

y alemanes, faltando cualquier alusión, normal en los teóricos europeos, de Donoso. ¿Qué significa esto? Sin duda algo no bueno: O Bobbio los ha eliminado *ninguneándolos* inmisericordemente por no ser de su cuerda; o, es que realmente los desconoce. En este caso estaríamos ante un *bluff*, un globo hinchado por el aire caliente socialdemócrata al uso hoy en la izquierda mediterránea. Y digo esto por las numerosas referencias laudatorias y honores académicos que recoge el libro.

Terminamos con un amargo sabor de boca: la obra de Bobbio no es drama bien construido, sino una tragedia humana real que sólo se solucionará con la vuelta a la primera Fe, "porque sabemos que si nuestra casa terrestre fuere deshecha, tenemos en Dios un edificio, casa no hecha de mano del hombre, que durará siempre en los cielos" (2 Cor., 5, 1).

ANTONIO SEGURA FERNS

Carl Schmitt: SOBRE EL PARLAMENTARISMO (*)

Aunque esta sección de bibliografía de *Verbo* está normalmente dedicada a primicias editoriales, creo que es bueno recoger también las reediciones de obras clásicas puestas a disposición de los lectores actuales por las Editoriales. Llevo algún tiempo presentando a los lectores de *Verbo* la reseña crítica de obras actuales de filosofía social y política (1) del pensamiento actual y creo que *en este pensamiento* es muy oportuno reeditar a Carl Schmitt, de tanta influencia, hace unos años que parece no haber disminuido sino más bien ha aumentado, pues la perspectiva histórica del tiempo transcurrido desde su aparición muestra lo mucho que tenía de sustancial y permanente su valoración del

(*) Madrid, Tecnos, 1996, 118 págs. *Estudio preliminar* de Manuel Aragón, XXXVI págs. *Prefacio*, cuatro capítulos, y *Apendice*. El © de la edición alemana es de 1979, cuando la primera edición fue de 1923, es decir, de hace 59 años.

(1) Cfr. *Verbo*, núms. 291-292, 297-298, 305-306, 323-324, 333-334, 345-346.

parlamentarismo y la democracia. Es bueno para las actuales generaciones poder acceder fácilmente así a obras que ya sólo se encontraban, y con dificultad, en librerías de viejo.

Realmente aquí no solo se comentará la obrita de Schmitt, sino que lo haremos de un modo inverso, a través del *Estudio preliminar* de Manuel Aragón que se aproxima a Schmitt desde los *a priori* hoy vigentes. Toda lectura crítica, incluso la que aquí hago, suministra base para *re-criticar* al autor de la misma, pues descubre nítidamente los *presupuestos* filosóficos e, incluso, *ideológicos* del crítico. Aragón empieza señalando cómo "el ensayo de Schmitt conserva aún buena parte de su capacidad revulsiva precisamente porque algunos de los problemas que trata siguen vigentes" (pág. X), recordando a Pascuale Pasquino para el que es "el debate suscitado por el texto de Schmitt sobre el parlamentarismo como una de las discusiones más importantes y más instructivas de los últimos años concernientes a la teoría del Estado, añadiendo que sesenta años después las tesis defendidas por el más controvertido de los teóricos de la política de nuestro siglo no han perdido su fuerza analítica y continúan representando un desafío para el pensamiento liberal y «democrático»" (pág. XI). Por eso, añade Aragón que "algunos de los problemas señalados por Schmitt persisten, no cabe negarlo, pero muchos otros sólo eran hijos de aquellas conflictivas circunstancias" (ibídem), (2).

Tras esta ubicación histórica, Aragón entra en su *crítica*: "Alguna de esas ideas lo que sí tienen es una gran fuerza retórica, capaz de dar apariencia analítica a unos juicios sustentados, de verdad, en proposiciones dogmáticas, cuando no en sofismas. El pensamiento de Carl Schmitt no era, prevalentemente, analítico; era, sobre todo, teológico" (pág. XII). Esta es una proposición que no sólo pretende presentar las tesis de Schmitt, sino que

(2) Más adelante Aragón recuerda que "La república alemana surgida con el desenlace de la Guerra Europea y regulada por la Constitución de Weimar, fue, sin lugar a dudas, el escenario en que de manera más completa se expresó, a lo largo de los años veinte y treinta, la polémica parlamentarismo-antiparlamentarismo" (pág. XIII). Como es sabido, aquello terminó en la *elección democrática* de Hitler.

marcan indeleblemente la posición ideológica de Aragón. No tiene, pues, nada de extraño que saque esta consecuencia: "Schmitt, con su crítica a la democracia parlamentaria, no perseguía su mejoramiento, sino su destrucción, ... es algo que conviene resaltar. Que esa intención invalide, por sí sola, la crítica schmittiana, es cosa bien distinta" (ibídem). En otras palabras: aunque para Aragón las *falacias teológicas* de Schmitt no logran invalidar la democracia parlamentaria, es obvio que la tesis de Schmitt contiene *perturbadores* análisis que los demócratas no deben despreciar.

"La crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo puede descomponerse en dos estratos: la crítica al parlamentarismo como forma de gobierno y la crítica al parlamentarismo como forma de Estado. Por lo que se refiere al primer supuesto se achacará al parlamentarismo la inestabilidad de los gobiernos y el excesivo dominio de éstos por el parlamento... inconciliables con las necesidades del Estado administrativo (eficaz) de nuestro tiempo" (pág. XV). A esto, que no se puede negar, opondrá Aragón el que tampoco se puede *generalizar*. Lo cual es cierto en cualquier opción humana, por lo cual sólo demuestra algo incuestionable, por más que negado por los demócratas: la *democracia parlamentaria* no se puede poner como *paradigma político universal*, sino, a lo sumo, como una posibilidad circunstancial apta en unos casos y desastrosa en otros. Por ello, dice Aragón, "era preciso disparar por elevación. Ir, en fin, a la raíz del asunto: efectuar la crítica no ya al parlamentarismo como forma de gobierno, sino al parlamentarismo como forma de Estado, es decir, a la democracia parlamentaria como sistema" (pág. XVII).

Conviene traer aquí un largo párrafo de la crítica de Aragón que servirá perfectamente para centrarnos en el tema: "La crítica a la democracia parlamentaria se articulará, a su vez, en tres planos. El primero estará referido al significado de la propia democracia, sosteniendo Schmitt la disociación entre democracia y libertad... La democracia no se basa en la libertad, dirá, sino en la homogeneidad. De ahí que, a su juicio, la democracia representativa sólo sea posible cuando la entidad representada (la nación) es homogénea, es decir, cuando tiene un solo interés...

pero no cuando aquella entidad es heterogénea... Una sociedad así es incompatible con la democracia liberal (la democracia parlamentaria) puesto que el enfrentamiento de intereses conducirá siempre al dominio político de una clase sobre otra (dominio disfrazado de democracia formal, coincidiendo así sintomáticamente Schmitt con el marxismo). El parlamentarismo no serviría entonces para representar a todos, sino para que se impusiese, a través suyo, la clase dominante. La democracia, en consecuencia, no es conciliable con el pluralismo... el concepto democracia pluralista sería para Schmitt, un contrasentido" (pág. XVIII). Hemos señalado la palabra *sintomáticamente* porque expresa la *última ratio* de la ideología de Aragón: éste, en efecto, toca el punto clave antes aludido al marcar el discurso de Schmitt como *teológico*, es decir, algo por encima de la *crítica racional*, que es la única admitida por Aragón. Por eso rechaza absolutamente lo que Popper llama *el mito del marco común* o último referente regulador de las relaciones humanas éticas y políticas como algo inexcusablemente *dado* al hombre y que *obliga* a éste, por lo que no es *pactable*, ni siquiera *discutible*, lo cual es, obviamente, la *antítesis* de la *democracia liberal*. Desde estos presupuestos teóricos, Aragón entra en "el otro plano de la crítica a la crítica de la democracia parlamentaria (que) se expresa a través del rechazo al parlamento legislador. La ley, se dirá por Schmitt, era norma general porque era expresión de una voluntad «general» y porque su emanación era el producto de una discusión general... La ley aparecía en el parlamentarismo del siglo XIX como una manifestación de la razón... consustancial con la democracia parlamentaria. Pero, ocurre, seguirá diciendo, que en el parlamento de nuestro tiempo es imposible la discusión, la capacidad de mutuo convencimiento, porque allí están representados intereses contrapuestos y, en consecuencia, la ley será sólo la imposición de unos intereses sobre otros... Ya no hay *discusión* pública parlamentaria, pues las decisiones, los compromisos, se adoptan fuera del parlamento... Tampoco existe la democracia parlamentaria. ... Lo único que queda es una forma vacía, periclitada, que está en contradicción con los tiempos modernos" (pág. XX). Lo único que se le ocurre a Aragón es decir: "Esta crítica, aguda, no es por

entero rigurosa" (ibídem). Y lo cierto es que el fondo de la cuestión es si esa *crítica aguda es suficientemente rigurosa* para, en conjunto, ser *verdadera*. Lo cierto es que a la vista de lo que tenemos delante, *sí lo parece*. Realmente el desarrollo histórico habido ha presentado una problemática completamente diferente de lo que esperaban los *padres fundadores* de la democracia, apoyada en la *discusión racional* y en la elección *libre y responsable* de candidatos y programas. Hoy se ve claramente, como recuerda Sartori (3), el control parlamentario de los gastos públicos que era la clásica función de las Cortes desde la Edad Media, "con el sufragio universal y, al mismo tiempo, con la transformación del Estado mínimo (al cual sólo se le pedían órdenes y leyes) en un Estado que lo hace todo y al cual se le pide que lo remedie todo, los parlamentos se convierten en mucho más dilapidadores que el gobierno". Y es así porque lo que interesa es captar votos, para lo que el camino más seguro es halagar a los electores en sus deseos y aun caprichos, no negarles —por lo menos en las *promesas electorales*— nada. Es obvio que la crítica de Schmitt es *totalmente aplicable* a esto. Y también lo es que las exigencias de una administración, no ya *buena*, sino al menos *posible*, exige separar los modernos problemas de la sociedades industriales avanzadas y multinacionales de la elección *democrática* y los controles de un *parlamentarismo político*, ajeno a los conocimientos *técnicos* específicos.

Lo que no parece ver el tipo de críticas de la de Aragón es que el problema filosófico de fondo es la *reducción de lo múltiple*, los hombres, a *lo uno*, la sociedad, que en las teorías que se fundan en un *marco común* se resuelve mediante la aceptación del *bien común*, un *bien* que está por encima de la mera *utilidad* y del *placer* admitidos desde Stuart Mill como únicos bienes humanos, al menos en su expresión pública, aunque en el ámbito *privado* de las conciencias *personales* se permitan otras creencias *teológicas*. Pero éstas deben ser *prohibidas*, eliminadas como argumentos válidos en la relación de una política *democrática*. La

(3) GIOVANNI SARTORI, *La democracia después del comunismo*, Alianza Editorial, 1993, pág. 105.

solución que aportan es la expresada por Kelsen sobre el que deberemos volver algún día. Aragón dice: "El último plano de la crítica de Schmitt a la democracia parlamentaria se vertebra alrededor de su crítica a la democracia procedimental. Si es ley —dirá— todo lo que quiera el legislador, es decir, lo que quiera la mayoría, entonces la democracia es sólo dominio total (el absolutismo) de la mayoría parlamentaria, que en cualquier momento podrá decir lo que es legal y lo ilegal... Este tipo de razonamiento, en el que hay fisuras, desde luego, es, a mi juicio, en toda la construcción schmittiana y, como va a ser también (en sentido contrario) la piedra angular de la defensa que hará Kelsen del parlamentarismo" (págs. XXI-XXII). En pura *lógica* Aragón debería *demostrar*, no solo *proponer*, que en el discurso de Kelsen no se da ninguna *fisura* para que pueda superar al de Schmitt. Sigámonle: "La decidida defensa del parlamentarismo acometida por Kelsen en aquellos mismos años (4) está articulada de manera más *lineal* que la crítica de Schmitt. Kelsen parte de que el parlamentarismo, genuino, debe considerarse como forma de Estado... sosteniendo, con razón, que la sustancia del problema no es más que el debate entre autoritarismo y democracia. Puesto que la democracia directa, como modo de ejercicio del poder, no es posible en el Estado moderno... no hay más democracia posible en nuestro tiempo —dirá Kelsen— que la democracia parlamentaria" (pág. XXII).

Esta posición de Aragón puede ser objetada desde dos perspectivas: la primera es la sabia observación de Aristóteles cuando dice que "es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería que un matemático empleara la persuasión como exigir a un retórico demostraciones" (I Eth. Nich, 3, B. 1904 b, 25). En otras palabras, en las ciencias humanas, y la política lo es, no es siempre "la manera más lineal" —que señalamos— la más apropiada para que no aparezcan *fisuras* en los razonamientos. La segunda observación es que lo que Kelsen

(4) Cita a HANS KEISEN, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, 1977. Sobre estas tesis de Kelsen, ver *Verbo* 321-322, el art. de Thomas Molnar, págs. 71 y sigs.

propone *efectivamente*, diga lo que diga, es una democracia *procedimental*, más en el terreno del *gobierno* que del *Estado*. Y, *justamente*, es en el terreno de la *praxis* política donde la actual situación histórica hace difícilmente viable la democracia parlamentaria. Tengamos en cuenta los siguientes factores que diferencian *sustancialmente* la situación sociopolítica actual de la anterior. Y que los defensores de la teoría democrática liberal no previeron o no quisieron prever. El primero es el *ocaso* o *fin* de las ideologías hoy que los grupos políticos se afanan en la búsqueda de *un centro común*: sobre todo cuando la hegeliana *astucia de la razón* ha desmontado las utopías *socio-económicas* de la izquierda. Quedan, pues, en pie solamente las ideologías *políticas*, una de las cuales es la *democracia liberal*. Pero, ocurre, que los vientos de la historia están barriendo el *interés ideológico* en política y está sustituyéndolo por los más cercanos *intereses corporativos*, sean *étnicos*, sean *localistas*, *ecológicos*, *lingüísticos*, *religiosos* e, incluso, *deportivos*. Es decir, campos de *interés social* no aptos para una *ideologización* general. Ni, por supuesto, para la *discusión* generalizada *mínimamente racional*.

El segundo factor diferencial de hoy es el cambio de lo que se llama *opinión pública* de lo que era en una sociedad de élites —burguesas ciertamente— más o menos *ilustradas* a la actual *sociedad de masas* cuya *cultura*, si así puede llamársela, es más *instrucción técnica* que auténtica cultura. Al menos en el sentido que tuvo en la burguesía urbana que fue el auténtico sustrato del tejido político liberal-democrático. Y, en este factor, la decisiva influencia de los *mass-media* y las modernas técnicas de *manipulación social* y *propaganda*: hoy, como dice Sartori, “nuestro destino dependerá cada vez más del poder de las imágenes... Pienso que el *homo videns* carece de saber... El ojo no es la mente. La televisión traduce los problemas en imágenes, pero si después las imágenes no se traducen en problemas, el ojo se come la mente: el puro y simple ver no nos ilumina en absoluto sobre cómo enmarcar los problemas, adecuarlos, afrontarlos y resolverlos. En realidad sucede lo contrario: todo pierde su proporción y tampoco se comprende qué problemas son falsos y cuáles verdade-

ros" (5). El *homo videns* existencialmente vive más en la *realidad virtual* que en la *efectiva*: aquella *recrea* el tiempo, la historia, a gusto del productor; o anticipa un futuro *ilusorio* al servicio de cualquier *ideología*. Item más, el *zapping* de la *realidad virtual* se traslada como exigencia a la *efectiva* vida real reclamando el *aquí y ahora*, ya en cualquier petición social que se haga. Nada de esto fue previsto en los estudios de hace sesenta años. Me temo que Schmitt estaría más de acuerdo con el gran teórico italiano de la democracia que Kelsen o Aragón. Lo cierto es que esto opera de acuerdo con el emotivismo que G. Le Bon (6) atribuye a la *masa* resistente a todo razonamiento.

El final de la presentación crítica de Aragón la titula: "Carl Schmitt entre el pasado y el presente: la situación actual del parlamentarismo" (págs. XXVIII y sigs.). Está escrito en 1990, cuando aún duraba, al menos aquí en España, la euforia del cambio político. El se remonta a la derrota de los regímenes totalitarios "después de la larga dictadura fascista", dice. Comprueba que "se recuperaba el parlamentarismo, pero con algunas correcciones respecto al viejo sistema, derivadas de las enseñanzas que proporcionaron las pasadas crisis" (ibídem). Está, pues, en un discurso *cara al pasado*, por un lado, y sigue anclado en el *procedimentalismo* como solución para tapar las *pequeñas fisuras* de un discurso que a ojos vista se resquebrajaba. Para Aragón, "las transformaciones no afectaban a los principios nucleares de la democracia representativa como sistema, pero sí a determinados elementos de éste: a los partidos políticos, a los que se confería reconocimiento institucional, admitiéndose sin reparos su papel de actores fundamentales de la vida política y, especialmente, de la actividad parlamentaria; al Gobierno y a la Administración, a los que se reforzaba y, sobre todo, encomendaba las tareas de intervención positiva para buscar el bienestar de los ciudadanos, reducir las desigualdades y, en definitiva, moderar los desequilibrios económicos y sociales; a la organización territorial del

(5) G. SARTORI, *op. cit.*, pág. 127.

(6) Cfr. GUSTAVE LE BON, *Le Société des foules*, Félix Alcan, 1899, cfr. capítulo y, § 1.

Estado, estableciéndose (o restableciéndose según los casos) una desamortización política... blá, blá, blá, etc.". Esto más que un estudio crítico de la política actual es un panfleto electoral cara a unas elecciones. Que, como puede verse, no toca los problemas reales denunciados por los que, desde diversos ángulos, trabajan en el discurso teórico del panorama político del mundo actual: su tesis básica es *querer como poder*, puro voluntarismo.

Realmente en el *totum revolutum* que ofrece, sólo roza una cuestión importante, la reforma de la organización territorial. Pero oculta —o se le pasa— que lo que *políticamente* significa esto es la quiebra del Estado jacobino unitario, pieza clave de las democracias clásicas nacidas de la Revolución francesa. Y, de momento, fuente de innumerables conflictos nacidos de las contradicciones entre la *libertad* que reclaman las *comunidades* en temas de política fiscal, económica o social y la *igualdad* que se pretende en la *sociedad* política del Estado. Vamos, pues, a acudir a la experiencia democrática de donde más opera el *procedimentalismo* jurídico, el área anglosajona. Y lo haremos de la mano de Ronald Dworkin, "sucesor de Hart en su cátedra de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona", nos dice A. Calsamiglia, prologuista de la obra-clave *Los Derechos en serio* (7). Empieza diciendo que "la filosofía política de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales... Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho" (pág. 16). El problema será definir qué es *un auténtico derecho*. Y a esto dedica Dworkin su obra, que recorre, paso a paso, el *iter* efectivo de la justicia anglosajona. Respecto a lo aquí importante, "algunos filósofos rechazan la idea de que los ciudadanos tengan derecho alguno, aparte de los que acierta a otorgarles la ley. Bentham pensaba que la idea de derechos morales era el «disparate en zancos»" (pág. 276). No otra es la tesis explícitamente enunciada por Spinoza (8), seguida por Bentham y espina dorsal de la teoría de *derecho puro* de Kelsen al que Aragón apoya frente a Schmitt. En todo discurso

(7) R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, 1993.

(8) B. SPINOZA, *Tratado político*, capítulo II, § 19.

procedimental la clave son las *normas* reguladoras y la *jurisprudencia*. Dworkin dedicará los capítulos II y III al "modelo de las normas". En el II hará *nominatim* una crítica demoledora al *positivismo jurídico*: "El esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas proposiciones centrales en torno a las cuales se organiza... Estos principios claves pueden ser enunciados de la manera siguiente: *a*) El derecho de una comunidad es el conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción...; *b*) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de «derecho», de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso a alguien... entonces el caso no se puede decidir «aplicando la ley». Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que «ejerza su discreción», lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe" (pág. 67). Alude a continuación a los *modelos positivistas* de Austin y Hart. Éste "establece que una norma puede ser obligatoria: *a*) porque es aceptada, o *b*) porque es válida" (pág. 70). El problema de fondo es, pues, el de la *validación* de las normas.

Ahora Dworkin definirá su posición: "Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo" (pág. 72). Y lo hará no desde supuestos *teóricos*, como Schmitt, sino desde la posibilidad *procedimental* de la praxis jurídica anglosajona. Empieza definiendo los términos usados, *normas*, *principios* y *directrices políticas*: "Usaré el término *principio* en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son *normas*, en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre *principios* y *directrices políticas*... Llamo *directriz* o *directriz política* al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado... Llamo *principios* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad" (ibídem). Está deliberadamente expresándose en un lenguaje coloquial que todo el mundo entiende. Pero, en el fondo, el verdadero problema es el del *pluralismo moral* que

suministra no "alguna otra dimensión de la *moralidad*", sino "algunas otras *dimensiones de la moralidad*", tal vez incompatibles entre sí. Esto sobrepasa el aspecto puramente *formal* del problema que Dworkin expone así: "La diferencia entre principios y normas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de orientación que les dan. Las normas son aplicadas a la manera de disyuntivas" (págs. 75-75).

En lo anterior hay que señalar que en la aplicación de la *discrecionalidad* en la práctica jurídica normal anglosajona, además de las *diferencias* alternativas entre normas, operan las *diferencias* entre principios, y éstos dependen *principalmente* de las señaladas *dimensiones de la moralidad* que, por su propia naturaleza, *no son pactables*, como se ve en la dialéctica política en la que los mismos hechos son valorados *a priori* según los diferentes principios sin atender a *razones*. Pero, aún más, "la distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas" (pág. 77), porque "los principios tienen una dimensión que falta a las normas: la dimensión de peso o importancia" (*ibídem*), es decir, están *jerarquizados*, mientras que "las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o no son *funcionalmente* importantes... Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida" (pág. 78) en el caso de que se trate. Lo malo es que "la forma de un estándar no siempre queda en claro si se trata de una norma o un principio" (*ibídem*), porque, "en ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma" (pág. 79).

Pero, aun dentro del discurso *precedimental*, "un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas" (pág. 80). En otras palabras: *no todo es cuestión de procedimiento*. Se ve claramente, dando un paso más, cuando aparece el tema de la *discrecionalidad*: "Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una

norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo... Sostendré que, en el sentido en que la doctrina incide efectivamente sobre nuestra manera de enjuiciar los principios, no encuentra apoyo alguno en los argumentos de que se valen los positivistas para defenderlos" (pág. 83). Pero antes ha dicho, hablando de la discrecionalidad de los jueces y otros funcionarios, que la *discreción* significa *tr más allá de la norma*, es un *apartar* lo legítimamente *legislado* por insuficiente. Esto afecta claramente a la misma noción de Estado de derecho.

"El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto" (pág. 83), porque "la discreción, como un agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo" (pág. 84). Explica a continuación cómo *discreción* tiene dos valores: uno *débil*, que no es otra cosa "que decir... que las normas que tiene que aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento... En un sentido débil diferente... decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada o anulada por otro funcionario" (pág. 84). Pero también hay otro sentido que es "afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión... Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra *discreción* no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica" (pág. 85).

Para Dworkin "en realidad, esta es la dificultad que se plantea al suponer que los positivistas quieren usar el término *discreción* en este sentido débil. La proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la *discreción*, en el sentido de juicio, es una tautología. Además, no tiene relación con el problema de cómo dar cuenta de los principios jurídicos" (pág. 87), *que es el verdadero problema*. "Los positivistas hablan como si su doctrina de la *discreción* judicial fuera un descubrimiento y no una tautología, y como si tuviera efectivamente alguna relación con los principios" (*ibidem*). Creo que es más: es afirmar la primacía del *Estado racio-*

nal del derecho y, a la vez, como antes se dice, admitir un poder *discrecional* que *va más allá* del Estado de derecho. Pero, además, "un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho, porque su autoridad, y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma" (pág. 89). Lo cual es lógico, pues la norma existe o no, pero no precisa *demonstración*, como ocurre con los *principios* que darán origen a las normas: "esto constituye un razonamiento circular; nos interesa el estatus de los principios porque queremos evaluar el modelo de los positivistas. El positivista no puede defender por decreto toda su teoría de la regla del reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, debe encontrar alguna otra razón por la cual no tienen fuerza de ley" (pág. 90).

Estamos, pues, en el *ojo del huracán*. Hasta ahora sólo "hemos descubierto graves dificultades" (pág. 94). Lo cierto es que, hasta aquí, parece haberse escogido un camino equivocado: "¿Qué pasa si adoptamos el primer enfoque? ¿Cuáles serían las consecuencias de tal actitud para la estructura básica del positivismo? ... tendríamos que abandonar... el segundo dogma, la doctrina de la discreción judicial... ¿Tendríamos también que abandonar o modificar el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios del tipo que se puede establecer una regla maestra como la regla del reconocimiento del profesor Hart?" (ibídem). ¿Cuál es esa *regla maestra*? "Hart dice que una regla maestra podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la *costumbre*... La regla maestra podría estipular que alguna costumbre es considerada como derecho incluso antes de que los tribunales lo reconozcan" (pág. 97). Es decir, ir no sólo *delante*, sino *más allá* de la ley positiva en la praxis jurídica ordinaria.

El problema práctico que ha originado toda esta confusa problemática *procedimental* es su ineludibilidad: "El derecho de la sociedad a proteger su existencia" (pág. 352), por lo que precisa

una legislación de *normas*; éstas fundadas en *derechos jerarquizados*... ¿Por quien? Porque "en una sociedad moderna hay una diversidad de principios que algunos adoptan como guía y que no intenten imponer a los demás. *Hay también estándares morales que la mayoría excluye de la tolerancia y que impone a quienes disienten de ello... Una sociedad no puede sobrevivir a menos que algunos estándares sean de la segunda clase, porque para su vida es esencial un cierto consenso moral. Toda sociedad tiene derecho a preservar su propia existencia*... Un derecho así, tiene la facultad de usar las instituciones y sanciones de su derecho penal para imponer ese derecho" (ibídem) (9). Esto lleva a Dworkin a intentar definir "el concepto de una posición moral" (pág. 358), después de señalar que "expresiones como posición moral y convicción moral funcionan no solamente como términos de descripción, sino también de justificación y de crítica ...también usamos algunas de estas expresiones, especialmente posición moral y convicción moral, en un sentido discriminatorio, para constatar las posiciones que ellas describen con prejuicios, con racionalizaciones, cuestiones de aversión o gusto personal" (ibídem). Es decir, lo que *atribuímos a los otros*.

Lo cierto es que en la dialéctica sociopolítica se "imponen la diferencia entre posiciones que debemos respetar, aun cuando las consideremos equivocadas, y posiciones que no es necesario respetar porque ofenden alguna regla o razonamiento moral *básico*" (pág. 359). En un planteamiento radicalmente *positivista* tal dialéctica para defender mi posición "debo presentar alguna razón que la fundamente... Estas son cosas que muy poca gente puede hacer, y la capacidad de atenerse a una posición moral no se limita a los que pueden... Sin embargo, no me servirá cualquier razón que pueda dar; algunas quedan excluidas por los criterios generales que estipulan las razones que no cuentan" (pág. 360). Por otro lado, "distinguimos las posiciones morales de las reacciones emocionales... se supone que la posición moral justifica la reacción emocional, pero no a la inversa... si sólo puedo

(9) La cursiva es nuestra.

defender mi posición citando creencias ajenas... y no basándome en una convicción moral propia" (pág. 361).

Al llegar aquí Dworkin toca el mismo fondo del problema, pues, a la frase anterior, añade: "Con la posible (aunque compleja) excepción de una divinidad, no hay autoridad moral a la cual pueda apelar de manera que automáticamente mi posición se convierta en posición moral" (ibídem). Si se acepta esta excepción, cae por su base la propuesta del *positivismo jurídico* que empieza en Spinoza y desarrollan Kelsen, Austin, Hart, etc.: se acepta, pues, un *orden-dado-a-la-naturaleza-moral-y-política* del hombre. En todo este razonamiento, Dworkin va pacientemente minando la teoría de una ética *inmanente*, fundamento último del *positivismo jurídico*. a cualquier *razonamiento* meramente *humano* en cualquier sentido ético se puede oponer otro *razonamiento* en sentido contrario. Su *razonada* exposición sobre casos reales de la praxis jurídica *procedimental*, demuestra cómo en el planteamiento *inmanente* de la justicia se produce, se quiera o no, un *deslizamiento* vicioso hacia el *uso alternativo de la justicia* por la *discrecionalidad* de los jueces: no se *valora* igual el mismo hecho desde una *discrecional* alternativa jurídica que desde otra. Esto es inevitable, ya que sólo el hombre, los *hombres*, son los que *tienen que juzgar*. En el último capítulo —*¿Pueden ser convertibles los derechos?*— el hábil manejo del *positivismo lógico* —en el que son maestros los anglosajones— por Dworkin *destruye* el *positivismo jurídico* y apunta claramente a la solución: volver a un sano desarrollo del *derecho natural*. Se pregunta: "¿Qué es esa realidad objetiva? Debe contener derechos y obligaciones, incluso obligaciones y derechos jurídicos, independientes de la estructura y del conjunto de los sistemas convencionales. Esa idea es familiar en las teorías del derecho natural, pero es un recurso que sorprende encontrar en manos del filósofo que, en nombre del sentido común, sostiene que no puede haber respuesta correcta en un caso difícil... Si los derechos y las obligaciones son parte de un mundo objetivo e independiente, ¿por qué no hemos de suponer que alguien que puede tener un derecho aun cuando nadie más crea que lo tenga, o cuando nadie pueda

demostrar que lo tiene?" (pág. 409). Ahora bien, *¿cómo y quién funda tal derecho natural?* Previamente Dworkin ha criticado la insuficiencia de Rawls como un intento de reconstruir el derecho natural desde la categoría naturales de la lógica formal (10), que fue el presupuesto original de Grocio con el resultado de devenir una mera *física social* que anula la *ley de la libertad* de las *personas* para reducir las a la *ley de necesidad* de las cosas. No otro ha sido el intento de todos los totalitarismos de izquierdas o derechas, leninista o hitleriano. Aquí podríamos decir con Santa Teresa, que "el demonio es la mona de Dios", es decir, que hace grotescas imitaciones de un buen modelo original. Aragón, en defensa de su tesis, nos dirá en su *Estudio preliminar*: "No es casual, en modo alguno, que Schmitt comprenda mejor el marxismo (o lo que idealismo hay en el marxismo); al fin y al cabo, a éste le aproxima su concepción teológica de la política. Probablemente Schmitt ha sido, con un siglo de retraso, el último de los pensadores contrarrevolucionarios, el más genuino heredero de De Bonald, De Maistre y Donoso Cortés. A él podría aplicársele lo mismo que dice, en el libro, del propio Donoso" (pág. XXXIII). La cita que copia de Schmitt dice: "Para Cortés el socialismo radical es algo incomparablemente superior que la transigencia liberal, porqu lleva a los problemas y porque da una respuesta a las preguntas radicales, dado que posee una teología" (pág. 88). Tal vez sea demasiado pedir al profesor Aragón que defendiendo el *positivismo* de Kelsen, de raíz kantiana, distinga entre lo *fenoménico*, transcendentamente (en el sentido kantiano) lo *formal-en-la-idea* y lo *nouménico* o *real efectivo*. Por eso, para él, *teología* e *idealismo* son equiparables como si la filosofía *idealista* que procede del *cogito* cartesiano no hubiera nacido con la pretensión de *eliminar* el *realismo* de la *creatio ex nihilo* de *toda* realidad, posición propia de la *teología escolástica*. Obviamente, no pueden negarse las analogías *formales* del más elaborado sistema filosófico *idealista*, que es el *panlogismo* hegeliano que pretende *igualar* la Razón Divina, del *Espíritu Infinito*, con la razón humana de la autoconciencia

(10) Ver capítulo 6, especialmente págs. 272 y sigs.

del *espíritu finito* del hombre (11), finalmente ha devenido en el monstruo totalitario. Pero otro es el caso de la metafísica *creacionista* que admite la absoluta separación *ontológica* entre el *Creador* y la *creatura*, cuya relación es *analógica, libre ex parte Dei, obligada ex parte homo*. Por eso Schmitt, en otra frase, que no cita Aragón, recordará que "de forma similar se expresa Hegel (12): se puede afirmar del pueblo judío que, precisamente porque se encuentra ante las puertas de la salvación, es el más vil" (pág. 78). Lo que, dicho de un modo que tenga menos sabor racista, lo expresa el aforismo escolástico que dice: *corruptio optimi, pessima*, la corrupción de lo mejor es lo peor. En otras palabras: no todo *marco de referencia* que trascienda al hombre individuo es *válido* como prueba, y clave de la coherencia de los planteamientos *éticos, jurídicos y políticos*, sino sólo el que se funda en la *Revelación divina* que nos habla de un Creador de cosas y personas. Éstas en su estructura constitutiva, además de la *razón*, reciben el *sentido moral*, la *οὐντηρεοτο*, para dirigir la voluntad señalándola el *bien* y el *mal* igual para todos los hombres, creyentes o no, y que constituye un sólido fundamento de la *moral* y, por ende, de un orden *jurídico* que legitime un orden *político* justo, acorde con los verdaderos *derechos humanos* y más fuerte, infinitamente más fuerte, que las meras *convenciones* fundadas en *opiniones* humanas *particularistas y cambiantes*: sólo vale la *teología* de Dios, no las *pseudoteologías* de los ídolos.

Llegamos al final de esta rara recensión crítica de una obra, importante, de Carl Schmitt, hecha *per oposition* desde la crítica *ideológica* de una positivista, al menos eso parece, que le descalifica por sus fundamentos *teológicos* y le contrapone al *positivismo* de Kelsen. Aquí, creo, ha quedado claro que la crítica a este *positivismo* hecha desde su misma orilla por Dworkin, incluso Rawls, y sociopolíticamente por Sartori,

(11) G. W. F. HEGEL, *Lecciones sobre filosofía de la religión*, Allanza, 1984, tomo I: "No puede haber dos clases de razón ni dos clases de espíritu ni tampoco una razón divina y una razón humana", pág. 43.

(12) *Phänomenologie*, II, 257.

muestra que esta posición es mucho más frágil que el iusnaturalismo clásico, no sólo teóricamente, sino también *procedimentalmente*, generando más problemas jurídicos que los que pretende resolver de una manera *raccional*. Al final el crítico, Manuel Aragón, tiene que rendirse ante la insuficiencia del positivismo para resolver los temas jurídicos actuales y termina diciendo que “no se trata ahora de extenderse en juicios retrospectivos. Más interés tiene el alertar sobre los nuevos dogmatismos (nacionalismos, racismos, fundamentalismos) que hoy aparecen en el horizonte y que pudieran constituir en el futuro, otra vez, y con distintos rostros, el mayor peligro de la democracia parlamentaria. Desde ese punto de vista, el libro de Schmitt no deja de ser, desde luego, un buen ácate para que *la razón no vuelva a adormecerse*” (pág. XXXIV).

Estamos, pues, otra vez con el genial sordo de Fuentetodos: el sueño de la razón produce monstruos (13). Lo ocurrido en la humanidad desde que se abandonó una concepción trascendente de la misma, los ha producido y tales como sus *idealistas* seguidores no los podían imaginar. En fin: al profesor Aragón se le podría aplicar el conocido dicho portugués: *Tiene razón; pero no toda. Y la poca que tiene, no vale nada.*

ANTONIO SEGURA FERNS

Vittorio Messori: LOS DESAFÍOS DEL CATÓLICO (*)

Durante décadas los fieles católicos nos hemos visto privados de libros apologeticos. En una ocasión análoga me he referido al defecto que implica la publicación reciente de los textos de Chesterton o C. S. Lewis en castellano, como la única y más punzante apologetica disponible. Y no es sólo que C. S. Lewis nunca

(13) En el Comentario al grabado número 43 de los *Caprichos*, “*la fantasía abandonada de la razón produce monstruos imposibles*”.

(*) Planeta, Barcelona, 1997, 197 págs.