

Carl Schmitt, amigo de Weimar. Notas en torno a la *Verfassungsun-*lehre como teoría y doctrina de la constitución

Carl Schmitt, Friend of Weimar. Notes on the Verfassungslehre as Theory and Doctrine of the Constitution

Tomás Wiczorek

Universidad de Buenos Aires/Conicet, Argentina

tomaswicz@gmail.com

Resumen: El artículo aborda la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt, atendiendo a su doble acepción de teoría general de la constitución moderna y cuerpo de doctrina acerca de la constitución de Weimar. El primer apartado presenta la sistemática de la teoría positiva de la constitución moderna, reponiendo sus dos elementos estructurantes: la forma política resultante de la aplicación de los principios político-formales de identidad y representación, y las formas de legislación y gobierno propias del Estado de derecho burgués. La segunda parte se centra en el cuerpo de doctrina acerca de la constitución de Weimar que Schmitt desarrolla apelando a las categorías presentadas en la primera parte. En especial, se analizan sus implicancias para comprender la posición de Schmitt respecto a los principales desafíos doctrinarios de la época, contrastando sus posiciones con las de otros grandes juristas contemporáneos. Finalmente, se recapitulan las conexiones de sentido entre los criterios que informan la teoría general de la constitución moderna y la doctrina de la constitución de Weimar, destacando las peculiaridades del esfuerzo de Schmitt por subrayar la integridad de la constitución frente a los diversos modos de relativización que atribuye tanto al positivismo jurídico como a ciertas posiciones políticas de su época.

Palabras clave: Schmitt, Weimar, constitución, teoría, doctrina, Verfassungslehre.

Abstract: The article addresses Carl Schmitt's constitutional theory, focusing on its double meaning as a general theory of the modern constitution and a body of doctrine on the Weimar constitution. In the first section, we introduce the positive theory of the modern constitution through its two structuring elements: the political form resulting from the application of the political-formal principles of identity and representation, and the forms of legislation and government inherent to the bourgeois state under the rule of law. The second section focuses on the body of doctrine on the Weimar constitution that Schmitt develops by drawing on the categories presented in the first part. A special focus is placed on its implications in order to understand Schmitt's position regarding the main intellectual challenges of the time, contrasting

his positions with those held by other great contemporary jurists. Finally, the article reviews the connections between the criteria that inform the general theory of the modern constitution and the doctrine of the Weimar constitution, highlighting the peculiarities of Schmitt's effort to stress the integrity of the constitution against the relativism that he attributes both to legal positivism and to certain political positions of his time.

Keywords: Schmitt, Weimar, constitution, theory, doctrine, Verfassungslehre.

I. Introducción: Carl Schmitt, amigo y enemigo de Weimar

Carl Schmitt fue uno de los iuspublicistas más destacados de la Alemania de Weimar. Maestro de un tipo de pensamiento jurídico que llamó decisionista, desarrolló una continuada reflexión sobre la naturaleza jurídica de la excepción que abarcó los campos de las teorías generales del derecho y del Estado (Schmitt, 1921; 1922; 1932a [1927]), así como la teoría y la dogmática constitucional (Schmitt, 1924; 1928). Agudo historiador del espíritu desde una visión europea y cristiana (Schmitt, 1919; 1926 [1923]; 1932b; 1950), la penetración inquisitorial de sus investigaciones y su pesimismo radical respecto a las posibilidades de la neutralización técnica de lo político le han merecido un lugar central en la filosofía jurídica y política del siglo XX.

Schmitt pretendió también ser el *kronjurist* del III Reich: pese al desprecio que manifestó por el partido nacionalsocialista hasta poco antes de afiliarse, y aunque su adscripción militante se vería pronto malograda, entre 1933 y 1936 Schmitt disputó el papel de teórico oficial del naciente ordenamiento nacionalsocialista, y elogió encomiosamente las medidas aberrantes de la dictadura de Hitler. Según él mismo señaló, abandonó por entonces el decisionismo en favor del pensamiento de los órdenes y formas concretas [*Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken*] (Schmitt, 1934).

Entre las diversas interpretaciones acerca del significado de este viraje, es posible distinguir las que consideran este paso como el corolario natural de su filosofía decisionista (Löwith, 1960 [1935]), las que junto a una dosis inequívoca de oportunismo destacan su invariante posición en favor del poder y la autoridad efectivas y legalmente existentes (Bendersky, 1983; Schwab, 1989; Pinto, 2000; Kennedy, 2004), aquellas que en clave metafísica lo atribuyen a un catolicismo profundamente reaccionario, antimoderno y antisemita (Dyzenhaus, 1997; Scheurman, 2020 [1999]), y las que prefieren subrayar más bien su continua función como ideólogo del gran capital monopolista (Neumann, 1943; Maus, 1997).

Este artículo, sin embargo, no se propone elaborar una visión de conjunto sobre la obra de Carl Schmitt, ni subsumir sus profundas discontinuidades lexicales y teóricas bajo un principio unificador (decisionista, teológico-político, katejónico, etc.), sino comprender la singularidad histórica de su *Teoría de la Constitución* o *Verfassungslehre*¹ (Schmitt, 1928) a la luz de su contexto político-intelectual. A contrapelo de lecturas determinadas retrospectivamente por las ulteriores posiciones políticas y teóricas de Schmitt, propongo ensayar aquí una interpretación contextual de la *Verfassungslehre* como la realización de un amigo de la constitución y la república de Weimar en su época de relativa estabilidad.

El artículo aborda la *Verfassungslehre* de Schmitt a partir de su doble valencia de teoría general de la constitución moderna y cuerpo de doctrina acerca de la constitución alemana de 1919, con el objeto de discernir entre sus aportes al conocimiento especulativo sobre la constitución moderna y sus tesis en torno al sentido de la constitución del Reich alemán del año 1919, a la par que reparar en las articulaciones de sentido entre estas dos dimensiones de la obra.² Para ello, y luego de un breve encuadramiento historiográfico, dividiré la exposición en dos apartados centrados respectivamente en la teoría general de la constitución moderna (II) y en la doctrina de la constitución de Weimar (III). El primer apartado aborda la sistemática de su teoría positiva de la constitución moderna, reponiendo sus dos elementos estructurantes: la forma política resultante de la aplicación de los principios político-formales de identidad y representación, y las formas de legislación y gobierno propias del Estado de derecho burgués [*bürgerlicher Rechtsstaat*].³ Como resultado, destaco una serie de distinciones analíticas –entre constitución y ley constitucional; entre el elemento político de la democracia y el elemento apolítico del Estado de derecho burgués; entre el concepto político de ley y el concepto de ley del Estado de derecho burgués; y entre auténticos derechos fundamentales y otras garantías institucionales de la constitución–, que resultan esenciales al momento de considerar la doctrina schmittiana de la constitución de Weimar.

La segunda parte se centra en el cuerpo de doctrina acerca de la constitución de Weimar que Schmitt formula a partir de los desarrollos teóricos y las categorías enunciadas en la primera parte.⁴ Contrastando sus posiciones en estas materias con la de otros grandes juristas contemporáneos, se analizan sus implicancias respecto a los principales desafíos doctrinarios de la época: en primer lugar, se precisa su posición en el debate en torno a la legitimidad de origen y la sustancia de la constitución alemana de 1919; en segundo lugar, se aborda la distinción que Schmitt acuña entre los verdaderos derechos fundamentales y otras garantías institucionales consignadas en el texto constitucional;

y, en tercer lugar, se señala su perspectiva respecto a las cuestiones de la intangibilidad de la constitución y de los medios legales de su defensa. A cada uno de estos tópicos se dedica una sección del segundo apartado.

En las conclusiones se recapitulan, primeramente, las conexiones de sentido entre los criterios que informan la teoría general de la constitución moderna y la doctrina de la constitución de Weimar, destacando las peculiaridades del esfuerzo de Schmitt por subrayar la integridad de la constitución frente a los diversos modos de relativización que atribuye tanto al positivismo jurídico como a ciertas posiciones políticas de su época. Finalmente, se concluye apuntando el impacto indirecto de su prédica en la Constitución de Bonn y en la cultura jurídica de la República Federal de Alemania, a la par que ponderando la relevancia teórica actual de la *Verfassungslehre* con eje en sus aportes analíticos para la comprensión del constitucionalismo democrático-liberal contemporáneo.

A más de 100 años de su sanción, la imagen historiográfica de la constitución de Weimar ha estado largamente dominada por el signo de su quiebra en 1933. Como apunta Leticia Vita, “[e]n la mayor parte de los trabajos que se abocan al período y en particular a la Constitución de 1919 subyace, de manera expresa o implícita, el interrogante acerca de cómo pudo acontecer el horror nazi. Así, la visión predominante sobre la Constitución de Weimar sigue siendo, incluso en la academia alemana, la de una Constitución ‘fallida’” (Vita, 2008, pp. 567-568). No se trataba, sin embargo, de una constitución “indefensa” (Gusy, 1991), y es muy posible que en un contexto socioeconómico, político e ideológico menos desafiante sus resultados hubieran sido más felices (Stolleis, 1999; Gusy, 2019).

Acompasando la suerte historiográfica de la república, buena parte de la literatura sobre el pensamiento teórico-constitucional de Schmitt en Weimar parece estar retrospectivamente dominada por las posiciones y compromisos que su autor asumió cuando, a partir de 1930, la república ingresa en su fase terminal. Así, entre la literatura reciente sobre el pensamiento constitucional de Schmitt en Weimar destacan los trabajos que recuperan la gravitante querrela entablada con Hans Kelsen en torno al defensor de la Constitución y la jurisdicción constitucional,⁵ así como aquellos que, advirtiendo su contribución a la extensión de las nociones de seguridad y orden público a la esfera de la economía, abordan el tratamiento schmittiano del artículo 48 de la constitución en la era del “sistema presidencialista” de Weimar entre 1930 y 1933 (Bercovici, 2020; Scheuerman, 2000). Inscribiéndose en esta estela, y remontando hasta tan temprano como 1923 la categoría que Hermann Heller acuñaría una década después, Nikolaos

Vagdoutis ha caracterizado recientemente a la teoría constitucional de Schmitt como un “liberalismo autoritario”, fruto de una radicalización de las intuiciones weberianas respecto a la cuestión política y social que lo impulsó a teorizar un “presidente muy poderoso (siendo más radical que Weber en su crítica al parlamentarismo) y una distinción político-económica liberal (siendo aún más asertivo que Weber a favor de una ‘economía libre’)” (Vagdoutis, 2018, p. 135).

En una retrospectiva de fines de la década de 1960, el propio Schmitt describiría a sus trabajos constitucionales de Weimar como una advertencia respecto a la neutralidad del sistema de legalidad de la Constitución, una defensa del sistema presidencialista plebiscitario como último resorte de la legitimidad estatal y salvaguarda de la Constitución, y una anticipada argumentación en torno a la contradicción entre Estado de derecho y Estado social.⁶ Este fenómeno de determinación retrospectiva de la imagen del pensamiento constitucional de Schmitt coincide con una interpretación continuista que el propio autor subraya ya en *El guardián de la constitución* (Schmitt, 1931a) y en *Legalidad y legitimidad* (Schmitt, 1968 [1932]), y que induce a diversos intérpretes a encontrar en estas últimas obras las claves de problematización de la *Verfassungslehre*.⁷ Aquí cabe señalar que, aunque de consideración indispensable para una interpretación global del pensamiento schmittiano, ni el problema del “guardián” de la constitución, ni la antinomia conceptual entre Estado social y Estado de derecho, ni su propuesta de despolitización autoritaria de la esfera económica son tematizados en la *Verfassungslehre*.

El abordaje de la *Verfassungslehre* aquí propuesto asume una posición crítica frente a algunos prejuicios metodológicos del enfoque tradicional en historia de las ideas, evitando lo que Quentin Skinner (1969) denomina mitologías de la prolepsis, de la coherencia y de las doctrinas.⁸ Sin perder de vista que “los debates intelectuales en la República de Weimar se desarrollaban en un horizonte abierto, en el que (aún) no aparecían las llamas del Holocausto” (Stolleis, 1999, p. 139, traducción mía), habré de apartarme en especial de la posterior autocaracterización de su autor como un jurista en lucha “contra Weimar, Ginebra y Versalles” desde comienzos de los años veinte.⁹ Asimismo, no me propongo discernir la “verdadera enseñanza” de conjunto de una obra deliberadamente controversial y caracterizada por profundas discontinuidades lexicales y argumentativas como la de Schmitt, ni aspiro a una imagen global de su pensamiento teórico-constitucional en la era de Weimar, sino reinscribir intencionalmente la *Verfassungslehre* en su particular contexto jurídico-político de enunciación.

Redactada y publicada entre 1926 y 1928, cuando aún era profesor de derecho público en la Universidad de Bonn, la *Verfassungslehre* está ciertamente lejos de ser una apología del estado autoritario, corporativo o totalitario. Como apunta Renato Cristi, se trata de una obra que destaca como el más sistemático y menos ocasional de los trabajos de Schmitt: “[m]ientras que, en conjunto, su producción estuvo marcada por una sensibilidad extraordinaria hacia su propia situación concreta, que lo condujo en cierto punto a un oportunismo ilimitado y desvergonzado, esta obra en particular parece elevarse por encima de la contienda política reflejando posiblemente el estado de ánimo de 1928, marcado por los días de bonanza de la república de Weimar” (Cristi, 1998, p. 108, traducción mía). En ella, Schmitt asume la posición de un amigo de la constitución y la república de Weimar en su época de relativa estabilidad (Mühlhans, 2018, pp. 416-423), y se aboca a resolver las antinomias y paradojas de la constitución alemana de 1919 interpretándolas “en un sentido idiosincrático, que se dirigía sobre todo contra las lecturas liberales y socialdemócratas” (Roth, 2005, p. 142, traducción mía).

En lo que sigue propongo analizar el modo en que la *Verfassungslehre* de Schmitt interviene en el debate jurídico y politológico de la Alemania de Weimar previa a la crisis de 1929-1930, postulando una teoría general de la constitución democrática y burguesa moderna, y una doctrina acerca de la constitución alemana de 1919 (o más bien, un cuerpo de hipótesis doctrinarias acerca de algunos de los principales asuntos contenciosos del derecho político alemán de la época). Tal como intentaré patentizar, su argumentación constituye un esfuerzo teórico enderezado a sistematizar los pilares de la constitución, fijando en la democracia y el Estado de derecho las columnas de su integridad, contra lo que considera diversas formas de relativización jurídica y partidización política.

II. La teoría de la constitución moderna

La época de Weimar es el espacio de experiencia en que, luego del predominio del positivismo en la era imperial –con la jurisprudencia de conceptos de Gerberd y Laband a la cabeza–, tiene lugar la gran disputa metodológica o de orientación entre positivistas y antipositivistas que se desarrolla centralmente en los congresos de la Sociedad Alemana de Profesores de Derecho Político entre 1925 y 1929. El positivismo tiene por entonces a Gerhard Anschütz, Richard Thoma y Walter Jellinek como sus continuadores en Alemania, mientras que desde Austria la teoría pura de Kelsen, con su radical monismo, invita a una renovación de las premisas epistemológicas de la ciencia jurídica.

Pese a que las sustantivas diferencias metodológicas impiden hablar en sentido estricto de una escuela, la orientación positivista que mancomuna a estos autores se define por una común aspiración a la despolitización del derecho público. En el ecléctico campo antipositivista, identificado con la corriente de las “ciencias del espíritu”, se agrupan figuras tan disímiles como Rudolf Smend, Hermann Heller y Carl Schmitt, más dispuestos a resaltar el carácter eminentemente político de esta rama del derecho. Estos agrupamientos, sin embargo, no se trasladan directamente al campo político; mientras en el bando positivista convergen demócratas liberales y socialdemócratas convencidos en su apoyo a la república parlamentaria junto a conservadores que asumían con cierta resignación la nueva época política, el campo antipositivista reúne posiciones que van desde el socialismo de Heller al catolicismo conservador de Schmitt, pasando por el cristianismo evangélico de Smend (Caldwell, 1997, pp. 78-144; Stolleis, 1999, pp. 145-197, 2017, pp. 105-112).

Esta querrela metodológica tiene un capítulo especial en el campo de la teoría del Estado, cuya crisis “a principios del siglo XX hizo que el enfoque del estudio del Derecho Público se desplazara hacia la Constitución y la Teoría Constitucional” (Bercovici, 2011, p. 23). La *Teoría general del Estado* de Georg Jellinek (1905), “*summa* teórica del siglo XIX” (Stolleis, 2014, p. 87), había sentado los términos del debate al delimitar la relativa autonomía de las teorías social y jurídica del Estado.¹⁰ Contra este dualismo Hans Kelsen lanza su propuesta de una teoría puramente jurídica del Estado, que inicia con sus *Problemas capitales* (Kelsen, 1911) y desemboca en su *Teoría general del Estado* (Kelsen, 1925). En réplica más o menos directa a Kelsen se alzan a su vez tres obras que llegarían a desempeñar un gran papel en el pensamiento ius público de la posterior República Federal: la *Verfassungslehre* de Carl Schmitt (1928), *Constitución y derecho constitucional* de Smend (1928), y la póstuma *Teoría del Estado* de Hermann Heller (1934).

Ya desde su introducción Schmitt declara que el objeto de la *Verfassungslehre* es el de erigir “una teoría de la Constitución [*Verfassungstheorie*] y considerar el terreno de la *Teoría de la Constitución* [*Verfassungslehre*] como rama especial de la Teoría del Derecho público” (1928, p. 25). Como propedéutica de su propia conceptualización de la constitución, Schmitt comienza su argumentación con un intento de reducción y tipificación de las diversas acepciones del concepto de constitución al uso en la ciencia jurídica y en la teoría del Estado de la época de Weimar. Como resultado, Schmitt estabiliza cuatro formas de conceptualización jurídico-política de la constitución, que denomina conceptos “absoluto”, “relativo”, “ideal” y “positivo”.

En cuanto a las nociones *absolutas* de la constitución, Schmitt distingue entre las que refieren al ser y las que lo hacen al deber ser de la unidad política. Entre las que remiten a dimensiones o magnitudes del ser, puede tratarse de la concreta manera de ser de cualquier unidad política existente, tanto en el sentido de una realidad estática (o *status*) como de una realidad dinámica. La concepción estática de la unidad se especifica en dos acepciones: por un lado, como concreta manera de ser de cualquier unidad política en el sentido de la *politeia* de Aristóteles –aquí el Estado no tiene una constitución, sino que es su constitución–; por otro, como manera especial de supra y subordinación, en el sentido de forma de dominio=forma de Estado [*Staatsformen*] –como sucede en la tratadística política del renacimiento y el barroco, para la cual el Estado no tiene una constitución monárquica, democrática, etc., sino que es una monarquía, democracia, etc. En el último caso, y como sucede en la teoría de la integración de Rudolf Smend (1928), la manera de ser de la unidad política es concebida como una obra en continuada formación. Junto a estas concepciones que remiten a cualidades y magnitudes propias del ser de la unidad política, Schmitt identifica una concepción absoluta de constitución como norma pura, de la que la teoría kelseniana es ejemplar. La constitución en este caso no es concebida como “una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal” (Schmitt, 1928, p. 35); en particular, la constitución es pensada como un sistema absoluto y cerrado de normas, en virtud de lo cual es “norma de normas”, norma suprema o norma fundamental.

Pertenecen también al ámbito del deber ser los conceptos relativo e ideal de constitución. Para el concepto *relativo*, la constitución es equiparable al conjunto de las normaciones o leyes constitucionales, de modo tal que la unidad constitucional es relativizada a la de un conjunto de normas que reúnen determinados criterios formales: en especial, se destaca su carácter escrito y el procedimiento dificultado de su reforma. La tesis de Jellinek, conforme la cual “[l]a nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes desde el punto de vista formal” (Jellinek, 1905, p. 480)¹¹ es recuperada por Schmitt como expresiva de este tipo de pensamiento. El concepto *ideal* de constitución, por su parte, remite a la identificación entre “constitución” y un tipo particular de contenido normativo históricamente informado. Como contenido material distintivo de este tipo de concepto de constitución propio del Estado de derecho burgués, del cual el pensamiento de Hugo Preuß es para Schmitt acabada expresión contemporánea, ciertas normas se tornan constitucionales por su carácter escrito, por sancionar garantías de libertad burguesa, y por fijar la separación y distribución de los poderes públicos.

Schmitt opta por diferenciarse de todas estas diversas formas de teorizar el fenómeno constitucional, aunque no abandona por ello los criterios fundamentales que informan a estas conceptualizaciones. En cambio, los redispone en el marco de su propio dispositivo teórico, que en un gesto evidentemente polémico designa como concepto *positivo* de constitución. Como enseguida veremos, con este gesto Schmitt pretende contrastar la positividad de una decisión configuradora de la forma de ser de la unidad política contra las relativizaciones normativistas y formalistas que atribuye al positivismo imperial y de posguerra.

A. La constitución en sentido positivo y las leyes constitucionales

Como el conjunto de su reflexión jurídico-política, la teoría de la constitución schmittiana tiene en el estado territorial europeo su ámbito central de referencia. Así, el concepto positivo de constitución encuentra su paradigma teórico-conceptual en el pensamiento jurídico-político de la revolución francesa: es allí donde por primera vez el pueblo de la nación, bajo el supuesto mental de la teoría del poder constituyente, adopta una decisión consciente por la cual da nueva configuración a una unidad política preexistente. En su opinión, entonces “surge la Constitución moderna, mixta de elementos liberales y democráticos”, de modo tal que “[l]a teoría del Estado de la Revolución francesa” constituye una fuente capital “no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente”, “sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna teoría de la Constitución” (Schmitt, 1928, p. 93). Pese a su *Bill of rights*, Schmitt no encuentra en la constitución de los Estados Unidos el modelo de la constitución moderna, sino el paradigma de un auténtico *pacto federal*. La revolución independentista de las colonias británicas de América no supone una decisión consciente acerca de la configuración concreta de una unidad política preexistente –como lo era, por efecto de la sistematización del Estado absolutista, la nación francesa–, sino que da lugar al nacimiento de una nueva unidad política. Por lo demás, esto debe distinguirse de la adopción de la estructura federal de distribución del poder estatal por parte de una entidad política existente tal como, según veremos en el apartado III.A, resulta en la Alemania de Weimar.

La constitución, para la teoría positiva, es un “acto consciente de configuración de [la] unidad política (...) mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia” (Schmitt, 1928, p. 66). Según apunta Schmitt, la constitución “surge mediante un acto del poder constituyente [que] no contiene como tal unas normaciones cualesquie-

ra, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”. La constitución así entendida “es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra “voluntad” significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser” (Schmitt, 1928, p. 66). La constitución en sentido positivo significa entonces decisión consciente adoptada por el poder constituyente acerca del modo y la forma de existencia de una unidad política concreta. Naturalmente incompatible con cualquier concepción de la constitución como decisión, la idea de la “soberanía de la constitución” no es para Schmitt otra cosa que la forma que asumió en el siglo XIX, y mientras la solidez de las monarquías permitió el aplazamiento de una decisión definitiva, el enmascaramiento del dualismo del poder constituyente impuesto por la revolución. Para una teoría positiva de la constitución, “la cuestión del Poder constituyente es ineludible”, y su respuesta “contesta también a la cuestión de la forma del Estado [*Staatsform*]” (Schmitt, 1928, p. 270).

La decisión constitucional, soberana, unitaria y ordinativa, debe ser distinguida conceptualmente del conjunto de las normas o leyes constitucionales que integran el texto de la constitución. A diferencia de la constitución en sentido positivo, que vale por la decisión del pueblo de la nación, las leyes constitucionales valen “a base de la Constitución y presuponen una Constitución. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente” (Schmitt, 1928, p. 46).

B. Estado de derecho y forma política: los dos elementos estructurales de la constitución moderna y sus conceptos de ley

La tesis fundamental que Schmitt esgrime en la *Verfassungslehre* es que la constitución moderna es “siempre una Constitución mixta” (1928, p. 265) en dos acepciones principales: por un lado, como una mezcla de principios del Estado de derecho burgués con principios político-formales; por otro, como mezcla de formas de gobierno [*Staatsformen*]. En cuanto a la primera de las acepciones, la constitución moderna es una constitución mixta en el sentido de que su estructura se compone de dos “elementos” –así los designa Schmitt– teórica e históricamente heterogéneos: por un lado, el elemento liberal y apolítico del Estado de derecho burgués; por otro, el elemento propiamente

político que resulta de una combinación concreta de los principios político-formales de identidad y representación.

El elemento del Estado de derecho burgués es el componente impolítico de la constitución moderna, y su contenido se corresponde con lo que Schmitt denominara concepto “ideal” de constitución. Con osadía, el jurista reconduce la sistemática del Estado de derecho burgués a los principios fundamentales de distribución y de organización. De acuerdo con el principio de distribución, los derechos de libertad del individuo –en tanto particular o burgués– son anteriores al Estado, de modo que “la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio”. El principio de organización, por su parte, supone que “el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas”, y se concretiza en la doctrina de la distinción (y mal llamada división)¹² de poderes entre Legislación, Administración y Justicia, que desde el siglo XVIII ha pasado a ser “contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica” (Schmitt, 1928, p. 183). Para Schmitt, al Estado de derecho burgués no le es propio ningún principio de gobierno, sino todo lo contrario: su objetivo es el atemperamiento y la limitación de todo gobierno como salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. La defensa de los derechos de libertad de la persona humana individual, el objetivo al que este elemento de la constitución moderna se endereza, puede tener lugar bajo las más diversas formas de gobierno, y es precisamente la mixtura de formas de gobierno una de las notas distintivas de la peculiar estructuración del poder estatal según los principios del Estado de derecho burgués. Pero, como he señalado, el elemento del Estado de Derecho, “independiente y completo en sí mismo” (Schmitt, 1928, p. 267) se une en toda constitución moderna con una realización concreta de los principios político-formales.

Al elemento del Estado de derecho burgués propio de la constitución moderna corresponde un concepto de derecho como orden de normas objetivas y generales, sancionadas de conformidad con el procedimiento previamente prescrito. De acuerdo con la sistemática del Estado de derecho, la ley en sentido formal es la norma general de efectos previsibles y calculables, sancionada por los órganos legislativos competentes según el procedimiento prescrito. Para Schmitt, estos requisitos formales de juridicidad son un freno a quienes pretenden afirmar que “los órganos competentes para la Legislación” pueden “resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una ley, con lo que el «imperio de la ley» ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes

se confía la legislación” (Schmitt, 1928, p. 204). En cuanto a la ley en sentido material, Schmitt se aparta de su corriente identificación con cualquier forma de legislación positivamente vigente; para la sistemática del Estado de derecho debe ser ley desde el punto de vista material aquella norma que, en virtud de su contenido, se dirige a la limitación de los auténticos derechos fundamentales del individuo. Con un criterio clásico, Schmitt insiste en la esencialidad de estos atributos del concepto de ley del Estado de derecho, porque sobre ellos reposa la recta comprensión del significado sistemático de la reserva de la ley: precisamente, “[I]a construcción protectora, peculiar del Estado de Derecho, se basa en la distinción entre regulaciones legales de carácter general y la aplicación de esas reglas por el juez o por una autoridad administrativa. La invasión en la libertad y propiedad tiene lugar, *no por medio de ley, sino en base a una ley*” [*nicht durch Gesetz, sondern auf Grund eines Gesetzes*] (Schmitt, 1928, p. 210). Como veremos más adelante, esta precisión es capital para distinguir, por un lado, entre la garantía de los auténticos derechos fundamentales y cualquier otra protección institucional de rango legal-constitucional (apartado III.B), así como para diferenciar entre una verdadera garantía legal-constitucional y una paradójica garantía de legalidad de una eventual dictadura dispuesta por cualquier mayoría legislativa agravada (apartado III.C).

El elemento propiamente político de la constitución moderna, y que determina la forma de conjunto de la unidad política, es identificado por Schmitt con la resultante de “dos contrapuestos principios de formación”: los principios político-formales de identidad y representación. Si el Estado es el *status* político de un pueblo¹³, la forma política es precisamente la determinación conceptual del pueblo como sujeto estatal. En palabras de Schmitt:

el Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos contrapuestos principios de formación, el principio de la identidad (del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo), y el principio de la representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el Gobierno (Schmitt, 1928, p. 281).

Como principios políticos correspondientes a los extremos teóricos de los dos principios político-formales de identidad y representación Schmitt ubica, respectivamente, a la democracia absoluta y a la monarquía absoluta: la primera, como en Rousseau, se afina en el pensamiento de la inmanencia y en el supuesto de la homogeneidad del pueblo, y hace de cada miembro del cuerpo político un representante de la unidad;¹⁴ la segunda, como en Hobbes, se basa en la idea de que la unidad política sólo puede realizarse por medio de la representación. Mientras la aplicación consecuente del principio de identidad conduce a un mínimo de gobierno como contrapartida de la más intensa

identidad entre gobernantes y gobernados, el principio de la representación supone un máximo de gobierno y una correlativa mayor heterogeneidad del pueblo.

Pero la constitución moderna es también una “constitución mixta” en el sentido de las formas de gobierno. A través de Bollingbroke y Montesquieu, el viejo motivo aristotélico-polibiano de la “constitución mixta” reingresa como doctrina de equilibrio de poderes en el pensamiento liberal moderno. Así, en las constituciones modernas el principio político de la democracia se ve siempre atemperado por una combinación concreta de diversas formas de gobierno [*Staatsformen*] y legislación que, aunque fundadas en el principio político de la democracia, suponen diversos grados de realización concreta de los principios de identidad y representación. Para Schmitt, “la mezcla de formas políticas [*politischen Formen*] se produce porque sólo pueden distinguirse diversos «poderes» cuando se organizan con arreglo a diversos principios político-formales, el Legislativo, por ejemplo, democráticamente; el Ejecutivo, monárquicamente, etc.” (Schmitt, 1928, pp. 270). Por lo demás, y contra Smend,¹⁵ el jurista no considera al sistema parlamentario como una forma política o de Estado en sentido estricto, sino como un sistema de gobierno [*Regierungssystem*] típico del Estado de derecho, resultante de una combinación de formas de gobierno en busca de su mutuo atemperamiento (Schmitt, 1928, pp. 390-391). Al conformarse según las exigencias del elemento del Estado de derecho burgués (mixtura de formas de gobierno y legislación en vistas de la protección de los derechos individuales de libertad, realización práctica de los principios de limitación y distribución), la monarquía y la democracia se tornan “constitucionales”: en otras palabras, la unidad política adopta una “constitución constitucional” [*konstitutionelle Verfassung*].

Ahora bien, de la mano del elemento político de toda constitución, y junto al concepto de ley propio del Estado de derecho burgués, subsiste en el Estado moderno un concepto *político* de ley como mandato o dictado del soberano: “«Político» significa aquí, en contraste con Estado de Derecho, un concepto de ley resultante de la forma de existencia política del Estado y de la conformación concreta de la organización del dominio” (Schmitt, 1928, p. 205). Es este el origen jurídico de la constitución como decisión del titular del poder constituyente, pero es también una realidad actualizada en la vida del Estado ante las situaciones excepcionales: pese a todas las formalizaciones y normativizaciones, resulta para Schmitt evidente que “en la práctica se desarrolla el empleo de actos apócrifos de soberanía para los que es característico que autoridades o cargos del Estado, sin ser soberanos, realicen actos de soberanía ocasionalmente y bajo tolerancia tácita” (Schmitt, 1928, p. 28). En cualquier caso, Schmitt no establece una

contraposición entre los conceptos político y jurídico de ley, sino una complementariedad para la consideración científico-jurídica de la constitución moderna que se sigue del dualismo de su estructuración:

para la ciencia jurídica, y sobre todo para una teoría de la Constitución, ambos conceptos de Ley son objeto en igual medida de la consideración científica. Ambos corresponden a una Constitución moderna, porque no hay ninguna Constitución moderna sin esos dos distintos elementos —la parte política y la que es típica del Estado de Derecho— con que se corresponde el dualismo de los dos conceptos de ley. (...) Para la concepción del Estado de Derecho, la ley es, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación *jurídica* (recta, razonable) de carácter *general*. Ley, en el sentido del concepto político de ley, es voluntad y mandato concretos, y un acto de soberanía. Ley en un Estado de principio monárquico es, por eso, la voluntad del rey; ley, en una democracia, es la voluntad del pueblo: *lex et quod populus jussit* (Schmitt, 1928, p. 205).

C. Derechos fundamentales y garantías institucionales

Schmitt combate frontalmente al que evalúa como uno de los corolarios más gravosos legados por el positivismo jurídico de la era imperial: la equiparación, en virtud de su inscripción en el texto de la constitución, entre verdaderos derechos fundamentales y otra clase de derechos políticos y sociales, así como entre éstos y lo que aún denomina indistintamente garantías institucionales o legal-constitucionales.¹⁶

En línea con el principio básico de distribución del Estado de derecho burgués (esfera de libertad individual ilimitada en principio; facultad estatal de intervención en principio limitada), Schmitt identifica como verdaderos derechos fundamentales aquellos derechos del individuo anteriores y superiores al Estado, el cual “sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia” (Schmitt, 1928, p. 224). Entre tales derechos se cuentan las libertades estrictamente individuales (libertad personal y de conciencia, propiedad privada, inviolabilidades del domicilio) y las libertades del individuo en relación con otros (de opiniones y de discurso, de cultos, de reunión y de asociación). Los derechos fundamentales, precisa Schmitt, no son “según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa”, y “no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontralable en principio, de la libertad individual” (Schmitt, 1928, p. 224).

Pero, según agrega Schmitt, “[a]l dualismo de los elementos de una Constitución moderna del Estado de Derecho, corresponde (...) un dualismo de los derechos fundamentales” (Schmitt, 1928, p. 229). Así, junto a los derechos fundamentales de libertad individual, la constitución moderna consagra una serie de derechos que también

pueden ser tenidos por fundamentales, pero que son de muy distinta naturaleza a los anteriores. Por un lado, los derechos políticos corresponden a los derechos del individuo en cuanto ciudadano, y afectan la participación en la vida del Estado; no reposan en la sistemática del Estado de derecho burgués sino en el principio político de la democracia, de modo que su existencia no es anterior sino interior al círculo del Estado. Por otro lado, y junto a estos derechos políticos, la constitución puede consagrar otros derechos que comparten la cualidad de presuponer una organización estatal a la que el titular del derecho se incorpora. Se trata de los derechos sociales, que Schmitt define como derechos del individuo a prestaciones sociales positivas y que, en cuanto tales, se encuentran condicionados por la propia organización política. “Según su estructura lógica y jurídica”, precisa Schmitt, este tipo de derechos “se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad” (Schmitt, 1928, p. 230).

Para Schmitt, “[n]o todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional” —como es el caso, por ejemplo, de los derechos individuales en las leyes constitucionales de la III República francesa—, ni tampoco “toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental” (Schmitt, 1928, p. 223). Como he apuntado, el jurista considera imperioso discernir conceptualmente entre los verdaderos derechos fundamentales y cualquier otra garantía especial que por ley constitucional se puede dar a ciertas instituciones públicas o privadas —como, por caso, la familia, el funcionariado civil o la Universidad—. A diferencia de los derechos fundamentales en sentido propio, la garantía institucional comprendida por la ley constitucional “[e]xiste sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines” (Schmitt, 1928, p. 232). La regulación constitucional puede ir incluso más allá de imposibilitar la supresión de tales instituciones por vía legislativa ordinaria, sin que por ello tal garantía se constituya en un auténtico derecho fundamental: en palabras de Schmitt, “[n]i aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones —lo que no es obligado—, hay ahí derechos fundamentales ningunos” (Schmitt, 1928, p. 231).

A criterio de Schmitt, “[t]odos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan «con arreglo a las leyes»; su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales” (Schmitt, 1928, p. 226). En esta tónica, la “reserva de la ley”, es decir, “una re-

gulación fijada de antemano, mensurable, general y controlable tiene sentido sólo para auténticos derechos fundamentales, pero no frente a garantías institucionales” (Schmitt, 1928, p. 242). Por ello, “la garantía de cualquier derecho fundamental auténtico se dirige, si bien con distinto grado de eficacia, 1) a los órganos competentes para revisar la Constitución, (...) 2) a los órganos competentes para dictar leyes ordinarias, y 3) a las restantes autoridades del Estado, sobre todo al llamado Ejecutivo” (Schmitt, 1928, p. 240). Por lo demás, aunque ilimitados en principio, los derechos individuales de libertad no son derechos absolutamente irrestrictos: en opinión de Schmitt, estos “tienen que ser considerados como auténticos derechos fundamentales, en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica de lo social puro y se reconozca tan sólo la libre competencia y la libre discusión de los individuos” (Schmitt, 1928, p. 225). Ahora bien, al abandonar la esfera puramente individual y dejar de corresponderse con el principio de distribución del Estado de derecho –por ejemplo, al devenir la libertad de asociación en coaliciones sociopolíticas que se combaten entre sí a través de medidas como huelgas o *lock-outs*–, estos derechos pueden perder fácilmente su carácter apolítico y, “con el carácter humano-individualista, lo absoluto de su protección” (Schmitt, 1928, p. 226).

Como veremos en el próximo apartado, las distinciones analíticas hasta aquí presentadas –entre constitución y ley constitucional; entre el elemento político de la democracia y el elemento apolítico del Estado de derecho burgués; entre el concepto político de ley y el concepto de ley propio del Estado de derecho burgués; y entre los auténticos derechos fundamentales y otras garantías institucionales– son esenciales para abordar tres temas capitales que hacen a la interpretación schmittiana del orden constitucional de Weimar. En primer lugar, aclaran su posición en el debate en torno a la naturaleza y legitimidad de la constitución alemana de 1919. En segundo lugar, permiten comprender su aproximación a la distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales. En tercer lugar, precisan su posición respecto a las cuestiones de la intangibilidad de la constitución y de los medios legales de su defensa.

III. La doctrina de la constitución de Weimar

En vísperas de la derrota militar en la Gran Guerra, Guillermo II abdica el trono de un Imperio alemán al que la guerra franco-prusiana había ayudado a erigir casi medio siglo atrás: implosionaba así lo que la historiografía denominaría luego el *II Reich*. El temor tanto a la ocupación de las fuerzas vencedoras como al avance del bolchevismo coaliga a las fuerzas armadas y la administración civil con los partidos democráticos en favor de

una república que, por otra parte, nace agobiada por las gravosas cargas económicas y las disputas territoriales derivadas de la paz de Versalles. La llamada coalición de Weimar, que reúne al Partido Socialdemócrata Alemán (SPD), al nacionalismo liberal y progresista del Partido Democrático Alemán (DDP) y al *Zentrum* católico obtiene una amplia mayoría para la Asamblea Nacional Constituyente que sesiona en Weimar, lejos de una Berlín aún sacudida por los estruendos de las jornadas revolucionarias. En parte delineado por un nuevo régimen electoral caracterizado por el sufragio libre y universal (incluido el femenino) y el sistema de representación proporcional, el naciente sistema de partidos es expresivo de una situación verdaderamente desafiante: el pluralismo de Weimar se caracteriza por la fragmentación entre partidos de intereses y cosmovisiones en muchos aspectos contradictorias e incluso antagónicas, a los que la férrea tradición autoritaria del segundo Reich había privado tanto de experiencia de gobierno cuanto de tradición de compromiso. Y, sin embargo, es el compromiso entre estas fuerzas el que, a todas luces, da lugar a la constitución de Weimar. Con el socialdemócrata Friedrich Ebert a cargo de la presidencia de la República, el diseño del primer borrador oficial del texto constitucional sobre el que trabaja la Asamblea Nacional Constituyente de Weimar recae sobre Hugo Preuß, el eminente jurista y militante del partido demócrata nacional y primer secretario de estado de Interior de la república. Por su parte, los aportes de Friedrich Naumann, pastor protestante enrolado en el DDP, de socialdemócratas como Max Quarck y Hugo Sinzheimer y del católico del *Zentrum* Konrad Beyerle serán capitales para definir el contenido de la segunda parte de la constitución, que el proyecto de Preuß no contemplaba, consagrada a los derechos y deberes de los alemanes (Bendersky, 1983, pp. 64-66; Rürup, 1992; Stolleis, 2019).

Al afirmarse sobre la república y la democracia como premisas fundamentales, dos ideas con una larga connotación negativa en el derecho constitucional alemán, la nueva constitución planteó una cuestión fundamental para la disciplina del derecho político: “¿podía y debía seguir vinculada a sus propias tradiciones y premisas, que en el pasado habían tendido a distanciarse de los nuevos fundamentos del derecho constitucional? (...) ¿O, después de la reevaluación jurídica, la disciplina debía proseguir con la reevaluación científica de los nuevos logros y situarse así en el terreno de la nueva constitución?” (Gusy, 2019, p. 205) A caballo de este dilema, los grandes debates doctrinarios respecto a la interpretación de la nueva Constitución a lo largo de la era de Weimar giran principalmente en torno a los desafíos externos e internos a la unidad política, las relaciones entre democracia, parlamentarismo y Estado de partidos, la articulación entre derechos fundamentales consagrados en la segunda parte de la constitución y los límites al cambio constitucional, la posición del Presidente del Reich, la jurisdicción del Tribunal

Estatal [*Staatsgerichtshof*] y la compleja naturaleza del régimen federal (Stolleis, 1999, pp. 76-100). Carl Schmitt, un jurista en ascenso irresistible, no se abstuvo de participar en ellos.

A. Decisiones y compromisos en la constitución alemana de 1919

Hacia 1922 Gerhard Anschütz, principal comentarista e intérprete constitucional de la época, describió a la constitución democrático-republicana de Weimar como el resultado de “un arduo compromiso –finalmente alcanzado por una mayoría respetable, e incluso impresionante– entre las grandes fuerzas formativas del Estado, entre la burguesía y los trabajadores” (Anschütz, 1923, p. 26, traducción mía). En una visión que refleja la teoría pluralista del Estado y la Constitución de Hugo Preuß (Caldwell, 2013; Voßkuhle, 2011), casi una década después de la caída de Weimar Franz Neuman todavía identifica al “compromiso entre todos los grupos sociales y políticos” como la esencia de la doctrina pluralista de la constitución de 1919, cuya aspiración oficial era “convertir la lucha de clases en colaboración entre las clases” (Neumann, 1942, p. 26). En un sentido peculiar, los juristas socialdemócratas también advierten en la constitución de 1919 el resultado de un compromiso, pero se trata para ellos de un compromiso transitorio, alcanzado entre fuerzas fundamentalmente antagónicas: pese a todas sus discrepancias, juristas como Otto Kirchheimer (1930) y Hermann Heller (1930) coinciden en considerar a la democracia parlamentaria de Weimar como un régimen transicional hacia el socialismo y la democracia económica.

La posición de Schmitt a este respecto es que la constitución de Weimar no “vale” en virtud de un compromiso entre fuerzas políticas y sociales, sino por la voluntad del pueblo alemán: es “la voluntad del pueblo alemán —por tanto, una cosa existencial— [la que] funda la unidad política y jurídica, más allá de las contradicciones sistemáticas, incongruencias y oscuridades de las leyes constitucionales concretas. La Constitución de Weimar vale porque el Pueblo alemán «se la ha dado»” (Schmitt, 1928, p. 43). En cuanto al contenido normativo plasmado en las leyes y regulaciones constitucionales concretas, la lectura de Schmitt distingue entre compromisos auténticos y apócrifos [*echte und Scheinkompromisse*]. Esto se expresa principalmente en su juicio acerca de las partes primera y segunda de la constitución, así como en la articulación global de sentido que, según su interpretación, resulta de la unidad positiva de la constitución.

En la lectura de Schmitt, la primera parte de la constitución alemana de 1919 contiene un conjunto claro de decisiones políticas fundamentales adoptadas por la Asamblea Nacional de Weimar como legítima representante de la nación alemana:

la decisión a favor de la Democracia, adoptada por el pueblo alemán en virtud de su existencia política como Pueblo; (...) la decisión a favor de la República y contra la Monarquía, (...) la decisión a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una estructura de forma federal (si bien no propiamente federal) del Reich (...); la decisión a favor de una forma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno; por último, la decisión a favor del Estado de derecho burgués con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes (Schmitt, 1928, pp. 60-61).

Estas decisiones, expresivas de auténticos compromisos entre las fuerzas políticas involucradas en la sanción del texto constitucional, definen al Reich alemán según la constitución de Weimar como “una Democracia constitucional, es decir, como un Estado de derecho burgués en la forma política de una República democrática con estructura federal” (Schmitt, 1928, p. 61). La estructura orgánica estatal, regulada por la primera parte de la constitución conforme los principios del Estado de derecho burgués, da cuenta para Schmitt de que “no se extrajeron consecuencias políticas específicas” de los “principios del socialismo” (1928, p. 68).

Respecto a la forma de Estado y de gobierno prescrita por la constitución de Weimar, Schmitt indica que ante la alternativa política planteada en el año 1919 entre “República de Consejos con Dictadura del Proletariado o Estado liberal de Derecho con forma de gobierno democrática”, la constitución adopta una decisión clara: “el Reich alemán es una democracia constitucional” (Schmitt, 1928, p. 73).¹⁷ Pero al caracterizar a la forma política establecida por la constitución de Weimar como una democracia constitucional, a la par de identificar al parlamentarismo con un “sistema de gobierno” –pero no principio político o forma de gobierno en sentido propio–, Schmitt coloca la alternativa política concreta entre régimen parlamentario y presidencial en el plano de un Ejecutivo dual, con la disolución del Parlamento como llave maestra que pone en manos del pueblo la resolución de potenciales conflictos. En efecto, aunque el método de conformación de gobiernos predominante en la práctica política de Weimar había sido hasta entonces el gabinete de coalición (incluso de minorías, bajo la tolerancia del Parlamento), Schmitt advierte que, como resultado del sistema de equilibrios entre principios políticos que anima al texto de la constitución, las posibilidades del sistema parlamentario de Weimar se encuentran abiertas a la realización de cualquiera de sus cuatro subespecies: sistema parlamentario puro, de gabinete, de premier o presidencial (Schmitt, 1928, pp. 433-442). Por cierto, según la constitución de Weimar en la figura del presidente del Reich se congregan los rasgos funcionales típicos del monarca constitucional,¹⁸ pero a diferencia de este último el presidente debía ser “elegido por el pueblo alemán entero” (art. 41 CW). Pese a las prevenciones que el ejemplo francés de 1851

suscitara, algunos de los principales inspiradores de la constitución de 1919, como Max Weber (1919) y Hugo Preuß (Stirk, 2002), vieron en este representante plebiscitario de la unidad política un necesario contrapeso al Parlamento y un centro de referencia para una administración civil y militar forjada en la tradición monárquica (Pinto, 2002).

Al publicarse la *Verfassungslehre* los debates doctrinarios sobre la posición del presidente todavía no habían alcanzado la intensidad de los años 1930-1933, cuando dominaría la preocupación por los poderes dictatoriales del presidente y su rol como guardián o, hacia el fin, destructor de la constitución, y la literatura aún se centra en el comentario clásico acerca de las características específicas del modelo presidencial alemán y sus poderes de emergencia –en especial, respecto a la *Reichsexecution*– (Stolleis, 2008, pp. 93-96). Schmitt no se aparta de este patrón y, sin calificarlo aún como guardián de la constitución, su tratamiento de la figura presidencial se ajusta todavía a la imagen de un *pouvoir neutre* o *modérateur*, en línea con la teoría de la monarquía constitucional de Benjamin Constant (Schmitt, 1928, pp. 372-374 y 439-442). No era, sin embargo, una tesis incontrovertida, y frente a tales consideraciones Gustav Radbruch denuncia a esta idea de una instancia política por encima de los partidos como la mentira que dio vida al estado autoritario.¹⁹

En cuanto a la adopción de la estructura federal, el argumento del jurista parte de identificar que la constitución de Weimar descansa en un acto del poder constituyente del pueblo alemán, afirmando como característica distintiva de la Constitución de 1919 –en contraste con la propiamente federal de 1871– esta primacía instituyente del pueblo de la nación alemana. Desde que la homogeneidad y unidad del pueblo de la nación es el presupuesto constitucional fundamental, el componente federal de la constitución de Weimar no obedece a que ella sea un auténtico pacto federal; se trata, en cambio, de una decisión constitucional positiva en favor de la estructura federal como técnica de distribución del poder del Estado dirigida a prestar una garantía orgánica adicional a la sistemática del Estado de derecho burgués (Schmitt, 1928, pp. 483-487).

B. Derechos y deberes de los alemanes

Bajo el epígrafe de “derechos y deberes de los alemanes”, la segunda parte de la Constitución de Weimar incluye un catálogo de derechos fundamentales del Reich dividido en cinco secciones: la primera se ocupa de “la persona individual” (arts. 109 a 118), la segunda de “la vida social” (arts. 119 a 134), la tercera de la “religión y confesiones religiosas” (arts. 135 a 141), la cuarta de la “educación y enseñanza” (arts. 142 a 150),

y la última de “la vida económica” (arts. 151 a 165). Estos derechos abarcan desde las garantías individuales típicas del Estado de derecho clásico –ya consagradas en 1848 por la experiencia constituyente de la Iglesia de San Pablo y en las constituciones de los *Länder*, pero ausentes en la constitución del Reich de 1871–, hasta formulaciones típicas de un emergente Estado social. Pero a diferencia de la posterior República Federal, gran parte de los principios fundamentales, programas, lineamientos, y provisiones materiales allí reunidos no estaban sujetos a la tutela judicial efectiva, sino que –en buena medida como resultado de la intención socialdemócrata de sustraerlos al control jurisdiccional de una judicatura conservadora heredada de la época imperial– operaban en general como prescripciones programáticas orientadoras de la futura tarea del legislador (Vita, 2018; Lübbe-Wolff, 2019).

La distinción conceptual entre derechos fundamentales y garantías institucionales pergeñada por Schmitt (ver apartado II.C) impacta de lleno en su interpretación doctrinaria de esta segunda parte de la constitución alemana de 1919. A diferencia de la primera parte, que como hemos visto contiene para Schmitt decisiones fundadas en compromisos auténticos en favor de la democracia y el Estado de derecho burgués, esta segunda parte consiste más bien en “una reunión de programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos”. Así, entre los derechos y deberes enunciados en la constitución de Weimar se entremezclan “[g]arantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico (...) en una síntesis con frecuencia confusa” (Schmitt, 1928, p. 67).

En la lectura de Schmitt, mientras la sección primera consagra auténticos derechos fundamentales de libertad individual, en la segunda se conjugan derechos del individuo en sociedad con algunas garantías institucionales en sentido estricto –es decir, protecciones constitucionales contra su supresión por vía legal– tanto de instituciones privadas (tal es la protección constitucional del matrimonio según el art. 119) como de derecho público (como en el caso de la administración autónoma de los municipios según el art. 127, o del funcionariado civil conforme al art. 129). Según precisa el jurista al analizar la garantía legal-constitucional de la autonomía municipal:

el instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebaten su esencia, son inconstitucionales. Por el contrario, no se garantiza en esa prescripción un derecho a la existencia del municipio en particular, o de la asociación de municipios en particular (Schmitt, 1928, p. 232).

Por su parte, bajo la forma de garantías institucionales las secciones tercera y cuarta contienen centralmente lo que Schmitt denomina compromisos apócrifos. En lugar de compromisos auténticos en torno a las cuestiones políticas litigiosas, se trata de pseudo-compromisos que se orientan al aplazamiento de la verdadera decisión, y que se expresan en fórmulas dilatorias encaminadas al sostenimiento del *status quo* en dichas materias. De este modo, normaciones legal-constitucionales tales como las garantías de instrucción religiosa en las escuelas (art. 149, 1, 1) o la garantía de subsistencia de las Facultades de Teología en las Universidades (art. 149, 3), aunque reguladas por leyes constitucionales, no constituyen verdaderos derechos fundamentales de acuerdo con la sistemática del Estado de derecho burgués.

Como indica Saralegui Benito, la distinción entre “la indecisión de la constitución y la indecisión de la ley constitucional” permite colocar a los denominados “compromisos apócrifos” de la constitución de Weimar “en un nivel existencial muy bajo”, sin que ello afecte “la esencia de la constitución” identificada con las claras decisiones fundamentales que ella adopta. Como resultado, en la interpretación de Schmitt “el Tribunal Constitucional solo puede existir como órgano que protege y verifica estas decisiones fundamentales en el sistema legal. No solo no le afectan las decisiones no tomadas («las decisiones apócrifas»), sino que ni siquiera le han de importar las decisiones políticamente secundarias” (Saralegui Benito, 2018, p. 405). Así, Schmitt no reniega de la competencia judicial de comprobación de la constitucionalidad de las leyes ordinarias afirmada por el Tribunal del Reich desde 1925, pero advierte que la determinación de las cuestiones irresolutas o contradictorias en la ley constitucional corresponde a los órganos políticos de la Constitución a través de la ley, desde que –por resultar ajena a la operación de subsunción legal– su resolución por la vía judicial supondría una extralimitación de la judicatura.

Como corolario de todo lo anterior, en esta segunda parte de la constitución de Weimar Schmitt encuentra abigarrados en un todo confuso verdaderos derechos fundamentales junto a garantías institucionales de la más distinta naturaleza. Sin embargo, y como he señalado ya, para el jurista la heterogeneidad ideológica que informa aquello que la constitución de Weimar consagra como “derechos y deberes de los alemanes” no halla correlato en la estructura orgánica del Estado, de modo que tales incorporaciones legal-constitucionales no trastocan la decisión fundamental en favor de la democracia y el Estado de derecho burgués. Por eso, la correcta distinción entre verdaderos derechos fundamentales y cualquier otra clase de garantías legal-constitucionales resulta esencial al momento de comprender su propia posición doctrinaria acerca de la intangibilidad de la constitución de Weimar y los medios de su defensa.

C. Intangibilidad y defensa de la constitución

Como hemos visto, la teoría y la praxis del derecho constitucional de Weimar no están exentas de lo que para Schmitt constituyen verdaderas incongruencias doctrinarias que, convirtiéndola en un mero sistema de legalidad agravada, rematan en la relativización de la constitución. El objetivo de Schmitt es, precisamente, defender la identidad de la constitución que surge de su concepción positiva, haciéndola reposar tanto en la unidad del sujeto de la decisión constituyente como en el contenido fundamental respecto a la forma política adoptada. En estrecha conexión con estas cuestiones, el tratamiento que Schmitt prodiga a los artículos 76 y 48 del texto constitucional es especialmente revelador de su posición frente a la constitución de Weimar.

El artículo 76 autoriza y regula la reforma constitucional por la vía legislativa, fijando la exigencia de dos tercios de votos afirmativos sobre un mínimo de dos tercios de los miembros del *Reichstag* presentes, y disponiendo que ante la eventual oposición del *Reichsrat* el presidente puede someter la ley a referéndum popular (extremo que nunca se operativizaría); por otra parte, la norma sólo fija el procedimiento de reforma, y no establece limitaciones en cuanto a su contenido. En la práctica legislativa de Weimar, diversas leyes aprobadas por el parlamento en cumplimiento de los extremos de la primera parte de esta regulación legal-constitucional fueron caracterizadas como “modificativas de la Constitución”: entre ellas, la “Ley de defensa de la República” [*Gesetz zum Schutze der Republik*] de 1922, las diversas leyes habilitantes que por vía de la delegación legislativa habían permitido la aprobación de múltiples decretos-ley [*Gesetzesvertretende Verordnung*], así como la prórroga del mandato presidencial de Ebert. La doctrina dominante, sostenida con criterios a la vez democráticos y legal-positivistas por eminentes maestros como Richard Thoma²⁰ y Gerhard Anschütz,²¹ defiende explícitamente la ilimitación en cuanto al posible contenido de la reforma de la constitución por esta vía. Contra esa tesis, Schmitt sostiene reiteradamente que el proceso regulado por este artículo hace referencia a la reforma de leyes constitucionales, pero no a la reforma de la sustancia de la constitución contenida en sus decisiones fundamentales respecto a la democracia y el Estado de derecho burgués. En opinión de Schmitt, de aceptarse consecuentemente la doctrina dominante, la prescripción sobre reforma constitucional contenida en el artículo 76 sería “la médula esencial y el único contenido de la Constitución”, y “[t]oda la Constitución sería tan sólo un dispositivo, y, en realidad, sólo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional” (Schmitt, 1928, pp. 43-44). Para Schmitt, la transformación de las decisiones fundamentales contenidas en la constitución queda reservada a la dictadura soberana de una Asamblea Constituyente.

Por su parte, el artículo 48 de la constitución de Weimar faculta al presidente a intervenir un *Land*, incluso con la fuerza militar, en caso de inobservancia de la constitución y las leyes del *Reich*, a la vez que permite adoptar diversas medidas, incluidas la suspensión de derechos fundamentales, en caso de grave alteración o peligro de la seguridad y el orden públicos. Mientras el primer párrafo suscita pocas controversias –y en la lectura de Schmitt no es sino un recurso institucional derivado de la garantía federal–, es sin dudas el segundo párrafo, y la articulación lógica entre las dos oraciones que lo componen, lo que motiva su mayor atención. Para el jurista, en la primera parte de la segunda sección del artículo 48:

se autoriza al presidente del Reich para adoptar todas las medidas que juzgue adecuadas para el restablecimiento de la seguridad y orden público. Este postulado contiene la regulación de una dictadura típica, pues a la esencia de ésta corresponde: a) que el dictador está autorizado para adoptar medidas a determinar por la situación de las cosas, medidas que no son ni actos legislativos, ni judiciales, ni tampoco son susceptibles de un procedimiento definitivamente regulado; y, además, b) que el contenido de la autorización no está circunscrito de antemano según el estado de las cosas, sino que depende del criterio del autorizado. No se da aquí, pues, una normación general y delegación circunscrita según el estado de las cosas; el contenido de las facultades depende tan sólo de lo que el autorizado tenga por conveniente, dada la situación (Schmitt, 1928, p. 167).

En suma, la primera parte del párrafo configura una típica dictadura comisaria: una “autorización para toda clase de medidas exigibles según la situación de las cosas”, “para proceder, para actuar, activamente, sin atención a las limitaciones legales; para quebrantar –pero no para poner fuera de vigor– prescripciones legales” (Schmitt, 1928, p. 167).

En cambio, la segunda frase de este párrafo concede al presidente del Reich la facultad de suspender los siete artículos de derechos fundamentales allí enumerados. Para cierta doctrina afirmada en una declamada “intangibilidad de la Constitución” esta regulación supone una limitación de la primera frase del párrafo, de modo tal que las medidas adoptadas por el presidente sólo podrían afectar los siete derechos fundamentales “suspendibles” enumerados (Anschütz, 1933, pp. 289-292; Grau, 1922). Para Schmitt, se trata de un error derivado de la confusión conceptual entre constitución y cada una de las leyes constitucionales, que termina por transformar la intangibilidad de la constitución en la intangibilidad de cualquier disposición legal-constitucional. Por el contrario, en su interpretación esta segunda frase del párrafo habilita a la suspensión de los derechos individuales allí enumerados precisamente porque se trata de derechos fundamentales de libertad, y como tales parte de la sustancia de la constitución. Ello, sin embargo, no obsta para el dictado, en virtud de la primera sección del segundo párrafo del artículo 48, de otra clase de medidas u ordenanzas que puedan suponer la afectación particular de otros derechos o garantías institucionales. Según puntualiza Schmitt:

[p]rotección de la Constitución y protección de cualquier prescripción legal-constitucional, son cosas tan distintas como intangibilidad de la Constitución e intangibilidad de cualquier prescripción legal-constitucional. Si toda prescripción legal-constitucional fuera «intangible», incluso frente a facultades excepcionales, esto tendría por consecuencia sacrificar la protección de la Constitución en un sentido sustancial y positivo a la protección de la ley constitucional en un sentido relativizado y formal. Se cambiaría así la finalidad del art. 48, 2, en su contraria: no la Constitución, sino la prescripción legal-constitucional concreta sería «intangible» y, por tanto, constituiría un obstáculo insuperable para una protección eficaz de la Constitución (Schmitt, 1928, pp. 167-168).

Por lo demás, cabe apuntar que la interpretación schmittiana del art. 48 no hace sino describir la situación jurídico-constitucional alemana de la última década: ya desde la presidencia de Ebert la dictadura comisaria del presidente se había mostrado como el único resorte eficaz para lidiar contra lo que se habían considerado graves amenazas al orden público en un sentido muy amplio, como la conjura de reiterados *putschs* (por ejemplo, el Kapp-Lüttwitz de 1920, o el de Múnich de 1923). Ahora bien, con el comienzo del “sistema presidencialista” en julio de 1930 la aplicación del artículo 48

superó gradualmente los límites que la Constitución había establecido de forma vaga. Lo que hasta entonces había sido posible gracias a los compromisos de los partidos, ahora se decretaba sin parlamento: aumento de las cotizaciones al seguro de desempleo y del subsidio del Reich, recortes de sueldos y salarios en el sector público y recortes de prestaciones en la ayuda al desempleo” (Stolleis, 2003, p. 128, traducción mía).

IV. Conclusiones

En retrospectiva, y especialmente después de la gran crisis que sobrevino al crac de 1929, parece evidente que “[l]a teoría y la práctica constitucionales” de Weimar revelarían “la debilidad de las fuerzas democráticas y el poder de sus adversarios”, e incluso que la misma constitución de Weimar “debía su existencia en mayor medida a la tolerancia de sus enemigos que al vigor de sus partidarios” (Neumann, 1942, p. 66). En cualquier caso, la crisis final del régimen no fue sólo provocada por sus enemigos, y la ruptura en 1930 de la alianza entre el SPD y el *Zentrum* –que encabezando el gobierno de Prusia desde 1925 se había mostrado como el nervio político de la república– guarda mucho parecido con un acta de defunción del sistema parlamentario de gabinete: desde entonces, y hasta el ascenso de la dictadura de Hitler, los gabinetes presidenciales serían la norma. Por lo demás, se trata del resultado de un proceso iniciado años atrás, al menos cuando a partir del gabinete Cuno el *Reichstag* comenzó a tolerar “gabinetes de especialistas” [*Fachkabinetten*] conformados por tecnócratas apartidarios designa-

dos por el presidente, desplazándose desde entonces progresivamente del parlamento a la burocracia la negociación de intereses y la formación de compromisos entre fuerzas políticas y sociales (Skach, 2005, pp. 58-60).

Ciertamente, a partir del cambio de década Schmitt intensifica su diagnóstico luctuoso respecto a las posibilidades del sistema parlamentario en Alemania. Denuncia entonces la licuefacción de la ética del Estado constitucional en una ética pluralista transaccional (Schmitt, 1930), y advierte la indefensión a que se encuentra expuesto el sistema de legalidad de Weimar (Schmitt, 1968 [1932]). Contra lo que por entonces define como el Estado total “cuantitativo” de Weimar, Schmitt pergeña su doctrina del Estado total “cualitativo” (1995 [1932]; 2003 [1933]), una apuesta política dirigida a informar programáticamente a los gabinetes presidenciales de Franz von Papen y Kurt von Schleicher, que Hermann Heller caracteriza como un moderno “liberalismo autoritario” (Heller, 1933). Pero, vale subrayar, todo esto llegaría después de la *Verfassungslehre*. Y aunque, en efecto, en la *Verfassungslehre* Schmitt comienza a delinear la oposición conceptual entre Estado de derecho y Estado social que muy pronto tallaría (Schmitt, 1968 [1932]) –y que en la era de Bonn profundizaría su discípulo Ernst Forsthoff (1954)–, su oposición al naciente constitucionalismo social no tiene como correlato una opción por la transformación revolucionaria de la constitución en favor de un régimen autoritario o totalitario, sino una aproximación a las posiciones liberales democráticas y nacionalistas, y una defensa de la rigidez constitucional.

A la luz de su contexto de publicación, la argumentación de la *Verfassungslehre* se nos aparece como un esfuerzo teórico enderezado a sistematizar la columna vertebral de la constitución, subrayando su integridad contra lo que considera diversas formas de relativización jurídica y partidización política. Schmitt forja aquí un concepto positivo de constitución de evidente matriz decisionista, para el cual la decisión del pueblo alemán enlaza y coimplica a la democracia y el Estado de derecho como elementos estructurantes. En esta obra, la perspectiva decisionista no remata, ni mucho menos, en una “decisión por la decisión” indiferente ante su contenido normativo, ni tampoco hay aquí un elogio del arrojo decisional ante la excepción: hay, ante todo, una defensa de la república democrática y del Estado de derecho clásico. En especial, he intentado patentizar que el tratamiento que en la *Verfassungslehre* el jurista prodiga a los artículos 48 y 72 del texto constitucional es expresivo de su lealtad a la constitución de Weimar. Según he apuntado, la vasta latitud de acción que atribuye al presidente en su interpretación del art. 48 lejos está, sin embargo, de atribuir cualquier forma de legalidad soberana a una eventual dictadura presidencial, y es el propio Schmitt quien apunta que, aún en estado de excepción, el presidente puede adoptar decretos u ordenanzas de necesidad [*Notverordnungen*], pero no dictar leyes ni mucho menos leyes constitucionales. Por

otro lado, ni las decisiones fundamentales de la constitución respecto a la democracia constitucional ni los derechos fundamentales de libertad como sustancia de la constitución pueden, según su interpretación, ser abrogados por una reforma constitucional conducida por vía del artículo 76.

Por todo lo anterior no es de extrañar que, pese al carácter polémico y situado de su pensamiento y a la naturaleza controversial e idiosincrática de la interpretación schmittiana de la constitución de Weimar, resulte posible reconocer la huella indirecta de su reflexión constitucional en el diseño de Ley Fundamental de Bonn.²² Su impacto en la cultura jurídica alemana de la segunda posguerra, sin embargo, mermaría muy pronto, en parte debido al contraste entre las circunstancias de la República Federal comparada con Weimar. Así, la querrela entre las escuelas de Smend y Schmitt perdura hasta la década de 1960, cuando la teoría de la integración se torna definitivamente predominante. Desde entonces, la influencia de Schmitt en los claustros jurídicos retrocedería de modo constante, a la par que crecería el interés de la filosofía y la ciencia política por su obra.²³ En el cuadro de las últimas cuatro décadas, la tensión entre liberalismo y democracia es uno de los aspectos más revisitados por diversas expresiones de las izquierdas posmarxistas y populistas (Mouffe, 1993, pp. 143-183; Mouffe, 1999; Kalyvas, 2008; Cortés, 2019).

Para concluir, entonces, quisiera agregar una palabra sobre la relación entre liberalismo y democracia en la *Verfassungslehre*. Ciertamente, a lo largo de su obra de la época de Weimar Schmitt apunta una tensión inherente a toda fórmula de articulación entre los sistemas de ideas del liberalismo y la democracia. En ocasiones, como en la introducción a la segunda edición de *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual* (Schmitt, 2018 [1926]) y en su disputa en torno al significado de la democracia con Richard Thoma (Schmitt y Thoma, 2018), Schmitt había figurado la trabazón entre liberalismo y democracia como una oposición irreductible. Sin embargo, en la *Verfassungslehre* la tesis de una radical oposición conceptual entre el liberalismo y la democracia es abandonada o, cuando menos, relativizada: asignando al polo del liberalismo el patrimonio de la defensa de los derechos individuales de libertad, y al polo de la democracia la tendencia hacia la homogeneidad sustancial del pueblo, aquí Schmitt presenta la articulación conceptual entre los dos elementos de la constitución moderna (político y apolítico, democrático y liberal) como un contraste y un dualismo, pero nunca como una contradicción o un dilema.

Algunos intérpretes han sugerido que este viraje de posición de Schmitt en la *Verfassungslehre* responde a una estrategia. Así, para Scheuerman la *Verfassungslehre* “no sólo [es] la obra magna de Schmitt del período de Weimar, sino que también representa

uno de los intentos más ambiciosos de formular una antípoda teórica al constitucionalismo liberal en este siglo” (2020 [1999], p. 73, traducción mía). Según este autor, Schmitt elabora una imagen profundamente distorsionada del constitucionalismo liberal decimonónico como modo de oponerse al Estado parlamentario del siglo XX y de combatir a la doctrina del absolutismo legislativo, en los que veía la amenaza del avance socialista. Profundizando esta dirección, Lars Vinx (2016) advierte, contra la recuperación en clave democrática de Schmitt emprendida por algunos epígonos actuales, que el “constitucionalismo fuerte” schmittiano no sólo no se toma los derechos individuales lo suficientemente en serio –al ponerlos a disposición unilateral del presidente del Reich–, sino que también entra en conflicto con “el principio democrático de que todos los miembros de la sociedad deben tener la misma voz en la forma de gobernarla” (2016, p. 46, traducción mía).

En contrapartida, Benjamin Schupmann desafía la idea de que Schmitt fuera un pensador “implacablemente antiliberal” (2018, p. 174, traducción mía), subrayando el modo en que la teoría constitucional de Schmitt atrincheró absolutamente los derechos fundamentales liberales contra los procedimientos democráticos de enmienda constitucional (pp. 173-197). Bajo esta premisa, Schupmann rescata la riqueza de los análisis schmittianos para comprender las tensiones que acechan a las democracias liberales actuales, así como sus posibles aportes a la fundamentación normativa de la doctrina de la “democracia militante”, que redefine como “democracia restringida” [*constrained democracy*]. Afín a esta perspectiva, quisiera sugerir que, si bien su construcción doctrinaria sobre la constitución de Weimar se ha tornado un objeto de interés histórico y anticuario, la tematización que Schmitt ofrece sobre la teoría general de la constitución moderna ofrece aún hoy ricas perspectivas para afrontar los desafíos al constitucionalismo democrático-liberal contemporáneo. La teoría constitucional de Schmitt nos recuerda, en efecto, que el sostenimiento de la democracia liberal depende de una continuada voluntad política dispuesta a habitar productivamente la tensión entre ambos términos de esta coordinación, y nos alecciona sobre el gravoso precio de pretender erradicar este dualismo optando por un término a expensas del otro.

Referencias bibliográficas

Anschütz, Gerhard, 1933: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis in 4. Bearbeitung*. Berlin, Georg Stilke, 14 ed. (reimpresión: Aalen, Scientia Verlag, 1987).

- _____, 1923: *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung. Rede, gehalten bei der Jahresfeier der Universität Heidelberg am 22. November 1922.* Tübingen, J.C.B. Mohr.
- Bendersky, Joseph W., 1983: *Carl Schmitt: Theorist for the Reich.* Princeton, University Press.
- Bercovici, Gilberto, 2020: “Carl Schmitt y el estado de emergencia económico”. *Historia constitucional*, núm. 21, pp. 533-554.
- _____, 2011: “La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution”. *Buletinul Stiintific al Universitatii Mihail Kogalniceanu*, vol. 20, núm. 1, pp. 19-51.
- Caldwell, Peter, 2013: “Hugo Preuss’s concept of the volk: critical confusion or sophisticated conception”. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 63, núm. 3, pp. 347-384.
- _____, 1997: *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism.* Durham/London, Duke University Press.
- Cortés, Martín, 2019: “Schmitt para las izquierdas: notas sobre marxismo y política”. *Trans/Form/Ação*, núm. 42, pp. 151-164.
- Cristi, Renato, 1998: *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy.* Cardiff, University of Wales Press.
- Duque Silva, Guillermo Andrés y del Prado Higuera, Cristina, 2019: “A 100 años de la Constitución de Weimar ¿qué nos queda? La herencia polémica de Carl Schmitt”. *Bajo palabra. Revista de filosofía*, núm. 22, pp. 271-290.
- Dyzenhaus, David, 1997: *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford, Clarendon Press.
- Forsthoﬀ, Ernst, 1954: *Verfassungsprobleme des Sozialstaats.* Münster, Aschendorﬀ. Traducción castellana de Puente Egido, José: “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendroth, Wolfgang, Ernst Forsthoﬀ y Karl Doehring, *El Estado social.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43-69.
- Grau, Richard, 1922: *Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung.* Berlín, Otto Liebmann.

- Gusy, Christoph, 2019: "100 Jahre Weimarer Verfassung". *Historia constitucional*, núm. 20, pp. 203-231.
- _____, 1991: *Weimar—Die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- Heller, Hermann, 1934: *Staatslehre*. Leiden: Sijthoff. Traducción castellana de Tobío, Luis: *Teoría del Estado*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.
- _____, 1933: "Autoritärer Liberalismus?". *Die Neue Rundschau*, núm. 44, pp. 289-298.
- _____, 1930: *Rechtsstaat oder Diktatur?*. Tübingen, J.C.B. Mohr. Traducción castellana de Gómez de Arteche, Salvador: "Estado de derecho o dictadura", en *Escritos políticos*. Madrid, Alianza Universidad, 1985, pp. 283-301.
- Jellinek, Georg, 1905: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, O. Häring. Citado por la traducción castellana de de los Ríos, Fernando: *Teoría general del Estado*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Kalyvas, Andreas, 2008: *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans y Schmitt, Carl, 2009: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid, Tecnos.
- Kelsen, Hans, 1925: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, J. Springer. Traducción castellana de Legaz y Lacambra, Luis: *Teoría general del Estado*. México D.F., Ediciones Coyoacán, 2012.
- _____, 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, J.C.B. Mohr. Traducción castellana de la segunda edición (1923) de Roces, Wenceslao: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. México D.F., Porrúa, 1987.
- Kennedy, Ellen, 2004: *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham, Duke University Press. Traducción castellana de Lomba Falcón, Pedro: *Carl Schmitt en la república de Weimar. La quiebra de una constitución*. Madrid, Tecnos, 2012.
- Kirchheimer, Otto, 1930: *Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*. Berlin, E. Laubsche.

- Lepsius, Oliver, 2008: “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal alemana”. *Historia constitucional*, núm. 9, pp. 259-295.
- Löwith, Karl, 1960 [1935]: “Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt”, en *Gesammelte Abhandlungen: Zur Kritik der geschichtlichen Existenz*. Stuttgart, W. Kohlhammer, pp. 93-126. Traducción castellana de Setton, Román: “El decisionismo ocasional de Carl Schmitt”, en *Heidegger. Pensador de un tiempo indigente*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 43-89.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, 2019: “El concepto de democracia de la Constitución de Weimar”. *Historia constitucional*, núm. 20, pp. 253-274.
- Maus, Ingeborg, 1997: “The 1933 “Break” in Carl Schmitt’s Theory”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 10, núm. 1, pp. 125-140.
- Mouffe, Chantal (ed.), 1999: *The Challenge of Carl Schmitt*. London/New York, Verso. Traducción castellana de Merlino, Gabriel: *El desafío de Carl Schmitt*. Buenos Aires, Prometeo, 2011.
- Mouffe, Chantal, 1993: *The Return of the Political*. London/New York, Verso. Traducción castellana de Galmarini, Marco Aurelio: *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona, Paidós, 1999.
- Mühlhans, Wolfgang, 2018: *Carl Schmitt. Die Weimarer Jahre*. Baden Baden, Nomos.
- Müller, Jan-Werner, 2003: *A dangerous mind: Carl Schmitt in post-war European thought*. New Haven, Yale University Press.
- Neumann, Franz, 1942: *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism*. London: Victor Gollacz. Citado por la traducción castellana de Herrero, Vicente y Márquez, Javier: *Behemoth: pensamiento y acción en el nacional-socialismo*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Nijman, Janne E., 2017: *Seeking Change by Doing History*. Amsterdam, Universiteit van Amsterdam.
- Ossorio, Manuel, 2000: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 27ª edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires, Heliasta.
- Pinto, Julio, 2002: “La evolución del concepto de presidente plebiscitario del Reich de Weber y Schmitt”, en Dotti, Jorge y Julio Pinto (comps.), *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*. Buenos Aires, EUDEBA, pp. 109-119.

- _____, 2000: *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*. La Plata, Editorial Universitaria de La Plata.
- Preuß, Hugo, 2008 [1919]: “Deutschlands Staatsumwälzung. Die verfassungsmäßigen Grundlagen der deutschen Republik”, en *Gesammelte Schriften*, vol. 4, *Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*. Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 101-112.
- Radbruch, Gustav, 1930: “Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts”, en Anschütz, Gerhard y Richard Thoma (eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1. Tübingen, J.C.B. Mohr, pp. 285-294.
- Roth, Klaus, 2005: “Carl Schmitt – ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29)”. *Zeitschrift für Politik, Neue Folge*, vol. 52, núm. 2, pp. 141-156.
- Rürup, Reinhard, 1992: “Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar”. *Ayer*, núm. 5, pp. 125-158.
- Saralegui Benito, Miguel, 2019: “El tamaño de la decisión. La imagen de la Constitución de Weimar en la Teoría de la constitución de Carl Schmitt”. *Historia constitucional*, núm. 20, pp. 401-414.
- Scheuerman, William E., 2020 [1999]: *The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty-First Century*. London, Rowman & Littlefield.
- _____, 2000: “The Economic State of Emergency”. *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, pp. 1869-1894.
- Schlink, Bernard, 2005: “¿Por qué Carl Schmitt?”. *Precedente*, (s/n), pp. 37-53.
- Schmitt, Carl y Thoma, Richard, 2018: “La polémica Schmitt/Thoma sobre el significado de la democracia”, en Schmitt, Carl, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*. Madrid, Tecnos, pp. 1-147.
- Schmitt, Carl, 2012: *Posiciones ante el derecho*. Madrid, Tecnos.
- _____, 2003 [1933]: “Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (1933)”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin, Duncker & Humblot, pp. 359-365.
- _____, 2003 [1932]: “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin, Duncker & Humblot, pp. 181-231.

- _____, 1995 [1932]: “Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932)”, en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Berlin, Duncker & Humblot, pp. 71-91.
- _____, 1968 [1932]: *Legalität und Legitimität*. Berlin, Duncker & Humblot. Traducción castellana de Díaz García, José: *Legalidad y legitimidad*. Buenos Aires, Struhart & Cía, 1994.
- _____, 1950: *Donoso Cortés in gesamteuropäische Interpretation*. Köln, Greven. Traducción castellana de de Asís Caballero, Francisco: *Interpretación europea de Donoso Cortés*. Buenos Aires, Struhart & Cía, 2006.
- _____, 1940: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923 – 1939*. Berlin, Duncker & Humblot.
- _____, 1934: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin, Duncker & Humblot. Traducción castellana por Herrero, Montserrat: “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, en *Posiciones ante el derecho*. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 245-315.
- _____, 1932a [1927]: “Der Begriff des Politischen”, en *Der Begriff des Politischen*. München, Duncker & Humblot, pp. 7-65. Traducción castellana por Agapito, Rafael: “El concepto de lo político (texto de 1932)”, en *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 2018, pp. 53-109.
- _____, 1932b: “Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen”, en *Der Begriff des Politischen*. München, Duncker & Humblot, pp. 66-81. Traducción castellana por Agapito, Rafael: “La era de las neutralizaciones y despolitizaciones”, en *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 2018, pp. 111-127.
- _____, 1931a: *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen, J.C.B. Mohr. Traducción castellana de Sánchez Sarto, Manuel: *La defensa de la constitución*. Madrid, Tecnos, 1998.
- _____, 1931b: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*. Berlin, Hobbing. Traducción castellana por Herrero, Montserrat: “Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich”, en *Posiciones ante el derecho*. Madrid, Tecnos, 2012, pp. 181-242.
- _____, 1930: “Staatsethik und pluralistischer Staat”. *Kant Studien*, vol. 35, pp. 28-42. Traducción castellana de Ramas San Miguel, Clara: “Ética de Estado y Estado pluralista”. *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 44, pp. 21-34.

- _____, 1928: *Verfassungslehre*. München/Leipzig, Duncker & Humblot. Citado por la traducción castellana (excepto cuando se consigna lo contrario) de Ayala, Francisco: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, 2011.
- _____, 1926 [1923]: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin, Duncker & Humblot. Traducción castellana por Madrigal Devesa, Pedro: “Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual”, en *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*. Madrid, Tecnos, 2018, pp. 151-301.
- _____, 1924: “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung”, en Anschütz, Gerhard, Bilfinger, Karl, Schmitt, Carl y Jacobi, Erwin, *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*. Berlín/Leipzig, de Gruyter, pp. 63-104.
- _____, 1922: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. München/Leipzig, Duncker & Humblot. Traducción castellana de Conde, Francisco Javier: “Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía”, en *Teología política*. Madrid, Trotta, 2009, pp. 11-58.
- _____, 1921: *Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlín, Duncker & Humblot. Traducción castellana por Díaz García, José: *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid, Alianza, 2013.
- _____, 1919: *Politische Romantik*. Duncker & Humblot, Berlín. Traducción castellana de Rossi, Luis y Schwarzböck, Silvia: *Romanticismo político*. Bernal, UNQui, 2001.
- Schupmann, Benjamin, 2018: *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A Critical Analysis*. New York, Oxford University Press.
- Schwab, George, 1989: *The challenge of the exception: an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, 2ª edición. New York, Greenwood Press.
- Serra Giménez, Francisco, 2016. “Carl Schmitt, «teórico» de la constitución de Weimar”. *Pensamiento*, vol. 72, núm. 272, pp. 505-521.
- Skach, Cindy, 2005: *Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*. Princeton, Princeton University Press.

- Skinner, Quentin, 1969: "Meaning and Understanding in the History of Ideas". *History and Theory*, vol. 8, núm. 1, pp. 3-53. Traducción castellana de Pons, Horacio: "Significado y comprensión en la historia de las ideas". *Prismas*, vol. 4, núm. 2, 2000, pp. 149-191.
- Smend, Rudolf, 2010 [1923]: "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform", en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin, Duncker & Humblot.
- _____, 1928: *Verfassung und verfassungsrecht*. München/Leipzig, Duncker & Humblot. Traducción castellana de Beneyto, José María: "Constitución y derecho constitucional", en Smend, Rudolf y Hans Kelsen, *La controversia Smend-Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la república de Weimar. Constitución y derecho constitucional versus el Estado como integración*. Madrid, Tecnos, 2019, pp. 3-168.
- Stirk, Peter, 2002: "Hugo Preuss, German political thought and the Weimar constitution". *History of Political Thought*, vol. 23, núm. 3, pp. 497-516.
- Stolleis, Michael, 2019: "El proyecto social de la Constitución de Weimar". *Historia Constitucional*, núm. 20, pp. 233-251.
- _____, 2014: *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte. (16. - 21. Jahrhundert)*. München, Beck. Citado por la traducción castellana de Fernández-Crehuet, Federico: *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*. Madrid, Marcial Pons, 2017.
- _____, 2003: *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Ein Grundriß*. Stuttgart, Lucius & Lucius. Citado por la traducción inglesa de Dunlap, Thomas: *History of Social Law in Germany*. Berlin/Heidelberg, Springer, 2014.
- _____, 1999: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 3. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur (1914-1945)*, München, Beck, 1999. Citado por la traducción inglesa de Dunlap, Thomas: *A History of Public Law in Germany: 1914-1945*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Thoma, Richard, 1930: "Das Reich als Demokratie", en Thoma, Richard y Gerhard Anschütz (eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Tübingen, J.C.B. Mohr, pp. 186-200.
- Vagdoutis, Nikolaos, 2018: *Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: a riddle of political constitutionalism*. Tesis doctoral, University of Glasgow.

- Vinx, Lars, 2016: “Carl Schmitt and the problem of constitutional guardianship”, en Arvidsson, Matilda, Brännström, Leila y Minkkinen, Panu (eds.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt*. New York, Routledge, pp. 34-49.
- _____, 2015: *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Vita, Leticia, 2020: “El conflicto de Prusia contra el Reich”, en Casquete, Jesús y Tajadura, Javier (eds.), *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 251-274.
- _____, 2018: “Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer”. *Historia Constitucional*, núm. 19, pp. 565-591.
- _____ (ed.), 2015: *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.
- Volkman, Uwe, 2013: *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck. Traducción castellana de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio: *Elementos de una teoría de la constitución alemana*. Madrid, Marcial Pons, 2019.
- Voßkuhle, Andreas, 2011: “Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus”. *Der Staat*, vol. 50, núm. 2, pp. 251–267.
- Weber, Max, 1919: “Der Reichspräsident”, *Berliner Börsenzeitung*, 25 de febrero de 1919. Traducción castellana de Abellán, Joaquín: “El presidente del Reich”, en *Escritos políticos*. Madrid, Alianza, 2008, pp. 336-342.

Notas

- 1 El título original de la obra, *Verfassungslehre*, implica las dos acepciones castellanas de *Lehre* (teoría y doctrina) que se presentan en el artículo. Por ello, en lo que sigue utilizaré el título en alemán para referirme a la obra.
- 2 Como señala Volkman (2013, pp. 25-26), *Verfassungslehre* y *Verfassungstheorie* suelen tener un uso intercambiable en lengua alemana. Aquí, siguiendo la primera acepción recogida por Ossorio, se concibe a la teoría como un “[c]onocimiento meramente especulativo sobre una rama del saber o acerca de una actividad” (2000, p. 962); se trata, por tanto, del co-

nocimiento teórico de aspiraciones generalistas acerca de la constitución moderna, que según notaremos en la sección II el propio Schmitt declara intención primaria de la obra. Luego, con doctrina se alude al “[c]onjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas” (2000, p. 357); aplicado a nuestro objeto, se trata en particular de las tesis de Schmitt respecto a la interpretación del derecho constitucional entonces vigente en la Alemania de Weimar.

- 3 Apartándonos de la traducción de Francisco Ayala en *Teoría de la Constitución*, traducimos “*bürgerlicher Rechtsstaat*” como “Estado de derecho burgués” en lugar de “Estado burgués de Derecho”. Optamos por corregirla según el criterio de Montserrat Herrero en *Posiciones ante el derecho* (Schmitt, 2012, p. 188, nota 10), entendiendo que el calificativo de “burgués” afecta al concepto de “Estado de derecho”. Por lo demás, en lo sucesivo consignamos el original alemán allí donde la traducción resultaba ambigua o equívoca para la argumentación.
- 4 Ocasionalmente, apelaré también a algunas obras relativamente contemporáneas en las que Schmitt desarrolla o precisa algunos de los aspectos de su reflexión enunciados en la *Verfassungslehre*.
- 5 Kelsen y Triepel discutieron sobre la jurisdicción constitucional en la reunión de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público del 23 y 24 de abril de 1928, y sus comunicaciones fueron publicadas en *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* del año 1929; en el mismo año Carl Schmitt publica el artículo “Der Hüter der Verfassung”. Como prolongación de este debate, en 1931 aparecen *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* de Kelsen y *Der Hüter der Verfassung* de Schmitt (Kelsen y Schmitt, 2009). Sobre este debate, véase Vinx, 2015. Con motivo de la judicialización de la intervención federal del Estado de Prusia dispuesta por el gobierno del Reich en julio de 1932, la problemática de la jurisdicción constitucional enfrentó a su vez a Carl Schmitt, abogado del gobierno del Reich, con Hermann Heller, abogado del depuesto gobierno de Prusia, ante el Tribunal Estatal; Kelsen, por su parte, analizaría minuciosamente la sentencia del Tribunal del 25 de octubre del mismo año. Acerca de esto, véanse Vita, 2015, 2020.

- 6 Sobre el particular, ver el prólogo a la segunda edición de *Legalidad y legitimidad* del año 1968 (Schmitt, 1968 [1932], pp. 5-18). Afín a esta perspectiva, la reciente interpretación de la *Verfassungslehre* de Francisco Serra Giménez (2016) va más allá del propio texto de Schmitt al indicar que “lo que caracteriza a la Constitución de Weimar es que [la unidad del pueblo] aparece quebrada y, al ser el resultado de un compromiso, *a pesar de lo que afirma el propio Schmitt*, no llega a tomar una «decisión» sobre el modelo de Estado que se va a establecer” (Serra Giménez, 2016, p. 508, subrayado nuestro). Para Serra Giménez, “[l]o que Schmitt no ha llegado a reflejar de modo consciente, pero puede deducirse de sus afirmaciones es que, en realidad, la Constitución de la República de Weimar contenía dos textos formales, dos «decisiones» diferentes y que solo con dificultad podían leerse como un todo unificado” (2016, p. 509).
- 7 Así, por caso, en Vinx (2016) donde, bajo la pregunta por la jurisdicción constitucional y a la luz de los posteriores desarrollos de Schmitt, la *Verfassungslehre* es abordada muy someramente e interpretada como una maniobra en el marco de una estrategia intelectual dirigida a socavar a la democracia constitucional de Weimar –sobre lo cual volveré en la conclusión. Como forma extrema de este procedimiento hermenéutico, en ocasiones la *Verfassungslehre* ni siquiera es considerada al momento de evaluar la herencia de Carl Schmitt a 100 años de la constitución de Weimar (por ejemplo, en Duque Silva y del Prado Higuera, 2019).
- 8 Ricas observaciones sobre las implicancias de la propuesta metodológica de Skinner para la ciencia jurídica actual, en Nijman, 2017.
- 9 “Posiciones y conceptos en lucha con Weimar, Ginebra y Versalles” es precisamente el título de su compilación de textos del período 1923-1939, publicada en el año 1940 y no reeditada en vida del autor (Schmitt, 1940).
- 10 Bajo el influjo del neokantismo, Jellinek (1905) diferencia entre la teoría sociológica del Estado, a la que corresponde un método empírico-causal, y la teoría jurídica del Estado, a la que corresponde un método dogmático-normativo.
- 11 Jellinek (1905, pp. 457-469) distingue precisamente por su carácter “formal” al concepto moderno de constitución de las nociones premodernas.
- 12 Para Schmitt no se trata de una división de poderes, que atentaría contra la unidad del Estado, sino de una distinción entre funciones legislativas,

ejecutivas y judiciales, encarnadas institucionalmente en el parlamento, el gobierno y la administración, y la judicatura.

- 13 En este punto el jurista enlaza la teoría de la constitución con la teoría del Estado, recuperando la definición de este último provista en *El concepto de lo político* (Schmitt, 1932a [1927]) como *status* político de un pueblo. Capital tanto para la teoría de la constitución moderna como para la doctrina jurídico-política de Weimar, el concepto de nación designa “al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente política” (Schmitt, 1928, p. 127).
- 14 Conforme al principio político de la democracia el individuo no es el particular del Estado de derecho burgués, sino el ciudadano que, en cuanto tal, participa de la igualdad del pueblo. Desde que dicha igualdad no es meramente natural o cultural, sino propiamente política, exige –siempre según el concepto de lo político de Schmitt– la determinación de una forma de alteridad. Por lo demás, aunque el pensamiento democrático se corresponde en su extremo con el principio político-formal de identidad, en cuanto refiere a un pueblo políticamente existente, supone siempre también algún grado de gobierno y representación pública frente a otras unidades políticas.
- 15 Aunque en *Verfassung und verfassungsrecht* (Smend, 1928) cambiaría de parecer, en *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* Smend (2010 [1923]) todavía sostiene que el parlamentarismo es en sí mismo una forma de Estado caracterizada por la integración dinámica, mientras que las demás formas de Estado son distintas del parlamentarismo en virtud del hecho que todas ellas conciben a la integración de manera estática, como representación de un contenido de valor ahistórico.
- 16 En su posterior *Derechos de libertad y garantías institucionales en la constitución del Reich* Schmitt afirmaría que concibió la idea de “garantía institucional” en su *Verfassungslehre*, “sin, no obstante, haber procedido a discernir con suficiente claridad las garantías institucionales de carácter jurídico esencialmente público de aquellos otros institutos jurídicos de

carácter privado” (Schmitt, 1931b, p. 189). Introduce entonces su afamada diferenciación entre estos dos tipos de garantías constitucionales, distinguiendo entre las garantías institucionales [*institutionelle Garantien*] y las garantías de institutos [*Institutsgarantien*]. Mientras las primeras, que atañen a instituciones de derecho público, presuponen “la existencia de una institución, es decir de una entidad [*Einrichtung*] de carácter jurídico-público, formada y organizada y, por tanto, definida y diferenciable” (Schmitt, 1931b, p. 198, traducción modificada), las segundas conciernen al derecho privado, y constituyen garantías legal-constitucionales de “los institutos jurídicos [*Rechtsinstituten*] en el sentido de conjuntos típicos y tradicionalmente establecidos de normas y relaciones jurídicas” (Schmitt, 2003 [1932], p. 215, traducción mía).

- 17 Las decisiones entre monarquía o república y entre democracia constitucional o dictadura de consejos “no podían ser ni fueron eludidas. Aquí hubiera resultado imposible un compromiso, y, de haber tenido lugar, hubiera sido sólo con la (...) consecuencia de una decisión apócrifa. Hubiérase perdido el carácter de Constitución escrita; la decisión había tenido lugar en la vía del Derecho consuetudinario, de la práctica, particularmente por medio de precedentes del estilo de los acontecimientos ocurridos en Francia después de 1875” (Schmitt, 1928, p. 67-68).
- 18 El presidente reunía los atributos de jefe de estado a cargo de la representación exterior (art. 45), el nombramiento y separación del funcionariado civil y militar (art. 46), el mando supremo de las fuerzas armadas (art. 47), poderes de excepción (art. 48), derecho de gracia/indulto (art. 49) así como el derecho de disolución del *Reichstag* (art. 24) y el de someter a referéndum las disensiones entre éste y el *Reichsrat*.
- 19 “El estado autoritario [*Obrigkeitsstaat*], cuyo gobierno no dependía de la mayoría partidista del parlamento, tenía como base necesaria la creencia ideológica en la posibilidad de un punto de vista por encima de los partidos: «La patria por encima del partido». El carácter suprapartidario [*Überparteilichkeit*] del gobierno era prácticamente la leyenda, la mentira vital del estado autoritario” (Radbruch, 1930, p. 289, traducción mía).
- 20 Para Thoma, “la opinión de que el doble *pouvoir constituant* regulado por el artículo 76 no puede carecer de límites (...) falla al apreciar la idea –atre-

vida, quizá, pero sublime en su consistencia– de la libre autodeterminación democrática” (1930, p. 193, traducción mía).

- 21 Todavía en la edición de 1933 de su canónico comentario a la constitución de Weimar, Anschütz afirma que “[l]a constitución no está por encima del poder legislativo, sino más bien a su disposición, a condición de que éste observe, en su caso, las formas especiales prescritas para las enmiendas a la Constitución”, para precisar más adelante que “[e]l poder de reforma de la Constitución que confiere el art. 76 a las mayorías cualificadas del *Reichstag*, el *Reichsrat* y el pueblo (...) es ilimitado en cuanto a la materia” (Anschütz, 1933, pp. 401 y 403, traducción mía).
- 22 Según Bernard Schlink (2005), el análisis schmittiano de la Constitución de Weimar ha influido en la Ley Fundamental y en la cultura jurídica de la República Federal de cuatro maneras principales. En primer lugar, respecto a la inadmisibilidad según la constitución de Bonn de una reforma constitucional que afecte la identidad de la constitución en lo tocante al carácter federal del Estado o a los principios fundamentales de la organización y la autoridad estatales. En segundo lugar, al impedir el voto negativo y admitir sólo votos de confianza positivos al gobierno, evitando que mayorías obstruccionistas puedan forzar la renuncia del gobierno sin que medie la formación de uno nuevo. En tercer lugar, la influencia de Schmitt destaca en la decisión de incluir sólo los derechos fundamentales en la constitución a fin de prevenir su dilución, así como en el tratamiento doctrinario de las garantías clásicas de libertad conforme al principio de distribución por él pergeñado. En cuarto lugar, sobresale su influencia conceptual y terminológica antes que teórica: por caso, su exigencia del carácter abstracto y general del derecho legislado pasaría a ser un presupuesto de la práctica legislativa, mientras su distinción entre dictadura soberana y comisaria sería reiterada en los debates acerca del estado de excepción.
- 23 En opinión de Lepsius, “[e]l estatismo de Schmitt, la idea de una unidad política existencial y su anclaje como dogma de fe resultaron cada vez más inadecuados como fundamento de una teoría del Estado de la República Federal. No existía crisis constitucional alguna comparable con la de la República de Weimar, la amenaza del comunismo resultaba cada vez menor, el catolicismo en la República Federal ya no estaba además en posición intelectualmente minoritaria. La integración occidental de Konrad Ade-

nauer dejó sin base los postulados materiales de Schmitt, la creación del Tribunal Constitucional Federal hizo caducar sus postulados institucionales. Los datos centrales que proporcionaban sentido a las tesis de Schmitt en la historia del pensamiento también desaparecieron en la República Federal” (2008, p. 276). Sobre el impacto del pensamiento de Schmitt en discípulos como Ernst Forsthoff, Ernst-Wolfgang Bockenforde y Werner Weber, véase Müller, 2003, pp. 63-86.

Recepción: 6 junio 2021
Revisión: 22 septiembre 2021
Aceptación: 7 octubre 2021