P R E S E N T A C I Ó N

La evocación que Joseph Raz efectúa de la figura de Herbert Hart en el Oxford de los años sesenta abre este número 13 de DOXA que es también el primero de 1993. Hart, fallecido a finales de 1992, merece ser recordado no sólo como el autor de algunas de las obras de filosofía del Derecho más influyentes del siglo, sino también como modelo de intelectual, de docente y de ser humano. «Era imposible -escribe quien fuera uno de los alumnos de Hart de aquellos años- que no hicieran mella en uno su modestia y su limpieza moral. Era imposible no admirar el aliento de sus simpatías humanas y culturales y no sobrecogerse por el poder de su inteligencia». Por lo demás, quizá no esté de más recordar aquí que en el número 5 de DOXA, correspondiente a 1988, se publicó una entrevista con Hart (aparecida luego también en Rechstheorie*, 22, 1991) de interés sobresaliente no sólo por razones teóricas (Hart rectifica ahí su concepto de deber jurídico y aclara cuáles son las diferencias que le separan de Dworkin), sino también relativas a su biografía intelectual.*

La sección monográfica de este número está dedicada al tema de Neoliberalismo y Estado *y recoge las ponencias de las VI Jornadas de Filosofía Práctica celebradas en Tossa de Mar en mayo de 1992. Reinhard Zintl, en* Neoliberalismo y Estado social, *se plantea el problema de si la coexistencia, en el plano de los hechos, entre constituciones liberales, democracias y Estados sociales puede o no justificarse, en el plano de la teoría. Frente al escepticismo y desconfianza con respecto al Estado social que suele ser la nota distintiva de la mayoría de los autores liberales, Zintl entiende que el liberalismo constituye incluso «un aval fuerte y definitivo del Estado social». Él interpreta el Estado social «no como una intromisión en los resultados de una transferencia voluntaria sino como un intento de enfrentarse con el problema de las dotaciones creadoras de independencia» y de ahí que entienda que este tipo de Estado*

«no es algo que se agrega a una constitución liberal por razones independientes, sino que es una parte necesaria de ella, ya que proporciona los requisitos o la infraestructura social de las instituciones liberales».

En Racionalidad individual-Irracionalidad social. El conflicto justicia-eficiencia, *Carmen Herrero se plantea el problema del liberalismo desde «el punto de vista de los economistas», lo que le lleva a valorar las decisiones políticas teniendo en cuenta tanto la eficiencia económica (que el sistema no desaproveche oportunidades), como la eficiencia informacional (que las decisiones políticas puedan ser puestas en práctica a bajo coste), el respeto a las libertades individuales y la justicia (o equidad). La tesis fundamental del liberalismo es que, de los cuatro valores mencionados, el respeto a las libertades individuales es el más importante y que la función del Estado (el «Estado mínimo») debe restringirse a la defensa de esas libertades, puesto que «nadie conoce mejor que el propio individuo qué es lo bueno para sí mismo». Herrero discute en su artículo los límites de esta última tesis: por un lado, muestra cuáles son las dificultades que surgen para pasar de la racionalidad individual a la racionalidad colectiva (de lo bueno individual a lo bueno colectivo); por otro lado, señala también los problemas que se plantean cuando se pretenden conjuntar criterios de eficiencia y de equidad. Su conclusión viene a ser que ni el Estado mínimo ni el Estado redistributivo consiguen satisfacer plenamente las cuatro exigencias antes mencionadas, y que, en un mundo con fallos de mercado, ambos modelos de Estado fracasan en la obtención de eficiencia económica.*

El planteamiento de Xavier Calsamiglia, en Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación, *también tiene como punto de arranque la teoría económica. Como el propio autor señala, su trabajo tiene un triple objetivo. El primero es exponer los conceptos básicos con que los economistas analizan el papel del Estado en la economía. El segundo consiste en ilustrar el modo de proceder de la economía -el método de formalización que ha llevado a esta disciplina hacia el campo de las ciencias maduras-, sin soslayar por lo demás sus limitaciones. Y el tercero radica en sugerir algunos temas en que las técnicas de análisis de los economistas pueden ser de utilidad para los juristas. En particular, Calsamiglia se centra en los problemas de técnica legislativa y propone considerar al Derecho «como un mecanismo de coordinación, como un instrumento de articulación entre la racionalidad individual y la colectiva». El paralelismo con el enfoque de la teoría económica del bienestar resulta entonces evidente: «En ambos casos se trata de un mecanismo fundamentalmente prescriptivo en el cual los mismos mecanismos de coordinación económica o jurídica se*

constituyen en objetos de elección. Esta elección se realiza en términos de la medida en que mecanismos alternativos permiten alcanzar ciertos objetivos sociales».

Finalmente, Joseph M. Colomer (Límites económico-políticos de la intervención estatal), *después de mostrar el vertiginoso crecimiento que, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, ha tenido la intervención estatal, se centra en los dos principales enfoques existentes en la teoría económica para explicar este fenómeno. El primero de ellos se basa en los fallos del mercado para satisfacer de un modo eficiente la demanda de ciertos bienes (como los bienes públicos o los que producen externalidades negativas), a lo cual se une el hecho de que la demanda puede estar sobredimensionada o potenciada cuando la decisión se toma por vía electoral. El otro enfoque busca la explicación básica no en la demanda, sino en la oferta de bienes y servicios públicos: se trata de que los gobernantes -básicamente los políticos profesionales y los altos funcionarios- hacen crecer la intervención estatal en su propio beneficio, aun en detrimento de los intereses más comunes de la sociedad. Frente a este proceso de crecimiento que genera ineficiencias y pérdidas de control democrático, Colomer propone ensayar una óptima combinación entre la respuesta neoliberal (disminuir la intervención estatal) y la neodemocrática (potenciar la participación ciudadana en las decisiones públicas): «un proyecto de democracia austera que fuera más capaz de promover a la vez la prosperidad y la participación de los ciudadanos».*

En el trabajo de Osvaldo Guariglia (El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática) *con que se abre la sección de* ***Artículos*** *se parte precisamente de la crítica neoliberal o neoconservadora contra las bases políticas, económicas y filosóficas del Estado del bienestar. Guariglia analiza dos propuestas de justicia distributiva -la de John Rawls y la de Amartya Sen- que considera particularmente importantes y presenta luego su versión argumentativa del universalismo kantiano que, en su opinión, «está en mejores condiciones (que las dos anteriores) de proveer criterios universales pero interpersonales e inequívocamente aplicables para determinar la provisión mínima de 'bienes básicos'». Esos principios sustantivos de justicia, que vendrían a tener un estatus intermedio entre las reglas puramente procedimentales de Habermas y los principios constructivos de Rawls, son los tres siguientes: «(I) Ningún miembro de la sociedad interferirá nunca las acciones de otro miembro usando de la violencia en cualquier grado ni pretenderá mediante la aplicación de coacciones un asentimiento forzado para la satisfacción de sus propios fines. (II) Todo miembro de la sociedad tendrá siempre*

iguales prerrogativas que cualquier otro miembro de ella. Cualquier desigualdad entre ellos no podrá fundarse en la mera diferencia numérica de las personas. (III) A fin de garantizar la defensa de los derechos que a cada miembro de la sociedad confieren los principios (I) de la dignidad *y (II) de la* igualdad, *todo miembro de la sociedad deberá tener iguales posibilidades para alcanzar una* capacidad madura *que le permita hacer uso de sus derechos y articular argumentativamente sus demandas».*

Massimo La Torre, en Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma «Evolución del Derecho», *parte de considerar el Derecho como una institución, entendiendo por tal «cualquier sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (...) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas», para analizar después diversas teorías evolucionistas de las instituciones sociales y, en particular, del Derecho. Pasa revista así a las concepciones evolucionistas clásicas, deteniéndose en los planteamientos de Hayek que critica desde dos puntos de vista: por un lado, porque parte de una homología entre sistemas sociales humanos y sistemas orgánicos, lo que no parece estar justificado; y, por otro lado, porque la eficiencia a la que tenderían los sistemas de reglas que logran sobrevivir es un concepto vacío. Luego examina formulaciones más recientes del paradigma evolucionista que se basan fundamentalmente sobre la teoría de los sistemas, y se ocupa en particular del concepto de «evolución del Derecho» de Luhmann que considera tiene sólo un valor hermenéutico. Esta limitación no resulta tampoco superada por concepciones de la evolución como aprendizaje, tales como las de Eder y Habermas. E igualmente juzga insatisfactoria la teoría de la evolución del Derecho de Teubner quien considera que tanto la sociedad como el Derecho son sistemas autopoiéticos, esto es, sistemas cerrados en sí mismos que se comunican con los otros sistemas sólo mediante «perturbaciones» y «ruidos». Todo ello le lleva a La Torre a pensar que el paradigma «evolución del Derecho» podría entenderse en el sentido de «progreso del Derecho», pero siempre y cuando el progreso se entienda en relación con algún criterio normativo externo, esto es, sin asumir que dicho criterio sea intrínseco al movimiento temporal, pues ello implicaría aceptar una concepción metafísica fuerte (la idea de que la historia tiene una finalidad) que carece de justificación racional. Las reglas no pueden regular su propia aplicación y de ahí que las instituciones -y, por tanto, el Derecho- no puedan considerarse formalmente cerradas; son más bien estructuras abiertas que tienen que ser llenadas de contenido en contextos concretos.*

En ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?, *Albert Calsamiglia aborda el problema de las relaciones entre Derecho y*

moral desde la «perspectiva inusual» de la ciencia de la legislación. Para ello, se pregunta, en primer lugar, por qué no han existido una ciencia y una técnica legislativas hasta épocas muy recientes. La respuesta apunta a la insuficiencia de la red conceptual de la ciencia jurídica tradicional y a la inadecuación de la mentalidad y de la formación del jurista-funcionario. En segundo lugar, trata de mostrar por qué la ciencia y la técnica de la legislación son necesarias en el Estado intervencionista. Finalmente, se plantea el catálogo de preguntas que deberían formularse para dictar una ley bien hecha. *Siguiendo un modelo propuesto por M. Atienza distingue entre racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. Y concluye que, aunque dicho modelo apunta a cuestiones importantes, por un lado, «no tiene en cuenta los aspectos de las consecuencias involuntarias de las decisiones legislativas y es demasiado optimista respecto al voluntarismo»; y, por otro, «desvincula demasiado la racionalidad ética de las demás racionalidades. Si preguntamos sobre la excelencia ética de las leyes sin tener en cuenta los recursos, me parece que desenfocamos el problema [...] Una buena ley no debe juzgarse por su excelencia declarada, sino por la excelencia que consigue».*

Martín Federico Böhmer, en Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible, *se propone mostrar que algunas de las desavenencias existentes entre estos dos tipos de feminismo consisten en una discusión sobre palabras que puede ser evitada si se explicitan los criterios definicionales de los conceptos en juego. En particular, sostiene: «a) que la relación entre el feminismo liberal y el radical es problemática porque el último supone un desafío al primero en el sentido de que presenta anomalías e inconsistencias en algunas afirmaciones importantes del paradigma liberal; b) que el feminismo radical es, en algunos aspectos relevantes, el intento consistente y apasionado de llevar la tesis del paradigma liberal hasta sus más lejanos límites; y c) que el paradigma al alcance para reemplazarlo y porque las anomalías presentadas por el feminismo radical pueden ser contestadas consistentemente dentro del mismo paradigma».*

En la intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger, *Blanca Martínez de Vallejo Fuster tomando como marco básico de su reflexión la configuración española actual del derecho a la intimidad, es decir, su calificación como derecho fundamental en la Constitución española de 1978, trata de realizar una aproximación conceptual al derecho a la intimidad por la vía de «reconsiderar» dos elementos básicos: cuál es el bien jurídico que se trata de preservar con dicho derecho y quién es el titular del mismo. En relación con el primero, sostendrá que cabe distinguir entre «intimidad» y*

«ámbito privado» lo que proporciona argumentos suficientes para dotar de carácter autónomo al derecho a la intimidad dentro de un genérico derecho a la vida privada. En relación con el segundo, dado el carácter autónomo reconocido a este derecho, muestra sus reservas frente a la regulación constitucional que trata conjuntamente la «intimidad personal y «familiar».

A continuación, Carlos Alarcón Cabrera se ocupa (*en* El «puzzle» constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas) *de la paradoja deóntica de la reforma constitucional tal como fue planteada por Ross. De acuerdo con este último, el artículo que establece el procedimiento de reforma de la Constitución: (b) no puede revisarse sin caer en contradicción y (c) es irrelevante que su sustitución por otro artículo se realice siguiendo o no los requisitos que el primero establece, porque en cualquier caso incumplimos el precepto constitucional. En opinión de Alarcón, esta paradoja se disuelve cuando se analiza a través de la teoría de las reglas constitutivas de Amedeo Conte, y se muestra en realidad como fruto de una confusión acerca de la naturaleza de la norma que regula la reforma constitucional, que es considerada en unas ocasiones como una regla «constitutiva» y en otras como una «regla hipotético-constitutiva».*

Finalmente, en La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas, *Juan Antonio García Amado comenta la reciente obra de Habermas dedicada específicamente a problemas iusfilosóficos:* Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurtheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats. *En el artículo, no sólo se exponen las tesis centrales del libro, sino que se muestran las ambigüedades que las mismas presentan y los dilemas en que desembocan. García Amado llega así a la conclusión de que «las tesis de Habermas (...) tal vez hayan de entenderse, más que como fundamentación del derecho, o del derecho moderno, como reconstrucción (...) del fundamento que se presupone en el derecho moderno y en la sociedad que lo ha originado. El problema que permanece es el de conciliar, por un lado, el cognoscitivismo general de Habermas y el apoyo de su teoría en el discurso en los presupuestos inmanentes al uso del lenguaje en todo tiempo y lugar, con, por otro lado, el circunscribir la aplicación de esos postulados a un derecho moderno cuya racionalidad por esa vía se postula».*

La sección de ***Notas*** *arranca con un breve comentario de Carlos Nino* (Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo) *a propósito de un trabajo aparecido en el número 11 de DOXA* (Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial). *La discusión gira en torno al problema de qué normas están implicadas en la justificación jurídica. En opinión de Nino, la actitud de los autores de aquel*

trabajo (Moreso, Navarro y Redondo) lleva a tener que «contentarse, en la filosofía del Derecho, con sentidos de «justificación» cuyas implicaciones pueden resumirse en el slogan: 'todo vale, menos la contradicción'», lo que le parece del todo insuficiente.

Daniel González Lagier, en su trabajo Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle, *estudia la concepción de las reglas constitutivas de John Searle y la crítica que le dirige Joseph Raz: Para Raz, la caracterización de Searle de las reglas regulativas y las reglas constitutivas lleva a la conclusión de que todas las reglas tienen una dimensión constitutiva y, por tanto, todas son simultáneamente regulativas y constitutivas. En opinión de González Lagier, es cierto que todas las reglas tienen esa fuerza constitutiva, pero ello no implica que no exista ninguna diferencia entre la manera como constituyen acciones unas y otras reglas. Para comprender esta diferencia el autor parte de algunas ideas propias de la teoría de la acción y centra la discusión en un nivel lingüístico, distinguiendo entre descripciones naturales interpretativas, descripciones naturales no interpretativas (esto es, en términos de movimientos corporales) y descripciones institucionales (que vienen proporcionadas por reglas y son necesariamente interpretativas) de las acciones. En su opinión, nos encontramos ante una regla regulativa cuando la conducta conforme con ella admite descripciones naturales no interpretativas, descripciones naturales interpretativas y descripciones institucionales; y nos encontramos ante una regla constitutiva cuando la conducta conforme con ella sólo admite descripciones naturales no interpretativas o descripciones institucionales.*

Pablo Eugenio Navarro, en Reflexiones acerca del concepto de tolerancia, *comenta un interesante artículo de Ernesto Garzón Valdés sobre la tolerancia moral. Navarro no se propone desarrollar un enfoque alternativo al de Garzón Valdés, sino, por el contrario, «aprovechar y profundizar sus ideas y argumentos». Así, partiendo de la distinción que se trazaba en aquel trabajo entre «sistema normativo básico» y «sistema normativo justificante» y de la afirmación de que el acto a tolerar debe estar prohibido en el sistema básico, Navarro concluye que la calificación normativa del acto a tolerar en el sistema básico es irrelevante a efectos de la tolerancia puede manifestarse en tres estados de cosas: «permisión de una acción prohibida, abstención de prohibición de una conducta permitida, y decisión de no castigar o reprochar la violación de una prohibición». Estos estados de cosas tienen que estar acompañados por la preferencia del sujeto competente de prohibir la acción en el sistema básico, pero «luego de la ponderación de razones del sistema justificante, esta preferencia es postergada o abandonada».*

Los dos trabajos que siguen tienen su origen en un artículo de Jorge Malem, Pornografía y feminismo radical, *aparecido en el anterior número de DOXA. En* Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres? Respuesta a Jorge Malem, *Raquel Osborne destaca el hecho de que muchas de las críticas que Malem dirigía a los argumentos del «feminismo radical» contra la pornografía (y a sus propuestas legislativas procensura) vienen a coincidir con las vertidas desde las propias filas del feminismo. Dado que, en el asunto de la pornografía, en ambos bandos cabe encontrar representantes de las diversas corrientes feministas, y que «no se puede hablar hoy en rigor de feminismo radical», Osborne prefiere hablar aquí de «feminismo procensura» frente a «feminismo pro-sexo», o «anticensura». «Pero Malem omite por completo cualquier alusión a [esta] otra cara del feminismo». Abrazando el feminismo anticensura, Osborne rechaza no obstante las «insuficiencias» del enfoque «liberal clásico» que según ella inspira la crítica de Malem. Mientras los liberales sólo se han preocupado por prohibir, previa demostración de un daño específico contra personas concretas, la exhibición pública de materiales explícitamente sexuales (protegiendo el consumo adulto, privado y consensuado), al feminismo de Osborne lo que le preocupaba no es la «explicitación sexual», sino el «sexismo» de esos materiales, que afecta a la construcción social de la mujer (más allá de una indemostrable causación de un daño -en términos de violencia sexual- individualizado); sexismo que ha de abordarse, pues, no es «un marco jurídico-represivo-regulador» (al que, paradójicamente, ha sucumbido el feminismo procensura), sino en «un marco de crítica cultural de las representaciones gráficas existentes en nuestro entorno».*

En su réplica (Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne), *Jorge Malem reitera que su supuesto «olvido» del feminismo «anticensura» respondía sencillamente a la acotación, debidamente explicitada, de su objeto de estudio, centrado en el feminismo radical («expresión que sigue siendo de uso común»). Se trataba de mostrar cómo, en maridaje con el conservadurismo reaccionario, la actitud procensura de ese feminismo «es una consecuencia necesaria de sus presupuestos ideológicos, de sus asunciones empíricas -falsas- y de sus proyectos políticos democráticos». Malem coincide con Osborne al denunciar la redacción «vaga y ambigua» de la definición de pornografía en las propuestas de censura, «para posibilitar -añade él- decisiones represivas más amplias». Pero la conceptualización defendida por Osborne, en la que se requiere que un material, para ser pornográfico, sea «sexista» o «degradante», no sería menos vaga. En cuanto a la legitimidad de la intervención estatal represiva -que es lo verdaderamente*

interesante-, el liberalismo de Malem (quien dice no verse reflejado en la posición clásica-decimonónica «constituida» por Osborne) defiende el «*principio del* daño». Su *conexión causal con la pornografía necesita ser probada. El daño sólo puede ser individualizado: si el sujeto activo fueran los hombres «por el mero hecho de serlo» caeríamos en actitudes análogas al racismo; y el sujeto pasivo tampoco puede ser ni «todas las mujeres» -por imposibilidad empírica y porque incurríamos en la falacia de la composición- ni la «clase» de las mujeres (debería probarse la posibilidad de dañar a una clase). Por último, la crítica feminista a la distinción público/privado, además de sus errores conceptuales por omitir las necesarias distinciones analíticas, parece olvidar, según Malem, los límites liberales a la privacidad, basados precisamente en el principio del daño a otro.*

El último trabajo de la sección es la Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *en el que Luis Prieto prosigue una polémica sobre los principios jurídicos que se había iniciado en el anterior número de DOXA. La discusión se centra ahora en dos puntos. El primero se refiere al carácter «abierto» o «cerrado» de la condición de aplicación de principios y reglas. Prieto sigue pensando que ese no es un criterio de distinción que permita claramente separar los principios de las reglas, aunque se diga que lo que se configura de manera «abierta» o «cerrada» son los casos genéricos, no los casos individuales: «no creo que la distinción entre casos genéricos y casos individuales resulte tan nítida o, por mejor decir, (...) a mi juicio esa distinción encierra siempre un problema de concreción del lenguaje normativo». El segundo punto se refiere a la tesis de que los principios en sentido estricto, a diferencia de las directrices, exigen siempre un cumplimiento pleno y no admiten por tanto modalidades graduales de cumplimiento. Y lo que a este respecto desea puntualizar Prieto se condensa en estas tres ideas: «la tesis de Atienza y Ruiz Manero resulta en cierto modo sorprendente o contraintuitiva; (...) no obstante, su descripción es en líneas generales bastante acertada; y, por último, (...) el criterio formulado admite excepciones y no es, por tanto, absolutamente seguro para trazar una nítida frontera entre directrices y principios ni, por cierto, entre éstos y las reglas». En definitiva, Prieto atiende que el intento de Atienza y Ruiz Manero por establecer una separación fuerte entre reglas y principios no es atendible.*

Finalmente, el número se cierra con una amplia entrevista a Stephen E. Toulmin realizada por Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo y que, a diferencia de las anteriormente publicadas en DOXA, no tiene la forma de contestaciones a un cuestionario escrito, sino la de una conversación oral. Entre muchas otras cosas,

Toulmin explica de dónde procede su interés por el Derecho y por la filosofía del Derecho. Muestra sus diferencias con concepciones de la argumentación como la de Habermas o Alexy. Aclara por qué no se considera un utilitarista en ética. Enjuicia diversas corrientes contemporáneas de teoría del Derecho. Insiste en su concepción de la argumentación como una actividad que tiene lugar dentro de una situación humana. Defiende la importancia de la casuística para la ética. Denigra a la lógica deóntica. Aproxima a Kant a las tradiciones de la retórica y de la casuística. Presenta a Wingenstein como un escéptico pirrónico. Traza un sugerente paralelismo entre Kant y Wingenstein. Se define a sí mismo como «neopremoderno». Cuestiona que nuestras sociedades el Derecho pueda verse simplemente como una emanación del Estado. Y aplaude el pragmatismo norteamericano que lleva a ver el Derecho como un instrumento de construcción social.