

EL PODER JUDICIAL Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN CARL SCHMITT

CARMELO JIMÉNEZ SEGADO

Magistrado
Universidad Complutense

I. «EL PODER DE JUZGAR ES, EN CIERTO MODO, NULO»: LA SIGNIFICACIÓN POLÍTICA DE LA FÓRMULA DE MONTESQUIEU EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL.—II. LEY Y JUICIO EN LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO.—III. EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO Y EL «ESTADO DE JUSTICIA» COMO IDEAL.—IV. EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN: 1. *¿Quién debe proteger la Constitución?* 2. *El caso del «golpe de Estado contra Prusia»*. 3. *El Führer protege el Derecho*.—V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

Este artículo estudia las consideraciones de Carl Schmitt sobre el denominado «tercer poder» del Estado. En primer término, con la propia ayuda del jurista se expone la doctrina general de la división de poderes y su significación política. A continuación, su libro *Ley y juicio* sirve de punto de partida para analizar la crítica schmittiana al normativismo kelseniano. En un tercer momento, se examinarán las invectivas del autor contra el Estado liberal de Derecho y su ideal de lograr un «Estado de Justicia». Y, por último, se contempla cómo el defensor de la Constitución del alemán desplegó en la historia sus ilimitadas facultades fácticas y jurídicas.

Palabras clave: Poder judicial; Estado de Derecho; división de poderes; normativismo; decisionismo; dictadura; soberanía; *Führertum*.

ABSTRACT

This paper studies Carl Schmitt considerations on the so-called «third power» of the State. First, with the help of the jurist own it outlines the general doctrine of the

separation of powers and its political significance. Then, his book *Law and judgment* serves as a starting point for analyzing the Schmittian criticism on Kelsen's normativism. In a third stage, it will examine the author's invective against the liberal State of Law and its ideal of achieving a «State of Justice». And finally, it is contemplated how the defender of the Constitution of the German jurist deployed in history its unlimited factual and legal powers.

Key words: Judiciary; Rule/State of Law; separation of powers; normativism; decisionism; dictatorship; sovereignty; Führertum.

I. «EL PODER DE JUZGAR ES, EN CIERTO MODO, NULO»: LA SIGNIFICACIÓN POLÍTICA DE LA FÓRMULA DE MONTESQUIEU EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

El poder judicial, integrado por los jueces de la nación, no son más que «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley (*«la bouche qui prononce les paroles de la loi»*)», seres inanimados, que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes», de ahí que el poder de juzgar (*«la puissance de juger»*) sea, en cierto modo, nulo (*«en quelque façon nulle»*). Estas conocidas citas de Montesquieu suelen encontrarse repetidas a lo largo de la obra de Carl Schmitt y con ellas se puede resumir el significado que esta potestad estatal tiene para la teoría política del jurista alemán.

Este trabajo se propone mostrar las consideraciones del «Viejo de Plettenberg» sobre el denominado «tercer poder» del Estado. Para ello, en primer lugar, el propio Schmitt nos guiará en la exposición de la doctrina general de la división de poderes y su significación política en la historia del constitucionalismo y del Estado. A continuación, su libro *Ley y juicio* nos servirá para expresar los postulados de la dogmática tradicional alemana acerca de lo que debía ser la función judicial, su contexto histórico y la crítica al normativismo, descubriendo su trasfondo ideológico. Seguidamente, se examinará la conceptualización schmittiana del Estado liberal de Derecho, cuyo ideal es lograr un «Estado de Justicia» en el que todo se resuelva con arreglo a un procedimiento previamente establecido. Pero, como se verá, para nuestro autor la defensa de la Constitución no puede encomendarse a los tribunales de justicia, sino a un ejecutivo fuerte. Por ello, en último lugar, contemplaremos cómo el soberano schmittiano desplegó en la historia, *de facto* y *de iure*, su poder sin límites.

La novedosa formulación de la teoría de la división de poderes por parte aquel aristócrata liberal tenía vocación de universalidad y de inmediato

se convirtió en dogma del constitucionalismo revolucionario. Los autores de *El Federalista* atribuyeron al «oráculo Montesquieu» el mérito de haber expuesto este inestimable precepto de la ciencia de la política (*science of politics*) y de recomendarlo eficazmente a la atención de la humanidad (*mankind*) (1).

La principal novedad de la fórmula consistió en considerar que, dada la inclinación natural de todo hombre a abusar del poder, la libertad individual y política sólo se garantizarían dividiendo en distintos titulares las tres potestades que existen en cada Estado, pues el poder sólo puede ser limitado por el poder («*le pouvoir arrête le pouvoir*») (2). En palabras de Madison, «la acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse que constituye la definición misma de la tiranía» (3).

Ahora bien, como ya advirtió *Publius* para salir al paso de las objeciones de los «papeles antifederalistas» más conocidos, firmados bajo el pseudónimo de *Brutus* (al parecer el juez neoyorquino Robert Yates), y como también recalcó Schmitt, las ideas de división o separación no son las que presiden la teoría de Montesquieu, sino las ideas de armonía, de equilibrio (*balance*), de fuerzas contrarias que se neutralizan, ideas todas ellas que dominan el pensamiento europeo desde el siglo xvi. Aferrándose a la palabra división en lugar de a la imagen de *balance*, sostiene Schmitt, la teoría de Montesquieu resulta incomprensible, puesto que el establecimiento de un sistema de controles recíprocos, de freno y engranaje mutuos obedece a la necesidad de apoyar a los cuerpos intermedios («*corps intermédiaires*») en su lucha contra el absolutismo real (4). Por ello, se ha dicho que, «en realidad, no existe en Montesquieu una teoría jurídica de la separación de poderes, sino una concepción político-social del equilibrio de poderes, equilibrio que tiende a consagrar a un poder entre los demás: el de la aristocracia.» (5)

Sin embargo, como ocurre tantas veces en la historia de la ideas, la teoría de la división de poderes se emancipó de su finalidad originaria y pasó a formar parte fundamental de la ideología liberal revolucionaria, junto a los

(1) *El Federalista*, capítulo XLVII, págs. 204-7. *Publius* fue el pseudónimo que utilizaron HAMILTON, MADISON y JAY.

(2) MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, capítulo VI del Libro XI, págs. 175-87. Para la teoría de la división de poderes, su origen y evolución en la doctrina constitucional, véase GARCÍA-PELAYO, «Algunos temas de Derecho constitucional contemporáneo» y «División de poderes».

(3) *El Federalista*, pág. 205.

(4) SCHMITT, *La dictadura*, págs. 137-45; *Teoría de la Constitución*, págs. 187-8.

(5) TOUCHARD, *Historia de la ideas políticas*, pág. 311.

postulados de soberanía popular-nacional, imperio de la ley y garantía de los derechos individuales, plasmándose en los textos constitucionales de la época. Así, por ejemplo, en el primer inciso del artículo V de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, al proclamar «Que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben hallarse separados del judicial. En el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes establecida, no tiene Constitución». O en el artículo 242 de la Constitución española de 1812: «La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales» (6).

Allí donde triunfó el principio de soberanía nacional, quedó inmediatamente reconocido el principio de división de poderes. Sin embargo, donde las fuerzas liberales no fueron capaces de acabar con el ya por entonces debilitado principio monárquico, la división de poderes se diluyó, aunque no por ello se regresó al Antiguo Régimen. La monarquía tradicional, en verdad, estaba muerta. En estos casos, como apuntó Schmitt, lo que sucedió fue que las monarquías de la Santa Alianza se volvieron constitucionales, pasando a representar de hecho a la burguesía. De este modo, el principio legitimista de la restauración funcionó como simple regla de cálculo racional, y constituyó, a juicio del jurista, una buena muestra de cómo la burguesía se las ingenió para soslayar toda decisión, situándose en un delicado equilibrio entre la monarquía absoluta y la democracia proletaria (7).

Llegados a este punto de no retorno, pues, como dijo Balmes, desde el momento en que los pueblos calculan sobre la monarquía, en vez de amarla, la monarquía muere o se convierte en una simple jefatura del Estado (8), el liberalismo decimonónico halló la clave del equilibrio constitucional en lo que Benjamin Constant denominó el «poder moderador» del Estado, encarnado en la figura del monarca constitucional. Se trataría de un *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*, árbitro y garante del funcionamiento de los demás poderes y de la propia Constitución. Como destacó Schmitt, el influjo de esta nueva técnica constitucional también será grande. Quedó incorporada de manera literal a la Constitución (imperial) brasileña de 25 de marzo de 1824, y a la Carta Constitucional de la Monarquía Portuguesa de 29 de abril de 1826, cuyos artículos 98 y 71, respectivamente, definen el poder moderador como la clave de toda la organización política. A dicha técnica se debe

(6) Los textos se citan por la compilación de VARELA SUANZES-CARPEGNA.

(7) SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, págs. 211, 274-81, 295-8.

(8) La cita está tomada de GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 283.

también el catálogo típico de prerrogativas y atribuciones del Jefe de Estado (monarca o presidente): inviolabilidad, refrendo y promulgación de leyes, prerrogativa de indulto, nombramiento de ministros, disolución de la cámara de elección popular. Y además, todavía es posible hallarla en algunos textos de entreguerras, como, por ejemplo, en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 6 de julio de 1929, durante la Dictadura de Primo de Rivera, donde se instituía un Consejo del Reino como instrumento del poder moderador y armónico que correspondía al Rey (arts. 43 a 53) (9).

El constitucionalismo democrático y el Estado social, reconocidos paradigmáticamente, entre otras, en las Constituciones mexicana de 1917, alemana de 1919, austríaca de 1920 y española de 1931, significaron, en esencia, la extensión del sufragio universal y la superación del Estado policía. El dogma de la división de poderes pasó a formar parte de la estructura de las nuevas formas estatales, las cuales, por un lado, a excepción del presidencialismo mexicano, se decantaron por un régimen político de parlamentarismo racionalizado en el que ahora estarían representados los partidos y las organizaciones de izquierdas; por otro lado, asignaron al Estado un papel activo en la economía; y por último, contemplaron una mayor distribución territorial del poder. Pero del mismo modo en que hubo que esperar a las revoluciones para contemplar el fin del Antiguo Régimen, llegar a esta nueva forma de Estado en la historia constitucional sólo fue posible pasando por nuevos episodios de violencia colectiva. En concreto, fue preciso que estallara la Primera Guerra Mundial, que movilizó la totalidad de los recursos humanos y materiales de los Estados intervinientes, y que la Revolución rusa amenazara con extender el comunismo.

Sintéticamente, durante la República de Weimar, Schmitt caracterizó esta nueva situación constitucional mediante tres conceptos: pluralismo, policracia y federalismo, explicando que en la medida en que el sufragio universal posibilitó que el sistema parlamentario reflejase un mayor pluralismo, al estar representados en el parlamento distintos partidos económica, cultural y confesionalmente diferenciados, la distinción entre Estado y Sociedad fue desapareciendo. Ello dio lugar a que la Sociedad se organizase en el Estado, convertido así en Estado de partidos, el cual ya no podría permanecer neutral frente a lo económico, lo confesional o lo cultural, transformándose de ese modo en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico. Este nuevo Estado, a juicio del jurista, resulta incapaz de mostrarse objetivo y neutral; es un mero instrumento al servicio del partido político ganador de las elecciones que deja subsistente la amenaza de guerra civil interior y exterior. La única posibilidad de conjurar esta

(9) SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, págs. 213-9.

amenaza es apostar por un «Estado total cualitativo», representado por la figura del presidente —punto de unión del ejército y la burocracia— cuya legitimidad plebiscitaria y aclamativa, auténtica manifestación de democracia, le permitiría imponer la voluntad estatal sobre el pluralismo disolvente de la sociedad (10). La Italia de Mussolini materializaba en la práctica su modelo teórico (11).

En otro lugar ya he realizado la crítica de esta idealización schmittiana del Estado como reino de lo objetivo. Allí concluía que el problema que se le suscitaba a Schmitt no era que el Estado sucumbiese ante la Sociedad, sino el hecho de que la extensión del voto propiciaba nuevos conquistadores (12). Pero con independencia de esta crítica, no puede negarse la sensibilidad del jurista en advertir los nuevos problemas con los que se tenía que enfrentar el constitucionalismo de entreguerras como consecuencia de la extensión del sector público, la proliferación normativa o la consolidación de los partidos de masas y su presencia en todos los ámbitos estatales.

II. LEY Y JUICIO EN LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

La primera referencia de Schmitt a la función jurisdiccional la encontramos en su primer libro *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (*Ley y juicio. Una investigación sobre el problema de la praxis jurídica*), publicado cuando estaba a punto de cumplir veinticuatro años y que dedicó a su director de tesis, el penalista Fritz van Calker. Por extraño que les pueda parecer a quienes solamente identifiquen a nuestro jurista, no sin llevar algo de razón, como el artífice de la dialéctica amigo-enemigo, Schmitt defendió, en la Universidad de Estrasburgo, una tesis doctoral sobre una de las cuestiones penales del momento: la culpa y sus formas (*Über Schuld und Schuldarten*), con la que obtuvo la máxima calificación (13).

(10) El «hundimiento del Estado en la Sociedad» es un lugar común de la crítica schmittiana al sistema democrático, y aparece constantemente: *El concepto de lo político*, págs. 51-4; *Teoría de la Constitución*, págs. 306-7; *La defensa de la Constitución*, págs. 125-44, 151-3; «*Starker Staat und gesunde Wirtschaft*», págs. 71-91; «*Die Wendung zum totalen Staat*», págs. 166-78; *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, págs. 4 y 5; *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*, págs. 8-9, 50-4, 59, 70-1.

(11) SCHMITT, «*Die politische Theorie des Mythos*», o en «*Wesen und Werden des faschistischen Staates*».

(12) *Contrarrevolución o resistencia*, en especial, págs. 141-51.

(13) Sobre SCHMITT, su relación académica con VAN CALKER y el Derecho penal de la Escuela de Kiel, véase mi artículo «Carl Schmitt y el Derecho penal de los «órdenes concretos»».

En esta acogedora Universidad de la corrediza frontera franco-alemana dominaba el positivismo jurídico de la Escuela Alemana de Derecho Público (GERBER, LABAND). Para esta Escuela, la ciencia jurídica ni discutía ni justificaba; el derecho positivo era dogma y la jurisprudencia había de limitarse a una labor de subsunción⁽¹⁴⁾. Nuestro autor censuró el método exegético en este primer librito, en el que se ha querido ver la primera versión de su decisionismo. Sin embargo, tal conclusión puede resultar un tanto exagerada. El decisionismo que dio fama a SCHMITT tiene que ver con su teorización sobre la fundación o el mantenimiento del orden político, problemas propios de la Ciencia política y el Derecho político y constitucional, y no con el proceso de toma de decisiones judiciales objeto de este texto suyo tan académico, que podría encuadrarse fácilmente dentro del género de Derecho judicial, orgánico y procesal.

De tener la pretensión de indagar sobre los antecedentes del decisionismo en la obra schmittiana, habría que acudir a los diversos artículos sobre la dictadura y el poder del Estado en tiempos de excepción, que publicó durante la Primera Guerra Mundial en la que estuvo destinado como oficial de intendencia en la retaguardia de Múnich. La verdad es que todavía habrá que esperar diez años hasta que SCHMITT sentencie en la *Teología política* su lapidario «soberano es quien decide sobre el estado de excepción»⁽¹⁵⁾. El soberano, como dirá en *Legalidad y legitimidad*, al estudiar los distintos tipos de Estado según el poder preponderante, legislativo, judicial, gubernativo-administrativo, «es, a la vez, legislador supremo, juez supremo y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad»⁽¹⁶⁾.

Con su «investigación sobre el problema de la praxis jurídica», el de Plettenberg se limitó más o menos a seguir a los tratadistas (Bülow, Ehrlich, Kantorowicz) del llamado «movimiento del derecho libre» (*Freirechtswegung*), tomando partido en contra de la dogmática jurídica, en un texto de iniciación de una prometedor carrera universitaria; texto que, por lo demás, resulta bastante repetitivo desde su inicio con la retórica pregunta que le sirve de tópico recurrente: ¿cuándo puede decirse que una decisión judicial es correcta? Pero lo que sí que puede ya rastrearse en esta obrita es su sempiterna polémica con el llamado normativismo de Kelsen, quien, a juicio de nuestro autor, con su «método de aplicación del derecho» no resuelve ni el problema de la validez del derecho ni el de la práctica judicial⁽¹⁷⁾.

(14) Para los postulados de la Escuela, véase GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 278.

(15) *Teología política*, pág. 23.

(16) *Legalidad y legitimidad*, pág. 261.

(17) SCHMITT cita y critica en este sentido la obra de KELSEN de 1911, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (Principales problemas de la

Según la hermenéutica tradicional, dirá Schmitt, una decisión judicial resulta correcta si no es revocada por la instancia jurisdiccional superior o, lo que es igual, cuando otro juez hubiera resuelto el caso de la misma forma o, dicho de otro modo, cuando la decisión es previsible y calculable. Para esta dirección metodológica, el juez es una máquina de subsumir (*Subsumtionsmaschine*), un autómata de la ley (*Gesetzautomat*), que debe resolver tal y como está ya previsto en la propia norma. Para ello, el principio que debe orientar la práctica con el fin de alcanzar una decisión correcta es el de buscar la «voluntad del legislador» (*Wille des Gesetzgebers*), o «de la ley» (*Wille des Gesetzes*).

Schmitt refutará tales postulados, observando, en primer término, que el derecho positivo sólo establece que el poder judicial se ejerce con independencia con sujeción de los tribunales a la ley, pero nada dice sobre cómo se produce esa vinculación del juez a la ley o sobre la función judicial en determinadas circunstancias. Pero además, el principio de indagación de la «voluntad de la ley» es, a su juicio, una mera ficción por varios motivos: Por lo pronto, como consecuencia de la dificultad que entraña averiguar cuál es el contenido psicológico de la voluntad de una asamblea legislativa compuesta por «múltiples cabezas». En segundo lugar, se está partiendo del hecho de que la ley tiene un contenido inmutable cuando, en realidad, es una fuerza en constante movimiento. Por otro lado, la aplicación de la ley conlleva, al menos, dos operaciones: encontrar la ley aplicable al caso y subsumirlo correctamente, siempre, claro está, que el caso esté previsto en la ley. Finalmente, en tal búsqueda, todavía resta por averiguar dónde queda la realidad social y el contexto histórico en que la ley ha de aplicarse (18).

El trasfondo histórico del positivismo jurídico se encuentra en la realidad estatal propia de los Estados europeos del siglo XIX, caracterizados por constituirse en mayor o menor medida en Estados liberales de Derecho, en los que había triunfado el liberalismo doctrinario y su ideario de soberanía compartida, sufragio censitario, preponderancia del ejecutivo, bicameralismo y defensa de la propiedad y libertad individuales. Este orden liberal burgués resultaba intocable, de ahí que el jurista tuviera que ajustarse a la mera exégesis e integración de las lagunas del derecho positivo mediante operaciones lógico-formales, habida cuenta de la unidad del ordenamiento jurídico, que no admitía ninguna laguna.

Teoría del Derecho público, desarrollado a partir de la teoría de la proposición jurídica). Véase *Gesetz und Urteil*, págs. 56-7.

(18) *Gesetz und Urteil*, págs. 1, 6-9, 22, 26-7, 32, 35, 71 y 111.

Sin embargo, este orden político quebró al estallar la Guerra del 14 y la Revolución rusa. El antagonismo social pasó a un primer plano y el «cuarto estado» reclamó participación real en el poder; ya no era posible seguir contemplando la sociedad como una instancia autorregulada en la que el Estado burgués sólo debía intervenir para restablecer el orden infringido (19).

Revolución, democracia parlamentaria y dictadura constituían la nueva realidad con la que los juristas tenían que lidiar. Las soluciones ofrecidas por los constitucionalistas para la articulación del orden político fueron distintas en función, claro está, de su filiación ideológica. En Alemania, el nuevo régimen político de la República federal de Weimar tenía su marco normativo fundamental de referencia en la Constitución de 1919. Aceptando como punto de partida la democracia parlamentaria, Kelsen formuló la «teoría pura del Derecho», con su pretensión de eliminar del ámbito jurídico todo resquicio moral, político o ideológico. La «teoría pura» entiende el Derecho como un sistema de normas dotado de autonomía y objetividad, cuya validez reside en su adecuación a una norma fundamental (*Grundnorm*). El concepto de Estado, para Kelsen, es una hipóstasis metafísica para representar la unidad de un orden, puesto que el Estado es ante todo un sistema de normas, un orden jurídico y no un hecho o una persona (20).

Juristas de derechas (Schmitt, Rudolf Smend) y de izquierdas (Hermann Heller), como desde muy temprano señaló el discípulo español de Kelsen, Legaz Lacambra, tiraron a bocajarro contra la «teoría pura». La izquierda, acusando su tradicional recelo frente al parlamentarismo y el Derecho como instrumentos de la clase dominante, le reprochó el hecho de que con esa ecléctica «nomocracia» cualquier Estado puede ser justificado, pues, todo Estado, de acuerdo con este formalismo, es Estado de Derecho. ¿Acaso no se habían invocado —continúa Legaz— las doctrinas de Kelsen para justificar el carácter jurídico de la dictadura de Primo de Rivera y negar que la misma constituyese una violación de la Constitución? (21).

Pero tal vez, la principal objeción de los juristas frente a la «teoría pura» consistía en que la misma dejaba sin explicación el asunto de la positividad de la norma y la «realidad estatal». No podía ser que el Estado fuese sólo una

(19) Para el trasfondo histórico y la denominada crisis del positivismo, véase GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, págs. 282-93.

(20) KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, págs. 50, 127, 130, 156-7. Una breve exposición de los puntos esenciales de la «teoría pura del Derecho» la realiza el propio KELSEN en *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*.

(21) LEGAZ LACAMBRA, en el Prólogo a KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales*, págs. 15-9.

ficción, abstracción o centro de imputación normativa cuando desde él se alcanzaba la unidad. Se decía que una norma sin voluntad que la sostuviese era o puro juicio lógico o mera exigencia ética, pero no una norma jurídico-positiva. «Una norma —apuntaba Schmitt— nunca se establece por sí misma (éste es un modo fantástico de hablar)» (22).

Estas objeciones «científicas» eran, es evidente, de signo político. La República de Weimar no fue bien recibida por aquellos que rechazaban el sufragio universal y la regla de la mayoría como instrumentos para establecer el orden político; en su lugar, se reivindicaba la generación de mitos y símbolos que suscitasen adhesión incondicional (Smend); o la imposición de una decisión soberana (Schmitt).

La «teoría de la integración» de Smend significó, según Kelsen, otro intento más de socavar la Constitución de la República alemana, a la vista del conjunto de tautologías que encerraba con frases del tipo «especialmente el Estado se realiza a sí mismo mediante la continuada renovación de su realidad como asociación de voluntades de todos sus miembros, por encima de cualquier pasividad y de cualquier resistencia de individuos o de grupos, o incluso de mayorías importantes» (23). Igualmente expresivo fue Legaz Lacambra, para quien la teoría de la integración de Smend fue «la defensa embozada del monarquismo alemán, así como el decisionismo de Schmitt, el autor que niega la justicia constitucional y erige al Presidente del Reich en defensor de la Constitución, con el éxito que la realidad política alemana ha puesto de relieve», y que ha motivado que Kelsen, congruente con su teoría, tenga que seguir afirmando que el nacionalsocialismo ha creado un orden jurídico nuevo cuya norma fundamental reza: debes comportarte como ordene el *Führer* (24).

A la postre, la afirmación schmittiana sobre el carácter fantasmagórico de la «teoría pura» es una impostura consecuencia del afecto antiliberal y antidemocrático de nuestro autor, quien se desentendió deliberadamente de los escritos de Kelsen a favor del régimen democrático, fuente primigenia de legitimación. De hecho, con la crítica al normativismo, lo que hizo Schmitt fue renegar, vía Kelsen, de la Constitución de Weimar, que siempre consideró fruto de las componendas entre los partidos políticos y las potencias vencedoras. De ahí que, frente a la dirección normativista, mantuviera un concepto existencial y agónico de Constitución, entendida como la decisión política de un pueblo de vivir conforme a su propio modo de ser, y por ello considerase

(22) SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, págs. 34-5; y *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, pág. 16.

(23) KELSEN, *El Estado como integración*, págs. 80-94, 134-5, 147.

(24) LEGAZ LACAMBRA, en el Prólogo, *op. cit.*, pág. 17.

que de la Constitución de 11 de agosto de 1919 sólo merecía la pena salvar su Preámbulo, es decir, la «consciencia» del pueblo alemán de su propia existencia como unidad. En definitiva, que la oposición entre decisionismo y normativismo no es una cuestión meramente científica, sino el resultado de opciones políticas, que en el caso Schmitt se traducen en su inquebrantable lucha contra Weimar, Ginebra y Versalles, ofreciendo soluciones autocráticas a la articulación del orden político (25).

III. EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO Y EL «ESTADO DE JUSTICIA» COMO IDEAL

El Estado liberal burgués de Derecho habría sido clasificado por Aristóteles como una forma política degenerada si el Estagirita hubiese seguido a Schmitt. Este Estado, a juicio de nuestro autor, descansa en un individualismo y un economicismo enfermizos, incapaces de exigir el sacrificio de la vida que, en determinadas ocasiones, requiere toda unidad política. Todo el *pathos* liberal, con su teoría de los derechos fundamentales y la doctrina de la división de poderes, está dirigido en contra de la unidad política estatal (26).

Los derechos naturales e inalienables del hombre cercenan necesariamente, según Schmitt, la soberanía estatal y ponen en peligro la paz interior. Por ello, la teoría de los derechos humanos le resulta, propiamente, un sacrilegio. Las formas políticas de la Antigüedad no conocieron estos derechos de libertad; hubiera parecido inconcebible una esfera privada frente a la comunidad política y se hubiese considerado absurdo, inmoral e indigno de un hombre libre pensar en una libertad independiente de la libertad política de su pueblo y Estado (27).

En efecto, en la línea de los teóricos de la Contrarrevolución, el alemán contempló la Reforma luterana como la raíz de esta teoría individualista y desviada. En palabras de su admirado Donoso Cortés, la Reforma supuso gran escándalo, político, social y religioso, fue germen de licencia y de libertad religiosa que, como es sabido, lleva a la tiranía, pues «no hay más que dos represiones posibles: una interior y otra exterior, la religiosa y la

(25) Para el concepto schmittiano de Constitución y la articulación del régimen político, véase *Contrarrevolución o resistencia*, págs. 89-109, 151-86.

(26) SCHMITT, *El concepto de lo político*, págs. 98-100, *Teoría de la Constitución*, págs. 138-9.

(27) SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pág. 165.

política. Éstas son de tal naturaleza, que cuando el termómetro religioso está subido, el termómetro de la represión está bajo, y cuando el termómetro religioso está bajo, el termómetro político, la represión política, la tiranía está alta» (28).

La aparición del Estado moderno en el siglo xvi dio paso a un pluriverso político que puso fin a la *Christianitas* medieval. La religión pasó a ser un asunto privado del individuo, el primero de todos los derechos fundamentales, y tanto la Iglesia como el Estado se convirtieron en algo relativo que sólo podían derivar su valor como medio auxiliar de aquél único valor absoluto: el individuo. El Leviatán estaba ya pues herido de muerte con el triunfo de la libertad religiosa. A partir de ese momento, sucesivas generaciones de derechos (civiles, políticos y sociales) pusieron coto al Estado y debilitaron su potencial como reductor de conflictos (29).

En el último tercio del siglo xx inició su andadura una tímida «cuarta generación de derechos», que comprende un variopinto conjunto de potestades, a veces sensibilidades, en defensa del medio ambiente, el paisaje o los animales. Schmitt no se detuvo con estos derechos noveles, pero seguro que con ellos habría confirmado que la comunidad política estaba definitivamente perdida en un conjunto de prescripciones normativas que desorbitan el «yo» y lo prolongan hasta la mascota doméstica.

Como se comprueba, los derechos y las libertades individuales adquieren en Schmitt la categoría de blasfemia. El autor todavía se ocuparía de diferenciar estos derechos de las denominadas «garantías institucionales», definidas como el instrumento constitucionalmente previsto con el fin de proteger el contenido mínimo que permite reconocer determinadas instituciones valiosas para una comunidad, como, por ejemplo, la administración propia de las entidades locales como garantía de la autonomía municipal o la prohibición de los tribunales de excepción como garantía del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (30). Con esta diferenciación, el jurista se enfrentó certeramente al problema de los posibles abusos del legislativo en la promulgación de leyes que puedan llegar a desvirtuar el contenido esencial de instituciones fundamentales del Estado. No hay nada que objetar a estas pioneras consideraciones sobre las categorías de un todavía incipiente Derecho constitucional. Sin embargo, sí que cabe decir que nuestro autor no guardó las mismas prevenciones frente a las acciones del ejecutivo, por

(28) DONOSO CORTÉS, «Discurso de la dictadura», págs. 20-22.

(29) SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pág. 169-75.

(30) *Ibid.*, págs. 175-8. También en «*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*»; en la 2.^a edición de la *Teología política*, y en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*.

lo que sus atinadas observaciones revelan, en el fondo, una prevención más contra la democracia parlamentaria.

La teoría de la división de poderes constituye para nuestro autor, como se ha dicho, el otro gran escollo estructural que mantiene en jaque al Estado. Schmitt prefiere utilizar el término «distinción de poderes» (*Gewaltenunterscheidung*), en lugar de las voces más comunes «división» (*Teilung*) o «separación» (*Trennung*), porque, a su juicio, la palabra «distinción» expresa mejor la práctica constitucional del «equilibrio de poderes».

A partir de esta teoría, según el jurista, la burguesía liberal derivó las garantías de legalidad, seguridad jurídica y control judicial para el ejercicio legítimo del poder. Las consecuencias que se desprenden de la técnica de la distinción de poderes son, en primer lugar, que sólo por ley se puedan realizar injerencias en la esfera de libertad del individuo; en segundo lugar, que todas las manifestaciones del poder del Estado, incluso la legislación y el gobierno, quepa reducirlas a un previo funcionamiento calculable, según normas fijadas de antemano; y finalmente, que el ejercicio legítimo del poder esté controlado por jueces independientes.

El ideal pleno del Estado burgués de Derecho culmina así en la judicialización de toda la vida del Estado, que se convierte en un «Estado de Justicia», en el que para cualquier litigio, ya sea entre autoridades, o entre autoridades y particulares, o entre particulares, existe un procedimiento judicial que lo resuelve. Pero, a este ideal de la burguesía liberal, nuestro autor le reprochará que dicha construcción olvida que para que pueda darse el Estado de Derecho es presupuesto necesario que tengan vigor y que sean obedecidas las normas que apliquen los órganos judiciales, lo que no depende de que exista una Constitución que consagre el principio de división de poderes, sino de que el poder estatal no se encuentre apresado en una red de competencias. La división de poderes no tiene por qué quedar por encima de toda reforma o revisión de la Constitución (31). Por encima de la Constitución lo que el jurista colocará, como veremos, será un soberano que la protege sin sujeción a límite alguno.

De este modo, en la teoría constitucional de Schmitt, el dogma de que toda sociedad en la que no esté establecida la separación de poderes no tiene Constitución, no resulta imprescindible para contar con un orden político respetuoso con los derechos y libertades individuales, lo que, por otra parte, se compadece perfectamente, como se ha indicado, con su particular concepto de Constitución y con su recelo hacia cualquier tipo de pluralismo político. Una vez más, la opción política del autor en contra de Weimar

(31) SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, págs. 93-4, 142-5, 187-8, 197, 200.

queda patente en su análisis de la técnica de la «distinción de poderes». Con tal de perder de vista a dicha República, no encontrará razones para ponerle frenos y contrapesos a un poder que en un momento dado le puede poner fin. La consideración negativa de la naturaleza humana no le impide confiar en la bondad de los gobernantes en el ejercicio del poder; al contrario, le sirve de argumento para prescindir de cualquier limitación.

IV. EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado liberal de Derecho atribuye a los tribunales la solución de todo tipo de controversias, incluidas las de orden constitucional. Si esta función apenas si se discute cuando se trata de conflictos de naturaleza civil, penal o administrativa, la cuestión se torna problemática cuando hay que resolver litigios de naturaleza política, como cuando, por ejemplo, debe enjuiciarse la constitucionalidad de una determinada ley o decidir sobre un conflicto de competencias entre el Estado y uno de sus territorios. El tema de fondo que subyace es el de con qué legitimidad puede un tribunal enjuiciar actos o normas procedentes de otros poderes del Estado elegidos democráticamente.

1. ¿Quién debe proteger la Constitución?

El dogma de la división de poderes conlleva, como acabamos de ver, que el poder judicial sea en cierta medida «nulo» o, como mucho, como diría Schmitt, que el poder del juez sea más bien *auctoritas* que *potestas* (32). En el pensamiento más ortodoxo de este principio, el juez debe limitarse a aplicar la ley al caso que se le ofrece y no puede entrar a juzgar si la ley se ajusta o no a la Constitución con el fin de garantizar la prevalencia de ésta. El sentido, la fundamentación y la confirmación de la decisión del juez redundará en su prestigio, en su *auctoritas*, pero se habrá limitado simplemente a subsumir, lo que no quiere decir que no pueda recurrir a la analogía legal o que utilice cualquiera de los métodos de interpretación de normas (literal, teleológico, histórico y sistemático).

Sin embargo, la historia constitucional puso en evidencia dicha ortodoxia desde el principio. El poder judicial norteamericano pronto se sumó a los «heterodoxos» para garantizar la aplicación de la Constitución de la Unión.

(32) SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, pág. 219.

El Federalista consideró a los tribunales como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, al que le incumbe la interpretación de las leyes, interpretación que debe preferir, cuando hay discrepancia entre la Constitución y la ley ordinaria, la Constitución, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios, sin que ello supusiera de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. De este modo irrumpía en la Teoría Constitucional el control difuso de la constitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución. Sólo quedaba para el juez Marshall desarrollarlo y aplicarlo como lo hizo en el famoso caso de *Marbury c. Madison* (24 de febrero de 1803) (33).

El constitucionalismo europeo, gracias a Kelsen, sobre todo desde la instauración de un primer Tribunal Constitucional en la Constitución austríaca de 1 de octubre de 1920 (arts. 137 a 152), también acabó encomendando a un órgano judicial, si bien de manera concentrada, la defensa de la Constitución. La propia evolución del constitucionalismo en el continente ha venido a realzar, igualmente, la función de la judicatura en general como uno de los poderes esenciales para la defensa del orden democrático y de sus valores jurídicos permanentes: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, debido a la profusión normativa que caracteriza a los modernos Estados de partidos y que obliga a desarrollar una gigantesca tarea de interpretación que abre la vía, como indicaba García-Pelayo, a una creación normativa a través de la jurisprudencia y a un Derecho de creación judicial (34).

Ni el Estado de partidos, ni el fenómeno de la sobreactuación o los posibles abusos del legislador pasaron desapercibidos a Schmitt. A él se debe, como se vio, una de las primeras críticas de dicho Estado, centrada en la acusación a los partidos de Weimar de penetrar en las instituciones estatales y utilizarlas en su propio interés, provocando el hundimiento del Estado. Y también, recuérdese, a su genio obedece la famosa expresión «legislador motorizado» («*der motorisierte Gesetzgeber*»), que acuñó en una conferencia, pronunciada en los años 1943 y 1944, en Bucarest, Budapest, Madrid, Coimbra, Barcelona y Leipzig, en la que se hizo eco de los modos de producción normativa, a base de incesantes decretos, reglamentos y ordenanzas, característicos de los países europeos, tras pasar todos ellos, en alguna me-

(33) *El Federalista*, LXXVIII, pág. 332. Sobre la influencia de las posiciones de *El Federalista* y también de las primeras sentencias del Tribunal Supremo norteamericano en la configuración de la *Judicial Review* véase FERNÁNDEZ SEGADO, «La *Judicial Review* en la *Pre-Marshall Court*».

(34) GARCÍA-PELAYO, «Algunos temas de Derecho constitucional contemporáneo», págs. 2818-21; *El Estado de Partidos*, págs. 2030-32. También FERNÁNDEZ SEGADO, «La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo americano-Modelo Europeo-Kelseniano).

didada, por las experiencias de la guerra y la posguerra, la movilización y la desmovilización, la revolución y la dictadura, la inflación y la deflación (35).

En este estado de cosas, ¿puede la Justicia proteger la Constitución, fijar de modo auténtico el contenido de preceptos constitucionales imprecisos o establecer un contrapeso al poder legislativo? La respuesta de nuestro autor será negativa. Para el jurista, atribuir a un tribunal de justicia la protección del orden constitucional supone partir de la idea falsa y abstracta que se tiene del Estado de Derecho de que éste puede resolver jurídicamente cualquier litigio, incluso los de naturaleza política. Un tribunal así sería fácil de captar y de influir. La extensión de competencias de la Justicia al ámbito de la política sólo puede acarrearle perjuicios a ésta. Acudiendo a la autoridad de Guizot, afirmará que nunca se repetirá bastante que con tales juridificaciones «la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perderlo todo». La Constitución, para él, como sabemos, no es ningún contrato ni ningún compromiso, como acusa a Kelsen de proclamar con desenfado; es una decisión política positiva establecida mediante un acto unilateral, aunque la situación de federalismo, policracia y pluralismo haya llevado a las distintas facciones a «hacer valer su Constitución», sus derechos en el contrato, ante la Justicia Constitucional. La institución de semejante protector de la Constitución, concluye Schmitt, sería diametralmente opuesta al principio democrático, al trasladar tales funciones a una «aristocracia de toga» (36).

¿A quién incumbe entonces ostentar el cargo de *Lord Protector*? Al Presidente del Reich, magistratura, según Schmitt, construida sobre fundamentos plebiscitarios, que por su configuración constitucional estable, independiente respecto de los partidos políticos, y con facultades excepcionales, se revela como institución neutral y ejecutiva que enlaza de modo directo con la voluntad del pueblo alemán con la suficiente autoridad para erigirse en guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación (37).

La opción presidencial de nuestro autor significaba, en palabras de Kelsen, exhumar el trasto más viejo del desván del teatro constitucional: la doctrina del *pouvoir modérateur* de Constant. Dado que no se podía explicitar el verdadero objetivo político de sustraerse a las garantías y límites que establecía la Norma Fundamental, se disfrazaba el asunto con la doctrina de que la garantía de la Constitución correspondía al Jefe del Estado en contra de un principio tan elemental como el de que nadie puede ser juez de su propia

(35) «*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*», págs. 404-8.

(36) SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, págs. 57-9, 61-4, 71, 75, 93-4, 113-16, 243-5.

(37) *Ibid.*, págs. 245-51.

causa, y en contra de la experiencia histórica que demostraba que el gobierno era quien principalmente ponía en peligro la Constitución (38).

¿Pero a quién si no al Presidente del Reich podía designar Schmitt como defensor de la Constitución? ¿Quién podía ostentar dicha magistratura cuando la Constitución había sido previamente definida existencialmente como la decisión de un pueblo de vivir con arreglo a un modo de vida; cuando el Estado era exaltado como la unidad política ideal de convivencia pacífica de un pueblo en un territorio cerrado frente al exterior; cuando se había certificado la defunción de la monarquía y sostenido que la democracia consistía en que un pueblo homogéneo aclamase a su líder, recelando del voto secreto; se consideraba al parlamento como el principal enemigo del orden político interior, vehículo además del pluralismo partidista; y se decía que la protección que se desprendía del Estado judicial no servía, porque normalmente era *a posteriori* y carecía de legitimidad democrática?

La figura del Presidente del Reich se descubría pues, según estas premisas, como la más idónea para defender la Constitución. En primer término, según nuestro pensador, por razones de eficacia histórica: la revolución de 1848 fue contenida en Alemania gracias a que la política bismarckiana mantuvo al rey en la dirección política del Estado, que desplazó la amenaza parlamentaria. La burguesía liberal calificó aquel régimen de pseudoconstitucionalismo y no llegó a salirse con la suya, es decir, con que el gobierno dependiese del parlamento (*Reichstag*) hasta la derrota militar en 1918, pero tal triunfo burgués había nacido, en cierto sentido, muerto, pues con la extensión del «cuarto estado», el parlamentarismo ya no servía para contener la amenaza revolucionaria.

Asimismo, por razones de lógica constitucional y espiritual: la única opción para mantener el orden ante el agotamiento de la monarquía, la irrupción del principio democrático y el carácter perturbador del sufragio universal es la de una «dirección política basada directamente en la confianza de las masas. Si se logra tal dirección (*Führung*), se habrá creado una nueva *representación* llena de vigor. Pero entonces es una representación *contra* el Parlamento, cuya pretensión tradicional de ser una representación habría concluido».

La citada jefatura se alcanzaría mediante la aclamación pública del presidente, lo que le otorgaría legitimidad democrática, convirtiéndolo en el auténtico poder neutro, instancia mediadora, *pouvoir modérateur*, representante del Reich y defensor de la Constitución, por encima de las coaliciones y burocracias partidistas. Hindenburg sería el ejemplo, pues «la autoridad y confianza que encuentra el

(38) KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, págs. 5-11.

Presidente Hindenburg en la mayor parte del pueblo alemán, por encima de los límites de partido, procede todavía de tradiciones e impresiones que se formaron *antes* de la presente situación constitucional. Esa autoridad y confianza surgió en la guerra y durante la catástrofe.» (39)

Puesto que en el presidente —dice Schmitt— se reúne la confianza de todo un pueblo y es verdaderamente el único órgano representativo y con legitimidad suficiente para actuar en defensa del Reich, carece de sentido tenerlo como figura decorativa, reduciendo su papel al de pronunciar discursos inaugurales. Debe robustecerse su posición dentro de la Constitución y para ello hay que interpretar extensivamente sus prerrogativas de disolución del Reichstag, como instrumento para evitar los bloqueos de las cambiantes mayorías partidistas, así como sus amplias facultades de actuación durante el estado de excepción, justificándose así una «dictadura de comisario» para proteger al pueblo alemán de sus enemigos (40).

Como ya demostró Kelsen, hacer del Presidente del Reich el más genuino defensor de la Constitución republicana carecía de sentido. En las democracias parlamentarias, el Jefe del Estado representa visiblemente su unidad, pero sólo desde un punto de vista simbólico. Pretender que este monarca secularizado sea el artífice de la unidad política, todo ello presentándolo «científicamente», no es sino otra forma más de ocultar la contraposición real de los intereses existentes en la sociedad y la propia opción política e ideológica, abusando de la valoración positiva que suele merecer la ciencia. Pero es que además, el Jefe del Estado no genera la Constitución, sino que está sometido a ella. La elección democrática del Jefe del Estado tampoco garantiza su independencia ni su papel equilibrador de intereses antagónicos, pues está bajo la presión de los partidos políticos. Diagnosticar el fracaso del parlamentarismo era algo que desmentía una mirada a Austria, Francia, Inglaterra o los Estados nórdicos, pero condenarlo como enemigo del Estado, que quería destruir su unidad, frente a quien lo defiende no era sino reproducir «con atavíos de Derecho público la leyenda de Ormuz y Ahrimán.» (41).

El esfuerzo y la paciencia empleados por Kelsen para desvirtuar punto por punto la ideologizada doctrina de Schmitt sobre el defensor de la Constitución son dignos de admiración. El jurista trató de rebatir la lectura dictatorial que el alemán estaba realizando de la Constitución de Weimar, poniendo

(39) SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, págs. 303, 315-22, 333-5.

(40) *Ibid.*, págs. 126, 337-8. *La defensa de la Constitución*, págs. 187-211. *La dictadura*, págs. 257-63.

(41) KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, págs. 59-72, 79-82.

al descubierto su opción ideológica, contraria a toda forma de democracia, no sólo parlamentaria, sino también presidencialista.

La única democracia válida para Schmitt es la que funciona sin sufragio universal y por aclamación nacionalista de un presidente que pone fin al pluralismo partidista, creando y manteniendo el orden político, pero tal forma de gobierno suele recibir la denominación más propia de dictadura plebiscitaria, bonapartista o populista, resultando confuso llamarla «democracia auténtica» o «dictadura soberana», por muy espiritual o plena de sentido que parezca la locución.

Parlamentarismo o presidencialismo no son opciones de gobierno para nuestro autor, pues en ellas todavía subsistirían el sufragio universal y el pluralismo partidista, los peores enemigos para la unidad política. La apoteosis interpretativa que realiza sobre las posibilidades del artículo 48 de la Constitución da a veces la falsa impresión de que Schmitt se mueve dentro de los parámetros constitucionales del régimen, buscando una forma de robustecer el ejecutivo. Pero a decir verdad, esta conclusión no es acertada. Schmitt fue siempre contrario al voto secreto y al pluralismo político. Sus reservas respecto a un presidente elegido a través de las elecciones aparecen en todo momento: tal presidente sería indeseable, pues en su elección se vería expuesto a la contaminación de la política de partido, «toda persona que penetra en lo público-político se sitúa muy pronto en la política de partido».

Una vez más, acude a Donoso, «frente a la maldad radical, la dictadura». Pero no una «dictadura comisaria», prevista como magistratura de excepción por el propio Estado de Derecho y de la que el citado artículo 48 daba buen ejemplo, sino una «dictadura soberana», que no apela a la Constitución existente, sino a la que pretende implantar, cuya legitimidad derivará de su ejercicio y de manera inmediata del poder constituyente informe del pueblo (42).

Aunque las palabras de Schmitt puedan resultar confusas, la traducción es sencilla: como la Constitución de Weimar es un texto formalista y abierto a un pluralismo partidista y federal que disuelve la unidad política, no puede decirse que el pueblo alemán esté constituido con arreglo a su verdadero modo de ser, por lo que una toma de poder sin anclaje en aquel texto vacío, que tenga como objetivo implantar una Constitución auténtica, estaría legitimada tanto por sí misma como por el propio poder constituyente del pueblo, todavía informe y, por tanto, ordenable, hasta que no quede definitivamente constituido con arreglo a su propia sustancia. En menos palabras, que, una vez más, el *putsch* contra Weimar, Ginebra y Versalles es legítimo.

(42) SCHMITT, *La dictadura*, págs. 182-3, 192-3.

2. El caso del «golpe de Estado contra Prusia»

La cuestión de la defensa de la Constitución no sólo quedó para el debate académico, sino que tuvo su aplicación práctica inmediata con ocasión del llamado «golpe de Estado contra Prusia» (*Preußenschlag*), de 20 de julio de 1932, que según los historiadores marcó el comienzo del fin de la República de Weimar. Por aquella época, Schmitt estaba vinculado a los gobiernos de Papen y Schleicher, apoyados por los nacionalsocialistas (NSDAP) y los nacionalistas (DNVP), encargándose de justificar jurídicamente el programa de sustitución de la República federal por un Estado unitario.

El caso puede resumirse de la siguiente forma: haciendo uso de los poderes del artículo 48 de la Constitución, el canciller Papen fue nombrado por decreto Comisario del Reich para Prusia. El gobierno de coalición del *Land* prusiano, presidido por el socialista Otto Braun, fue depuesto, se declaró el estado de sitio y se asignó al ejército (*Reichswehr*) el cometido de mantener el orden. La autonomía del principal estado alemán quedó eliminada. La alianza entre los nazis (vencedores en las elecciones de 31 de julio de ese año), el gobierno y el ejército garantizó el triunfo del golpe. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución, Prusia planteó el conflicto ante el Tribunal de Estado de Leipzig (*Staatsgerichtshof*), sumándose a la demanda los estados de Baviera y Baden, los cuales habían sido sometidos a una actuación similar. Para defender la posición del Reich, Papen contó con los profesores Schmitt, Jacobi y Bilfinger que tuvieron como contrincantes a los profesores Anschütz, Nawiasky, Heller, Giese, Peters y Brecht. El Tribunal, en su fallo de 25 de octubre de 1932, confirmó parcialmente la constitucionalidad del decreto, en lo referente al control de Prusia por la Federación, poniendo fin al dualismo Reich-Prusia (43).

La argumentación de Schmitt a favor de la constitucionalidad de la medida, resumida en su alegato final, se centró en dos conceptos clave: el «defensor de la Constitución» (*Hüter der Verfassung*) y «el honor y dignidad de Prusia» (*Ehre und Dignität Preußens*). Para nuestro abogado, no podía discutirse que el *Staatsgerichtshof* fuera el defensor de la Constitución, pero sólo a título jurídico. Dado que la Constitución era ante todo un orden político, tal protección jurídica resultaba a todas luces insuficiente, y precisaba de una instancia política que fuese capaz de preservar el orden constitucional; tal instancia no era otra que el Presidente del Reich, cuyos actos, amparados en el artículo 48, le convertían en el verdadero garante constitucional. En ese sentido había que entender el nombramiento de un Comisario para Prusia,

(43) CUMIN, *Biographie*, págs. 119-27.

cuyo «honor y dignidad» habían quedado salvaguardados por Hindenburg. El Presidente, como sucediera en 1866, volvía a garantizar la unidad nacional, obra de la vieja Prusia, amenazada entonces por la Federación y ahora por el Estado federal de partidos (44).

A comienzos del año 1933, Schmitt constató el fin de las posibilidades que había cifrado en la «dictadura» del Presidente del Reich. Ahora le tocaba el turno al Tercer Reich y al *Führerprinzip* para garantizar el triunfo en su secular lucha contra el liberalismo, el *Diktat* de Versalles y la amenaza comunista.

3. *El Führer protege el Derecho*

En breve espacio de tiempo, combinando legalidad y coacción, Hitler y su partido se hicieron con todo el poder en Alemania. La población aceptó mayoritariamente una dictadura totalitaria de partido único en un Estado unitario dispuesto a suprimir cualquier amenaza interna y a corregir las consecuencias de Versalles (45).

El 1 de mayo de 1933, Schmitt guardó cola en la agrupación local de Colonia y «como muchos otros se dejó inscribir» en el Partido Nazi, con número de afiliación 298.860. El periódico oficial del partido en Renania, el *Westdeutscher Beobachter*, se hizo eco de «tan buena noticia». Gracias a las recomendaciones de Göring, Popitz y Frank, Schmitt fue nombrado consejero del Estado prusiano, aceptó la plaza de catedrático de Derecho público que le hizo la Universidad de Berlín, fue acogido como miembro de la Academia de Jurisprudencia y de la Comisión para la reforma de la enseñanza superior, encargada de depurar la Universidad y de formar a la élite del partido, dirigió la Liga Nacionalsocialista de Juristas Alemanes, y llegó a ser el director de la *Deutsche Juristen-Zeitung*, la revista jurídica más prestigiosa, sustituyendo en el cargo a Otto Liebmann (46).

Con el nuevo régimen, Schmitt alcanzaba la cima de su carrera, celebraba «*das gute Recht der deutschen Revolution*» (el buen Derecho de la revolución alemana) y festejaba la liquidación de Versalles, del Estado liberal de Derecho y la conjura de la amenaza comunista. La hora de esta liberación y

(44) SCHMITT, «*Schlußrede...*», págs. 208-10. También defiende la constitucionalidad del *Preußenschlag* en «*Die Verfassungsmäßigkeit...*», págs. 953-8.

(45) Para la llamada «revolución legal» y el proceso de toma de poder (*Machtergreifung*) por los nazis, véase *Contrarrevolución o resistencia*, págs. 169-75, y la bibliografía allí citada.

(46) NOACK, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, pág. 178.

de la fundación del nuevo orden llegó, según nuestro autor, cuando, el 30 de enero de 1933, el mariscal Hindenburg nombró a un soldado político, Adolf Hitler, canciller del Reich, auténtico defensor de la Constitución y protector del Derecho.

Expresivos de esta euforia son los textos de los años 1933-34, en los que, sin renunciar a la idealización del Estado, ni a su decisionismo, ni a su afecto antidemocrático, se cuidó de estar atento para adaptarse al vocabulario del régimen. En lugar de hablar crudamente de decisionismo, teorizó sobre «órdenes concretos». Si hasta ese momento había acusado a los partidos políticos de devorar la carne del Leviatán, a partir de ahora el Partido Nazi se iba a convertir en una de las piezas clave para la articulación de la nueva situación constitucional, caracterizada porque la unidad política descansaba en la triple articulación del Estado, el Movimiento y el Pueblo, como explicó en *Staat, Bewegung, Volk. Die Drei Gliederung der politischen Einheit* (47).

Antes de caer en desgracia en el año 1936, acusado por sus enemigos dentro del régimen, Alfred Rosenberg y Reinhard Höhn, de ser un «violeta de marzo», aún le daría tiempo al «Viejo» de elogiar y calificar una de las acciones más implacables de Hitler como un caso típico de ejercicio de soberanía para la defensa del orden constitucional, que, innegablemente, dirá, le rechinaría a una mentalidad liberal.

La conquista del poder por los nazis fue un éxito, pero todavía estaba pendiente una segunda revolución: la de participar en la gestión de las grandes empresas y ocupar los puestos de mando civiles y militares. Sin embargo, en julio de 1933, Hitler ya había certificado el fin de la revolución y expresado su deseo de trabajar estrechamente con los grandes industriales, lo que chocó con la oposición de las Secciones de Asalto (SA) y con la de algunos miembros del partido que reclamaban un desarrollo corporativo de la economía nacional.

Los círculos conservadores —en cuyo entorno se encontraba Schmitt— se inquietaron y se colocaron frente a los «camisas pardas». Las exigencias de las SA brindaban una segunda oportunidad para arrinconar a Hitler y establecer un Estado autoritario sin partidos. El 17 de junio de 1934, Von Papen pronunció su discurso de Marburgo, en el que denunció la «escoria» producida por la situación revolucionaria: «Quien amenace con la guillotina será el primero en caer bajo su cuchilla». No se había experimentado —dirá— una revolución antimarxista para poner en marcha el programa del marxismo.

(47) SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, págs. 12-4, 32-3 y 41-2. NEUMANN, *Behemoth*, págs. 86-88.

Hitler se encontraba entre dos frentes. El 30 de junio de 1934, resolvió la doble amenaza desembarazándose de su «montaña». Ordenó arrestar y ejecutar a los dirigentes de las SA, a los que se acusó de alta traición, y también a otros personajes incómodos. Ernst Röhm, jefe de las SA, que había lanzado a Hitler en su carrera política desde Múnich, fue ejecutado; el general Von Schleicher, su predecesor en la cancillería, fue asesinado junto a su mujer; y también lo fueron Gregor Strasser, su antiguo rival en la dirección del partido, o Edgar Jung, paladín de la «revolución conservadora» y autor material del discurso de Von Papen.

Satisfechos con la «Noche de los cuchillos largos», Blomberg y Hindenburg enviaron a Hitler sendos telegramas de agradecimiento. Su acción fue legalizada inmediatamente con la sanción y promulgación de la Ley de Medidas en caso de Emergencia del Estado (*Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*, de 3 de julio de 1934). El 13 de julio, el *Führer* se dirigió al *Reichstag* y justificó la utilización del terror en su condición de suprema autoridad jurídica del pueblo alemán. Nadie debía reprocharle no haber hecho uso de los tribunales ordinarios para dictar sentencia; en aquella hora, él era el responsable del destino de la nación alemana y, por tanto, juez supremo del pueblo alemán. No quería condenar al joven Reich al mismo destino que sufrió el viejo (48).

El 1 de agosto de 1934, un día antes del fallecimiento de Hindenburg, se fusionaron los cargos de Presidente y Canciller del Reich. Se materializó el *Führerstaat* y el *Führerprinzip*, es decir, la identificación de la voluntad de Hitler con la del pueblo y el Estado. El *Führer* se convirtió en gobernante, legislador y juez supremo e infalible; había que jurarle fidelidad hasta el sacrificio de la propia vida (49).

En esa misma fecha, la *Deutsche Juristen-Zeitung* proporcionó el titular para las «acciones especiales» de aquella Noche, con un articulito de Schmitt titulado «El *Führer* protege el Derecho», en el que nuestro autor comentaba el discurso de Hitler de aquel 13 de julio y en el que el *Führer* era elevado a la categoría de protector de la Constitución y dictador soberano. El jurista subrayaba también su valentía a la hora de conjurar la traición de sus subordinados y justificaba sus actos en la exigente de legítima defensa del Derecho, del Estado y de la Sociedad contra los peores abusos de sus enemigos internos y externos, abiertos u ocultos, actuales o futuros. El *Führer* hizo frente al peligro de manera directa y actuó como juez supremo facultado por su condición de líder. Para nuestro autor, una mentalidad liberal, guiada por

(48) Los discursos de PAPAN y HITLER ha sido tomados de NOLTE, *La guerra civil europea*, págs. 235 y 238.

(49) NEUMANN, *Behemoth*, págs. 83-84, 107-9.

la previsibilidad legal, el cálculo racional y el propio provecho, habría sido incapaz de arriesgar nada en una situación semejante. Pero son este pensamiento estéril y la legalidad huera de una neutralidad falsa y no la acción del *Führer* los que de verdad conducen a la autodestrucción del Estado (50).

Se ha discutido un tanto bizantinamente sobre si la intención de Schmitt al escribir este artículo fue la de prestar apoyo expreso a Hitler o si más bien lo que pretendía era indicar sutilmente al *Führer* que, a partir de entonces, debía de ajustar su conducta a Derecho. Con esta polémica artificial se pierde de vista que el papel de *Lord Protector* que nuestro jurista asignó al *Führer* no era sino otro ejemplo más de la tónica general de su pensamiento de prescindir de cualquier forma de control o limitación del poder. En aquella «Noche» no había ninguna situación excepcional, ni se aplicó ningún derecho de excepción, ni tampoco existía legalidad ordinaria a la que remitirse tras las ejecuciones. Lo único que hubo fue una difícil coyuntura política para Hitler, amenazado con ser rebasado tanto por la izquierda como por la derecha. El *Führer* no quería ver truncada su lucha y para ello era fundamental el apoyo del ejército y la gran industria, de modo que, siendo práctico, acabó con las ya por entonces bastante impopulares SA, a través de brutales asesinatos en los que se prescindió de todo procedimiento, ordinario o sumario. La legalidad ordinaria o el Estado de Derecho que debía servir de punto de referencia no existían. El *Führer* estaba exento de cualquier límite jurídico y Schmitt le prestó su «dictadura soberana» como vestimenta, pues, echando cuentas, con Hitler, los sanos industriales y los decorosos oficiales quedaban protegidos por un Estado fuerte.

En la teoría política de nuestro autor, en definitiva obsesionada con exorcizar la amenaza comunista, y con clausurar la situación de capitidiminución de Alemania, a causa del *Diktat* de Versalles, no tiene cabida la imposición de ningún límite al poder con tal de que éste haga lo que tenga que hacer para cancelar dicha situación. Aunque Schmitt sea consciente de la máxima política de que todo poder ha de institucionalizarse si quiere perdurar, esto es, transformar su facticidad en juridicidad, la solución que ofrece para la articulación del régimen político conduce a un estado de excepción permanente, sin sujeción a ninguna normatividad. Dado que su pensamiento se enfoca primordialmente a lo excepcional es lógico que incida en el momento de la decisión constitucional, pero desentenderse del desarrollo ulterior de

(50) SCHMITT, «El *Führer* defiende el derecho», págs. 114-8. El discurso del *Führer* también es reproducido, en parte, en la conclusión de su librito *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, pág. 49.

la comunidad política tras esa situación fundacional y desdeñar toda técnica de control del poder político, como, por ejemplo, la división de poderes o el control judicial de los actos del gobierno o del legislativo lo convierten en el mayor teórico de la dictadura de todos los tiempos y en una dictadura, naturalmente, el poder judicial es nulo.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CUMIN, David: *Carl Schmitt, Biographie politique et intellectuelle*, Cerf, París, 2005.
- DONOSO CORTÉS, Juan: *Discursos políticos*, est. prel. A. MAESTRE, Tecnos, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO:
- «La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo americano-Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional», en *Revista Direito Público*, Vol.1, n.º 2, Oct.-Dic. 2003, Instituto Brasileño de Direito Público, Brasilia DF, págs. 55-82.
 - «La Judicial Review en la Pre-Marshall Court», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 28, 2011, UNED, Madrid, págs. 133-78.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Obras Completas. 3 Tomos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.ª ed. 2009.
- Tomo I: *Derecho Constitucional Comparado* (1958), págs. 223-734.
 - Tomo II: *El Estado de Partidos* (1986), págs. 1969-2078.
 - Tomo III:
 - «Algunos temas de Derecho constitucional contemporáneo» (1977), págs. 2811-28
 - «División de poderes» (1984), págs. 2931-45.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John: *El Federalista* (1787-1788), pról. y trad. Gustavo R. VELASCO, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo:
- *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt* (1888-1985), Tecnos, Madrid, 2009.
 - «Carl Schmitt y el Derecho penal de los “órdenes concretos”», en *Empresas Políticas*, Año IX, n.º 14/15, 1.º y 2.º Semestre 2010, Murcia, págs. 69-93.
- KELSEN, Hans:
- *Esencia y valor de la democracia* (1920), trad. R. LUENGO TAPIA y L. LEGAZ LACAMBRA, de la 2.ª ed. de 1929, Labor, Barcelona, 1977.
 - *El Estado como integración. Una controversia de principio* (1930), est. prel. y trad. J. A. GARCÍA AMADO, Tecnos, Madrid, 1997.
 - *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), est. prel. Guillermo GASÍO, trad. Roberto J. BRIE, supervisión Eugenio BULYGIN, Tecnos, Madrid, 1995.
 - *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho* (1933), ver. y pról. L. LEGAZ LACAMBRA, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes* (1748), introd. Enrique TIERNO GARVAN, trad. Mercedes BLÁZQUEZ y Pedro DE VEGA, Tecnos, Madrid, 6.ª ed., 2007.
- NEUMANN, Franz: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (1942), vers. Vicente HERRERO y Javier MÁRQUEZ, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1.ª ed. 1943, reimp. 1983.

- NOACK, Paul: *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Propyläen, Berlín, Fráncfort, 1993.
- NOLTE, Ernst: *La guerra civil europea, 1917-1945. Nacionalismo y bolchevismo* (1987, 6.ª ed. 2000), trad. Sergio MONSALVO CASTAÑEDA, Julio COLÓN GÓMEZ y Adriana SANTOVEÑA RODRÍGUEZ, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SCHMITT, Carl:
- *Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Schletter, Breslau, 1910.
 - *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), C. H. Beck, Múnich, 2.ª ed. 1969.
 - *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), vers. José DÍAZ GARCÍA, Alianza, Madrid, 2003.
 - *Teología política* (1922, 2.ª ed. 1934), trad. de la 2.ª ed. F. J. CONDE en *Carl Schmitt, teólogo de la política*, págs. 19-62.
 - «Die politische Theorie des Mythos», 1923, en CS, *Positionen und Begriffe*, págs. 11-21.
 - *El concepto de lo político* (1927), introd. y vers. del texto de 1932 Rafael AGAPITO, Alianza, Madrid, 1991.
 - *Teoría de la Constitución* (1928), vers. Francisco AYALA de 1934, reed. en 1982 con epílogo de Manuel GARCÍA-PELAYO, reimp. 1992, Alianza, Madrid.
 - «Wesen und Werden des faschistischen Staates», 1929, en CS, *Positionen und Begriffe*, págs. 124-30.
 - *La defensa de la Constitución (Verfassung)*, 1931, trad. Manuel SÁNCHEZ SARTO con pról. Pedro DE VEGA GARCÍA, Tecnos, Madrid, 1983.
 - «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien» (1931), en CS, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, págs. 140-173.
 - «Die Wendung zum totalen Staat» (1931), en CS, *Positionen und Begriffe*, págs. 166-78.
 - «Starker Staat und gesunde Wirtschaft» (1932), en CS, *Staat, Großraum, Nomos*, págs. 71-91.
 - *Legalidad y legitimidad* (1932, 2.ª ed. 1958), trad. de la 2.ª ed. José DÍAZ GARCÍA, en *Carl Schmitt, teólogo de la política*, págs. 245-343.
 - «Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig» (1932), en CS, *Positionen und Begriffe*, págs. 208-10.
 - «Die Verfassungsmäßigkeit der Einsetzung eines Reichskommissars für das Land Preußen», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, XXVII, 15, 1-VIII-1932, págs. 953-8.
 - «Das gute Recht der deutschen Revolution», en *Westdeutscher Beobachter*, 12-V-1933.
 - *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933.
 - «Der Führer schützt das Recht», en CS, *Positionen und Begriffe*, págs. 227 y ss. Hay trad. de Angelika SCHERP, «El Führer defiende el derecho», en *Carl Schmitt, teólogo de la política*, págs. 114 y ss., por donde se cita.
 - *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), trad., est. prel. y notas M. HERRERO LÓPEZ, Tecnos, Madrid, 1996.
 - *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der sieg des Bürgers über den Soldaten*. Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.
 - *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes* (1938), trad. F. J. CONDE, Comares, Granada, 2004.
 - *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles. 1923-1939* (1940), Duncker & Humblot, Berlín, 3.ª ed. 1994.

- «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft» (1943/44), en CS, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, págs. 386-429.
- *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1958.
- *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, edición de Günter MASCHKE, Duncker & Humblot, Berlín, 1995.
- *Carl Schmitt, teólogo de la política*, compilación de Héctor ORESTES, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- TOUCHARD, Jean: *Historia de la ideas políticas*, traducción Javier PRADERA, Tecnos, Madrid, 1970.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: *Textos básicos de historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

