solo se considera más adecuada para resolver problemas concretos con rapidez y eficacia, en armonía con la comunidad que administra; por otro lado, es igualmente claro que mientras mayor "márgen de discreción" (de arbitrio) tenga quien toma las decisiones, menos garantías habrá contra las decisiones "prepotentes" o "injustificadas".

La figura del poder autocrático que se gobierna a sí mismo remite al debate sobre la relación entre *ratio* y *voluntas*.[57] En un escrito sobre la noción de justicia, Leibniz intenta responder "si la justicia es arbitraria", entendida como una construcción sujeta a la voluntad *particular* y libre de toda restricción racional.

---

[56] Sobre el tema abordado rápidamente aquí, y sólo como ejemplo, me permito remitir a Cuono, Massimo, "Quel governatore celere e prossimo. Governabilità e federalismo nel sistema elettorale regionale", en Vitale, Ermanno, (ed.), *Quale federalismo*, Turín, Giappichelli, 2011.

[57] Ver, Bix, Brian, "Will versus Reason: Truth in Natural Law", en Pritzl, Kurt (ed.), *Positive Law, and Legal Theory Truth: Studies of a Robust Presence*, Washington D. C., Catholic University of America Press, 2009; Tuori, Kaarlo, *Ratio and Voluntas. The Tension between Reason and Will in Law*, Farnham, Ashgate, 2010.

Su respuesta es claramente negativa: "*Stat pro ratione voluntas,* mi voluntad ocupa el lugar de la razón, es propiamente el lema de un tirano".[58]

El problema del carácter *particular* —no atribuible a ninguna norma— del poder *irracional* es, sin embargo, mucho más antiguo, y debe remontarse al menos al *Eutifrón* de Platón. En este diálogo, Sócrates plantea a Eutifrón la pregunta: "¿lo que es querido por los dioses es justo porque es justo, o es justo sólo porque es querido por los dioses?".[59] El problema identificado por Platón resume la oposición entre racionalismo y voluntarismo,[60] que consiste en el desacuerdo entre quienes definen la justicia (o más generalmente un comportamiento moralmente aceptable) en relación con algún argumento racional o en virtud de la mera decisión de alguien —ya sea un dios, el gobernante, el pueblo o, más simplemente, el libre albedrío de un individuo.

Precisamente comentando el *Eutifrón,* Leibniz continúa su razonamiento contrastando a quienes basan "la bondad y la justicia" en "razones" que les son específicas, con quienes las basan en la "voluntad" y la "fuerza":[61] esta última sería la opinión ilustrada por Platón en otro pasaje muy conocido. La definición de justicia como "la ventaja del más fuerte",[62] propuesta por Trasí-

---

[58] Leibniz, Gottfried W., "Riflessioni sulla nozione comune di giustizia", trad. al italiano, en Leibniz, Gottfried W., *Scritti politici e di diritto naturale*, Turín, Utet, 1951, p. 213. Leibniz toma la cita en latín de Giovenale, *Satire*, VI, 223.

[59] Platón, *Eutifrone*, trad. al italiano, Milán, Bompiani, 2001, 10a. Para un análisis de la relevancia del diálogo por el tema de la relación entre racionalismo y voluntarismo, véase Pievatolo, Maria Chiaria, L'Eutifrone di Platone, 2010, disponible en: *http://btfp.sp.unipi.it/dida/eutifrone/index.xhtml*. Se traduce aquí el griego "hosion" con "justo", simplificándolo respecto a la traducción propuesta como más cercana a "pía" que será discutida en el apartado IV de este mismo capítulo.

[60] El término "voluntarismo" aparece relativamente tarde en el léxico filosófico, si bien connotando una posición mucho más antigua. Entre las primeras apariciones se encuentra el escrito de Ferdinand Tönnies sobre Spinoza de 1883, intitulado *Studie zur Entwicklungsgeschichte des Spinoza*.

[61] Leibniz, Gottfried, *op. cit.*, p. 214.

[62] Platón, *Reppublica*, *cit.*, 339a. El argumento de Trasímaco se basa en la observación de que la pleonexia es una característica natural de los hombres,

maco a Sócrates en el primer libro de la *República*, es tomada por Leibniz como ejemplo de todas las teorías que consideran justo "aquello que de vez en cuando tiene el viento a su favor".[63] El voluntarismo se caracteriza como la teoría de la autoridad típica del absolutismo; es decir, la doctrina quiere liberar a la *auctoritas* de cualquier obligación de justificar sus propias decisiones. Leibniz continúa: "Un famoso filósofo inglés, Thomas Hobbes, que se hizo famoso por sus paradojas, quiso defender en un momento la misma tesis que Trasímaco. Para él, Dios tiene derecho a hacer cualquier cosa porque es omnipotente. Pero esto es confundir al derecho con el hecho: en realidad, una cosa es lo posible y otra lo que se debe".[64]

Según Leibniz, entonces, la *ratio* debe constituir un freno a la arbitrariedad de una *voluntas* particular. Aquí regresa el problema del doble significado —al menos intuitivo, y a menudo superpuesto— de la frase "voluntad particular". En un primer sentido, el poder arbitrario se predica de aquellos que actúan en vista de su propio y único interés (particularmente como *prepotentes*), mientras que, en una segunda acepción, arbitraria es la conducta de quienes actúan movidos por un juicio exclusivamente personal del contexto (tanto particular como *injustificado*).

En este capítulo se intentará reflexionar sobre ese significado específico de "poder arbitrario" que se acerca al universo semántico evocado por la expresión "irracionalidad", consciente de la polisemia de una noción compleja y ambigua como la de razón: razonar puede significar calcular, ordenar, reconocer o construir regularidades, evaluar la adecuación entre medios y fines, generalizar, universalizar, controlar las emociones, pero también pensar abandonando dogmas y supersticiones, en definitiva "pensar

al respecto véase Vegetti, Mario, "Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone", en Chiodi, Giulio Maria y Gatti, Roberto (eds.), *La filosofia politica di Platone*, Turín, Franco Angeli, 2008, pp. 29 y ss.; Vegetti, Mario, *Quindici lezioni su Platone*, Turín, Einaudi, 2003, pp. 90 y ss.

63 Leibniz, Gottfried, *op. cit.*, p. 215.

64 *Idem*.

por uno mismo", según la máxima kantiana de la Ilustración.[65] A través de un análisis por diferencia con los conceptos de poder "insensato", "discrecional" y "absoluto", se resaltará la conexión entre el problema de la arbitrariedad de las voluntades *particulares* y el de los límites al poder. Procederemos luego a reconstruir tres figuras específicas del poder irracional: el tirano *insensato*, que corre el riesgo de perder su trono porque es incapaz de utilizar la "razón instrumental"; el tirano *malvado*, que viola las "leyes de la moralidad racional" a las que se refiere la tradición del derecho natural; y el tirano *inflexible*, incapaz de escuchar las "razones de los demás".

## II. Poder arbitrario y poder limitado

Al estudiar la noción de "poder arbitrario", es útil proceder preliminarmente con el análisis por diferencia con conceptos similares, cuyos usos se superponen en gran medida en el lenguaje actual. La primera distinción que parece apropiado introducir es la que existe entre "poder arbitrario" y "poder insensato". En la historia del pensamiento político es recurrente la reflexión sobre el problema del comando absurdo. Esta última noción se refiere a los límites fácticos de las decisiones, a los que se refiere el lema latino *ad impossibilia nemo tenetur.* Como aclara Spinoza: "si de hecho digo, por ejemplo, que tengo derecho a hacer lo que quiero de esta mesa, no quiero decir que tenga derecho a hacerla comer hierba".[66] La literatura sobre el problema de la órden absurda se refiere a decisiones que no tienen ningún efecto posible sobre la realidad. Para subrayar la soberanía del Parlamento, un dicho inglés antiguo aludía que éste "puede hacer todo menos transformar a un hombre

[65] Kant, Immanuel, *Critica della facoltà di giudizio*, (1790), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1999, p. 130; Kant, Immanuel, *Antropologia pragmatica*, trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 117.

[66] Spinoza, Baruj, *Trattato politico*, (1675/76), trad. al italiano, Pisa, Ets, 1999, IV, 4, p. 77.

en mujer". A diferencia del absurdo de una orden, la arbitrariedad se atribuye más a menudo a una elección deliberada con efectos que son en su mayoría (considerados como) negativos, pero aún así "posibles".

La cuestión se vuelve más compleja cuando nos preguntamos sobre las diferencias entre la noción de "poder arbitrario" y la aparentemente similar de "poder discrecional", ambas utilizadas en muchos significados diferentes, a menudo implícitos en expresiones de naturaleza intuitiva o evocativa. Si observamos los usos predominantes de estas nociones, una pista sobre la oportunidad de distinguirlas se encuentra en el hecho de que, si bien la expresión "poder arbitrario" a menudo tiene una connotación negativa, la fórmula "poder discrecional" puede encontrarse en contextos axiológicamente neutrales. Por ejemplo, Bobbio afirma que "el principio de legalidad tolera el ejercicio discrecional del poder, pero excluye el ejercicio arbitrario".[67] En el lenguaje común, discreción significa generalmente el "poder o [la] facultad que la ley se abstiene de definir, confiando su ejercicio a la discreción del titular o del magistrado, pero siempre dentro de los límites fijados por la ley".[68]

No es casualidad que en el lenguaje jurídico se hable, principalmente, en relación con algunas de las prerrogativas del poder judicial,[69] como el reconocimiento de los atenuantes. En este sentido, la noción de discreción se acerca al significado etimológico más antiguo de arbitrariedad. En el *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Émile Benveniste remonta el término *arbiter* a la misma familia semántica que *iudex*, especificando, sin embargo, que

---

67 Bobbio, Norberto,"Legalità", *cit.*, p. 526.

68 Devoto-Oli, *op. cit.*, p. 910.

69 Véase, a título de ejemplo, Hawkins, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 2002; Lifante Vidal, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, núm. 25, 2002; Guastini, Riccardo, "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", en Bessone, Mario (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Turín, Giappichelli, 2002.

los dos términos se refieren a figuras del juez en roles y atribuciones diferentes.[70] El *arbiter* sería tanto "el testigo que asiste sin ser visto" como "el juez que decide en aquellos casos que no están previstos por la ley". Este es uno de los usos jurídicos de "árbitro" como alguien que, designado por las partes de mutuo acuerdo, está investido del poder de sentencia firme y definitiva para resolver una disputa.[71] En estos términos, la diferencia entre discrecionalidad judicial y legislativa desaparece, ya que el juez crea la ley —o la norma individual— "a su propia discreción". Este significado original de "arbitrario", entonces, parece superponerse al de "discreciónalidad". Luigi Ferrajoli, en su teoría del Estado constitucional de derecho, afirma que "el espacio privilegiado de la *discrecionalidad política*... es el de la legislación que implementa los derechos fundamentales".[72] La discrecionalidad del legislador[73] cae en lo que Ferrajoli define como la "esfera de lo decidible", es decir, en el campo de acción, delimitado por la ley (superior, es decir, constitucional), en el que el poder político encuentra su autonomía. Esto se opone al uso actual de la noción "arbitrario" como aplicable al poder que invade la esfera de "aquello que no se puede decidir",[74] precisamente porque excede los límites

[70] Benveniste, Émile, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1976, vol. 2, pp. 373 y ss.

[71] Sobre el tema de la neutralidad del "tercero juzgador", véase Portinaro, Pier Paolo, *Il terzo. Una figura del politico*, Milán, Franco Angeli, 1986, pp. 89 y ss.

[72] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 76. Más adelante dice: "Son totalmente diferentes la discrecionalidad judicial y todas las funciones de garantía, que intervienen en esa actividad cognitiva específica que es la aplicación de la ley, tanto ordinaria como constitucional".

[73] La "discrecionalidad legislativa" es un concepto al que también se hace referencia expresa en las decisiones judiciales. Por ejemplo, en la sentencia 53/1958 del Tribunal Constitucional italiano leemos: "la evaluación de la pertinencia de la diversidad de situaciones en las que se encuentran los sujetos de las relaciones a regular no puede dejar de estar reservada a la discreción del legislador, sin perjuicio de a la observancia de los límites establecidos en el primer párrafo del citado art. 3".

[74] Ferrajoli, Luigi *op. cit.*, p. 304.

de los espacios "legítimos, discrecionales y autónomos".[75] Esta última distinción permite aclarar la noción de un comando arbitrario como elección deliberada de un poder que no se considera (unívoca, clara y pacíficamente) autorizado para asumirlo.

Una tercera distinción analítica se refiere al vínculo de equivalencia tendencial (intuitiva) entre las nociones de "poder arbitrario" y "poder absoluto", donde por absoluto se entiende un poder libre de restricciones superiores. El "despotismo ilustrado" es la categoría histórica que más que ninguna otra parece apoyar la tesis según la cual, las dos nociones son distinguibles tanto analítica como empíricamente. La elaboración teórica más coherente de esta posición se encuentra en el pensamiento fisiocrático del siglo XVIII. Le Mercier de la Rivière dice:

> Para nosotros no hay término medio entre ser iluminados por la evidencia o ser abandonados a la ignorancia y al error. De aquí surgen dos tipos de despotismo: uno legal, fundado natural y *necesariamente* en la evidencia de las leyes de un orden esencial, y el otro arbitrario, formado por la opinión para servir a todos los desórdenes y a todos los errores a los que la ignorancia vuelve susceptible.[76]

Aquí la categoría de "despotismo legal" se opone a aquella del "despotismo arbitrario", en cuanto a que el primero está fundado sobre la *evidencia* y el segundo sobre la *opinión*: "Euclides, que descubrió una vez por todas las reglas de la geometría que desde entonces todos seguimos necesariamente y sin rebelarnos ¿no es, tal vez, un déspota?"[77] El déspota iluminado, en resumen, es un soberano absoluto que gobierna "racionalmente".

---

[75] *Idem*.

[76] Le Mercier de la Rivière, Pierre-Paul, "L'ordine naturale ed essenziale delle società politiche", (1767), trad. al italiano, en Miglio, Bruno (ed.), *I fisiocratici*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 164. Al proposito, véase Turchetti, Mario, *Tyrannie et tyrannicide de l'antiquité à nos jours*, París, PUF, 2001, pp. 653 y ss.

[77] Le Mercier de la Rivière, Pierre-Paul, *op. cit*.

Sin embargo, la raíz de la arbitrariedad del poder se ha visto a menudo en la categoría misma de absolutismo. Diderot, por ejemplo, sostiene que "[e]l gobierno arbitrario de un príncipe justo e ilustrado es siempre malo. Las virtudes son la más peligrosas y seguras de las seducciones".[78] También John Stuart Mill aborda el tema en términos similares cuando dice que

> se ha repetido durante mucho tiempo que, si se pudiera encontrar un buen déspota, la mejor forma de gobierno sería la monarquía absoluta... Tendríamos entonces, por un lado, un hombre dotado de una actividad intelectual sobrehumana y, por el otro, un pueblo mentalmente pasivo. Esta pasividad está implícita en el concepto de un poder absoluto.[79]

El problema está ya presente desde *La República* de Platón, citado por Kelsen para afirmar que "la idea de democracia implica la ausencia de líderes".[80] Platón se pregunta cómo debe comportarse la ciudad con un hombre dotado de cualidades superiores, y sostiene: "nos postraríamos ante él como una persona sagrada, admirable y agradable, pero le diríamos que no existe, ni tampoco es lícito que llegue, a nuestra ciudad un hombre así. Y, habiéndole rociado la cabeza con mirra y coronado de vendas, le enviaremos a otra ciudad".[81]

En la base de estas consideraciones está la creencia de que las (supuestas) virtudes de un déspota ilustrado no son, en absoluto, suficientes para garantizar a sus súbditos contra los abusos de su poder. Según Diderot, la condición previa de todo ejercicio arbitrario del poder reside en la posibilidad concreta de decidir sin

---

[78] Diderot, Denis, "Confutazioni di Helvétius", (1773-78), trad. al italiano, en Diderot, Denis, *Scritti politici con le "voci" politiche dell'Encyclopédie*, Turín, Utet, 1967, p. 476.

[79] Mill, John Stuart, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, (1861), trad. al italiano, Roma, Editori Riuniti, 1997, cap. III, p. 40.

[80] Kelsen, Hans, "Essenza e valore della democrazia", (1929), trad. al italiano, en Kelsen, Hans, *La democrazia*, Bolonia, Il Mulino, 1998, p. 120.

[81] Platón, *República*, *cit.*, 398a.

tener que responder ante nadie más que el propio juicio. Entre "poder arbitrario" y "poder absoluto" habría una conexión no analítica, sino probabilística, que se basa en experiencias históricas, entre las cuales los "despotismos ilustrados" no son más que raras excepciones. Para impedir decisiones arbitrarias no hay otro camino que limitar el poder, fijando sus límites, negando así su carácter absoluto.

La ideología liberal es la doctrina más radical y coherente del "poder limitado". Los liberales de todas las especies y épocas tienen una visión del poder como un mal necesario, y, por tanto, promueven el ideal del poder limitado, de modo que "el fuego de la soberanía popular de Rousseau se diluye en el agua de la división de poderes de Montesquieu".[82] Lo que tienen en común los liberales de ayer y de hoy —incluso quienes se autodenominan como tales— es la observación de que cualquiera que tenga un poder ilimitado a su disposición tenderá a utilizarlo para intereses particulares, siguiendo su propio capricho, tal como el tirano platónico descrito en el libro IX de la *República*. Según Montesquieu: "Es un hecho de experiencia eterna que todo hombre dotado de poder tiende a abusar de él y que su poder se expande en tanto no encuentre algún límite".[83]

La creencia de que cada *voluntas* particular debe encontrar límites al ejercer su poder, y que el "Estado absoluto" es la premisa del "Estado tiránico" y "opresivo" es uno de los pilares del pensamiento liberal.[84] Cuando se critica a un poder, acusándolo de arbitrariedad, se hace para prescribir, con una especie de ar-

---

[82] Violante, Piero, *Lo spazio della rappresentanza. Francia 1788-1789*, (1981), Roma, XL, 2008, p. 129.

[83] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, (1748), trad. al italiano, Turín, Utet, 1952, I, XI, 4, p. 274.

[84] Esto no quiere decir que las teorías políticas del poder limitado sean una invención moderna. Charles McIlwain, por ejemplo, ha destacado cómo tanto el antiguo paradigma del "gobierno de derecho" como el moderno del "Estado de derecho" pueden reintroducirse en la categoría de "constitucionalismo". Véase McIlwain, Charles H., *Costituzionalismo antico e moderno*, (1947), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1990.

gumento *ex negativo*, un modelo de Estado que impida las degeneraciones del poder a través de esas "leyes" y "frenos"[85] en ausencia de los cuales se cae en el despotismo *à la* Montesquieu. Desde el mundo antiguo: "¿y cómo no podría el gobierno monárquico ser rebelde", pregunta uno de los dignatarios persas en el *lógos tripolitikós* de Heródoto, "si al monarca se le permite hacer lo que quiera sin responder ante nadie?".[86]

Llegados a este punto, parece posible recomponer las dos definiciones de voluntad particular anteriormente mencionadas, por un lado, como voluntad movida por intereses personales y, por el otro, como voluntad injustificada. La voluntad *libre* de restricciones —arbitraria porque sólo proporciona justificaciones *particulares* para sus acciones— es una condición necesaria (aunque no suficiente) para que el gobernante pueda actuar en su único interés. Frente a estos problemas, no es posible evitar la pregunta de quién puede legítimamente establecer estas restricciones y límites. Si respondemos que sólo puede ser otra voluntad "arbitraria" la que establezca los límites, inevitablemente se desencadenará un retroceso infinito. En la historia del pensamiento político es muy influyente la tesis según la cual la *ratio*, como tal, es una restricción a la *voluntas*, pero, si la *ratio* puede considerarse como la categoría general de restricciones a la *voluntas* para evitar que se vuelva "arbitraria", en este punto la pregunta esencial es: "¿cuál *ratio*?" Un catálogo de posibles respuestas a esta última pregunta se puede obtener con la reconstrucción de posibles tipos ideales del tirano que actúa arbitrariamente[87] en las acepciones que más se acercan al problema de la irracionalidad.

---

85 Montesquieu, *op. cit.*, p. 66.

86 Herodoto, *Storie,* trad. al italiano, Milán, Mondadori, 2000, p. 80.

87 El uso de la figura del "tirano" es aquí puramente evocativo y se vincula a los usos consolidados de una noción utilizada como estigma del poder de manera constante a lo largo de la historia del pensamiento político. Además, la singular declinación de "tirano" recuerda la prevalencia en la historia de figuras únicas que han desempeñado estos roles, pero experiencias como la de los "treinta tiranos" en Atenas o expresiones como "despotismo de la mayoría"

## III. El tirano insensato

La racionalidad instrumental es el primer límite posible al poder de las voluntades particulares. En este caso, "racionalidad" significa la adecuación de los medios a los fines: "si quieres *x* entonces debes *y*", tanto en el sentido de la regla "pragmática" como en el de la "técnica".[88] Criticando a quienes "cuando dicen «racional», quieren decir «bueno», «moderadamente generoso», «como yo», «que enorgullezca a mi padre y a mi madre» y otras cosas igualmente reconfortantes",[89] se podría decir que quienes se comportan racionalmente, tienen "necesidades, gustos, valores, objetivos

---

(Montesquieu), atestiguan que estos términos son aplicables mucho más allá de los regímenes monocráticos; por ejemplo, sobre el problema de la teoría democrática del "pueblo soberano" como sujeto colectivo que se comporta estúpidamente, *cfr*. el capítulo cuarto de Pazé, Valentina, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2011. Sobre la noción de tiranía, véase, a modo de ejemplo, Turchetti, Mario, *op. cit.*; Strauss, Leo, *La tirannide: saggio sul Gerone di Senofonte*, (1948), trad. al italiano, Milán, Giuffrè, 1968; Tabacco, Raffaella, *Il tiranno nelle declamazioni di scuola in lingua latina*, Turín, Accademia delle Scienze, 1985; Baron, Hans, *La crisi del primo Rinascimento italiano: umanesimo civile e libertà repubblicana in un'età di classicismo e di tirannide*, (1955), trad. al italiano, Firenze, Sansoni, 1970.

88 En la *Fondazione della metafisica dei costumi* ([1785], trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1997), Kant distingue los "imperativos categóricos" de los "hipotéticos". Éstos últimos "representan la necesidad práctica de una acción posible como medio para obtener algo más que se quiere (o que es posible querer)" (p. 59). Éstos se distinguen, a su vez, en "imperativos hipotéticos técnicos" específicos del arte e "imperativos hipotéticos pragmáticos" específicos del bienestar (p. 65); las primeras son verdaderas "reglas de habilidad", las segundas son "consejos de prudencia" (*idem*). De esta distinción se deriva la diferencia entre reglas técnicas y reglas pragmáticas.

Ambos tienen una estructura hipotética, pero difieren según si el antecedente consiste en una meta considerada objetiva (r. pragmática) o subjetiva (r. técnica). Véase, entre otros, Conte, Amedeo G., "Materiali per una tipologia delle regole", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 15, 1985; Azzoni, Giampaolo M., *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Turín, Franco Angeli, 1991; Gometz, Gianmarco, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, Ets, 2008.

89 Baroncelli, F., "Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane", *Diario*, 26 de noviembre de 2004, p. 36.

y eligen los medios que razonablemente —incluso para quien no comparta los objetivos— parecen adecuados para el propósito. Con la evidente falibilidad de las cosas humanas".[90] El gobernante tonto, imprudente y desconsiderado se comporta arbitrariamente porque es incapaz de calcular los efectos de sus propias acciones.

Para reconstruir un modelo de gobernante "limitado" por la racionalidad instrumental, resulta útil el examen del papel de las leyes de la naturaleza en la teorización moderna más famosa del absolutismo, la de Thomas Hobbes.[91] Las *leges naturae* —tal como se enumeran tanto en el *De cive* como en el *Leviatán*— corresponden a las leyes morales, tanto en la tradición del antiguo derecho natural como para todos los autores posteriores del racionalismo moderno. La teoría hobbesiana puede definirse como derecho natural en relación con, al menos, tres aspectos. En primer lugar, es un "hecho" que todos los hombres quieren salvar su vida, así como quieren evitar el dolor físico. Este hecho es "natural" en el sentido de que se encuentra sin distinción en todos los seres humanos. Esta observación constituye el punto de partida de la larga cadena de razonamientos a través de los cuales se construye la teoría del Estado civil de Hobbes.

En segundo lugar, hay una ley "natural" que consiste en las prescripciones de la recta razón como facultad común a todos los hombres: "La recta razón es, por así decirlo, una ley que también puede llamarse «natural», porque forma parte de la naturaleza humana al igual que cualquier otra facultad o sentimiento. Ahora bien, la ley natural es, si se quiere definirla, un dictado de la recta razón".[92] En tercer lugar, la conservación de la vida se configura

---

[90] *Idem*. En *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale* (Turín, Giappichelli, 2008), Giorgio Maniaci reconstruye un concepto de racionalidad práctica formal y limitada, donde por "formal" entiende el análisis de los medios y nunca de los fines de la acción, y por "limitada" entiende el hecho de que estos medios no siempre deben considerarse óptimos, sino más bien suficientes.

[91] Sobre este tema permito remitir a Cuono, Massimo, "Assoluto ma non arbitrario? Potere legittimo e leggi di natura in Hobbes", *Materiali per Una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 43, núm. 1, 2013.

[92] Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 97.

como un "derecho natural subjetivo": la libertad de cada persona de "utilizar su propio poder como quiera para la conservación de su naturaleza, es decir, de su vida".[93] "Natural" para Hobbes es, por tanto: *a)* el hecho por el cual todos los seres humanos quieren preservar su vida; *b)* su derecho a defenderla, y *c)* la ley de la razón que prescribe los medios adecuados para esta defensa.[94]

Las leyes de la naturaleza encajan en este marco y se presentan como tales ante todo en el estado de naturaleza, donde nadie correría peligro si fueran respetadas por todos. Sin embargo, "las leyes de la naturaleza (como la *justicia*, la *equidad*, la *modestia*, la *misericordia* y, en definitiva, *hacer a los demás lo que nos gustaría que nos hicieran a nosotros*) en sí mismas, sin el terror de algún poder que las haga observar, son contrarias a las pasiones naturales, que nos llevan a la parcialidad, al orgullo, al espíritu de venganza y similares".[95] En el estado de naturaleza, entonces, no es *prudente* que el individuo siga aquellos preceptos cuya observancia universal podría garantizar la convivencia pacífica. De hecho, de nada sirve respetar el precepto *pacta sunt servanda* si no se puede confiar en las pasiones o la miopía ajena, "arriesgando el fin de la vasija de barro entre las de hierro".[96] Según Bobbio, el Estado hobbesiano es aquel en el que "sería el colmo de la imprudencia seguir las reglas de la prudencia".[97]

Se podría pensar, entonces, que la tarea del soberano es aterrorizar para hacer cumplir las leyes de la naturaleza que su mandato hace positivas; sin embargo, la institución del Estado civil no

---

[93] Hobbes, Thomas, *Leviatano*, (1651), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 2008, XIV, p. 105. En el "De cive" se lee: "el primer fundamento del derecho natural es que cada uno proteja su propia vida y sus miembros lo mejor que pueda" (p. 87).

[94] Para Hobbes "razón" significa "cálculo" y un "razonamiento" no es otra cosa que una "conexión entre términos": *Ratiocinatio est computatio* (Hobbes, Thomas, *De corpore*, [1655], trad. al italiano, en Hobbes, Thomas, *Opere*, *cit*., p. 71).

[95] Hobbes, Thomas, *Leviatano*, *cit*., p. 139.

[96] Véase Vitale, Ermano, *Hobbes y Kant*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 70.

[97] Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Società e Stato da Hobbes a Marx*, Turín, Clut, 1973, p. 52.

coincide necesariamente con la positivización de las leyes de la naturaleza: en él todas las reglas ordenadas por el soberano son válidas, independientemente de su contenido. Según Hobbes, de hecho, la *lex naturalis* está planteada por la razón y sólo es válida para la conciencia, mientras que la *lex civilis* (artificial) —el derecho en sentido estricto— está planteada por el poder político y vincula las acciones de los sujetos: "Estos dictados de la razón se llaman leyes de la naturaleza. Aunque es así impropiamente, ya que no son más que conclusiones o teoremas sobre lo que conduce a la conservación y defensa de los hombres, mientras que la ley es propiamente la palabra de quien ostenta el imperio sobre los demás".[98] La diferencia con otros sistemas de derecho natural consiste en la inversión de la relación entre obligación interna y obligación externa: las leyes establecidas por la razón sólo son válidas en el *fuero interno*, las leyes establecidas por el poder político son válidas en el *fuero externo* y, por tanto, tienen un valor incondicional. La observancia de las leyes de la naturaleza es, pues, potencialmente *peligrosa* en el estado de naturaleza, incluso *injusta* en el estado civil si entra en conflicto con una conducta prescrita por el derecho positivo.

Quien detenta el poder político, sin embargo, se encuentra en la condición del estado de naturaleza, incluso en el estado civil. El soberano es, de hecho, *legibus solutus*, es decir, libre de las leyes civiles válidas para los súbditos en el *fuero externo*. Esto no implica que las leyes naturales dejen de ser válidas para él en el *fuero interno.*[99] Así como los ciudadanos respetan el derecho positivo por miedo a ser sancionados, el miedo a perder el trono debería, según Hobbes, llevar al soberano a respetar el derecho natural. Éste es, por ejemplo, el significado de la ley VI de naturaleza del *De cive*, según la cual "al vengarse, es decir, al imponer

---

98 Hobbes, Thomas, *Leviatano*, *cit*., p. 130

99 Bobbio, Norberto, "Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes", (1954), en Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi, 2004, pp. 134 y ss.

castigos, no hay que preocuparse por el mal pasado, sino por el bien futuro".[100] Las leyes de la naturaleza aconsejan entonces al soberano recurrir a los medios más racionales para lograr el objetivo de mantener su poder, evitando así el desorden. La violación de estos preceptos implicaría la pérdida de poder por parte del soberano y, por tanto, el riesgo de volver al estado de naturaleza, representado para Hobbes por la guerra civil.

El soberano hobbesiano no debe respetar la ley natural por algún principio moral abstracto o deber religioso,[101] sino porque esta actitud es más *racional* respecto al objetivo de mantener la paz —un interés común para los gobernantes que quieren preservar el trono y los gobernados que desean salvaguardar su propia vida—.[102] La experiencia de la primera revolución inglesa constituye para Hobbes el mejor ejemplo para describir la guerra civil como "un panorama de todo tipo de injusticia y de todo tipo de *locura* que el mundo era capaz de ofrecer".[103]

---

[100] Hobbes, Tomas, "De cive", *cit.*, p. 122. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la interpretación última de las leyes naturales siempre recae en el soberano: la definición de "mal pasado" y "bien futuro" es, de hecho, una de las prerrogativas que hace que la soberanía sea absoluta. Sin embargo, esto no significa que la interpretación también se guíe por la restricción prudencial del mantenimiento de la paz. Al respecto, véase Warrender, Howard, *Il pensiero politico di Hobbes* (1957), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1974, pp. 88 y ss.; Watkins, John, *Hobbes's System of Ideas*, (1965), Aldershot, Gover, 1989, pp. 109 y ss.; Wolin, Sheldon, *Politica e visione. Continuità e innovazione nel pensiero politico moderno*, (1960), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1996, pp. 383 y ss.

[101] Sobre el problema de los deberes morales del soberano hobbesiano, véase Zagorin, Perez, *Hobbes and the Law of Nature*, Princeton, Princeton University Press, 2009, pp. 84 y ss.

[102] Nótese que en la historia de la filosofía, el catálogo de invectivas contra esta posición es muy largo, por ejemplo, hablando del mismo tema en Maquiavelo, todavía en 1958 Leo Strauss afirma que "la condición indispensable de cualquier análisis «científico» es entonces la obtusidad moral". Strauss, Leo, *Pensieri su Machiavelli*, (1958), trad. al italiano, Milán, Giuffré, 1970, p. 3.

[103] Hobbes, Thomas, *Behemoth, ovvero il Lungo Parlamento*, (1668), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1979, p. 5, las cursívas son mías. Sobre el tema, también véase Bodei, Remo, *Geometria delle passioni… cit.*, pp. 83 y ss.; Holmes,

Independientemente de los juicios de valor que se puedan hacer, la campaña rusa de Napoleón, como la de Hitler, fueron "errores de cálculo" estratégicos. La noción de arbitrariedad como característica de aquel poder que se comporta con necedad, sin preocuparse por las consecuencias de sus actos, aunque evoca la arrogancia a la que a menudo remiten los usos de la expresión "poder arbitrario", no parece agotar los múltiples significados normalmente atribuidos a los límites de la mera voluntad *particular* del gobernante. La noción más intuitiva de "poder arbitrario", de hecho, se refiere al gobernante que persigue sus propios intereses particulares, explotando su papel público en su beneficio. En este caso, el tirano "interesado" no es nada tonto, sobre todo si se asume como definición mínima de "estupidez" la irónicamente propuesta por Carlo Cipolla, según la cual "una persona estúpida es aquella que causa daño a otra persona o a un grupo de personas sin obtener, al mismo tiempo, alguna ventaja para sí mismo o, incluso, sufriendo una pérdida".[104]

## IV. El tirano impío

Dado que la razón instrumental por sí sola no parece agotar el problema de la irracionalidad de las decisiones de voluntades particulares —al menos en el significado de "prepotentes"—, es útil recurrir a la literatura sobre la razón como legisladora moral. Un segundo modelo de poder arbitrario en tanto que irracional es el del gobernante que desprecia las leyes morales implementadas por el derecho natural antiguo y moderno. En este sentido, la noción de ley natural adquiere un significado parcialmente diferente al hobbesiano. Si para Hobbes es un hecho natural —en el sentido de empíricamente observable— que todo el mundo quiera salvar su vida, para los autores más estrictamente iusnaturalistas —de

Stephen, *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale* (1995), trad. al italiano, Turín, Comunità, 1998, pp. 100 y ss.

104 Cipolla, Carlo Maria, *Allegro ma non troppo*, Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 58.

Locke a Kant, pero no faltan ejemplos entre los pensadores contemporáneos— existe una parte del derecho que "no es obra del hombre" y que no es determinada por este.[105]

Ese "derecho natural" es considerado axiológicamente superior respecto a las leyes civiles artificiales; es decir, obra del hombre. En este punto, la distancia entre Hobbes y Locke es clara. Estas teorías del derecho natural resuelven la relación entre *ratio* y *voluntas,* optando por la superioridad indiscutible de la razón para legislar sobre cualquier voluntad,[106] ya que la primera sería capaz de discriminar —con un método no muy diferente al científico— el bien del mal en el ámbito moral. Según John Locke: "a partir de proposiciones autoevidentes, a través de consecuencias necesarias, no menos irrefutables que las de las matemáticas, se podrían extraer todas las medidas del bien y del mal, si alguien se aplicara a esta ciencia con la misma imparcialidad y atención que pone en la otra".[107] Cualquier persona que no siga las leyes de la razón es, en estos términos, inmoral, en un significado cercano a la noción de *anosion* utilizada por Platón en el *Eutifrón*, y que se encuentra en el *impius* latino y en el impío castellano. El impío es aquél que no respeta los deberes religiosos los cuales, en una concepción cívica de la religión, terminan por coincidir con los deberes familiares y/o políticos hacia la comunidad y la ciudad.[108]

---

105 Bobbio, Norberto, "*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Turín, Comunità, 1965, p. 186. En este sentido, Bobbio afirma que el derecho natural no es una moral, sino una teoría de la moralidad: lo que los autores del derecho natural tienen en común no es, de hecho, la convergencia sobre ciertos principios morales, más bien "una concepción objetivista de la ética, es decir, decir una característica que ya no concierne al contenido de las máximas, sino a la forma en que se fundamentan" (p. 185).

106 Sobre la relación entre autoridad y razón, véase Preterossi, Geminello, *Autorità*, Bolonia, Il Mulino, 2002, pp. 70 y ss.

107 Locke, John, *Saggio sull'intelletto umano*, *cit*., p. 663.

108 Vegetti, Mario, "L'uomo e la religione", en Vernant, Jean-Pierre (ed.), *L'uomo greco*, Roma-Bari, Laterza, 1991.

A pesar de las profundas diferencias,[109] la confianza en la razón como instrumento para fundamentar las verdades morales es un elemento común en el derecho natural antiguo y moderno: la recta *ratio* —el *orthós lógos* del libro VI de la *Ética nicomaquea* de Aristóteles— es la fuente de la ley justa. En este sentido, se sostiene que el derecho natural está constituido por la *dictamina rectae rationis*, en un intento de fundar el derecho (objetivo, como conjunto de normas) "sobre fundamentos más sólidos y menos aleatorios que la voluntad del superior, ya sea ese Dios, el príncipe o el pueblo".[110] La violación de las leyes de la naturaleza por parte del gobernante constituye, en algunas condiciones, la justificación de la desobediencia, como en el caso del "llamado al cielo" de Locke:

> Y cuando el conjunto del pueblo, o un solo hombre, es privado de su derecho, o es sometido al ejercicio de un poder privado de derecho, y no tiene atractivo en la tierra, entonces tiene su libertad de apelar al cielo... No está en poder de un hombre someterse a otro, ni darle la libertad de destruirlo... Y nadie piensa que este derecho constituye una causa continua de desorden, porque no es ejercido hasta que el inconveniente sea tan grave, que la mayoría lo sienta y lo padezca, y señale la necesidad de remediarlo.[111]

---

[109] Leo Strauss, por ejemplo, describe el iusnaturalismo de esta manera: "existe una diferencia de principio entre la concepción moderna y tradicional del derecho natural. El derecho natural tradicional es, ante todo y sobre todo, una «norma y medida» objetiva, un orden vinculante que precede y es independiente de la voluntad humana, mientras que el derecho natural moderno es, o tiende a ser, ante todo y sobre todo, una serie de «derechos», de reivindicaciones subjetivas, que se originan en la voluntad humana". Strauss, Leo, "La filosofia politica di Hobbes", (1936), trad. al italiano, en Strauss, Leo, *Che cos'è la filosofia politica?*, Urbino, Argalia, 1977, p. 120.

[110] Bobbio, Norberto, "Diritto e ragione", (1987), en Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 301.

[111] Locke, John, "Secondo trattato sul governo", *cit.*, p. 356. Sobre el apelo al cielo y el derecho de resistencia, véase también los capítulos XVIII e XIX del *Segundo tratado*. Más sobre el tema, Vitale, Ermano, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 33 y ss.

La pretensión de una moral *more geometrico demonstrata* —ya que se basa en principios morales que se creen *verdaderos*— es el hilo conductor del derecho natural y del pensamiento contractualista, que encuentra su máxima elaboración en el pensamiento kantiano, según el cual las opiniones éticas, aunque diferentes desde el punto de vista epistemológico de las verdades de la ciencia, serían predicables de verdad o falsedad. Sin embargo, el antidogmatismo de la Ilustración —encarnado por la razón *pura* (teórica)— contrasta, según algunos, con las certezas morales —de la razón (pura) *práctica.*

Evariste Gamelin y Brotteaux des Ilettes son dos personajes de *Los dioses tienen sed*, de Anatole France. Durante el período del terror jacobino, uno es un joven seguidor de Robespierre, el otro un noble reaccionario decaído. Haciendo cola para conseguir pan, hablan de revolución, de dios y de la razón. El joven jacobino exalta el proyecto de instaurar el culto público a la *razón*; el anciano, ateo y antirrevolucionario, responde: "amo la razón, pero no amo el fanatismo. La razón nos guía y nos ilumina, pero cuando hayan hecho una divinidad, ella les cegará y llevará al crimen".[112] En nombre de la razón, éste es el problema de Brotteaux, acabaremos justificando las brutalidades que se han perpetrado en nombre de dios en los siglos pasados. El noble, antirrevolucionario y ateo (Robespierre, como Rousseau, consideraba el ateísmo una perversión aristocrática), muestra la aporía de la razón ilustrada que se vuelve absoluta: la luz que acaba cegando,[113] como en la famosa afirmación hegeliana:

---

[112] France, Anatole, *Gli dei hanno sete*, (1912), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1975, pp. 56-57. La cita se encuentra en Bodei, Remo, *Geometria delle passioni… cit.*, p. 480.

[113] Remo Bodei señala cómo las más diversas formas de restauración, desde el Termidor, son incapaces de borrar los resultados de la revolución, aunque representen la desilusión de la utopía más radical. Napoleón es, al mismo tiempo, emperador y codificador de la legalidad moderna; tirano, pero también promulgador de aquel Código Civil considerado uno de los documentos fundamentales del "Estado de derecho". En cuanto a los Borbones restaurados, su poder no durará más de quince años, como ya les ocurrió a los Estuardo en el siglo XVII.

> …es fácil darse cuenta de que en la claridad absoluta no se ve ni más ni menos que en la absoluta oscuridad; y que tanto una como la otra son una visión pura, un no ver nada. La pura luz y la pura oscuridad son dos vacíos que son lo mismo. Sólo en la luz determinada —y la luz se determina en la oscuridad—, o sea sólo en la luz oscurecida se puede distinguir algo. De igual manera, sólo se distingue algo en la oscuridad determinada —y la oscuridad está determinada por la luz— o sea, sólo en la oscuridad iluminada.[114]

Mucho antes de Kant y Hegel, por otra parte, ya se había hecho una crítica fundamental al cognitivismo racionalista que reconocía la posibilidad de que la razón práctica demostrara las normas morales. En el tercer libro del *Tratado sobre la naturaleza humana* de Hume, leemos: "Algunos filósofos se han esforzado laboriosamente en difundir la opinión de que la moralidad es susceptible de demostración. Y aunque ninguno de ellos ha podido avanzar siquiera un solo paso en estas demostraciones, dan por sentado que esta ciencia pueda llevarse hasta una certeza igual a la de la geometría y el álgebra".[115] Incluso "la diosa de la razón", dice Bobbio, "ha sido destronada".[116]

Las reflexiones de Hume, por cierto, fueron tratadas por sus contemporáneos como posturas de ateos y libertinos, interesados exclusivamente en su beneficio particular. Sin embargo, estas tesis estaban destinadas al éxito en el siglo XX, convirtiendo a Hume en el padre del no cognitivismo ético, como aquella doctrina que se opone a las tesis de quienes creen que los valores, como los

---

Según Bodei, "junto al miedo más abyecto, la «gran esperanza» también termina con el Termidor. Al menos temporalmente, todos los "ciudadanos" vuelven a su lugar; se reestructuran las jerarquías sociales, se reconvierten las expectativas y los deseos. Pero nada, para bien o para mal, podrá volver a ser lo que era". Bodei, Remo, *Geometria delle passioni… cit.*, p. 513.

114 Hegel, Georg W. F., *Scienza della logica*, (1812), trad. al italiano, Bari, Laterza, 1968, vol. I, p. 83.

115 Hume, David, "Trattato sulla natura umana", (1739), trad. al italiano, en Hume, David, *Opere*, Roma-Bari, Laterza, 1971, vol. I, p. 490

116 Bobbio, Norberto, "Diritto e ragione", *cit.*, p. 305.

hechos, están sujetos a demostraciones y no a argumentaciones; lo que los convierte en verdaderos o falsos y no simplemente en compartibles o no compartibles, compartidos y no compartidos. Para los no cognitivistas, por el contrario, querer demostrar una convicción moral, en virtud de un teorema de la razón correcta, equivale a confundir hechos con valores, demostraciones físicas con elecciones humanas.[117]

La noción de arbitrariedad que se desprende de los escritos de los autores de derecho natural, los cuales ven la moralidad racional como el principal límite al poder político, requiere la asunción de una perspectiva cognitivista de la moralidad, que contrasta los principios éticos *universales* con la voluntad *particular* de los gobernantes. Esta perspectiva, sin embargo, tropieza con dos tipos de problemas: por un lado, en la figura del tirano *impío,* la noción de poder arbitrario se confunde y se superpone con la categoría, mucho más amplia, de mal gobierno —la *disnomia* opuesta a la *eunomia* del famoso discurso de Solón—, haciéndole perder su especificidad.

Por otro lado, no es inusual en la historia encontrar cognitivistas éticos y estudiosos del derecho natural que utilizan argumentos morales para legitimar la expansión de los márgenes de *artbitrio* del poder. Sin recurrir de nuevo a ejemplos tomados de la literatura fisiocrática, basta pensar en las expresiones tomadas del lenguaje moral —desde el "eje del mal" hasta los "estados canallas"— con las que la administración Bush defendió la ampliación del Poder Ejecutivo en la época del *Patriot Act.*[118] Además,

[117] Sería imposible ofrecer aquí una discusión exhaustiva de las diferentes posiciones que comúnmente reciben el nombre de "no cognitivismo ético". Al respecto, véase, entre otros, Hare, Richard M., *Scegliere un'etica*, (1997), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2006; Lukes, Steven, *Moral Relativism*, Londres, Profile, 2008; Mindus, Patricia, *A Real Mind*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 86 y ss.; Lecaldano, Eugenio, *Etica*, Turín, Utet, 1995, pp. 98 y ss.; Mura, Vigilio, "Promemoria sul relativismo dei valori", en Sau, Raffaella (ed.), *Revival religioso, relativismo, populismo. Opportunità o sfide per la democrazia?,* Turín, Franco Angeli, 2011.

[118] A propósito, véase Bernstein, Richard, *The Abuse of Evil. The Corruption of Politics and Religion since 9/11*, Cambridge, Polity, 2005. En este ensayo, el autor

ya en 1683 Pierre Bayle advertía contra la confianza excesiva en las verdades morales absolutas: "el fanatismo es ciertamente mil veces más desastroso; porque el ateísmo no inspira pasiones sangrientas, pero el fanatismo sí. El ateísmo no sirve de freno a los crímenes, pero el fanatismo empuja a cometerlos".[119] Un no cognitivismo más sobrio desde un punto de vista ético abre el camino al problema de las diferentes posibles razones como argumentos para justificar las decisiones.

## V. El tirano inflexible

En una tercera acepción, serían arbitrarios (*irracionales*) los actos del gobernante que es incapaz de tomar en consideración las "razones" de los demás. Después de dictar la sentencia de muerte a Antígona, en la famosa tragedia de Sófocles, Creonte es "llamado a la razón" por su hijo Hemón:

> Padre, la razón (*fren*) es el bien supremo que los dioses han concedido al hombre… La ciudad lamenta que esta chica, la más inocente de todas las mujeres, deba sufrir la muerte más indigna por tan noble acto… no, no te encierres en la idea de que sólo lo que dices es recto y nada más. Aquellos que suponen que siempre tienen razón, o que piensan que poseen una lengua y un alma superiores, una vez examinados a fondo revelan su vacío interior. Es un honor para un hombre, por sabio que sea, seguir aprendiendo sin encerrarse en la obstinación… Tu sabes bien cómo los

---

propone abandonar el modelo interpretativo huntingtoniano de los conflictos contemporáneos, reemplazando el choque de civilizaciones entre diferentes culturas por el choque de mentalidades transversales a diferentes realidades culturales: el conflicto entre el "deseo de lo absoluto" y el "falibilismo pragmático".

119 Bayle, Pierre, *Pensieri sulla cometa*, (1683), Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 48. Análogamente, según Baroncelli: "La intolerancia no suele surgir de la falta de valores, ni de la indiferencia, sino de la floreciente proliferación de «cosas en las que creer» y de juicios de valor esparcidos generosamente por todas partes y por las más variadas razones". Baroncelli, Flavio, *Il razzismo è una gaffe. Eccessi e virtù del "politically correct"*, Roma, Donzelli, 1996, p. 95.

> árboles que se doblan ante los arroyos crecidos por las inundaciones invernales conservan sus ramas, mientras que los que resisten acaban desarraigados con todas sus raíces. Y del mismo modo, el marinero que mantiene las velas demasiado apretadas, sin aflojarlas nunca, hace que el barco vuelque y se encuentra navegando con la quilla al revés. Vamos, ríndete y concédele algún cambio a tu alma.[120]

En palabras de Hemón se pueden encontrar tres órdenes de argumentación: la apelación a los valores, la llamada a la prudencia y la invitación a la flexibilidad. Primero, cuando se refiere a la "muerte más indigna por un acto tan noble", Hemón argumenta en términos de la "injusticia" del mandato de su padre, sin dejar lugar a la posibilidad de errores de juicio, tratando a Creonte como un *tirano impío*. En segundo lugar, la referencia a la fragilidad de los árboles —*topos* del pensamiento filosófico—[121] es una invitación a la prudencia para prevenir los riesgos de un *tirano insensato* que, insensible a la disidencia de la ciudad, corre el riesgo de rebelarse. En tercer lugar, la exhortación a encontrar el "coraje" para conceder a la propia "alma un cambio", propone tomar en consideración y sopesar los argumentos y las "razones" de otros, representados aquí por la disidencia de la ciudad. En este caso no se trata del dilema moral que recorre toda la tragedia, del conflicto entre la ética de los principios de Antígona —que *debe* respetar las leyes tradicionales y enterrar el cuerpo de su hermano— y la ética de responsabilidad de Creonte —que *debe* mantener el orden y hacer cumplir las leyes positivas—. La flexibilidad es, más bien, el antídoto contra el *impío* que, escuchando a

[120] Sófocles, *Antigone*, 680. Al respecto, véase, por ejemplo, Ost, François, *Mosè, Eschilo, Sofocle. Alle origine dell'immaginario giuridico*, (2004), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2007, pp. 207 y ss.

[121] Es muy conocido el uso que hace Pascal de esta metáfora: "El hombre no es más que una caña, la más débil de la naturaleza; pero es una vara que piensa. No es necesario que todo el universo se arme para destruirlo: basta un vapor, una gota de agua para matarlo". Pascal, Blaise, *Pensieri*, (1669), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1962, 377, p. 161.

los demás, puede "seguir aprendiendo sin obstinarse" y contra el *insensato/tonto* que corre el riesgo de perder su trono por su obstinación al no cuestionar la propia voluntad, "aflojando las velas" como el marinero de la metáfora.

La arbitrariedad del mando de un *tirano inflexible* se opone a la noción de "razonabilidad", muy popular en la literatura política y jurídica contemporánea. "Ser razonable", afirma Nicola Abbagnano, "significa, en el lenguaje común, tomar conciencia de las circunstancias y de las limitaciones que conllevan con la renuncia a una actitud, teórica o práctica, de absolutismo".[122] La actitud "antiabsolutista" del intérprete razonable de la ley en los Estados constitucionales es, según Gustavo Zagrebelsky, la templanza de quien tiene en cuenta las "razones de los otros":

> La problemática coexistencia entre los diversos aspectos constitutivos del derecho (derechos, justicia, ley), y la adecuación entre casos y normas exigen una actitud espiritual particular por parte de quienes trabajan jurídicamente. Esta actitud, que está íntimamente relacionada con el carácter práctico del derecho, se denomina "razonabilidad" para aludir siempre a la necesidad de un espíritu de "adaptación" de alguien respecto de algo o alguien más con el fin de evitar conflictos mediante soluciones que satisfagan a todos en la mayor medida que lo permitan las circunstancias. "Razonable", incluso en el lenguaje común ("¡sé razonable!"), es aquel que se da cuenta de la necesidad, en vista de la convivencia, de llegar a "composiciones" en las que quepan no una, sino muchas "razones".[123]

La referencia a alguna forma de "razonabilidad" para encontrar soluciones a controversias en sociedades plurales también une 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.[124] Conviene señalar, en primer lugar, que

---

[122] Abbagnano, Nicola, *Dizionario di filosofia*, Turín, Utet, 1998, p. 896

[123] Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, p. 203.

[124] Este no es el lugar para reconstruir las características específicas de las dos teorías, su evolución interna y sus relaciones mutuas, documentadas por

las posiciones de Rawls y Habermas difieren de la de Zagrebelsky, quien, en el pasaje citado, habla de soluciones "razonables" que "satisfagan a todos en la mayor medida que lo permitan las circunstancias". En cambio, la teoría del "consenso por intersección" de Rawls sirve para encontrar acuerdos, excluyendo del debate público posiciones "irrazonables",[125] mientras que, según Habermas, la expresión "razonable" debe considerarse un "predicado de la validez de los enunciados normativos".[126]

Lo que es particularmente relevante para las consideraciones sobre la relación entre *ratio* y *voluntas* son algunos rasgos comunes a las dos construcciones filosóficas. Para Rawls, la teoría de la "justicia como equidad" en sus diversas formulaciones tiene como condición necesaria previa la actitud "razonable" de los ciudadanos de las democracias constitucionales contemporáneas. Esto "subyace al deseo de participar en una cooperación justa como tal, y a hacerlo a condición de que otros, en igualdad de condiciones, puedan previsiblemente hacerlo".[127] La ética del discurso habermasiano, por otra parte, se centra en el supuesto de que la "validez" de una norma moral depende de las limitaciones iniciales del procedimiento discursivo racional mediante el

---

uno de los debates filosóficos más interesantes de los últimos años: Habermas, Jürgen, "Per la critica del liberalismo politico di John Rawls", trad. al italiano, *Micromega. Almanacco di Filosofia*, núm. 5, 1995; Rawls, John "Risposta a Jürgen Habermas", trad. al italiano, *Micromega. Almanacco di Filosofia*, núm. 5, 1995. Para una reconstrucción de las líneas principales de los dos caminos filosóficos, véanse los dos primeros capítulos de Ferrara, Alessandro. *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

125 Rawls, John, *Liberalismo politico*, (1993), trad. al italiano, Turín, Comunità, 1999, p. 31. A propósito, véase Vitale, Ermano, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 77.

126 Habermas, Jürgen, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, (1996), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 1998, p. 80. Sobre la aplicabilidad del concepto de "validez", tanto a la razón práctica como la teórica, véase Habermas, Jürgen, *Teoria della morale*, (1991), trad. it Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 135 y ss.

127 Rawls, John, *Liberalismo politico*, *cit.*, p. 58. Véase también Rawls, John, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, (1997), trad. al italiano, en Rawls, John, *Il diritto dei popoli*, Turín, Comunità, 2001, pp. 220 y ss.

cual se formula.[128] Para Habermas, el término "validez" es sinónimo de aceptabilidad universal en una perspectiva deontológica y cognitivista.

El principio de universalización es un principio moral imparcial que reconoce una norma como válida en el caso en que "todos pueden aceptar *libremente* aquellas consecuencias y efectos secundarios que se espera que se deriven, para la satisfacción de los intereses *de cada individuo*, de la observancia *universal* de la norma discutida".[129] Tanto en el pensamiento de Rawls como en el de Habermas, están presentes juicios sobre la "racionalidad" de los *fines*, partiendo del supuesto de que la elección en torno a valores últimos no es, ni debe ser, de tipo emocional.[130] La "justicia como equidad" da como resultado la formulación de principios de justicia,[131] con miras al buen orden de sociedades com-

---

[128] En relación con la noción habermasiana de "racionalidad formal", véase Habermas, Jürgen, *Diritto e morale*, (1986), trad. al italiano, en Rawls, John, *Morale, diritto e politica*, Turín, Comunità, 2001; Petrucciani, Stefano, *Introduzione a Habermas*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 139 y ss.

[129] Habermas, Jürgen, *L'etica del discorso*, (1983), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 103. La teoría habermasiana ha sido revisada y modificada a lo largo de los años por su propio autor. En *Hechos y normas*, por ejemplo, el principio de universalización (U) se incluye en un principio discursivo más general. Según el llamado principio D, "sólo son válidas aquellas reglas de acción que todos los posibles interesados puedan aprobar participando en el discurso racional". Habermas, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, (1992), trad. al italiano, Milán, Guerini, 1996, p. 131. Así, en la *Teoría de la moral*: "Llamamos universalista, finalmente, a una ética que sostiene que este principio moral [el principio U] (o uno similar) no sólo expresa las intuiciones de una cultura específica o de una época específica, sino que se aplica universalmente". Habermas, Jürgen, *Teoria della morale*, *cit.*, p. 8.

[130] Sobre el complejo problema de la racionalidad de los fines, véase Frankena, William K., *Etica. Un'introduzione alla filosofia morale*, (1973), trad. al italiano, Turín, Comunità, 1996, pp. 163 y ss.

[131] Como es sabido, el primer principio de justicia establece que "toda persona tiene igual derecho al más amplio sistema total de iguales libertades fundamentales compatible con un sistema similar de libertades para todos"; el segundo que "las desigualdades económicas y sociales deben ser: *a)* en beneficio de los menos favorecidos, de manera compatible con el principio de ahorro justo, y *b)*

plejas y plurales. La "ética del discurso", por otra parte, llega a la elaboración de limitaciones formales sobre los procedimientos discursivos, cuya universalidad, neutralidad e inclusividad serían garantía del éxito de la deliberación, y no sólo, como podría pensarse, de igualdad formal en el acceso a las decisiones públicas.[132]

Estas posiciones recuerdan el modelo de *razón argumentativa*, cercano a la retórica de los antiguos, mirado con recelo por los científicos modernos[133] y reimpuesto en el debate filosófico, especialmente con el movimiento alemán de la llamada "rehabilitación de la filosofía práctica".[134] La racionalidad argumentativa —que, sin embargo, no coincide perfectamente con la razón pública rawlsiana, ni con la razón comunicativa habermasiana— puede interpretarse como un proceso de justificación de ciertos supuestos que consiste en aducir "azones",[135] en el sentido de argumentos y no de demostraciones para sustentar una tesis. Estas "razones" se parecen a las "creencias y certezas del sentido común" de las que habló Wittgenstein o al "conocimiento práctico" de los neoaristotélicos de la escuela heideggeriana. En la teoría jurídica contemporánea, estas son, más bien, las herramientas de la llamada "teoría de la argumentación jurídica", que se inspira en los estudios de Perelman,[136] donde razones argumenta-

---

vinculadas a cargos y puestos abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades". Rawls, John, *Una teoria della giustizia*, *cit.*, p. 255.

132 Sobre el tema de los llamados "falsos procedimentalismos", véase Pintore, Anna, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 76 y ss.

133 Según Jean-Pierre Vernant (*Tra mito e politica*, Milán, Raffaello Cortina, 1998), "esta razón verbal es a menudo justificable, por no decir teológica. En lugar de investigar la realidad para establecer hasta qué punto nuestras teorías dan cuenta, asumimos la tarea de elaborar, en el nivel del discurso, un argumento al final del cual todos los problemas parecen resueltos y todas las contradicciones eliminadas o superadas" (p. 81).

134 Véase, Riedel, Manfred, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, Rombach, 1972-74.

135 Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 203 y ss.

136 No estamos argumentando aquí que la elaboración que hace Wittgenstein del concepto de "seguir una regla" sea equivalente a la hermenéutica de

tivas y persuasivas significan precisamente aquellas "pruebas" que son irreductibles a evidencia demostrativa. Parafraseando a Perelman, Silvia Zorzetto sostiene: "la tesis central de la nueva retórica afirma que lo razonable es, ante todo, lo que suscita la adhesión del público universal, lo que persuade al público, privilegiado imaginado por el orador (*retore*) como un compuesto de individuos razonables. Aquí razonabilidad y persuasión son, por así decirlo, dos caras de la misma moneda".[137]

Las distintas teorías que recurren a la razón argumentativa tienen, entonces, dos consecuencias frecuentes. Por un lado, proponen dejar de lado, si no archivar, la razón demostrativa en favor de formas de "lógica no deductiva".[138] La racionalidad rigurosa como instrumento de razonamiento político no parece capaz de garantizar la coexistencia pacífica de intereses y valores muy diferentes, como ocurre en las democracias contemporáneas.[139] Por

---

Gadamer o la "nueva retórica" de Perelman. Estas teorías difieren profundamente si observamos las implicaciones tanto epistemológicas como morales; el horizonte común, sin embargo, es una profunda desconfianza hacia la posibilidad de utilizar la racionalidad científica y demostrativa en el campo práctico. Cualquiera que esté familiarizado con el pensamiento de Wittgenstein sabe que las reflexiones de las *Investigaciones filosóficas* se basan en las conclusiones del *Tractatus Logico-Philosophicus*, donde se excluye la posibilidad de utilizar la lógica deductiva en todos los campos no estrictamente científicos. La lapidaria conclusión de su obra más famosa afirma: "sobre todo lo que no se puede hablar, hay que callar".

137 Zorzetto, Silvia, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milán, Franco Angeli, 2008, p. 20.

138 Sobre el problema de las consecuencias de los términos de "politización del derecho" de tales procesos, véase Zamboni, Mauro, *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 132 y ss.

139 Las tesis del "hecho del pluralismo" y la del "consenso por intersección" se explican por Rawls de la siguiente manera: "La sociedad democrática moderna no sólo se caracteriza por un pluralismo de doctrinas integrales religiosas, filosóficas y morales, sino también por un pluralismo de doctrinas integrales incompatibles pero razonables. Ninguna de estas doctrinas es universalmente aceptada por los ciudadanos; ni se puede esperar que en un futuro previsible alguna de ellas, o cualquier otra doctrina razonable, sea jamás afirmada por todos, o casi todos, los ciudadanos. El liberalismo político supone que, para los propósitos de la po-

el otro lado, se propone la reconstitución de nuevos criterios, los cuales se agrupan bajo la fórmula de "razonabilidad", para identificar reglas y principios con miras a la mejor forma posible de convivencia.

El gobernante razonable, que toma decisiones con flexibilidad y escuchando las razones de los demás, estaría entonces dotado de aquellas virtudes de las que, según Hemón, Creonte carecía: prudencia y justicia (moral). La prudencia de quienes escuchan el disenso para no comportarse tontamente y correr el riesgo de perder el trono, y la justicia de quienes comprenden las *verdades* morales a través de la discusión. La figura del tirano *inflexible* parece, pues, sufrir los mismos problemas teóricos ya observados en los casos del *insensato* y del *impío*. Si la flexibilidad se considera una mera exhortación a escuchar a los demás —desde los asesores hasta los súbditos y los votantes— la razonabilidad parece un concepto demasiado incomprensible en comparación con el de arbitrariedad que no contempla el caso del gobernante *astuto*, pero interesado en su propio beneficio. Si, en cambio, la flexibilidad es la actitud y disposición de quien usa la *razón* pública o discursiva, intentando encontrar las soluciones *correctas* a los problemas políticos junto con los demás —cayendo en nuevas formas de cognitivismo ético—,[140] el arbitrio se confunde con

lítica, una pluralidad de doctrinas integrales razonables, pero incompatibles es el resultado normal del ejercicio de la razón humana dentro de las instituciones libres de un régimen democrático constitucional". Rawls, John, *Liberalismo político*, *cit*., p. 5. A propósito, véase Päivänsalo, Ville, *Balancing Reasonable Justice. John Rawls and Crucial Steps Beyond*, Aldershot, Ashgate, 2007; Sala, Roberto, *La verità sospesa. Ragionevolezza e irragionevolezza nella filosofia politica di John Rawls*, Nápoles, Liguori, 2012.

[140] A propósito del cognitivismo rawlsiano, véase Estlund, David, "The Insularity of the Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit the Truth", *Ethics*, vol. 118, núm. 2, 1998. Para una interpretación de las tesis rawlsianas desde una perspectiva pragmática y no cognitivista, véase Rorty, Richard, "La prioridad de la democracia sobre la filosofía", (1984), trad. al italiano, en Rorty, Richard, *Scritti filosofici*, Roma-Bari, Laterza, 1994, vol. I; Bernstein, Richard, *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno*, (1991), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 1994, sobre todo el capítulo 8.

el *mal gobierno,* y el gobernante que quiere ser libre de coacciones y límites acaba coincidiendo con la figura clásica del *tyrannus quoad exercitium* que reasume todo tipo de vicio e inmoralidad.

Además —este es quizás el aspecto más relevante del éxito de las teorías políticas y jurídicas vinculadas a la noción de "razonabilidad"—, el gobernante más *flexible* es a menudo el que exige mayores márgenes de arbitrio para sí mismo.[141] De hecho, el uso de la expresión "razonabilidad" aparece frecuente para indicar el comportamiento del poder eficiente,[142] que decide rápidamente y caso por caso, según las necesidades concretas del momento; aquél que *hace,* respondiendo rápidamente a las peticiones particulares de los gobernados.[143]

La reconstrucción aquí preparada de las figuras del gobernante *insensato* —que relaciona mal fines y medios—, del gobernante *impío* —que no sigue los dictados de la moral racional— y del gobernante *inflexible* —que ignora las razones de los demás— muestra los problemas de las teorías sobre las limitaciones impuestas a la toma de decisiones políticas. De hecho, la idea de que la *ratio* es una restricción a la *voluntas* particular del tirano se presta a la crítica de aquellos que creen que incluso el más *inteligente*, *piadoso* y *flexible* de los gobernantes es llevado a actuar arbitrariamente siguiendo sus propias motivaciones particulares —en el doble sentido de "prepotentes" e "injustificadas"—. Si su decisión no está, de

---

141 Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 99 y ss.

142 Hablando de la retórica neoconservadora contemporánea, Ota de Leonardis señala que hoy "se subrayan los límites de la regulación estatal, su hipertrofia, su alejamiento de los ciudadanos y la irracionalidad del criterio de racionalidad en el que se basa". De Leonardis, Ota, *In un diverso welfare. Sogni e incubi*, Milán, Feltrinelli, 2002, p. 10.

143 Sobre los usos en el lenguaje político de términos como "flexibilidad" o "prudencia" y su vínculo con la ampliación de los márgenes de arbitrariedad de los tomadores de decisiones públicas, véase Bono, Irene, *In nome della società civile. Un caso di sviluppo partecipato in Marocco*, Milán, Guerini, 2010, p. 142. De manera similar, ver el uso que hace Béatrice Hibou de la noción de *arrangement* en Hibou, Béatrice, *Anatomie politique de la domination*, París, La Découverte, 2011, pp. 35 y ss.

algún modo, restringida no sólo por la racionalidad, la moral o (al menos) la razonabilidad, sino por un vínculo más efectivo, como la ley, por ejemplo, el soberano absoluto —como el hobbesiano limitado sólo por la prudencia— siempre podría terminar preguntándose, como Lady Macbeth, "What need we fear who knows it, when none can call our power to accompt?".[144]

[144] "¿Qué debemos temer si alguien lo sabe, cuando nadie puede invocar nuestro poder para cumplirlo?". Shakespeare, William, *Macbeth*, V, 1.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026.c3

## Capítulo segundo

# ARBITRARIO COMO ILEGAL

## I. La ley como límite al poder

En el capítulo anterior, dedicado al examen selectivo de los argumentos que subyacen a la milenaria reflexión sobre la relación entre *ratio* y *voluntas*, se destacó la conexión conceptual entre las nociones de poder arbitrario y poder limitado: como primera aproximación, es posible afirmar que el gobernante que actúa *arbitrariamente* y se comporta *como* si estuviera libre de los límites marcados por la razón, basando sus elecciones en meras idiosincrasias. En un intento por responder a la pregunta de cuáles podrían ser límites adicionales a decisiones que de otro modo serían arbitrarias, este capítulo estará dedicado a la "ley" como una posible restricción a las decisiones del gobernante. En concreto, se examinarán los argumentos a favor y en contra de la tesis, según la cual el derecho es la técnica históricamente más relevante de "*minimización del poder*, por lo demás absoluto y salvaje".[145] La ley, en estos términos, funciona como una barrera a la voluntad del tirano que gobierna arbitrariamente. Diderot, por ejemplo, recuerda que la figura clásica del *tyrannus quoad exercitium* es específicamente diferente del *tyrannus*

[145] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p.229. Para explicar el sentido de su afirmación, Ferrajoli continúa caracterizando el derecho como una técnica para minimizar tanto a los poderes públicos, "tal como se expresan en los árbitros políticos y los abusos policiales, administrativos y judiciales", como a los poderes privados, "tal como se manifiestan en uso de la fuerza física, en la explotación del trabajo y en las infinitas formas de opresión familiar, dominación económica y abuso interpersonal".

*absque titulo*, es decir, del usurpador que toma posesión ilegítimamente del poder. En la entrada *Tirano* de la *Encyclopédie*, Diderot afirma: "Con la palabra tirano se entiende no sólo un usurpador del poder soberano, sino también un soberano legítimo que abusa de su poder para violar las leyes, oprimir a los pueblos y convertir a sus súbditos en víctimas de sus propias pasiones o voluntad injusta en sustitución de las leyes".[146]

El tema está estrechamente relacionado con el de la relación entre arbitrariedad y racionalidad: las formas de legalidad constitucional contemporánea, de hecho, se originan, al menos en parte, de las corrientes iusnaturalista y contractualista modernas, lo que las relaciona con el debate —históricamente mucho más antiguo— sobre la ley como "razón sin pasiones" y del "gobierno de los hombres" —hecho de elecciones particulares, adaptadas a situaciones específicas— en oposición al "gobierno de las leyes" —caracterizado por decisiones generales que no siempre son directamente aplicables a casos concretos.

Partiendo del ejemplo de la ley electoral italiana propuesto en el capítulo anterior, el problema de la ilegalidad de la decisión del poder se puede encontrar en las sentencias sobre la admisibilidad de los referendos electorales que derogan algunos aspectos de la Ley Calderoli. La Corte Constitucional italiana llamó la atención del Parlamento sobre algunas posibles inconstitucionalidades en dicha ley.[147] En primer lugar, y tal vez sea el punto más grave, señaló la ausencia de un umbral mínimo de votos para

---

[146] Diderot, Denis, "Tiranno" (1751-72), trad. al italiano, en Diderot, Denis, *Scritti politici con le "voci" politiche dell'Encyclopédie,* Turín, Utet, 1967, p. 732.

[147] Sentencias 15, 16 y 17/2008. Al no poder pronunciarse directamente sobre la conformidad de las leyes electorales con la Constitución, debido a la dificultad de iniciar incidentalmente un juicio de constitucionalidad, la Corte a menudo ha tomado una posición sobre cuestiones electorales a través de fallos sobre la admisibilidad de los múltiples referendos electorales que acompañaron a la convulsa historia de transformaciones jurídicas en materia electoral desde 1991 hasta la actualidad. Una novedad interesante es el recurso presentado por Aldo Bozzi, que todavía estaba siendo examinado por el Consejo en el momento de escribir este volumen.

adquirir el poder mayoritario. Aunque con mucha cautela, el tribunal avanza la hipótesis de que esta omisión viola el principio constitucional de igualdad en el voto para toda la ciudadanía, consagrado en el artículo 48 de la Constitución. De hecho, según la ley, al partido o coalición de partidos con el mayor número de votos —cualquiera que sea el porcentaje real— se le asigna automáticamente 55% de los escaños de la Cámara.

La institución del premio de mayoría —vigente en Grecia y Malta, además de en Italia— no goza de una reputación muy positiva, al menos desde un punto de vista histórico. Para garantizar una mayoría parlamentaria al *Partito Nazionale Fascista* (Partido Nacional Fascista), la ley Acerbo de 1923 asignó 2/3 partes de los escaños a la lista más votada entre las que hubieran alcanzado el umbral de 25% de los votos.[148] La llamada "ley estafa" *(legge truffa)* de 1953 otorgó 65% de los escaños a la coalición que superara 50% de los votos.[149] En ambos casos, estas normas que establecían que debía alcanzarse un umbral mínimo de votos para poder acceder al premio de mayoría, pasaron a la historia como leyes poco democráticas: una fascista, la otra fraudulenta. En el caso de la ley Calderoli, la falta de un umbral mínimo hizo que los jueces plantearan la hipótesis sobre su inconstitucionalidad: esta ley sería de hecho *ilegal*, porque estaba en conflicto con una ley superior. Esta nueva declinación del ejemplo permite enriquecer la noción de poder arbitrario con otro posible significado: un poder, en este caso, que actúa libre de las limitaciones impuestas por la ley que autoriza o regula su ejercicio, o que preregula el asunto.

Para entender el problema de la ley como posible límite al poder, conviene volver al ejemplo de la gran legitimación que acompaña el debate público en torno a la figura del gobernador

148 Pellicciari, Igor, *Tra decidere e rappresentare. La rappresentanza politica dal XIX secolo alla Legge Acerbo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, cap. IV.

149 De Fiores, Claudio, "Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia", en De Fiores, Claudio (ed.), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Turín, Giappichelli, 2007, pp. 35 y ss.

regional. Los apologistas de la eficacia de la acción del *gobernador* —no en vano tomada como modelo para posibles reformas presidenciales a nivel nacional— recurren a argumentos similares a los de los promotores de la ley Calderoli —salvo la posterior autoexcomunión y el epíteto de "cochinada"—. De hecho, la noción de gobernabilidad es ampliamente mencionada y promovida como un valor —guía para la creación de sistemas institucionales caracterizados por "estabilidad política mas eficacia decisional"—.[150] La razón de ser de un premio de mayoría anormal —que no parece diferir mucho de la que explica el equilibrio institucional regional— se inspira en la búsqueda de gobernabilidad a través del fortalecimiento de ejecutivos y mayorías parlamentarias que puedan disfrutar de una mayor *libertad*, es decir, de mayor arbitrio, para afrontar situaciones complejas. Estos argumentos parecen representar la versión contemporánea del "gobierno de los hombres", aquel modelo en el que el gobernante decide, de manera puntual, sobre cuestiones concretas, escapando de la rigidez de la ley.

El análisis de la dimensión de la noción de arbitrariedad que más se acerca al problema de la relación con la *legalidad* se sitúa en el centro del tema de los límites al poder. La posibilidad de mantener a raya la fuerza mediante vínculos jurídicos es, de hecho, la base de las más diversas teorías del Estado de derecho, entendido como aquel en el que el poder está sujeto a la ley. Re-

[150] Pasquino, Gianfranco, voz "Governabilità", en *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, Roma 1994, t. IV, p. 399. La noción de "gobernabilidad" es muy controvertida y a menudo sufre cambios significativos de significado según el contexto político en el que se aplica. Al respecto, véanse, entre otros, Crozier, Michel; Huntington, Samuel P. y Watanuki, Joji, *La crisi della democrazia. Rapporto della Commissione trilaterale (1975)*, Milán, Franco Angeli, 1977; Offe, Claus "Ingovernabilità: lineamenti di una teoria conservatrice della crisi", en Offe, Claus, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, Bolonia, Il Mulino, 1982; De Sousa Santos, Boaventura, "Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality", en De Sousa Santos, Boaventura y Rodriguez-Garavito, César A. (eds.), *Law and Globalization from Below,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 33; Mastropaolo, Alfio, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

cordando la enérgica defensa que hizo Calamandrei del principio de legalidad en medio del fascismo, Gustavo Zagrebelsky sostiene que este principio apunta, incluso antes que contra el autoritarismo o el totalitarismo, precisamente contra la arbitrariedad del poder "lo que en otros tiempos se llamaría despotismo, que es un poder caprichoso, impredecible, aleatorio".[151]

Para comprender plenamente el significado histórico de la noción de "legalidad", conviene recordar que tradicionalmente se ha considerado una de las principales dimensiones del concepto de "justicia". En el libro V de la *Ética nicomaquea* —el cual es una referencia necesaria para gran parte de la reflexión antigua y moderna sobre el problema de la justicia—, Aristóteles trata la justicia como legalidad, definiéndola como una "virtud total", que incluye todas las demás "virtudes particulares":

> Esta justicia, así entendida, no es parte de la virtud, sino que es la virtud en su totalidad: así la injusticia, su contraria, no es parte del vicio, sino el vicio en su totalidad. En qué se diferencia de la virtud de la justicia así entendida, se desprende de lo dicho: es lo mismo que la virtud, pero en esencia no es la misma cosa. En cuanto se dirige a otro es justicia, en cuanto es un estado habitual de una determinada naturaleza, es virtud absolutamente.[152]

El soldado que no abandona el campo de batalla puede ser "virtuoso" —es decir, socialmente aceptable— en dos sentidos: o posee el "hábito moral" de ser valiente, o se comporta *como si* fuera valiente, respetando la ley que prescribe la acción valiente como *buena* para sus compañeros en armas. Este es el sentido en el que Aristóteles habla de la justicia como virtud social, "en relación con los demás".[153]

---

[151] Zagrebelsky, Gustavo, "Una travagliata apologia della legge", en Calamandrei, Piero, *Fède nel diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11.

[152] Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. al italinao, Milán, Rizzoli, 1998, p. 1130a.

[153] *Ibidem*, p. 1129b.

El hecho de que Aristóteles encontrara en el lenguaje común la coincidencia entre uno de los significados de la noción de "justicia" y el de "legalidad" —respetar la ley es un acto justo, en el sentido de virtuoso hacia los demás— nada dice aún sobre la presunta *justicia* —o *rectitud*, o *bondad*— de la ley, la cual si uno la sigue se comportaría virtuosamente.[154] Si trasladamos nuestra mirada del deber altruista de los gobernados de respetar la ley —un tema recurrente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político— al correspondiente deber de los gobernantes, nos damos cuenta de la complejidad de la noción de "legalidad", que no puede reducirse únicamente al *gubernaculum sub lege* y al correspondiente deber que tiene titular del poder de actuar de conformidad con normas superiores. De hecho, igualmente relevante es el problema del llamado *gubernaculum per leges*, una fórmula que indica una forma específica de ejercer el poder (político) que se expresa a través de normas generales y abstractas. La igualdad de trato de los ciudadanos *en* la ley, la certeza del derecho y su inteligibilidad para los gobernados —que derivan de la sustracción de las reglas a la dimensión de lo particular y de lo contingente— siempre han sido consideradas garantías contra los caprichos del poder y el uso para fines personales de la ley.

Este capítulo estará dedicado al análisis de la noción de arbitrariedad en el campo semántico específico que se aproxima al de la *ilegalidad*. En primer lugar, se reconstruirán selectivamente los principales argumentos a favor de las tesis opuestas de la supremacía del "gobierno de los hombres" y del "gobierno de la ley". Analizaremos las características del gobierno de las leyes, presentes en las diferentes teorías del Estado de derecho, como el gobierno *sub lege* y *per leges*, para volver al éxito que han tenido algunas figuras típicas del gobierno de los hombres y que persiste en la modernidad. Finalmente, se tratará el problema del poder

[154] Nótese, por supuesto, que la concepción de la legalidad como "virtud altruista" no excluye en absoluto que la ley deba estar respaldada por la sanción, elemento que es todo, menos altruista de la legalidad.

"extraordinario", como aquel poder que crea espacios de arbitrariedad dentro de un sistema de legalidad.

## II. El gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes

El problema del poder arbitrario del gobernante que se comporta como si fuera *legibus solutus* remite al antiguo debate en torno a la supremacía del gobierno de las leyes sobre el de los hombres. El dilema ya analizado en el capítulo anterior respecto al *Eutifrón* de Platón fue: "¿es correcto lo que agrada a los dioses o les gusta a los dioses lo que es correcto?". Se puede declinar aquí de una forma más específica preguntando si el mejor gobernante es el que cumple la ley, o el que encuentra nuevas soluciones a diferentes problemas, prescribiendo así *mejores* normas.[155]

El problema ya estaba presente en el pensamiento platónico, dependiendo de si uno se plantea la pregunta ¿cuál es la mejor ley? o ¿cuáles son las características de un buen gobernante? En las *Leyes*, Platón sostiene: "Ahí donde la ley está sujeta a los gobernantes y está privada de autoridad, veo lista la ruina de la ciudad. En cambio, donde la ley es dueña de los gobernantes y los gobernantes son sus esclavos, veo la salvación de la ciudad y la acumulación de todos los bienes que los dioses suelen otorgar a la ciudad".[156]

---

[155] Bobbio se plantea la misma pregunta en estos términos: "¿es buen gobierno aquel en el que los gobernantes son buenos porque gobiernan respetando las leyes o aquel en el que hay buenas leyes porque los gobernantes son sabios?". Bobbio, Norberto, "Governo delle leggi o governo degli uomini?", (1983), en Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1991, p. 170.

[156] Platón, *Las leyes*, trad. al italiano, Milám, Rizzoli, 2005, p. 715d. Respecto al tipo de ley al que se refiere Platón, Strauss afirma: "el ateniense no habla aquí de la relación entre la ley y el verdadero *logos*: busca el fundamento más elevado posible de la ley. El imperio de la ley es el gobierno de Dios. Esta exigencia tan poderosa, sin embargo, carece de la claridad que poseen, a pesar de sus ambigüedades, las afirmaciones anteriores sobre el derecho y sobre el verdadero logos: de hecho, ignora por completo el hecho de que el gobierno

En el *Politico*, sin embargo, leemos:

> Así como el timonel, que siempre tiene en mente lo que es útil para el barco y los pasajeros, salva a quienes navegan con él no dando instrucciones escritas, sino estableciendo su propia ley; así, exactamente de la misma manera, ¿no surgirá, tal vez lo mismo a través de aquellos que son capaces de regir una forma recta de gobierno, ya que proporcionan la fuerza de su arte, superior a las leyes?[157]

Si asumimos el principio de legalidad desde el punto de vista del poder *sub lege*, por contraste, la figura del "político" en este pasaje puede interpretarse tanto como el *nomothetes*, que da una nueva Constitución al Estado, como —y quizás más propiamente— el "hombre regio", que gobierna en virtud de su sabiduría sin considerar los *nomoi* transmitidos por la tradición; es decir, sin considerar aquellas normas consolidadas y comúnmente aceptadas. En cambio, si consideramos el principio de legalidad como el poder *per leges*, de nuevo por contraste, los argumentos a favor del gobierno de los hombres tienden a sustraer al ciudadano de la generalidad de una ley incapaz de tener en cuenta "todas las diferencias entre los hombres y sus acciones", precisamente porque ningún arte, ni siquiera la ciencia regia, nos recuerda Platón, "enuncia algo tan simple que sea inmediatamente válido para todos los casos y para todos los tiempos".[158] El argumento más fuerte en defensa del gobierno de los hombres —el cual se desvía

---

de las leyes es el gobierno de las leyes instituidas por los seres humanos. Esto, sin embargo, parece claro: la ley de origen divino que los atenienses tienen en mente no puede considerarse que surja del diálogo entre el legislador humano y un dios, como en el caso de la legislación de Minos, de la que se decía que había originado de su hijo de Cronos". Strauss, Leo, *Le "Leggi" di Platone. Trama e argomentazione*, (1975), trad. al italiano, Soveria Mannelli, Rubettino, 2006, p. 85.

157 Platón, *Político*, *cit.*, p. 296e. La expresión "timonel", a veces traducida como "piloto", es la traducción de *kybernetes*, el que sostiene el timón, cuyo calco latino es *gubernator*.

158 *Ibidem*, p. 294b.

de las leyes establecidas y de la forma misma del derecho general y abstracto— está representado precisamente por el problema de la concreción de las diferentes situaciones a las que se enfrenta el "hombre regio". El gobierno de los hombres es el gobierno de la excepción, ya que la normalidad en política no existe: cada caso —o la gran mayoría de los casos— es uno específico y, como afirma William Blake, resumiendo el pensamiento de antiguos y modernos, "Generalizar es una estupidez. Mirar el detalle es el único comportamiento responsable".[159]

La hipótesis de la superioridad del "gobierno de las leyes" es ciertamente más exitosa en la historia del pensamiento político. En su defensa se esgrimen diversos argumentos que, de nuevo, pueden clasificarse como partiendo del problema de la jerarquía de las normas o de la forma de la ley. El primer grupo de argumentos está bien resumido en el aforismo de Bracton: *rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem.*[160] En primer lugar, la *lex che facit regem* es la regla de atribución que identifica quién, y sobre la base de qué título, tiene el poder; por ejemplo, la norma que regula la sucesión al trono. En un segundo sentido, se trata de la regla procedimental que prescribe los modos (las reglas formales) en los que se debe ejercer el poder político. Por ejemplo, el procedimiento legislativo ordinario prescrito por los artículos 70-82 de la Constitución italiana y los reglamentos parlamentarios. En un tercer significado, la "ley que limita a los hombres" es aquella que regula el ejercicio del poder, vinculando el contenido de los actos que produce; es decir, prescribiendo que sean conformes, o no contradictorios, con la *lex superior,* entendida

---

159 Sobre el tema, véase Schauer, F*rederick, Di ogni erba un fascio...*, *cit*., de la que se extrae la cita en la p. 9.

160 De Bracton, Henry, *De legibus et consuetudinibus Angliae,* Cambridge, Harvard University Press, 1968, t. II, p. 33. Sobre el pensamiento de Bracton véase, al menos, Maitland, Frederic William (comp.), *Bracton's Note Book*, (1887), Bufalo, William S. Hein & Co., 1999; Kantorowicz, Hernann, *Bractonian Problems,* Glasgow, Jackson, Son & Co., 1941*;* McIlwain, Charles H., *op. cit.*, sobre todo pp. 89 y ss.

esta última como garantía contra la excesiva libertad de acción del gobernante. Este es el caso antes mencionado del "llamado al cielo" de Locke, al que los ciudadanos tendrían derecho a recurrir si estas limitaciones fueran violadas. En cambio, si se analiza el gobierno de las leyes desde el punto de vista de la legalidad como principio de poder *per leges,* los argumentos en su favor se basan en la crítica a la singularidad de las prescripciones de ese poder que se expresa exclusivamente a través de órdenes extemporáneas y particulares.

En la literatura antigua, la defensa más famosa del paradigma del gobierno de las leyes la propone Aristóteles, quien fue el primero —a diferencia de Platón— en oponer explícitamente ambas visiones. En el libro tercero de la *Política* leemos: "Los gobernantes también necesitan la ley que da prescripciones universales, porque el elemento al que no es posible ser sujeto de pasiones es mejor que aquel al que las pasiones son inherentes. Ahora bien, la ley no tiene pasiones, que necesariamente se encuentran en toda alma humana".[161] La idea de la "ley libre de pasiones" constituye para Aristóteles uno de los criterios para distinguir el buen gobierno del mal gobierno. El otro criterio —complementario del anterior— es el del bien común, entendido como el interés común de gobernantes y gobernados. Aristóteles distingue tres tipos fundamentales de poder legítimo: el poder paterno, del padre sobre su hijo, ejercido en interés de los hijos; el poder del amo sobre el esclavo, ejercido en interés del amo, y el poder político del gobernante sobre los gobernados, ejercido en interés de ambos.[162] En este tercer caso toma forma el paradigma aristotélico del buen gobierno, que es aquel que se ejerce en interés de la comunidad y no de una de sus partes,[163] y en el respeto de la justicia (como legalidad) entendida como una virtud completa.

---

[161] Aristóteles, *Política*, *cit.*, p. 1286a.

[162] *Ibidem*., p. 1255b y ss.

[163] Como es sabido, Aristóteles consideraba a algunos individuos, así como a algunos pueblos, esclavos por naturaleza. Las monarquías asiáticas se consideran formas legítimas de ejercer el poder.

De las otras dos formas de poder político, las figuras del soberano-padre o del soberano-amo provienen tipos ideales de gobierno de los hombres vinculados a concepciones paternalistas o patrimonialistas de la comunidad política.[164] El Estado como "familia numerosa" en la que el gobernante administra los asuntos públicos en interés de sus súbditos, como lo hace un padre en interés de sus hijos es también un *topos* del pensamiento político, que abarca desde las antiguas metáforas del buen pastor[165] hasta experiencias de absolutismos ilustrados y las más diversas teorías de las llamadas democracias sustanciales gobernadas *pour le peuple y non par le peuple*. La característica común de las más diversas críticas a este ideal es precisamente la confianza en la ley como posible barrera al poder caprichoso y desregulado.

La crítica del paternalismo es un rasgo común de las teorías modernas del gobierno de las leyes que reciben el nombre de "Estado de derecho". Según Kant, "Un gobierno fundado en el principio de benevolencia hacia el pueblo, como el gobierno de un padre hacia sus hijos, es decir, un gobierno paternalista *(imperium paternale)*… es el peor despotismo que se pueda imaginar".[166] La idea del hijo-súbdito (incluso antes que la del padre-soberano) contrasta claramente con la idea ilustrada del ciudadano que emerge de la minoría de edad para participar en una comunidad política de personas libres e iguales. Es interesante recordar también las palabras de Federico Guillermo II de Prusia en la orden real del 12 de octubre de 1794, en la que confirmaba la prohibición de la publicación de *La religión* de Kant. En este documento, el rey se define a sí mismo como "padre de nuestro pueblo".[167] La de Kant

---

164 Bobbio, Norberto, "Governo delle leggi o governo degli uomini?", *cit*., p. 182.

165 Véase, por ejemplo, Platón, *Político*, *cit*., p. 261d: "un hombre político se parecerá más bien a alguien que lleva a pastar grupos de caballos y bueyes".

166 Kant, Immanuel, "Según el dicho común: esto puede ser cierto en teoría, pero no es cierto en la práctica", (1793), trad. al italiano, en Kant, Immanuel, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 138.

167 Kant, Immanuel, *La religione nei limiti della semplice ragione*, (1793), trad. al italiano, Turín, Chiantore, 1943, p. VIII.

es también una apología indirecta del gobierno de las leyes[168] que sustituye al gobierno del soberano-padre (o soberano-amo) incluso si fuese el "mejor" o el hombre más virtuoso.[169]

La expresión "Estado de derecho" normalmente se emplea para indicar dos modelos teoricos con una evolución histórica diferente: la noción de sello anglosajón del *Rule of Law* y la del *Rechtstaat* continental, de origen alemán. La primera, que traduce justamente la expresión "gobierno de las leyes" o "principio de legalidad", se entiende generalmente como la sumisión de cualquier acto del Estado a alguna fuente normativa. La fórmula *Rule of Law* nace en el siglo XIX, pero tiene raíces mucho más antiguas y antepasados ilustres entre los que se encuentra, en primer lugar, la *Magna Charta*[170] (1215), en la que se proclaman los derechos subjetivos contra la intrusión "arbitraria" del Estado, pasando por el *Habeas Corpus*[171] (codificado en 1679, pero influyente en la jurisprudencia inglesa desde al menos el siglo XII), la *Petition of Right*[172]

---

168 Según Fabrizio Cattaneo, el governo *per leges* sería la característica distintiva de la noción kantiana de "república", en tanto que específicamente diferente de la forma de gobierno despótica donde el poder se ejerce arbitrariamente, *Cfr*. Cattaneo, Fabrizio, *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, Turín, Giappichelli, 2013, pp. 25 y ss.

169 Nótese, sin embargo, que este problema ya está presente en *La República* de Platón.

170 Carta concedida por el rey Juan en 1215 y confirmada por el Parlamento en numerosas ocasiones por soberanos posteriores. La reconfirmación de 1225 es importante. Algunos puntos volvieron a aparecer en la Petición de Derecho de 1628, cuando, contra el absolutismo que se avecinaba, la Carta Magna fue redescubierta y actualizada gracias a Sir Edward Coke. Véase el apéndice de Nicola Matteucci a la edición italiana de McIlwain, Chales, *op. cit*., p. 193.

171 Norma que garantiza la libertad del ciudadano frente a cualquier arresto o forma de detención arbitraria. Este principio se remonta a la Ley de Habeas Corpus de 1679, que simplemente reiteró y aclaró algunos principios de la Carta Magna (McIlwain, Chales, *op. cit*., p. 191).

172 Generalmente por *petition* se entiende, hoy, una petición, pregunta o solicitud escrita del ciudadano dirigida a los poderes establecidos. En el pasado se trataba de un procedimiento parlamentario contra la Corona. La *Petition of Right* de 1628 se refería a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos

(1628) y el *Bill of Rights*[173] (1689). El nacimiento del primer parlamento moderno (con la revolución de 1643[174]), supremo órgano legislativo que después dará vida al "modelo Westminster",[175] debe leerse dentro de esta tradición jurídica. La diferencia con el modelo continental (posterior) del "Estado de derecho" consiste en la garantía prevalentemente jurisprudencial de los derechos individuales (sobre todo aquellos de libertad) en un sistema de derecho consuetudinario (*common law*) que convive con la ley producto del parlamento (*statute law*)[176], con la que, sin embargo, está constantemente en conflicto.

En la expresión *Rule of Law*, parecen confundirse significados muy diferentes entre ellos. La supremacía de la ley, ante todo,

---

ingleses, y posteriormente fue aceptada por Carlos I (McIlwain, Chales, *op. cit.*, p. 193).

[173] Declaración de derechos que fue dirigida por el parlamento inglés (por *Bill* se entiende un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria) a los príncipes de Orange tras su ascenso al trono en 1688 e inmediatamente transformada en ley (McIlwain, Chales, *op. cit.*, p. 188).

[174] Sobre la compleja relación entre continuidad e innovación en la Inglaterra de la primera revolución, véase Mastropaolo, Alfio, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della Costituzione nella rivoluzione inglese*, Nápoles, Jovene, 2009.

[175] Con la expresión "modelo Westminster" se hace referencia tanto al sistema de gobierno británico en su conjunto, como a algunas de sus características específicas. En esta segunda acepción son, al menos, dos los usos que se le hacen actualmente: ya sea como sinónimo de "sistema parlamentario" o para indicar países donde está vigente un sistema electoral basado en circunscripciones uninominales. Véase, entre otros, Dahrendorf, Ralf, *Después de la democracia. Entrevista a cargo de Antonio Polito*, Roma-Bari, Laterza, 2001; Sartori, Giovanni, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bolonia, Il Mulino, 1995, pp. 115 y ss.; Luciani, Massimo, "Westminster e White House: i due paradigmi", *Teoria Politica*, año III, 2013.

[176] Indica una ley escrita, decidida o establecida, distinta de la ley no escrita de formación jurisprudencial (el derecho consuetudinario). Esta categoría muy general incluye las leyes del Parlamento (*Acts of Parliament*), pero también los actos de legislación delegada y de carácter reglamentario, incluidos los de las autoridades locales. Antiguamente, indicaba cualquier acto de carácter legislativo dictado por la autoridad real (también llamado carta, assisa, constitutio, provisio) y también todos los actos adoptados en una legislatura. *Cfr.* Matteucci, apéndice a McIlwain, Charles, *op. cit.*, p. 195.

puede indicar que la fuente del derecho que prevalece es la *statute law*, porque es producto del parlamento como órgano soberano. Es célebre el dicho "*the Parliament of England can do anything it wants except change a man into a woman*" (el Parlamento de Inglaterra puede hacer lo que quiera menos convertir a un hombre en una mujer). En un segundo significado, la ley suprema es la ley constitucional en sentido amplio, el derecho consuetudinario que atribuye el poder y lo vincula a través de las "libertades inglesas". De acuerdo con el jurista William Edward Hearn, "*the wind might whistle around the poor man's straw-built hut, although the rain might enter it, the King could not*" (el viento podrá soplar alrededor de la casa de paja de un pobre, [pero] si bien la lluvia puede entrar en ella, el Rey no podría).[177]

En un tercer significado, *Rule of Law* representa los instrumentos jurídicos con los cuales las cortes limitan el poder del parlamento más allá de las leyes fundamentales entre las que se encuentra, por ejemplo, el principio del "precedente vinculante". El desarrollo contextual de las garantías propias del *Rule of Law* a nivel jurisprudencial y del modelo de soberanía parlamentaria constituye la característica distintiva del primer "Estado de derecho" en sentido moderno. A este le sucedieron experiencias igualmente relevantes, como la estadounidense, en la que se introduce una Constitución escrita (1787), las enmiendas que van a constituir el *Bill of Rights* (1791) y el mecanismo del *Judicial Review*[178] (1803), éstas se integraron al sistema jurídico de *common*

---

[177] Hearn, William E., *The Government of England: Its Structure and Its Development*, Melbourne, George Robertson, 1867, p. 88.

[178] El sistema jurídico de Estados Unidos proporciona, por primera vez en la historia, un sistema de revisión constitucional de las leyes ordinarias por parte del Poder Judicial. Este mecanismo se logró gradualmente. En 1787 la Convención de Filadelfia finalizó con la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos que sustituyó a los Artículos de la Confederación, el primer acto administrativo tras la victoria en la Guerra de Independencia. La Constitución, en su artículo III, prevé la creación de un Tribunal Supremo federal, instancia definitiva e inapelable de sentencia y único tribunal regulado a nivel constitucional. La ratificación de la Carta Constitucional fue motivo de amargos enfren-

*law*, fomentando un proceso generalizado de revisión de la legislación ordinaria.

La expresión alemana *Rechtsstaat* también se impuso en el léxico jurídico a partir del siglo XIX. Los autores del llamado *Staatslehre* recogen el legado ilustrado de reflexión sobre los resultados de la Revolución francesa, comparándose con las cuestiones ya presentes en la obra de Kant, referencia continua e imprescindible para toda la literatura sobre el tema. Como primera aproximación, se puede decir que Kant se enfrenta al problema de la compatibilidad de la concepción moderna de la soberanía del poder estatal con la libertad de los individuos que forman el cuerpo social: hacer coexistir los presupuestos teóricos de Hobbes con los de Locke, para luego reflexionar sobre la cadena de acontecimientos que condujeron desde los levantamientos del 89 hasta el terror jacobino.

Este es el contexto en el que también se afirma la segunda de las expresiones con las que hoy se entiende "Estado de derecho".[179] Para autores como Carl Friedrich von Gerber, y sobre todo, Paul Laband, el Estado sigue siendo superior al derecho, entendido como producto del poder político. Para ellos,

---

tamientos dentro de los distintos estados federados debido al fortalecimiento del poder federal central. El resultado de las negociaciones fue la aprobación, simultáneamente con la ratificación de la Constitución, de las diez primeras enmiendas que proponían una fuerte limitación de la discrecionalidad legislativa, tanto de los estados individuales como del gobierno federal. Estas enmiendas, resumidas posteriormente bajo el nombre de Declaración de Derechos, son una lista de derechos fundamentales que el gobierno debe reconocer a todos los ciudadanos estadounidenses. Sólo en 1803 la Corte Suprema, con el famoso fallo del caso *Marbury vs. Madison*, introducirá el mecanismo de inaplicación de leyes declaradas inconstitucionales.

179 En el ensayo "El Estado de derecho: una introducción histórica" (en Costa, Pietro y Zolo, Danilo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, Feltrinelli, 2003) Pietro Costa reconstruye los antepasados modernos del "Estado de derecho", lo que refleja muy bien la tensión entre el evidente linaje ilustrado de esta doctrina y su afirmación dentro del paradigma historicista alemán del siglo XIX.

el Estado es el único sujeto de derecho público.[180] Será después Georg Jellinek quien teorice una forma de Estado que se limita a sí misma mediante el derecho,[181] y Max Weber quien introduzca un análisis sociológico del Estado, que reconoce en las formaciones modernas esos sistemas organizativos[182] en los que el derecho positivo tiene prioridad sobre otras formas de regulación social. El "Estado de derecho" está legitimado por la subordinación misma del Estado, entendido como monopolio de la fuerza; al derecho, entendido como producción positiva de normas sobre la producción de normas. Este es el sentido de la afirmación de Weber cuando sostiene que la justificación eminentemente moderna del poder descansa en el principio de racionalidad de los sistemas jurídicos.[183] Sin embargo, es con Hans Kelsen que se afirma una teorización completa del *Rechtsstaat*: el Estado es considerado como una entidad jurídica y, en consecuencia, la teoría del Estado se reduce a una parte de la teoría del derecho,[184] según un proceso de "juridificación del Estado y estatización del derecho".[185]

El posterior proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos tiene la función de acercar dos modelos muy alejados entre ellos.[186] Este acercamiento, sin embargo, es posible

---

[180] Véase Portinaro, Pier Paolo, "Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea", *Teoria Politica*, vol. 21, núm. 1, 2005, p. 10.

[181] Para una crítica desde el punto de vista del "Estado constitucional de derecho" del derecho público alemán, véase Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 18 y ss.

[182] Véase Morgan, Gareth, *Images. Le metafore dell'organizzazione*, (1986), trad. al italiano, Turín, Franco Angeli, 1995, sobre todo el capítulo 2; Itzcovich, Giulio, "Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 31, núm. 2, 2001.

[183] Weber, Max, *op. cit.*, vol. I, pp. 212 y ss. y vol. II, pp. 185 y ss.

[184] Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2000, pp. 140 y ss.

[185] Bobbio, Norberto, "Max Weber e Hans Kelsen", (1981), en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1992, p. 172.

[186] Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris…*, *cit.*, vol. I, p. 486; Barberis, Mauro, *L'Europa del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2008, cap. III en el que, entre otras cosas,

en virtud de la característica común a las diversas teorías constitucionales, antiguas y modernas, así como las define Charles McIlwain: "La más antigua, más persistente y más duradera de las características esenciales del verdadero constitucionalismo sigue siendo la que era entonces, la limitación del gobierno a través del derecho. Si los "límites constitucionales" no son la parte más importante de nuestra doctrina constitucional, ciertamente son la más antigua".[187] El paradigma del Estado de derecho, como esa forma de Estado en el que el poder está limitado por el derecho es, por tanto, el marco significativo dentro del cual se debe pensar en las posibles declinaciones de la noción de "arbitrariedad" como ilegalidad.

## III. La ley: gobierno *sub lege* y gobierno *per leges*

El ideal del gobierno de las leyes encierra dos aspectos distintos y complementarios. Esta duplicidad se expresa claramente en las fórmulas tradicionales *gubernaculum sub lege* y *gubernaculum per leges*. La primera se refiere al ejercicio del poder conforme a normas superiores. La segunda a aquella forma de poder que se expresa a través de normas generales y abstractas. El ideal del "gobierno *sub lege*" es típico del pensamiento antiguo y moderno del derecho natural (y del derecho racional), al mismo tiempo que es la base de las teorías jurídicas positivistas del Estado, en las que se le impone al poder la obligación de actuar de conformidad con la ley, tanto en la forma (Estado legislativo) como en el contenido (Estado constitucional).

La oposición a un poder que pretende ser *super legem*, es decir, *legibus solutus* en el sentido de estar libre de toda coacción, puede

se propone una división tripartita (más que dicotomía) entre el modelo práctico inglés, el modelo técnico francés y el modelo teórico alemán en relación con algunos aspectos concretos (p. 109).

[187] McIlwain, Charles, *op. cit.*, p. 45.

manifestarse de varias maneras: desde las palabras de Antígona que acusa a Creonte de tiranía porque viola las leyes tradicionales sobre el entierro de los muertos, hasta las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias cuando entran en conflicto con normas superiores a ellas. Por otra parte, la expresión "gobierno *per leges*" recuerda el complejo problema del carácter universal de las normas. La universalidad puede ser característica tanto del sujeto que realiza la acción regulada como de la acción realizada. Una norma universal respecto al sujeto se llama "general", que es contrario de "individual"; una norma universal respecto a la acción se llama "abstracta", el opuesto de una "concreta". De acuerdo con una de las clasificaciones estipulativas propuestas por Bobbio, se puede denominar mandato o *comando* a una norma que se refiere a una sola persona, es decir, individual. En cambio, una norma concreta o relativa a una acción única puede denominarse *orden.*[188] Si pensamos, por ejemplo, en la *Antígona* de Sófocles, la sentencia de muerte dictada por Creonte contra Antígona es un "mandato" o "comando" (para el verdugo): el edicto que prohíbe el entierro del (único) cadáver de Polinices es una "orden".

La preferencia que se le da a sistemas compuestos, principalmente por reglas de conducta generales y abstractas, se basa en los dos valores clave del ideal del Estado de derecho: la igualdad y la certeza. La igualdad *ante la* ley —el carácter formal de la igualdad jurídica— sería el efecto de la *generalidad* de las normas desde la construcción de una categoría de sujetos (por ejemplo, todos los ladrones) y garantiza que ningún individuo pueda ser privilegiado o discriminado por la ley. La "certeza" del derecho, por otra parte, estaría garantizada por el carácter *abstracto* de las reglas, en el sentido de que la caracterización típica —o estandarización— de la acción ordenada (o prohibida) —por ejemplo, el robo— permite conocer de antemano las consecuencias (legales) de sus comporta-

[188] Bobbio, Norberto, "Norma giuridica", (1964), en Bobbio, N*orberto, Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 223.

mientos. La definición *abstracta* del caso (robo), es decir, "sin tener en cuenta la concreción y puntualidad en el espacio y el tiempo de los comportamientos individuales", implica y está implícita en la definición general de las categorías de sujetos (ladrones), es decir, "sin tener en cuenta los datos de identidad de las personas".

En este caso, el problema de la justicia como legalidad adquiere un significado adicional (pero aún formal) en comparación con la mera observancia de leyes superiores por parte del poder. Según Bobbio, "Pensamos que la generalidad y la abstracción son requisitos no de la norma jurídica tal como es, sino como debería ser para corresponder al ideal de justicia, según el cual todos los hombres son iguales, todas las acciones son ciertas; es decir, son exigencias, *no tanto de la norma jurídica* (es decir, de la norma válida en un determinado sistema), *sino de la norma justa*".[189] Las teorías del Estado de derecho nacen precisamente de la eliminación de la discriminación en forma de ley, tanto mediante la abolición de derechos especiales (por ejemplo, diversificados por clases) como mediante una codificación cada vez más rigurosa de los supuestos, de los cuales el *Code civil* napoleónico constituye el primer gran modelo moderno.

En resumen, la legalidad opera, al menos, en dos niveles diferentes, cada uno de los cuales afecta un aspecto específico del problema. Si miramos la relación entre el derecho y los actos de poder, diremos que el soberano siempre debe someterse a normas superiores; si miramos la relación entre gobernante y gobernados, diremos que el primero debe expresarse a través de reglas generales y abstractas. Este último elemento —el ideal del *gubernaculum per leges*— permite precisar el vínculo conceptual entre arbitrariedad e ilegalidad: lo relevante no es tanto la obediencia a la ley como tal, que es también un tema de gran importancia en la historia del pensamiento político, más bien la advertencia contra decisiones particulares, tomadas "caso por caso".

---

189 Bobbio, Norberto, *Teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 149.

## IV. Los hombres: el héroe, el sabio, el justo

Como ya se ha señalado, un abordaje del problema de la legalidad como criterio para juzgar el poder no estaría completo si no se examinaran las figuras clásicas del gobierno de los hombres, cuya defensa se encuentra en antítesis parcial con los argumentos a favor del paradigma del Estado de derecho reconstruido hasta ahora. Entre estas figuras emergen las del gran legislador, el fundador de Estados y el gran juez. Los dos primeros se remontan al género del sabio (Minos,[190] Licurgo,[191] Solón[192]) y del héroe (Moisés,[193] Ciro,[194] Teseo,[195] Rómulo[196]). Aunque son figuras simbólicas del poder personal, no están en total antítesis con el paradigma del Estado de derecho. En todo caso, estos personajes resuelven el problema de

190 "Entre ellos se encuentra Knossos, gran ciudad, en la que Minos, confidente del gran Zeus, reinó durante nueve años". Homero, *Odisea*, s/f.

191 "Y así pasaron a un régimen de leyes sabias: Licurgo, hombre muy influyente entre los espartanos, había ido a Delfos a consultar el oráculo; e inmediatamente, apenas entró en el santuario del templo, la Pitia hizo esta declaración: «…Dudo si debo proclamarte dios u hombre; pero creo que eres mucho más un dios, oh Licurgo»". Herodoto, *op. cit.*, p. 65.

192 "El tercer cambio [constitucional], después de las luchas civiles, es el ocurrido con Solón, a partir del cual comenzó la democracia". Aristóteles, *Politica e Costituzione d'Atene,* trad. al italiano, Turín, Utet, 1992, p. XLI.

193 "Ya no se ha levantado en Israel profeta como Moisés (aquel con quien el Señor habló cara a cara) por todas las señales y prodigios que el Señor le había enviado a hacer en la tierra de Egipto, contra el Faraón, contra sus ministros y contra toda su patria y por la mano poderosa y el gran terror implementado por Moisés desde ante los ojos de todo Israel". *Deuteronomio*, 34, 5-12.

194 "La continuación de mi narración requiere que busquemos quién fue Ciro que derrocó el reino de Creso y cómo los persas llegaron a dominar Asia". Herodoto, *op. cit.*, I, p. 95.

195 "Qué sabio, impuso un nuevo orden al país". Tucídides, *Historia*, Turín, Utet, 2005, p. 15.

196 "Rómulo parecía poseer mayor sentido y capacidad para gobernar, demostrando a sus vecinos, en materia de caza y pastoreo, una profunda conciencia de haber nacido más para mandar que para obedecer". Plutarco, *Vida de Rómulo*, Turín, Utet, 1992, p. 3.

la *regressio ad infinitum* que surge de la pregunta de quién planteó la (buena) ley. El gran legislador es precisamente aquel que, al establecer la ley, sanciona el fin del gobierno de los hombres. Como Licurgo, quien, saliendo de Esparta para consultar el oráculo, recomienda que la ciudad reunida en asamblea no cambie las leyes que dictó hasta su regreso: un regreso que nunca sucederá. Al definir a estos *héroes* como "individuos cósmico-históricos", Hegel afirma que "saben cuál es la verdad de su mundo y de su tiempo, cuál es el concepto, el universal próximo a ascender"[197] y, por ello, contribuyen de manera decisiva en aquellos momentos en los que "la historia del mundo, el espíritu del mundo, avanza".[198]

En la modernidad, el uso del tipo del "fundador de Estados y sistemas" sobrevive y se pueden encontrar versiones ilustres en *El Príncipe*, de Maquiavelo, y el *Contrato Social*, de Rousseau. Maquiavelo, después de haber distinguido entre repúblicas y principados, y dividir a los principados entre hereditarios y nuevos, dedicó una de sus obras más famosas a la figura del "nuevo príncipe". Para ello, se reconstruyen las posibles vías para conquistar el poder, a través de los pares virtud-suerte y violencia-consentimiento. Maquiavelo sustituye la clasificación tradicional de las formas de gobierno y los criterios clásicos para distinguir el buen gobierno del mal gobierno por el único criterio de la eficacia del poder. En las páginas finales de *El Príncipe*, en referencia al problema de la unidad del Estado y del "nuevo príncipe" esperado para Italia, se dice:

> Me parece que suceden tantas cosas en beneficio de un nuevo príncipe que no sé qué momento hubierse sido más adecuado que este. Y si, como dije, era necesario querer ver la virtud de Moisés, que el pueblo de Israel estaba en Egipto, y conocer la grandeza del alma de Ciro, que los persas estaban siendo oprimidos por los

197 Hegel, Georg W. F., *Lezioni sulla filosofia della storia*, (1840), trad. al italiano, Firenze, La Nuova Italia,1981, p. 88.

198 *Ibidem*, p. 87.

> medos y la excelencia de Teseo, que los atenienses se dispersaron. Así que, en la actualidad, queriendo conocer la virtud de un espíritu italiano, era necesario que Italia se redujera al punto en el que se encuentra hoy, y que estuviera más estancada que los judíos, fuera más servil que los persas, más dispersa que los atenienses; sin líder, sin orden, golpeada, despojada, desgarrada (corsa), y sometida a todo tipo de ruina.[199]

En Rousseau, sin embargo, se retoma el *topos* del gran legislador que propone un modelo de gobierno para distinguirlo del buen gobernante, el cual ejerce los poderes impuestos por el modelo:

> Para descubrir las normas constitutivas de las sociedades que mejor convienen a las naciones, se necesitaría un intelecto superior, que conociera todas las pasiones de los hombres sin sentir ninguna de ellas; que no tuviese relación alguna con nuestra naturaleza pero que la conociera a fondo; cuya felicidad fuese independiente de la nuestra, pero que, sin embargo, quisiera cuidar de buena gana de la nuestra; que finalmente, preparándose para una gloria remota en el tiempo, podría trabajar en un siglo y disfrutar en otro. Se necesitarían dioses para dar leyes a los hombres.[200]

El gran legislador, entonces, es la figura mítica o mítico-histórica que cumple la función fundacional, de manera análoga tanto al derecho natural en el pensamiento iusnaturalista como a la teoría del *pactum unionis* en el contractualismo. En Locke, por ejemplo, el contrato obliga tanto a los súbditos a la obediencia de las leyes civiles como al soberano a la obediencia de las naturales.

> La razón por la que los hombres entran en sociedad es la conservación de su propiedad, y el fin por el cual eligen y dan autoridad

199 Machiavelli, Nicolò, *Il Principe*, (1513), Turín, Einaudi, 1995, p. 34.

200 Rousseau, Jean-Jacques, *Il contratto sociale, cit*. p. 57.

> al legislativo es que se hagan leyes y se establezcan reglas, como salvaguardar y defender la propiedad de todos los miembros de la sociedad, limitar el poder y moderar el dominio de cada parte o miembro de la propia sociedad.[201]

Si el héroe y el sabio son figuras de gobierno personal que remiten a los mitos fundacionales de las Constituciones, el papel que asume en la literatura la figura del "gran juez" es diferente. En él encontramos las características del "hombre regio" platónico, refiriéndose a las prerrogativas del poder de juzgar disputas en casos concretos. Incluso la figura del gran juez recorre toda la historia del pensamiento, desde Salomón, cuyos proverbios sirven "para conocer la sabiduría y la disciplina, para comprender dichos profundos, para adquirir una educación ilustrada, equidad, justicia y rectitud, para dar a los inexpertos conocimiento y reflexión a los jóvenes",[202] hasta el ideal del juez "de capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumanos" descrito por Ronald Dworkin y llamado con el imaginativo nombre de Hércules:

> Por lo tanto, haríamos bien en considerar cómo un filósofo-juez podría desarrollar, en casos apropiados, teorías sobre los requisitos de la ratio legis y los principios jurídicos. En primer lugar, construiría estas teorías de la misma manera que un filósofo-árbitro reconstruiría la naturaleza de un juego. Para ello he inventado

---

[201] Locke, John, "Secondo trattato sul governo", *cit.* p. 392. Incluso en Kant, donde, sin embargo, hay posiciones inspiradas en la teoría de la voluntad general de Rousseau, el contrato es "una simple idea de razón, pero que sin duda tiene su propia realidad (práctica): es decir, su realidad consiste en obligar a cada legislador a dictar leyes como si derivaran de la voluntad común de todo un pueblo y en considerar a cada sujeto en tanto quiere ser ciudadano, como si hubiera dado su consentimiento a tal testamento. Ésta es, de hecho, la piedra de toque de la legitimidad de cualquier derecho público". Kant, Immanuel, *Sul detto comune*, *cit.*, p. 143.

[202] *Proverbios*, 1, 2-6.

> un jurista con capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumanos, al que llamaré Hércules.[203]

Tanto Salomón como el Hércules de Dworkin representan al gran juez como el "árbitro-filósofo", que extrae preceptos muy generales de justicia de la "historia de la humanidad" y los aplica a casos concretos, sustrayéndolos de la generalidad del derecho. Si se analiza desde este punto de vista, el problema de los límites al ejercicio arbitrario del poder queda completamente trastocado, sustraído de la protección del principio de legalidad y devuelto al terreno de la contingencia de situaciones particulares y difíciles: ésta es la idea de quien considera que *sólo* Hércules puede ser "justo"[204] —como para ser incluido dentro de categorías (demasiado) generales.

El problema de la relación entre generalidad y particularidad de las decisiones sigue siendo la cuestión central del eterno debate entre quienes defienden el ideal del gobierno de los hombres y quienes prefieren el de la ley. Los primeros acusan a los segundos de confiar superficialmente en reglas demasiado generales para ser adecuadas a una realidad cambiante y multifacética. Por el contrario, estos últimos acusan a los primeros de imaginar una justicia —que Max Weber comparará con la de Cadì— que no conoce ninguna "motivación racional de la sentencia",[205] en otras palabras, *libre*.

---

[203] Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*, (1977), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2010, p. 162.

[204] En estos términos, la noción de justicia se refiere a la compleja relación entre estricto *ius*, *equitas* y *pietas*. Al criticar las concepciones puramente legalistas de la justicia, Leibniz reprocha a Hobbes una simplificación de la tríada ulpiana del derecho natural que privilegiaría el *ius* estricto, frente a la *equitas* —sobre cuya supuesta eliminación del sistema hobbesiano está abierto el debate— y, sobre todo, a la *pietas*. Al respecto, véase Leibniz, Gottfried W., *op. cit.*, p. 235. A propósito, véase también Basso, Luca, "Unità e pluralità nel pensiero politico di Leibniz", en Ruocco, Gionvanni y Scuccimarra, Luca (eds.), *Il governo del popolo*, Roma, Viella, 2011, vol. 1, pp. 182 y ss.

[205] Weber, Max, *op. cit.*, vol. II, p. 290.

## V. Poder extraordinario y gobierno por decretos

El modelo del hombre regio no se remonta exclusivamente a la figura del gran juez. El problema del poder personal que se libera de la rigidez de la ley para afrontar situaciones difíciles está en el centro de la literatura sobre el estado de excepción, entendido como aquella circunstancia que activa una forma particular de "gobierno de los hombres" —y, por tanto, de poder *libre*, o *liberado* de un cierto número de vínculos y límites— al que hay que recurrir cuando el "gobierno de leyes" no es capaz de gestionar nuevas situaciones que surgen en momentos de "crisis".[206]

El estado de emergencia,[207] así como el "estado de sitio" presente en muchas constituciones contemporáneas, justifica el establecimiento de poderes extraordinarios cuando se pone en peligro la existencia misma del Estado. La supervivencia de éste se

[206] En un ensayo sobre la "excepción" en la baja Edad Media, Massimo Vallerani habla del instrumento jurídico del *arbitrium*, destacando dos características fundamentales en relación con el poder señorial: "en primer lugar, su poder coincide con su voluntas… En segundo lugar, se trata de la superioridad derogatoria de su poder en comparación con la legislación existente y también con respecto al derecho romano y al derecho interno". Vallerani, Massimo, "Paradigmi dell'eccezione nel tardo medioevo", *Storia del Pensiero Politico*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 203-204.

[207] Véase, entre otros, Rossiter, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948; Lobel, Jules, "Emergency Power and the Decline of Liberalism", *Yale Law Journal*, vol. 98, 1989; Saint-Bonnet, François, *L'état d'exception*, París, Puf, 2001; Marazzita, Giuseppe, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milán, Giuffrè, 2003; Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, "The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers", *I.con*, vol. 2, 2004; Gross, Oren, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Mindus, Patricia, "Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell'emergenza", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 2, 2007; Ramraj, Victor (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Kalyvas, Andreas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

convierte en el único objetivo posible de la acción política según la máxima *salus rei publicae suprema lex*, una motivación lo suficientemente fuerte como para suspender las garantías legales previstas por la Constitución. Se trata de un poder extraordinario establecido con el fin de preservar lo ordinario. Entre las instituciones antiguas más famosas de la emergencia se encuentra la dictadura, que más tarde sería llamada comisaria. En la Roma republicana, si la supervivencia misma del Estado estaba en peligro —ya sea por un peligro externo (*rei publicae gerundae causa*) o por un levantamiento interno (*seditionis sedandae causa*)—, los cónsules nombraban, a propuesta del Senado, un dictador (*dictator*) que asumía plenos poderes por una duración máxima de seis meses.

No faltan partidarios de tales instituciones, incluso en la era moderna. Rousseau, por ejemplo, dedica un capítulo entero del *Contrato social* a la institución de la dictadura. En momentos raros y excepcionales, y por períodos de tiempo limitados, puede surgir la necesidad de confiar a un poder que gobierna por decreto la facultad de "silenciar las leyes, pero no hacerlas hablar";[208] es decir, de suspenderlas, pero no de producir nuevas. Este poder es, por tanto, casi absoluto, pero sigue respondiendo a la *ratio* de la defensa de la existencia del Estado. En esta lógica encuentra también su base de legitimidad, al estar previsto por una norma (de rango) constitucional que, en este sentido, es "legal".

Sin embargo, si nos fijamos en la famosa clasificación de los tipos de poder legítimo propuesta por Max Weber, resulta inmediatamente claro cómo el paradigma de la legalidad —cuya eficacia descansa en la obediencia a la administración debido a su carácter ordinario e impersonal— resulta en contraste con el del carisma, que está en la base de las teorías antiguas y modernas de la dictadura. La conocida clasificación weberiana de los tres tipos de poder legítimo —legal-racional, tradicional y carismá-

[208] Rousseau, Jean-Jacques, *Il contratto sociale*, *cit.*, p. 186. También se encuentran argumentos similares en *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1517) de Maquiavelo, donde un capítulo (libro I, capítulo 34) se titula "La autoridad dictatorial hizo bien y no hizo daño a la República Romana".

tico— puede interpretarse a partir de las dicotomías personal-impersonal y ordinario-extraordinario. Según Weber:

> En el caso del poder basado en la ley, se obedece al orden impersonal legalmente establecido y a las personas designadas en base a él, en virtud de la legalidad formal de sus prescripciones y dentro del ámbito de éstas. En el caso del poder tradicional, se obedece a la única persona del señor designado por la tradición y ligado (en este contexto) a la tradición, en virtud de la reverencia por parte de quienes lo reconocen. En el caso del poder carismático, se obedece al líder como tal, carismáticamente calificado, en virtud de la confianza personal en la revelación, el heroísmo o la ejemplaridad, que existe en el ámbito de validez de la creencia en este carisma suyo.[209]

El poder carismático recuerda pues la dimensión afectiva de la acción social y se encarna en la figura del líder[210] dotado de cualidades excepcionales que se impone en situaciones de emergencia en las que la eficacia del poder ordinario entra en crisis.[211] Posicionándose de manera antitética respecto a la forma de legitimidad jurídico-racional, la figura weberiana del carisma es muy útil para comprender la idea del líder que dice estar fuera de la ley: frente a la legitimidad basada en el principio de legalidad, existe la que se basa en una forma *particular* de poder como excepcional, es decir, *extraordinario* y *personal*. No sorprende entonces

---

[209] Weber, Max, *op. cit.*, vol. I, p. 210. Sobre la cuestión del método weberiano en relación con el problema de la legitimidad, véase Wolin, Sheldon, "Max Weber: Legitimation, Method and the Politics of Theory", *Political Theory*, vol. 9, núm. 3, 1981.

[210] Ver, entre otros, Tuccari, Francesco, *Capi, élites, masse. Saggi di storia del pensiero politico*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 139-164.

[211] Esta figura de poder es muy antigua, algunos rasgos ya se pueden encontrar en la teoría de los cambios de "Constitución" de Platón, en el libro VIII de la *República*. En la transición de las formas de gobierno "correctas" (e ideales) a las "corruptas" (y reales), Platón habla de "timocracia", un gobierno fundado en el honor en el cual el poder está en manos de guerreros, como primera forma corrompida por la Constitución.

que, a pesar del éxito en la historia del pensamiento político de la noción de "dictadura comisaria", los ejemplos históricos de momentos de "emergencia" en los que personalidades carismáticas se imponen al frente del Estado contribuyeron a la consolidación en el uso común de una noción de dictadura muy alejada de la que existió en la Roma republicana. De hecho, dado que no es posible remitirse a ninguna regla, el poder personal y extraordinario no puede encontrar otra forma que la del *árbitro* llamado a decidir en situaciones siempre nuevas.

La noción de "dictadura soberana" fue acuñada y hecha famosa por Carl Schmitt. En *Teología política* define al soberano como quien "decide el estado de excepción",[212] en el que la ley cesa sin que desaparezca el poder (político). Este "soberano" tiene el monopolio de la fuerza sin ninguna restricción regulatoria. A diferencia de la dictadura comisaria antigua, la dictadura soberana teorizada por Schmitt no tiene limitaciones temporales y no se limita únicamente a las prerrogativas del poder ejecutivo. Esta institución tiene, en definitiva, plenos poderes. La dictadura, en el sentido de Schmitt, "ve en todo el orden existente un estado de cosas que debe ser completamente eliminado con su propia acción... No suspende una Constitución vigente aprovechando un derecho contemplado por ella y, por tanto, constitucional, sino que pretende crear un estado de cosas en el que sea posible imponer una Constitución considerada auténtica".[213] Es la propia Constitución la que autoriza al poder soberano a tomar decisiones en contradicción con las leyes ordinarias.

La elaboración teórica de la dictadura que hace Schmitt (ha sido señalada varias veces, aunque no siempre de manera rigurosa) muestra claros rasgos de armonía con las experiencias dictatoriales de la Europa del siglo XX. En un libro de 1941, Ernst

---

212 Schmitt, Carl, "Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità", (1922), trad. al italiano, en Schmitt, Carl, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1972, p. 33.

213 Schmitt, Carl, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (1921), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1975, p. 149.

Fraenkel, con tesis descriptivamente similares y axiológicamente opuestas a las de Schmitt, reconstruye el sistema jurídico nazi a través de la teoría del "Estado dual". Según Fraenkel, el Tercer Reich mantuvo vigente el sistema de derecho privado propio del sistema decimonónico, frente a la suspensión del derecho público y la consiguiente sustitución del "Estado de derecho" por el "estado de emergencia" y el establecimiento de un régimen policial. Según esta interpretación, el "Estado dual" conservaba, por tanto, una especie de legalidad cotidiana en la que la máxima *pacta sunt servanda* seguía vigente, ocultando la existencia de todo lo contrario del "Estado de derecho", es decir, el reino de la arbitrariedad, del gobierno desenfrenado:

> Por lo tanto, podemos formular la distinción entre el Estado de derecho y el Tercer Reich de la siguiente manera: en el Estado de derecho los tribunales controlan la administración desde el punto de vista de la legalidad; En el Tercer Reich las autoridades policiales controlan los tribunales desde el punto de vista de la conveniencia… El Estado discrecional no se limita a integrar y suplantar al Estado normativo, sino que también utiliza la ideología del Estado normativo para disfrazar sus objetivos políticos en la forma del Estado de derecho.[214]

La categoría de legalidad sirve a Fraenkel para distinguir el "Estado discrecional" —el *Massnahmenstaat*, donde se rige por decretos (disposiciones particulares)— del *Normenstaat* (Estado regulador), donde se gobierna a través de leyes (generales y abstractas). En estos términos, la expresión *Massnahmenstaat* abarca un ámbito de significados similar a lo que hasta ahora se ha denominado "poder arbitrario". Comentando a Fraenkel, Bobbio afirma que "en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho; en el estado de excepción (o estado policial, si queremos adoptar una vieja expresión) el poder es el creador (a su absoluta discre-

[214] Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. 62. Sobre los usos comunes de las nociones de "arbitrario" y "discrecional", véase capítulo 1.

ción) del derecho".[215] Con esto pretendemos argumentar que en el Estado nazi el poder se ejerce de manera "doblemente *ilegal*, *es decir, arbitrario* en dos sentidos: respecto al *modo* en que se ejerce, es decir, sin restricciones constitucionales; y respecto al *medio* por el cual se ejerce el poder, es decir, basado en meros juicios de oportunidad".[216] La arbitrariedad, aquí resuelta explícitamente por Bobbio en ilegalidad, adquiere el doble significado de acción *extra leges* y movida únicamente por la oportunidad, que coincide con el capricho de quien persigue sus propios intereses particulares y contingentes.

Al doble carácter ilegal del *Reich* se suma el problema de la ilegitimidad jurídica, oculta, según Fraenkel, detrás del vaciado "Estado de derecho". En el preámbulo del decreto del 28 de febrero de 1933, el estado de emergencia se justifica "para impedir actos de violencia comunistas destinados a poner en peligro al Estado". Aunado a ello, el segundo párrafo del artículo 48 de la Constitución de Weimar establece:

> El Presidente podrá tomar las medidas necesarias para restablecer el orden y la seguridad públicos, cuando se encuentren significativamente perturbados o amenazados, y, en caso necesario, intervenir por la fuerza armada. A estos efectos podrá suspender total o parcialmente la efectividad de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

A estas alturas, de un modo que asemeja completamente a la teoría de Schmitt, la dictadura comisaria de derecho nace de hecho como soberana, "a la leyenda nacionalsocialista de la «revolución legal» se le contrapone la realidad del golpe de Estado ilegal".[217]

El Estado de derecho es, entonces, definitivamente suplantado por el "principio del líder" y por la reconfiguración del com-

---

[215] Bobbio, Norberto, "Introduzione", en Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. XIII.

[216] *Idem*.

[217] Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. 22.

plejo social basado en discriminaciones a partir de la riqueza y de la raza. De este modo, según la teoría del "Estado dual", los proletarios y los judíos también quedan fuera de las garantías del derecho privado, estando así sometidos a la total arbitrariedad del estado de policía. El poder carismático que se afirma en el estado de excepción (y que lo crea) se sitúa en total oposición al gobierno basado en el principio de legalidad, en el doble sentido de gobierno *sub lege*: ninguna ley superior, de hecho, parece poder limitar la *arbitrariedad del líder*; y *per leges*: la decisión se toma caso por caso, y se justifica únicamente a través del *libre juicio* de quien toma la decisión.[218]

El texto de Fraenkel está lleno de elementos de reflexión sobre el problema del gobierno *per leges* y de críticas a las piedras angulares del movimiento alemán del llamado "derecho libre". Según los autores de referencia, como Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs, Hermann Kantorowicz y el propio Schmitt,[219] la actividad de interpretación de la ley, tanto del jurista como del juez, no consiste en la mera aplicación de la ley. En abierta hostilidad contra el positivismo jurídico del siglo XIX, se considera que el operador jurídico es *libre* de tomar la decisión que considere más *justa* caso por caso, sin prestar atención al "frío" texto de la ley. Considerando la teoría del "derecho libre" como modelo del sistema de poder nazi, Fraenkel afirma:

> La idea de que deben existir reglas generales para proteger la esfera de libertad del individuo de los ataques del poder político, la

[218] Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 108 y ss.

[219] Obsérvese que Schmitt opone el orden "concreto", tanto al orden "jurídico" como al "decisorio": "para el pensamiento basado en el orden concreto, no es el «orden» lo que es, incluso desde el punto de vista jurídico, ante todo una regla o una suma de reglas, pero, viceversa, es la regla que es sólo un componente o un instrumento del sistema jurídico". Schmitt, Carl, "Tre tipi di pensiero giuridico", (1934), trad. al italiano, en Schmitt, Carl, *Le categorie del "politico"…*, *cit.*, p. 251. También véase Portinaro, Pier Paolo, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt,* Milán, Comunità, 1982, pp. 53 y ss.; Preterossi, Geminello, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma- Bari, Laterza, 1996, pp. 151 y ss.

> tesis de que las sentencias individuales deben imponerse de acuerdo con la ley, la doctrina de que todos son iguales ante la ley, todas estas nociones están marcadas y rechazadas como normativismo "judío". No es la norma fría, impersonal y abstracta, resultado de elucubraciones racionales y regulaciones rígidas, la que garantiza el bienestar de comunidad y el triunfo de la justicia. Sólo el poder incondicional de actuar "según las circunstancias" puede garantizar el predominio de un sistema jurídico orientado a la protección de la comunidad como valor vital central.[220]

El estado de policía funda entonces su legitimidad jurídica precisamente en el vuelco del ideal de gobierno *per leges*, recurriendo a nociones vagas como "orden y seguridad públicos", "peligro", "estado de necesidad", "medidas de emergencia", "delitos contra el Estado y la Constitución", "espíritu de conciliación" e "intereses vitales". Según Schmitt, "conceptos de este tipo, de los que ningún ordenamiento jurídico puede prescindir, al estar inmediatamente vinculados a la situación que se presenta de vez en cuando, tienen la particularidad de derivar su contenido concreto sólo de su aplicación concreta y, sobre todo, que en todas las épocas y situaciones difíciles y políticamente relevantes, su uso y ejercicio concretos resulta únicamente decisivo".[221]

---

[220] Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. 180. Las mismas tesis ya habían sido defendidas por Fraenkel desde finales de la década de 1920 sobre las ventajas para la clase obrera de la aplicación rigurosa de la ley: "los débiles se sienten indefensos contra nada más que contra la arbitrariedad. La primera reacción de la clase oprimida contra el poder estatal es la exigencia de que se elimine toda arbitrariedad en la jurisprudencia". Fraenkel, Ernst, "Zur Soziologie der Klassenjustiz", (1927), en Fraenkel, Ernst, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, citado en Carloni, Stefano, "Una stella nel crepuscolo. Gli scritti weimariani di Ernst Fraenkel", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 79, núm. 3, 2002, p. 356.

[221] Schmitt, Carl, "Legalità e legittimità", (1932), trad. al italiano, en Schmitt, Carl, *Le categorie del "politico"…*, *cit.*, p. 239. A propósito, véase Galli, Carlo, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1996, pp. 646 y ss.; Portinaro, Pier Paolo, *La crisi dello jus publicum europaeum…*, *cit.*, pp. 149 y ss.

El tema del "estado de emergencia" —así como las teorías políticas y jurídicas que de alguna manera lo ordenan y justifican— recobró vigencia tras los atentados del 11 de septiembre de 2011 en Estados Unidos y el posterior debate sobre las respuestas al terrorismo internacional.[222] Entre las preguntas más relevantes planteadas en esta vasta literatura, se encuentra la legitimidad de la suspensión de los derechos fundamentales y del modo de eludir los procedimientos parlamentarios demasiado lentos. Por ejemplo, Richard Posner reivindica el deber moral de un gobierno para violar derechos constitucionales en caso de riesgos catastróficos para el país,[223] derribando la tradición anterior sobre la desobediencia civil como un acto contra las leyes estatales consideradas injustas.

De manera análoga, el tema de la gobernabilidad ha estado en el centro del debate teórico y político desde mediados de la década de 1970, y se relaciona con el problema de la derogación de

[222] Entre los primeros en abordar el problema de la constitucionalización de la emergencia estuvo Bruce Ackerman en *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo* (trad. al italiano, Roma, Meltemi, 2005), y luego en *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale* (trad. al italiano, Milán, Vita e Pensiero, 2008). Para una respuesta a las tesis de Ackerman, véase Tribe, Laurence y Gudridge, Patrick, "The Anti-Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 8, 2004, , pp. 1801-1870. Sobre la legislación de emergencia tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, véase Finan, Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act. A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon, 2007.

[223] Posner, Richard A., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 14. Sin ser demasiado sutil, Simone Regazzoni afirma: "se trata de revertir la crítica cara a los intelectuales de izquierda, según la cual la guerra contra el terrorismo correría el riesgo de socavar los cimientos de esa democracia que proclama querer defender para afirmar que la democracia estadounidense —en la era de la amenaza y de la emergencia suprema— da lo mejor de sí precisamente en la medida en que tiene la fuerza de ser inhumana y cruel en el más alto grado contra el enemigo absoluto". Regazzoni, Simone, *Stato di legittima difesa. Obama e la filosofia della guerra al terrorismo*, Milán, Ponte delle Grazie, 2013, p. 74. A proposito, véase la critica de Itzcovich, Giulio, "La sofistica della guerra al terrorismo", *Jura Gentium*, 2013.

las garantías constitucionales. La búsqueda de sistemas más *gobernables* induce, por un lado, fenómenos de "personalización —o presidencialización— de la política"[224] basados en la confianza en la capacidad de personalidades carismáticas para componer ideales e intereses, a través de procesos previamente confiados a la mediación representativa de los partidos de masas; por otro lado, produce modelos institucionales capaces de crear formas *normales* de poder *excepcional*. Un claro ejemplo de esta tendencia lo podemos encontrar en las diversas teorías de la democracia mayoritaria, como una versión actualizada de la unión schumpeteriana entre teoría democrática y teoría de las *élites*.[225] Los ejecutivos y sus líderes, así como las mayorías parlamentarias, se muestran abiertamente cada vez más intolerantes hacia la disidencia[226] y los órganos de garantía, hasta el punto de haber empujado a algunos estudiosos a acuñar expresiones como "constitucionalismo ejecutivo"[227] o "la emergencia como estilo de gobierno".[228] Esta

[224] Véase, por ejemplo, Poguntke, Thomas y Webb, Paul (eds.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Di Giovine, Alfonso y Mastromarino, Anna (eds.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Turín, Giappichelli, 2007.

[225] Meaglia, Piero, *Il potere dell'elettore. Elezioni e diseguaglianza politica nel governo democratico*, Troina (EN), Città Aperta, 2006, pp. 136 y ss.

[226] En su dura crítica a la respuesta estadounidense al terrorismo, Stephen Holmes habla abiertamente de la difusión de la visión de *disagreement as disloyalty* (Holmes, Stephen, *The Matador's Cape. America's Reckless Response to Terror*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 223).

[227] De acuerdo con Bruce Ackerman, "en el corto lapso de veinticinco años, los últimos presidentes estadounidenses han recorrido un largo camino hacia la legitimación de la idea de que pueden desobedecer las leyes una vez que echan un vistazo casual a la Constitución". Ackerman, Bruce, *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, (2010), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2012, p. 135. Véase también Christodoulidis, Emilios, "The Degenerative Constitutional Moment: Bruce Ackerman and The Decline and Fall of the American Republic", *The Modern Law Review*, vol. 74, núm. 6, 2011.

[228] Irene Bono usó esta expresión en relación con la gestión de la Protección Civil italiana y las intervenciones que derogaban algunas leyes ordinarias para cumplir con decretos de emergencia de emergencia del Gobierno. Según Bono:

perspectiva, que subyace a una referencia al tipo ideal de gobierno de los hombres, no se limita a demostrar intolerancia hacia las exigencias y límites constitucionales, sino que, sobre todo, critica el carácter del gobierno *per leges* de los Estados constitucionales de derecho contemporáneos, proponiendo diferentes grados de lo que Fraenkel definió un "Estado discrecional": un gobierno por decreto libre, en primer lugar, de las restricciones formales de generalidad y abstracción que garantizan a los gobernados frente al gobernante, que reclama para sí márgenes de *arbitrariedad* cada vez mayores.

Esta versión contemporánea del "gobierno de los hombres", que exalta la celeridad[229] de los gobernantes atentos a la gestión de lo particular y de lo concreto, muestra la gran relevancia del tema de los límites y restricciones a las decisiones políticas. La pertinencia de estos problemas se cuestiona ahora con los argumentos sobre la dificultad de gestionar y organizar sociedades complejas;[230] sin embargo, tampoco parecen tan diferentes de los utilizados por Platón cuando compara al gobernante con el timonel —más bien, cuando plasma en la figura del "timonel" la no-

"Este estilo de gobierno se basa, en primer lugar, en la extensión de la definición de emergencia, mediante la ampliación inconmensurable de la naturaleza de los acontecimientos a los que se puede aplicar. En segundo lugar, implica la derogación de las normas del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los principios «fundamentales», gracias a la construcción de herramientas de intervención que giran en torno a la retórica de la eficacia. El tercer elemento que distingue la gobernanza de emergencia es la subcontratación de las obras públicas, con el fin de confiar las acciones consideradas urgentes a los actores considerados más eficientes". Bono, Irene, "Oltre la «mala Protezione Civile», l'emergenza come stile di governo", *Meridiana*, vol. 65, 2010, p. 187.

229 De acuerdo con el lingüista francés Georges Dumézil, la oposición entre las categorías de *gravitas* —"estática, regulada, tranquila"—y *celeritas* —"dinámica, libre, violenta"— sería la base de dos formas distintas de legitimar el poder. Utilizada por Dumézil para describir a Rómulo, la *celeritas* es la característica de todos los héroes en los mitos fundacionales de los Estados. *Cfr*. Dumézil, Georges, *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, París, Gallimard, 1948, pp. 37 y ss.

230 Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario*…, *cit.*, pp. 91 y ss.

ción del "gobernante"—, que es aquél que proporciona "la fuerza del propio arte, superior a las leyes".[231]

Las diferentes declinaciones reconstruidas hasta ahora de la oposición entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes han permitido identificar como principal límite al arbitrio de la *voluntas* particular del gobernante el ideal del *gubernaculum per leges* —que vincula la forma de las normas a la generalidad y a la abstracción— como el límite principal a la arbitrariedad. Sin embargo, la forma simple y *no particular* de las reglas no parece suficiente para impedir todas las clases de decisiones que comúnmente se denominan "arbitrarias". En primer lugar, como nos recuerda Riccardo Guastini, "el cuantificador universal no es suficiente para distinguir un derecho de un privilegio, ya que incluso un privilegio puede atribuirse a una clase universal de sujetos, aunque esta incluya, en realidad —en el límite—sólo a un miembro".[232] Una categoría jurídica como "todos los alcaldes de Génova" es, de hecho, formalmente general, aunque contenga a un solo individuo. Este primer problema, aunque complejo, parece superarse, al menos en parte, mediante un análisis más cuidadoso del texto normativo. Refiriéndose a la actualidad italiana, por ejemplo, Paolo Comanducci propuso recientemente tres criterios para definir una "ley *ad personam*", independientemente de meros datos formales:

> El primer criterio se refiere a las razones que llevaron a la aprobación de la ley o a los efectos que la ley efectivamente produce... El segundo criterio se refiere al bajo grado de generalidad y abstracción de ciertas disposiciones legislativas, si se las mide en el contexto espacio-temporal de su promulgación... El tercer criterio se refiere a las razones que subyacen a la ley, es decir, a la *ratio* objetiva que puede atribuirse a la ley mediante la interpretación, y que es conceptualmente independiente respecto de las razones

[231] Véase Platón, *Político*, *cit.*, p. 296e.

[232] Guastini, Riccardo, "Tre problemi di definizione", en Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, *cit.*, p. 45.

> que impulsaron al legislador a adoptarla, aunque contingentemente pueda coincidir con ellas.[233]

Sin subestimar la complejidad de las posibles soluciones al problema expuesto anteriormente, la simple forma general del derecho no da cuenta de un significado muy específico de arbitrariedad del poder que se refiere al carácter *particular* —en el sentido de imposible de generalizar o justificar— del contenido de las normas. Una norma general y abstracta que prevea una deducción fiscal "para todos y no sólo a los ciudadanos de pelo negro" parecería, de hecho, intuitivamente arbitraria en el sentido específico de discriminatoria.

[233] Comanducci, Paolo, "Il principio di eguaglianza", en Bovero, Michelangelo y Pazé, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013, p. 27.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026.c4

Capítulo tercero

# ARBITRARIO COMO DISCRIMINATORIO

## I. La igualdad como límite al poder

El análisis realizado hasta ahora nos ha permitido resaltar, en primer lugar, la conexión entre la noción controvertida de poder *arbitrario* y aquellas prácticas de ejercicio del poder del gobernante que se pretende *libre* de restricciones y límites. En segundo lugar, se investigó el tema específico de las limitaciones formales a la decisión que pretende ser, en algún sentido, *no arbitraria*, a través de la figura del gobierno *per leges*, que se expresa con normas *generales* y *abstractas* y su inversión en el gobierno "por decreto", en el que se caracteriza la adopción de decisiones particulares, tomadas (casi) caso por caso. Esta reconstrucción, sin embargo, todavía no nos dice nada sobre el contenido de las leyes generales y abstractas, dejando así abierta la cuestión de los márgenes de *arbitrariedad* del poder al ordenar tratamientos jurídicos dirigidos a ciertas categorías. El *exemplum fictum* de una ley —de forma general y abstracta— que aumenta las penas por el delito de robo *sólo* a los ladrones de ojos azules es un caso claro de violación del principio de igualdad, al menos en un primer e intuitivo sentido: fruto de un poder caprichoso, despótico y *libre*.

Según Herbert Hart:

> De un hombre culpable de enorme crueldad hacia su propio hijo se dirá a menudo que ha hecho algo malo, moralmente reprobable o incluso malvado. Que ha descuidado su *obligación* o deber

> moral hacia su hijo. Pero sería extraño criticar su conducta como injusta… La palabra "injusto" sería apropiada si ese hombre hubiera elegido arbitrariamente a uno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que el infligido a otros culpables del mismo acto.[234]

Arbitrario es, por tanto, aquel poder que contrasta con la regla de justicia —que prescribe tratar *a los iguales por igual y a los desiguales de manera diferente*—; que discrimina a partir de razones *particulares* que no pueden ser generalizadas ni justificables, como en el caso del padre que, ante dos hijos culpables del mismo delito, castigó sólo a uno, porque le era menos querido.[235]

El problema de la *discriminación* arbitraria queda bien ejemplificado, una vez más, en el caso de la ley Calderoli. Entre los aspectos más controvertidos de la ley electoral italiana destaca el del premio de mayoría que atribuye automáticamente 55% de los escaños de la Cámara de Diputados a la coalición que obtenga la mayoría de los votos. Desde muchos sectores se ha señalado que tal sistema viola de alguna manera el principio de igualdad de todos los ciudadanos en el voto, atribuyendo un poder desproporcionado a aquellos que orientaron su elección hacia la coalición que obtuvo la mayoría. En definitiva, el voto de quienes se encuentren del lado ganador pesará más que el de los demás a la hora de repartir los escaños.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional italiano, la simple deformación de las preferencias de los votantes en el momento de la transformación de los votos en escaños (desigualdad *de llegada*) no es una razón automática de conflicto con el principio de igualdad de votos. Esto se violaría claramente si no se mantuviera el principio de "una persona, un voto", según el cual cada elector tiene sólo un voto (desigualdad *de inicio*). De hecho, si

---

234 Hart, Herbert L. A., *Il concetto di diritto*, (1961), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2002, p. 185.

235 Sobre la regla de justicia en Hart, véase Winston, Kenneth I., "On Treating Like Cases Alike", *California Law Review*, vol. 62, núm. 1, 1974.

la alteración de la relación proporcional entre votos y escaños se configurara automáticamente como perjudicial para el artículo 48 de la Constitución, sería inconstitucional tanto un sistema de mayoría uninominal, donde sólo están representados quienes eligen al candidato ganador, sin importar ya sea que sean elegidos con 51% o 99% de los votos —o ya sea un sistema que prevea cualquier umbral— en el que el voto de los partidos pequeños es irrelevante para la distribución de escaños.

La opinión sobre la constitucionalidad de la ley Calderoli no es unívoca, a pesar de la combinación de un premio potencialmente desproporcionada y de umbrales diferenciados que corren el riesgo de volver a una composición parlamentaria profundamente distorsionada en comparación con las orientaciones que surgieron en las urnas. Determinar cuáles son los costos democráticos "aceptables" —es decir, los umbrales "aceptables" de distorsión— para que el sistema "funcione" es una cuestión compleja y a menudo influenciada por el clima político, más que por la interpretación de las reglas. Sin embargo, hay al menos un elemento de la compleja legislación electoral conocida como *Porcellum*, que es difícil de defender desde el punto de vista del principio de igualdad: la exclusión de los votos de los ciudadanos de la región del Valle de Aosta en el recuento del premio de mayoría. De hecho, a la pequeña región, con estatuto especial, le corresponde un único representante en la Cámara de Diputados, elegido con un mecanismo uninominal sobre una base regional. Al asignar el premio de mayoría de 55% de los escaños —calculado a nivel nacional y que se activa incluso si la diferencia entre las dos mayores coaliciones es de sólo un voto— no se cuentan las preferencias de los ciudadanos del Valle de Aosta, discriminando así a los estos últimos, los únicos entre los electores italianos que no han intervenido en la creación de la gran mayoría parlamentaria resultante de la alquimia de la ley Calderoli.[236]

[236] Cabe señalar que incluso la llamada "circunscripción extranjera" queda excluida del recuento de votos a efectos de atribuir el premio de mayoría a la Cámara.

Esta enésima declinación del ejemplo arroja luz sobre otro posible significado de la noción de poder arbitrario: un poder que discrimina *libremente*. Lo que ocurre en el caso analizado es la construcción de una categoría jurídica —"todos los electores que contribuyen a crear las condiciones para la atribución del premio de mayoría"— de la cual los electores del Valle de Aosta son *arbitrariamente* excluidos, *discriminados* en sentido estricto. Este aspecto de la ley parece basarse en la presencia de una excepción idéntica desde el Decreto Legislativo núm. 74 del 10 de marzo de 1946 (título VII, artículos 66-67), que contenía las normas para la elección de la Asamblea Constituyente.[237] En este caso, el legislador procedió a construir la regla a partir de observaciones particulares, probablemente basadas en leyes anteriores, sin considerar que una misma excepción puede crear efectos diferentes en contextos normativos diferentes. De hecho, en este caso, el paso de un sistema electoral "casi" puramente proporcional a un sistema que lo distorsiona "profundamente" como es el de la ley Calderoli, la misma regla crea una situación de disparidad entre los habitantes del Valle de Aosta y los otros ciudadanos. Una situación que no se produjo en casos anteriores. El resultado es una ley *discriminatoria*, impuesta a partir de consideraciones *particulares*, ya que no pueden ser *generalizadas*.

El problema de la no-*arbitrariedad* como no-*discriminación* —es decir, del respeto a algún principio de *igualdad*— también es muy evidente en el segundo de los ejemplos abordados en los capítulos anteriores. La fortuna de la figura del gobernador regional, de hecho, también está ligada al tema de la *proximidad*, entendida como

[237] Retomado en la ley electoral en vigor de 1948-1993. Incluso la llamada "ley del fraude" tuvo en cuenta el problema de incluir los votos del Valle de Aosta en el cálculo de la atribución del premio de mayoría, insertando una disposición al respecto en el artículo 3o.: "Para la elección uninominal en la circunscripción del «Valle de Aosta», siguen en vigor las normas previstas en el título VI del citado texto, excepto las relativas a la segunda vuelta. Para efectos de la determinación de la mayoría prevista en el párrafo cuarto del punto II de esta ley, así como de la cifra electoral de las agrupaciones, sólo se tendrán en cuenta los votos obtenidos por los candidatos en la primera votación".

la característica del líder "cercano al ciudadano", más parecido a él y, por tanto, más capaz de comprender sus necesidades. La relevancia del tema de las *semejanzas* y *diferencias* adquiere a menudo las características de políticas identitarias que ponen "al centro de sus preocupaciones la «pureza»" de la "sustancia"[238] en un sentido excluyente, haciendo de quienes "atacan nuestra identidad... una especie de enemigo".[239] Las metáforas comunitarias en las que se expresa esta visión se basan en el carácter "informal, afectivo [y] espontáneo" de las relaciones entre sus miembros, frente a las relaciones "formales, burocráticas [e] impersonales"[240] de sociedades más complejas. Una vez más, la atención a la dimensión particular de la política, entendida aquí como la proximidad (casi) identitaria entre electores y electos, lleva a dejar en un segundo plano el problema de los límites al poder, legitimando la ampliación de los márgenes de acción del gobernante.

El significado de arbitrariedad que más se acerca a la noción de "discriminación" está conectado con los analizados hasta ahora de "irracionalidad" e "ilegalidad", pero no se agota en ellos. Una ley que impusiera diez latigazos a todos los jóvenes pelirrojos de veinte años sería *irracional* —tanto como una ley que impusiera el idioma flamenco a los ciudadanos venezolanos—, además de *ilegal* en cualquier sistema en el que existan las más mínimas garantías penales. Sin embargo, esta norma también sería *arbitraria* en un tercer sentido, quizás el más específico, precisamente porque aborda una categoría jurídica construida a partir de características que son *irrelevantes* para lo que se quiere regular. Este significado, además, no se resuelve con la introducción del principio de igualdad en la gran mayoría de las Constituciones contemporáneas, a menos que se trate de casos simples como el de los azotes. Los límites a la posibilidad de construir categorías que traten "igual a los iguales" —y las garantías correspondientes—

238 Remotti, Francesco, *L'ossessione identitaria,* Roma-Bari, Laterza, 2010, p. XIV.

239 *Ibidem*, p. XV.

240 Pazé, Valentina, *Il comunitarismo,* Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 9.

es una cuestión controvertida. La misma categoría de "veinteañeros pelirrojos" puede utilizarse sin que parezca inapropiado, por ejemplo, para excluir a un joven de pelo castaño de veinte años o a un pelirrojo de cincuenta años de la audición para una película sobre jóvenes irlandeses.

En un contexto diferente, la cuestión de la *relevancia* del "pelo rojo" en algunas situaciones y de la *irrelevancia* del mismo rasgo —en el sentido de característica adecuada para la construcción de una categoría *universal*—[241] está en el centro del problema de la arbitrariedad como *discriminación*. Las leyes de segregación contra las personas negras en Estados Unidos, las cuales sobrevivieron por mucho a la abolición de la esclavitud y a la aprobación de la 14a. enmienda constitucional, fueron ciertamente creadas para defender los privilegios de una parte (los blancos) respecto a la otra; y, en ese sentido, son *arbitrarias,* pero su validez era legitimada a partir de prejuicios generalizados sobre la *relevancia* de la diferencia "racial" respecto a algunas cuestiones jurídicas específicas. Se podría decir que estas reglas son arbitrarias en dos sentidos: por un lado, porque pretenden defender los intereses *particulares* de quienes ven protegidos sus propios privilegios y los de su grupo a costa de la *discriminación* de otro grupo. Por el otro, porque su justificación se basa en argumentos empírica o racionalmente refutables. La exclusión de las mujeres para ejercer su derecho al voto es, sin duda, una defensa de los privilegios masculinos justificada por el *prejuicio* de que las mujeres, a diferencia de los hombres, no saben pensar en política. Una vez más, el poder *arbitrario* se define a través de razones *particulares* que subyacen a las decisiones que se adoptan. Con la expresión "razones particulares" se pretende designar tanto los intereses particulares del gobernante "prepotente" como los argumentos "no generalizables" que pretenden defender una decisión y, por tanto, "injustificable".

[241] En este sentido, "universal" es una afirmación que puede traducirse en una proposición precedida por el cuantificador universal "todos", por ejemplo: "toda persona pelirroja es admitida a la audición de la película x".

Este capítulo estará dedicado al significado de la noción de *arbitrariedad* que más se acerca al campo semántico en el que se usa la palabra *discriminación*. En primer lugar, se reconstruirá la categoría de "justicia como igualdad" como específicamente distinta de la de "justicia como legalidad", luego se procederá al análisis del problema específico de los diferentes criterios de justicia y los diversos enunciados históricos del principio de igualdad, en busca de los más útiles para la argumentación. Finalmente, se abordará el tema específico de la construcción de categorías jurídicas como un problema intrínsecamente vinculado al de la discriminación *en* la ley.

## II. La justicia como igualdad

Para analizar el tema del poder que discrimina arbitrariamente, conviene partir de nuevo de la distinción aristotélica entre "justicia como legalidad" y "justicia como igualdad". La primera, como ya se ha señalado, corresponde a lo que Aristóteles define como "virtud total", que incluye todas las virtudes particulares: quienes siguen la ley se comportan *como* si fueran valientes, templados, generosos, etcétera. Sin embargo, al reconstruir los usos comunes del término "justicia", Aristóteles reconoce que esta noción adquiere recurrentemente un significado más específico. La justicia, de hecho, también aparece en la lista de virtudes particulares que son "parte" de la justicia total.

> [Según Aristóteles:] Quien actúa según los demás vicios ciertamente comete injusticia, pero no pretende otra cosa: por ejemplo, quienes tiran el escudo por cobardía, quienes por mala educación hablan mal o quienes por antiliberalidad se niegan a dar ayuda económica. En cambio, cuando uno tiene mayores pretensiones, a menudo no actúa por ninguno de estos vicios, ni siquiera por todos los vicios, sino por cierta malicia (de hecho, lo culpan) o sea, por injusticia. Hay, pues, otra forma de injusticia como parte de la total, y una persona justa que forma parte del justo total.[242]

[242] Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit.*, p. 1130a.

Hay, entonces, un significado de justicia que se refiere a una virtud específica, a una cualidad específica moralmente aceptable. El hombre justo es, en este segundo sentido, aquel que "respeta la igualdad",[243] que no exige para sí ni más ni menos de lo que le corresponde. El criterio de "punto medio" (*medietà*) como connotación de virtud[244] también se aplica, y, quizá, más claramente, al caso de la justicia como igualdad: injusto es aquel que exige *de más* (como en el caso de una remuneración) o *de menos* (como en el caso de un castigo) de lo que le "corresponde".

El concepto de igualdad, al igual que el de legalidad, tiene que ver con el tema del orden. Si bien cada teoría política propone su propia teoría del orden,[245] al mismo tiempo (casi) no hay ninguna teoría de la política que no aborde también el de la justicia junto con el problema del orden. La mayoría de las construcciones teóricas que se refieren a la coexistencia entre personas no se detienen en la necesidad de institución (e imposición) de algún orden social. Ese es, de hecho, el valor primario de la política, pero no el valor último. Un mandato o comando no es, entonces, necesariamente obedecido sólo porque sea funcional a la defensa de la ciudad o del Estado, también porque forma parte de una *orden* reconocida como *legítima* —y, por tanto, *obedecida*, según la

---

243 *Idem*.

244 La teoría moral aristotélica ha sido definida como "ética del justo medio", ya que recupera la noción —ya presente en el *Político* de Platón— de "mesura" como aquella cualidad que excluye el exceso y el defecto. Según Aristóteles: "toda persona que tiene conocimiento escapa del exceso y del defecto; en cambio, lo que busca es el justo medio y esto es lo que elige... Por otra parte, la virtud tiene por objeto las pasiones y las acciones, en las que el exceso constituye un error y se censura el defecto, mientras que el medio es alabado y logrado: ambas son características de la virtud. La virtud es, por tanto, una especie de intermediación, porque tiende hacia el medio". Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit.*, p. 1106b.

245 Si asumimos una definición leibniziana de orden —como cualquier disposición de entidades en el espacio, rastreable a una regla—, el anarquismo también puede considerarse una teoría del orden, ya que presupone que, una vez eliminada la opresión estatal, los individuos vivirán en paz sin tratar de dominarse unos a otros.

famosa reconstrucción weberiana— a la luz de un determinado sistema de distribución de cargas y honores, de derechos y deberes, pero también de penas o remuneraciones.

Desde las primeras páginas de su obra más famosa, John Rawls afirma que una sociedad "bien ordenada" requiere alguna concepción pública más o menos compartida de la justicia (distributiva); éste sería el núcleo formal que une todas y cada una de las teorías de la justicia: "las instituciones son justas", dice Rawls, "cuando no se hace ninguna distinción arbitraria en la asignación de derechos y deberes fundamentales de las personas, y cuando las reglas determinan un equilibrio apropiado entre las pretensiones contrastantes respecto de las ventajas de la vida social".[246] La prohibición de "distinciones arbitrarias" de la que habla Rawls pone de relieve que la noción de igualdad, en los ámbitos moral, político y jurídico, requiere especificaciones adicionales para ser comprendida: las más diversas teorías sobre la "sociedad justa" dependen de los supuestos valorativos de cada individuo. El complejo de estas teorías, además, constituye una parte fundamental de la historia del pensamiento político.

Para preguntarnos sobre la posibilidad de encontrar alguna característica que una las diferentes concepciones de lo que debe considerarse una *distinción arbitraria*, debemos tener en cuenta que tanto en matemáticas como en derecho, la igualdad es meramente una relación, y eso requiere, por tanto (al menos), dos términos. Además, para poder decir que jurídicamente dos sujetos deben ser tratados como iguales, es necesario especificar los derechos, obligaciones, roles y penas a que se refiere el trato. En definitiva, no tiene sentido hablar de igualdad si no se hacen preguntas como "¿igualdad entre quién?", "¿igualdad en qué?" e "¿igualdad según qué criterios?".[247]

La norma más general a la que se hace referencia al analizar los problemas de la igualdad de justicia es la llamada "regla de justicia": "tratar a los iguales por igual y a los desiguales de

[246] Rawls, John, *Una teoria della giustizia*, *cit.*, p. 23.

[247] Bobbio, Norberto, *Eguaglianza e libertà,* Turín, Einaudi, 1995, p. 3.

manera desigual". Esta regla es siempre formal y prescribe que dos casos idénticos no implican tratos diferentes y que el mismo tratamiento no se debe aplicar a dos casos diferentes. En un sentido intuitivo, tratar de manera diferente a dos ladrones de pan o de igual manera a un ladrón de manzanas y a un ladrón de diamantes parece igualmente injusto. Aristóteles afirma: "Si no hay igualdad entre las personas, no tendrán lo mismo y de ahí surgen discusiones y recriminaciones, cuando personas iguales no obtienen cosas iguales y personas desiguales tienen u obtienen cosas iguales".[248]

La regla de justicia es formal[249] en el sentido de que su observancia "garantiza la regularidad, seguridad e imparcialidad en la administración de la justicia, pero no está en grado de juzgar sobre las reglas mismas".[250] Esta regla, de hecho, no dice nada sobre quiénes son los iguales (y los desiguales). Por ello, incluso si es una poderosa herramienta en defensa de la preservación del orden establecido, si se entiende como una regla de aplicación, debe considerarse como indeterminada.

La regla de justicia se aplica a las dos *formas* mediante las cuales Aristóteles propone clasificar la "justicia como igualdad": la justicia conmutativa (o correctiva) y la justicia distributiva. La

---

[248] Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit*., p. 1131a.

[249] En un artículo de principios de la década de 1990, abordando la cuestión del indulto a Renato Curcio, Bobbio escribió: "quienes están en contra del indulto sostienen que Curcio es igual a todos aquellos que han cometido delitos y continúan cumpliendo sus condenas. Y, por tanto, Curcio también debe permanecer en prisión. Quienes lo apoyan, sin embargo, sostienen que por los delitos cometidos es igual a muchos que por una razón u otra disfrutan de diversos beneficios a pesar de tener delitos más graves que él. Y así podría ser liberado. Es un caso típico en el que un juicio de valor como el emitido sobre la base de una regla abstracta como la regla de justicia puede tener formulaciones opuestas, ya que está respaldado por juicios fácticos opuestos. Es justo que Curcio no sea liberado (juicio de valor) si otros como él permanecen en prisión (juicio de hecho). O, es justo que sea liberado (juicio de valor), si otros como él o incluso más culpables que él son libres o semilibres (juicio de hecho)". Bobbio, Norberto, "I limiti della ragione", *La Stampa*, 11 de agosto de 1991, p. 1.

[250] Perelman, Chaïm, *op. cit*., p. 33.

primera encuentra expresión en el principio *neminem laedere*, el segundo en el principio *suum cuique tribuere*; ambos están contenidos en la máxima de Ulpiano "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vive, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".[251]

Al igual que la ley bíblica "del talión",[252] la justicia conmutativa se expresa con lo que Aristóteles define como una relación "aritmética" —es decir, una relación entre sólo dos términos— y se aplica, por ejemplo, a los intercambios económicos. Independientemente de las diferencias específicas de las partes en un contrato privado, si éste se viola, "el juez restablece la igualdad y, como si una línea estuviera dividida en dos partes desiguales, quita la parte cuyo segmento mayor excede de la mitad y se la agrega al segmento menor. Y cuando el todo se divide en dos, entonces se dice que se tiene lo propio, es decir, cuando se ha obtenido lo mismo".[253] El mismo criterio "aritmético" se aplica a la justicia penal, también llamada correctiva, donde la asignación de penas proporcionadas a los delitos se basa en las características de las acciones realizadas, pero independientemente de las características personales de quien comete el delito.[254]

Cuando hablamos de justicia distributiva —que más bien se refiere a la concesión de derechos y deberes, honores y cargas, ventajas y desventajas— entran en juego aquellas diferencias específicas de los sujetos, que parecían *irrelevantes* en relación con la justicia conmutativa. Por ejemplo, en el caso de un concurso donde se evalúa el "mérito" de los candidatos. Aristóteles, refiriéndose a un tipo de relación que llama "geométrica", afirma que "es necesario, por tanto, que lo justo consista al menos en

---

[251] Ulpiano, *Digesto,* 1.1.10pr. Nótese que la máxima también incluye el precepto *honeste vivere*, que se refiere a la dimensión legalista de la justicia, tema del capítulo anterior.

[252] Véase Miller, William I., *Occhio per occhio* (2007), trad. al italiano, Turín, Utet, 2008.

[253] Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit*., p. 1132a.

[254] Sobre la llamada justicia "retributiva" como "justicia aritmética", véase Portinaro, Pier Paolo, *La giustizia introvabile*, Turín, Celid, 2012, pp. 99 y ss.

cuatro términos. Porque dos son aquellos para quienes es justo, y dos son aquello en lo que es justo, es decir, las cosas".[255] Lo que se necesita para lograr una "distribución justa" es establecer una proporción correcta, es decir, una relación de igualdad entre dos relaciones, la de los "objetos" a distribuir y la de los "sujetos" entre los cuales se distribuyen. Será "justo" atribuir objetos iguales (en valor) a sujetos iguales entre sí (en méritos); u objetos diferentes en proporción a la diversidad de los méritos de los propios sujetos. Será "injusto" no respetar esta relación de igualdad entre relaciones —la que existe entre (los valores de) los objetos a distribuir y la que existe entre (los méritos de) los sujetos a quienes deben distribuirse—, es decir, no respetar la proporción, establecer o imponer *arbitrariamente* una distribución *desproporcionada*, que produzca ventajas y desventajas *indebidas*, privilegios y discriminaciones *injustificadas*.

## III. Los criterios de justicia

Si nos referimos al problema de la igualdad, entonces el tema de la *arbitrariedad* de las decisiones puede declinarse de muy diversas maneras, terminando por coincidir con uno de los posibles significados de la elusiva noción de justicia. Proudhon, criticando las leyes penales francesas, escribió:

> Un hombre pobre cuyos hijos se quejan de hambre, sube a un granero por la noche, fuerza la cerradura y roba una hogaza de cuatro libras. El panadero hace que lo condenen a ocho años de trabajos forzados: así es la ley... Mientras que, en cambio, el mismo panadero, acusado de haber puesto yeso en lugar de harina y ácido sulfúrico como levadura en el pan, es condenado a una multa de cinco liras: es la ley. Ahora la conciencia grita que este traficante es un monstruo y la ley misma es absurda y odiosa.[256]

---

[255] Aristóteles, *Ética nicomaquea, cit.*, p. 1131a.

[256] Proudhon, Pierre-Joseph, *La giustizia nella Rivoluzione e nella Chiesa*, (1858), citado en Perelman, Chaïm, *op. cit.*, p. 88.

En este caso, la elección del gobernante (del legislador) es considerada arbitraria por Proudhon porque establece penas desproporcionadas para unos delitos respecto de otros. La ley se define entonces como *odiosa* —porque beneficia a los más ricos sobre los más pobres— y *absurda* —porque parece injustificable a la luz de un criterio de juicio socialmente compartido que considera el asesinato más grave que el robo—. La ley "odiosa" y "absurda" coincide aquí con el carácter "arrogante" e "injustificable" de la discriminación hasta ahora definida como *arbitraria*.

Si pasamos del análisis de los casos de justicia conmutativa o correctiva —en la que sólo cuentan las acciones realizadas (u objetos intercambiados), pero no las características de los individuos— a los de la justicia distributiva —en la que estas características vuelven a cobrar relevancia— el problema de la igualdad se superpone al de la "distribución justa". Desde la antigüedad se ha hecho coincidir el principio de justicia distributiva, en el lenguaje teórico, con la fórmula ciceroniana *suum cuique tribuere.*[257] De esta máxima puramente formal surgen las más variadas concepciones de justicia, que se diferencian según los distintos valores que permiten establecer el *suum* de cada persona. Por ejemplo, para conceder un honor, el criterio que se sigue principalmente es el del "mérito", mientras que para el reconocimiento de una subvención es el de la "necesidad". Estos parámetros se indican tradicionalmente con la expresión "criterios de justicia" y permiten establecer, situación por situación, cuándo una distribución debe considerarse justa, basada en escalas de valores compartidas o propuestas de reparto.

Dado que ningún individuo es jamás igual a otro en todos los aspectos,[258] el problema de los "criterios de justicia" se refiere a la decisión sobre qué similitudes y qué diferencias de hecho, en-

[257] Cicerón, *De legibus*, trad. al italiano, Turín, Utet, 1974, p. 19.

[258] Tal principio —llamado identidad de los indiscernibles— fue formulado de la siguiente manera por Leibniz: "hinc non dari posse in natura duas res singulares solo numero differentes" (En la naturaleza no pueden existir dos cosas singulares que sólo difieran en número). Leibniz, Gottfried W., "Verità prime",

tre sujetos y entre objetos, deben considerarse relevantes para la finalidad del tratamiento jurídico de los sujetos.[259] En otras palabras, dado que el uso de la noción de igualdad implica "excluir (provisional o definitivamente) la relevancia de las diferencias",[260] entonces "proceder en la asignación de bienes o males, incentivos o desincentivos, a través de reglas implica siempre necesariamente el establecimiento de la igualdad: entre los miembros de la clase distribuida [los objetos] y entre los miembros de la clase de los destinatarios de la distribución [los sujetos]".[261]

Las diferentes reconstrucciones de los criterios de justicia difieren considerablemente. En las diferentes listas, los criterios a menudo se confunden, se superponen y pueden diferir aún más entre ellos. Perelman, por ejemplo, enumera los siguientes criterios en su reconstrucción: "a cada uno lo mismo", "a cada uno según sus méritos", "obras", "necesidades" y "rango".[262] Evidentemente, todavía se podrían añadir los criterios de "talento", "capacidad", "esfuerzo", "verdad revelada por las (más diversas)

(1686), trad. al italiano, en Leibniz, Gottfried W., *Discorso di metafisica – Verità prime*, Milán, Rusconi, 1999, p. 217.

259 Según Blackstone, estos criterios tienen que ver con los objetivos que se tienen en mente cuando se formula un juicio de igualdad entre dos o más entidades, situaciones o individuos, *cfr*. Blackstone, W. T., "On the Meaning and Justification of the Principle of Equality", *Ethics*, vol. 77, núm. 4, 1967, p. 241. Esta postura la explica Letizia Gianformaggio a través del siguiente ejemplo: "si digo que un libro de lógica y uno de astrología son iguales, y otro dice que realmente no lo son, significa que, a diferencia de ella, yo pretendo hacer lo mismo con ambos (por ejemplo, ponerlos en el mismo estante). Por tanto, lo que nos divide no son los significados que atribuimos al término "igualdad", más bien son los criterios que utilizamos para formular juicios de igualdad: son, por lo tanto, en última instancia, nuestros objetivos". Gianformaggio, Letizia, "Valori giuridici fondamentali: eguaglianza, tolleranza, identità", (1993), en Gianformaggio, Letizia, *Filosofia e critica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 95 y 96.

260 Tarello, Giovanni, *"Su uguaglianza*", en Castiglione, Silvana (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea,* Bolonia, Il Mulino, 1989, p. 351.

261 *Ibidem*, p. 353.

262 Perelman, Chaïm, *La giustizia,* (1945), trad. al italiano, Turín, Giappichelli, 1959, pp. 38 y ss.

escrituras sagradas", el criterio "estético" —en caso de que sea necesario redactar el reglamento de un concurso de belleza— y muchos más.

La larga historia de las teorías basadas en el criterio del rango —uno de los más antiguos cánones de justicia— muestra muy bien cómo estructuras políticas que parecen altamente desigualitarias pueden calificarse razonablemente como estructuras políticas "justas", para las cuales la justicia consistiría en la distribución jerárquica de roles sociales.[263] En el Libro IV de la *República*, Platón afirma: "De hecho, hemos establecido, y lo hemos repetido varias veces, si no recuerdan mal, que cada uno debe realizar sólo una de las actividades incluidas en la ciudad, aquella para la que su naturaleza es más adecuada".[264] El "rango" fue sin duda el criterio dominante de justicia en la mayoría de las sociedades premodernas rígidamente divididas en clases, las cuales estaban al mismo tiempo dispuestas en un orden jerárquico. Según estas concepciones aristocráticas de la justicia, cada una de estas clases

[263] Esta concepción es prevalente en la historia premoderna de las instituciones y el pensamiento político; sin embargo, no desaparece en la modernidad, basta pensar en Maquiavelo quien, parafraseando a Aristóteles, afirma: "Los hombres que sirven a las artes mecánicas en las repúblicas no pueden saber mandar como los príncipes cuando son nombrados magistrados, habiendo aprendido siempre a servir. Y por eso quieren alzarse para mandar a quienes nunca han obedecido excepto a los reyes y a las leyes, como los que viven de sus rentas". Machiavelli, Nicolò, "Sentenze diverse", *Opere, VII, Il Teatro e tutti gli scritti literari*, Milán, Feltrinelli, 1965, p. 223. Incluso Montesquieu argumenta: "Siempre existen en un Estado personas ilustres por su nacimiento, su riqueza o sus honores. Si estuvieran mezclados entre el pueblo, y tuvieran una sola voz como la de los demás, la libertad común sería su esclavitud, y no tendrían interés en defenderla porque la mayoría de las resoluciones serían contra ellos. La parte que tienen en la legislación debe, por tanto, ser proporcionada a las demás ventajas que disfrutan en el Estado". Montesquieu, *op. cit.*, vol. I, p. 281.

[264] Platón, *República*, *cit.*, p. 433a. A este respecto, véase Vegetti, Mario, *Quindici lezioni su Platone*, *cit.*, pp. 98 y ss. Vegetti señala que, en Platón, "esta creencia no produce ningún sistema de castas: la pertenencia a grupos funcionales no depende del nacimiento, sino de las cualidades individuales y, por lo tanto, los movimientos de arriba hacia abajo y viceversa siempre son posibles". Vegetti, Mario, *Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone, cit.*, p. 33.

tiene derecho a diferentes privilegios y obligaciones; como señala Perelman "el dicho *noblesse oblige* es la expresión de una aristocracia consciente de sus deberes particulares".[265]

La tradición liberal ha exaltado la "distribución según el mérito",[266] precisamente en oposición al criterio de "rango" propio de las sociedades del *ancien regime* donde, según Thomas Jefferson, existía "una aristocracia artificial basada en la riqueza y el nacimiento, sin virtudes ni talentos".[267] La idea que subyace a estas consideraciones se opone a los privilegios de nacimiento contra los que la burguesía en consolidación luchó en nombre del talento en los negocios y la ciencia. Según los liberales, por tanto, el mérito y no el rango es el que debería servir como criterio predominante para justificar una determinada estructura social.[268] Esta posición fue "superada por la izquierda" por el pensamiento socialista que exige una mayor atención al problema de las necesidades. En la *Crítica del Programa de Gotha*, Karl Marx reivindica como "correcto" el criterio "de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades".[269] La doctrina liberal es considerada una "igualdad de puntos de partida", mientras que la marxista es una "igualdad de puntos de llegada". En el primero, es justa la sociedad en la que todos tienen iguales oportunidades

---

265 Perelman, Chaïm, *La giustizia, cit.,* p. 48.

266 Nótese que Aristóteles en la *Política* ya identifica el criterio del "mérito", entendido como el "valor personal" de los sujetos (*axia*) como genéricamente apropiado para la justicia distributiva. Según Aristóteles, "la igualdad puede entenderse en dos sentidos: puede ser numérica o proporcional al mérito". *Política*, p. 1301b.

267 Jefferson, Thomas, "To John Adams, October 28th, 1813", en *The Political Writings of Thomas Jefferson,* Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2002, p. 174.

268 Véase Michaud, Yves, *Qu'est-ce que le mérite* ?, París, Bourin, 2009. Sobre el uso contemporáneo del criterio del mérito y sobre la ideología neoliberal de la así llamada "meritocracia", me permito reenviar a Cuono, Massimo, *Bureaucratiser l'inégal, l'extraordinaire, le particulier*, *cit.*, pp. 183 y ss.

269 Marx, Karl, *Critica al programma di Gotha*, (1875), trad. al italiano, Roma, Editori Riuniti, 1990, p. 18.

de que se valoren sus capacidades específicas, independientemente de lo que Rawls define como "factores arbitrarios"[270] vinculados a los privilegios de nacimiento. De la igualdad inicial se llega después a las desigualdades sociales, considerada funcional para el desarrollo económico, social y cultural. En cambio, para las doctrinas socialistas el ordenamiento es justo si las capacidades determinan las desigualdades en los deberes —el trabajo debe dividirse según las capacidades, cuyas diferencias no son más que diferentes formas de "privilegios naturales"—,[271] mientras que las necesidades son decisivas para la igualdad en las condiciones de llegada.

La evolución histórica del criterio "a cada uno lo mismo" recorre una pista paralela. El primer artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ("todos los hombres nacen y son libres e iguales en derechos") y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ("todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"),[272] son, sin duda, buenos ejemplos de la aplicación de este criterio. Del mismo modo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, o Carta de Niza, reconoce, en su artículo 20, que "todas las personas son iguales ante la ley"; o también, el artículo 1o. de la Constitución de los Países Bajos, donde son

[270] Rawls, John, *Una teoria della giustizia, cit.,* p. 75. Para una discusión de esa cuestión, véase, por ejemplo, el capítulo "Giustizia distributiva", en Nozick, Robert, *Anarchia, stato e utopia*, (1974), trad. al italiano, Milán, Il Saggiatore, 2000, pp. 164 y ss.; el capítulo "Problemi di convergenza" en Nagel, Thomas, *I paradossi dell'eguaglianza,* (1991), trad. al italiano, Milán, Il Saggiatore, 1993, pp. 97 y ss.; y el capítulo dedicado a Rawls en Sen, Amartya, *L'idea di giustizia*, (2009), trad. al italiano, Milán, Mondadori, 2010, pp. 65 y ss.

[271] Marx, Karl, *op. cit*., p. 16.

[272] Nótese que en ambas formulaciones, el supuesto de valor se confunde con la justificación dada para el valor de la igualdad en los derechos mismos. En el caso del documento revolucionario de 1989, el hecho de que los seres humanos nacen iguales se sitúa en el fundamento del valor, según el cual deben ser tratados como iguales; en el caso de la Declaración de las Naciones Unidas de 1948, es el hecho de que los hombres nacen iguales en dignidad, lo que implícitamente se refiere al valor de la igualdad de todos los individuos en derechos.

iguales ante la ley holandesa "todas las personas en los Países Bajos".[273] El uso de estas expresiones, que establecen una clase lógica (y en consecuencia un supuesto jurídico) en la que se incluye a todos los seres humanos, a menudo construida sobre "todos los ciudadanos" y no sobre "todos los individuos",[274] remite a un enfoque teórico que reconoce como irrelevante toda característica empíricamente observable sobre la base de la cual los individuos se distinguen a efectos de un tratamiento específico (por ejemplo, el reconocimiento de un derecho fundamental). Dicho en términos generales, el criterio "a cada uno lo mismo" no sólo remite a algún principio universalizador, sino que es también, respecto de los sujetos, el único verdaderamente universalista.

Es más, es invocado tanto por los liberales que defienden la igualdad de todos los seres humanos en los derechos de libertad (y en los llamados derechos civiles) como por los socialistas que proponen la igualdad de todos en los derechos sociales. El problema de los criterios de justicia complica aún más el análisis de las decisiones arbitrarias del poder. Si en el caso de la justicia conmutativa la elección es arbitraria —"autoritaria" y/o "injustificada" —, lo que crea una desproporción entre dos casos, en el caso de la justicia distributiva hay quienes podrían sostener la arbitrariedad de una disposición que asume el criterio de mérito en la distribución de subsidios o el de necesidad en el caso de un cargo público.

En el caso de una ley que prescribiera despojar a todas las personas de cabello oscuro de todos sus bienes, redistribuyendo su riqueza entre los rubios, la decisión del juez de expropiar los bienes exclusivamente de algunas personas de cabello oscuro o de

---

[273] Así también: "Consideramos que las siguientes verdades son evidentes: que todos los hombres son creados iguales". Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776; "Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley". Constitución francesa, 1793, artículo 3o. La lista de diferentes enunciados de este principio es muy larga y caracteriza a la gran mayoría de las constituciones modernas.

[274] Bovero, Michelangelo, "Diritti e democrazia costituzionale", en Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 239.

excluir sólo a algunos rubios de la distribución sería ciertamente arbitrario, pero aún más "odiosa" y "absurda" —para citar las palabras de Proudhon— parece la elección del criterio del color del cabello —o de la piel— para tal tratamiento: Odiosa (y autoritaria) porque fue elegido en el interés particular exclusivo de las rubias, y absurdo (e injustificado) porque presupone alguna conexión entre el color del cabello y los derechos de propiedad, alguna regla general (es decir, no particular) que relaciona una característica distintiva de un grupo con un tratamiento legal específico. Sin embargo, la historia está llena de parejas igualmente arbitrarias comparadas con la que quiere (legalmente) que rubias y morenas sean diferentes en dignidad: castellanos y *moros*, *rubios* y judíos, o más simplemente blancos y negros.

## IV. Formulaciones históricas del principio de igualdad

De manera paralela al desarrollo teórico del tema de la "justicia como igualdad", se ha consolidado el uso jurídico del así llamado "principio de igualdad" incluido en muchas Constituciones modernas y contemporáneas. Con el fin de enriquecer las herramientas conceptuales para el análisis de la problemática relación entre *arbitrariedad* y *discriminación*, en este punto resulta útil examinar las formulaciones históricas de este principio en el derecho positivo.

Si miramos, por ejemplo, la vasta literatura sobre el artículo 3o. de la Constitución italiana,[275] inmediatamente encontramos

[275] Véase, entre otros, *Corte Constitucional y principio de igualdad. Actas de la conferencia en memoria de Livio Paldin,* Padova, Cedam, 2002*;* "Principio di eguaglianza e principio di legalità degli ordinamenti giuridici". *Memorias del XIII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti,* Padova, Cedam, 1999; Cerri, Augusto, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* Milán, Giuffré, 1976; Cerri, Augusto, *L'eguaglianza,* Roma-Bari, Laterza, 2005; Esposito, Carlo, "Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana", en Esposito, Carlo, *La Costituzione italiana. Saggi,* Padova, Cedam, 1953; Ghera, Federico, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario,* Padova, Cedam,

una distinción general entre el principio de "igualdad formal" definido por los constitucionalistas en el primer párrafo,[276] y el de "igualdad sustancial", que se encuentra en el segundo párrafo.[277] Respecto a la igualdad formal, hablamos a continuación de la diferencia entre el perfil subjetivo y el perfil objetivo del principio de igualdad. El perfil subjetivo se refiere a la igualdad de derecho (igualdad *de* o *en* la ley), que en la Constitución se afirma mediante el reconocimiento de la "igual dignidad social". Esta es la misma afirmación contenida en los documentos que sostienen que "todos los hombres nacen iguales en derechos", el cual en el lenguaje de la teoría, se define comúnmente como igualdad *en la* ley (*égalité dans la loi)*. Por otro lado, el llamado perfil objetivo del principio de igualdad formal —que aparece como una especificación del subjetivo— tiene que ver más bien con el contenido de la ley y no con su forma. Si se adopta, de entre los posibles significados de igualdad, el de garantía de imparcialidad por parte de quienes juzgan, de este principio deriva la igualdad *ante* la ley.

En este ámbito se encuentra el llamado "núcleo fuerte de la igualdad", es decir, la prohibición de la discriminación por motivos de "sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales". Esta lista debe ser considerada como un "juicio negativo de relevancia", una lista de diferencias irrelevantes con respecto a cualquier situación:

---

2003; Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti dell'eguaglianza sostanziale,* Nápoles, Jovene, 1999*;* Paladin, Livio, *Il principio di eguaglianza,* Milán, Giuffrè, 1965; Rossano*,* C., *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale,* Milán, Giuffrè, 1966; Zagrebelsky, Gustavo, "Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladin"*, Quaderni Costituzionali*, vol. 22, núm. 1, 2002.

276 "Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales".

277 "Es deber de la República eliminar los obstáculos económicos y sociales que, al limitar efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

> …una especie de recordatorio destinado a señalar cuáles fueron en el pasado los factores más frecuentes a partir de los cuales se produjo la discriminación. Este elenco de factores representa una admonición, una advertencia para el legislador, para el juez de constitucionalidad y cualquier otro para que no vuelva a caer en los errores del pasado, pero no expresa una norma rígida que imponga o excluya cualquier otra diferenciación.[278]

Desde un punto de vista teórico, más allá de las diferentes interpretaciones posibles del principio de igualdad, en el texto del artículo 3o. es inequívoca la referencia a la igualdad *frente a la* ley *(égalité devant la loi)* como precepto para el juez que la aplica. Esto, evidentemente, tiene que ver con el ideal de gobierno *per leges* como requisito de un sistema compuesto principalmente por normas generales y abstractas.[279] Las garantías de igualdad formal y de seguridad jurídica, que derivan del carácter general y abstracto de las normas, sólo son efectivas en presencia de la subordinación del juez (únicamente) a la ley. Según Letizia Gianformaggio, el ideal de igualdad ante la ley corresponde a una "concepción del derecho como sistema, es decir, como sistema unitario, pleno y lógicamente coherente, a partir de cuyas reglas generales es necesario, e incluso antes posible, deducir de manera lógicamente correcta determinadas sentencias jurídicas".[280] Los ideales (regulatorios) de gobierno *per leges* y de la igualdad *frente a* la ley son, por tanto, preceptos mutuamente complementarios, uno dirigido al legislador y el otro al juez.

El uso consolidado de la expresión "igualdad ante la ley" como precepto dirigido al juez no excluye que un principio simi-

---

[278] Pizzorusso, Aessandro, *Che cos'è l'eguaglianza,* Roma, Editori Riuniti, 1983, p. 47.

[279] Véase Marshall, G., *Notes on the Rule of Equal Law,* en Pennock, J. Roland y Chapman, John W. *(eds.), Nomos IX: Equality,* Nueva York, Atherton, 1967, p. 268.

[280] Gianformaggio, Letizia, *op. cit.,* p. 98. Nótese que los ideales de plenitud, certeza y coherencia no pueden ser otra cosa que ideales relativos, y, por tanto, no realizables en términos definitivos.

lar pueda aplicarse también al legislador. La reflexión en esta dirección permite comprender la génesis histórica de algunos usos jurídicos del principio de igualdad que se afirman en controversia con los sistemas típicos de las sociedades de clases del *Ancien Régime*. Las Constituciones surgidas de la Revolución francesa, y el Código Civil napoleónico de 1804, sancionan la ruptura definitiva con la tradición jurídica anterior al superar el derecho diferenciado por clases, y establecen un derecho común a todos los franceses: un sistema basado en el principio de igualdad *de* ley y la "igual dignidad" de los ciudadanos. Todos los individuos deben someterse a la misma ley y ser juzgados por los mismos tribunales. En el *Códe Napoléon* desaparecen las figuras del noble, del prelado y del trabajador, protagonistas éstas de la versión "feudal" de lo que Dumézil definió como la "ideología trifuncional indoeuropea".[281] En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno*, Locke afirma que las leyes deben seguir "una regla para ricos y pobres, para el favorito de la corte y para el campesino en el campo".[282] La forma más neutral de este "igual derecho" es la igualdad *jurídica*, generalmente entendida como el reconocimiento igualitario de la capacidad jurídica para todas las personas, al menos potencialmente.[283]

La formulación más antigua que entra en el espectro de posibles declinaciones de la expresión "igualdad de derecho" (que es su versión casi literal) es la griega de *isonomía*, a menudo en-

---

281 Dumézil, Georges, *Mito e epopea. La terra alleviata. L'ideologia delle tre funzioni nelle epopee dei popoli indoeuropei*, (1968), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1982. De hecho, el modelo de división social trifuncional de origen indoeuropeo fue revitalizado con la división entre *oratores, bellatores* y *laboratores,* vigente en los ordenamientos y en las relaciones sociales medievales. A propósito, véase Duby, Georges, *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, (1978), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1980.

282 Locke, John, "Secondo trattato sul governo", *cit*., p. 335.

283 En la actual legislación italiana, por ejemplo, a ningún individuo se le niega la posibilidad de adquirir la "capacidad de obrar"; las personas *menores* de edad aún no la adquieren, mientras que las personas *interdictas* ya no la tienen.

tendida como una condición de la democracia de los antiguos.[284] Los ciudadanos atenienses, de hecho, eran iguales en derechos de participación política, como la libertad de hablar en la asamblea (*isegoria*)[285] y la posibilidad de ser elegidos para cargos públicos (*isotimia*). El significado que, en cambio, se deriva de las disposiciones constitucionales italianas, como en muchas de las llamadas "Constituciones del constitucionalismo", es el de igualdad *de derechos*, es decir, la igual atribución y garantía de algunos derechos fundamentales a todos los individuos.[286]

Hay, sin embargo, otro significado según el cual el principio de igualdad puede interpretarse como un precepto dirigido al legislador: la declaración de la "prohibición de discriminación" parece indicar en esta dirección. En este caso podemos hablar de igualdad en el derecho (*égalité dans la loi*), donde el principio de igualdad toma la forma de una restricción real de "no arbitrariedad" en la definición de tratamientos jurídicos para "categorías de iguales". Cuando el legislador afirma que las diferencias fácticas entre dos sujetos (o categorías de sujetos) son *relevantes* a los

---

[284] La expresión es usada, por ejemplo, en Herodoto, *op. cit.*, p. 80. A propósito, véase Hansen, Mogens Herman, *op. cit.*, pp. 126 y ss.; Vernant, Jean-Piere, *Mito e pensiero presso i greci*, (1965), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1978, pp. 219 y ss.; Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia,* Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 7-25.

[285] Bovero señala que "el significado democrático de isegoria no radica en ser una libertad sino, como evidentemente resulta de la construcción del término con el prefijo iso, en ser una igualdad". Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori*, *cit.,* p. 9. A propósito, véase Finley, Moses I., *La democrazia degli antichi e dei moderni*, (1973), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1973, pp. 19 y ss.

[286] Ver, por ejemplo, Mazzarese, Tecla, "Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali: una (ri)lettura dell'articolo 3 della costituzione", en Maniaci, Giorgio (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica,* Milán, Giuffrè, 2006. Se trata de aquello que Luigi Ferrajoli define como el modelo del "igual valor jurídico de las diferencias" como de un modelo "basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales" —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo de un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad". Ferrajoli, Luigi, "La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza", *Democrazia e Diritto*, vol. 2, 1993, p. 51.

efectos de un trato jurídico diferenciado, parece legítimo preguntarse si esta distinción está, de alguna manera, *justificada.*[287]

Así como ha florecido una literatura rica y compleja sobre el problema de la igualdad *frente* la ley, también se ha escrito mucho sobre la igualdad *a través de* la ley. En el informe preliminar de la primera subcomisión de la Asamblea Constituyente, elaborado por Lelio Basso, leemos:

> Ninguna actuación o servicio del Estado puede determinar situaciones de privilegio de facto injustificado en beneficio de individuos o categorías de ciudadanos. Con esta norma contribuimos a la implementación de la igualdad en la República. Es necesario, por tanto, que, así como los servicios de los ciudadanos al Estado se basan en la igualdad y el igual sacrificio contributivo, los servicios y prestaciones del Estado no generen situaciones de privilegio a favor de individuos o grupos de beneficiarios. Evidentemente, la norma no excluye medidas particulares que se inspiran en necesidades particulares que es necesario satisfacer con urgencia, pero tiende a impedir que el Estado cree situaciones favorables, carentes de toda justificación legítima y, por tanto, situaciones de desigualdad sustancial.[288]

Esta propuesta serviría como borrador para la redacción del segundo párrafo del artículo 3o., al que la jurisprudencia se refiere como "principio de igualdad sustancial". Se trata de la posibi-

---

[287] Según Paolo Comanducci, por ejemplo, "dada la positivización del principio (o más bien, de los principios) de igualdad en las Constituciones de todos los países civilizados, y, en general, en los respectivos ordenamientos jurídicos, a este nivel no se plantea la cuestión: «¿Por qué igualdad?». Es decir, no debemos justificar la igualdad, sino aplicarla (en las leyes, en la acción gubernamental, en las negociaciones, etc.). Sin embargo, las desviaciones de la igualdad deben justificarse". Comanducci, Paolo, "«Uguaglianza»: una proposta neo-illuminista", *Analisi e Diritto,* 1992, p. 86.

[288] Véase la Constitución italiana, en especial los trabajos preparatorios de la Asablea Constituyente. *Costituzione della Repubblica Italiana* nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato generale, 1971, vol. IV, pp. 699 y ss.

lidad de introducir medidas diferenciadas que garanticen la promoción de grupos económica y socialmente desfavorecidos. En la base de esta disposición está la opinión de que las desigualdades de hecho no son modificables sólo a través de la garantía de igualdad formal. Un Estado que reconoce, en su ley fundamental, la igualdad como fin,[289] tiene entre sus funciones la de eliminar las desigualdades *a través de* la ley. Esto se vincula con el concepto de "redistribución",[290] el cual también resulta problemático, ya que puede referirse tanto a formas clásicas como la tributación progresiva o los impuestos sobre sucesiones (un instrumento liberal fundamental para la llamada "igualdad como punto de partida"), como a los efectos redistributivos de los derechos sociales.[291]

Otro significado en el que nos referimos a la igualdad *a través* de la ley se puede encontrar en la literatura sobre las llamadas *affirmative action* o acciones afirmativas, entendidas como políticas que introducen temporalmente un trato diferenciado a través de

---

289 Bobbio, Norberto, *Eguaglianza e libertà*, *cit*., p. 40.

290 En cuanto a la actualidad del tema de la redistribución, también a escala supranacional, véase Fraser, Nancy, "Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione", en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politica*, (2003), trad. al italiano, Roma, Melteni, 2007.

291 En el ensayo *El costo de los derechos*, Stephen Holmes y Cass Sunstein sostienen que todos los derechos garantizados constitucionalmente, no sólo los sociales, tienen efectos redistributivos, ya que es necesario comprometer dinero público para su implementación: "Si el derecho a la libertad de expresión y el derecho de voto implican gastos públicos, si ambos presuponen opciones de naturaleza redistributiva y son bienes relativos más que absolutos, es probable que lo mismo sea cierto para los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, (1999), trad. Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 121. Siguiendo el mismo texto, obsérvese que por "carácter relativo" de los derechos nos referimos a la cuestionable tesis de que "nada que tenga un costo puede tener un valor absoluto: ningún derecho cuya protección presuponga un gasto necesariamente selectivo del dinero de los contribuyentes puede, por lo tanto, en última instancia, protegerse unilateralmente por el poder judicial, sin tener en cuenta las consecuencias financieras, de las cuales los organismos estatales son los principales responsables (p. 101).

la ley, con la finalidad de eliminar la discriminación de facto.[292] Las "acciones positivas" o "discriminación inversa", consisten, en otras palabras, en "medidas y disposiciones que a primera vista [parecen] discriminatorias, pero que tienden a establecer igualdades y equilibrios impedidos o alterados por discriminaciones jurídicas o sociales previas".[293]

La jurisprudencia estadounidense se ha ocupado de estas cuestiones al menos desde la *Civil Rights Act*[294] del 64, seguida de sentencias importantes de la Corte Suprema, como *United Steelworkers of America v. Weber*[295](1979) y *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County*[296] (1987). Esta última resume las posiciones a favor y en contra de la acción afirmativa si comparamos la opinión mayoritaria escrita por William J. Brennan y la disidencia

---

[292] La literatura en la materia es interminable. Véase, a título de ejemplo, Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991; Ainis, M., "Azioni positive e principio di eguaglianza", Giurisprudenza costituzionale, 1992; Gianformaggio, Letizia, "Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?", (1992), en Gianformaggio, Letizia, *Filosofia e critica del diritto*, *cit.*

[293] Scarpelli, U., "Classi logiche e discriminazione dei sessi", *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 615. En este artículo, Scarpelli sigue un razonamiento teórico basado en supuestos de estricta observancia liberal, dejando de lado algunas aclaraciones contenidas en la sentencia que ya responden a las dudas planteadas por él, como lo demuestra Ballestrero, Maria V., "Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Un breve resoconto della sentenza", *Lavoro e Diritto*, 1988, pp. 56 y 57.

[294] Esta ley, deseada por Kennedy y aprobada durante la administración Johnson, declara ilegítima cualquier forma de segregación racial y prevé, entre otras cosas, en el Título VII, la prohibición de discriminar en la contratación y el despido por motivos de "raza, color, religión, sexo, origen nacional" (Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241, July 2, 1964).

[295] La sentencia rechaza el recurso de un trabajador blanco (el señor Weber) que creía haber sido excluido injustamente de un curso de especialización profesional cuyo acceso estaba regulado por un plan de acción positiva destinado a promover el trabajo profesionalizado entre los negros.

[296] La sentencia rechaza el recurso del empleado de una agencia de transporte público que, a pesar de haber obtenido una puntuación ligeramente superior, no había obtenido un ascenso, y que recayó en una mujer, en el marco de una política de reequilibrio de la relación entre hombres y mujeres dentro de las agencias.

de Antonin Scalia. Brennan, quien creía que la acción afirmativa era compatible con la ley estadounidense, escribió:

> De hecho, sería irónico (o paradójico) si una ley (como el Título VII), provocada por el remordimiento nacional por siglos de injusticia racial, destinada a mejorar las condiciones de grupos de población excluidos durante mucho tiempo del *American Dream*, se convirtiera en la primera prohibición legislativa de todo sector privado y un esfuerzo voluntario consciente para abolir los modelos tradicionales de segregación racial.[297]

Scalia, por el contrario, afirmó: "Una ley destinada a crear lugares de trabajo sin color ni sexo se ha convertido ahora en una poderosa máquina de racismo y sexismo, que no sólo permite la discriminación sexual y racial intencional, sino que a menudo la produce mediante manipulaciones prácticamente forzadas del sistema legal".[298] La igualdad *a través* de la ley sería entonces el principio que justifica la promulgación de leyes que introduzcan discriminaciones jurídicas con el fin de modificar *desigualdades de facto*, consideradas más graves por el legislador.[299]

## V. La construcción de la categoría de iguales

El análisis de los diversos problemas relacionados con la compleja noción de "justicia como igualdad" lleva a identificar en el concepto de "igualdad *en* la ley" (también en relación con el tema del reequilibrio *a través* de la ley) el meollo del problema de la relación entre *arbitrariedad* y *discriminación*. La propia naturaleza del derecho

---

297 480 U.S. 616.

298 *Idem.*

299 Sobre el tema específico de las cuotas reservadas a las mujeres en los órganos representativos, véase, a modo de ejemplo, Cedroni, Lorella, "Rappresentanza, potere, quote. Una questione ancora aperta", en Simone, Anna (ed.), *Sessismo democratico. L'uso strumentale delle donne nel neo-liberismo,* Milán, Mimesis, 2012.

implica distinciones: según Carlo Esposito, "tratar del mismo modo al ladrón y al caballero sería eliminar el derecho".[300] El mecanismo de igualación y diferenciación a través de la construcción de casos legales está, de hecho, en la base de los conceptos mismos de norma[301] y orden.[302] Por tanto, construir categorías jurídicas para conectarlas con ciertos tratamientos jurídicos es la actividad principal de ese poder de crear normas, que es el poder político.

En un intento de abordar los problemas relativos a los límites de esta facultad, se ha consolidado en la literatura jurídica el uso de la noción de *ratio legis*.[303] El análisis de la *ratio* de una determinada disposición —y más específicamente del proceso de igualación y distinción implementado por la propia disposición— se centra "en si esa distinción se basa en elementos objetivos, relevantes y justificables".[304] En estos términos es posible calificar de arbitrario el comportamiento de aquel gobernante que hace leyes construyendo categorías jurídicas cuya *ratio* no reside más que en su propio interés *particular* (particular como *prepotente*) o en su *particular* evaluación puramente subjetiva (particular como *injustificada*). Si bien el análisis de la *ratio legis* no es un procedimiento "ni unívoco ni cierto",[305] es posible definir como arbitrario —en el nunca simple intento de hacer *virtuoso* al círculo de la interdefinibilidad de lo arbitrario y lo injustificado— el comportamiento del poder que discrimina sin otras "motivaciones" que las subjetivas y contingentes: *particulares* en los dos significados asumidos hasta

---

300 Citado en Cerri, Augusto, voz "Eguaglianza" (principio costituzionale di), en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 32, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994. Ver también Esposito, Carlo, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

301 Véase, por ejemplo, Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I "Introduzione al diritto costituzionale italinao", Padova, Cedam, 1970, pp. 7 y ss.

302 Paladin, Livio, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

303 La elaboración y el uso de ese concepto es sumamente controvertido. Para una reconstrucción analítica, véase Moscarini, Anna, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Turín, Giappichelli, 1996.

304 Dogliani, Mario, "Articolo 3. Il principio di eguaglianza", en Neppi Modona, Guido (ed.), *Stato della Costituzione*, Milán, Il Saggiatore, 1995, p. 15.

305 *Idem.*

ahora. Buscar la *ratio* de una norma, entonces, significa interpretarla a la luz de sus posibles justificaciones *erga omnes*; razones plausibles en apoyo de la tesis de la *relevancia* de una característica específica de un grupo para un tratamiento específico, sin olvidar la advertencia de Hart, según la cual "un niño puede tener la misma altura que un adulto pequeño, un invierno cálido misma temperatura que un frío verano, y un diamante falso puede ser una auténtica antigüedad".[306]

Tomemos, por ejemplo, la norma que impone obligaciones tributarias sólo a las personas empleadas. La diferencia de trato entre trabajadoras y desempleadas parece justificable ya que los primeros tienen ingresos, pero los segundos no. Lógicamente este razonamiento se puede dividir en dos momentos. Se trata, en primer lugar, de analizar la construcción, por parte del legislador, de la "categoría jurídica de iguales" definida por la característica de percibir un salario y que incluye al grupo de las personas *empleadas*, pero no al de las *desempleadas*. Esta categoría corresponde a lo que, en la escolástica medieval, se llamaba "universal".[307] Más allá de las disputas ontológicas y epistemológicas en torno a su naturaleza, desde el punto de vista lógico, un universal es un predicado, ya que puede ser predicable por muchos sujetos.[308] La categoría legal de *empleado*, por ejemplo, se puede aplicar (normativamente) a cualquiera que reciba un salario. Lógicamente se dice, entonces, que para cada *x*, si *x* posee la característica *c* (percibir un salario), entonces *x* entra en la categoría de *empleado*.[309] La simple formación de una categoría es el resultado de una convención (o de una abstracción), por eso hablamos de "construcción" de categorías (lógicas). Como dice Scarpelli: "la condición trascendental de las afirmaciones de igualdad o paridad es, por tanto,

306 Hart, Herbert L. A., *op. cit.*, p. 188.

307 Sobre la disputa de los universales, véase Bonino, Guido, *op. cit*.

308 El juicio "A y B son iguales", simplemente reconoce que tanto A como B presentan efectivamente los requisitos que se incluirán en esa fecha. *Cfr*. Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori…*, *cit*., p. 13.

309 Véase Aristóteles, *Analitici primi*, trad. al iatliano, en *Organon*, Milán, Adelphi, 2003, pp. a16-20.

la capacidad de pensar y hablar en conceptos correspondientes a clases lógicas, es decir, de forma abstracta".[310]

Una vez analizada la construcción de la categoría, es necesario abordar el problema del tratamiento de las diferentes categorías (lógicas) de iguales a partir del reconocimiento de un vínculo de *relevancia* entre la característica que identifica la categoría (percibir un salario) y el tratamiento jurídico (la obligación de pagar impuestos). Así, el análisis del juicio de relevancia se sitúa en el centro del problema de la arbitrariedad como discriminación: las leyes raciales, por ejemplo, se basan en *razones* prepotentes e injustificadas (odiosas y absurdas), cuya base es la afirmación de la relevancia del "origen étnico" —característica que ya puede ser criticada a nivel científico—[311] para ciertos tratamientos, como, entre otros, la prohibición de asumir cualquier cargo público.

El análisis de los nexos de relevancia permite reflexionar sobre una norma al tratar como analíticamente distintas la cuestión de "quiénes son los iguales" —relativa al momento de construcción de la categoría lógica y a los requisitos para pertenecer a un conjunto específico— y la de "cómo deben ser tratados por igual", lo que incluye el juicio de relevancia de las características para los tratamientos. Sin embargo, si tomamos el punto de vista del legislador, el procedimiento parece al revés; la construcción de cualquier categoría jurídica, de hecho, no puede ignorar los problemas que el derecho pretende resolver y las materias que pretende regular. Parece razonable pensar que en los códigos penales elaborados por el legislador se introducirá una categoría como la de "todos los ladrones", que considera el robo socialmente perjudicial, mientras que la de "todos los ladrones de manzanas", donde se cree que los robos de diferentes bienes deben ser tratado de otra manera. La cuestión de la "igualdad en qué" —en este caso en las penas relacionadas con el delito de

[310] Scarpelli, U., *op. cit.*, p. 618.

[311] Nótese obviamente que fueron precisamente las argumentaciones (pseudo) científicas contenidas en el *Manifiesto de la raza* las que se usaron como justificación y fundamento de las leyes raciales fascistas de 1938.

robo— precede pragmáticamente (al menos) a la cuestión de la "igualdad entre quién".

Desde esta perspectiva, el problema de la relevancia también adquiere importancia en el análisis de lo que podrían parecer, en una primera investigación, meros errores lógicos cometidos por el legislador al adscribir una clase de sujetos a una categoría más amplia. Quien crea, por ejemplo, que el requisito fundamental para la titularidad de los derechos políticos consiste, en una democracia, en el hecho de estar "sujetos a un sistema jurídico" que juzgará que no se incluya a los residentes que no tienen la condición de ciudadanos. Si, en efecto, se cree que sólo aquellos que tendrán que someterse a esas leyes deben votar por los representantes encargados de hacerlas, la categoría de electorado activo en la que existe una especie de "defecto de adscripción" simplemente parece mal construido: en el sentido de un error esencialmente lógico por falta de reconocimiento de la pertenencia de un sujeto a una categoría determinada, así como de una *especie* a un *género*. Lógicamente, este defecto puede ser excluyente (*por defecto*) —si se supone que el *género* "polígono" no incluye la *especie* "triángulo"— o inclusivo (*por exceso*) —si se supone que el *género* "polígono" incluye la *especie* "pirámide"—. Si tomamos el ejemplo de la categoría de "electorado activo" y el criterio según el cual quienes están sujetos a la ley deben formar parte de ella, la exclusión de los residentes sin ciudadanía se configura como un vicio de adscripción *por defecto* (únicamente) sobre la base del establecimiento de un vínculo de relevancia entre el derecho a votar y la sumisión al ordenamiento jurídico. Sólo bajo la misma condición podría darse el ejemplo de un vicio *por exceso* si los derechos políticos se extendieran a los ciudadanos residentes en el extranjero. La definición (explícita o implícita) de lo que debe entenderse como "electorado activo" y cuáles características contribuyen a su definición es, por tanto, una cuestión de decisión que se deja a la discreción del legislador.

Además, encontrar un vínculo de relevancia puede parecer un juicio de hecho. Es intuitivo, por ejemplo, que una ley que

prevé la exclusión de las mujeres de los derechos políticos se base en tesis refutables —aunque muy afortunadas en la historia del pensamiento y las instituciones políticas—, como el supuesto de que las diferencias de género influyen en la capacidad de tomar decisiones políticas. Pero no todos los casos son igualmente sencillos, puede suceder que las características (racionalmente) relevantes en una situación dada sean más de una y estén en conflicto entre sí. Consideremos el caso de la diferenciación jurídica entre adultos y menores en la posibilidad de estipular contratos, debido a la llamada "inmadurez" de los menores. El derecho suele recurrir a convenciones pragmáticamente útiles y compartidas, que al mismo tiempo son fácilmente cuestionables. Es posible argumentar que, a pesar de la falsabilidad de la generalización (el caso de un joven de dieciséis años que es más que "maduro"), existen igualmente "razones" suficientes para mantener esta diferencia de trato. Entre estas razones se encuentra la oportunidad pragmática de establecer un límite convencional como umbral para alcanzar la mayoría de edad. Así, basándose en la evidencia empírica de que un recién nacido no puede votar, resulta clara la necesidad de fijar un umbral de edad mínima por debajo de la cual se negarán derechos políticos a personas "aún no maduras", pero también es evidente con cuánta facilidad se puede encontrar menores capaces de articular argumentos políticos de una manera mucho más refinada que muchos votantes adultos. Asumiendo la característica *c* (ser maduro) como relevante en la situación jurídica *d* (goce de derechos políticos), el legislador está llamado a establecer una diferenciación de trato basada en alguna convención.

Obviamente, esto no significa que algunas diferencias de trato sean igualmente fáciles de reconocer como *discriminaciones arbitrarias*. Las mismas pruebas que se recuerdan en el caso de los menores, de hecho, no pueden encontrarse en el caso de la exclusión —bastante frecuente en la historia del derecho— de las mujeres o de los negros en los derechos políticos. En estos casos que (hoy) parecen fáciles de resolver, la *irrelevancia* puede demostrarse a partir de meras comprobaciones de hecho: la exclusión del voto de categorías enteras, como las mujeres o los esclavos,

por presunta inferioridad intelectual es un ejemplo de discriminaciones jurídicas basadas en supuestos que luego se revelaron como inaceptables para las ciencias naturales.

El problema de la *irrelevancia* surge, entonces, cuando se examinan las llamadas verdades estadísticas.[312] Como señala Flavio Baroncelli: "En ocasiones sucede que no sabes cómo responder a objeciones como esta: «Dices que los hombres son todos iguales, pero en Times Square a las dos de la madrugada si te encuentras con una multitud de jóvenes negros te pones nervioso». Lo cual es muy cierto".[313] Continúa Baroncelli:

> [E]l igualitario que intenta negarlo está destinado a la derrota en la discusión (o a creer que puede ganarla con exclamaciones escandalizadas) y, si es coherente, también tiene muchas posibilidades de que le roben; una vez robado, también le resulta fácil volverse racista. La cuestión es que debemos comprender plenamente la importancia del lugar y el tiempo: en Times Square a las dos de la madrugada es racional y nada inconsistente con el igualitarismo referirse a las estadísticas de criminalidad. Pero la cuestión es que las mismas estadísticas no tienen por qué decirme nada sobre mi vecino. El antirracista que desafía las estadísticas en Times Square a las dos de la madrugada y el racista que desprecia a un solo individuo basándose en estadísticas se encuentran en situaciones casi simétricas.[314]

El legislador se encuentra a menudo razonando sobre este tipo de "generalizaciones arbitrarias". Si nos fijamos en el "principio de ofensiva del derecho penal", consagrado en el artículo 49 del Código Penal italiano, encontraremos un buen ejemplo de argumento jurídico planteado para mostrar la *arbitrariedad* de algunos procedimientos de diferenciación jurídica. Si, de hecho, el derecho penal debe referirse sólo a las acciones realizadas por

312 Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili*…, *cit.*

313 Baroncelli, Flavio, *Il razzismo è una gaffe*…, *cit.*, p. 72.

314 *Idem.*

un individuo, cualquier norma que prevea el establecimiento del supuesto "todos los ladrones con ojos azules" violaría la prohibición de construir clases jurídicas que se refieran a la identidad de las personas, y no exclusicamente a las acciones cometidas en violación a la ley. El impacto histórico de la construcción de las llamadas "categorías sospechosas" muestra la importancia no solo teórica del ejemplo.

Una definición plausible de arbitrario como discriminatorio no parece en este momento capaz de ignorar el problema de las razones *particulares* asumidas para la formulación de juicios de relevancia que son de alguna manera injustificables, como *odiosos* —es decir, basados en meros intereses *particulares* y/o *absurdos*— en tanto que no son *generalizables*.

Sin embargo, muchas de las justificaciones sobre las que se basan los juicios de relevancia pertenecen a la esfera de los juicios de valor: en la base de una norma jurídica que excluye a los más pobres de los derechos políticos pueden estar las razones de quienes, para preservar sus privilegios, sostienen que el parlamento debería ser elegido exclusivamente por quienes pagan impuestos para asegurar un mayor desarrollo económico. Por "prepotente" que pueda parecer este razonamiento, parece difícil considerarlo pura y simplemente "injustificado". El problema de las opciones de valor propuestas de vez en cuando por el legislador para el reparto sólo puede llevarnos a ser cautelosos en la búsqueda de criterios últimos capaces de identificar las categorías jurídicas —y los tratamientos correspondientes— construidos "arbitrariamente".

El filósofo Bernard Williams escribió: "El principio según el cual los hombres deben ser tratados de manera diferente, en relación con su bienestar, simplemente en consideración de su color, no es un tipo particular de principio moral, sino (en todo caso) la expresión de una decisión completamente arbitraria; no menos que la de un nuevo Calígula que decidió condenar a muerte a todas las personas cuyo nombre tuviera tres «r»".[315]

---

[315] Williams, Bernard, *L'idea di eguaglianza*, (1973), trad. al italiano, en Carter, Ian (ed.), *L'idea di eguaglianza,* Milán, Feltrinelli, 2001, p. 26.

A pesar del atractivo retórico de este argumento, lo analizado hasta ahora arroja serias dudas sobre la posibilidad de desarrollar una teoría de la igualdad que establezca definitivamente un límite entre las "distinciones jurídicas" y la "discriminación arbitraria". Incluso dando crédito a lecturas teleológicas que trazan en la historia moderna un camino de la sociedad hacia la extensión de la igualdad entre sus miembros, no se pueden negar las innumerables contradicciones de este camino. Baste decir que el padre de los derechos fundamentales estadounidenses, Thomas Jefferson, que luchó para garantizar que las libertades de todos los ciudadanos estuvieran protegidas frente al Estado, era un esclavista convencido y un propietario de esclavos.

Se puede argumentar, esto es cierto, que la esclavitud (por ley), así como la nobleza por nacimiento, son instituciones premodernas, obsoletas, incluso bárbaras, y esto incluso independientemente de la existencia de un sentido común mayoritario que las rechace. De hecho, en la historia moderna se pueden encontrar "razones" (un ejemplo, sobre todo, la falsificación científica de teorías racistas y sexistas) y motivos ideales que acompañaron las batallas políticas en torno a reivindicaciones igualitarias. Sin embargo, sostener que la igualdad no necesita razones, y que sólo la desigualdad las necesita,[316] parece no tener en cuenta el hecho de que el "criterio inestable de similitud relevante"[317] varía, a menudo y profundamente, dependiendo de las opciones de valor generalizadas en un contexto histórico, social y político específico.

[316] Esta es la cita completa: "Se supone que la igualdad no necesita razones y que sólo la desigualdad las necesita; que la uniformidad, la regularidad, la semejanza, la simetría, la correlación funcional de determinadas características con los derechos correspondientes no necesitan una explicación especial, y que, en cambio, las diferencias, el carácter no sistemático de la conducta, la inconsistencia de la conducta requiere una explicación y, por regla general, una justificación". Berlin, Isaiah, *L'uguaglianza*, (1956), trad. al italiano, en Berlin, Isaiah, *Il fine della filosofia*, Turín, Comunità, 2002, p. 104.

[317] Hart, Herbert, *op. cit.*, p. 188.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026.c5

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".[318] 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*".[319]

El análisis de las teorías políticas inspiradas en la noción de razonabilidad, propuesto en el primer capítulo,[320] 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-

---

[318] Sala, Roberta, *op. cit.*, p. 4.

[319] Scaccia, Gino, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 23.

[320] Apartado V del primer capítulo.

var su alcance normativo.[321] 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.[322]

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 Cadí, entendida al modo weberiano—,[323] sino más generalmente a la "prudencia como *producción de normas*",[324] partiendo de casos particulares.

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

---

[321] 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.

[322] 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 (afitrmativas o negativas) y no (necesariamente) de las singulares, como resulta claro del ejemplo.

[323] Laporta, Francisco J., *op. cit.*, pp. 113 y ss.

[324] Bodei, Remo, "Fra prudenza e calcolo. Sui canoni delle decisioni 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,[325] Arendt desarrolla su teoría del juicio, muy discutida en el debate filosófico contemporáneo.[326] 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"—.[327] 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-

---

[325] Kant, Immanuel, *Critica della facoltà di giudizio*, *cit.*, cap. 40, p. 130; cap. 32, p. 120.

[326] 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, Giului 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.

[327] 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".[328] 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"[329] 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

[328] 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.

[329] 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, Scriptaweb, 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".[330]

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*,[331] 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 *cognitivistas* relacionadas desde un punto

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

331 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*)".[332]

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—[333] 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.[334] 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"[335] para una diferencia de trato,

[332] *BVerfGE* 1, 14 (52) II; trad. en Moscarini, Anna, *op. cit.*, p. 98, nota 39.

[333] 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, Noberto, "La natura delle cose", (1958), en Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridic*o, Milán, Comunità, 1965.

[334] Véase el capítulo tercero de este texto.

[335] 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[336] 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;[337] 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 arttículo 101,[338] 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.

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

337 Esposito precisa naturalmente que "las leyes de delegación, autorización o aprobación previstas por la Constitución (articulos 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.

338 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 interpretacion de las normas de rango constitucional.

las reglas de "discriminación positiva" capaces de restablecer la igualdad.[339]

La propia Corte, en la sentencia 3/1957, adopta una posicisión 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.[340]

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,[341] como se desprende del

---

[339] 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.

[340] 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 discresional 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.

[341] 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.[342]

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.[343] La aparición en el debate jurídico del tema de la "razonabilidad de la ley"[344] —aunque no

[342] 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.

[343] 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.

[344] 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—[345] coincidió con la evolución de la interpretación del principio de igualdad hacia un progresivo alejamiento de los supuestos sostenidos por Esposito.

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[346] 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.

345 Luther, Jörg, *op. cit.*, p. 342.

346 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.[347]

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".[348]

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*,[349] 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*[350] 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

347 Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 64/1961.

348 Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 126/1968.

349 163 U.S. 537.

350 347 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,[351] 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".[352]

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.[353] 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

---

[351] Bin, Roberto, "Ragionevolezza e divisione dei poteri", *Diritto e Questioni Pubbliche,* núm. 2, 2002, pp. 115 y ss.

[352] Gianformaggio, Letizia, *Analogia, in Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, Utet, 1987, vol. I, p. 325.

[353] Luigi Ferrajoli también volvió recientemente al tema de los límites del poder judicial, *cfr.* 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".[354]

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 cominicación 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.[355]

---

354 Esposito, Carlo, "La Corte Costituzionale come giudice della «non arbitrarietà» della legge", *Giurisprudenza Costituzionale,* 1962, p. 82. Las cursivas son mías.

355 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.[356] 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—[357] 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.[358] El término "equidad" corresponde al griego *epieikeia*, que hace referencia a

---

356 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/quiénes crees que somos, por el pelo que tenemos? *(Come potete giudicar, come potete condannar/chi vi crediate che noi siam, per i capelli che portiam?)*.

357 Véase el capítulo segundo de esta obra.

358 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, Giuffré, 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".[359] *Expieikon* 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 *éoika*, correspondiente al latín *videor*, que significa, literalmente, "soy similar", "me parezco", y también indica lo que es "conveniente".[360]

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

[359] En Plutarco (*Vita di Cesare*), por ejemplo, *Epieikeia* corresponde a la diosa romana de la clemencia.

[360] 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.[361]

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.[362]

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

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

362 Aristóteles, *Ética nicomaquea*, p. 1137b.

producidas por la insuficiencia del caso *particular* respecto de la norma *general*.[363]

La recepción latina del principio de equidad —la *aequitas* en la traducción ciceroniana—[364] 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*,[365] 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*).[366] En el

---

[363] 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.

[364] 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.

[365] Volterra, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano,* Roma, Edizioni Ricerche, 1961, p. 36.

[366] *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".[367]

La institución jurídica de la equidad[368] —la *aequitas* romana, justamente, pero también la *equity*[369] 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-

---

[367] Papiniano, *Digesto,* D.1.1.7.1.

[368] 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.

[369] 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 teoria 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".

madas en consideración "todas" las características específicas del caso concreto.[370]

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 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*[371] (*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".[372] 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 reasume el

370 Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio… cit.*, p. 50.

371 Corte Constitucional italiana, sentencia no. 421/1991.

372 Aristóteles, *Ética nicomaquea,* p. 1137b.

contraste sobre la naturaleza de las reglas y su aplicación.[373] 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.[374]

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,

---

[373] 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.

[374] 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".[375] 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".[376]

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",[377] 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".[378]

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.[379] Si bien no pretende resolver un dilema probablemente insoluble, la literatura sobre la razonabilidad del derecho es

---

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

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

377 Rodotà, Stefano, *op. cit*., p. 47.

378 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.

379 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*.[380]

Al abordar el problema de la tensión entre legalidad y equidad —entre el gobierno de *hierro* de la ley y el gobierno de *plomo* (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".[381] 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".[382] Esta expresión, acuñada en el contex-

[380] Una visión que Weber resume irónicamente al hablar de "la concepción del juez moderno como un autómata 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.

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

[382] 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[383] y luego difundida en el debate italiano, español y latinoamericano,[384] indica una corriente de pensamiento jurídico que tiene en común la crítica al positivismo jurídico,[385] 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.[386]

---

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

383 Pozzolo, Sussana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico,* Turín, Giappichelli, 2001; Barberis, Mauro "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", *Ragion pratica,* núm. 14, 2000.

384 Véase, entre otros, Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)*…, *cit.*; Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003; Barberis, Mauro, *Filosofia 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).

385 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.

386 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.*[387] 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"[388] pretendían frenar las "órdenes criminales de tiranos inhumanos"[389] 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*).[390]

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*

---

387 Véase el capítulo primero.

388 Radbruch, Gustav, "Ingiustizia legale e diritto sovralegale", (1946), trad. al italiano, en Conte, Amedeo Giovanni, *et al.* (eds.), *Filosofia del diritto*, Milán, Raffaello Cortina, 2002, p. 157.

389 *Ibidem,* p. 156.

390 *Ibidem*, p. 158.

*Law.*[391] 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… dícese de una persona que demuestra equilibrio, sensatez, moderación en sus peticiones o en sus juicios".[392] 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".[393] 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

---

391 Alexy, Robert, "The Reasonableness of Law", en Bongiovanni, Giorgio; Sartor, Giovanni y Valentini, Chiara (eds.), *op. cit.*.

392 *Devoto-Oli, Dizionario della lingua italiana,* Turín, Utet, 1997, p. 2541.

393 *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",[394] 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.[395] Conectándose con von Wrigth, Alexy recurre a una tercera oposición, esta vez más explícita: la racionalidad se predica de los *medios*, la razonabilidad de los *fines.*[396] 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*).[397] Obsérvese cómo aquí *right* se refiere explícitamente a una noción (presunta, pero asumida por él) de "corrección moral" en sí misma: el comportamiento *razonable* —lo que es bueno o malo para los seres huma-

394 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 7.

395 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.

396 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 5.

397 *Idem.*

nos— puede, según Alexy, obtenerse mediante criterios objetivos o, en cualquier caso, no subjetivos.[398]

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*)[399] entre valores morales o principios jurídicos, entre los cuales habría una correspondencia estructural.[400]

La ponderación sería un procedimiento no estrictamente deductivo[401] 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 *fines* 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*),[402] en el sentido de que cualquier regla implica una pretensión de justificación (*claim to justification*) basada en "razones".[403] Esto es algo equivalente a hablar del derecho en términos de "empresa racional". Es decir,

398 *Ibidem*, p. 13.

399 *Ibidem*, p. 8. Véase también Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione*, Bolonia, Il Mulino, 2011, pp. 149 y ss.

400 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.

401 Alexy, Robert, "The Reasonableness of Law", *cit.*, p. 13.

402 Alexy, Robert, *Concetto e validità del diritto*, *cit.*, p. 38.

403 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*»".[404] A pesar de eso, como es sabido, Alexy va más allá, apoyando la tesis de la necesaria conexión entre moral y derecho,[405] 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,[406] 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).[407] 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.[408]

En este sentido, la teoría de Alexy es similar a la de Ronald Dworkin,[409] quien dice que la actividad del intérprete sería "ga-

---

404 Gianformaggio, Letizia, "Valori giuridici fondamentali…, *cit.*, p. 97.

405 Alexy, Robert, "On Necessary Relation between Law and Morality", *Ratio Juris,* vol. 2, núm. 2, 1989.

406 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.

407 Alexy, Robert, *The Reasonableness of Law*, *cit.,* p. 6.

408 Alexy, Robert, "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", *Ars Interpretandi,* 2002.

409 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",[410] reconociendo el amplio margen de juicio necesario para quienes deben ponderar principios, costumbres y, no mejor definidos, "criterios de racionalidad, equidad y eficacia".[411] 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 confundiéndose 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*).[412]

Si bien los autores neoconstitucionalistas no subestiman las garantías ligadas a la certeza y a la igualdad ante la ley, propias del positivismo jurídico,[413] 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

---

410 Dworkin, Ronald, *L'impero del diritto*, (1986), trad. al italiano, Milán, Il saggiatore, 1989, p. 157.

411 Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*, *cit*., p. 63.

412 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.

413 Gustav Radbruch ("Ingiustizia legale e diritto sovralegale", *cit.*), por ejemplo, por un lado termina con adjudicarle la legitimidad del derecho nazista 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 habia 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*[414] 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".[415] 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",[416] 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.

---

414 Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 71.

415 Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*…, *cit.*, p. 269.

416 *Idem*.

Esta tesis parece enfrentarse tanto a los problemas y contradicciones típicos del cognitivismo 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.[417]

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".[418] 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".[419]

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

---

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

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

419 *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".[420] 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".[421] 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"[422] 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 avalutativa, así como de la técnica a cuyo servicio se pone. Lo que para uno es el diablo, para el otro es dios.[423]

---

420 Laporta, Francisco, *op. cit.*, pp.119 y ss.

421 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.

422 Schmitt, Carl, *La tirannia dei valori*, (1979), trad. al italiano, Milán, Adelphi, 2008, p. 50.

423 *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,[424] defendiendo los valores socialmente más difundidos a partir de las elecciones políticas del legislador, trae consigo peligrosos mecanismos de justificación de lo existente.[425] 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-

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

[425] 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.[426]

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".[427]

---

426 Bobbio, Norberto, "La teoria politica di Hobbes", (1980), en Bobbio, Noberto, *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi, 2004, p. 66.

427 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.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026.c6

## Capítulo quinto

# HÉROES, SABIOS, REFORMADORES. UNIVERSAL Y PARTICULAR

*Se uno è nazista, per esempio, posso dirgli che è diverso da me, e che mi fa orrore, e posso cercare di fargli vedere meglio le conseguenze delle sue azioni. Posso presentargli in modo suadente delle alternative, ma non posso fondatamente dirgli che è "irrazionale", mentre io sono "razionale" (anche perché a ben vedere un nazista colto lo prenderebbe probabilmente per un complimento, come segli si dicesse che è "antiborghese").*

Flavio Baroncelli[428]

Cuando se le pidió que indicara al "padre" de la democracia, Jean-Pierre Vernant no eligió ni a Teseo ni a Solón, sino a Clístenes,[429]

[428] "Si alguien es nazi, por ejemplo, puedo decirle que es diferente a mí, y eso me horroriza, y puedo intentar hacerle ver mejor las consecuencias de sus actos. Puedo presentarle alternativas de manera persuasiva, pero no puedo decirle correctamente que él es «irracional», mientras que yo soy «racional» (también porque, tras una inspección más cercana, un nazi educado probablemente lo tomaría como un cumplido, como si le dijeran que es «¿antiburgués»)". Baroncelli, Flavio, "Etica e razionalità. Un finto divorzio?", *cit.*, p. 131.

[429] Vernant, Jean-Pierre, *Tra mito e politica*, *cit.*, p. 103. Esta tesis es compartida por Morgen Hansen quien, retomando a Herodoto, sostiene: "La constitución de Atenas fue una *demokratia* desde las reformas de Clístenes del 507 hasta la

un *reformador* cuya acción política estableció la igualdad de los ciudadanos en una *polis* en la que "todas las decisiones se toman en común".[430] A diferencia del *héroe* Teseo —iniciador de un orden que, según Aristóteles, "difiere poco de un orden monárquico"—,[431] Clístenes estableció la *isonomía* (igualdad de derecho),[432] que Heródoto utiliza como sinónimo de democracia. De hecho, el prefijo *iso* recuerda alguna forma de igualdad, de regularidad, de la misma manera que hablamos de ello en matemáticas. A diferencia de las leyes de Solón —redactadas por el *nomothetes*[433] que representa al "gran legislador", una figura casi mítica que había hecho de un conjunto de facciones una comunidad política, gracias a su sabiduría y buena reputación—, las reformas de Clístenes fueron acompañadas por "nuevas formas de pensamiento, menos implicadas en creencias religiosas":[434]

> A la elaboración de un espacio más abstracto vinculado con la organización política, se le añade la creación de un tiempo cívico, donde se sitúa el calendario pritánico junto al calendario religioso. Organización política, espacio cívico, tiempo de la ciudad se miden y ordenan por números, según un sistema decimal

derrota en la guerra lamiaca del 322". Hansen, Mogens Herman, *op. cit.*, pp. 61 y ss. Sobre la figura de Clístenes, véase, entre otros, Levêque, Pierre y Vidal-Naquet, Pierre, *Clisthène l'Athénien: essai sur la représentation de l'espace et du temps dans la pensée politique grecque de la fine du VI siècle à la mort de Platon,* París, Les Belles Lettres, 1964.

430 Herodoto, *op. cit.*, p. 80.

431 Aristóteles, *Constitución de Atenas*, p. XLI.

432 Según Hansen, "isonomia no significa igualdad ante la ley, sino igual derecho para todos los ciudadanos a ejercer sus derechos políticos". Hansen, Mogens Herman, *op. cit.*, p. 485.

433 Entre los diversos atributos que la literatura ha reconocido en Solón, uno de los siete sabios, está también el de árbitro entre las facciones en guerra que encarna los ideales de "justa medida y equilibrio". Vernant, Jean-Pierre, *Tra mito e politica*, *cit.*, p. 101. Véase también Snell, Bruno (ed.), *I sette sapienti. Vite e opinioni*, (1971), trad. al italiano, Milán, Bompiani, 2005.

434 Vernant, Jean-Pierre, *Tra mito e politica, cit.*, p. 103.

que sustituye al cálculo duodecimal, aunque todavía anclado en la tradición.[435]

Al elegir a Clístenes, Vernant asocia el nacimiento de la "racionalidad occidental"[436] a la forma de organización antigua de la *polis*. La noción polisémica y esquiva de "racionalidad" está contenida en el núcleo semántico del término *ratio*, con el que Cicerón tradujo el griego *logos*, y que remite al despliegue discursivo del pensamiento, asimilado, en primer lugar, al *cálculo* en cuanto conexión entre "elementos", y a los "pasos" de un razonamiento. Mediante el establecimiento de reglas, que es la dirección principal de la filosofía práctica, tratamos de apretar y restringir lo contingente, lo irracional, lo particular, y, por tanto, los márgenes de la *arbitrio* de los gobernantes; incluso cuando se trata de "los muchos" de la teoría democrática antigua y moderna. La investigación y establecimiento de reglas está orientada a los intentos por imponer algún principio, norma, canon *universal*, bajo el cual se pueden reconducir los casos *particulares*. En esta acepción, "racionalidad" significa creación de un orden a través del cual la producción de reglas generales y *universales*: criterios y procedimientos con resultados predecibles, adoptados para "minimizar el riesgo de escuchar: «¿pero ¿qué te pasó por la mente?», y no poder responder más que a frases como «tenía ganas de hacerlo así», o: «así lo hacían nuestros viejos»".[437]

Los proyectos de convivencia que son, en un sentido amplio, "regulares" —y obviamente "reguladores"—, a menudo se legitiman también en virtud de las promesas de mayor libertad y mayor igualdad: libertad frente al capricho y la violencia de déspotas sin *reglas*, y la igualdad como revocación y superación de antiguos

435 *Idem.*

436 *Ibidem*, p. 78. Para posiciones consonantes, pero no idénticas, véase también Vidal-Naquet, Pierre, *Il cacciatore nero. Forme di pensiero e forme di articolazione sociale nel mondo greco antico*, (1981), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 2006, pp. 277 y ss.

437 Baroncelli, Flavio, "Etica e razionalità. Un finto divorzio?", *cit.*, p. 129.

privilegios consolidados gracias a, por ejemplo, normas más *regulares*, más claras y más ciertas.[438] El "mito" de la razón occidental se desarrolla junto con los intentos de idear formas de gobierno dotadas de una "racionalidad" intrínseca y de justificarlas como una afirmación de lo "universal":[439] reglas generales de un orden, cuya dirección axiológica tiende hacia una forma y un grado determinados de libertad e igualdad. En nuestro tiempo, la validez *erga omnes* de los derechos fundamentales es un buen ejemplo de la afirmación de la perspectiva normativa del paradigma universal: los derechos, de hecho, no son fundamentales porque estén fundamentados (o demostrados) de manera definitiva, sino más bien porque están atribuidos y garantizados a todos y no "caso por caso" o "clase por clase".

En este sentido, el establecimiento del calendario *pritánico* por parte de Clístenes,[440] en Atenas, destaca la relación entre los procesos de racionalización y los intentos de justificar nuevas formas de gobierno "más igualitarias", menos contaminadas por privilegios y discriminaciones sedimentadas en el tiempo y menos comprometidas con las estructuras de poder tradicionales. Lo mismo podría decirse del calendario *republicano* aprobado por la *Convention nationale* durante el período posterior a la Revolución francesa,[441] o de la versión *soviética* del calendario juliano

438 "No hay peor enemigo para una ciudad que un tirano. Cuando las leyes no están en primer lugar, un solo hombre tiene el poder, él mismo hace la ley para sí, no existe igualdad en absoluto. En cambio, cuando hay leyes escritas, los pobres y los ricos tienen los mismos derechos. Para el más debil es posible responder al poderoso cuando éste lo insulta, y el pequeño, si tiene razón, puede vencer al grande". (Eurípides, *Suplicantes*, 429-37).

439 De manera emblemática Hegel siempre indica "el Estado" como "lo universal".

440 Meritt, Benjamin D., *The Athenian Year, Berkeley*, University of California Press, 1961.

441 El tiempo racionalizado del calendario republicano es el equivalente al espacio racionalizado del *Rapport sur l'établissement des bases de la Représentation proporcionnelle* de Sieyes, en el que proponía dividir Francia en 80 cuadrantes iguales (*départements*), a su vez divididos en 9 cuadrados (*comunas*), divididos también en 9

introducida unos años después de la Revolución de octubre, que pretendía oponer el calendario *universal*, lo regular, lo ordinario-ordenado y lo cierto, frente a lo particular, lo excepcional, lo extraordinario y lo arbitrario.

Pero ¿la historia de las instituciones políticas está realmente marcada por una sucesión de calendarios, uno más "racional" que el otro? ¿Puede realmente considerarse el proceso reconstruido por Max Weber del "desencanto"[442] como superación y autosuperación de las diversas formas de racionalización, como el camino progresivo hacia la reducción definitiva de lo particular dentro de lo universal? En la culminación de muchos procesos, desde la *polis* hasta el derecho romano, desde las revoluciones científica, industrial y política hasta el Estado burocrático moderno, según algunos intérpretes, el "constitucionalismo de los derechos y de la democracia" representaría incluso el objetivo de este proceso de "racionalización" de las formas de convivencia. En el lado opuesto encontraríamos a los totalitarismos del siglo XX, monumentos del solo *arbitrio*, del permanente estado de excepción y de máxima discriminación, así como por estas razones, obstáculos y errores del progreso racional.

Para formular la pregunta es inevitable volver a reflexionar sobre el vínculo entre racionalidad y universalidad, en oposición a lo que hasta ahora se ha designado como la dimensión *particular* de la política. Weber ya señaló que la racionalización no coincide inevitablemente con la imposición de lo *universal*: argumentó, por ejemplo, que "la «objetividad» y la «especialización» no se identifican necesariamente con el dominio de la norma ge-

---

cantones. A propósito, véase Violante, Piero, *op. cit.*; Goldoni, Marco, *La dottrina costituzionale di Sieyès,* Firenze, Firenze University Press, 2009, p 88.

442 Al respecto, véase Schluchter, Wolfgang, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale: un'analisi della storia sociale di Max Weber*, (1979), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1987; Schluchter, Wolfgang, *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, (1980), trad. al italiano, Nápoles, Liguori, 1987, pp. 150 y ss.; D'Andrea, Dimitri, *L'incubo degli ultimi uomini. Etica e politica in Max Weber,* Roma, Carocci, 2005, pp. 161y ss.

neral y abstracta".[443] Además, al analizar los procesos de racionalización del aparato público, le pareció claro que las promesas de igualdad (al menos de igualdad formal) y de liberación del arbitrio de los detentadores de diferentes fuentes de poder no se cumplen automáticamente sin que se ponga en discusión la orientación "racional" de los propios dispositivos y aparatos.

Las obras recientes de Béatrice Hibou que dialogan con las posiciones de Weber —y las actualiza— destacan cómo el modelo de racionalidad que orienta los procesos regulatorios y de burocratización característicos de lo que se suele llamar era neoliberal, tiene implicaciones muy desiguales, al menos desde el punto de vista social. Según Hibou, frente a un orden hiperracional obsesionado con supuestas verdades *técnicas* —de la economía, pero también podría decirse, por ejemplo, de la neurociencia o del nutricionismo—[444] se producen efectos masivos de indiferen-

---

[443] Weber, Max, *op. cit.*, vol. II, p. 292. Lo mismo parece ser cierto para lo que Norbert Elias definió como el proceso de "civilización". El hecho de que "cada individuo se vea obligado a regular cada vez más su comportamiento, cada vez más diferenciado, más regular y más estable" significa que "el entrelazamiento de relaciones se vuelve tan complicado y vasto, la tensión impuesta por la necesidad de comportarse «correctamente» se vuelve tan fuerte que en el hombre, junto con un aparato de autocontrol consciente y un aparato de autocontrol que funciona a ciegas y automáticamente: este mecanismo crea, contra cada desviación del comportamiento habitual en la sociedad, una barrera de pesadas angustias". Elías, Norbert, *Potere e civiltà*, (1969), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1983, p. 303.

[444] "Antes, el autoritario decía: «si te pillo haciendo algo que a mi parecer es pecado, te castigo porque Dios me dio esta tarea». Hoy, el autoritario pasa por apelaciones al cálculo de la utilidad social. Una idea —para ser honesto— mucho menos clara que la de Dios, y que hoy es el camino principal para hacer creer a la gente que está permitido prohibir por ley o de otro modo sólo para desaconsejar o desalentar tal o cual otro comportamiento individual. Háganos caso. En todas partes se cantan odas al libre mercado y en todas partes los Estados siempre intervienen de manera más invasiva en la vida privada. ¿Dónde está el límite al derecho del Estado a intervenir en nuestros hábitos? Un día pronto la Nutella será clasificada como droga y será obligatorio hacer *jogging*. Y todo gracias a datos incontrovertibles". Baroncelli, Flavio, "Lo stile parascientifico è la retorica più efficace", (1995), en Baroncelli, Flavio, *Mi manda Platone,* Génova, Il Melangolo, 2009, p. 130.

cia social en virtud de los cuales nos vemos llevados a descuidar toda posible perspectiva valorativa de tipo universalista.[445]

La introducción de la regularidad, además de no siempre ir en la dirección correcta de igualdad, puede (incluso) ser el origen de estados de excepción que no son regulares en absoluto. Como señala Norbert Elias, la reforma del calendario juliano puede (también) interpretarse como un movimiento estratégico de César —para uso (también) del sector privado o *particular* del gobernante— para quitarle el "poder sobre el tiempo" al colegio sacerdotal que lo controlaba y lo anunciaba:

> Sin embargo, cuando Julio César asumió el poder, descubrió que el calendario romano había sido distorsionado. En la época de la Roma republicana, el control del tiempo y su anuncio eran, de hecho, prerrogativas de un colegio de sacerdotes encabezado por el *Pontifex maximus*. Sin embargo, el calendario no permaneció inmune a finales de la república, al ser uno de los reguladores de las relaciones sociales para los efectos de las luchas de poder. Los grupos interesados, al parecer, habían presionado a los sacerdotes para que alargaran o acortaran ciertos años. Las dificultades para correlacionar los fenómenos naturales y los fenómenos sociales, sumadas a las consecuencias de las luchas de poder, habían hecho que el calendario se volviera muy confuso. César, quien era en realidad un dictador, ordenó una reforma radical del calendario.[446]

Lejos de oponerse al mero *arbitrio* del estado de excepción permanente, la introducción —y en este caso la imposición— de la regularidad puede utilizarse para legitimar la transformación de una dictadura comisaria a una soberana. Las grandes novelas distópicas del siglo XX han tematizado ampliamente el problema

---

445 Hibou, Béatrice, *La bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, París, La Découverte, 2012; Hibou, Béatrice (ed.), *La bureaucratisation néolibérale*, París, La Découverte, 2013.

446 Elias, Norbert, *Saggio sul tempo*, (1984), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1986, p 227.

de la compresión de los espacios de libertad dentro de procedimientos estandarizados y regulares con resultados predecibles. El lema orwelliano "la libertad es esclavitud" ejemplifica muy bien la crítica a la hipertrofia del aparato burocrático, racional y despersonalizado puesto en marcha por las sociedades de control.[447]

La relación compleja y ambivalente de la regularidad con la igualdad y la libertad nos lleva entonces a cuestionar el problema de las relaciones entre universales y particulares. Esto es lo que hace Hegel al describir la aceleración de los procesos de racionalización, secularización y burocratización, propios de la modernidad:

> El pensamiento se había extendido por todo el universo, se había adherido a todo, lo había investigado todo, insertado en todo sus formas, reducido todo a un sistema, de modo que en cada campo había que proceder según sus determinaciones, no según un simple sentimiento, la costumbre o el sentido práctico, sino según la inmensa inconsciencia de los hombres llamados prácticos. Incluso en la teología, la política y la respectiva legislación, al determinar los fines del Estado, en las industrias, en la mecánica, siempre hay que proceder por disposiciones generales, es decir, racionalmente. Tan es así que incluso oímos hablar de cervecerías racionales, de fábricas de ladrillos racionales.[448]

---

[447] Nótese que el problema ya está tematizado —de forma menos catastrofista— en las proféticas páginas weberianas sobre la jaula de acero como destino de la modernidad; sigue siendo insuperable la imagen de los "últimos hombres" como "especialistas sin inteligencia, buscadores de placeres sin corazón". Weber, Max, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, (1904-05), trad. al italiano, en Weber, Max, *Sociologia delle religioni*, Turín, Utet, 2008, p. 332. Sobre este texto, véase D'Andrea, Dimitri, *op. cit.* No es posible reconstruir aquí las múltiples interpretaciones de la relación entre los totalitarismos del siglo XX y la hipertrofia del control burocrático-racional, entre los que destacan los de Arendt y la Escuela de Frankfurt. Al respecto, véase Forti, Simona, *Il totalitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

[448] Hegel, Georg W. F, *Lezioni di storia della filosofia*, (1832), trad. al italiano, Firenze, La Nuova Italia, 1967, vol. 3, p. 341. La revalorización de los "hombres prácticos" no es un tema nuevo ni siquiera en la modernidad. Según Kant, por

El "simple sentimiento" corresponde al paradigma de lo particular, el cual podría considerarse típico del *héroe* Teseo que sigue la inclinación natural y funda el orden en la sangre. Las "disposiciones generales" son más bien características del paradigma de lo universal que orienta la acción del *reformador* Clístenes, y le lleva a instituir la *isonomía*. Al *sabio* Solón, el *legislador* que soluciona las discordias entre las facciones y establece el "gobierno de las leyes", no le hace falta ninguna de estas características. A través de la oposición sugerida por Hegel entre "simple sentimiento" y "disposiciones generales" es posible tematizar el problema de la inverosimilitud de reducir completamente lo particular a lo universal sin incurrir en resultados paradójicos. La ambigüedad de la relación entre regularidad e igualdad, los riesgos para la libertad constituida por estructuras férreas de regulación y, más en general, la nunca completa reducibilidad de la *voluntas* a la *ratio*, representan entonces tres constataciones inevitables que llevan a reconsiderar la complejidad de los usos políticos de la oposición entre lo *universal* y lo *particular.*[449]

Al reconstruir la trama de las teorías sobre los límites y vínculos de la "política de lo particular", en este trabajo también se han analizado las aporías de tales visiones, tomando como parámetros tres conceptos "universales" de diversas maneras: *razón*, *ley* e *igualdad*. Se habló del poder *irracional* como poder *libre* de actuar, siguiendo únicamente su propio *arbitrio.*[450] El antiguo derecho natural y las modernas teorías iusracionalistas constituyen las principales respuestas contra los abusos del poder irracional,

---

ejemplo, "una vez que se perdió el significado original de sabiduría de vida perseguido metódicamente, el nombre de filosofía fue pronto reivindicado como un adorno del intelecto de pensadores fuera de lo común, para quienes representó una especie de revelación de un misterio". Kant, Immanuel, "D'un tono da signori assunto di recente in filosofia", (1796), trad. al italiano, en Kant, Immanuel, *Scritti sul criticismo*, Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 257.

[449] Ver, por ejemplo, Baccelli, Luca, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, Carocci, 1999.

[450] Capítulo primero.

caprichoso e inconstante. Pero la metaética cognitivista a la que necesariamente se inclinan, y que termina superponiendo la racionalidad a la justicia *moral*, corre el riesgo de conducir a resultados no menos despóticos que los que se querían evitar.[451]

El poder *ilegal* fue analizado, sobre todo, desde el punto de vista de desviaciones de la formación de leyes como normas generales y abstractas; en oposición a la particularidad y concreción de los decretos.[452] También en este caso surgió tanto la insuficiencia del criterio de forma para definir la no arbitrariedad de la decisión del gobernante ya sea la irreductibilidad de cualquier caso particular a la regla general —que dio origen a una interminable literatura sobre equidad—,[453] o como "bastón de la justicia para los casos concretos".[454]

El poder que *discrimina* fue, a su vez, definido a través del análisis del problema de la *relevancia* entre las connotaciones que caracterizan a determinada categoría (lógica y luego) jurídica, y el tratamiento correspondiente *en* la ley (que tiene forma general y abstracta).[455] La *arbitrariedad* de una norma que sólo prohíbe a las personas pelirrojas ocupar cargos públicos —aunque no es difícil mostrar ejemplos más realistas— no parece enteramente controlable mediante el uso de un criterio controvertido como es el de la *relevancia*, que difícilmente permite rastrear de manera perentoria la frontera entre "discriminación arbitraria" y "distinción legítima".[456]

Finalmente, se plantearon críticas a ciertas formas recientes de cognitivismo ético en el capítulo dedicado a las teorías neoconstitucionalistas de la "razonabilidad del derecho". En este capítulo se destacó la dificultad y los riesgos inherentes a la búsqueda de nuevas direcciones políticas tan "universalistas" que

451 Capítulo cuarto, apartado IV.

452 Capítulo segundo.

453 Capítulo cuarto, apartado III.

454 Perelman, Chaïm, *La giustizia*, *cit.*, p. 61.

455 Capítulo tercero.

456 Capítulo cuarto, apartado II.

pretenden eliminar cualquier posibilidad de arbitrariedad.[457] En resumen, incluso un obstinado defensor de lo universal no puede dejar de reconocer que lo particular tiene sus "razones", que en última instancia son irreductibles. Si lo *universal* es el paradigma de una igualdad progresiva a través de la "norma", el de lo *particular* es —incluso antes que el tipo de poder arbitrario que decide caso por caso— el modelo individualista radical, que quiere seres humanos (ante todo) libres (también) de volverse desiguales,[458] irregulares, diferentes. Libre albedrío, incluso antes que el poder arbitrario.

En el segundo episodio de la famosa trilogía cinematográfica *Matrix*, el arquitecto —representación comprensible para los humanos de la máquina demiúrgica que diseñó y programó el sistema de control total de *Matrix*— revela al protagonista que el programa sólo puede funcionar si se hace imperfecto mediante la inserción de un defecto en el sistema, que no es otra cosa que la posibilidad de elección, reconocida a algunos individuos: los únicos libres.[459] En *Matrix*, la libertad es necesaria para hacer posible al sistema, porque sin ella —es decir, sin lo particular, lo incontenible, lo contingente— el programa perfectamente racional no sería creíble y, por tanto, eficaz: "La primera Matrix que diseñé fue absolutamente perfecta: una obra de arte, impecable, sublime. Un triunfo sólo igualado por su monumental fracaso. Ahora me resulta evidente la inevitabilidad de su destino, como consecuencia de la imperfección intrínseca del ser humano".

Aún así. El espíritu (y espero que la letra) de este trabajo sigue siendo sospechoso y hostil hacia la "política de lo particular"

---

457 Capítulo cuarto.

458 De este contraste se derivan, al menos en parte, las críticas hegelianas a las aporías del modelo contractualista, en el que la "voluntad general" es a la vez "voluntad común" y "voluntad universal-racional"; al respecto, véase Preterossi, Geminello, *La politica negata*, *cit.*, p. 42 y ss.

459 Esta reflexión siguió a una discusión con Camilla Emmenegger, Francesco Gallino, Daniele Gorgone y Stéphane Haber, al margen del Primer Seminario Teórico Ítalo-Francés Crítica, celebrado en Turín en septiembre de 2013.

y favorable a la "política de lo universal". Las decisiones políticas sólo pueden ser tomadas por seres humanos, y esto implica márgenes de arbitrio que ninguna ley general o regla racional puede comprimir hasta el punto de anularlos. Sin embargo, los *valores* se derivan (cada vez más) a menudo del *hecho* de la imposibilidad de reducir completamente lo particular a lo universal, según el esquema más clásico de la falacia naturalista. Es un *hecho* que la progresiva ampliación de los derechos fundamentales y sus garantías es un proceso complejo y nunca exento de sombras. Es un *hecho* que estas garantías son, y sólo pueden ser, siempre el resultado de batallas políticas y no de manifestaciones racionales. Estos *hechos*, sin embargo, no debilitan las razones para la defensa del paradigma universal, entendido como una barrera a las decisiones tomadas caso por caso por el gobernante sin límites y sin restricciones, incluso si se admiten y conceden todas las advertencias ilustradas anteriormente.

Para comprender la fortuna de las razones de lo particular en las últimas décadas, es emblemático el ejemplo de la llamada "guerra contra el terrorismo". Los partidarios de las más diversas suspensiones de los derechos fundamentales en nombre de la seguridad en Estados Unidos, primero por Bush y luego por Obama, han acusado a los defensores del Estado de derecho de "legalismo liberal".[460] Los *legalistas liberales* son aquellos que defienden las libertades fundamentales y los principios básicos del garantismo penal, acusados de idealistas impotentes ante la amenaza terrorista,[461] pero ¿qué es este tema sino una actualiza-

[460] Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts,* Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 216 y ss.; Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic,* Nueva York, Oxford University Press, 2010.

[461] Un apologista particularmente inescrupuloso de estas posiciones argumentó, en tono entusiasta, que "la nuestra es la era postliberal en la que el poder del ejecutivo prevalece sobre el marco de reglas que debería contenerlo, en la que el presidente decisor prevalece sobre la *rule of law*… Frente a la amenaza del terrorismo, la democracia estadounidense ha ido más allá de los límites del

ción de las razones de los partidarios, antiguos y modernos, de la "política de lo particular"? Las posiciones de quienes defienden la representación *universal* de las reglas del Estado de derecho han sido criticadas mediante argumentos típicos de la defensa del *gobierno de los hombres*: que sería más eficaz *que la ley* para afrontar la emergencia, precisamente porque la emergencia vive de la contingencia, de la excepcionalidad, de la *particularidad*.

Aunque pueda parecer históricamente inapropiado, fácilmente se podría establecer un paralelo entre las críticas vertidas al llamado "legalismo liberal" y otras muy similares tildadas de "normativismo judío"[462] en la época del nazismo. El paradigma de lo universal —el gobierno *regular* de normas generales y abstractas— y el paradigma de lo particular —el gobierno *libre* de decidir caso por caso— son, en sí mismos, en su respectivo estatus conceptual, dos modelos teóricos alternativos, aunque en la práctica política siempre se confunden y se superponen. Quienes defienden lo *universal* se verán llevados a tener una concepción pesimista del poder y querrán siempre que éste sea lo más limitado, constreñido y regulado posible. Quienes están del lado de lo *particular* preferirán un poder más libre —incluso uno que abuse de sus propias prerrogativas—, pero por esta razón (se dice) es más eficiente.

No es difícil identificar cuál de los dos modelos ha tenido mayor éxito en estos años. Cuando Barack Obama logró imponer su plan de reforma sanitaria, fue acusado de haber abierto una brecha en el sistema de libertades estadounidense que habría llevado al Estado a imponer todo tipo de obligaciones de gasto a los ciudadanos. Al comportarse un poco como el *reformador* Clístenes, extendiendo el derecho a la salud a todos los ciudadanos, Obama vivió una espeie imaginativa de ridículo, el cual circuló durante los meses en que la reforma fue examinada por el Tribu-

legalismo liberal al conferir poderes especiales a su presidente en calidad de jefe". Regazzoni, Simone, *op. cit.*, p. 75.

462 Fraenkel, Ernest, *Il doppio stato...*, *cit.*, p. 180.

nal Supremo estadounidense: según algunos comentaristas, si la Corte hubiera declarado la constitucionalidad de la reforma de Obama, habría reconocido como constitucional una ley hipotética que pretendía imponer la compra obligatoria de brócoli.[463] Al contrario, Obama recibió un aplauso (casi) unánime cuando declaró la ejecución de Bin Laden como un acto de *justicia* (sin "debido proceso"). Sin embargo, ¿no sería más correcto hablar de *venganza*?[464] Todos aclamaron al presidente que se había comportado casi como el héroe Teseo quien, eligiendo el *garrote* como arma, mató a Sinis "de la misma manera en que [éste le] había quitado la vida a muchas personas".[465]

[463] Sobre la llamada "Analogía del brócoli" y sobre el resultado de la controversia ante la Corte que vio una victoria parcial para la administración Obama, véase Froomkin, Dan, "The «Broccoli Horrible»: Obama Loses the Broccoli Battle, But Wins the War", *HuffPost*, 28 de junio de 2012.

[464] Sobre la relación entre venganza y justicia, véase Miller, Wlliam I., *Occhio per occhio*, (2007), trad. al italiano, Turín, Utet, 2008; Ost, François, *op. cit.*, p. 125 y ss.

[465] Plutarco, *op. cit.*, 8, 2.

Libro completo en https://tinyurl.com/hhr944n
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075876856e.2026

# BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicola, *Dizionario di filosofia*, Turín, Utet, 1998.

ABENSOUR, Miguel, *Hannah Arendt contro la filosofia politica?*, (2006), trad. al italiano, Milán, Jaca Book, 2010.

ABOSCH, Yishaiya, "An Exceptional Power: Equity in Thomas Hobbes's Dialogue on the Common Law", *Political Research Quarterly*, vol. 20, núm. 10, 2012.

ACKERMAN, Bruce, *La costituzione di emergenza,* trad. al italiano, Roma, Meltemi, 2005.

ACKERMAN, Bruce, *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale,* trad. al italiano, Milán, Vita e Pensiero, 2008.

ACKERMAN, Bruce, *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, (2010), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2012.

AINIS, M., "Azioni positive e principio di eguaglianza", *Giurisprudenza costituzionale,* 1992.

ALEXY, Robert, "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", *Ars Interpretandi,* 2002.

ALEXY, Robert, "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 3, 1996.

ALEXY, Robert, "On Necessary Relation between Law and Morality", *Ratio Juris,* vol. 2, núm. 2, 1989.

ALEXY, Robert, "The Reasonableness of Law", en BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni y VALENTINI, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law,* Dordrecht, Springer, 2009.

ALEXY, Robert, *Concetto e validità del diritto*, (1992), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1997.

ALLEN, Carleton Kemp, *Aspects of Justice*, Londres, Stevens, 1958.
ARENDT, Hannah, *Le origini del totalitarismo* (1951), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2004.
ARENDT, Hannah, *Pensiero e riflessioni morali*, (1971), trad. al italiano como *La disobbedienza civile ed altri saggi,* Milán, Giuffrè, 1985.
ARENDT, Hannah, *Teoria del giudizio politico. Lezioni sulla filosofia politica di Kant*, (1982), trad. al italiano, Génova, Il Melangolo, 1990.
ARENDT, Hannah, *Verità e politica*, (1968), trad. al italiano, Turín, Bollati Boringhieri, 1995.
ARISTÓTELES, *Analitici primi*, trad. al iatliano, en *Organon*, Milán, Adelphi, 2003.
ARISTÓTELES, *Etica nicomachea*, trad. al talinao, Milán, Rizzoli, 1998.
ARISTÓTELES, *Politica e Costituzione d'Atene,* trad. al italiano, Turín, Utet, 1992.
ARISTÓTELES, *Retorica*, trad. al italiano, Turín, Utet, 2006.
ATIENZA, Manuel, "Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero"*, Analisi e Diritto*, 2010.
ATIENZA, Manuel, "Para una razonable definición de «razonable»", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 4, 2007.
ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
AZZONI, Giampaolo M., *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Turín, Franco Angeli, 1991.
BACCELLI, Luca, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, Carocci, 1999.
BALLESTRERO, Maria V., "Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Un breve resoconto della sentenza"*, Lavoro e Diritto*, 1988.
BARBERIS, Mauro "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", *Ragion pratica,* núm. 14, 2000.
BARBERIS, Mauro, "Equità", *Il Mulino*, núm. 2, 1986.
BARBERIS, Mauro, "Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo dei valori"*, Teoria Politica,* año II, 2012.

BARBERIS, Mauro, "Tutta un'altra storia. *Equity*, diritto e letteratura", *Etica e Politica*, vol. 10, núm. 1, 2008.

BARBERIS, Mauro, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica,* Turín, Giappichelli, 2008.

BARBERIS, Mauro, *L'Europa del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2008.

BARISIONE, Mauro, *Comunicazione e società*, Bolonia, Il Mulino, 2009.

BARON, Hans, *La crisi del primo Rinascimento italiano: umanesimo civile e libertà repubblicana in un'età di classicismo e di tirannide*, (1955), trad. al italiano, Firenze, Sansoni, 1970.

BARONCELLI, Flavio, "Etica e razionalità. Un finto divorzio?", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 27, núm. 1, 1997.

BARONCELLI, Flavio, "Lo stile parascientifico è la retorica più efficace", (1995), en Baroncelli, Flavio, *Mi manda Platone,* Génova, Il Melangolo, 2009.

BARONCELLI, Flavio, "Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane", *Diario*, 26 de noviembre de 2004.

BARONCELLI, Flavio, *Il razzismo è una gaffe. Eccessi e virtù del "politically correct"*, Roma, Donzelli, 1996.

BASSO, Luca "Unità e pluralità nel pensiero politico di Leibniz", en RUOCCO, Gionvanni y SCUCCIMARRA, Luca (eds.), *Il governo del popolo*, Roma, Viella, 2011, vol. 1.

BAYART, Jean-François, *Le gouvernement du monde. Une critique politique de la globalisation*, París, Fayard, 2004.

BAYLE, Pierre, *Pensieri sulla cometa*, (1683), Roma-Bari, Laterza, 1995.

BAZZICALUPO, L., *Il Kant di Hannah Arendt,* en CHIODI, Giului M.; GATTI, Roberto y MARINI, Giuliano (eds.), *La filosofia politica di Kant,* Milán, Franco Angeli, 2008.

BEARZOT, Cinzia, *La giustizia nella Grecia antica,* Roma, Carocci, 2008.

BEETHAM, David, *The Legitimation of Power*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1991.

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.

BENVENISTE, Émile, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1976, vol. 2.

BERLIN, Isaiah, *L'uguaglianza*, (1956), trad. al italiano, en BERLIN, Isaiah, *Il fine della filosofia*, Turín, Comunità, 2002.

BERNSTEIN, Richard, *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno*, (1991), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 1994.

BERNSTEIN, Richard, *The Abuse of Evil. The Corruption of Politics and Religion since 9/11*, Cambridge, Polity, 2005.

BESSON, Samantha, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law,* Portland, Hart, 2005.

BEVIR, Mark, "Governance and Governmentality after Neoliberalism", *Policy & Politics*, vol. 39, núm. 4, 2011.

BEVIR, Mark, "Rethinking Governmentality: Towards Genealogies of Governance", *European Journal of Social Theory*, vol. 13, núm. 4, 2010.

BIN, Roberto, "Ragionevolezza e divisione dei poteri", *Diritto e Questioni Pubbliche,* núm. 2, 2002.

BIX, Brian, "Will versus Reason: Truth in Natural Law", en PRITZL, Kurt (ed.), *Positive Law, and Legal Theory Truth: Studies of a Robust Presence*, Washington D. C., Catholic University of America Press, 2009.

BLACKSTONE, W. T., "On the Meaning and Justification of the Principle of Equality", *Ethics*, vol. 77, núm. 4, 1967.

BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo, *Società e Stato da Hobbes a Marx*, Turín, Clut, 1973.

Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico,* Turín, Giappichelli, 1994.

BOBBIO, Norberto, "Diritto e ragione", (1987), en BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994.

BOBBIO, Norberto, "*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Turín, Comunità, 1965.

BOBBIO, Norberto, "Governo delle leggi o governo degli uomini?", (1983), en BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1991.

BOBBIO, Norberto, "I limiti della ragione", *La Stampa*, 11 de agosto de 1991.

BOBBIO, Norberto, "Introduzione", en FRAENKEL, Ernst, *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura (1941)*, trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1983.

BOBBIO, Noberto, "La natura delle cose", (1958), en BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridic*o, Milán, Comunità, 1965.

BOBBIO, Norberto, "La teoria politica di Hobbes", (1980), en BOBBIO, Noberto, *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi, 2004.

BOBBIO, Norberto, "Legalità", en BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco (eds.), *Dizionario di politica*, Turín, Utet, 2004.

BOBBIO, Norberto, "Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes", (1954), en BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi, 2004.

BOBBIO, Norberto, "Max Weber e Hans Kelsen", (1981), en BOBBIO, Norberto, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1992.

BOBBIO, Norberto, "Norma giuridica", (1964), en Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994.

BOBBIO, Norberto, *Eguaglianza e libertà,* Turín, Einaudi, 1995.

BOBBIO, Norberto, *Stato, governo e società*, Turín, Einaudi, 1995.

BOBBIO, Norberto, *Teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993.

BODEI, Remo, "Fra prudenza e calcolo. Sui canoni delle decisioni razionali", en BOVERO, Michelangelo (ed.), *Ricerche politiche 2,* Milán, Il Saggiatore, 1973.

BODEI, Remo, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, (1991), Milán, Feltrinelli, 2007.

BODEI, Remo, *Ordo amoris. Conflitti terreni e felicità celeste,* (1991), Bolonia, Il Mulino, 2005.

BODIN, Jean, *I sei libri dello Stato*, (1576), trad. al italiano, Turín, Utet, 1988, vol. VI.

BONDUELLE, Matthieu *et al.*, *Contre l'arbitraire du pouvoir. 12 propositions*, París, La fábrique, 2012.

BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni y VALENTINI, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law,* Dordrecht, Springer, 2009.

BONINO, Guido, *Universali e particolari*, Bolonia, Il Mulino, 2008.

BONO, Irene, "Comment devenir employable? Certifier l'exclusion, l'indifférence et la stigmatisation sur le marché du travail au Maroc", en HIBOU, Béatrice (ed.), *La bureaucratisation néolibérale*, París, La Découverte, 2013.

BONO, Irene, "Oltre la «mala Protezione Civile», l'emergenza come stile di governo", *Meridiana*, vol. 65, 2010.

BONO, Irene, *In nome della società civile. Un caso di sviluppo partecipato in Marocco*, Milán, Guerini, 2010.

BOUVIER, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

BOVERO, Michelangelo, "Diritti e democrazia costituzionale", en FERRAJOLI, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

BOVERO, Michelangelo, "Il potere, i poteri", en BOVERO, Michelangelo y PAZÉ, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013.

BOVERO, Michelangelo, "La natura della politica. Potere, forza, legittimità", *Teoria Politica*, vol. 13, núm. 3, 1997.

BOVERO, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia,* Roma-Bari, Laterza, 2000.

BUCCI, Onorato, *Il principio di equità nella storia del diritto,* Nápoles, Editoriale Scientifica, 2000.

BULYGIN, Eugenio, Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 2, 2000.

BURCHELL, Graham; GORDON, Colin y MILLER, Peter (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 2001.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003.

CARCATERRA, Gaetano, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milán, Giuffrè, 1969.

CARLONI, Stefano, "Una stella nel crepuscolo. Gli scritti weimariani di Ernst Fraenkel", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 79, núm. 3, 2002.

CARPI, Daniela, *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment,* Heidelberg, Winter, 2007.

CATTANEO, Fabrizio, *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, Turín, Giappichelli, 2013.

CEDRONI, Lorella, "Rappresentanza, potere, quote. Una questione ancora aperta", en SIMONE, Anna (ed.), *Sessismo democratico. L'uso strumentale delle donne nel neo-liberismo,* Milán, Mimesis, 2012.

CELANO, Bruno, "Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico, *Ragion Pratica*, vol. 1, 2006.

CELANO, Bruno, "Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?", *Ragion Pratica*, vol. 2, 2005.

CELANO, Bruno, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume,* Turín, Giappichelli, 1994.

CERRI, Augusto, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* Milán, Giuffré, 1976.

CERRI, Augusto, *L'eguaglianza,* Roma-Bari, Laterza, 2005.

CERRI, Augusto, voz "Eguaglianza" (principio costituzionale di), en *Enciclopedia giuridica Treccani,* vol. 32, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994.

CERUTTI, Simona, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime,* Milán, Feltrinelli, 2003.

CHIODI, Giulio M., *Equità: la categoria regolativa del diritto,* Nápoles, Guida, 1989.

CHIODI, Giulio M., *Equità: la regola costitutiva del diritto,* Turín, Giappichelli, 2000.

CHRISTODOULIDIS, Emilios A., "The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular, *Law and Philosophy*, vol. 18, núm. 3, 1999.

CHRISTODOULIDIS, Emilios, "The Degenerative Constitutional Moment: Bruce Ackerman and The Decline and Fall of the American Republic", *The Modern Law Review*, vol. 74, núm. 6, 2011.

CICERÓN, *De legibus*, trad. al italiano, Turín, Utet, 1974.

CICERÓN, *De officiis,* trad. al italiano, Turín, Utet, 1974.

CICERÓN, *De oratore,* trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 1994.

CIPOLLA, Carlo Maria, *Allegro ma non troppo*, Bolonia, Il Mulino, 1988.

CIULEI, Georges, *L'équité chez Ciceron,* Amsterdam, Hakkert, 1972.

COMANDUCCI, Paolo "«Uguaglianza»: una proposta neo-illuminista", *Analisi e Diritto,* 1992.

COMANDUCCI, Paolo, "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica", en MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali,* Turín, Giappichelli, 2002.

COMANDUCCI, Paolo, "Il principio di eguaglianza", en BOVERO, Michelangelo y PAZÉ, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013.

CONTE, Amedeo G., "Materiali per una tipologia delle regole", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 15, 1985.

*Corte Constitucional y principio de igualdad. Actas de la conferencia en memoria de Livio Paldin,* Padova, Cedam, 2002.

COSTA, Pietro, "El Estado de derecho: una introducción histórica", en COSTA, Pietro y ZOLO, Danilo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, Feltrinelli, 2003.

CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale,* vol. I "Introduzione al diritto costituzionale italinao", Padova, Cedam, 1970.

CROZIER, Michel; HUNTINGTON, Samuel P. y WATANUKI, Joji, *La crisi della democrazia. Rapporto della Commissione trilaterale (1975),* Milán, Franco Angeli, 1977.

CUONO, Massimo, "Assoluto ma non arbitrario? Potere legittimo e leggi di natura in Hobbes", *Materiali per Una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 43, núm. 1, 2013.

CUONO, Massimo, "Bureaucratiser l'inégal, l'extraordinaire, le particulier. Paternalisme et dépolitisation à l'époque néolib-

érale", en HIBOU, Béatrice (ed.), *La bureaucratisation néolibérale*, París, La Découverte, 2013.

CUONO, Massimo, "Italians Do It Better? How Governability Challenged Representation in Italy's Electoral Debates (1946-2012)", *Representation*, vol. 48, núm. 2, 2012.

CUONO, Massimo, "La rappresentanza democratica alla prova di governabilità e governance", *Fenomenologia e Società*, vol. 34, núm. 1, 2013.

CUONO, Massimo, "Quel governatore celere e prossimo. Governabilità e federalismo nel sistema elettorale regionale", en VITALE, Ermanno, (ed.), *Quale federalismo*, Turín, Giappichelli, 2011.

D'AGOSTINO, Francesco, *Dimensioni dell'equità,* Turín, Giappichelli, 1977.

D'AGOSTINO, Francesco, *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milán, Giuffrè, 1973.

D'ANDREA, Dimitri, *L'incubo degli ultimi uomini. Etica e politica in Max Weber,* Roma, Carocci, 2005.

D'ANDREA, Luigi, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale,* Milán, Giuffrè, 2000.

D'AVACK, Lorenzo, y RICCOBONO, Francesco, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti,* Nápoles, Guida, 2004.

DAHRENDORF, Ralf, *Después de la democracia. Entrevista a cargo de Antonio Polito*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

DANCY, Jonathan, *Ethics without Principles*, Oxford, Clarendon, 2004.

DE BRACTON, Henry, *De legibus et consuetudinibus Angliae,* Cambridge, Harvard University Press, 1968, t. II.

DE FIORES, Claudio, "Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia", en DE FIORES, Claudio (ed.), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Turín, Giappichelli, 2007.

DE GIORGI, A., "Arbitrio", en FLORIDI, Luciano y TERRAVECCHIA, Gian Paolo, (eds.), *Le parole della filosofia contemporanea*, Roma, Carocci, 2009.

DE LEONARDIS, Ota, *In un diverso welfare. Sogni e incubi*, Milán, Feltrinelli, 2002.

DE RUGGIERO, Guido, *Storia della filosofia. Rinascimento, riforma, controriforma*, Bari, Laterza, 1947, t. II.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality", en DE SOUSA SANTOS, Boaventura y RODRIGUEZ-GARAVITO, César A. (eds.), *Law and Globalization from Below,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

DEUTSCHER, Max, *Judgment After Arendt,* Burlington, Ashgate, 2007.

DI GIOVINE, Alfonso y MASTROMARINO, Anna (eds.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Turín, Giappichelli, 2007.

DI PALMA, Giuseppe, *Viaggio nelle modernità. Rischio sociale e solidarietà dall'assolutismo al neoliberalismo e oltre*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011.

DIDEROT, Denis, "Confutazioni di Helvétius", (1773-78), trad. al italiano, en DIDEROT, Denis, *Scritti politici con le "voci" politiche dell'Encyclopédie*, Turín, Utet, 1967.

DIDEROT, Denis, "Tiranno", (1751-72), trad. al italiano, en DIDEROT, Denis, *Scritti politici con le "voci" politiche dell'Encyclopédie,* Turín, Utet, 1967.

DOGLIANI, Mario *et al*., "Neo-costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?", *Teoria Politica*, año 1, 2011.

DOGLIANI, Mario, "Articolo 3. Il principio di eguaglianza", en NEPPI MODONA, Guido (ed.), *Stato della Costituzione,* Milán, Il Saggiatore, 1995.

DUBY, Georges, *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, (1978), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1980.

DUMÉZIL, Georges, *Mito e epopea. La terra alleviata. L'ideologia delle tre funzioni nelle epopee dei popoli indoeuropei*, (1968), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1982.

DUMÉZIL, Georges, *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, París, Gallimard, 1948.

DUNS SCOTO, Giovanni, *Il principio di individuazione*, Bolonia, Il Mulino, 2011.

DWORKIN, Ronald, *A Reply by Ronald Dworkin, in M. Cohen, Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, Rowman & Allanheld, 1984.

DWORKIN, Ronald, *I diritti presi sul serio*, (1977), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2010.

DWORKIN, Ronald, *L'impero del diritto*, (1986), trad. al italiano, Milán, Il saggiatore, 1989.

ELÍAS, Norbert, *Potere e civiltà*, (1969), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1983.

ELIAS, Norbert, *Saggio sul tempo*, (1984), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1986.

ESPOSITO, Carlo, "Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana", en Esposito, Carlo, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1953.

ESPOSITO, Carlo, "L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 3, núm. 3-4, 1958.

ESPOSITO, Carlo, "La Corte Costituzionale come giudice della 'non arbitrarietà' della legge", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962.

ESTLUND, David, "The Insularity of the Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit the Truth", *Ethics*, vol. 118, núm. 2, 1998.

FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale, "The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers", *I.con*, vol. 2, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, "Il potere giudiziario nel sistema delle garanzie", en BOVERO, Michelangelo y PAZÉ, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, "La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza", *Democrazia e Diritto*, vol. 2, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. II.

FERRARA, Alessandro, *Autenticità riflessiva. Il progetto della modernità dopo la svolta linguistica*, Milán, Feltrinelli, 1998.

FERRARA, Alessandro, *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

FERRARA, Alessandro, *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Milán, Feltrinelli, 2009.

FERRARESE, Maria Rozaría, *La governance fra politica e diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2010.

FINAN, Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act. A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon, 2007.

FINLEY, Moses I., *La democrazia degli antichi e dei moderni*, (1973), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1973.

FORSTER, Michael N., *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

FORTI, Simona, "Hannah Arendt e la facoltà di giudicare: considerazioni su un'eredità contesa", *Teoria Politica,* vol. 8, núm. 3, 1992.

FORTI, Simona, *Il totalitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

FOUCAULT, Michel, *Nascita della biopolitica*, Corso al Collège de France (1978-79), Milán, Feltrinelli, 2005.

FRAENKEL, Ernst, "Zur Soziologie der Klassenjustiz", (1927), en FRAENKEL, Ernst, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

FRAENKEL, Ernst, *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura (1941),* trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1983.

FRANCE, Anatole, *Gli dei hanno sete*, (1912), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1975.

FRANKENA, William K., *Etica. Un'introduzione alla filosofia morale*, (1973), trad. al italiano, Turín, Comunità, 1996.

FRASER, Nancy, "Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione", en FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *Redistribuzione o riconoscimento?*

*Una controversia politica*, (2003), trad. al italiano, Roma, Melteni, 2007.

FROOMKIN, Dan, "The «Broccoli Horrible»: Obama Loses the Broccoli Battle, But Wins the War", *HuffPost*, 28 de junio de 2012.

GALLI, Carlo, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1996.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos,* Madrid, Trotta, 2009.

GAUDIN, Jean-Pierre, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, París, Presses de Science Po, 1999.

GHERA, Federico, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario,* Padova, Cedam, 2003.

GIANFORMAGGIO, Letizia, "Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?", (1992), en GIANFORMAGGIO, Letizia, *Filosofia e critica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995.

GIANFORMAGGIO, Letizia, "Valori giuridici fondamentali: eguaglianza, tolleranza, identità", (1993), en GIANFORMAGGIO, Letizia, *Filosofia e critica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995.

GIANFORMAGGIO, Letizia, *Analogia, in Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, Utet, 1987, vol. I.

GIARRIZZO, Giuseppe, "Aequitas e prudentia: storia di un topos vichiano", *Bollettino del Centro Studi Vichiani*, núm. 7, 1997.

GIORGIS, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti dell'eguaglianza sostanziale,* Nápoles, Jovene, 1999.

GOLDONI, Marco, *La dottrina costituzionale di Sieyès,* Firenze, Firenze University Press, 2009.

GOMETZ, Gianmarco, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, Ets, 2008.

GRACIA, Jorge J. E. (ed.), *Individuation in Scholasticism: The Later Middle Ages and the Counter Reformation (1150-1650)*, Albany, University of New York Press, 1994.

GREPPI, Andrea, "Ideologías constitucionales y globalización económica", *Teoria Politica*", año I, 2011.

GREPPI, Andrea, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012.

GROSS, Oren, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

GUASTINI, Riccardo, "A proposito di neo-costituzionalismo", *Teoria Politica*, vol. I, 2011.

GUASTINI, Riccardo, "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", en BESSONE, Mario (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Turín, Giappichelli, 2002.

GUASTINI, Riccardo, "Sostiene Baldassarre", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 52, núm. 2, 2007.

GUASTINI, Riccardo, "Tre problemi di definizione", en FERRAJOLI, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

GUASTINI, Riccardo, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1995.

GUICCIARDINI, Francesco, "Considerazioni intorno ai Discorsi di Machiavelli", (1529), en MACHIAVELLI, Nicolò, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Turín, Einaudi.

GUICCIARDINI, Francesco, *Ricordi*, (1512), Roma, Carocci, 2013.

HÄBERLE, Peter, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), trad. al italiano, Roma, Carocci, 2001.

HABERMAS, Jürgen, "Per la critica del liberalismo politico di John Rawls", trad. al italiano, *Micromega. Almanacco di Filosofia*, núm. 5, 1995.

HABERMAS, Jürgen, *Diritto e morale*, (1986), trad. al italiano, en RAWLS, John, *Morale, diritto e politica*, Turín, Comunità, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, (1992), trad. al italiano, Milán, Guerini, 1996.

HABERMAS, Jürgen, *L'etica del discorso*, (1983), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1985.

HABERMAS, Jürgen, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, (1996), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 1998.

HABERMAS, Jürgen, *Teoria della morale*, (1991), trad. it Roma-Bari, Laterza, 1994.

HANSEN, Mogens Herman, *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.* (1991), trad. al italiano, Milán, Led, 2003.

HARE, Richard M., *Scegliere un'etica*, (1997), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2006.

HART, Herbert L. A. *Il concetto di diritto*, (1961), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2002.

HAWKINS, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 2002.

HEARN, William E., *The Government of England: Its Structure and Its Development*, Melbourne, George Robertson, 1867.

HEGEL, Georg W. F, *Lezioni di storia della filosofia*, (1832), trad. al italiano, Firenze, La Nuova Italia, 1967, vol. 3.

HEGEL, Georg W. F., *Lezioni sulla filosofia della storia*, (1840), trad. al italiano, Firenze, La Nuova Italia,1981.

HEGEL, Georg W. F., *Scienza della logica*, (1812), trad. al italiano, Bari, Laterza, 1968, vol. I.

HERODOTO, *Storie,* trad. al italiano, Milán, Mondadori, 2000.

HEVIA, Martín, *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law,* Dordrecht, Springer, 2013.

HIBOU, Béatrice (ed.), *La bureaucratisation néolibérale,* París, La Découverte, 2013.

HIBOU, Béatrice, *Anatomie politique de la domination*, París, La Découverte, 2011.

HIBOU, Béatrice, *La bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, París, La Découverte, 2012.

HOBBES, Thomas, "De cive", trad. al italiano, en HOBBES, Thomas, *Opere politiche*, Turín, Utet, 1988.

HOBBES, Thomas, *Behemoth, ovvero il Lungo Parlamento*, (1668), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1979.

HOBBES, Thomas, *De corpore*, (1655), trad. al italiano, en HOBBES, Thomas, *Opere politiche*, Turín, Utet, 1988.

HOBBES, Thomas, *Leviatano*, (1651), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 2008.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, (1999), trad. Bolonia, Il Mulino, 2000.

HOLMES, Stephen, *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale,* (1995), trad. al italiano, Turín, Comunità, 1998.

HOLMES, Stephen, *The Matador's Cape. America's Reckless Response to Terror*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

HOOKER, Brad y LITTLE, Margaret (eds.), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon, 2000.

HUME, David, "Trattato sulla natura umana", (1739), trad. al italiano, en HUME, David, *Opere*, Roma-Bari, Laterza, 1971.

*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,* Milán, Giuffrè, 1994.

ITZCOVICH, Giulio, "Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 31, núm. 2, 2001.

ITZCOVICH, Giulio, "La sofistica della guerra al terrorismo", *Jura Gentium*, 2013.

JEFFERSON, Thomas, "To John Adams, October 28th, 1813", en *The Political Writings of Thomas Jefferson,* Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2002.

JORI, Mario, "Razionalità e ragionevolezza del diritto", *Sociologia del diritto*, vol. 2, 1975.

KALYVAS, Andreas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

KANT, Immanuel, *La religione nei limiti della semplice ragione*, (1793), trad. al italiano, Turín, Chiantore, 1943.

KANT, Immanuel, "D'un tono da signori assunto di recente in filosofia", (1796), trad. al italiano, en KANT, Immanuel, *Scritti sul criticismo*, Roma-Bari, Laterza, 1991.

KANT, Immanuel, "Según el dicho común: esto puede ser cierto en teoría, pero no es cierto en la práctica", (1793), trad. al italiano, en KANT, Immanuel, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

KANT, Immanuel, *Antropologia pragmatica*, trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 2001.

KANT, Immanuel, *Critica della facoltà di giudizio*, (1790), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1999.

KANT, Immanuel, *Fondazione della metafisica dei costumi*, (1785), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1997.

KANTOROWICZ, Hernann, *Bractonian Problems,* Glasgow, Jackson, Son & Co., 1941.

KEACH, William, *Arbitrary Power: Romanticism, Language, Politics*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

KELSEN, Hans, "Essenza e valore della democrazia", (1929), trad. al italiano, en KELSEN, Hans, *La democrazia*, Bolonia, Il Mulino, 1998.

KELSEN, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2000.

*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente,* Roma, Camera dei Deputati–Segretariato generale, 1971.

LA TORRE, Massimo y SPADARO, Antonio (eds.), *La ragionevolezza nel diritto,* Turín, Giappichelli, 2002.

LA TORRE, Massimo, "Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza"*, Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 41, núm. 2, 2011.

LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

LARA, María P., *Narrating Evil: A Postmetaphysical Theory of Reflective Judgment,* Nueva York, Columbia University Press, 2007.

LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, Pierre-Paul, "L'ordine naturale ed essenziale delle società politiche", (1767), trad. al italiano, en MIGLIO, Bruno (ed.), *I fisiocratici*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

LECALDANO, Eugenio, *Etica*, Turín, Utet, 1995.

LEIBNIZ, Gottfried W., "Riflessioni sulla nozione comune di giustizia", trad. al italiano, en LEIBNIZ, Gottfried W., *Scritti politici e di diritto naturale*, Turín, Utet, 1951.

LEIBNIZ, Gottfried W., "Monadologia", (1714), trad. al italiano, en LEIBNIZ, Gottfried W., *Scritti filosofici,* Turín, Utet, 1967, vol. I.

LEIBNIZ, Gottfried W., "Verità prime", (1686), trad. al italiano, en LEIBNIZ, Gottfried W., *Discorso di metafisica – Verità prime*, Milán, Rusconi, 1999.

LEVÊQUE, Pierre y VIDAL-NAQUET, Pierre, *Clisthène l'Athénien: essai sur la représentation de l'espace et du temps dans la pensée politique grecque de la fine du VI siècle à la mort de Platon,* París, Les Belles Lettres, 1964.

LIFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002.

LOBEL, Jules, "Emergency Power and the Decline of Liberalism", *Yale Law Journal*, vol. 98, 1989.

LOCKE, John, "Secondo trattato sul governo", (1689), trad. al italiano, en LOCKE, John, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Turín, Utet, 1982.

LOCKE, John, *Saggio sull'intelletto umano,* (1690), trad. al italiano, Turín, Utet, 1971.

LOVETT, Frank y PETTIT, Philip, "Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program", *Annual Review of Political Science*, vol. 12, 2009.

LOVETT, Frank, "What Counts as Arbitrary Power?", *Journal of Political Power*, vol. 5, núm. 1, 2012.

LUCIANI, Massimo, "Westminster e White House: i due paradigmi", *Teoria Politica*, año III, 2013.

LUKES, Steven, *Moral Relativism*, Londres, Profile, 2008.

LUNDSTEDT, Vilhelm, *Law and Justice,* Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1952.

LUTHER, Jörg, "Ragionevolezza (delle leggi)", en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín, Utet, 1997.

MACHIAVELLI, Nicolò, "Sentenze diverse", *Opere, VII, Il Teatro e tutti gli scritti literari*, Milán, Feltrinelli, 1965.

MACHIAVELLI, Nicolò, *Il Principe*, (1513), Turín, Einaudi, 1995.

MACMAHON, Christopher, *Reasonable Disagreement. A Theory of Political Morality,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

MAITLAND, Frederic William (comp.), *Bracton's Note Book*, (1887), Bufalo, William S. Hein & Co., 1999.

MAITLAND, Frederic William, *L'equità*, trad. al italiano, Milán, Giuffrè, 1979.

MANIACI, Giorgio (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica,* Milán, Giuffrè, 2006.

MANIACI, Giorgio, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Turín, Giappichelli, 2008.

MANZONI, Alejandro, *I promessi sposi*, s/f.

MARAZZITA, Giuseppe, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milán, Giuffrè, 2003.

MARKELL, Patchen, "The Insufficiency of Non-Domination", *Teoria Politica*, vol. 36, núm. 1, 2008.

MARSHALL, G., *Notes on the Rule of Equal Law,* en PENNOCK, J. Roland y CHAPMAN, John W. *(eds.), Nomos IX: Equality,* Nueva York, Atherton, 1967.

MARX, Karl, *Critica al programma di Gotha*, (1875), trad. al italiano, Roma, Editori Riuniti, 1990.

MASTROPAOLO, Alfio, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della Costituzione nella rivoluzione inglese*, Nápoles, Jovene, 2009.

MASTROPAOLO, Alfio, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Turín, Bollati Boringhieri, 2011.

MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali,* Turín, Giappichelli, 2002.

MAZZARESE, Tecla, "Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali: una (ri)lettura dell'articolo 3 della costituzione", en MANIACI, Giorgio (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica,* Milán, Giuffrè, 2006.

MCILWAIN, Charles H., *Costituzionalismo antico e moderno*, (1947), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1990.

MEAGLIA, Piero, *Il potere dell'elettore. Elezioni e diseguaglianza politica nel governo democratico*, Troina (EN), Città Aperta, 2006.

MERITT, Benjamin D., *The Athenian Year, Berkeley,* University of California Press, 1961.

MICHAUD, Yves, *Qu'est-ce que le mérite* ?, París, Bourin, 2009.

MILL, John Stuart, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, (1861), trad. al italiano, Roma, Editori Riuniti, 1997.

MILLER, Wlliam I., *Occhio per occhio*, (2007), trad. al italiano, Turín, Utet, 2008.

MINDUS, Patricia, "Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell'emergenza", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 2, 2007.

MINDUS, Patricia, *A Real Mind*, Dordrecht, Springer, 2009.

MODUGNO, Franco, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito,* Turín, Giappichelli, 2008.

MODUGNO, Franco, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2007.

MODUGNO, Franco, *Ragione e ragionevolezza,* Nápoles, Editoriale scientifica, 2009.

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, (1748), trad. al italiano, Turín, Utet, 1952.

MORGAN, Gareth, *Images. Le metafore dell'organizzazione*, (1986), trad. al italiano, Turín, Franco Angeli, 1995.

MORRONE, Andrea, *Il custode della ragionevolezza,* Milán, Giuffrè, 2001.

MOSCARINI, Anna, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Turín, Giappichelli, 1996.

MURA, Vigilio, "Promemoria sul relativismo dei valori", en SAU, Raffaella (ed.), *Revival religioso, relativismo, populismo. Opportunità o sfide per la democrazia?,* Turín, Franco Angeli, 2011.

MURA, Virgilio, *Le categorie della politica*, Turín, Giappichelli, 1997.

NAGEL, Thomas, *I paradossi dell'eguaglianza,* (1991), trad. al italiano, Milán, Il Saggiatore, 1993.

NEWMAN, Ralph A. (ed.), *Equity in the World's Legal System,* Edinburg, Edinburgh University Press, 1974.

NOZICK, Robert, *Anarchia, stato e utopia*, (1974), trad. al italiano, Milán, Il Saggiatore, 2000.

OFFE, Claus, "Ingovernabilità: lineamenti di una teoria conservatrice della crisi", en OFFE, Claus, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, Bolonia, Il Mulino, 1982.

OFFE, Claus, "Governance: An 'Empty Signifier'?", *Constellations*, vol. 6, núm. 4, 2009.

OST, François, *Mosè, Eschilo, Sofocle. Alle origine dell'immaginario giuridico*, (2004), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2007.

PÄIVÄNSALO, Ville, *Balancing Reasonable Justice. John Rawls and Crucial Steps Beyond*, Aldershot, Ashgate, 2007.

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.

PALADIN, Livio, *Il principio di eguaglianza,* Milán, Giuffrè, 1965.

PALADIN, Livio, *Ragionevolezza (principio di),* en *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, I, Milán, Giuffrè, 1997.

PASCAL, Blaise, *Pensieri*, (1669), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1962.

PASQUINO, Gianfranco, voz "Governabilità", en *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, Roma 1994, t. IV.

PAZÉ, Valentina, "Demagogia, ieri e oggi", *Meridiana*, vol. 77, 2013.

PAZÉ, Valentina, *Il comunitarismo,* Roma-Bari, Laterza, 2004.

PAZÉ, Valentina, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

PELLICCIARI, Igor, *Tra decidere e rappresentare. La rappresentanza politica dal XIX secolo alla Legge Acerbo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.

PERELMAN, Chaïm, *Diritto, morale e filosofia*, trad. al italiano, Napoli, Guida, 1973.

PERELMAN, Chaïm, *La giustizia,* (1945), trad. al italiano, Turín, Giappichelli, 1959.

PETRUCCIANI, Stefano, *Introduzione a Habermas*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *De hominis dignitate*, (1496), Pisa, Scuola Normale Superiore, 2012.

PIEVATOLO, Maria Chiaria, *L'Eutifrone di Platone*, 2010, disponible en: *http://btfp.sp.unipi.it/dida/eutifrone/index.xhtml.*

PINNA PARPAGLIA, Paolo, *Aequitas in libera republica,* Milán, Giuffrè, 1973.

PINNA PARPAGLIA, Paolo, *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica,* Sassari, Gallizzi, 1969.

PINO, Giorgio, "Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 56, núm. 1, 2011.

PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione,* Bolonia, Il Mulino, 2011.

PINTORE, Anna, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

PIZZORUSSO, Aessandro, *Che cos'è l'eguaglianza,* Roma, Editori Riuniti, 1983.

PLATÓN, *Eutifrone,* trad. al italiano, Milán, Bompiani, 2001.

PLATÓN *Leggi,* trad. al italiano, Milám, Rizzoli, 2005.

PLATÓN, *Politico*, trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 2005.

PLATÓN, *Repubblica,* trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 2006.

PLATÓN, *Teeteto*, trad. al italiano, Laterza, Roma-Bari, 1999.

PLUTARCO, *Vida de Rómulo*, Turín, Utet, 1992.

POGGI, Gianfranco, *La burocrazia. Natura e patologie*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

POGGI, Gianfranco, *La vicenda dello Stato moderno. Profilo sociologico*, Bolonia, Il Mulino, 1988.

POGUNTKE, Thomas y WEBB, Paul (eds.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

POMEROY, John Norton, *Pomeroy's Equity Jurisprudence and Equitable Remedies: A Treatise on Equity Jurisprudence,* San Francisco, Bancroft- Whitney, 1905.

PORTINARO, Pier Paolo, "Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea", *Teoria Politica*, vol. 21, núm. 1, 2005.

PORTINARO, Pier Paolo, *Il terzo. Una figura del politico*, Milán, Franco Angeli, 1986.

PORTINARO, Pier Paolo, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt,* Milán, Comunità, 1982.

PORTINARO, Pier Paolo, *La giustizia introvabile*, Turín, Celid, 2012.

POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts,* Nueva York, Oxford University Press, 2007.

POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic,* Nueva York, Oxford University Press, 2010.

POSNER, Richard A., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency,* Oxford, Oxford University Press, 2006.

POZZOLO, Sussana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico,* Turín, Giappichelli, 2001.

PRETEROSSI, Geminello, *Autorità*, Bolonia, Il Mulino, 2002.

PRETEROSSI, Geminello, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

PRETEROSSI, Geminello, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

"Principio di eguaglianza e principio di legalità degli ordinamenti giuridici". *Memorias del XIII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti,* Padova, Cedam, 1999.

PROUDHON, Pierre-Joseph, *La giustizia nella Rivoluzione e nella Chiesa*, (1858), trad. al italiano, Turín, Utet, 1968.

RADBRUCH, Gustav, "Ingiustizia legale e diritto sovralegale", (1946), trad. al italiano, en CONTE, Amedeo Giovanni, *et al.* (eds.), *Filosofia del diritto*, Milán, Raffaello Cortina, 2002.

RADBRUCH, Gustav, "La natura delle cose come forma giuridica di pensiero", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 21, 1941.

"Ragionevolezza e interpretazione", número monográfico de la revista *Ars Interpretandi*, 2002.

RAMRAJ, Victor (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

RAWLS, John "Risposta a Jürgen Habermas", trad. al italiano, *Micromega. Almanacco di Filosofia*, núm. 5, 1995.

RAWLS, John, *Liberalismo politico*, (1993), trad. al italiano, Turín, *Comunità*, 1999.

RAWLS, John, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, (1997), trad. al italiano, en RAWLS, John, *Il diritto dei popoli*, Turín, Comunità, 2001.

RAWLS, John, *Una teoria della giustizia*, (1971), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 1982.

REDONDO, María Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 2005.

REGAZZONI, Simone, *Stato di legittima difesa. Obama e la filosofia della guerra al terrorismo*, Milán, Ponte delle Grazie, 2013.

REMOTTI, Francesco, *L'ossessione identitaria,* Roma-Bari, Laterza, 2010.

RENWICK, Alan; HANRETTY, Chris y HINE, David, "Partisan Self-Interest and Electoral Reform: The New Italian Electoral Law of 2005", *Electoral Studies*, vol. 28, 2009.

REVELLI, Marco, *I demoni del potere,* Roma-Bari, Laterza, 2012.

RIEDEL, Manfred, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, Rombach, 1972-74.

RODOTÀ, Stefano, *Quale equità, in L'equità. Atti del Convegno di studio svoltosi a Lecce, 9-11 novembre 1973,* Milán, Giuffré, 1975.

RORTY, Richard, "La prioridad de la democracia sobre la filosofía", (1984), trad. al italiano, en RORTY, Richard, *Scritti filosofici*, Roma-Bari, Laterza, 1994, vol. I.

ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

ROSS, Alf*, Diritto e giustizia*, *(*1959), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2001.

ROSS, William D., *Aristotele*, (1923), trad. al italiano, Bari, Laterza, 1946.

ROSSANO, C., *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale,* Milán, Giuffrè, 1966.

ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948.

ROTELLI, Ettore y SCHIERA, Pierangelo (eds.), *Lo stato moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1971.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, "Discorso sull'origine dell'ineguaglianza fra gli uomini", (1755), trad. al italiano, en ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discorsi*, Milán, Rizzoli, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Il contratto sociale [1762]*, trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1997.

RUFINO, A. y PIZZO, C. (eds.), *Giusto, vero, ragionevole. La percezione della giustizia nell'era globale,* Nápoles, Scriptaweb, 2011.

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.

SAINT-BONNET, François, *L'état d'exception*, París, Puf, 2001.

SALA, Roberta, *La verità sospesa. Ragionevolezza e irragionevolezza nella filosofia politica di John Rawls*, Nápoles, Liguori, 2012.

SARTORI, Giovanni, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bolonia, Il Mulino, 1995.

SASSO, Gennaro, "I volti del «particulare»", *La Cultura*, vol. 22, núm. 1, 1984.

SCACCIA, Gino, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale,* Milán, Giuffrè, 2000.

SCARPELLI, U., "Classi logiche e discriminazione dei sessi", *Lavoro e Diritto*, 1988.

SCHAUER, Frederick, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, (2003), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2008.

SCHAUER, Frederick, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, (1991), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2000.

SCHIAVELLO, Aldo, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin,* Turín, Giappichelli, 1998.

SCHLUCHTER, Wolfgang, *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, (1980), trad. al italiano, Nápoles, Liguori, 1987.

SCHLUCHTER, Wolfgang, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale: un'analisi della storia sociale di Max Weber*, (1979), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1987.

SCHMITT, Carl, "Legalità e legittimità", (1932), trad. al italiano, en SCHMITT, Carl, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1972.

SCHMITT, Carl, "Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità", (1922), trad. al italiano, en SCHMITT, Carl, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1972.

SCHMITT, Carl, "Tre tipi di pensiero giuridico", (1934), trad. al italiano, en SCHMITT, Carl, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1972.

SCHMITT, Carl, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (1921), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1975.

SCHMITT, Carl, *La tirannia dei valori*, (1979), trad. al italiano, Milán, Adelphi, 2008.

SCHMITT, Carl, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1972.

SELDEN, John, "Equity", en *Table-Talk: Being the Discourses of John Selden*, Londres, J. M. Dent, 1689.

SEN, Amartya, *L'idea di giustizia*, (2009), trad. al italiano, Milán, Mondadori, 2010.

SILTALA, Raimo, *Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2009.

SNELL, Bruno (ed.), *I sette sapienti. Vite e opinioni*, (1971), trad. al italiano, Milán, Bompiani, 2005.

SÓFOCLES, *Antigone*, trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 1997.

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.

SPINOZA, Baruj, *Trattato politico*, (1675/76), trad. al italiano, Pisa, Ets, 1999.

STRAUSS, Leo, "La filosofia politica di Hobbes", (1936), trad. al italiano, en STRAUSS, Leo, *Che cos'è la filosofia politica?*, Urbino, Argalia, 1977.

STRAUSS, Leo, *La tirannide: saggio sul Gerone di Senofonte*, (1948), trad. al italiano, Milán, Giuffrè, 1968.

STRAUSS, Leo, *Le "Leggi" di Platone. Trama e argomentazione*, (1975), trad. al italiano, Soveria Mannelli, Rubettino, 2006.

STRAUSS, Leo, *Pensieri su Machiavelli*, (1958), trad. al italiano, Milán, Giuffré, 1970.

SUNSTEIN, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

TABACCO, Raffaella, *Il tiranno nelle declamazioni di scuola in lingua latina*, Turín, Accademia delle Scienze, 1985.

TARELLO, Giovanni, *"Su uguaglianza"*, en CASTIGLIONE, Silvana (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, 1989.

TREU, T., "Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Commento alla sentenza", *Lavoro e Diritto*, 1988.

TRIBE, Laurence y GUDRIDGE, Patrick, "The Anti-Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 8, 2004.

TUCCARI, Francesco, *Capi, élites, masse. Saggi di storia del pensiero politico*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

TUCÍDIDES, *Historia*, Turín, Utet, 2005.

TUORI, Kaarlo, *Ratio and Voluntas. The Tension between Reason and Will in Law*, Farnham, Ashgate, 2010.

TURCHETTI, Mario, *Tyrannie et tyrannicide de l'antiquité à nos jours*, París, PUF, 2001.

VACCARO, Salvo, "Governance e governamentalità", en PALUMBO, Antionio y VACCARO, Salvo (ed.), *Governance e democrazia*, Milán, Mimesis, 2007.

VALLERANI, Massimo, "Paradigmi dell'eccezione nel tardo medioevo", *Storia del Pensiero Politico*, vol. 1, núm. 2, 2012.

VEGETTI, Mario, "Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone", en CHIODI, Giulio Maria y GATTI, Roberto (eds.), *La filosofia politica di Platone*, Turín, Franco Angeli, 2008.

VEGETTI, Mario, "L'uomo e la religione", en VERNANT, Jean-Pierre (ed.), *L'uomo greco*, Roma-Bari, Laterza, 1991.

VEGETTI, Mario, *Quindici lezioni su Platone*, Turín, Einaudi, 2003.

VERNANT, Jean-Piere, *Mito e pensiero presso i greci*, (1965), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1978.

VERNANT, Jean-Pierre, *Tra mito e politica*, Milán, Raffaello Cortina, 1998.

VIDAL-NAQUET, Pierre, *Il cacciatore nero. Forme di pensiero e forme di articolazione sociale nel mondo greco antico*, (1981), trad. al italiano, Milán, Feltrinelli, 2006.

VIOLANTE, Piero, *Lo spazio della rappresentanza. Francia 1788-1789*, (1981), Roma, XL, 2008.

VITALE, Ermano, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

VITALE, Ermano, *Hobbes y Kant*, Turín, Giappichelli, 1993.

VITALE, Ermano, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano,* Roma, Edizioni Ricerche, 1961.

WARRENDER, Howard, *Il pensiero politico di Hobbes*, (1957), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1974.

WATKINS, John, *Hobbes's System of Ideas*, (1965), Aldershot, Gover, 1989.

WATT, Gary, *Equity Stirring. The Story of Justice beyond Law,* Portland, Hart, 2009.

WEBER, Max, *Economia e società*, (1922), trad. al italiano, Milán, Comunità, 1961, vol. I.

WEBER, Max, *Economia e società*, (1922), trad. al italiano, Milán, Comunità, 1961, vol. II.

WEBER, Max, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo,* (1904-05), trad. al italiano, en Weber, Max, *Sociologia delle religioni*, Turín, Utet, 2008.

WILLIAMS, Bernard, *L'idea di eguaglianza*, (1973), trad. al italiano, en CARTER, Ian (ed.), *L'idea di eguaglianza,* Milán, Feltrinelli, 2001.

WINSTON, Kenneth I., "On Treating Like Cases Alike", *California Law Review*, vol. 62, núm. 1, 1974.

WOLIN, Sheldon, "Max Weber: Legitimation, Method and the Politics of Theory", *Political Theory*, vol. 9, núm. 3, 1981.

WOLIN, Sheldon, *Politica e visione. Continuità e innovazione nel pensiero politico moderno*, (1960), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 1996.

YOUNG, Shaun, (ed.), *Reasonableness in Liberal Political Philosophy*, Londres, Routledge, 2008.

ZAGORIN, Perez, *Hobbes and the Law of Nature*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladin", *Quaderni Costituzionali*, vol. 22, núm. 1, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "Una travagliata apologia della legge", en CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto,* a cargo de Preterossi, G. Roma-Bari, Laterza, 2007.

ZAMBONI, Mauro, *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Dordrecht, Springer, 2009.

ZORZETTO, Silvia, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milán, Franco Angeli, 2008.

*Decidir caso por caso. Figuras de poder arbitrario*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 20 de febrero de 2026. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

# otras PUBLICACIONES

**Constitución y** gobernabilidad. Consideraciones para reconstruir el Estado constitucional en México

DIEGO **Valadés**

**El malentendido** de la víctima. Una lectura feminista de la cultura punitiva

TAMAR **Pitch**

**La impronta de las Leyes** de Reforma en la sociedad mexicana. Del Porfiriato a la Revolución (1876-1914)

JOSÉ LUIS **Soberanes Fernández**

CARMEN-JOSÉ **Alejos Grau**

**La experiencia de** transformación constitucional en Chile: distintas perspectivas

CLAUDIO **Grossman Guiloff**

*editor*

**Derecho natural clásico** y contemporáneo: fundamentos y desafíos en la reflexión iusfilosófica actual (Aristóteles, Tomás de Aquino, John Finnis, Robert P. George, ¿neoconstitucionalismo?)

JAVIER **Saldaña Serrano**

**La lógica jurídica.** Función y alcance de la lógica en el derecho

CARLA **Huerta Ochoa**

LA OBRA PARTE DE TRES DE LAS NOCIONES MÁS intuitivas y difundidas del término "arbitrario" para reconstruir tres grandes figuras de poder arbitrario: el que es libre de vínculos, el que es irracional y el que logra distinguir, o discriminar, entre cada caso. En los tres escenarios la palabra "arbitrario" está relacionada con diferentes dimensiones de lo *particular*. El poder arbitrario defiende las actuaciones excepcionales al poder autorizado por una norma superior, las particularidades a la obligación de actuar a través de normas generales y abstractas, características del principio de legalidad y del Estado de derecho.

En una reflexión rica de referencias teóricas y de cultura general, el autor recorre el pensamiento occidental para analizar los argumentos de quienes defienden la eficacia, muchas veces denominada y defendida como "gobernanza" o *governance*, así como de quienes favorecen la ponderación principialista en los regímenes políticos contemporáneos.

ISBN 978-607-587-684-9
9 786075 876849 >