



DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#46

uc3m | Universidad **Carlos III** de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba



FECYT 008/2021
Fecha de certificación: 25 de mayo de 2021 (1ª convocatoria)
Válida hasta: 30 de julio de 2022

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 46, Época II, Enero 2022



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS RAMÍREZ (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA GIL (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
ÁNGEL LLAMAS CASCÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ SANZ (†) (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA IBEAS (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

Nota del Director	11
-------------------------	----

IN MEMORIAM

J.C. Davis. <i>In memoriam</i>	17
MIGUEL ANGEL RAMIRO AVILÉS	

ARTÍCULOS

Sexo, género y derechos: del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” al “derecho a la libre determinación del género”	23
---	----

Sex, gender and rights: from the “right to sexual orientation and gender identity” to the “right to self-determination of gender”

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Los otros rostros de Alf Ross. Ideas para un análisis crítico del <i>Demokrati, magt og ret, 1974</i>	65
--	----

The other faces of Alf Ross. Hints for a critical analysis of Demokrati, magt og ret, 1974

ALESSANDRO SERPE

Hacia la no-dominación en el ámbito laboral: algunas propuestas neorrepublicanas	85
---	----

Towards non-domination in the workplace: Some neorepublican proposals

RAMÓN RUIZ RUIZ

La defensa de la República y los derechos a la renta del suelo y a la existencia en Thomas Paine y Maximilien Robespierre. Análisis comparativo	115
<i>The defense of the Republic and the rights to the income of the soil and the existence in Thomas Paine and Maximilien Robespierre. Comparative analysis</i>	
MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ	
El Reichsgericht como “guardián de la constitución” en la obra de Carl Schmitt	145
<i>The Reichsgericht as “guardian of the constitution” in Carl Schmitt’s work</i>	
PABLO RIQUELME VÁZQUEZ	
Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales	177
<i>Legal and philosophical approaches to memory and the right to be forgotten from a fundamental rights theory</i>	
MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ	
El principio de la reciprocidad: fundamentos para el ejercicio de las libertades fundamentales	213
<i>The principle of reciprocity: foundations for the exercise of fundamental freedoms</i>	
MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ	
Desafíos para la ciudadanía y el sistema de derechos fundamentales en la era digital	241
<i>Challenges for citizenship and the fundamental rights system in the digital age</i>	
CARLOS ARCE JIMÉNEZ	

¿No tengo (aún o ya) la edad? (In)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas	273
<i>Am I not (yet or already) old enough? (In)visibility, vulnerability and violence of children and elderly</i>	

MARIA GIULIA BERNARDINI

Las moratorias científicas en el contexto de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos	297
<i>Scientific moratories in the context of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights</i>	

MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI

RECENSIONES

Cintia FARACO y Simona LANGELLA (ed.), <i>Francisco Suárez (1617-2017) Atti del convegno in occasione del IV centenario della morte</i>	329
JESÚS MUÑOZ ALMAZÁN	

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>La vida en común. Los hombres que deberíamos ser después del coronavirus</i>	337
ALICIA CÁRDENAS CORDÓN	

Hugo SELEME, <i>Puro cristianismo</i>	345
LISANDRO N. GÓMEZ	

Georgios MILIOS, <i>El derecho a la vida familiar de los extranjeros.....</i>	351
FERNANDA TORRES VILLARRUBIA	

NOTICIAS

El Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” inaugura un nuevo curso en el que retoma la presencialidad	363
Reflexiones sobre la primera edición del foro “Mujeres frente a la pandemia: mirada de género para una respuesta feminista”	366
Webinar internacional “Free speech, democracy and right of minorities”, 7 julio-26 julio 2021	369
CV de los participantes	371

EL REICHSGERICHT COMO “GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN” EN LA OBRA DE CARL SCHMITT

THE REICHSGERICHT AS “GUARDIAN OF THE CONSTITUTION” IN CARL SCHMITT’S WORK

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ*
Universidade de Vigo

Fecha de recepción: 28-8-20

Fecha de aceptación: 17-3-21

Resumen: *En este artículo se examina el peculiar rol defensivo de la Constitución asignado por Carl Schmitt a los juzgados y tribunales ordinarios de la República de Weimar. A tal fin se analiza un trabajo del autor alemán que apenas ha recibido atención por parte de los especialistas en la materia: “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (El Reichsgericht como guardián de la Constitución)”. La interpretación detallada y sistemática de esta contribución ofrece una novedosa perspectiva de la reflexión schmittiana acerca de los diversos mecanismos institucionales disponibles para proteger la ordenación básica de una sociedad. De esta forma se plantea un claro distanciamiento respecto de los sobreentendidos más habituales en relación con la crítica del jurista alemán al liberalismo. En concreto, con esta contribución se trata de mostrar que Carl Schmitt nunca se opuso a un control jurisdiccional de la constitucionalidad muy restringido y exclusivamente funcional a los intereses de la burguesía weimariana. A modo de corolario, se señalan las implicaciones de lo dicho para la doctrina de las garantías institucionales desarrollada por el autor en los años finales de la república alemana y, en general, para su teoría institucionalista del Derecho.*

* El autor desea hacer constar su agradecimiento hacia la Prof.^a Almudena Bergareche, y los Profs. Juan Carlos Utrera y José María Ordóñez por sus valiosas indicaciones a lo largo del proceso de elaboración de este trabajo. Una versión muy germinal del mismo fue presentada por su autor en el congreso internacional *Weimar Moments: Constitutionalising Mass Democracy in Germany, Italy, Spain, and Beyond*, celebrado entre el 13 y el 15 de noviembre de 2019 en Madrid. Durante el turno de intervenciones que siguió a su exposición, el autor se benefició de los comentarios y sugerencias de la Prof.^a Sabrina Ragone, y los Profs. José Agustín Menéndez, Michael Wilkinson, Ángel Aday Jiménez y José Antonio García Sáez.

Abstract: *This article deals with the peculiar defensive role of the Constitution assigned by Carl Schmitt to the ordinary courts of the Weimar Republic. To this end, we analyse a work published in 1929 by the German author which has received little attention from specialists: 'Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (The Reichsgericht as guardian of the Constitution)'. The detailed and systematic interpretation of this contribution offers a novel perspective of Schmitt's reflection on the various institutional mechanisms available to protect the basic arrangement of a society. This approach entails an emancipation from the most common prejudices in relation to the jurist's critique of liberalism. In particular, this paper argues that Carl Schmitt never objected to a narrow judicial review exclusively functional to the interests of the Weimarian bourgeoisie. To conclude, we note the implications of what has been said for the doctrine of institutional guarantees developed by the author in the final years of the German republic and, in general terms, for his institutionalist theory of law.*

Palabras clave: democracia de masas, derecho de control judicial, liberalismo, derechos fundamentales

Keywords: mass democracy, judicial review, liberalism, fundamental rights

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se presenta como una contribución muy específica al estudio de lo que Rainer Wahl y Friedrich Rottmann han caracterizado como “fase de incubación”¹ de la jurisdicción constitucional alemana. Los casi catorce años de vida de la finalmente malograda República de Weimar representaron, sin ningún género de dudas, un momento decisivo de dicha fase. La discusión a propósito de los diferentes rasgos o elementos que, en nuestros días, han terminado por definir la justicia constitucional² se caracterizó a la sazón, en el territorio alemán, por una intensidad seguramente mayor que la alcanzada allí donde el control concentrado de constitucionalidad ya había sido efectivamente implantado a inicios de la década de 1930³. Esta circuns-

¹ R. WAHL y F. ROTTMANN, “Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar”, en W. CONZE y R. LEPSIUS (eds.), *Sozialgeschichte der Bundesrepublik. Beiträge zum Kontinuitätsproblem*, Klett-Cotta, 2ª ed., Stuttgart, 1985, p. 356.

² *Vid.*, a modo de síntesis, los trabajos recogidos en G. JACOBSON y M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

³ Me estoy refiriendo a los consabidos casos austriaco, checoslovaco y español [P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 246-276, 281-300, y 309-325, respecti-

tancia hace de los debates al respecto mantenidos por los iuspublicistas germanos del periodo de entreguerras un crisol de propuestas y planteamientos jurídicos de indudable valor científico. A la luz de tales controversias, Pedro Cruz Villalón, ha identificado tres dimensiones de la “aportación de Weimar al control de constitucionalidad”: la primera de estas dimensiones se correspondería con la experiencia del pleno y efectivo sometimiento de las “relaciones *Reich-Länder*” a una solución jurisdiccional; la segunda, con el esbozo de un modelo de “control abstracto de normas” sustitutivo del “control judicial difuso”; y la tercera, finalmente, con una serie de reflexiones teóricas sintetizables bajo la fórmula “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional”. Esta última dimensión de la aportación señalada habría puesto de manifiesto, en concreto, las diferencias cualitativas entre una jurisdicción constitucional únicamente garante de la regulación de los órganos del Estado y de la distribución territorial de competencias, y otra llamada, además, a proteger un catálogo de derechos fundamentales⁴.

El trabajo que el lector tiene ante sí no se propone examinar en detalle cada una de las dimensiones de la “aportación de Weimar al control de constitucionalidad” a las que se acaba de hacer referencia; como se verá, ni siquiera se ocupará de la totalidad de aquellas –la segunda y la tercera– dentro de las que deben ser subsumidas las reflexiones que serán efectuadas a continuación. La riqueza y complejidad de las aproximaciones de los diferentes autores (Preuss, Poetsch, von Hippel, Morstein-Marx, Triepel, Neumann, Thoma, Jellinek, Radbruch, Brecht, Heller, Kelsen, Schmitt...) a la problemática del “control judicial difuso” y a la “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional” es tal que supondría una falta de rigor imperdonable tratar de abordar tan vasto tema en una contribución de estas características⁵. A lo largo de las páginas que siguen, la relación dialéc-

vamente]. El Principado de Liechtenstein también habría establecido un tribunal constitucional en 1921 (V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de la constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 25).

⁴ P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 224-227.

⁵ Este tema fue tempranamente pergeñado por A. HENSEL, “Grundrechte und Rechtsprechung”, en O. SCHREIBER (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*. Erster Band: *Öffentliches Recht*, Walter de Gruyter & Co., 1ª reimpr., Berlín y Leipzig, 1983, pp. 1-32. Con posterioridad, ha sido exhaustivamente estudiado, entre otros, por H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Verlag Otto Schwartz & co., Göttingen, 1984, pp. 205-230; C. GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pp. 120-129; P.

tica antedicha únicamente se analizará desde la perspectiva de una peculiar y no muy conocida contribución del autor más equívoco y seguramente más notorio de los que han sido enumerados hasta el momento: me estoy refiriendo al opúsculo “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” publicado en el año 1929 por Carl Schmitt⁶.

¿Por qué estudiar, noventa años después de su publicación, una obra que apenas ha merecido atención por parte de los muchos especialistas que se han encargado de comentar los trabajos del polémico jurista alemán? ¿Y de qué manera aproximarse al opúsculo de un autor tan difícil de “ubicar” que se ha llegado a ver en él tanto a un firme defensor como a un destructor *avant la lettre* de la república⁷? Las respuestas a estos interrogantes deman-

CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 216 y ss.; C. BÖNNEMANN, *Die Beilegung von Verfassungskonflikten vor der Zeit des Grundgesetzes. Die Entwicklung verfassungsgerichtlicher Strukturen in Deutschland, ausgehend vom Frühkonstitutionalismus bis zum Ende der Weimarer Republik*, Frank&Time, Berlín, 2007, pp. 151 y ss.; H. WISSMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht in Reichskonstitutionalismus und Republik – Wegmarke der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en T. SIMON y J. KALWODA (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012* (Beiheft 22 zu „Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht“), Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 253-272; o H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, en T. SIMON y J. KALWODA (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012* (Beiheft 22 zu „Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht“), Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 317-372.

⁶ El trabajo fue concluido en agosto del año 1928 y publicado el 1 de octubre de 1929 como contribución a una obra conmemorativa del quincuagésimo aniversario del *Reichsgericht*: C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en O. SCHREIBER (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929). Erster Band: Öffentliches Recht*, Walter de Gruyter & Co., 1ª reimpr., Berlín y Leipzig, 1983, pp. 154-178. El opúsculo apareció posteriormente como C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, pp. 140-174. En lo que sigue únicamente se citará esta última edición.

⁷ A la dificultad de “ubicar” a Schmitt se ha referido M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland. Dritter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur. 1914-1945*, C. H. Beck, Múnich, 1999, p. 178. Ellen Kennedy, por su parte, ha ofrecido una sucinta, pero persuasiva exposición tanto de la “crítica intelectual común” como de la más reciente “ola de especialistas anglófonos en la obra del constitucionalista alemán” (E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 262 y s.). La heterogeneidad de enfoques referida está asimismo presente en un reciente libro colectivo a cargo de J. MEIERHENRICH y O. SIMONS, *The Oxford*

dan una aproximación al trabajo antedicho alejada de ciertos sobreentendidos más o menos habituales en relación con el intelectual alemán⁸, especialmente de aquellos que, adoptando como axioma interpretativo su nefanda vinculación personal con el nacionalsocialismo, se basan “*ex post* y retrospectivamente [en] situaciones posteriores y estructuradas de una forma totalmente diferente, situaciones que no habrían germinado hasta la quiebra de la legalidad weimariana”⁹.

En lo que concierne a la primera cuestión cabría señalar, en línea con lo sostenido por Hasso Hofmann, que la razón para estudiar una contribución aparentemente menor de Carl Schmitt radica en lo que se ha caracterizado como “subdesarrollado” reconocimiento académico del “impacto de la teo-

Handbook of Carl Schmitt, Oxford University Press, Oxford, 2017. En España, las “posiciones irreconciliables” en torno al pensamiento de Carl Schmitt han sido resumidas, entre otros, por J. MOLINA CANO, CARMELO JIMÉNEZ SEGADO: *Contrarrevolución o resistencia: la teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Tecnos, Madrid, 2009, 328 pp. “Un libro contra el mito de Carl Schmitt”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, pp. 223 y s.

⁸ Me estoy refiriendo a la interpretación que, siguiendo la línea tempranamente marcada por J. FIJALKOWSKI, *La trama ideológica del totalitarismo*, Tecnos, Madrid, 1966, categoriza enfáticamente al alemán como un jurista o pensador “iliberal”. B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A critical analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 27 y ss., ha tratado de refutar esta tesis distinguiendo entre los aborrecibles compromisos biográficos de Carl Schmitt con el antisemitismo o el nacionalsocialismo, por una parte, y sus valiosas contribuciones teóricas, por otra. La conveniencia de separar la vida y la obra de Carl Schmitt ya había sido anteriormente postulada por H. QUARITSCH, “Einleitung: über den Umgang mit Person und Werk Carl Schmitts”, en Id. (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, pp. 12 y ss., o J. M. BAÑO LEÓN, “Estudio preliminar”, en C. SCHMITT, *Ensayos sobre la dictadura*, Tecnos, Madrid, 2013, p. XVI, entre otros.

⁹ C. SCHMITT, “Legalität und Legitimität (1932)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, p. 350. Aunque únicamente en relación con el institucionalismo de Carl Schmitt, Jens Meierhenrich también ha defendido que “no hay una línea que conduzca directamente de un punto a otro del continuo teórico. El institucionalismo racial de Schmitt, en tanto que ejemplificación más radical de su institucionalismo extremista, no fue una consecuencia pre-ordenada, sino el resultado de una contingencia estructurada. Con esto quiero decir que el desarrollo intelectual de Schmitt lo predisponía a un pensamiento organizado (*orderly thought*). (...) Pero en la década de 1920 no era obvio –ni por el pensamiento ni por la conducta de Schmitt– que llegaría a ser un ardiente defensor intelectual del régimen nazi. Esta consecuencia –sostengo– dependió de acontecimientos más cercanos” (J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things: The Development of Carl Schmitt’s Institutional Theory, 1919–1942”, en J. MEIERHENRICH y O. SIMONS, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 182).

ría schmittiana sobre la *Grundgesetz*¹⁰ (y, por extensión –cabría añadir–, sobre la Constitución Española de 1978 también¹¹). En este sentido, las obras de Carl Schmitt –entre las que “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” no es una excepción– todavía gozarían de vigencia y relevancia a día de hoy:

[...] sea por su condición de paradigma de falacias teóricas todavía amenazantes y tal vez incluso seductoras; sea porque se da una afinidad inherente e irritante entre sus posiblemente todavía convincentes análisis de la política, por una parte, y su completamente inaceptable alianza personal con el nacionalsocialismo, por otra; sea, finalmente, porque su trabajo nos confronta con percepciones sobre características estructurales de nuestras democracias constitucionales que nos generan aversión, ya que podría haber algo de verdad en ellas¹².

Por lo que hace a la segunda pregunta y dejando a un lado los infaustos aspectos biográficos ya consabidos, en nuestros días abundan los autores para los que Carl Schmitt fue un intelectual “ocasionalista” que nunca elaboró un verdadero sistema¹³. Estas opiniones contrastan con las del propio

¹⁰ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität: der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Duncker&Humblot, Berlín, 1992, p. III.

¹¹ Francisco Rubio Llorente explicó hace cuarenta años ya que la configuración de los derechos y libertades dispuesta por la Constitución Española obligaba a los iuspublicistas patrios a “germanizarse” (F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente del Derecho”, en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 67). Así, por ejemplo, el art. 53.1 CE habría sido redactado bajo la influencia directa de los artículos 1.3 –que establece la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos constitucionalmente consagrados– y 19.2 –que prohíbe la vulneración del contenido esencial de los derechos antedichos– de la *Grundgesetz* alemana.

¹² U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, en C. MOUFFE (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, Londres, 1999, p. 155.

¹³ H. QUARITSCH, “Einleitung: über den Umgang mit Person und Werk Carl Schmitts”, cit., pp. 21 y s. Un diagnóstico análogo puede encontrarse, p. ej., en D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 41, o K. LÖWITZ, “El decisionismo ocasional de Carl Schmitt”, en Id., *Heidegger, pensador de un tiempo indigente: sobre la posición de la Filosofía en el siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 55. Como ha señalado U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., pp. 156 y s., ni siquiera la *Verfassungslehre* supuso una nueva exposición sistemática de la democracia constitucional weimariana; a su entender, esta obra no ofrece más que una “remodelación” de los principales temas del Derecho Constitucional basada en la esencial relevancia de “lo político” –esto es, de energías políticas pre- y a-constitucionales– para la determinación de todos los procesos constitucionales. En un sentido similar (aunque no del todo coincidente en lo que específicamente concierne a la *Verfassungslehre*) sostenido Rafael Agapito Serrano

Schmitt¹⁴ o Ernst-Wolfgang Böckenförde, quien llegaría a hablar de la “trabazón sistemática (*systematischen Zusammenhangs*)” de la obra del primero¹⁵. El antagonismo que se acaba de esbozar podría haber sido sintéticamente superado por aquellos especialistas para los que Carl Schmitt no fue tanto un intelectual ultraconservador como un “burgués revolucionario que luchó por la preservación del orden liberal-burgués bajo las condiciones de la intensificada lucha de clases del siglo XX”¹⁶. Según esta interpretación de su obra, el controvertido intelectual alemán no buscó otra cosa que el mantenimiento de las instituciones cardinales del orden social decimonónico –propiedad privada, herencia, libertades de comercio, contrato e inversión, etc.– en el marco de una conflictiva, voluble e imprevisible democracia de masas¹⁷. Mariano Croce y Andrea Salvatore¹⁸, o Benjamin A. Schupmann, han respaldado metodológicamente este enfoque en los últimos años al

que las obras de Carl Schmitt “se presentan como respuestas a las cuestiones prácticas que en cada caso atraerán su atención” (R. AGAPITO SERRANO, “Introducción”, en C. SCHMITT, *El concepto de lo político*, Alianza editorial, Madrid, 2012, pp. 11-38, p. 12). J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things...”, cit., pp. 183 y s., finalmente, ha ofrecido ejemplos concretos de la reactividad schmittiana en la forma de lo que ha conceptualizado como diferentes fases del “institucionalismo” del autor alemán.

¹⁴ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, 3ª ed., Berlín, 1963, p. 17.

¹⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatrechtlichen Werk Carl Schmitts”, en H. QUARITSCH (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, p. 286. En esta dirección parecen señalar también J. de MIGUEL y J. TAJADURA TEJADA, “Kelsen y Schmitt: dos juristas en Weimar”, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 20, 2019, p. 379, al sostener que ‘es preciso recordar que frente a las acusaciones de falta de rigor metodológico, la *Teoría de la Constitución* (1928) es su propuesta –primera frase del libro– “para sistematizar el constitucionalismo del Estado burgués de Derecho” (cursivas nuestras) (sic).

¹⁶ U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., p. 159. Cfr. los destacados trabajos de R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998; E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., pp. 261 y ss.; o H. HELLER, “Authoritarian Liberalism?”, *European Law Journal*, vol. 21, núm. 3 (mayo), 2015, p. 300, quien ya en 1932 no dudó en motejar a Carl Schmitt de “liberal autoritario”. Con independencia de las opiniones de los especialistas referidos, la tesis sostenida encuentra un apoyo claro en el propio texto de C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 99 y s., tal y como se detalla *infra*, pp. 61 y ss.

¹⁷ I. MAUS, “Zur “Zäsur” von 1933 in der Theorie Carl Schmitts”, *Kritische Justiz*, Heft 2, 1969, pp. 113 y ss.

¹⁸ M. CROCE y A. SALVATORE, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon, 2013.

abordar los escritos de Carl Schmitt como si fueran “islas de un archipiélago conectado bajo la superficie”¹⁹.

Suponiendo que las elaboraciones más generales o abstractas de Carl Schmitt puedan ser leídas como puntuales intentos de reconciliar su búsqueda de seguridad y de un orden estable con la experiencia de las vacilantes y amenazantes dinámicas de la sociedad alemana de entreguerras, ¿no deberían entonces sus específicos planteamientos acerca del “derecho de control judicial (*richterliches Prüfungsrecht*)”²⁰ sobre las leyes federales (*Reichsgesetze*) ser interpretados en este sentido también? En lo que sigue, el enfoque dual referido informará la exégesis detallada del trabajo de 1929 más arriba aludido. A resultas de semejante opción metodológica, este elemento supuestamente aislado de la producción schmittiana aparecerá como una primera (pero crucial) etapa de la más amplia reflexión del autor alemán sobre el “guardián de la Constitución”. Con dicha exégesis, que no soslayará ninguna de las oscuridades características de los intrincados textos de Carl Schmitt, se intentarán iluminar las principales conexiones conceptuales de su planteamiento y se valorará la pervivencia de sus premisas en la “realidad europea contemporánea”²¹.

2. HIPERINFLACIÓN, PROPIEDAD PRIVADA Y POLÍTICA JUDICIAL: LA RELEVANCIA DEL ENTORNO FÁCTICO EN LA OBRA DE CARL SCHMITT

El trabajo publicado por Carl Schmitt en el año 1929 se presenta como una aclaración de la particular posición que, según el Derecho vigente a la sazón, debía corresponder al *Reichsgericht*²² en el entramado institucional de

¹⁹ B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory...*, cit., p. 28

²⁰ Por “derecho de control judicial” se entiende “la potestad y la obligación judicial de comprobar la constitucionalidad de las normas (especialmente las leyes) relevantes para la decisión y de inaplicarlas en caso de vulneración de la Constitución” (P. BADURA, “Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik”, en P. OBERNDORFER und H. SCHAMBECK (eds.), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1980, p. 325).

²¹ G. LOMBARDI, “Estudio preliminar”, en C. SCHMITT y H. KELSEN, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, p. XLII.

²² El *Reichsgericht* -cuya traducción literal es “Tribunal Imperial”- había sido creado en 1879 con la finalidad de satisfacer, tras siglos de dispersión, “el anhelo de unificación” de la más alta instancia jurisdiccional alemana [G. ANSCHÜTZ *et al.*, “Vorwort”, en O. SCHREIBER

la república alemana. En concreto, la reflexión del autor alemán discute, desde la “trascendental”²³ perspectiva de la teoría de la Constitución, la licitud del control material de la constitucionalidad de las leyes federales que algunos tribunales ordinarios habían comenzado a ejercer pocos años antes²⁴. La Constitución de Weimar (en lo sucesivo, WRV)²⁵ no prohibía expresamente este control (tal y como, por el contrario, hacía el art. 113.3 de la Constitución Federal Suiza de 29 de mayo de 1874), aunque tampoco establecía expresamente un sistema de control difuso. En la particular coyuntura económica y política de la década de 1920, este “silencio constitucional” había dado pábulo a varias decisiones judiciales²⁶ desencadenantes de una de las polémicas doctrinales más importantes del período –la consistente en determinar si los jueces y magistrados estaban facultados para controlar la constitucionalidad

(ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929). Erster Band: Öffentliches Recht*, Walter de Gruyter & Co., 1ª reimpr., Berlín y Leipzig, 1983, p. III]. Durante la época republicana siguió siendo, sin perjuicio de las competencias atribuidas al *Staatsgerichtshof* o “Tribunal Estatal” (H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, cit., pp. 345-363), la más alta instancia jurisdiccional del país.

²³ Vid., en relación con la interpretación de la obra de Carl Schmitt como una crítica tanto «inmanente» como «trascendente» al parlamentarismo liberal, P. de VEGA, “Prólogo”, en C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 13 y ss.; o M. ARAGÓN REYES, “Estudio preliminar. Carl Schmitt: la autoridad del poder”, en C. SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. XV y ss. Sin perjuicio de lo dicho por los dos autores españoles mencionados –los cuales, por otra parte, basan su análisis de forma más o menos explícita en la obra de J. FIJALKOWSKI, *La trama ideológica del totalitarismo*, cit.–, la referencia de Carl Schmitt a la teoría de la Constitución debe ser interpretada, a los efectos que aquí interesan, como un reconocimiento de la dependencia conceptual de “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” respecto de algunas de las categorías acuñadas un año antes en *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*.

²⁴ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 66.

²⁵ *Verfassung des Deutschen Reiches*, de 11 de agosto de 1919 (RGBl., p. 1.383), más conocida en Alemania como *Weimarer Reichsverfassung*.

²⁶ Vid., a este respecto, C. GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht...*, cit., pp. 80-86; M. STOLLEIS, “Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2006, pp. 272 y s.; C. BÖNNEMANN, *Die Beilegung von Verfassungskonflikten vor der Zeit des Grundgesetzes...*, cit., p. 141; B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, en T. VORMBAUM (ed.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Tomo 8, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2006/2007, p. 167; o H. WISSMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht in Reichskonstitutionalismus und Republik...”, cit., pp. 263-267.

de las leyes federales postconstitucionales²⁷– y Carl Schmitt no dejaría pasar la ocasión de manifestar su opinión al respecto.

A fin de respaldar su posición en la polémica mencionada, sin embargo, el intelectual germano no abordó frontalmente la problemática planteada por el derecho de control judicial, sino que comenzó su trabajo de 1929 con el examen de la “situación histórico-constitucional (*verfassungsgeschichtliche Lage*)”²⁸ que explicaba por aquél entonces el interés por un “guardián de la Constitución”. Este peculiar arranque discursivo no merecería reproche alguno de no ser por su carácter artificioso. En su referencia a dicha situación histórico-constitucional, Carl Schmitt no dedicó ni una sola palabra a cuestiones socialmente relevantes o espinosas de aquella época como, por ejemplo, el entorno fáctico de las resoluciones que permitieron considerar “zanjada” la polémica anteriormente aludida y “el control judicial difuso (...) un hecho”²⁹. El autor alemán se limitó en las primeras páginas del opúsculo a efectuar una serie de consideraciones relacionadas con la degeneración o perversión del concepto de ley³⁰ en la República de Weimar, y omitió toda mención de hechos cuyo conocimiento resulta determinante para entender cabalmente su opinión acerca del “derecho de control judicial” y su postura ante la problemática “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional”. En lo que sigue, por tanto, y a falta de una mejor explicación por boca del propio Carl Schmitt, se efectuará un sucinto resumen de las principales circunstancias que enmarcaron las sentencias controvertidas, a fin de que el lector contemporáneo disponga de los principales

²⁷ En Alemania, el control judicial de las leyes de los Estados federados ya había sido más amplio que el de las leyes federales durante la época imperial (1871-1918) y lo siguió siendo durante la época republicana (1919-1933). *Vid.*, al respecto, C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, *Political Science Quarterly*, vol. 43, núm. 2, 1928, p. 189; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 80; o H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, cit., pp. 322 y ss.

²⁸ Esta opción metodológica no debe extrañar en un autor que no en vano ha sido incluido por M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland...*, cit., pp. 178 y ss., en el grupo de juristas “antipositivistas” de la época de Weimar. Carl Schmitt siempre mostró una clara tendencia a huir de “construcciones abstractas” y a “atenerse al carácter histórico del objeto sobre el que ha de operar el Derecho Constitucional” (R. AGAPITO SERRANO, “Introducción”, cit., p. 12).

²⁹ P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 87 y s., y 95. Puede verse una síntesis de la discusión científica al respecto en H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pp. 58-62 y 68-72.

³⁰ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 63-69.

elementos de juicio relevantes a la hora de enfrentarse con los zigzagueos argumentativos del alemán.

La I Guerra Mundial había exacerbado extraordinariamente el malestar social en el país, al sembrar la destrucción por todo el territorio alemán y crear en el mismo condiciones económicas altamente inestables. Esta situación inicialmente desfavorable se vio agravada cuando los sucesivos gabinetes de gobierno³¹ se mostraron incapaces de dar una respuesta efectiva a las graves crisis económicas y financieras que se desataron periódicamente a partir de 1922. En cuanto la inflación se descontroló a mediados de este año³², la inacción gubernativa y el rígido apego de la judicatura a la letra de los contratos no sólo tuvieron un efecto demoledor sobre la economía de un proletariado pauperizado, sino también sobre la de las clases medias del país. Como ha explicado Michel Hughes, al aplicar el principio “M=M (un marco de papel devuelto durante la inflación es igual a un marco de oro invertido antes de la [misma])”³³, los juzgados y tribunales llevaban a cabo verdaderas expropiaciones de los acreedores. A resultas de esta situación comenzaron a proliferar los grupos de interés que perseguían una revalorización (*Aufwertung*) de las deudas contraídas antes de la “gran inflación”. Con estos grupos se fue alineando paulatinamente una judicatura que veía de cerca los efectos sobre las relaciones monetarias ocasionados por una política gubernativa de permanente déficit presupuestario³⁴. El gabinete de Wilhelm Marx, inicialmente contrario a la revalorización reivindicada, se vio obligado a reconsiderar su posición a causa de una sentencia del *Reichsgericht* de 28 de noviembre de 1923³⁵, por virtud de la cual, se actualizaba el valor de

³¹ Me estoy refiriendo específicamente a los encabezados por el independiente Wilhelm Cuno (22 de noviembre de 1922 - 12 de agosto de 1923), Gustav Stresemann (13 de agosto de 1923 - 3 de octubre de 1923 y 6 de octubre de 1923 - 23 de noviembre de 1923), perteneciente al *Deutsche Volkspartei* (DVP), y Wilhelm Marx (30 de noviembre de 1923 - 26 de mayo de 1924 y 3 de junio de 1924 - 15 de diciembre de 1924), dirigente del *Deutsche Zentrumspartei* (Zentrum).

³² E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., p. 234, ha señalado el asesinato de Walter Rathenau (24 de junio de 1922) como el punto de inflexión del valor del marco alemán, que comenzó a desplomarse a partir de ese momento sin que el *Reichsbank* pudiese hacer nada por evitarlo. Vid. también J. M. BAÑO LEÓN, “Estudio preliminar”, cit., p. XLVII, y la bibliografía allí citada.

³³ M. L. HUGHES, “Economic Interest, Social Attitudes, and Creditor Ideology: Popular Responses to Inflation”, en G. D. FELDMAN (ed.), *Die Deutsche Inflation / The German Inflation Reconsidered: Eine Zwischenbilanz / A Preliminary Balance*, De Gruyter, Berlín, 1982, p. 387.

³⁴ *Ibid.*, p. 388.

³⁵ En lo que sigue, esta y otras resoluciones se citarán con arreglo a la Colección de sentencias del *Reichsgerichts* en materia civil (*Entscheidungsammlungen der Entscheidungen des*

una hipoteca contraída en “marcos de papel” con anterioridad a la guerra. El total desbarajuste económico y monetario provocado por esta resolución judicial –que se combinó a la sazón con serias amenazas para las instituciones políticas republicanas³⁶– obligó a renunciar a los instrumentos de gobierno habituales en una democracia parlamentaria:

Así, por primera vez a finales de septiembre de 1923, se procedería a declarar un Ausnahmezustand, en todo el territorio del Reich, que tendría continuidad en el primer Ermächtigungsgesetz del 13 de octubre de 1923, y el segundo Ermächtigungsgesetz del 8 de diciembre de 1923, hasta la disolución del Reichstag el 13 de marzo de 1924; de esta forma los canales usuales de la legislación quedaron suspendidos en favor de la «dictadura comisarial» del presidente prevista en el artículo 48³⁷.

Sobre este trasfondo –marcado por los antecedentes políticos y jurisprudenciales señalados, y por la grave crisis financiera que situó la inflación en cotas desconocidas hasta la fecha–, la ulterior sentencia del *Reichsgericht* de 4 de noviembre de 1925 terminaría haciendo época. A ello contribuiría el mantenimiento del pulso sostenido entre el gobierno del canciller Marx –que seguía oponiéndose a la revalorización exigida³⁸– y el propio *Reichsgericht* con el Dr. Walter Simons, su presidente, a la cabeza. En una declaración publicada en la *Juristische Wochenschrift* a principios de enero de 1924, el Dr. Simons advirtió (al canciller) de que una actuación normativa contraria a la revalorización pretendida sería susceptible de violar el principio de buena fe que informaba la contratación civil, así como el derecho a la propiedad privada consagrado en el art. 153 WRV. En concreto, la intervención del *Richterverein beim Reichsgerichtshof* (esto es, la asociación de los jueces integrantes del *Reichsgericht*) perseguía que las hipotecas y otras situaciones crediticias similares quedasen excluidas de la todavía insignificante revalorización que,

Reichsgerichts in Zivilsachen). La abreviatura empleada será “RGZ”. A continuación, se indicará el número de tomo y la página del mismo en la que comienza la sentencia. Cuando no coincida con la primera, se indicará entre paréntesis la página en la que se encuentra el pasaje citado. En esta ocasión, la referencia sería: RGZ 107, 78.

³⁶ F. SOSA WAGNER, *Maestros de Derecho Público (II)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 67 y ss.

³⁷ E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., p. 235.

³⁸ Al amparo del segundo *Ermächtigungsgesetz*, el primer gabinete de Wilhelm Marx había aprobado una reforma –el tercer *Steuernotverordnung* de 14 de febrero de 1924 (RGBl. I, pp. 74 y ss.)– que limitaba la revalorización de los marcos de papel devaluados a un 15% de media respecto del valor de un marco de oro no devaluado.

según la prensa nacional, preveía el nuevo proyecto de ley elaborado por el gobierno; de lo contrario, la estabilización de la moneda se lograría “a costa de los acreedores” de la clase media³⁹. La *Ley sobre la revalorización de hipotecas y otros derechos* finalmente aprobada en el verano de 1925⁴⁰ representó una mínima concesión en este sentido, al establecer una revalorización máxima de los créditos hipotecarios del 25%⁴¹.

La resistencia a aceptar el derecho de control judicial reivindicado por los tribunales ordinarios fue finalmente vencida cuando el *Reichsgericht* se pronunció sobre las pretensiones de un acreedor en relación con un préstamo formalizado con anterioridad a la gran inflación. En la célebre sentencia del 4 de noviembre de 1925, el alto tribunal alemán desestimó el recurso de casación interpuesto por un individuo que se negaba a pagar la diferencia entre los valores actualizado y nominal del dinero -50.000 marcos- que le había sido prestado (al 5% de interés) en 1909, y que había terminado restituyendo íntegramente en 1923, esto es, en pleno periodo hiperinflacionista. En cuanto la *Aufwertungsgesetz* entró en vigor, el prestamista interpuso una demanda civil para recuperar del deudor -el después recurrente en casación- una cantidad mayor de la que le había sido reintegrada dos años antes⁴². Habiendo fallado a su favor los órganos jurisdiccionales civiles de primera y segunda instancia⁴³, el *Reichsgericht* ratificó la decisión sin por ello renunciar al derecho a revisar la constitucionalidad de las leyes federales que solo tentativamente había ejercido en otras ocasiones.

³⁹ E. FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Ein Abriss*, W. Kohlhammer, 2ª ed., Stuttgart, 1961, p. 185. La controversia en torno a la revalorización terminaría dando lugar a una abundante bibliografía, entre la que cabe destacar los trabajos de M. WOLFF, “Reichsverfassung und Eigentum”, en AA. VV., *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1923, pp. 3-30, así como todos aquellos citados por M. L. HUGHES, “Economic Interest, Social Attitudes...”, cit., pp. 384-408, o H. RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem. Zu Geschichte und Gegenwart des bürgerlichen Verfassungsstaates*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975, pp. 262-265 y 269 y ss.

⁴⁰ *Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen*, de 16 de julio de 1925 (RGBl. I, p. 117), más conocida como *Aufwertungsgesetz*.

⁴¹ Para más detalles al respecto, *vid.* S. OMLOR, *Geldprivatrecht: Entmaterialisierung, Europäisierung, Entwertung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 458.

⁴² RGZ 111, 320.

⁴³ Se trataba, respectivamente, del *Landgericht II Berlin* y el *Kammergericht* correspondiente (RGZ 111, 320).

Tal y como se puede leer en la histórica sentencia, el *richterliches Prüfungsrecht* fue ejercido debido a los ataques públicos que la norma aplicable al caso, la ley de revalorización del año 1925, había sufrido desde su entrada en vigor⁴⁴. El problema, por tanto, el concreto peligro a conjurar, por usar la terminología de Carl Schmitt, estuvo originado por las dificultades experimentadas por el gobierno y una parte del *Reichstag* a la hora de confrontar una situación económica excepcionalmente adversa para la sociedad alemana de la época. Tales dificultades determinaron que la polémica descrita fuese reconducida al terreno judicial para garantizar, de este modo, una respuesta por parte de los poderes públicos acorde con las que habían sido caracterizadas como “las más elementales exigencias de equidad”. En semejante coyuntura, el tribunal se postuló sin ambages como el supremo intérprete de estas exigencias y, como corolario, de la propia Constitución: “Las controversias sobre el derecho civil condujeron a exigencias constitucionales por el poder juzgar y, en último término, a un conflicto que era más de tipo político que jurídico: ¿quién debía defender la Constitución?”⁴⁵.

3. ¿EL REICHSGERICHT COMO “GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN”?

La ausencia de una regulación expresa en relación con el control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales se daba, en la república alemana alumbrada el año 1919, sobre el trasfondo de una intrincada multiplicidad de órganos (y formaciones) jurisdiccionales. Entre ellos sobresalía un *Staatsgerichtshof* dotado de ciertas facultades de control en relación con los *Länder*, o de la competencia de juzgar al canciller y a los ministros por las vulneraciones culposas de la WRV en que eventualmente hubiesen po-

⁴⁴ RGZ 111, 320 (322). Las dudas acerca de la constitucionalidad de la *Aufwertungsgesetz* reposaban sobre la supuesta contravención de los artículos 153 (derecho a la propiedad privada), 109.1 (principio de igualdad ante la ley), 105 (prohibición de tribunales de excepción y derecho a un juez predeterminado por la ley) y 134 (obligación general de contribuir a las cargas del Estado de acuerdo con los medios de cada uno) WRV (RGZ, 111, 320, 323). Según Ellen Kennedy el temor a que “justamente las clases de la población sobre las que se había asentado inicialmente el Estado resultaran ahora proletarizadas por una lectura conservadora del derecho” habría determinado la adopción de la resolución de que tan minuciosamente se ocupó Carl Schmitt en el trabajo aquí analizado (E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., p. 235).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 238.

dido incurrir (art. 59 WRV)⁴⁶. La heterogeneidad y la compleja regulación de las diferentes instancias judiciales no hacían en modo alguno imposible⁴⁷ una solución jurisdiccional de las violaciones de una norma constitucional eventualmente perpetradas por el *Reichstag*, pero impedían –en opinión de Schmitt–, ver en cualquiera de ellas un “guardián de la Constitución” por antonomasia⁴⁸. Por razones que sólo empezarán a entrecruzarse en las páginas sucesivas, Carl Schmitt trató de evitar con su distinción entre el derecho de control judicial, por una parte, y la salvaguardia de la Constitución, por otra, el recurso a los jueces y tribunales con motivo de *todas y cada una* de “las cuestiones dudosas y diferencias de opinión” en materia constitucional⁴⁹.

⁴⁶ Este tribunal especial había sido creado, con arreglo a los arts. 19, 108 y 172 WRV, por la Ley del *Staatsgerichtshof* (*Gesetz über den Staatsgerichtshof*), de 9 de julio de 1921 (RGBl, p. 905). Puede consultarse una más amplia descripción de esta jurisdicción estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) en E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 (Band 6: Die Weimarer Reichsverfassung)*, Kohlhammer, Stuttgart, 1993, pp. 544 y ss. A muy grandes rasgos cabe señalar que el *Staatsgerichtshof* había sido erigido para resolver los conflictos que pudiesen suscitarse entre los “actores del proceso político”, por más que no tuviese su “fundamento, ni desde luego, su punto de partida, en la idea de la supremacía de la norma constitucional (...), con la consiguiente subordinación de todo el resto de la producción normativa a un control de constitucionalidad” (P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 128 y ss.).

⁴⁷ B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., pp. 161 y ss., ha explicado con cierto detalle los argumentos jurídicos tanto a favor como en contra del *richterliches Prüfungsrecht* que cabía extraer del propio articulado de la WRV.

⁴⁸ A su juicio, esta última cuestión debía buscar su sentido y orientación en las específicas amenazas y peligros que concretamente se deseaban conjurar [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 66 y 72]. La aprobación formalmente regular de una ley federal materialmente inconstitucional, por ejemplo, suponía un problema diferente de los planteados por una situación económica excepcional o por la imposibilidad de legislar a causa de una extrema fragmentación parlamentaria. Riesgos de naturaleza diferente requerían inevitablemente “guardianes” también diferentes, y sometidos a específicas y distintas regularidades. Si, en su obra, existe una acentuada propensión a hablar de un único “guardián de la Constitución”, ello no se debe a que Carl Schmitt estimase oportuno o conveniente hacer frente a todos los desafíos de la maltrecha república bajo la égida de una única institución. Su peculiar postura en relación con el problema del “guardián de la Constitución” evolucionó entre los años 1929 y 1931 en una coyuntura extremadamente adversa para la estabilidad política del país (F. SOSA WAGNER, *Maestros de Derecho Público (II)*, cit., pp. 85-115) y en contacto con diversos intelectuales conservadores entre los que gozaba de especial consideración Johannes Popitz, quien publicaría un trabajo –titulado “*Wer ist Hüter der Verfassung?*” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 100 y ss.]- revelador de la gran sintonía entre ambos.

⁴⁹ Vid., por no citar más que uno sólo de los muchos pasajes que apuntan en la dirección pergeñada, C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 69,

Con tal restricción, el autor alemán no perseguía en modo alguno oponerse al control material de la constitucionalidad de las leyes federales por parte de los juzgados y tribunales ordinarios, sino solo a un desmedido ensanchamiento de las competencias de cualquiera de estos órganos al amparo del título que, dentro de su particular constelación conceptual, sólo a una “alta instancia política (*hochpolitische Instanz*) con un poder político especialmente intenso”⁵⁰ podía corresponder.

Con el objeto de aclarar un poco más esta cuestión, en lo que sigue se prestará especial atención a tres aspectos centrales del bosquejo del jurista germano. El primero de ellos tendrá que ver con los concretos conceptos de “Constitución” y “litigio constitucional” empleados por Carl Schmitt en el opúsculo de 1929; el segundo, con la específica construcción dogmática de la competencia “accesoria” y “ocasional” de los jueces y magistrados para revisar la constitucionalidad de las leyes federales; y el tercero, finalmente, con la valoración del control jurisdiccional efectivamente ejercido por el *Reichsgericht* en la histórica sentencia del año 1925.

3.1. Los conceptos de “Constitución” y “litigio constitucional”

En una destacada resolución del 15 de octubre de 1927, el *Staatsgerichtshof* se había arrogado abiertamente la competencia para resolver, de acuerdo con la WRV, los conflictos ante él planteados y se había autodenominado, además, “guardián de la Constitución”⁵¹. Semejante actuación podía ser interpretada en la línea de las tesis que abogaban a la sazón por un modelo concentrado de control de la constitucionalidad. A fin de justificar su disconformidad con semejante posibilidad, Schmitt dedicó algunas palabras a la estructura y el contenido de todo fallo judicial⁵². De acuerdo con su análisis de la significación del poder judicial en un Estado de Derecho, una jurisdicción o una justicia específicamente constitucionales serían jurisdicción o justicia sólo en apariencia y, en su caso, lo serían en muy otro sentido que la civil, la

donde se puede leer: ‘La Constitución en tanto que complejo unitario, los 181 artículos de la Constitución de Weimar con su variopinto contenido, las numerosas leyes de reforma constitucional [aprobadas] desde el año 1919 –todo lo cual compone el “contenido aleatorio de párrafos constitucionales escritos” – todo esto hay que diferenciarlo mejor antes de que se hable sin más de protección de “la” Constitución’ (énfasis añadido).

⁵⁰ Ibid., p. 70.

⁵¹ H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, cit., p. 358.

⁵² C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 73 y ss.

penal o la contencioso-administrativa. La Constitución no representaba un “ámbito de la actividad estatal” como el de la resolución jurídica de disputas civiles, el de la aplicación de penas o el de la impugnación de resoluciones administrativas. Tales ámbitos de la actividad estatal estaban caracterizados por decisiones judiciales consistentes en la subsunción de ciertos acontecimientos en el supuesto de hecho enunciado en una norma preexistente a los mismos. Esta subsunción típicamente judicial era precisamente lo que, sin embargo, no siempre permitían efectuar las normas constitucionales⁵³. ¿Qué impedía, según el autor alemán, la debida subsunción judicial?

Según el autor de *Verfassungslehre*, en un Estado de Derecho no resulta posible deducir el contenido de actos de naturaleza política como la legislación de las determinaciones constitucionales que la vinculan materialmente. La decisión que despeja la duda sobre el contenido de un enunciado constitucional rara vez puede ser colegida; no aparece, en principio, como decisión judicial alguna⁵⁴. Como consecuencia del peculiar concepto de Constitución que se expondrá a continuación, Carl Schmitt rechazaría de entrada cualquier asimilación de las decisiones acerca del contenido de una ley con las que, como las resoluciones judiciales, tienen lugar sobre la base de una ley: la disputa relativa al contenido de una decisión legislativa no era, en su opinión, justiciable porque no se podía resolver a través de una decisión judicial, sino sólo de una decisión política del legislador federal (el *Reichstag*)⁵⁵. Una excesiva formalización jurídica de estas cuestiones amenazaba con oscurecer el significado material de la función a realizar por el legislador en el marco de un sistema de gobierno parlamentario, y con convertir a un tribunal o

⁵³ Ibid., p. 79.

⁵⁴ De darse una duda razonable a propósito del contenido de la norma constitucional, la primera (la duda razonable) casi nunca se deja resolver por referencia a la segunda (la norma constitucional), sino que surge una “alternativa sencilla y convincente”: bien se produce una contradicción *evidente* entre la norma legal y el enunciado (y, por consiguiente, el tribunal que determine completa y expresamente esta vulneración ejerce lo que Carl Schmitt llama aquí una “justicia vindicativa del tipo de la justicia penal”), bien la norma constitucional resulta en sí misma tan poco clara que no cabe fundar sólidamente una duda sobre la contradicción de una ley con la misma ni puede un tribunal hablar de vulneración (incluso aunque políticamente sus integrantes puedan tener una opinión distinta que la del legislador). Un tribunal se haría sospechoso de fungir como legislador en caso de estimar claros preceptos de la Constitución de contenido dudoso, ya que, en tales circunstancias, la suya no aparecería como una argumentación jurídicamente irrefutable, sino como una “decisión” destinada a suprimir autoritariamente una duda (ibid., pp. 80 y s.).

⁵⁵ Ibid., p. 78.

corte constitucional en un verdadero órgano político. El “centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación”, sentenciaría años más tarde Schmitt para resumir esta concepción⁵⁶.

¿Qué ocurría entonces con el derecho de control judicial reivindicado por los juzgados y tribunales ordinarios de la república? ¿Debía ser rechazado conjuntamente con las pretensiones manifestadas por el *Staatsgerichtshof*? A la luz del “concepto de Constitución en sentido positivo” elaborado por el jurista alemán, esta última en ningún caso podía ser entendida como el “objeto⁵⁷ de un proceso” judicial. La Constitución “en su sustancia positiva” era para él algo más que una norma jurídica, era una decisión política concreta sobre el tipo y forma de existencia política –a saber, forma de Estado republicana, forma de gobierno parlamentaria, organización territorial federal y Estado burgués de Derecho– que formaba “el supuesto básico para todas las ulteriores regulaciones”⁵⁸. De la Constitución “en su sustancia positiva” había que distinguir, sin embargo, un concepto relativo de Constitución determinado por su estricta formalidad jurídica; carácter escrito y procedimiento dificultado de reforma resumían suficientemente los rasgos identificativos de las “leyes constitucionales (*Verfassungsgesetze*)” representativas de esta noción. El texto constitucional integraba así un núcleo de normas expresivo de las decisiones fundamentales del pueblo alemán⁵⁹ y una periferia de pre-

⁵⁶ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 52.

⁵⁷ Carl Schmitt confunde aquí el objeto del proceso con lo que se conoce como “parámetro (*Maßstab*)” de control de la constitucionalidad (B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., p. 155). En rigor, el objeto de la controversia constitucional nunca es la norma constitucional, sino la norma o acto cuya constitucionalidad se cuestiona (P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 78 y ss.).

⁵⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker&Humblot, 5ª ed., Berlín, 1970, p. 24.

⁵⁹ Este núcleo se erigía sobre “ciertas cualidades prepolíticas” (U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., p. 169) expresadas por el poder constituyente alemán en una decisión de conjunto sobre la forma de la unidad política. La persistencia del Estado no reposaba por ello para Carl Schmitt en norma alguna, sino en un “hecho existencial de la vida colectiva” (E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Der Begriff des Politischen als Schlüssel...”, cit., p. 288), es decir, se basaba en consideraciones políticas que en modo alguno habrían podido contribuir a aliviar una situación de crisis parlamentaria en la que, tal y como M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland: zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, Duncker&Humblot, Munich, 1918, pp. 99 y ss., había anticipado proféticamente, los gobiernos no estaban en condiciones de llevar a la práctica su programa de gobierno y eran derribados sin que ningún otro fuese capaz de sustituirlos. *Vid.*, a propósito de la influencia de Max Weber sobre Carl Schmitt, G. GÓMEZ ORFANEL,

ceptos de la más variada índole⁶⁰. Pues bien, el caso es que estas leyes constitucionales marginales (o, cuando menos, algunas de ellas) sí toleraban un “simple control jurisdiccional accesorio que, permaneciendo estrictamente dentro de los límites de una decisión procesal civil, penal o administrativa, bien salvaguarda de una forma puramente defensiva su propia esfera constitucional [bien] se infiere en caso de colisión entre normas sustantivas de la inmediata vinculación del juez al supuesto de hecho de una norma general”⁶¹. Que el “derecho de control judicial” así demarcado tuviese un carácter “accesorio” significaba que no distaba mucho de la comprobación (efectuada por cualquier autoridad pública) de los requisitos de la actividad (principal) a realizar, de tal manera que el control material de la constitucionalidad quedaba relegado en todo caso a un plano secundario: el consistente en verificar que la sentencia en el caso concreto se iba a dictar con arreglo a los límites competenciales⁶² del juzgado o tribunal correspondiente.

Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 89 y ss.

⁶⁰ Así, por ejemplo, dentro del conjunto de garantías (*Gewährleistungen*) constitucionales presentes en la segunda parte de la WRV, Schmitt llegó a diferenciar entre: derechos de libertad de los individuos, derechos políticos de los ciudadanos, derechos de los individuos a prestaciones positivas de tipo social o cultural por parte del Estado, derechos de las corporaciones de derecho público frente al Estado, garantías institucionales, garantías de instituto y garantías del *status quo* de una determinada situación jurídica o de determinados derechos (C. SCHMITT, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, pp. 206-217).

⁶¹ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 83. Esta conclusión parcial se encuentra tanto implícita como explícitamente respaldada por otras afirmaciones realizadas por Carl Schmitt en la primera mitad del escrito que se viene analizando. Así, por ejemplo, al definir la “Constitución en su sustancia positiva”, el autor alemán sostiene que guardián de la Constitución en tal sentido “sólo puede ser una alta instancia política con un poder político especialmente intenso. Otra cuestión es (...) de qué manera puede ser protegido el efecto estabilizador y conservador de ciertas normas legal-constitucionales particulares frente al legislador ordinario, es decir, la salvaguarda de intereses y derechos a los que la Asamblea Nacional o una mayoría capaz de reformar la Constitución decidieron conceder una protección supralegal frente a la mayoría parlamentaria” (ibid., p. 70). Asimismo, en una ulterior nota al pie llamativamente larga, Schmitt (ibid., p. 80) afirmará sin ambages que un “juez puede con ocasión de un proceso dejar de aplicar una norma, pero sólo porque la prece de otra norma vinculante bajo cuyo tipo debe subsumir el caso controvertido. En eso se basa el ejercicio del control jurisdiccional (ley constitucional como norma superior frente a la ley ordinaria; ley federal como norma superior a la ley regional)”.

⁶² Lejos de ostentar un valor meramente descriptivo, por ende, la distinción entre “Constitución (*Verfassung*)” y “ley constitucional (*Verfassungsgesetz*)” sostenida por el autor alemán despliega en el opúsculo de 1929 una evidente relevancia funcional (U. K. PREUSS,

Los argumentos expuestos permiten concluir que Carl Schmitt era partidario de una *judicial review*⁶³ ejercida dentro de los límites estrictamente marcados por su peculiar concepción del Estado burgués de Derecho. Como se expondrá a continuación, el autor alemán no sólo no rechazaría un ejercicio moderado de tal facultad por parte de los órganos judiciales de la República, sino que incluso llegaría a considerarlos como las instituciones idóneas para garantizar la vigencia de una buena parte de las disposiciones recogidas en la célebre segunda parte de la WRV.

Carl Schmitt se ocupó en la segunda mitad de su opúsculo de aclarar los límites precisos dentro de los cuales debía ser ejercido el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El enfoque adoptado por el jurista alemán atendió en todo momento a “la posición de la justicia frente al *legislador* y [a] la relación entre dos diferentes poderes”⁶⁴, confirmando de esta forma la aludida relevancia funcional de la distinción entre “Constitución” y “ley constitucional”. Que esta competencia “accesoria” debiese ser ejercida de modo incidental y conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma difusa⁶⁵, ya no revestirá tanto interés en lo que sigue. A mi juicio, la segunda parte del trabajo de 1929 importa sobre todo por haber puesto cla-

“Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., pp. 167 y ss.). Ello se debe a que la distinción en cuestión viene a operar como criterio capital para la identificación de un verdadero “litigio constitucional (*Verfassungsstreitigkeit*)” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 74] y, por consiguiente, para la determinación de los límites competenciales de los diferentes poderes del Estado legítimamente implicados en una eventual disputa sobre la constitucionalidad material de las leyes federales, a saber, la judicatura y el *Reichstag*.

⁶³ Por más que Carl Schmitt no llegase a emplear la expresión “*judicial review*” en el opúsculo aquí analizado, la utilización de la fórmula anglosajona para traducir “derecho de control judicial” viene avalada por afirmaciones como: “Ya el ejercicio del derecho de control judicial por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (...)” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 79]. Otros autores (como, p. ej., C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, cit., o M. STOLLEIS, “Judicial Review, Administrative Review...”, cit.) también han empleado con naturalidad la categoría inglesa para referirse a la actuación del *Reichsgericht* que motivó la reflexión de Carl Schmitt. Cfr. *infra*, pp. 170 y s.

⁶⁴ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 83.

⁶⁵ Los efectos del derecho de revisión judicial apenas rebasarían, por tanto, la disputa jurídica existente. La toma de posición en favor de la aplicación o la inaplicación de la ley ordinaria no tendría eficacia *erga omnes*; se reduciría a la puesta en circulación de un nuevo precedente judicial. Vid., al respecto, B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., p. 157. En consecuencia, la inaplicación de la ley al proceso concreto objeto del fallo únicamente terminaría teniendo “para las decisiones de otras ins-

ramente de manifiesto que la cuestión primordial no radicaba sin más para Carl Schmitt en quién debía salvaguardar la Constitución, sino en la particular operatividad de las concretas garantías disponibles en el contexto de crisis pergeñado. Esto sugeriría –en la línea con lo sostenido por Ingeborg Maus y otros– que Carl Schmitt no fue un simple “conservador tradicional”⁶⁶, sino que entendió adecuadamente los problemas políticos y jurídicos planteados por el “capitalismo organizado”⁶⁷ e hizo todo lo posible por preservar los va-

tancias (...) un efecto de precedencia más o menos calculable” (C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 55).

⁶⁶ I. MAUS, “Zur “Zäsur“ von 1933 in der Theorie Carl Schmitts”, cit., pp. 113 y ss. Vid., en el mismo sentido, U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., pp. 159, quien diferencia a Carl Schmitt de los intelectuales ultraconservadores y reaccionarios que lamentaban la abolición de la monarquía y cultivaban un hostil resentimiento hacia la república democrática. Por su parte, autores como G. MASCHKE, “Die Zweideutigkeit der „Entscheidung“ - Thomas Hobbes und Juan Donoso Cortés im Werk Carl Schmitts”, en H. QUARITSCH (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, p. 202, o, más recientemente, J. M. BAÑO LEÓN, “Estudio preliminar”, cit., p. XIX, han subrayado las diferencias “esenciales” entre Carl Schmitt y “teóricos del conservadurismo contrarrevolucionario” como Bonald, de Maistre y, sobre todo, Donoso Cortés.

⁶⁷ Esta afirmación podría ilustrarse a través de su interesante análisis de la función social de la *United States Supreme Court*. Baste señalar como indicación al respecto que, para Carl Schmitt, la “peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de esta *Supreme Court* consiste, sin duda, en que, con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como «normas», y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razón de ser de la ley y, en caso necesario, se declara ésta inaplicable. El Tribunal es apto para ello porque, en realidad, aparece frente al Estado como *protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza*. Como R. Gneist ha dicho con certera frase, ejerce frente al Estado ‘un poder trascendente’” (C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 45 y s. [énfasis añadido]). La situación alemana de la época –con su marcada conflictividad social y la enorme inestabilidad económica concomitante a la cabeza– no podía encontrarse más lejos de la experiencia norteamericana. El tribunal norteamericano había podido defender contra el legislador los principios de la ordenación social y económica del pueblo de los Estados Unidos, porque esta podía ser considerada “como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución” (ibid., p. 47) de la nación. Vid., en relación con los diferentes “paradigmas” constitucionales empleados por la *Supreme Court* norteamericana a lo largo de su historia, L. POMED SÁNCHEZ, “Estudio preliminar”, en E. LAMBERT, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. XXI y ss. Por el contrario, la WRV sólo contenía en su segunda parte fórmulas ambiguas que incluso tomaban frecuentemente en consideración puntos de vista contradictorios [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 82]. Sustraerlos a la discusión política, delegando en el juez decisiones cuya razonabilidad y justicia siempre cabría cuestionar, no sólo habría significado vulnerar los presupuestos fundamentales de un Estado de Derecho, sino que habría podido generar

lores del orden liberal decimonónico en el marco de una neófita democracia de masas. Desde esta perspectiva, la aceptación explícita de un control material de la constitucionalidad planteaba una cuestión ineludible: ¿hasta dónde debía llegar, de acuerdo con los postulados del Estado burgués de Derecho, esa competencia accesoria y ocasional que los jueces siempre tienen ya?

3.2. Delimitación general de la competencia “accesoria” y “ocasional” de los juzgados y tribunales ordinarios

Para Schmitt eran dos los supuestos en los que, en términos generales, los jueces y tribunales ordinarios de la República de Weimar podían ejercer lícitamente el “derecho de control judicial”.

El argumento en favor del *richterliches Prüfungsrecht* se desprendía, en primer lugar, de la distinción (típicamente decimonónica) entre legislación y justicia característica de la Constitución de cualquier Estado de Derecho. De acuerdo con la misma, los juzgados se configuraban como instancias estatales independientes merced a su estricto sometimiento a leyes concebidas como normas generales. Tal independencia se veía seriamente comprometida tan pronto como estas normas jurídicas dejaban de ser generales e impedían con ello la subsunción de los hechos probados en tipos jurídicos genéricos. La primera modalidad del derecho de control judicial a ejercer por los órganos jurisdiccionales era, por consiguiente, de tipo defensivo y se apoyaba en el axioma liberal que veía en la generalidad de la ley la mayor garantía para la libertad individual⁶⁸. La potestad judicial de revisar los presupuestos de la propia actividad se dirigía entonces particularmente contra peligros como, por ejemplo, la “justicia de gabinete, la sustracción al juez legal, los tri-

una inestabilidad política todavía mayor que la más arriba descrita; de ahí que, aun ejerciendo una competencia perfectamente homologable a la descrita por el *Chief Justice* Marshall en el célebre *mandamus case* [5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)], el *Reichsgericht* alemán fuese “más cuidadoso” y argumentase “menos categóricamente (*weniger prinzipiell*)” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 90, n. 54] que el tribunal norteamericano. Cfr. *infra*, pp. 170 y s.

⁶⁸ En 1931, finalmente, C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 50, abogaría explícitamente por admitir un “derecho de control judicial (defensivo) para garantizar la posición constitucional de la justicia”. Sobre la obsesión liberal por evitar el privilegio, la discriminación y la arbitrariedad, *vid.* A. BERGARECHE GROS, “La Costituzione in senso materiale: l’importanza della realtà dell’organizzazione”, en A. CATELANI y S. LABRIOLA (coords.), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 371.

bunales de excepción, etc.”⁶⁹. Dado que la conservación de sus competencias se hallaba entre las potestades de cualquier poder constitucional, al rechazar la aplicación de las normas que las desconociesen estarían los jueces y tribunales actuando efectivamente como guardianes, pero no de la Constitución en su conjunto, sino de una parte muy específica de una Constitución liberal, a saber, de la que garantizaba la independencia judicial.

En el marco de la jurisprudencia existía, para Carl Schmitt, una segunda posibilidad de control material de las leyes federales: la consistente en proteger, frente a estas, los intereses que hubiesen encontrado la protección de una mayor fuerza jurídica a través de una garantía legal-constitucional. De esta forma, el jurista alemán ponía rumbo hacia la problemática que en páginas precedentes se denominó “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional”.

A los redactores de la Constitución de Weimar les había parecido imprescindible proteger ciertas “minorías frente a las alternantes mayorías parlamentarias”, y asegurar frente a ellas diversos intereses y valores. Con lo que Schmitt motejaría recelosamente como “más o menos instinto político”, la Asamblea nacional constituyente (la *Nationalversammlung*) había intentado sustraer determinados asuntos a la alternancia política, dotando de rango constitucional intereses y valores que hasta la fecha no habían ocupado sino al legislador ordinario. Tales intereses y valores no podían ser directamente identificados con la “Constitución en sentido positivo”, es decir, con aquello que había sido definido, en su substancia positiva, como “una decisión política concreta sobre el tipo y la forma de la existencia política (república, democracia parlamentaria, Estado burgués de Derecho, organización federal)”⁷⁰. Con las regulaciones legal-constitucionales aludidas se perseguía proteger frente al legislador únicamente el efecto socialmente estabilizador y conservador de determinadas normas incluidas en la célebre segunda parte de la WRV. ¿A qué valores e intereses, de entre los muchos enunciados entre los arts. 109 y 165 WRV, se entendía entonces concedida por parte de la *Nationalversammlung* la protección de una fuerza *supra*-legal?⁷¹

Esta espinosa cuestión no fue explícitamente contestada por Carl Schmitt en el opúsculo aquí analizado. A decir verdad, en el texto de 1929 hay indicios suficientes como para reconstruir hermenéuticamente la respuesta, pero

⁶⁹ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 86 y ss.

⁷⁰ Ibid., pp. 68 y ss.

⁷¹ Ibid., p. 70.

el autor alemán en ningún momento especificó con claridad qué preceptos constitucionales podían llegar a conformar el parámetro de control de la constitucionalidad a emplear por los jueces y tribunales ordinarios.

El primero de los indicios aludidos, consiste en que la protección de estos intereses y valores a través del derecho de control judicial nada tuviese que ver con la garantía jurisdiccional de una Constitución concebida como norma jurídica⁷². Para Schmitt, la potestad en cuestión se configuraba en todo caso como un accesorio de la “situación de necesidad (*Notstande*)”⁷³ en la que se encontraba el juez, quien no tenía, por así decirlo, “la particular tarea de controlar al legislador”. Ello implicaba que el ejercicio del derecho de control judicial debía partir siempre de una premisa básica: en caso de duda, la ley ordinaria debía reputarse válida, porque era al legislador y no al juez al que correspondía tomar la decisión controvertida; en tiempos críticos y movidos, la justicia no podía dirimir conflictos sociales y políticos. Sólo en caso de no albergar dudas acerca de la efectiva incompatibilidad material de la ley ordinaria con la constitucional estaba el juez o magistrado obligado a subsumir el caso en la segunda, que era así antepuesta a la primera sin que ello permitiese hablar de una jerarquía de normas o instituciones⁷⁴. El principio rector de esta actuación no era la superioridad institucional del órgano jurisdiccional frente al legislador, sino su estricto sometimiento a las normas conformadoras del orden social constitucionalmente garantizado. La cuestión era, así las cosas, esta: ¿en qué casos podía ser descartada la duda?

Esta pregunta conduce al segundo de los indicios anunciados, el cual resulta de la problemática planteada por la segunda parte de la WRV. Esta había sido descalificada en su conjunto por Schmitt a causa de su condición de “compromiso de fórmula dilatoria” al que cabía imputar “las más importantes dudas”⁷⁵ y divergencias de opinión en materia constitucional. Para el autor alemán, bajo el rótulo “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, se reunía una serie de programas inspirados en los más distintos contenidos y convicciones políticas, sociales y religiosas: “Garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una

⁷² Cfr. H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en Id., *Estudios sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 115 y ss.

⁷³ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 87.

⁷⁴ Ibid., pp. 88 y s.

⁷⁵ Ibid., p. 82.

síntesis con frecuencia confusa”⁷⁶. Esta situación hacía en principio impensable un ejercicio del derecho de control judicial en relación con cualquiera de los intereses y valores recogidos en los artículos comprendidos entre el 109 y el 165 WRV, ya que aquel requería, para no constituir una actuación judicial *ultra vires*, la ausencia de dudas o discrepancias acerca de la compatibilidad de la ley ordinaria con el texto constitucional. Sin embargo, el fallido intento de compromiso entre las aspiraciones liberal-burguesas y las socialistas se encontraba reflejado de tal forma en el texto constitucional que las reformas sociales sólo “se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programa, [...] mientras que no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la democracia constitucional”⁷⁷.

En el contexto de las numerosas “continuidades” efectivas en la República de Weimar, esta afirmación revelaba un importante rasgo de la judicatura de la época. Puesto que el dilema de principio no se había podido soslayar, en la situación dada había terminado por imponerse el *statu quo* social, es decir, la ordenación burguesa de la sociedad, toda vez que la decisión alternativa (representada por una llamada a la revolución practicada a la manera soviética) había sido rechazada expresamente incluso por los socialdemócratas⁷⁸. En coherencia con este escenario, la judicatura sólo continuaba (y debía continuar) haciendo valer el orden existente, tal y como sugería la circunstancia de que la problemática del derecho de control judicial hubiese surgido en conexión con una norma atinente al derecho de propiedad enunciado en el art. 153 WRV⁷⁹. Según Schmitt, esta circunstancia no permitía ver en la actuación de los juzgados y tribunales una suerte de “justicia de clase (*Klassenjustiz*)”, puesto que sería acorde con la naturaleza de las cosas que, “allí donde no ha recaído una decisión clara y unívoca en favor de un nuevo principio, el orden existente siga operando con sus principios y se haga valer judicialmente”⁸⁰. De todo lo dicho cabía concluir que sólo la amenaza de los valores e intereses del liberalismo decimonónico –propiedad privada, heren-

⁷⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 34.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁸ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland...*, cit., p. 78

⁷⁹ Vid., al respecto, C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, cit., p. 196; H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pp. 50 y 90; o M. STOLLEIS, “Judicial Review, Administrative Review...”, cit., p. 271.

⁸⁰ C. SCHMITT, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, cit., p. 198.

cia, libertades de comercio, contrato e inversión, etc.– protegidos por medio de una garantía legal-constitucional podía despejar las dudas que restringían el ejercicio de la novedosa potestad de control, ya que “sólo el compromiso con la libertad individual [era] capaz de generar el status político de Weimar y satisfacer su teoría del Estado y la Constitución absolutos”⁸¹.

Aclarado lo que antecede, la última cuestión radicaba en dirimir si, en su decisión del 4 de noviembre de 1925, el *Reichsgericht* había respetado los estrechos límites de su competencia de control de la constitucionalidad de las normas válidamente aprobadas por el *Reichstag*.

3.3. Los límites del control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales

En opinión de Carl Schmitt, el alto tribunal alemán no había ejercido en la sentencia mencionada más que un control de la constitucionalidad accesorio y ajustado a los límites impuestos por los postulados del Estado burgués de Derecho. A su juicio, el respeto de los principios liberal-burgueses se derivaba sin asomo de duda de tres afirmaciones extraídas de la célebre sentencia del año 1925.

En primer lugar, el *Reichsgericht* había formulado una proposición basada por completo en el principio de jerarquía normativa⁸² inherente a la idea de Estado de Derecho. Que el juez estuviese sometido al imperio de la ley (art. 102 WRV), no debía excluir que “a una ley federal o alguna de sus determinaciones individuales se las pueda privar de validez en tanto se encuentren en contradicción con otros preceptos precedentes vinculantes para el juez”⁸³. Como consecuencia de esta primera proposición, el juez ordinario tenía que dejar sin aplicación cualquier nueva ley ordinaria contraria a una norma anterior de mayor rango para aplicar preferentemente la segunda: la constatación de una contradicción sólo podía conducir a la inaplicación de la

⁸¹ B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory...*, cit., p. 174. Vid. igualmente J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things...”, cit., p. 193, para quien el planteamiento de Carl Schmitt ‘no dejaba lugar a dudas: “clara y estricta separación” de esferas vitales, de Estado y sociedad (*was unambiguous: “clear and strict separation” of spheres of life, of state and society*)’.

⁸² Carl Schmitt parece incurrir aquí en una contradicción con lo dicho *supra*, p. 168, n. 74. Vid., a propósito de la relación entre control y jerarquía normativas, B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., p. 155.

⁸³ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 90.

ley federal reputada inconstitucional, pero no a su anulación. Esta primera proposición planteaba, como corolario, una ulterior duda precisada de aclaración: ¿en qué casos se debería proceder de esta manera?

A tal fin se había formulado la segunda de las proposiciones anunciadas. Según esta, a una ley federal se le podía negar la aplicación al caso concreto cuando se produjese una contradicción material entre dicha norma y una o varias *leyes constitucionales*, sin que hubiesen concurrido los requisitos prescritos por el artículo 76 WRV para la reforma constitucional. La contradicción debía ser manifiesta, por lo que –matizaría Schmitt– no cabría revisión judicial de una ley federal sobre la base de su incompatibilidad ni con los principios básicos de la Constitución, ni con los principios del Estado de Derecho –separación de poderes y derechos fundamentales–⁸⁴. De conformidad con lo dicho en el apartado previo⁸⁵, sólo ciertas determinaciones legal-constitucionales permitían la necesaria subsunción y, por ende, el ejercicio del derecho de control judicial. Dejando a un lado la nebulosa distinción entre estas determinaciones legal-constitucionales y los derechos fundamentales enunciados en la WRV, el problema de la propuesta de Carl Schmitt radicaba en que sólo podía funcionar cuando (o precisamente porque) al juez o tribunal se le suponía una clara conciencia del contenido –heredado– de tales determinaciones. Algunos años más tarde concedería el jurista alemán que:

“[una] segunda cuestión se plantea cuando se trata de determinar hasta qué punto es posible otorgar al juez una cierta libertad de movimientos y señalar un campo de acción para su arbitrio en el sector privado, en virtud de conceptos imprecisos y generales, con referencia a las normas de la buena fe o las costumbres mercantiles. Relaciones relativamente estables y conceptos sociales fijos pueden procurar una escala de valores y una sujeción suficientes. También en el sector del Derecho público, particularmente en materias administrativas y hasta gubernativas, existe la posibilidad de conceptos imprecisos desde el momento en que la situación que presupone cada norma puede encontrar una regulación suficientemente clara y segura en las opiniones de los jurisconsultos y en la jurisprudencia, aunque no exista decisión expresa de la legislación o del Gobierno. En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada”⁸⁶.

⁸⁴ Ibid., p. 92.

⁸⁵ Vid. supra, pp. 162 y s.

⁸⁶ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 53.

Por último, tampoco cabría la revisión judicial de una ley federal ordinaria sobre la base de su compatibilidad material con los rasgos típicos de la ley en un Estado de Derecho⁸⁷ ni, desde luego, la de las leyes promulgadas con arreglo al procedimiento del artículo 76 WRV⁸⁸.

Las dos proposiciones formuladas se apoyaban sobre una tercera que cabía sobreentender a la luz del conjunto de la regulación constitucional weimariana: “Puesto que la Constitución no contiene ninguna disposición según la cual la decisión sobre la constitucionalidad de una ley federal se hubiese sustraído a los tribunales para entregársela a otro órgano, debe ser reconocido el derecho y el deber del juez a comprobar la constitucionalidad de las leyes federales”⁸⁹. Esta circunstancia sólo podía ser modificada a través de la aprobación de una ley con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 WRV; sólo una reforma constitucional podía excluir efectivamente cualquier tipo de intervención por parte del tribunal.

De lo dicho se desprende con claridad que Schmitt únicamente estaba en contra de un tribunal que pudiese llegar a determinar “las líneas directrices de la política y el contenido de las leyes”⁹⁰. El principal peligro que trataría de conjurar Carl Schmitt con el opúsculo analizado, por consiguiente, no sería tanto el de que se llegase a producir una excesiva formalización jurídica de la materia política como el de que la judicatura abandonase la neutralidad política, que hacía de ella un valioso contrapeso frente al pluralismo político tan temido por el jurista alemán⁹¹. Para él resultaba improbable que, desde

⁸⁷ Cfr. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1925.

⁸⁸ En su caso, aquí nos encontraríamos en el terreno de lo que Schmitt caracterizaría como quiebras constitucionales ilícitas y actos apócrifos de soberanía (C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 93).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 98.

⁹¹ En este sentido es significativa la apelación, en las últimas líneas del opúsculo, a la afirmación de Guizot –paradigmático representante del pensamiento jurídico liberal-burgués– según la cual con semejantes intentos de formalización jurídica “la política no tendría nada que ganar y la justicia todo que perder” (*ibid.*, p. 100). Vid., en relación con la prohibición (recogida en el art. 20.a de la *Grundgesetz*) de que los órganos judiciales decidan con criterios propios en materia de política social, D. MURSWIEK, *Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 56, quien habría acuñado la plástica fórmula de «cláusula del miedo (*Angstklausel*)» para referirse a dicha prohibición. En nuestro país este tema ha sido abordado por J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “La forma de vincular de los preceptos del Capítulo tercero del Título I de la Constitución Española”, en M. RODRÍGUEZ-

un “punto de vista práctico-político”, un *Reichsgericht* respetuoso de las premisas anunciadas pudiese llegar a sustraer competencias al Parlamento en un caso serio⁹². Sobre un trasfondo social inevitablemente conflictivo y que, a su entender, había convertido al *Reichstag* en un órgano completamente disfuncional desde el punto de vista político e institucional, a Carl Schmitt no le preocupaba la preservación de la esfera competencial de aquél. Más que como manifestación de una sentida preocupación democrática, su pretensión de “corrección funcional” constituía un intento de preservar los elementos de neutralidad del Estado en un contexto de “policracia” que amenazaba con subvertir la concreta ordenación social por la que, en 1919, se había decantado el soberano alemán.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar se efectuará una serie de consideraciones que conecten estas líneas con futuras investigaciones. En el trabajo de 1929 aquí analizado, Carl Schmitt esbozó para la República de Weimar una *judicial review* de “importancia muy moderada si se la compara con el derecho de control del Tribunal americano”⁹³, pero perfectamente orientada hacia la protección de algunos de los valores recogidos en la WRV. A tal fin, el jurista alemán definiría con claridad la procedencia (carácter incidental y difuso), el objeto (leyes federales) y los efectos (inaplicación al caso concreto de la ley ordinaria controvertida) del control de constitucionalidad. La determinación del parámetro a emplear, sin embargo, habría quedado un poco difuminada en la necesidad práctica de preservar ciertos intereses legal-constitucionales especialmente protegidos⁹⁴.

¿Suponía esto que los juzgados y tribunales estuviesen facultados para hacer valer contra el legislador todos y cada uno de los derechos recogidos en la parte dogmática de la Constitución? No parece que quepa afirmar tal cosa: *desde un punto de vista estrictamente positivo*, el derecho de control judi-

PIÑERO Y BRAVO-FERRER, y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), M. PÉREZ MANZANO e I. BORRAJO INIESTA (coords.), E. ARNALDO ALCUBILLA y J. REMÓN PEÑALVER (eds. lit.), *Comentarios a la Constitución española*, vol. 1, tomo 1, Boletín Oficial del Estado / Tribunal Constitucional / Wolters Kluwer / Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 1.491, entre otros.

⁹² C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 95.

⁹³ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 47 y s.

⁹⁴ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 100.

cial ejercido por el *Reichsgericht* se movía, en opinión del autor alemán, “en un ámbito más reducido” que la *judicial review* norteamericana⁹⁵. Esta asimetría, con todo, no se debía a que el derecho de control judicial alemán y la *judicial review* norteamericana hubiesen sido desarrollados con la finalidad de proteger diferentes tipos de “ordenaciones sociales y económicas”⁹⁶, sino a que en el texto de la WRV no se habían garantizado adecuadamente los “principios” fundamentales del “sistema constitucional”⁹⁷.

Por esta razón había priorizado Schmitt un año antes⁹⁸ las libertades negativas sobre cualquier otro tipo de derechos, una preferencia que se terminaría reflejando más tarde, en lo que al derecho de control judicial concierne, en una categoría dogmática cuya vigencia e implicaciones se extienden hasta nuestros días: la de “garantía institucional”⁹⁹. Llamativamente, la restricción del potencial del amplio catálogo constitucional de derechos fue llevada a cabo por Carl Schmitt en el mismo momento de configurar la competencia a ejercer por el *Reichsgericht*, de tal manera que la procedencia, el objeto y los efectos del derecho de control judicial, ya permitían anticipar un parámetro de control de la constitucionalidad completamente preconcebido. Según Schupmann, la finalidad perseguida con ello no habría sido otra que la de evitar cualquier tipo de instrumentalización de la Constitución en aras de

⁹⁵ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 47 y ss.

⁹⁶ En rigor, uno y otra resultaban perfectamente funcionales a los intereses de la burguesía. Esto fue advertido con meridiana claridad por Friedrich, como demuestra su referencia a la “tradicional actitud de sospecha por parte de los grupos progresistas y radicales hacia el conservadurismo de la magistratura” (C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, cit., p. 199, n. 3). Algunos años más tarde, esta circunstancia se habría visto reflejada, por ejemplo, en la “inicial indiferencia o completa oposición de los socialistas europeos occidentales (*initial indifference or outright hostility of Western European socialists*)” hacia la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (M. DURANTI, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 5 y 7).

⁹⁷ C. SCHMITT, “Legalität und Legitimität (1932)”, cit., p. 311.

⁹⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 125. Vid. *supra*, p. 7, n. 23.

⁹⁹ C. SCHMITT, “Freiheitsrechte und institutionellen Garantien der Reichsverfassung (1931)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4^a ed., Berlín, 2003, pp. 140-174. Para Pedro Cruz Villalón, entre otros, garantía institucional “en su significado adjetivo es lo mismo que «contenido esencial» de los derechos, un «contenido esencial» *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal y ello es así porque el «contenido esencial» es precisamente una derivación de la «garantía institucional» en su significado adjetivo” (P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 60). Vid., en relación con la vigencia e implicaciones de la categoría, lo dicho *supra*, p. 5, n. 11.

metas sociales, reduciendo así los efectos negativos que una democracia de masas podía tener sobre un orden social y político estable¹⁰⁰. Con razón se ha dicho que la obra de Carl Schmitt fluctúa permanentemente entre la censura de un liberalismo débil y el visceral temor a una revolución democrática¹⁰¹.

Esta peculiar aportación del autor alemán a “la relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción Constitucional” no alcanzaría su expresión más acabada hasta la publicación de “Derechos de libertad y garantías institucionales de la Constitución (*Freiheitsrechte und institutionellen Garantien der Reichsverfassung*)”, pero este trabajo y la teoría de las garantías institucionales allí preconizada no pueden ser entendidos sino en conexión con el opúsculo de 1929. Lo que falta en este último (a saber, la concreción del parámetro de control a utilizar para valorar la constitucionalidad de una ley federal) monopoliza hasta tal punto la reflexión de 1931, que en ella se omiten casi por completo las referencias a los elementos de la *judicial review* (procedencia, objeto y efectos del control) identificados dos años antes. Ambos trabajos, sin embargo, deben ser conjuntamente interpretados para entender cabalmente la toma de posición de Carl Schmitt en relación con el problema del “guardián de la Constitución”, una toma de posición que no se reduce a la monografía *Der Hüter der Verfassung*, por más que sólo el Presidente de la República (el *Reichspräsident*) mereciese para el alemán ese calificativo. El fundamento autoritario y anti-democrático de las competencias del último era evidente; más difícil (pero seguramente mucho más revelador) resulta constatar de qué otros poderes públicos cabía aguardar una actuación orientada hacia los mismos valores que se trataban de preservar a través de la “acción salvadora”¹⁰² del *Reichspräsident*.

¹⁰⁰ B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory...*, cit., p. 187. En este sentido, J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things...”, cit., p. 194, ha insistido en que Carl Schmitt, al igual que su discípulo y amigo Ernst Forsthoff, no preconizaba un despotismo totalitario, sino el “Estado autoritario de la ‘revolución conservadora’ que reconciliaría conservadurismo y modernidad, un compromiso con los valores y la eficiencia”. Seguramente por influencia de su amigo Johannes Popitz, este compromiso tomó en Carl Schmitt la forma de una profunda preocupación por la desaparición del “mecanismo autorregulatorio de la economía y el mercado libres (*der sich selbst regulierende Mechanismus der freien Wirtschaft und des freien Marktes*)” (*ibid.*, p. 193).

¹⁰¹ R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, cit., p. 17.

¹⁰² C. SCHMITT, “La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la moderna lucha de clases proletaria”, en Id., *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 65. Vid. igualmente E. R. HUBER, “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit”, en H. QUARITSCH (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, pp. 33 y ss.

Lo dicho impediría ver en Carl Schmitt un enemigo de cualquier forma de control de la constitucionalidad de las leyes. Su matizada postura y su simpatía hacia una *judicial review* funcional a los intereses y valores de la burguesía alemana, sólo se logrará entender con un estudio más detallado del parámetro de constitucionalidad impuesto al *Reichsgericht*. El peligro de una actuación jurisprudencial *ultra vires* radicaba menos en el propio ejercicio del derecho de revisión judicial que “en una ilícita ampliación de supuestos de hecho individuales de la segunda parte de la Constitución”¹⁰³. Así pues, Carl Schmitt también confiaría en los juzgados y tribunales ordinarios para defender, frente a la temida disolución socializadora del ordenamiento jurídico, los compromisos político-existenciales básicos del pueblo alemán.

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ

Departamento de Dereito Público da Universidade de Vigo

Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo

Estrada do Colexio Universitario, s/n

Campus Lagoas-Marcosende da Universidade de Vigo

36310 Vigo (Pontevedra)

e-mail: priquelme@uvigo.es

¹⁰³ Schmitt se estaba refiriendo aquí, por ejemplo, a la estimación casi ilimitada de demandas indemnizatorias al amparo del art. 131 WRV y el §839 BGB, a través del cual cada actuación estatal, incluida la legislación, podía ser sometida a control judicial [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 96]. Vid., al respecto, C. SCHMITT, “Die Auflösung des Enteignungsbegriffs (1929)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, pp. 110-124.